

*Università Commerciale « Luigi Bocconi » - Milano*

**Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale dell'Economia**

**I PRINCIPI DI NECESSITA' E DI PROPORZIONALITA'**

**ALL'INTERNO DEL SISTEMA GATT-OMC**

**Dottoranda: Elisa Ruozi**

**Matricola: 901769**

**Ciclo XVII**

**Tutor: Chiar.mo Prof. Giuseppe Porro**

## Indice

INDICE	I
--------	---

INTRODUZIONE	
1. PIANO DEL LAVORO E OSSERVAZIONI DI TIPO METODOLOGICO	IV
2. PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE	V
3. LA PROPORZIONALITA' NEI SISTEMI INTERNI	VII
3.1 <i>Il diritto costituzionale tedesco</i>	VII
3.2 <i>Il diritto amministrativo Francese</i>	IX
3.3 <i>Gli ordinamenti di Common Law</i>	X
4. LA PROPORZIONALITA' NEI DIVERSI AMBITI OMC	XII

CAPITOLO 1: IL SISTEMA GATT	
1. L'ARTICOLO XX GATT	1
1.1 <i>Paragrafi a), b) e d)</i>	2
1.2 <i>Paragrafo g)</i>	4
2. LA GIURISPRUDENZA GATT	7
2.1 <i>Il criterio di necessità in quanto least trade restrictive alternative test</i>	7
2.1.1 <i>Le prime controversie: assenza di una definizione</i>	7
2.1.2 <i>Il caso "Sezione 337": formulazione del LTRAT</i>	8
2.1.3 <i>Il caso Thai cigarettes</i>	10
2.1.4 <i>Il caso Tuna-Dolphin</i>	13
2.2 <i>Il rispetto del livello di protezione scelto dallo Stato</i>	14
3. LA NECESSITÀ NELLA PRIMA GIURISPRUDENZA GATT: UN BILANCIO	18
3.1 <i>Le critiche al test di necessità in senso stretto</i>	18
3.2 <i>Proposte di modifica del test di necessità</i>	23
4. CONCLUSIONI	26

CAPITOLO 2: I NUOVI ACCORDI	
1. I NUOVI ACCORDI DELL'URUGUAY ROUND: NECESSITA' O PROPORZIONALITA'?	28
1.1 <i>L'Accordo sugli Ostacoli Tecnici agli Scambi (TBT)</i>	33
1.2 <i>L'Accordo sulle Misure Sanitarie e Fitosanitarie (SPS)</i>	40
1.3 <i>L'Accordo sullo Scambio di Servizi (GATS)</i>	45
2. ALTRI ASPETTI GIURIDICI LEGATI AI PRINCIPI DI NECESSITA' E PROPORZIONALITA'	51
2.1 <i>Conformità a standard internazionali</i>	52
2.2 <i>Fondamento scientifico della misura e valutazione del rischio</i>	55
2.3 <i>Legame logico fra la misura e l'obiettivo previsto e fra la misura ed il rischio</i>	56
2.4 <i>Coerenza</i>	59
2.5 <i>Obiettivo di ridurre al minimo le restrizioni al commercio</i>	60
2.6 <i>Discriminazione</i>	61
2.7 <i>Equivalenza e riconoscimento</i>	63
2.8 <i>Trasparenza</i>	66
3. CONCLUSIONI	68

CAPITOLO 3: IL SISTEMA OMC: LA GIURISPRUDENZA	
1. LA PRIMA FASE OMC: DA GASOLINE A HORMONES	71
1.1 <i>Gasoline e Shrimps: rilassamento del test e ruolo dello chapeau</i>	72
1.1.1 Gasoline	72
1.1.2 Shrimps	79
1.1.3 <i>Chapeau e proporzionalità: quale rapporto?</i>	87
1.2 <i>Hormones: necessità e proporzionalità nell'Accordo SPS</i>	91
1.3 <i>Osservazioni</i>	97
2. DA KOREA-BEEF A SARDINES: L'EMERGERE DEL TEST DI PROPORZIONALITA'	98
2.1 <i>Korea-Beef e Asbestos: emergere del weigh and balancing test</i>	98
2.1.1 Korea-Beef	99
2.1.2 Asbestos	109
2.1.3 <i>Korea-Beef ad Asbestos: un'evoluzione incompleta</i>	113
2.2 <i>Sardines: la proporzionalità nell'Accordo TBT</i>	118
2.3 <i>Osservazioni</i>	122
3. GAMBLING E CIGARETTES : CHIARIMENTO DEL WEIGH AND BALANCING TEST	124
3.1 <i>Gambling</i>	124
3.1.1 Il rapporto del Panel	124
3.1.2 Il rapporto dell'Organo d'Appello	132
3.2 <i>Cigarettes</i>	138
3.2.1 Il rapporto del Panel	140
3.1.2 Il rapporto dell'Organo d'Appello	144
4. CONCLUSIONI	150

<b>CAPITOLO 4: CONFRONTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA</b>	
<b>1. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ ALL'INTERNO DEL DIRITTO DELL'UNIONE: CARATTERISTICHE GENERALI</b>	<b>155</b>
<i>1.1 Origine</i>	155
<i>1.2 Funzionamento</i>	159
<i>1.3 Struttura</i>	161
<i>1.4 L'applicazione : cenni di giurisprudenza</i>	167
<i>1.5 Proporzionalità e sussidiarietà</i>	175
<b>2. LA PROPORZIONALITÀ NELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI</b>	<b>179</b>
<i>2.1 La direttiva 70/50</i>	179
<i>2.2 L'articolo 30 EC</i>	181
<i>2.3 La rule of reason</i>	190
<b>3. IL CONFRONTO CON IL SISTEMA OMC</b>	<b>195</b>
<i>3.1 Carattere "positivo" e "negativo" del principio di proporzionalità</i>	196
<i>3.2 Il principio di proporzionalità nell'articolo XX GATT e nell'articolo 30 EC</i>	198
<i>3.3 Il principio di proporzionalità all'interno degli Accordi TBT e SPS e la rule of reason</i>	200
<i>3.4 Carattere aperto o chiuso delle liste di circostanze che giustificano la misura</i>	201
<i>3.5 L'onere della prova</i>	202
<i>3.6 Armonizzazione</i>	204
<i>3.7 Rapporto con altri principi generali</i>	206
<i>3.8 Rilevanza degli aspetti procedurali</i>	210
<b>4. CONCLUSIONI</b>	<b>211</b>
<b>OSSERVAZIONI CONCLUSIVE</b>	<b>215</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>219</b>
<b>RAPPORTI GATT/OMC</b>	<b>226</b>
<b>SENTENZE CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE</b>	<b>228</b>
<b>ABBREVIAZIONI UTILIZZATE</b>	<b>232</b>

## INTRODUZIONE

### I. PIANO DELL'OPERA E OSSERVAZIONI DI TIPO METODOLOGICO

Questo lavoro è dedicato allo studio del ruolo e della portata dei principi di necessità e proporzionalità all'interno del sistema GATT/OMC.

Il piano dell'opera si articola attorno ad un criterio essenzialmente di tipo cronologico: ho infatti deciso di seguire l'evoluzione dei principi di necessità e proporzionalità a partire dalla nascita del GATT fino alle ultime evoluzioni normative e giurisprudenziali dell'OMC.

Tale impostazione, se da una parte trova fondamento nei cambiamenti fondamentali avvenuti a partire dalla nascita dell'Organizzazione, dall'altra è principalmente finalizzata ad una maggiore chiarezza e non intende introdurre un eccessivo elemento di rigidità nell'analisi.

Nell'ambito di questo criterio di tipo cronologico, ho ulteriormente articolato la trattazione in base ad una suddivisione fra dato normativo e giurisprudenza, al fine di esaminare separatamente i contributi apportati dall'uno e dall'altro elemento.

Il primo capitolo prenderà quindi in considerazione la fisionomia del criterio di necessità nell'ambito del GATT.

Il secondo capitolo analizzerà invece le evoluzioni normative intervenute a partire dalla nascita dell'OMC grazie alla nascita dei nuovi accordi dell'Uruguay Round.

Il terzo capitolo si propone di ricostruire l'evoluzione del criterio di necessità e l'introduzione di quello di proporzionalità attraverso il consistente sviluppo giurisprudenziale avvenuto in base al nuovo sistema di risoluzione delle controversie, assumendo come *benchmark* alcuni casi che, a mio parere, hanno segnato delle evoluzioni essenziali in questo ambito.

Il quarto capitolo si propone invece di illustrare le caratteristiche ed il funzionamento dei principi in questione all'interno del diritto dell'Unione, al fine di svolgere un confronto con il sistema OMC.

Una precisazione che ritengo essenziale riguarda il carattere di "*work in progress*" del presente lavoro di ricerca; il dibattito sui principi di proporzionalità e necessità è infatti tanto attuale e stimolante quanto "irrisolto", e la continua evoluzione giurisprudenziale non ha fatto che arricchirne la complessità.

Si è rivelato dunque difficoltoso sia sistematizzare i vari contributi della dottrina, sia comprendere ed interpretare in prima persona le evoluzioni della giurisprudenza. Probabilmente la manifestazione più evidente di tale difficoltà risiede proprio nel carattere

indefinito per concetto in questione, vale a dire il fatto che si tratti di necessità o proporzionalità. Tuttavia, come avrò occasione di dimostrare nel corso della trattazione, tale problema – che nelle prime fasi del dibattito pareva predominante – ha a mio parere perso gran parte della sua rilevanza, perlomeno in ambito OMC.

Nonostante il lavoro in questione non possa quindi fornire un quadro completo ed esaustivo della situazione, ho cercato di coglierne il più appieno possibile le numerose sfaccettature ed implicazioni, che hanno reso l'esplorazione di tale problematica un'operazione estremamente affascinante.

La prima difficoltà incontrata nello svolgimento di tale indagine riguarda aspetti di tipo terminologico; ho ritenuto quindi opportuno, in via introduttiva, soffermarmi su tali elementi. In secondo luogo, ho deciso di fornire una rapida panoramica delle forme e delle caratteristiche che il principio di proporzionalità assume all'interno degli ordinamenti interni, in quanto buona parte della dottrina tende a illustrare tale principio in relazione a tali ordinamenti, più che in base ad un autonomo "status" in diritto internazionale – contrariamente a quanto accade per il principio di necessità.

Infine, ho cercato di fornire un quadro sintetico degli ambiti, all'interno del sistema GATT/OMC, in cui il principio di necessità viene in rilievo, e di giustificare la mia scelta di delimitare l'analisi ad alcuni limitati settori.

## 2. PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE

Nel momento in cui si parla di "necessità" bisogna innanzitutto distinguere fra necessità in quanto principio generale di diritto internazionale, lo stato di necessità e il principio di necessità contenuto all'interno del sistema GATT/OMC.

Il primo costituisce infatti un concetto universale in diritto, che è stato definito come un "limite al carattere obbligatorio di diritto internazionale"; si tratta infatti di un principio e non di una norma, dal momento che esprime una verità generale applicabile a situazioni differenti<sup>1</sup>.

In base all'opinione del giudice Anzilotti nel caso *Oscar Chinn*<sup>2</sup> il principio di necessità può giustificare la non osservanza del diritto internazionale.

---

<sup>1</sup>Montini M., *The Necessity Principle as an Instrument to Balance Trade and the Protection of the Environment* in Francioni F. *Environment, Human Rights and International Trade*, Hart, 2002, p.136.

<sup>2</sup>*Affaire Oscar Chinn*, (1934), PCIJ, A/B 63, p.113.

D'altro canto lo stato di necessità può essere considerato come uno strumento nel quale si è cristallizzata la necessità in quanto principio generale di diritto internazionale. L'articolo 25 del Progetto di Articolo sulla Responsabilità Internazionale degli Stati la include fra le circostanze che impediscono la formazione di un atto illecito e stabilisce che uno Stato non possa invocare lo stato di necessità che nel caso in cui l'atto in questione sia il solo modo per lo Stato di salvaguardare un interesse fondamentale a fronte di un pericolo grave ed imminente (par.1) e non arrechi pregiudizio ad un interesse essenziale dello Stato o degli Stati verso i quali l'obbligo esiste o della comunità internazionale (par.2)<sup>3</sup>.

Tale concezione dello stato di necessità è stata adottata dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Gabcivoko-Nagymaros*, nel quale è stato affermato che lo stato di necessità è una circostanza riconosciuta dal Diritto Internazionale consuetudinario e che non può essere accettato che in casi eccezionali. In effetti si tratta di un'eccezione che può essere invocata solo in determinate condizioni che devono essere soddisfatte cumulativamente; inoltre lo Stato che invoca lo stato di necessità non può essere l'unico giudice dell'esistenza di quest'ultimo<sup>4</sup>.

Il principio di necessità nel sistema GATT/OMC riunisce tutti gli elementi finora illustrati, ma si presenta soprattutto in quanto caratteristica che le misure restrittive degli scambi internazionali devono possedere al fine di godere delle giustificazioni disponibili all'interno del sistema stesso. Di conseguenza, la necessità tende a corrispondere ad una condizione e più precisamente ad un test al quale le misure sono sottoposte.

Secondo la definizione fornita da Jost Delbrück<sup>5</sup> la proporzionalità in quanto principio di diritto interno ha la funzione di mettere in una relazione dovuta i mezzi e gli obiettivi o di soppesare diritti e libertà fondamentali che si trovano in conflitto ma che occupano il medesimo rango.

Essa è finalizzata a guidare le autorità nell'applicazione della legge più che costituire essa stessa una norma sostanziale; il suo senso dal punto di vista giuridico deve essere apprezzato caso per caso e la sua funzione è legata ad altri principi o standard come la necessità, con la quale la proporzionalità condivide il fatto di emanare dal più generale senso di giustizia.

Secondo l'autore la proporzionalità ha trovato accettazione universale in tutti i sistemi giuridici interni ed è stata riconosciuta in quanto principio generale di diritto internazionale

---

<sup>3</sup> *Draft Articles on Responsibility of states for internationally wrongful acts*, adopted by the International Law Commission as its fifty-third session (2001), extract from the Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No.10 (A/56/10), chp.IV.E.1.

<sup>4</sup> Rapporto della CIJ nel caso *Gabcivoko-Nagymaros* (1997) *ICJ Reports*, p.7.

consuetudinario delle rappresaglie e delle contromisure<sup>6</sup> e si è espansa nelle differenti branche del Diritto Internazionale.

Ad esempio, essa costituisce un principio fondamentale dei diritti umani nella misura in cui tali diritti e libertà fondamentali non garantiscono una libertà illimitata all'individuo ma sono necessariamente sottoposti a determinate restrizioni in nome dell'interesse generale.

Dunque la portata dei diritti umani ed i loro limiti devono essere messi in una relazione adeguata, il che corrisponde ad affermare che i limiti devono essere proporzionati all'importanza dei diritti garantiti e al fine perseguito dai limiti stessi<sup>7</sup>.

Nel corso di questo lavoro, utilizzerò il termine "principio" nella sua accezione più generale, in quanto standard o criterio che guida la valutazione delle misure prese in considerazione in relazione ad altri elementi e più precisamente a diritti ed interessi di altri membri e al rispetto delle norme del sistema stesso.

### 3. LA PROPORZIONALITÀ NEI SISTEMI INTERNI

#### 3.1 Il diritto costituzionale Tedesco

Le origini del principio di proporzionalità possono essere fatte risalire a diversi ambiti, primo fra i quali la Costituzione Tedesca.

Seguendo la ricostruzione effettuata da Emiliou, si può innanzitutto osservare come tale Costituzione si rivolga sia al Governo - stabilendo positivamente chi deve agire, in che aree e in che modo - sia agli individui, indicando negativamente in che aree e in che misura essi siano liberi di agire<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> J. Delbrück, Proportionality, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume III (1997), p.1141.

<sup>6</sup> Per quanto riguarda il ruolo della proporzionalità all'interno dell'ordinamento internazionale si veda E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000. Relativamente alla sua funzione nell'ambito delle rappresaglie e contromisure si veda Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, IV ed., p.359.

Per quanto concerne specificamente il diritto bellico si veda G. Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988, p.125; "Secondo l'impostazione tradizionale [...] il principio della necessità militare, intesa in senso lato, starebbe a fondamento dell'intero diritto bellico, consentendo di giudicare leciti tutti quei comportamenti, implicanti l'uso della forza, che si dimostrino necessari al raggiungimento del fine della guerra, identificato nella completa sconfitta del nemico". "La considerazione dell'elemento proibitivo insito nella nozione di necessità porta a constatare, inoltre, come in essa sia implicito un principio di proporzionalità: affermare che è vietata la violenza eccedente i limiti della necessità militare significa, infatti, ritenere che le forme di violenza sproporzionate rispetto al fine che le operazioni militari intendono conseguire non sono consentite".

<sup>7</sup> Per quanto concerne l'applicazione del principio di proporzionalità all'interno della convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo vedi P. Tavernier, C. Greve, H. Ruiz Fabri, *Conseil d'Europe - Convention Européenne des droits de l'homme*, Jurisclasseur International, Editions Techniques, 1992, vol.2, fasc.155D, p.19. e Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, London, New York, 2002.

<sup>8</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, The Hague, 1996, p.23.



In questo senso la Costituzione rappresenta una garanzia che lo Stato non interferisca con la libertà dei cittadini; di conseguenza, i diritti fondamentali possono essere limitati solo nella misura necessaria a proteggere i diritti altrui ed il bene comune e le restrizioni devono essere conformi al principio di proporzionalità<sup>9</sup>.

A conferma di tale posizione, Emiliou cita la giurisprudenza della Corte Suprema, in base alla quale l'intervento deve essere adeguato e necessario al raggiungimento dell'obiettivo, non deve imporre oneri eccessivi sull'individuo e deve esercitare sullo stesso effetti ragionevoli<sup>10</sup>.

L'autore nota come i tribunali tedeschi non abbiano basato la proporzionalità su alcun divieto implicito nei confronti dell'esercizio irragionevole del potere, ma su una relazione fra causa ed effetto o, da un altro punto di vista, fra mezzo e fine<sup>11</sup>.

In un primo momento quindi il principio in questione era perlopiù finalizzato ad assicurare che le autorità utilizzassero, fra i vari mezzi a loro disposizione, quello più adeguato; ciò però è differente rispetto all'idea che tale mezzo sia il meno restrittivo delle libertà individuali<sup>12</sup>.

I tribunali aggiunsero quindi questo secondo principio e all'indomani della Seconda Guerra Mondiale l'idea si assistette all'introduzione dell'idea che l'intrusione all'interno dei diritti individuali non dovesse essere sproporzionata rispetto all'esito desiderato<sup>13</sup>.

Come verrà poi più dettagliatamente illustrato nella parte relativa al diritto dell'Unione Europea, il principio di proporzionalità si presenta quindi suddiviso in tre sottoprincipi: la misura deve essere adeguata allo scopo perseguito, deve essere necessaria al suo raggiungimento e il rapporto fra mezzo e fine deve essere ragionevole.

Il principio di proporzionalità si applica non solo in ambito amministrativo, ma ha assunto rango costituzionale e si applica quindi anche a livello legislativo<sup>14</sup>.

Esso svolge un ruolo fondamentale all'interno della giurisprudenza della Corte Suprema ed è sempre stato impiegato frequentemente; tuttavia, analogamente a quanto avviene in ambito del diritto dell'Unione, esso non è mai stato oggetto di un chiarimento sistematico.

Ciò deriva dal fatto che le caratteristiche e la portata di tale principio rimangono fonte di numerosi dubbi e non esiste un consenso generalizzato al proposito<sup>15</sup>.

Tali discrepanze si avvertono innanzitutto a livello terminologico: mentre la Corte Suprema ha raggruppato i tre principi di *suitability*, necessità e proporzionalità *strictu sensu* sotto la

---

<sup>9</sup> *ibid.*

<sup>10</sup> *ibid.*, p.23, *BverfGE* 48 S 402, citato da J. Schwarze, *European Administrative Law*, Londra, 1992, p.687.

<sup>11</sup> L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981, citato da N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.24.

<sup>12</sup> *ibid.*, p.24.

<sup>13</sup> *ibid.*

<sup>14</sup> *ibid.*

<sup>15</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.25.

categoria della proporzionalità *latu sensu*, tale approccio non è stato seguito da tutti gli studiosi<sup>16</sup>.

### 3.2 Il diritto amministrativo Francese

Il principio di proporzionalità ricopre un ruolo rilevante anche all'interno dell'ordinamento francese.

Emiliou sottolinea come esso non possa essere compreso appieno senza un riferimento preliminare al così detto *pouvoir discretionnaire*, vale a dire al potere dell'amministrazione. A questo proposito egli riporta la definizione di un eminente giurista francese, secondo il quale il diritto amministrativo è lo studio del potere discrezionale dell'amministrazione e delle sue limitazioni al fine di proteggere i diritti dei terzi<sup>17</sup>.

Il controllo del potere discrezionale esercitato dall'amministrazione si presenta quindi come uno dei principali problemi politici dello stato moderno.

Emiliou cita poi Braibant, l'ideatore dell'idea di proporzionalità all'interno del diritto pubblico Francese, il quale ritiene che tale principio esprima un principio di senso comune, vale a dire l'idea di "non schiacciare una mosca con un'accetta"<sup>18</sup>.

Tuttavia, il concetto va al di là del requisito che il fine giustifichi i mezzi, e richiede un rapporto ragionevole fra una decisione, gli obiettivi e le circostanze in cui la decisione è presa. Il diritto pubblico francese tende a identificare il principio di proporzionalità con un calcolo costi – benefici; il principio di proporzionalità richiede infatti, fra le altre cose, che l'amministrazione non intraprenda azioni i cui costi complessivi sono eccessivi in rapporto ai benefici che apporta. Da un altro punto di vista, tale bilancio costituisce una valutazione della decisione amministrativa, della quale vengono valutati vantaggi e svantaggi<sup>19</sup>.

Sempre secondo Braibant, il concetto di proporzionalità, anche quando non è espressamente citato, è sotto la superficie e il giudice amministrativo francese lo applica senza rendersene conto<sup>20</sup>.

Secondo Emiliou in base alla teoria francese, la proporzionalità è un'affermazione relativa allo status di cose o persone in relazione le une con le altre e la disproporzione implica un errore di calcolo, perché i fatti sono ad esempio sovrastimati o sottostimati<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> *ibid.*

<sup>17</sup> M. Waline, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, CE Etudes et documents, Paris, 1956, p.25 citato da N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.67.

<sup>18</sup> G. Braibant, *Le droit administratif français*, Paris, 1984, p.236 citato da N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.88.

<sup>19</sup> *ibid.*

<sup>20</sup> *ibid.*, p.89.

Nella maggior parte dei casi i criteri per l'applicazione della proporzionalità sono basati su standard comunemente accettati di scienza naturale o di logica, ma anche da standard giuridici.

Tuttavia, visto che il diritto amministrativo deve non solo mettere in relazione diversi fatti, ma altresì soppesare valori, raccogliere e valutare fatti e applicare norme giuridiche, il principio di proporzionalità è legato altresì ai concetti di sana amministrazione, ragionevolezza e corretta procedura<sup>22</sup>.

L'applicazione del principio di proporzionalità tende quindi a stabilire garanzie a favore dei cittadini nei confronti di un utilizzo arbitrario dei poteri discrezionali dell'amministrazione; tuttavia, la sua scorretta applicazione o il suo abuso possono distorcerne la finalità e trasformare il giudice in giudice-amministratore<sup>23</sup>.

E' a questo punto opportuno richiamare il concetto di *abus de droit*, il quale sta appunto ad indicare la situazione in cui l'amministrazione esercita in maniera per così dire arbitraria i poteri che ha a disposizione.

Secondo il dizionario, tale principio viene definito in maniera diversa a seconda che ci si trovi nell'ambito del diritto civile o pubblico. Nel primo caso la definizione è la seguente: "*Faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* ».

Nel secondo caso l'abuso di diritto viene configurato in quanto « *Exercice régulier d'une compétence étatique en vue d'atteindre un but illicite, qu'il s'agisse d'un but autre que celui que le Droit Internationale assigne à la compétence en question, ou d'un moyen d'éluder une obligation internationale ou d'obtenir un avantage indu* »<sup>24</sup>.

In entrambi i casi è evidente come esista un rapporto fra il carattere "abusivo" dell'esercizio del diritto in questione e la sua natura sproporzionata<sup>25</sup>.

### 3.3 Gli ordinamenti di Common Law

Senza addentrarci nei dettagli di un'analisi che andrebbe al di là degli obiettivi di questo lavoro, vale anche la pena, ricordare come i concetti di *fairness, equity e reasonableness* e

---

<sup>21</sup> *ibid.*

<sup>22</sup> *ibid.*

<sup>23</sup> *ibid.*

<sup>24</sup> G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, 8ème Edition*. Paris, 2000, p.6.

<sup>25</sup> Cannizzaro fa tuttavia notare alcune fondamentali differenze fra i due concetti: mentre infatti l'abuso di diritto riguarda l'uso di una posizione soggettiva per una funzione diversa da quella per cui essa è stata originariamente concepita, la proporzionalità riguarda l'esistenza di un nesso di corrispondenza interno fra funzione sociale e mezzi impiegati (E. Cannizzaro, op. cit., pag.446). Cfr. anche H.E. Zeidler ("*Good Faith*" in the WTO *Jurisprudence*, op. cit., p.738) per quanto riguarda il concetto di *abus de droit* in relazione a quello di buona fede all'interno della giurisprudenza OMC.

*estoppel*, propri degli ordinamenti di *common law*, abbiano esercitato un'influenza rilevante nello sviluppo della dottrina della proporzionalità.

Tale elemento è tanto più presente all'interno degli organi giurisdizionali dell'OMC, i quali includono giuristi di diversa formazione e rappresentanti dell'amplessima membership dell'Organizzazione stessa.

Senza voler addentrarci nella trattazione approfondita di tali tematiche, ritengo opportuno fornire una definizione dei termini sopracitati, al fine di evidenziare, seppure sommariamente, il rapporto intercorrente tra di essi e con il principio di proporzionalità in generale.

Secondo la prima definizione fornita dal dizionario, "*fair*" significa "*having the qualities of impartiality and honesty; free from prejudice, favoritism, and self-interest. Just; equitable even-handed; equal, as between conflicting interests*"<sup>26</sup>. Lo stesso dizionario rimanda ai termini "*equitable*" e "*reasonable*"<sup>27</sup>.

Il termine "*equitable*" viene definito nel seguente modo: "*Just; conformable to the principles of justice and right*"<sup>28</sup> e riguardo al termine "*equity*" il dizionario riporta la seguente definizione: "*Justice administered according to fairness as contrasted with the strictly formulated rules of common law*"<sup>29</sup>.

Il termine "*reasonable*" viene definito nel modo seguente: "*fair, just moderate, suitable under the circumstances. Fit and appropriate to the end in view. Having the faculty of reason; rational governed by reason; under the influence of reason; agreeable to reason. Not immoderate or excessive, being synonymous with rational, honest, equitable, fair suitable, moderate and tolerable*"<sup>30</sup>.

Infine, il termine "*proportionate*" significa "*Adjusted to something else according to certain rate of comparative relation*"<sup>31</sup>.

Infine il termine "*estoppel*" viene definito fra le altre cose nel seguente modo: "*A doctrine which holds that an inconsistent position, attitude or course of conduct may not be adopted to loss or injury of another*"<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> B.A. Garner Ed., *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, St. Paul, 1999, p.595.

<sup>27</sup> Cfr. H.E. Zeidler ("*Good Faith*" in the *WTO Jurisprudence*, op. cit., p.738) per quanto riguarda l'utilizzo del concetto di *fairness* in relazione a quello di buona fede all'interno della giurisprudenza degli organi giudiziari dell'OMC.

<sup>28</sup> *ibid.*, p.537.

<sup>29</sup> *ibid.*, p.540.

<sup>30</sup> *ibid.*, p.1265; Cannizzaro nota a questo proposito come, nell'ambito del diritto internazionale, nei casi di conflitto di posizioni paritetiche, la proporzionalità assume i caratteri del temperamento di interessi. Quando infatti sono presenti posizioni che godono di pari tutela e che sono materialmente incompatibili, l'ordinamento stabilisce una tutela limitata di ciascuna di esse, attraverso un richiamo alla rispettiva funzione sociale. In questo senso la proporzionalità sfuma in un generico controllo di ragionevolezza (p.21).

<sup>31</sup> *ibid.*, p.1219.

<sup>32</sup> B.A. Garner Ed., op. cit., p.551.

Come si avrà occasione di notare nel corso delle trattazioni, la giurisprudenza OMC, pur non citando mai esplicitamente tale concetto, fa frequente ricorso al concetto di coerenza quale criterio di legittimità delle azioni degli Stati Membri<sup>33</sup>. Inoltre, secondo parte della dottrina, è possibile identificare, all'interno della giurisprudenza OMC, casi in cui gli organi giudiziari hanno fatto ricorso a tale concetto<sup>34</sup>.

#### 4. LA PROPORZIONALITÀ NEI DIVERSI AMBITI DEL SISTEMA OMC

Il sistema OMC fa riferimento al principio di proporzionalità in diversi ambiti. A titolo preliminare, vale la pena riportare alcuni elementi di ordine generale citati da una Nota del Segretariato<sup>35</sup>.

Innanzitutto il fatto che i test di necessità implicano sempre la presenza di tre elementi: la misura sottoposta al test, l'obiettivo perseguito dalla misura e il rapporto di necessità fra la misura e l'obiettivo<sup>36</sup>.

Ritengo sia opportuno soffermarmi in questa sede proprio su quelli ai quali questa analisi non si dedica, con particolare attenzione al sistema di risoluzione delle controversie e all'Accordo sulle Sovvenzioni e sulle Misure Compensative.

A questo proposito mi rifarò all'analisi svolta da Desmedt del ruolo giocato da tale principio nei due ambiti in questione.

Per quanto concerne il meccanismo di risoluzione delle controversie, l'autore nota come la proporzionalità svolga qui la stessa funzione che essa svolge all'interno dell'ordinamento internazionale generale<sup>37</sup>: le contromisure, il cui scopo è quello di convincere uno Stato che commette un illecito a far cessare tale illecito, non sono illimitate, bensì sottoposte ad alcuni limiti, fra cui quello della proporzionalità. Tuttavia, sono presenti alcune differenze rilevanti.

---

<sup>33</sup> Si consideri ad esempio l'importanza del concetto di coerenza all'interno dei nuovi accordi dell'Uruguay Round, e dell'Accordo SPS in particolare (vedi *infra* p.58 e ss.).

<sup>34</sup> In particolare, H.E. Zeitler ("*Good Faith*" in the WTO Jurisprudence, in *JIEL*, 2005, p.734) richiama due casi in cui il concetto di *estoppel* è stato utilizzato in collegamento con quello di buona fede. Nel caso *Argentina-Poultry* (*Argentina – Definitive anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*, Panel Report, WT/DS241/R, 22 aprile 2003, par.7.18) l'Argentina ha sostenuto che il principio dell'*estoppel* si applichi quando un soggetto faccia affidamento nei confronti di un'affermazione in buona fede. Inoltre, nella recente controversia relativa alle sovvenzioni della Comunità Europea nei confronti dell'esportazione di zucchero (*European Communities – Export Subsidies on Sugar*, WT/DS265/R, WT/DS266/R, WT/DS283/R, 15 ottobre 2004, par.7.54-7.57) la Comunità ha invocato il principio dell'*estoppel* a sostegno dell'idea che la parte attrice non fosse in posizione di sollevare la controversia in questione, in quanto la presunta violazione era già manifesta nel momento della conclusione dell'Accordo istitutivo dell'OMC, e di conseguenza eventuali profili di incompatibilità con gli Accordi avrebbero dovuto essere sollevati in quella sede.

<sup>35</sup> Working Party on Domestic Regulation, "*Necessity Tests*" in the WTO, Note By The Secretariat, S/WPDR/W/27, 2 dicembre 2003.

<sup>36</sup> *ibid.*, par.5.

Innanzitutto il sistema di risoluzione delle controversie va al di là del concetto di proporzionalità quale esso è applicato all'interno del diritto internazionale generale, in quanto la disciplina che essa contiene è assai più dettagliata e stabilisce che la sospensione delle concessioni – che costituisce l'equivalente del termine "contromisura" – sia equivalente al livello di annullamento o pregiudizio dei benefici. Quindi, contrariamente al Diritto Internazionale generale, il sistema OMC non prende in considerazione la gravità dell'atto<sup>38</sup> ma piuttosto il danno risultante dalla violazione. La gravità della violazione non determina quindi la contromisura e il sistema OMC non stabilisce alcuna scala di violazioni che dia vita a contromisure più o meno gravi<sup>39</sup>.

Ne discende che le contromisure nel sistema GATT/OMC non hanno carattere punitivo.

In secondo luogo, Desmedt nota come nel sistema OMC le contromisure debbano essere "equivalenti" e tale criterio viene applicato con più severità di quanto avvenga nel diritto internazionale generale<sup>40</sup>. Ciò risulta evidente anche nell'applicazione di ritorsioni incrociate, possibilità normalmente accettata dal diritto internazionale generale, ma ammessa dal diritto OMC solo qualora non sia possibile adottare contromisure nello stesso settore della misura sotto accusa<sup>41</sup>.

Tali differenze hanno indotto parte della dottrina ad affermare che le norme dell'Intesa sulla Risoluzione delle Controversie (*Dispute Settlement System, DSU*) perseguano non tanto lo scopo di indurre l'attuazione delle indicazioni degli organi giudiziari, quanto quello di compensare la parte che ha subito un danno<sup>42</sup>.

Ciò renderebbe il principio di proporzionalità quale concepito all'interno del Diritto Internazionale generale non rilevante, anche alla luce dell'articolo 37 del Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati, in base al quale i principi di Diritto Internazionale generale non si applicano qualora le conseguenze di un atto illecito siano state determinate da altre norme di diritto internazionale specifiche rispetto a quell'atto<sup>43</sup>.

Tuttavia, secondo l'autrice il principio di proporzionalità ha una certa rilevanza all'interno del meccanismo di risoluzione delle controversie e cita esempi in questo senso<sup>44</sup>.

---

<sup>37</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, in *JIEL*, 2001, p.447; si veda anche B. Conforti, *Diritto Internazionale*, op. cit. (vedi *supra* nota n.).

<sup>38</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.448.

<sup>39</sup> P. Mavroidis, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, in *EJIL*, 2000, p.773 citato da A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.448.

<sup>40</sup> *ibid.*, op. cit., pag.448.

<sup>41</sup> *ibid.*, p.449.

<sup>42</sup> *ibid.*, p.450.

<sup>43</sup> *ibid.*

<sup>44</sup> *ibid.*, p.450. In particolare Desmedt ricorda come nel caso relativo alle Banane (*European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/ARB, 9 aprile 1999, par.6.12-6.16) gli

Essa conclude notando che, nonostante il sistema creato dalla DSU sia per così dire autosufficiente e renda il principio di proporzionalità irrilevante nell'istituzione delle contromisure, la stessa DSU deve essere interpretata conformemente a tale principio<sup>45</sup>.

Per quanto riguarda l'Accordo sulle Sovvenzioni e sulle Misure Compensative, l'autrice ritiene che in questo ambito il principio di proporzionalità svolga un ruolo più rilevante, in quanto in base all'Accordo le contromisure relative alle sovvenzioni "azionabili" devono essere "appropriate"<sup>46</sup> e "commensurate"<sup>47</sup> e una nota all'Accordo spiega che il termine "appropriate" è finalizzato ad impedire che le contromisure siano sproporzionate alla luce del fatto che i sussidi a cui esse si riferiscono sono vietati<sup>48</sup>.

Infine, l'autrice nota come il principio venga in rilievo anche relativamente all'articolo XXIII paragrafo 2 GATT, in quanto durante l'era GATT e in assenza di un accordo specifico sulle sovvenzioni e le misure compensative queste ultime dovevano essere "appropriate secondo le circostanze"<sup>49</sup>.

Infine è opportuno citare l'idea secondo la quale l'articolo XXIV GATT conterrebbe a sua volta un criterio di necessità economica all'interno dei paragrafi 5 e 8.<sup>50</sup>

Si può quindi notare come all'interno del sistema GATT/OMC i riferimenti ai criteri di necessità e proporzionalità siano numerosi.

Una Nota del Segretariato nell'ambito del *Working Party on Domestic Regulation* ne identifica numerosi altri<sup>51</sup>, su alcuni dei quali tuttavia né la dottrina né la giurisprudenza hanno avuto occasione di concentrarsi.

Ho deciso di concentrare la mia attenzione su alcuni ambiti in particolare, vale a dire l'articolo XX GATT, GLI Accordi SPS e TBT e l'Accordo GATS.

---

arbitri abbiano invocato il principio di proporzionalità al fine di legittimare la propria interpretazione degli articoli 22.4 e 22.7 della DSU.

<sup>45</sup> *ibid.*

<sup>46</sup> Articoli 4.10 e 4.11 dell'Accordo SCM.

<sup>47</sup> Articoli 7.10 e 7.11 dell'Accordo SCM.

<sup>48</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law.*, op. cit., p.451; note 9 e 10 agli articoli 4.10 e 4.11 dell'Accordo SCM.

<sup>49</sup> *ibid.*, p.451.

<sup>50</sup> A questo proposito vedi J.P. Trachtman, *Toward Open Recognition? Standardization and Regional Integration under Article XXIV of GATT*, in *JIEL*, 2003, p.459-492 e H. Irfan, G. Marceau, *Is there a Necessity Test within Article XXIV of the GATT 1994?* Intervento presentato presso la Conferenza dal titolo "*Regional Trade Agreements and the WTO System*", tenutasi presso l'Università di Edimburgo, 27-28 maggio 2005.

<sup>51</sup> Working Party on Domestic Regulation, "*Necessity Tests in the WTO*", op. cit., par.3 : "WTO agreements contain a number of provisions, which in whole or in part are commonly referred to as "necessity tests". Notably, these include Articles XX and XI of the GATT; GATS Articles XIV and VI:4, paragraph 2(d) of Article XII and paragraph 5(e) of the Annex on Telecommunications; Articles 2.2 and 2.5 of the TBT Agreement; Articles 2.2 and 5.6 of the SPS Agreement; Articles 3.2, 8.1 and 27.2 of the TRIPS Agreement; and Article 23.2 of the Agreement on Government Procurement. For ease of reference, the texts of these

Tale scelta è stata determinata non solo da inclinazioni personali, ma anche dalla disponibilità di materiale – sia dottrina che giurisprudenza – e dalle circostanze temporali.

Il periodo in cui questo lavoro è stato concepito ha infatti visto rapidi ed significativi sviluppi giurisprudenziali relative in particolare alla nascita e allo sviluppo del *weigh and balancing test*, il che è stato all'origine di un'abbondante letteratura in materia.

Parallelamente, gli Accordi SPS, TBT e GATS sono stati al centro dell'attenzione sia della giurisprudenza che della dottrina, vista la prorompente attualità dei problemi legati a questi accordi.

In particolare, ritengo che la portata dei principi di necessità e proporzionalità all'interno di tali ambiti abbia una portata maggiormente innovativa rispetto ad esempio a quanto accade nell'ambito dell'Accordo sui Sussidi e sulle Misure Compensative e della DSU, dove tale principi svolgono un ruolo per così dire più tradizionale, in quanto già presente all'interno del diritto internazionale classico.

Tuttavia, la motivazione che maggiormente mi ha spinto a concentrare la mia attenzione sugli argomenti che costituiscono l'oggetto di questa tesi è costituita da un vivo interesse per l'articolo XX in quanto fonte primaria delle eccezioni al sistema, per gli Accordi SPS e TBT in quanto "ramificazioni" di quest'ultimo, e per i *non-trade issues* in generale.

Ritengo infatti che uno degli elementi determinanti del futuro del sistema multilaterale sia costituito dall'articolazione e dal bilanciamento fra interessi commerciali e non, fra esigenze del sistema GATT/OMC e prerogative degli stati e dei loro cittadini.

In base alla capacità del sistema di conciliare tali spinte ed esigenze il sistema multilaterale sarà o meno in grado di costituire quella "comune cornice istituzionale per lo sviluppo delle relazioni commerciali fra i suoi membri"<sup>52</sup> rispettando allo stesso tempo le esigenze di sovranità degli Stati, sovranità che sempre di più vede la propria portata ridotta dalle dinamiche dell'attuale comunità internazionale<sup>53</sup>, ma che tuttavia rimane un elemento imprescindibile della stessa.

All'interno di questo ampio panorama, i problemi legati alla tutela della salute e della vita umana e animale assumono una rilevanza crescente.

E' quindi sulla base di tali motivazioni ed inclinazioni che ho con piacere dedicato la mia tesi di dottorato agli argomenti esposti nelle pagine che seguono.

---

provisions are annexed to this Note. Since several of them have not yet been subject to dispute settlement procedures, no jurisprudence has been developed on them to date".

<sup>52</sup> Vedi Preambolo dell'Accordo che istituisce l'OMC, articolo II:1.

<sup>53</sup> G. POTTO, *Studi di Diritto Internazionale dell'Economia*, Torino, 1999, p.11 e *Ampliamento della disciplina giuridica della cooperazione economica internazionale e riflessi sulla sovranità statale*, Torino, 2000, p.4.



## CAPITOLO 1: IL SISTEMA GATT

Nato come accordo provvisorio fra Stati all'indomani della Seconda guerra Mondiale, l'Accordo Generale sulle Tariffe e il Commercio ha costituito l'alveo all'interno del quale la disciplina degli scambi internazionali ha cominciato a nascere a svilupparsi, fino alla creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio<sup>1</sup>.

Il sistema GATT possedeva una struttura istituzionale assai più ridotta rispetto a quanto accadrà in ambito OMC e soprattutto, ai fini della nostra analisi, si trovò a gestire problematiche assai meno complesse per quanto concerne in particolare i rapporti fra *free trade* e interessi non commerciali.

Tuttavia, già all'interno dell'ambito GATT, si può identificare l'emergere del principio di necessità, sia all'interno del testo dell'Accordo, che all'interno della giurisprudenza.

### 1. L'ARTICOLO XX GATT

Il criterio di necessità è contenuto innanzitutto all'interno dell'articolo XX del GATT 1947<sup>2</sup>, relativo alle eccezioni generali.

Tale disposizione ha ricevuto fino a tempi recenti<sup>3</sup> un'interpretazione fondamentalmente restrittiva<sup>4</sup>, in base all'idea che il fatto in sé di costituire un'eccezione richieda un'applicazione molto severa dei requisiti richiesti, al fine di ridurre al minimo i casi in cui tali situazioni vengono ammesse. Questa considerazione di ordine generale può a mio parere essere utile al fine di comprendere l'evoluzione del criterio di necessità.

---

<sup>1</sup> Sulla nascita del GATT e sui limiti impliciti all'Accordo vedi M. Comba, *Il Neoliberalismo Internazionale*, op. cit., p.98-99, P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, op. cit., p.3-23, D. Carreau, P. Juillard, *Droit International Economique*, op. cit., p.43-52

<sup>2</sup> Sull'articolo XX si vedano tra gli altri S. Charovitz, *Exploring the Environmental Exceptions on GATT article XX in JWT*, 1991, p.37, P. Manzini, *Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994 revisited in the Light of the Rules of interpretation of General International Law*, in P. Mengozzi (a c. di), *International Trade Law in the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, F. Francioni, *Environment, Human Rights, and the Limits of Free Trade*, in F. Francioni, *Environment, Human Rights, and International Trade*, op. cit., p.1.

<sup>3</sup> A questo proposito è interessante notare l'affermazione fatta dall'Organo d'Appello nel caso *Hormones (European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products, Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R*, 16 gennaio 1998): "merely characterizing a treaty provision as an "exception" does not by itself justify a "stricter" or "narrower" interpretation of that provision than would be warranted by examination of the ordinary meaning of the actual treaty words, viewed in context and in the light of the treaty's object and purpose, or, in other words, by applying the normal rules of treaty interpretation." (par.104); vedi H. Ruiz Fabri, *L'appel dans le règlement de l'OMC: trois ans après, quinte rapports plus tard in RGDIP*, 1999, p.81.

<sup>4</sup> D. Esty, *Greening the GATT*, Washington DC, 1994, p.47.

### 1.1 Paragrafi a), b) e d)

Il termine “necessario” appare all’interno dei paragrafi a), b) e d), i quali riguardano rispettivamente le misure:

- a) necessarie alla protezione della moralità pubblica
- b) necessarie alla protezione della salute e della vita delle persone e degli animali o alla preservazione dei vegetali
- d) necessarie ad assicurare l’applicazione di leggi e regolamenti non incompatibili con le disposizioni dell’Accordo quali, ad esempio, le leggi e i regolamenti relativi all’applicazione di misure doganali o al mantenimento in vigore dei monopoli

Il paragrafo a) non è mai stato interpretato da alcun organo giudiziario; solo recentemente, nella controversia relativa alla fornitura a distanza di servizi legati alle scommesse e al gioco d’azzardo, il paragrafo a) dell’articolo XIV GATS – la cui struttura riproduce quella dell’articolo XX – la moralità e l’ordine pubblico sono stati presi in considerazione quali obiettivi alla base di misure restrittive del commercio<sup>5</sup>.

La concezione di moralità e ordine pubblico differisce sensibilmente da membro a membro e di conseguenza tale paragrafo si presta ad attribuire un’ampia deferenza alle scelte dei singoli Stati. Tale eccezione potrebbe essere usata in un prossimo futuro nell’ambito dei così detti *consumer concerns* all’interno del dibattito fra il libero commercio e la tutela ambientale; analogamente il paragrafo a) potrebbe essere usato al fine di assecondare l’opinione pubblica in mancanza di prove scientifiche sufficienti in merito ad esempio alla pericolosità di un prodotto<sup>6</sup>.

L’applicazione dell’articolo XX b) può essere suddivisa in tre fasi<sup>7</sup>:

- la misura ha come scopo la protezione della salute umana e animale o dei vegetali?
- essa è necessaria al fine di realizzare tale protezione?
- rispetta i requisiti dello *chapeau*?

---

<sup>5</sup> vedi *supra* p.125 ss.

<sup>6</sup> J. Wiers, *Trade and environment in the EC and WTO*, Groningen/Amsterdam, 2002, p.191.

<sup>7</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin II)*, Panel Report DS29/R del 16 giugno 1994 (non adottato) in 33 ILM 839, 1994, par.5.289; vedi T. J. Schoenbaum in *AJIL*, p.276.

Per quanto concerne il paragrafo b), nel corso della sessione della Commissione preparatoria tenutasi a Ginevra, si era convenuto di sopprimere la parte di frase – presente in una versione precedente – che recitava “se delle misure di protezione corrispondenti esistono nel paese importatore nelle stesse condizioni”. Tale clausola è stata soppressa in ragione delle difficoltà legate alla sua eventuale messa in atto e altresì perché si è ritenuto che lo *chapeau* fornisse già adeguate garanzie contro tentazioni protezionistiche di tale disposizione.

Tuttavia in quell’occasione i delegati espressero la loro disapprovazione rispetto al fatto di non riuscire a trovare una formulazione soddisfacente e, considerati gli abusi perpetrati in passato, precisarono la loro contrarietà ad ogni atto di questo tipo<sup>8</sup>.

L’attenzione dedicata fin dall’inizio nell’ambito GATT a questo tipo di problematiche è testimoniata dal fatto che nel corso della Conferenza dell’Avana furono ribadite, e venne altresì proposto di stabilire una procedura regolare al fine di rispondere a eventuali reclami che i membri avrebbero potuto formulare nel caso in cui la disposizione corrispondente all’articolo XX fosse stata utilizzata in modo abusivo<sup>9</sup>.

Per quanto concerne il paragrafo d), lo Stato che desidera invocarlo deve dimostrare l’esistenza di tre fattori:

- le misure che si cerca di giustificare devono assicurare l’esecuzione di altri leggi o regolamenti
- questi ultimi non devono essere incompatibili con le disposizioni del GATT 1994
- le misure che si cerca di giustificare devono essere necessarie al fine di assicurare l’esecuzione con tali leggi o regolamenti<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda il criterio di non incompatibilità con l’Accordo Generale delle leggi e dei regolamenti a cui si riferiscono le misure del paragrafo d), è da sottolineare come tale carattere non incompatibile non sia esaminato d’ufficio dagli organi giudicanti<sup>11</sup>, ma come un’eventuale incompatibilità debba essere dimostrata dalla parte attrice.

Nel caso *Argentina-Bovine Hides*, ad esempio, l’Argentina ha affermato che le leggi relative all’IVA e alla tassazione del reddito fossero compatibili con i propri obblighi derivanti dal

---

<sup>8</sup> *Guide to GATT law and practice : analytical index*. - 6. ed. - Geneva : GATT, Ginevra, 1994, p.521.

<sup>9</sup> *ibid.*, p.612.

<sup>10</sup> *United States - Section 337 Of The Tariff Act Of 1930*, BISD 36S/354, Panel Report L/6439 - 36S/345 del 7 novembre 1989, par.5.22 e *Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, Report of the Panel, WT/DS155/R, del 19 dicembre 2000, par.11.290.

<sup>11</sup> D. Luff, *Le droit de l’Organisation Mondiale du Commerce*, Bruxelles, 2004, p.171.

GATT 1994 e la Comunità Europea non ha contestato ciò. Di conseguenza, il panel ha automaticamente continuato la propria analisi presumendo tale compatibilità<sup>12</sup>.

Prima di esaminare la prima giurisprudenza relativa al criterio di necessità, vale la pena fare qualche precisazione rispetto al paragrafo g).

### 1.2 Paragrafo g)

Alcune osservazioni a parte merita il paragrafo g) il quale, pur non contenendo al proprio interno il termine "necessario", ha per lungo tempo ricevuto un'interpretazione simile ai paragrafi b) e d), in cui quest'ultimo appare.

Il paragrafo g) richiede infatti che le misure in questione siano "relative"<sup>13</sup> alla protezione di risorse naturali esauribili; la disposizione non contiene alcuna definizione del termine.

La prima controversia in cui tale disposizione ha assunto rilevanza risale al 1988<sup>14</sup> e riguarda una legge canadese in base alla quale le aringhe e i salmoni pescati nelle acque territoriali avrebbero dovuto essere lavorati all'interno dello Stato<sup>15</sup>, legge che secondo gli Stati Uniti costituiva una violazione dell'articolo XI e non era giustificabile in base all'articolo XX<sup>16</sup>.

In questa occasione il panel ritenne che l'espressione "relative a" dovesse essere interpretata nel senso di "primariamente finalizzate a"<sup>17</sup>, espressione che in teoria pare imporre un onere meno gravoso rispetto al termine necessario, ma che in pratica è stata interpretata in maniera assai simile. Il panel infatti, al fine di stabilire quale fosse la finalità della misura in questione, non ha analizzato l'origine e l'intento della norma che ne era alla base, bensì ha esaminato se esistessero altre misure meno restrittive in grado di perseguire lo stesso obiettivo, giungendo così alla conclusione che le finalità perseguite dalla misura sotto accusa (la raccolta di dati statistici relativi alle specie in questione) avrebbero potute essere ottenute in modalità compatibili con l'Accordo Generale<sup>18</sup>.

Tale linea interpretativa è stata seguita anche da un panel istituito nell'ambito del NAFTA<sup>19</sup>, chiamato a giudicare sulla legittimità di una misura canadese in base alla quale i salmoni e le aringhe pescati sulla costa occidentale di questo Stato dovessero essere scaricati a terra in

<sup>12</sup> Vedi *Argentina-Bovine Hides*, Panel Report, par. 11.296-11.298 e *Section 337*, Panel Report, par.5.24

<sup>13</sup> "related to" e "se rapportant à" nelle versioni inglese e francese rispettivamente.

<sup>14</sup> *Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, BISD 35S/98, Panel Report L/6268 - 35S/98 del 20 novembre 1987, par.4.6.

<sup>15</sup> *ibid.*, par.2.2.

<sup>16</sup> *ibid.*, par.3.1.

<sup>17</sup> *ibid.*, par.4.6: "The Panel concluded for these reasons that, while a trade measure did not have to be necessary or essential to the conservation of an exhaustible natural resource, it had to be primarily aimed at the conservation of an exhaustible natural resource to be considered as "relating to" conservation within the meaning of Article XX(g)".

<sup>18</sup> J.Trebilcock, R. Howse, *The Regulation of International Trade*, Londra, 1999, p.398.

<sup>19</sup> In the matter of Canada's Landing Requirement for Pacific Coast Salmon and Herring, Final Report of the Panel, 16 ottobre 1989; vedi J.Trebilcock, R. Howse, *The Regulation of International Trade*, op. cit., p.339.

Canada prima della lavorazione. Contrariamente alla legislazione esaminata nel caso precedente, non erano presenti né divieti né restrizioni alle esportazioni; tuttavia l'effetto della misura era quello di porre le società statunitensi di lavorazione in una situazione svantaggiosa<sup>20</sup>. Il panel in questione si è quindi conformato all'interpretazione fornita nell'ambito della controversia precedente, e ha statuito che le misure canadesi costituissero una violazione dell'articolo XI in base all'applicazione del *least trade restrictive alternative test*, fondamentalmente analogo a quello utilizzato nell'ambito dei paragrafi b) e d).

Il panel incaricato di risolvere la controversia relativa al tonno messicano<sup>21</sup> non si è discostato da tale linea, assimilando il paragrafo g) al paragrafo b) anche sotto il profilo del divieto di adozione di misure a carattere extraterritoriale<sup>22</sup>.

Tale approccio ha ricevuto numerose critiche, fra cui quella di essersi limitato ad una lettura restrittiva<sup>23</sup> del paragrafo g), riducendone così notevolmente la portata. A partire dalla controversia relativa alla benzina statunitense, tuttavia, tale linea verrà modificata, grazie ad una lettura più attenta fornita dall'Organo d'Appello.

In questa controversia (i cui fatti verranno analizzati in seguito con più precisione) il panel ha applicato l'interpretazione fornita nell'ambito della controversia GATT sopra citata, giungendo alla conclusione che la misura statunitense sotto accusa non fosse primariamente finalizzata alla protezione della qualità dell'aria, in quanto lo stesso obiettivo avrebbe potuto essere perseguito attraverso misure compatibili con il requisiti dell'articolo III:<sup>24</sup>. In altri termini, il panel ha applicato un test di necessità e ha sostenuto che le misure in questione non rientrassero all'interno del paragrafo g), in quanto misure meno restrittive sarebbero state ragionevolmente disponibili<sup>25</sup>.

L'Organo di Appello ha rifiutato tale approccio, sostenendo che il panel non aveva seguito le norme di diritto internazionale consuetudinario di interpretazione dei trattati codificate nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>26</sup>, le quali richiedono che ai termini venga

---

<sup>20</sup> *ibid.*, p.401.

<sup>21</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin)*, Panel Report, DS21/R-39S/155 del 3 settembre 1991 (non adottato) vedi *infra*, p.12

<sup>22</sup> J. Trebilcock, R. Howse, *The Regulation of International Trade*, op. cit., p.407 ; M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2001, p.273-274.

<sup>23</sup> M. Montini, *Il principio di necessità ambientale come criterio di bilanciamento tra commercio internazionale e protezione dell'ambiente*, in *RGA*, 2002, p.147.

<sup>24</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Panel Report WT/DS2/DS4/R del 29 gennaio 1996, par.40; *Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, BISD 35S/98, para. 4.6; del 22 marzo 1988, citato dal panel, par. 6.39.

<sup>25</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/DS4/AB/R del 22 aprile 1996, p.16.

<sup>26</sup> *ibid.*; in base all'articolo 3.2 della DSU il sistema di risoluzione delle controversie persegue lo scopo di chiarire le disposizioni degli accordi, in conformità con le norme consuetudinarie di interpretazione di diritto internazionale pubblico. Per quanto concerne i rapporti fra il sistema OMC e il diritto internazionale

assegnato il loro significato ordinario e in base alle quali i termini “necessario” e “relativo” non dovrebbero essere assimilati. Non avrebbe infatti avuto senso, altrimenti, che i redattori dell’articolo XX abbiano usato termini sei diversi per riferirsi al rapporto fra la misura e l’obiettivo perseguito<sup>27</sup>.

Considerato che tale questione non rientrava nell’atto di missione dell’Organo, questo si è trattenuto dal contraddire esplicitamente il panel investito della controversia precedente, ma ha tuttavia sottolineato che l’espressione “primariamente finalizzato a” non appariva nel testo dell’Accordo Generale e che non costituiva un semplice *litmus test* per l’inclusione o l’esclusione dal paragrafo g)<sup>28</sup>. Avendo rifiutato l’applicazione del *least trade restrictive alternative test*, l’Organo d’Appello ha ritenuto che le misure in questione fossero primariamente finalizzate alla protezione della qualità dell’aria<sup>29</sup>.

In conclusione si può affermare che, a partire da *Gasoline*, il paragrafo g) abbia ricevuto un’interpretazione più flessibile e svincolata dal test di necessità<sup>30</sup>. Più precisamente, parte della dottrina ritiene che in questo caso, così come nel caso *Shrimp-Turtle*, l’Organo d’Appello abbia semplicemente analizzato la capacità della misura di perseguire lo scopo previsto (il così detto *suitability test*)<sup>31</sup>.

Tuttavia, come si vedrà più avanti, l’interpretazione di questo paragrafo fornita dall’Organo d’Appello nel corso di questa stessa controversia ha costituito una delle tappe verso l’affermazione del principio di proporzionalità all’interno dell’articolo XX. Questo proprio a partire dalla natura “ibrida” del legame fra la misura e lo scopo perseguito contenuto nell’espressione “relativo a”<sup>32</sup>.

---

consuetudinario e convenzionale si veda per tutti P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell’Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p.623 ss.

<sup>27</sup> rispettivamente “necessary, essential, relating to, for the protection of, in pursuance of, involving”, *ibid.*, p.17

<sup>28</sup> *ibid.*, p.21.

<sup>29</sup> *ibid.*, p.22; vedi Shoenbaum T.J., *International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation*, in *AJIL*, p.279.

<sup>30</sup> L. Schiano di Pepe, *The WTO and the protection of the natural environment: recent trends in the interpretation of GATT article XX b) and g)* in *TLCP*, 2000, p.288.

D.A. Wirth, *Some reflections on Turtles, Tuna, Dolphin, and Shrimp*, in *YIEL*, 1998, p.42.

<sup>31</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Oxford 2004, p.225.

<sup>32</sup> In questo senso vedi Ortino (*Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.226) il quale sottolinea come già nell’ambito di *Gasoline* e *Shrimp-Turtle* (*United States – Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products*, Appellate Body Report,

## 2. LA GIURISPRUDENZA GATT

A partire dal semplice dato testuale, si può immediatamente notare come il termine "necessario" costituisca il punto focale dei paragrafi a) b) e d).

La portata del principio di necessità – termine che non trova alcuna definizione all'interno dei testi – verrà definita nell'ambito dell'attività giurisprudenziale dei panel e, a partire dall'istituzione dell'OMC, dell'Organo d'Appello. Il suo contenuto è dunque frutto di una creazione giurisprudenziale.

Gli organi giudiziari del GATT prima e dell'OMC poi hanno a lungo applicato un test di necessità all'interno del quale possiamo isolare due elementi fondamentali : la ricerca di misure alternative meno restrittive del commercio e il rispetto del livello di protezione scelto dagli Stati Membri.

### *2.1 Il criterio di necessità in quanto least trade restrictive alternative test*

Analizzando la giurisprudenza è innanzitutto necessario tracciare una distinzione fra il problema della definizione del senso e della portata del termine "necessario" e quello della sua applicazione, la quale si è sempre tradotta in un *test* e in un *criterio* di necessità. Ciò è conseguenza del fatto che il termine in questione venga utilizzato sia in quanto elemento capace di giustificare misure che possano eventualmente compromettere altri principi stabiliti dall'Accordo e che tale giustificazione passi attraverso un esame del carattere necessario delle misure. Questo esame e i criteri ai quali esso si ispira costituiscono l'oggetto della presente analisi.

#### 2.1.1 Le prime controversie: assenza di una definizione

Il termine "necessario" è stato preso in considerazione dai panel in alcune controversie, senza tuttavia arrivare a fornire una definizione precisa. Il primo caso<sup>33</sup> riguarda un'ingiunzione adottata dall'*International Trade Commission* statunitense contestata dal Canada, secondo il quale le misure in questione non erano necessarie ai sensi dell'articolo XX d) al fine di proteggere i diritti di proprietà intellettuale e la legge in base a cui tali misure erano state applicate era incompatibile con l'articolo III<sup>34</sup>. In questo caso il panel si è chiesto se,

---

WT/DS58/AB/R, 12 ottobre 1998) si profili una volontà dell'Organo d'Appello di rendere il test dell'articolo g) più severo, passando da un *suitability test* ad un test di ragionevolezza.

<sup>33</sup> *United States – Imports of Automotive Spring Assemblies (Canada)*, BISD 30S/107, Panel Report L/5333 - 30S/107 del 26 maggio 1983; in questo senso vedi D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, in *LIEI*, 2002, p.126.

<sup>34</sup> *ibid.*, par.14-15.

nell'ambito della legislazione vigente in quel momento negli Stati Uniti, esistessero altre modalità di difendere i diritti in questione, giungendo ad una conclusione negativa, ed affermando la necessità delle misure in questione, considerate quindi le uniche in grado di assicurare l'esito desiderato dal legislatore<sup>35</sup>.

Una seconda controversia riguardava invece la legge canadese<sup>36</sup> la quale, fra le altre cose, imponeva agli investitori stranieri operanti in questo paese l'acquisto in loco di determinate quantità di materiale, al fine di realizzare l'investimento stesso<sup>37</sup>. In questo caso il panel ha ritenuto che tali prescrizioni non fossero necessarie al fine dell'autorizzazione preventiva degli investimenti, in quanto un semplice esame delle caratteristiche dello stesso sarebbe bastato per stabilire la sua utilità o meno rispetto agli obiettivi economici del paese.

Come si può notare questi due rapporti affrontano già *in nuce* il problema della definizione del termine necessario, limitandosi però ad analizzare se le misure in questione fossero le uniche in grado di raggiungere lo scopo prefissato dalla legge<sup>38</sup>.

#### 2.1.2 Il caso "Sezione 337": formulazione del *least trade restrictive alternative test*

E' solo nell'ambito di una successiva controversia relativa alla Sezione 337 della legge statunitense relativa ai brevetti che tale analisi viene raffinata e che viene formulato un vero e proprio *test* di necessità, tale quale sarà applicato fino ai casi più recenti<sup>39</sup>.

La controversia ha avuto origine a partire da una richiesta della Comunità Europea, secondo la quale la Sezione 337 del *Tariff Act* del 1930 – sia nella sua applicazione in generale sia nel caso in questione riguardante l'importazione di una particolare fibra tessile dalla Comunità Europea – violava l'articolo III paragrafo 4 GATT<sup>40</sup>.

Più precisamente, la procedura seguita dall'*International Trade Commission* al fine di proteggere i diritti di proprietà intellettuale si applicava solo ai prodotti importati che si presumeva costituissero una contraffazione di un brevetto depositato negli Stati Uniti. Inoltre,

---

<sup>35</sup> *ibid.*, par.60.

<sup>36</sup> *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act (FIRA)*, BISD 30S/140, Panel Report LJ5504 - 30S/140 del 7 febbraio 1984.

<sup>37</sup> *ibid.*, par.2.3.

<sup>38</sup> In particolare D.A. Osiro (*GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit., p.126) nota come non fossero presenti argomentazioni di tipo logico nel confrontare le due alternative e come i requisiti dello *chapeau* fossero confusi con il requisito di necessità. Inoltre, la questione della compatibilità o meno con il GATT della misura alternativa non era presa in considerazione.

<sup>39</sup> D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit., p.127; M. Montini *The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in the Trade and Environment Context*, p.122.

<sup>40</sup> *Section 337*, Panel Report, par.3.1.



tale procedura era diversa da quella che veniva applicata davanti alla corte di un distretto federale nel momento in cui ad essere incriminato era un prodotto statunitense<sup>41</sup>.

Secondo la CE le differenze erano tali per cui il trattamento dei prodotti importati era meno favorevole rispetto a quello accordato ai prodotti simili originari degli Stati Uniti; l'applicazione della Sezione 337 costituiva dunque una violazione dell'articolo III paragrafo 4 GATT e non poteva essere giustificata sulla base dell'articolo XX d)<sup>42</sup>.

Gli Stati Uniti, al contrario, sostenevano che le misure in questione da una parte fossero compatibili con l'articolo III e dall'altra potessero essere giustificate sulla base dell'articolo XX d)<sup>43</sup>.

Il panel ha dapprima indicato le tre condizioni che devono essere presenti perché una misura possa essere giustificata sulla base del paragrafo d)<sup>44</sup> e ha sottolineato come ognuna delle incompatibilità contestate dovesse quindi essere giustificata<sup>45</sup> in quanto necessaria ai sensi dell'articolo XX d).

Esso ha inoltre precisato come l'onere della prova spetti alla parte attrice<sup>46</sup>; è questo un principio fondamentale della giurisprudenza GATT/OMC, che è stato oggetto di formalizzazione e successivi chiarimenti da parte dell'Organo d'Appello.

Il panel, dopo aver osservato che la compatibilità della legge statunitense nel suo complesso all'Accordo Generale non era contestata, ha verificato se le disposizioni contrarie all'articolo III.4 erano necessarie per assicurare il rispetto di tale legislazione<sup>47</sup>.

Innanzitutto esso ha rifiutato la tesi, sostenuta dagli Stati Uniti, secondo la quale il criterio di necessità doveva essere applicato non tanto alle singole componenti della Sezione 337, quanto alla Sezione in quanto "sistema". Il panel ha rifiutato questo approccio in quanto esso permetterebbe alle Parti Contraenti di d'introdurre degli elementi di incompatibilità, giustificandoli sulla base del carattere necessario del contesto legislativo più generale in cui essi sono inseriti<sup>48</sup>.

Tuttavia, fra le varie osservazioni fatte dal panel in questa occasione la più rilevante è l'enunciazione di quello che è stato in seguito definito *least trade restrictive alternative test* : una parte contraente non può giustificare una misura altrimenti incompatibile con una

---

<sup>41</sup> *ibid.*, par.2.8.

<sup>42</sup> *ibid.*, par.3.4.

<sup>43</sup> *ibid.*

<sup>44</sup> vedi p.

<sup>45</sup> *Section 337*, Panel Report, par.5.23.

<sup>46</sup> *ibid.*, par.5.27.

<sup>47</sup> *ibid.*, par.5.24.

<sup>48</sup> *ibid.*, par.5.27.

disposizione dell'Accordo se essa dispone di un'altra misura che ci si può ragionevolmente attendere essa utilizzi e che è compatibile o meno incompatibile con l'Accordo stesso<sup>49</sup>.

Di conseguenza, nel caso in cui una misura compatibile con l'Accordo non sia ragionevolmente disponibile, la parte contraente ha l'obbligo di utilizzare, fra le misure disponibili, quella che comporta *il minor grado* di incompatibilità.

Tale osservazione è di estrema importanza, dal momento che essa sarà alla base della giurisprudenza successiva, che resterà costante fino ai cambiamenti apportati dalla controversia relativa al vitello coreano.

Gli Stati Uniti sostenevano che la Sezione 337 fosse giustificabile, in quanto offriva il solo mezzo di far rispettare i diritti annessi al brevetto; al contrario il panel ha considerato che l'istituzione di un sistema differenziato per le importazioni che violino un brevetto non fosse necessaria, considerato che numerosi paesi attribuiscono giurisdizione ordinaria in materia ai tribunali interni<sup>50</sup>.

Inoltre il panel ha affermato che, anche qualora si fosse ammessa la necessità di tale sistema specifico, nessuna delle incompatibilità citate avrebbe potuto trovare giustificazione.

In conclusione la Sezione 337 della Legge Doganale degli Stati Uniti è stata dichiarata incompatibile con l'articolo III paragrafo 4, in quanto sottoponeva i prodotti importati ad un trattamento meno favorevole rispetto a quello accordato ai prodotti di origine nazionale e che tale incompatibilità non poteva essere giustificata ai sensi dell'articolo XX d)<sup>51</sup>.

### 2.1.3 Il caso *Thai cigarettes*

La definizione del criterio di necessità in quanto *least trade restrictive alternative test* è stato ribadito nel caso relativo alle sigarette thailandesi<sup>52</sup>. Tale controversia aveva ad oggetto la compatibilità dell'articolo 27 della Legge Tailandese del 1966 sul tabacco, la quale ne subordinava l'importazione e l'esportazione alla concessione di una licenza. Alle condizioni imposte da questa legge era poi aggiunto un'imposta sui consumi, una tassa sulle importazioni e una tassa municipale<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> *ibid.*, par.5.26.

<sup>50</sup> *ibid.*, par.5.28.

<sup>51</sup> *ibid.*, par.6.3.

<sup>52</sup> *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, BISD 37S/200, Panel Report DS10/R-37S/200 del 5 ottobre 1990; vedi J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, in *JWT*, 2003, p. 207; M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, op. cit., p.267.

<sup>53</sup> *ibid.*, par.7.

Gli Stati Uniti, esportatori di tabacco, consideravano tali misure incompatibili con l'articolo XI paragrafo 1 e sostenevano che esse non potessero essere giustificate sulla base dell'articolo XX b), in quanto non necessarie alla protezione della vita e della salute delle persone<sup>54</sup>.

Il panel da una parte ha sottolineato i rischi per la salute umana associati al tabagismo – giungendo così alla conclusione che le misure in questione rientrassero all'interno dell'articolo XX b) – e dall'altra ne ha analizzato il carattere necessario<sup>55</sup>.

A questo fine esso ha fatto espresso riferimento alle conclusioni tratte a questo proposito della controversia precedente e ha trasposto l'analisi effettuata dal panel dal paragrafo d) al paragrafo b), sottolineando il fatto che nonostante i due paragrafi siano relativi a due tipi di misure diversi ciò non giustifichi un'interpretazione differente del termine necessario<sup>56</sup>.

Il panel ha dapprima ricordato che, in base all'articolo III paragrafo 4, le Parti Contraenti possono imporre leggi, regolamenti o prescrizioni relativi alla vendita, alla messa in commercio, l'acquisto, il trasporto, la distribuzione e l'utilizzo delle merci importate, a condizione che i requisiti imposti ai prodotti importati non siano meno favorevoli rispetto a quelli vigenti per i prodotti di origine nazionale<sup>57</sup>.

In base a questa osservazione, gli Stati Uniti sostenevano che la Thailandia avrebbe potuto perseguire i propri obiettivi di salute pubblica attraverso misure compatibili con l'articolo III paragrafo 4 e che le misure adottate non fossero giustificabili ai sensi dell'articolo XX b)<sup>58</sup>.

Il panel ha dunque preso in considerazione tali obiettivi al fine di determinare se essi avrebbero potuto essere realizzati attraverso misure compatibili o meno incompatibili con l'Accordo Generale.

In primo luogo, per quanto concerne la qualità delle sigarette, il panel ha rilevato che altri paesi avevano adottato norme non discriminatorie e compatibili con l'articolo III paragrafo 4, i quali riguardavano l'etichettatura e la divulgazione della composizione, il che permetteva sia di regolamentare il contenuto delle sigarette sia di informare i consumatori. In base a ciò ci si poteva ragionevolmente aspettare che la Thailandia agisse in maniera analoga<sup>59</sup>.

In seguito il panel ha considerato i mezzi disponibili al fine di ridurre la quantità delle sigarette consumate e fra le altre cose ha considerato le modalità di riduzione dell'offerta<sup>60</sup>.

A questo proposito esso ha preso in considerazione una risoluzione adottata nel corso della Quarantatreesima Assemblea Mondiale della Sanità dall'OMS nella quale si sottolineava

---

<sup>54</sup> *ibid.*, par.12.

<sup>55</sup> *ibid.*, par.73.

<sup>56</sup> *ibid.*, par.74.

<sup>57</sup> *ibid.*, par.75.

<sup>58</sup> *ibid.*

<sup>59</sup> *ibid.*, par.77.

l'importanza della lotta contro la pubblicità diretta ed indiretta e contro le attività di promozione relative al tabacco<sup>61</sup>.

Il panel ha notato a questo proposito che la Thailandia aveva già messo in atto misure simili al fine di frenare la domanda, misure che si potevano quindi considerare come ragionevolmente disponibili nella situazione in questione<sup>62</sup>.

Inoltre il panel ha osservato che le Parti Contraenti avevano il diritto di mantenere regimi di monopolio di Stato all'importazione e alla vendita. La Thailandia avrebbe quindi potuto servirsi di questo strumento per regolare sia l'offerta globale che il prezzo, come sottolineava anche la sopraccitata risoluzione, la quale richiedeva agli Stati di includere all'interno delle proprie strategie di lotta antitabacco dei progetti di misure finanziarie progressive finalizzate a scoraggiare l'utilizzo di questa sostanza<sup>63</sup>.

In conclusione, il panel ha considerato che la Thailandia disponeva di numerosi strumenti ragionevolmente disponibili per realizzare i propri obiettivi di salute pubblica e, in conseguenza, le misure contestate non potevano essere giustificate ai sensi dell'articolo XX b)<sup>64</sup>.

Il procedimento seguito dal panel in questo caso è a mio parere particolarmente interessante, in quanto esemplificativo del procedimento che è alla base del *least trade restrictive alternative test*: enucleare lo scopo perseguito dal membro - senza metterlo in discussione, elemento che come si vedrà più avanti costituisce una caratteristica essenziale e distintiva rispetto a ciò che avviene in altri ambiti - e considerare concretamente l'esistenza di metodi che possano perseguire tale obiettivo in maniera più compatibile con l'Accordo Generale.

Si può infine notare come il procedimento seguito in questo caso si differenzi dal primo proprio per il fatto che il panel stesso abbia suggerito delle alternative percorribili; nella controversia relativa alla Sezione 337 invece l'analisi si è limitata all'enunciazione di un astratto criterio della minor incompatibilità possibile<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> *ibid.*, par.79.

<sup>61</sup> *ibid.*

<sup>62</sup> *ibid.*, par.78.

<sup>63</sup> *ibid.*, par.79.

<sup>64</sup> *ibid.*, par.81.

<sup>65</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.207; Osiro (*GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit.) distingue infatti le due situazioni utilizzando i termini « least inconsistency test » e « consistency criterion » per la prima e la seconda controversia rispettivamente (p.128).

#### 2.1.4 Il caso *Tuna - Dolphin*

Il criterio di necessità ha rivestito un ruolo rilevante anche nella nota controversia relativa al tonno messicano<sup>66</sup>.

In questo caso il panel ha analizzato la compatibilità con l'Accordo Generale di alcune disposizioni della legge sulla protezione dei mammiferi del 1972 (MMPA: *Marine Mammal Protection Act*) che vietava le importazioni nel territorio degli Stati Uniti di alcune varietà di tonno e prodotti derivati, i cui metodi di pesca (vale a dire il trascinamento delle reti sul fondale marino) comportavano delle conseguenze negative sulla loro sopravvivenza<sup>67</sup>.

Secondo gli Stati Uniti, il divieto di esportazione era giustificato in quanto finalizzato a proteggere la vita e la salute dei delfini, ed era necessario in quanto gli Stati Uniti non potevano ragionevolmente utilizzare alcuna altra misura per raggiungere tale obiettivo<sup>68</sup>.

Il Messico a sua volta, oltre a contestare la natura extraterritoriale delle misure<sup>69</sup>, sosteneva che gli Stati Uniti disponessero di altri metodi compatibili con l'Accordo Generale, ad esempio la cooperazione internazionale<sup>70</sup>.

Il panel, nell'interpretare l'articolo XX b), ha ricordato le osservazioni fatte a questo proposito nella controversia relativa alle sigarette thailandesi e precisamente il fatto che tale disposizione dovrebbe permettere alle parti di imporre misure restrittive altrimenti incompatibili con l'Accordo Generale per perseguire obiettivi superiori dell'azione di governo, a patto che questi ultimi siano "inevitabili"<sup>71</sup>. Su questi presupposti esso ha ritenuto che le misure adottate dagli Stati Uniti non soddisfacessero il criterio di necessità, in quanto tale Stato non aveva dimostrato di aver esaurito tutti i mezzi ragionevolmente a sua disposizione<sup>72</sup>.

Il panel ha altresì considerato che, anche partendo dal presupposto che un divieto di importazione fosse l'unico metodo a disposizione, la misura in questione non avrebbe potuto considerarsi necessaria ai sensi dell'articolo XX b), in quanto essa si fondava su tassi di cattura accidentale di delfini registrati dai pescatori degli Stati Uniti nel corso di un determinato periodo, tassi che le autorità messicane non potevano conoscere con precisione<sup>73</sup>.

---

<sup>66</sup> *Tuna-Dolphin*, Panel Report.

M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, op. cit., p.270; J. Trebilcock, R. Howse, *The Regulation of International Trade*, op. cit., p.406.

<sup>67</sup> *Tuna-Dolphin*, Panel Report, par.2.5 e 2.10; il MMPA prevedeva anche un "intermediary country imports", in base al quale il Segretario al Commercio poteva richiedere a qualsiasi Stato intermedio da cui il tonno veniva esportato negli Stati Uniti di provare di aver proibito l'importazione di tali prodotti da qualsiasi Stato da cui esso era direttamente esportato negli Stati Uniti, qualora essi fossero proibiti in base al MMPA stesso.

<sup>68</sup> *Ibid.*, par.3.33.

<sup>69</sup> *Ibid.*, par.3.35.

<sup>70</sup> *Ibid.*, par.3.34.

<sup>71</sup> *Ibid.*, par.5.27.

<sup>72</sup> *Ibid.*, par.5.28.

<sup>73</sup> *Ibid.*

Il panel è quindi giunto alla conclusione che la restrizione al commercio che ne derivava non fosse indispensabile<sup>74</sup>.

Tale rapporto non è mai stato adottato. Le Parti Contraenti vittime intermediarie dell'embargo imposto dagli Stati Uniti sollevarono la questione una seconda volta e un altro panel fu istituito a questo scopo<sup>75</sup>.

Le conclusioni di quest'ultimo furono in sostanza le stesse<sup>76</sup> e, per quanto riguarda l'oggetto della presente analisi, fu confermata l'interpretazione del termine necessario in quanto "indispensabile" o "inevitabile"<sup>77</sup>, con conseguente rifiuto dell'accezione proposta dagli Stati Uniti di "adatto" o "utile".

Particolarmente interessante è il passaggio in cui il panel giustifica il proprio rifiuto delle misure statunitensi in base ad una sorte di "volontà politica"<sup>78</sup> di preservare l'integrità e il corretto funzionamento del sistema multilaterale degli scambi. Esso ha infatti affermato che un'interpretazione ampia del requisito di necessità avrebbe permesso ad ogni parte di stabilire unilateralmente le politiche di protezione della vita e della salute dalle quali le altre parti contraenti non avrebbero potuto discostarsi senza compromettere i propri diritti in base all'Accordo Generale. Quest'ultimo, di conseguenza, non avrebbe più costituito un quadro multilaterale per il commercio fra tutte le parti contraenti, ma solo fra quelle poche che presentano identiche regolamentazioni di determinati settori. Tale affermazioni presenta una certa importanza in quanto testimone appunto di una volontà politica di preservazione del sistema commerciale, volontà che sarà sottoposta a critica proprio per il suo carattere "dogmatico" e, secondo alcuni autori, poco attento ad altri aspetti della vita della comunità internazionale.

## 2.2 *Il rispetto nei confronti del livello di protezione scelto dallo Stato*

Un presupposto essenziale della concezione di necessità quale è stata analizzata finora è costituito dall'idea che l'aspetto che viene messo in discussione sia la misura specifica di cui si lamenta l'incompatibilità e non la legislazione della quale tale misura costituisce l'applicazione.

---

<sup>74</sup> *ibid.*, par.5.29.

<sup>75</sup> *Tuna Dolphin II*, Panel Report; vedi M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, op. cit., p.274 e J. Trebilcock, R. Howse, *The Regulation of International Trade*, op. cit., p.410.

<sup>76</sup> *Tuna-Dolphin II*, Panel Report, par.5.39.

<sup>77</sup> *ibid.*, par.5.34.

<sup>78</sup> F. Francioni, *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, in Società Italiana di Diritto Internazionale, *Diritto e Organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'OMC*, Napoli, 1997, p.162.

La conseguenza fondamentale di tale principio risiede nel fatto che le scelte politiche degli Stati membri sono accettate a priori in quanto decisioni derivanti dalla loro propria sovranità, soprattutto nell'ambito di settori sensibili quali quelli inclusi nell'articolo XX.

In effetti lo scopo del sistema GATT era di garantire e promuovere la libera circolazione delle merci e dei servizi, tenendo conto degli orientamenti dei membri nei settori non coperti dagli accordi, e altresì in quelli coperti, nel caso in cui essi dispongano di un margine di manovra sufficiente.

Come si vedrà più avanti, tale idea di base cede sempre più il passo a delle "zone grigie", considerato il crescente livello di interconnessione fra la dimensione commerciale e gli altri ambiti della vita degli Stati e dei loro cittadini. Tale transizione è particolarmente interessante alla luce del passaggio dal sistema GATT al sistema OMC.

Tale problema – che è direttamente legato a quello della competenza dell'Organizzazione - va ben al di là della questione del criterio di necessità e si può anzi ritenere che impregni tutto il dibattito relativo al libero commercio in quanto principio ispiratore dell'attuale sistema economico.

Ritornando al principio della deferenza nei confronti del livello di protezione scelto da parte dello Stato che adotta la misura, esso è stato affermato svariate volte da parte degli stessi panel.

A partire dalla controversia relativa alla Sezione 337, infatti, il panel ha osservato che le norme di fondo della legislazione non erano contestate e che dalle conclusioni da lui tratte quanto all'incompatibilità di determinate disposizioni non derivava assolutamente la richiesta allo Stato di modificare tali regole di fondo<sup>79</sup>. Solo nel caso in cui una parte contraente non possa assicurare lo stesso livello di protezione con misure meno restrittive essa sarà tenuta a modificare la propria condotta.

Tuttavia, come si vedrà a proposito delle critiche rivolte al test di necessità, il limite di tale ragionamento consiste nel fatto che le modalità di attuazione spesso finiscono per condizionare il raggiungimento sostanziale dello scopo in questione.

D'altra parte, i panel sono anche consapevoli dello spazio di cui dispongono le Parti Contraenti di un utilizzo abusivo di questo principio.

In questa prospettiva è interessante ricordare l'osservazione fatta dal panel incaricato della controversia relativa alla Sezione 337, in base alla quale il test di necessità si applica ad ogni singolo elemento della misura in esame e non alla legislazione nella sua globalità<sup>80</sup>. Tale osservazione sottolinea la volontà del panel di impedire alle Parti Contraenti di giustificare

---

<sup>79</sup> *Section 337*, op. cit., par.5.25.

misure incompatibili con l'Accordo Generale limitandosi ad introdurle in un sistema i cui obiettivi di fondo sono incontrovertibili.

Allo stesso modo nella controversia relativa alle sigarette thailandesi il panel ha tracciato una netta distinzione fra la misura commerciale che si cerca di giustificare e la norma soggiacente, analizzando in maniera sistematica la possibilità di perseguire il livello di protezione della salute auspicato dalla Thailandia attraverso misure meno restrittive. Esso ha quindi considerato ciascun elemento di tale politica in quanto punto di partenza la cui legittimità non viene messa in discussione: qualità e quantità delle sigarette consumate, i meccanismi legati all'offerta, alla domanda e al prezzo.

Utilizzando questo procedimento il panel ha dimostrato nella maniera più completa ed incontestabile possibile che la scelta politica di fondo costituiva un elemento invariabile del test di necessità.

Tale rapporto di deferenza nei confronti delle scelte politiche degli Stati presenta a mio parere sfaccettature differenti a seconda che esso venga analizzato nell'ambito dei rapporti fra l'Organizzazione e i suoi Membri e fra i Membri nei loro rapporti reciproci.

Ora, una delle conseguenze più importanti di tale idea è la tradizionale avversione della giurisprudenza GATT/OMC nei confronti dell'applicazione extraterritoriale delle leggi e dei regolamenti degli Stati, come fu stabilito a partire dalla celebre controversia relativa al tonno messicano<sup>81</sup>.

In altre parole, come l'Organizzazione non è competente, in base al tradizionale principio di necessità, a mettere in discussione le scelte che sono alla base delle leggi e dei regolamenti degli Stati membri - in quanto essa può valutare il rapporto fra mezzi e fini, ma non è in grado di influire sugli obiettivi perseguiti - così gli questi ultimi non hanno il diritto di imporre le proprie scelte di politica interna agli altri membri.

---

<sup>80</sup> *ibid.*, par.5.27.

<sup>81</sup> Tuttavia, contrariamente a quella che è la versione volgarizzata di tale problematica, si tratta in questo caso di una certa riluttanza e non di una vera e propria proibizione dell'applicazione di misure extraterritoriali. Bartels nota infatti come nel corso della seconda controversia relativa al tonno messicano il panel, pur ammettendo che la giurisdizione fosse un problema chiave, ne ha espanso il significato fino ad ammettere misure extraterritoriali, a patto che esse non costringessero le altre Parti Contraenti a modificare le proprie politiche all'interno della propria giurisdizione (L. Bartels, *Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction in JWT*, 2002, p.387).

Anche nel corso delle controversie successive, né il panel né l'Organo d'Appello hanno fornito una soluzione definitiva al problema.

In termini più generali Cannizzaro (*Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, op. cit., p.25) riconduce questo problema al concetto di "poteri funzionali", in base al quale, ad esempio, ad uno Stato è riconosciuto il potere di disciplinare lo svolgimento di determinate attività in ambiti spaziali nei quali non detiene sovranità. Attraverso il controllo di proporzionalità quindi l'ordinamento si assicura che l'espansione del potere dello Stato non implichi una sfera di discrezionalità assoluta.



In base a quest'idea, quindi, gli Stati non possono condizionare l'accesso al proprio mercato al rispetto di leggi nazionali, qualora queste ultime disciplinino eventi che si svolgono al di fuori dell'ambito territoriale dello Stato stesso.

Tale principio, a mio parere, se da una parte mira a preservare l'integrità del sistema multilaterale, dall'altra riflette la tradizionale impostazione che vede gli Stati detentori di un'ampia discrezionalità per quanto riguarda le questioni di ordine interno.

L'analisi di questo tema non rientra fra gli obiettivi di questo lavoro; tuttavia è a mio parere interessante notare come concetti quali la necessità, la proporzionalità e i diritti che ne derivano a favore degli Stati membri nei confronti dell'Organizzazione possano trasformarsi in armi a doppio taglio per questi ultimi.

Nella controversia relativa al tonno messicano il panel, aderendo alla linea seguita nei casi precedenti, ha sottolineato come le condizioni richieste all'articolo XX b) riguardino la misura commerciale in questione e non la norma scelta dalla Parte Contraente.

Tuttavia, esso ha considerato che se si accettasse l'interpretazione estensiva dell'articolo XX b) suggerita dagli Stati Uniti, ciascuna Parte Contraente potrebbe determinare unilateralmente le politiche di protezione della vita e della salute animale e vegetale dalle quali le altre Parti non potrebbero discostarsi senza compromettere i propri diritti derivanti dall'Accordo Generale.

Quindi, se da una parte i panel (e a partire dall'avvento dell'OMC anche l'Organo d'Appello) vegliano affinché gli Stati rispettino le scelte politiche e di conseguenza di regolamentazione gli uni degli altri, d'altra parte sono i membri stessi dell'Organizzazione che talvolta temono che quest'ultima eroda la loro sovranità, estendendo la propria competenza a dei settori che normalmente rilevano della politica interna degli Stati.

Per tenere conto di queste preoccupazioni l'Organo d'Appello, nella controversia relativa ai gamberetti<sup>82</sup> – che verrà analizzata oltre in quanto appartenente alla giurisprudenza OMC – ha voluto sottolineare espressamente che la propria decisione di considerare le misure adottate dagli Stati Uniti contrarie alle norme del sistema commerciale multilaterale non derivava dalla volontà dell'Organizzazione di privilegiare la liberalizzazione del commercio alla protezione dell'ambiente, né di sostituirsi alla volontà sovrana degli Stati in questo ambito.

Proprio al fine di evitare o quanto meno attenuare eventuali critiche nei confronti della propria decisione l'Organo d'Appello ha dedicato un paragrafo specifico del proprio rapporto alla spiegazione delle ragioni alla base del suo orientamento e dei limiti intrinseci di quest'ultimo:

---

<sup>82</sup> *Shrimp-Turtle*, Appellate Body Report, vedi *infra* p.78 ss.

*“In reaching this conclusion, we wish to underscore what we have not decided in this appeal. We have not decided that the protection and preservation of the environment is of no significance to the Members of the WTO. Clearly, it is. We have not decided that the sovereign nations that are Members of the WTO cannot adopt effective measures to protect endangered species, such as sea turtles. Clearly, they can and should. And we have not decided that sovereign states should not act together bilaterally, plurilaterally or multilaterally, either within the WTO or in other international fora, to protect endangered species or to otherwise protect the environment. Clearly, they should and do”<sup>83</sup>.*

Con tale affermazione, l'Organo d'Appello ha ancora una volta esplicitato la propria deferenza agli obiettivi politici e al livello di protezione scelto dagli Stati. In seguito esso ha spiegato che la misura degli Stati Uniti, per quanto finalizzata ad un obiettivo ambientale riconosciuto come legittimo ai sensi dell'articolo XX g), è stata applicata in maniera tale da costituire una discriminazione arbitraria e ingiustificabile, contrariamente alle disposizioni dello *chapeau*. Ancora una volta si ritorna alla questione fondamentale alla quale si faceva riferimento in precedenza: le frontiere della competenza dell'OMC in quanto organizzazione internazionale ed i rapporti sempre più inestricabili fra la disciplina del commercio internazionale e gli altri ambiti della vita degli Stati.

Tornando al principio di necessità, possiamo concludere che in questo suo primo stadio di vita esso sia stato interpretato ed applicato considerando come acquisito il livello di protezione scelto dallo Stato. Tuttavia, a partire caso *Gasoline* - ma soprattutto dal caso *Korea-Beef* - i panel e l'Organo d'Appello sono andati al di là di tale approccio e hanno gettato le basi di una valutazione non soltanto della specifica misura in esame, ma anche del livello di protezione in questione. La metodologia attraverso la quale ciò è stato fatto costituisce uno degli elementi fondamentali nell'analisi dell'emergere del principio di proporzionalità.

### 3. LA NECESSITÀ NELLA PRIMA GIURISPRUDENZA GATT: UN BILANCIO

#### 3.1 *Le critiche al concetto di necessità in senso stretto*

Il test di necessità tradizionale quale è stato applicato in questa prima fase della giurisprudenza è stato soggetto a numerose critiche.

---

<sup>83</sup> *ibid.*, par.185.

In primo luogo, vari autori<sup>84</sup> hanno sottolineato come tale criterio non trovi alcun fondamento all'interno del testo dell'Accordo Generale - il quale, infatti, non fornisce alcuna definizione di questo termine - e sia in realtà frutto di una creazione giurisprudenziale, se non di una vera e propria distorsione. Secondo Shoenbaum, se gli autori dell'Accordo avessero voluto inserire un requisito così stringente l'avrebbero esplicitato all'interno dei paragrafi o dello *chapeau*<sup>85</sup>. Secondo Manzini, inoltre, tale interpretazione è incompatibile con lo stesso articolo 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, in quanto non adotta il "senso ordinario" del termine necessario. Secondo l'autore, infatti, tale termine fa riferimento alla necessità in rapporto alla protezione della vita e della salute animale e vegetale, e non in rapporto alla tutela del libero commercio; l'accento sarebbe quindi sulla relazione fra la misura e il suo scopo e non fra essa e il principio sovrastante del *free trade*. La giurisprudenza dei panel avrebbe quindi introdotto *ex novo* un criterio di "restrizione minima dei principi GATT" altrimenti inesistente<sup>86</sup>.

Parte della dottrina sottolinea inoltre come questo approccio sia incoerente rispetto all'insieme dell'articolo XX e rischi di fornire un'interpretazione paradossale: pare infatti illogico che misure relative alla protezione della salute umana debbano essere sottoposte ad un test così severo, mentre le misure che ricadono sotto il paragrafo c) debbano solo essere "relative" all'oro e all'argento<sup>87</sup>. Analogamente, Shoenbaum nota come tale distinzione introduca una strana distinzione fra il paragrafo b) e il paragrafo g), in quanto il *least trade restrictive alternative test* si applicherebbe alla protezione della vita e della salute umane, animali e vegetali e non alla conservazione di risorse naturali esauribili, il che pare secondo l'autore suggerire una "gerarchia" di valori<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> S. Charnovitz, *Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX*, op. cit., p.49-50.

P. Manzini, *Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994 revisited in the Light of the Rules of interpretation of General International Law*, op. cit., p.829.

F. Francioni, *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, op. cit., p.161.

<sup>85</sup> T. J. Shoenbaum, *International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation*, op. cit., p.276; in questo senso vedi le affermazioni dell'Argentina nel caso *Bovine Hides* (par.8248): "With respect to the first aspect, the text of Article XX(d) in no way qualifies the content of "necessary," nor does it attach any specific requirements such as determining "a reasonable alternative" that could be used and which moreover would not be "inconsistent" with GATT/WTO provisions. By its very definition - as an exception - Article XX deals with "measures" that are somehow inconsistent with the GATT."

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> S.H. Cleveland, *Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility in JIEL*, 2002 p.165.

<sup>88</sup> T.J. Shoenbaum, *International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation*, op. cit., p.276; in questo senso vedi anche lo stesso autore in: *The Decision in the Shrimp-Turtle Case*, in *YIEL*, 1998, p.39; tuttavia Ortino (*Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit.) sottolinea come tale differenza non vada letta nel senso dell'attribuzione di una maggiore o minore importanza all'obiettivo in questione, ma si limiti ad un diverso rapporto che deve sussistere fra la misura e l'obiettivo perseguito (p.210).

Simile conclusione può essere raggiunta anche attraverso lettura parallela dei termini che introducono i vari paragrafi dell'articolo XX.

E' stato infatti sottolineato infatti come all'interno dell'articolo esistano sei diverse espressioni che delineano il legame che deve esistere fra la misura in oggetto e il suo scopo, e che ognuno di questi termini deve necessariamente essere stato scelto per una motivazione particolare<sup>89</sup>. Ne deriva che l'adozione di un'interpretazione restrittiva del termine necessario sia impedita dalla presenza, al paragrafo j), del termine "essenziale". Se le Parti Contraenti avessero voluto indicare un così stretto nesso anche negli altri paragrafi si sarebbero serviti della stessa terminologia<sup>90</sup>.

Viene inoltre suggerito che il testo del paragrafo b) lasci un maggior margine di manovra rispetto al paragrafo d), contraddicendo così la prima giurisprudenza dei panel, in base alla quale il test di necessità è stato applicato in maniera analoga ai due paragrafi. Il paragrafo d) richiede infatti che le misure in questione siano necessarie ad assicurare il rispetto di leggi e regolamenti non incompatibili con l'Accordo Generale, lasciando così intendere che esistano altri modi ottenere tale risultato. Al contrario il paragrafo b) adotta una dicitura più ampia – "necessari alla protezione della salute" – il che in linea di principio dovrebbe assegnare una maggiore priorità all'obiettivo<sup>91</sup>.

In secondo luogo tale test viene criticato in quanto troppo restrittivo: è infatti estremamente difficile dimostrare che un'altra misura meno restrittiva non fosse ragionevolmente disponibile<sup>92</sup>. Vero è che il test in questione fa salvo il livello di protezione scelto dallo Stato; tuttavia, come si è visto in questo caso, il mezzo rischia di condizionare il fine e la linea di demarcazione può rivelarsi molto sottile. Inoltre, anche dal punto di vista procedurale, va notato che l'onere della prova ricada sullo Stato che adotta la misura in questione. Evidentemente il punto di vista di chi critica tale test tende ad assumere che esso finisca quasi regolarmente per non rispettare tale livello di protezione. Questa osservazione conduce al più generale problema dello "*standard of review*", vale a dire del grado di deferenza che gli organi giurisdizionali dell'OMC devono attribuire alle decisioni dei Membri e al livello a cui la loro analisi deve svolgersi. Come si vedrà più avanti, questo costituisce uno degli aspetti fondamentali del principio di proporzionalità.

---

<sup>89</sup>vedi *Gasoline*, op. cit., p.20.

<sup>90</sup> M. Manzini, *Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994 revisited in the Light of the Rules of Interpretation of General International Law*, op. cit., p.831.

<sup>91</sup> S. Charnowitz, *Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX*, op. cit., p.50.

<sup>92</sup> D. Esty, *Greening the GATT*, op. cit., p.48.

In particolare tale test non tiene conto delle difficoltà finanziarie dei Paesi in Via di Sviluppo<sup>93</sup>, ma anche delle specificità legate alla protezione dell'ambiente e dei diritti umani. Parte della dottrina sottolinea infatti che in campo ambientale i *policy makers* operano spesso con risorse limitate e sono subordinati a vincoli stringenti dettati dal sistema politico e giuridico<sup>94</sup>. I panel dovrebbero quindi tenere in considerazione l'ipotesi che un'alternativa in teoria ragionevolmente disponibile in realtà non sia tale a causa della sua eccessiva onerosità. Nel caso delle sigarette thailandesi, ad esempio, si sottolinea come metodi meno restrittivi nei confronti del commercio – quali la promozione di campagne pubblicitarie – fossero disponibili, ma come tali metodi richiedano la conoscenza e l'utilizzo tecniche di persuasione e di comunicazione non sempre disponibili ad un paese quale la Thailandia. In questo senso parte della dottrina ritiene il rapporto emanato in occasione di questa controversia "un precedente negativo"<sup>95</sup>. Sia in campo ambientale che nel campo della tutela della salute dei consumatori vale inoltre la pena di ricordare come il principio di precauzione<sup>96</sup> – che in questo ambito riveste un'importanza fondamentale – mal si concili con un test di necessità così strutturato.

Per quanto riguarda specificamente i diritti umani, è stato fatto notare come tale test renda inaccessibili sanzioni economiche rivolte contro Stati che compiono abusi in questo ambito, sanzioni che, secondo l'autore, costituiscono uno strumento efficace al fine di reprimere questo tipo di illecito<sup>97</sup>. Uno Stato soggetto a sanzioni a causa della presenza di sfruttamento minorile potrà infatti sempre argomentare che altri mezzi, fra cui aiuti in campo educativo, avrebbero potuto essere utilizzati. Tale problema tende ad accentuarsi tanto più quanto le sanzioni messe in atto sono di carattere generale rispetto all'economia del paese, vale a dire colpiscono vari ambiti di quest'ultima, alcuni dei quali non direttamente legati alla violazione in questione<sup>98</sup>. Tuttavia, nel campo dei diritti umani, non sempre è possibile agire attraverso azioni mirate, oltre la fatto che il rispetto dei diritti umani dovrebbe per definizione travalicare

---

<sup>93</sup> Vedi le affermazioni dell'Argentina in *Bovine Hides* (op. cit., par.8252): "The test of necessity required under Article XX (d) cannot be made conditional upon a largely relative test, given that the full range of alternatives available in a case could be very difficult to determine, especially for a developing country. Such an approach would mean transforming a case covered by the Article XX:(d) exception into a situation, at least in theory, which could always be legally challenged as possible new available alternatives emerge. A certain degree of discretion must therefore be allowed the Member invoking the exception in determining which measure is necessary for securing observance of laws and regulations that are not inconsistent with the general agreement".

<sup>94</sup> J. Trebilcock, R. Howse, *The Regulation of International Trade*, op. cit., p.401.

<sup>95</sup> *ibid.*

<sup>96</sup> Per una definizione di tale principio, vedi il punto 15 della Dichiarazione di Rio del 1992: «*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*».

<sup>97</sup> S. Cleveland, *Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility*, op. cit., p.164.

considerazioni legate all'ambito economico-commerciale e permettere azioni a carattere generale in nome del loro maggiore impatto<sup>99</sup>.

In una recente controversia tale tipo di obiezione è stata formalmente sollevata da parte dell'Argentina, la quale ha dichiarato che l'interpretazione del termine "necessario" proposta dalla Comunità Europea – vale a dire il *least trade restrictive alternative test* - fosse eccessivamente restrittiva; tuttavia il panel ha affermato di non ritenere necessario risolvere questo problema interpretativo, in quanto si è ritenuto soddisfatto delle prova addotte dall'Argentina al fine di stabilire una presunzione di necessità delle misure sotto accusa<sup>100</sup>.

Dal punto di vista applicativo, inoltre, tale test solleva non poche difficoltà: come stabilire infatti il maggiore o minore grado di compatibilità con l'Accordo Generale? Quali disposizioni è "meno grave" violare?<sup>101</sup> Come valutare ad esempio una misura incompatibile con l'articolo III rispetto ad una in violazione dell'articolo XI? Il GATT non contiene infatti alcun criterio al fine di stabilire una scala di non conformità<sup>102</sup>, a meno di non far coincidere il sistema nel suo insieme con l'obiettivo del libero commercio – equazione secondo alcuni non scontata.

Infine sempre dal punto di vista metodologico Neumann e Türk sostengono che il fatto di concentrare l'attenzione sull'incompatibilità della misura col sistema normativo piuttosto che con l'effetto di limitazione del commercio possa generare il risultato paradossale di autorizzare misure alternative conformi all'Accordo Generale ma ancora più restrittive degli scambi<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> *ibid.*, p.165.

<sup>99</sup> *ibid.*, p.173.

<sup>100</sup> *Bovine Hides*, op. cit., par.11.304.

<sup>101</sup> P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, op. cit., p.321; in questo senso vedi le affermazioni dell'Argentina in *Bovine Hides*, par.8251: «*Argentina contends that it would not be appropriate for panels to begin evaluating the alternatives that a country may have used in order to ensure observance of laws and regulations, beyond what is textually required in subparagraph (d). Where does subparagraph (d) prescribe that the government of a State must analyse an array of options, and choose the least restrictive? What is the yardstick for defining what is less restrictive? Accepting this approach would mean supplanting the sovereignty of governments by a panel's evaluation. To begin with, a panel cannot evaluate a government's need, for various reasons, to adopt a tool that assures it of compliance with another rule. In the second place, neither does it have a standard nor yardstick against which to judge necessity, as the concept of necessity depends on various factors that no one can better evaluate than the country taking the measure. Lastly, the role of the DSU pursuant to Article 3.2 is to clarify the provisions of the agreements covered and not to create additional rights and/or obligations*».

<sup>102</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.240; Tuttavia, vale la pena citare l'osservazione di Ruiz Fabri e Monnier, i quali criticano in termini generali l'idea di « minore incompatibilità » che è alla base del test di necessità. Secondo l'autrice, infatti, tale concetto costituisce la traduzione in termini giuridici di un approccio economico finalizzato a preferire le misure che implicano un minore impatto sul commercio. Tale traduzione mal si integra tuttavia nel lessico giuridico, il quale tende a giudicare se un elemento è legale oppure no, e non tanto a stabilire una « scala » di legalità (H. Ruiz Fabri, P. Monnier, *Organisation Mondiale du Commerce, Chronique du règlement des différends 2004*, in *JDI*, 2005, p.62).

<sup>103</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.207.

Secondo Shoenbaum inoltre il LTRAT finisce per eliminare la terza parte del test sopra citato in quanto un requisito così severo rende inutile l'utilizzo dello *chapeau*<sup>104</sup>.

### 3.2 *Proposte di modifica del test di necessità*

Le critiche analizzate precedentemente hanno anche visto l'emergere di una parte *construens*, vale a dire di proposte per una diversa interpretazione di tale criterio.

Una prima proposta parte dal concetto di *effet utile* e suggerisce di attribuire al termine necessario il significato di "richiesto" al fine di raggiungere un determinato scopo, e non di "indispensabile" o "inevitabile"<sup>105</sup>. Tale divergenza di significati era già emersa nell'ambito della controversia relativa al tonno messicano, nel corso della quale la Comunità Europea si era schierata a favore della seconda possibilità e gli Stati Uniti a favore della prima – il che avrebbe permesso loro di giustificare la misura in questione<sup>106</sup>.

Già in quella sede il panel aveva optato per l'interpretazione più restrittiva delle due, affermando - come si è visto in precedenza - la priorità della salvaguardia dell'integrità e del buon funzionamento del sistema commerciale multilaterale.

Manzini ritiene tale argomentazione non convincente, in quanto basata sul principio sopraccitato di "minima violazione delle norme GATT" il cui fondamento viene contestato<sup>107</sup> e propone appunto di adottare l'interpretazione di necessario in quanto "richiesto". Egli giustifica ciò anche in base alla lettura comparata dei termini usati nei vari paragrafi indicanti il legame fra la misura ed il suo oggetto citata in precedenza<sup>108</sup>.

Secondo l'autore tale lettura corrisponde al significato ordinario del termine necessario e presenterebbe un carattere più oggettivo rispetto all'interpretazione tradizionalmente attribuita, in quanto richiede solamente una valutazione astratta dell'aspetto operativo della misura rispetto ad i suoi obiettivi. Al contrario, come si è visto in precedenza, la valutazione del carattere indispensabile di una misura è operazione che rischia di comportare un certo grado di soggettività, anche a causa delle enormi differenze che sussistono fra ai sistemi economici, sociali e giuridici delle varie parti contraenti<sup>109</sup>.

Tuttavia è mia opinione personale che anche l'approccio proposto dall'autore vada incontro ad alcuni problemi di natura interpretativa ed applicativa, in quanto tale connotazione del

---

<sup>104</sup> T.J. Shoenbaum, *International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation*, op cit., p.277.

<sup>105</sup> M. Manzini, *Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994 revisited in the Light of the Rules of interpretation of General International Law*, op. cit., p.831.

<sup>106</sup> *ibid.*, p.830.

<sup>107</sup> *ibid.*, p.829-830.

<sup>108</sup> *ibid.*, p.831.

<sup>109</sup> *ibid.*, p.832.

termine rischia di presentare il problema opposto rispetto a quella tradizionale: sarebbe infatti quasi impossibile dimostrare che una misura - la quale presenti almeno un ragionevole nesso con l'obiettivo in questione - non è "richiesta" al fine del perseguimento dell'obiettivo stesso.

Vero è che eventuali abusi dovrebbero essere intercettati dallo *chapeau* dell'articolo XX; d'altra parte potrebbero esistere misure che, pur non costituendo una discriminazione arbitraria o ingiustificabile o una restrizione dissimulata, presentino un legame con l'obiettivo in questione opinabile da parte degli altri membri.

Per quanto concerne l'ambito specifico dei diritti umani, il test di necessità dovrebbe tenere in debito conto i concetti di efficacia e di *appropriateness* quali si declinano in questo settore. Ciò comporterebbe la possibilità per gli stati che adottano sanzioni economiche di dimostrare che restrizioni compatibili con il sistema GATT-OMC non sono adeguate nel caso di specie, ad esempio perché finirebbero per colpire ingiustamente la popolazione civile. L'autore propone quindi che gli Stati siano in un primo momento tenuti ad uno sforzo in buona fede di adottare misure non commerciali, fallito il quale anche sanzioni di tipo commerciale possano essere accettate<sup>110</sup>.

Tale proposta coglie senza dubbio alcuni aspetti essenziali dell'ambito dei diritti umani; resta tuttavia da chiarire, a mio parere, come in pratica dovrebbe essere valutato tale sforzo in buona fede, a che punto esso dovrebbe essere considerato fallito, nonché fino a che punto potrebbe spingersi l'"indulgenza" degli organi giurisdizionali nei confronti di misure non compatibili col sistema multilaterale.

Esty propone una vera e propria "ristrutturazione" dell'articolo XX, se non la sua sostituzione. Secondo l'autore l'interpretazione di questa disposizione dovrebbe essere maggiormente flessibile ed improntata ad un certo realismo politico; in una prospettiva più strettamente giuridica, il termine "necessario" dovrebbe essere reinterpretato secondo il significato di : non chiaramente sproporzionato in relazione ai presunti benefici ambientali e alla luce di politiche alternative ugualmente efficaci che siano ragionevolmente alternative"<sup>111</sup>.

Per quanto concerne l'articolo XX b), un'ulteriore proposta ne prevede la seguente riformulazione : "ragionevolmente necessarie alla protezione dell'ambiente naturale e della salute umana". In questo caso l'avverbio "ragionevolmente" dovrebbe fornire la flessibilità

---

<sup>110</sup> S.H. Cleveland, *Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility*, op. cit., p.166.

<sup>111</sup> D. Esty, *Greening the GATT*, op. cit., p.221.



necessaria ad evitare le rigidità eccessive del *least trade restrictive alternative test*<sup>112</sup>; tuttavia resterebbe da chiarire come concretamente interpretare ed applicare tale requisito.

Lo stesso Comitato per l'Ambiente ed il Commercio istituito in seno all'OMC ha dedicato sforzi notevoli ai rapporti fra gli accordi multilaterali in materia ambientale (MEAs: *multilateral environmental agreements*) e il sistema GATT-OMC. In quest'ambito la Comunità Europea aveva proposto una riformulazione dell'articolo XX, il quale avrebbe dovuto coprire misure "adottate in conformità a disposizioni specifiche di MEAs compatibili con l'Intesa relativa al rapporto fra le misure adottate in base a MEAs e le norme OMC". Tale intesa includeva una definizione di MEAs e stabiliva che le misure prese al fine di attuarli avrebbero goduto di una presunzione di necessità per il perseguimento di obiettivi ambientali, pur rimanendo sottoposte ai requisiti dello *chapeau*<sup>113</sup>.

La proposta che a mio parere più si avvicina alla realtà della prassi internazionale è quella di Francioni. Partendo dall'idea comune che il termine necessario debba ricevere un'interpretazione più ampia, l'autore sostanzia quest'idea attraverso il suggerimento di valutare la necessità delle misure alla luce dagli standard internazionali utilizzati per regolamentare determinati settori nonché del diritto pattizio (basti pensare agli accordi internazionali in materia ambientale)<sup>114</sup>. Tale approccio prende le mosse da fenomeni ormai diffusi all'interno della comunità internazionale e permette di introdurre un maggior grado di oggettività all'interno dell'analisi. Non a caso tale criterio è stato utilizzato, come si vedrà più avanti, all'interno degli Accordi TBT e SPS, i quali stabiliscono una presunzione di conformità delle misure, qualora queste siano conformi a standard elaborati da organizzazioni internazionali di codificazione quali l'ISO<sup>115</sup>.

In assenza di tali standard, l'autore propone di fare ricorso a dati scientifici e a procedure di valutazione del rischio – come stabilito dallo stesso Accordo SPS<sup>116</sup>.

Nonostante la prassi relativa agli Accordi TBT e SPS abbia già rivelato i problemi che possono comunque sorgere attraverso il riferimento a standard internazionali, tali criteri permetterebbero un miglior accertamento dell'esistenza di un rapporto di "causalità o strumentalità" tra la misura e il suo scopo e si ispirerebbero non tanto dagli obblighi assunti

---

<sup>112</sup> M. Montini, *The Necessity Principle as an Instrument to Balance Trade and the Protection of the Environment*, op. cit., p.154.

<sup>113</sup> WTO, *CTE Non-Paper by the European Community* (19 febbraio 1996) citato da D. Brack, *The Shrimp-Turtle Case: Implications for the Multilateral Environmental Agreement – World Trade Organisation debate*, in *YIEL* 1998, p.18.

WTO, *CTE Non-Paper by the European Community* (19 febbraio 1996).

<sup>114</sup> F. Francioni, *Environment, Human Rights and the Limits of Free Trade*, op. cit., p.24.

<sup>115</sup> vedi p.

<sup>116</sup> *ibid.*

dalle parti in sede GATT-OMC, quanto dai dati della prassi internazionale sui quali si è sviluppato un maggior consenso<sup>117</sup>.

Secondo Francioni infatti alla volontà politica degli organi giurisdizionali di salvaguardare la stabilità e la prevedibilità del sistema multilaterale degli scambi – finalità in base alla quale il panel incaricato della controversia relativa al tonno messicano ha rifiutato le misure imposte dagli Stati Uniti – deve essere associata la serie di obblighi internazionali a fine universale in materia, ad esempio, di protezione dell'ambiente<sup>118</sup>.

Resta tuttavia aperta la questione di vedere quale valore panel e Organo d'Appello attribuiranno a tale prassi nonché la questione di ordine generale e di grande complessità relativa al rapporto fra il sistema OMC e altri sistemi di norme.

In conclusione si può affermare come le critiche rivolte al *least trade restrictive alternative test* ne condividano l'idea della sua eccessiva severità; le osservazioni fin qui raccolte costituiscono importanti elementi di passaggio verso una nuova concezione della necessità nonché verso l'emergere della proporzionalità.

#### 4. CONCLUSIONI

Dall'analisi svolta in questo capitolo si può notare come, nell'ambito del sistema GATT, il principio di necessità sia stato concepito ed applicato secondo un approccio assai rigido, con la conseguenza di imporre rigidi vincoli sulla libertà degli Stati di stabilire limitazioni al principio del libero commercio.

Tale rigidità riflette in primo luogo il momento storico in cui tali sviluppi hanno luogo: al momento della creazione del GATT gli ambiti di competenza affidati dagli Stati al diritto internazionale erano certamente più limitati rispetto a quelli attuali, e determinate problematiche quali la protezione dell'ambiente e del consumatore non godevano dell'attenzione loro dedicata nell'attuale epoca storica. Ciò spiega in primo luogo, come si è visto, i limiti presenti all'interno dell'Accordo Generale dal punto di vista testuale.

Inoltre l'era GATT si caratterizza per l'assenza di una vera e propria organizzazione quale sarà l'OMC. Ciò comporta innanzitutto che il mandato coperto dall'Accordo Generale era assai più limitato e più limitati erano quindi i problemi e le tensioni al proprio interno, con la conseguenza che il sistema non era ancora stato costretto ad elaborare metodi più raffinati per la risoluzione dei conflitti interni.

---

<sup>117</sup> F. Francioni, *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, op. cit., p.162.

<sup>118</sup> *ibid.*, p.162-163.

Tali elementi sono quindi alla base dell'elaborazione del *least trade restrictive alternative test*, i cui limiti sono stati sottolineati nei paragrafi precedenti.

Scopo dei prossimi capitoli, è seguire l'evoluzione di tale concetto, parallelamente a quella del sistema multilaterale degli scambi quale si presenterà nella sua nuova veste a partire dalla conclusione degli Accordi di Marrakesch.

## CAPITOLO 2: IL SISTEMA OMC: I NUOVI ACCORDI

Il passaggio dal sistema GATT al sistema OMC ha comportato profondi e complessi cambiamenti sia dal punto di vista istituzionale che dal punto di vista normativo. Non essendo possibile riassumere tali evoluzioni in questa sede si rimanda all'ampia bibliografia in materia<sup>1</sup>.

Ai fini della nostra analisi il passaggio dal sistema GATT al sistema OMC segna se non proprio uno spartiacque – cosa che, come si è già osservato, rischierebbe di irrigidire l'analisi stessa - una transizione importante poiché, sia dal punto di vista normativo che da quello giurisprudenziale possiamo osservare un'evoluzione nella concezione del criterio di necessità. Sia i nuovi accordi che i rapporti dei panel e dell'Organo di Appello sembrano infatti riflettere una concezione più flessibile di tale criterio, fino all'affermazione, secondo alcuni, di un vero e proprio principio di proporzionalità.

### 1. I NUOVI ACCORDI DELL'URUGUAY ROUND: NECESSITA' O PROPORZIONALITA'?

Verranno qui presi in considerazione tre accordi elaborati a seguito delle negoziazioni dell'Uruguay Round: l'Accordo sugli Ostacoli Tecnici agli Scambi (Accordo TBT: *Technical Barriers to Trade*), l'Accordo sulle Misure Sanitarie e Fitosanitarie (Accordo SPS: *Sanitary and Phytosanitary Measures*) e l'Accordo Generale sullo Scambio dei Servizi (Accordo GATS: *General Agreement on Trade in Services*).

I primi due accordi hanno finora ricevuto maggiore attenzione da parte della dottrina in quanto, rispetto all'Accordo GATS, i riferimenti ai criteri di necessità e proporzionalità non solo sono più numerosi, ma sono altresì inseriti all'interno di una fitta rete di obblighi correlati; essi presentano inoltre numerose analogie strutturali, il che rende più agevole sia la loro trattazione parallela sia il confronto con il GATT.

Tuttavia, lo studio di tali tematiche all'interno dell'Accordo GATS sta progressivamente ricevendo attenzione, anche in concomitanza con l'emergere di controversie basate su tale Accordo.

---

<sup>1</sup> Per quanto riguarda il passaggio dal GATT all'OMC si veda per tutti: P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'OMC*, Padova, 2002, p.23-30. Per quanto concerne la struttura dell'OMC si vedano altresì A. Comba, *Il neoliberalismo internazionale*, Milano, 1995, p.229 ss.; G. Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio e la disciplina degli scambi internazionali di merci*, in G. Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004, p.3 ss.

Gli Accordi saranno analizzati da due punti di vista: in primo luogo verrà valutata l'esistenza del principio di necessità o di proporzionalità all'interno delle loro disposizioni; in secondo luogo una certa attenzione sarà dedicata ad altri aspetti non direttamente legati a tali criteri, ma comunque rilevanti al fine di definirne la portata. Questo al fine di dimostrare come necessità e proporzionalità vadano apprezzate al di là del preciso riferimento testuale, ma risultino dall'insieme di obblighi che tali accordi creano a carico degli stati.

L'Accordo GATS occuperà una posizione più centrale nella parte dedicata ai recenti sviluppi giurisprudenziali.

Gli Accordi TBT, SPS e GATS costituiscono alcuni fra i più rilevanti risultati dell'Uruguay Round.

Il primo costituisce l'evoluzione e il raffinamento dello *Standard Code*, già elaborato nel corso del Tokyo Round<sup>2</sup>; a quest'epoca cominciò infatti ad emergere la consapevolezza, in sede GATT, che con la progressiva riduzione dei dazi doganali sarebbero stati gli ostacoli non tariffari - e in particolare tutto ciò che attiene alla regolamentazione tecnica delle merci - a costituire la maggiore sfida alla liberalizzazione dei flussi commerciali<sup>3</sup>.

L'Accordo sugli Ostacoli Tecnici agli Scambi persegue dunque la finalità di fare in modo che l'elaborazione, l'adozione e l'applicazione di normative e regolamenti tecnici non si trasformino in barriere dissimulate al commercio e non siano quindi usate a scopo protezionistico. Più precisamente, per "norme tecniche" si intendono le disposizioni, prescritte dagli Stati e da enti pubblici, oppure elaborate da organismi privati, concernenti le caratteristiche dei prodotti commercializzati sul territorio nazionale. A questo proposito l'Accordo distingue i regolamenti tecnici - che hanno valore vincolante nei confronti dei Membri - dalle norme - la cui osservanza non è obbligatoria<sup>4</sup>.

Dopo alcune disposizioni di ordine generale l'Accordo TBT è ripartito in tre sezioni, dedicate rispettivamente alle prescrizioni tecniche, alle regole e procedure di valutazione della conformità dei prodotti e infine agli obblighi di informazione e di assistenza che incombono sugli Stati.

Uno dei principi fondamentali fissati dall'Accordo consiste nella priorità delle regole elaborate da organismi internazionali; viene infatti disposto che, qualora standard internazionali esistano, gli Stati siano tenuti ad utilizzarli come base per le proprie leggi, a

---

<sup>2</sup> Montini M., *The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in the Trade and Environment Context*, op. cit., p.123.

<sup>3</sup> V. Heiskanen, *the Regulatory Philosophy of International Trade Law*, in *JWTL*, 2004, p.5.

<sup>4</sup> A. Picone, P. Ligustro, *Diritto dell'OMC*, op. cit., p.201-202.

meno che essi non siano inefficaci o inadeguati al perseguimento degli scopi<sup>5</sup>. In mancanza di armonizzazione, gli Stati saranno autorizzati ad adottare i regolamenti che più ritengono opportuni e gli altri Membri devono, quando ciò sia possibile, accettarli come equivalenti ai propri, a condizione che essi ritengano che le procedure in questione assicurino la conformità con standard e regolamenti equivalenti alle proprie procedure<sup>6</sup>.

L'Accordo TBT presenta alcuni aspetti in comune con quelle disposizioni del GATT finalizzate alla tutela di interessi non commerciali; tuttavia, esso riguarda non solo misure che sarebbero giudicate illegittime alla luce delle disposizioni del GATT-OMC, ma anche norme e regolamenti non discriminatori in principio legittimi in base a quest'ultimo<sup>7</sup>. In questo senso è interessante notare come l'Accordo estenda la propria regolamentazione anche ai metodi e processi produttivi – materia sottratta allo *Standard Code* elaborato nel corso dell'Uruguay Round – a parte quei metodi e processi che non influiscono direttamente sulle caratteristiche dei prodotti<sup>8</sup>.

L'accordo sulle Misure Sanitarie e Fitosanitarie può essere considerato sia un affinamento dell'articolo XX b) sia un completamento dell'Accordo sull'Agricoltura.

Esso mira a permettere l'adozione ragionevole - e se possibile armonizzata - dell'adozione e l'applicazione delle misure per la tutela della vita e della salute dell'uomo, degli animali o dei vegetali<sup>9</sup>, allo scopo di limitarne l'impatto negativo sul commercio internazionale, impedendo in particolare tali misure siano utilizzate a scopo protezionistico.

L'Accordo SPS presenta la stessa filosofia di fondo dell'Accordo TBT: esso impone ai membri di fondare la propria legislazione su standard internazionali<sup>10</sup> e di adottare misure sanitarie sulla base di una valutazione del rischio<sup>11</sup>. Anche in questo caso i membri saranno autorizzati a discostarsi dagli standard internazionali, a patto che ciò sia giustificato dal proprio livello di protezione e da basi scientifiche<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> Articolo 2.4 TBT.

<sup>6</sup> Articolo 6.1 TBT.

<sup>7</sup> R. Howse, E. Tuerk, *The WTO Impact on Internal Regulations – A case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute* in G. de Búrca, J. Scott, *The EU and the WTO, Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2001, p.309.

<sup>8</sup> A. Picone, P. Ligustro, *Diritto dell'OMC*, op. cit., p.201 Vedi le definizioni di « regolamento tecnico » e di « standard » contenuti nell'Allegato 1 : « Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods » (punto 1) e « Document approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods » (punto 2).

<sup>9</sup> Articolo 2.1.

<sup>10</sup> Articolo 3.1.

<sup>11</sup> Articolo 5.1.

<sup>12</sup> Articolo 3.3.

Nonostante la sua forte affinità con alcuni principi enunciati dall'articolo XX b), anche l'Accordo SPS va al di là della logica delle eccezioni e mira a formare un "embrione di regolamentazione internazionale del mercato interno"<sup>13</sup> dei membri dell'OMC.

L'Accordo Generale sugli Scambi dei Servizi ha costituito un'altra delle grandi novità dell'Uruguay Round. Esso costituisce la prima disciplina multilaterale volta a regolare tutti gli scambi internazionali di servizi<sup>14</sup>.

Esso è costituito da tre elementi portanti (denominati "pilastri", secondo una terminologia analoga a quella usata nel campo del diritto dell'Unione) : il primo pilastro è costituito da un nucleo centrale di norme, ispirate all'Accordo GATT; un secondo pilastro è formato da disposizioni speciali che hanno ad oggetto settori specifici e il terzo pilastro è costituito dalle liste che includono gli impegni assunti individualmente dagli Stati<sup>15</sup>.

Il sistema delle liste assume riveste un ruolo fondamentale all'interno dell'Accordo GATS; esse permettono infatti a ciascun membro di definire il livello di liberalizzazione che è disposto a garantire. Gli Stati si impegnano infatti ad applicare gli obblighi di liberalizzazione (trattamento nazionale e accesso ai mercati) solo per quanto concerne i servizi inseriti nella loro lista di impegni<sup>16</sup>.

L'Accordo offre inoltre la possibilità di escludere l'applicazione degli obblighi generali (tra cui il principio della nazione più favorita e la trasparenza) rispetto a specifici servizi, elencandoli nella lista delle deroghe<sup>17</sup>.

I tre accordi citati, come si è visto, si distinguono nettamente dall'articolo XX GATT, in quanto non costituiscono una mera precisazione delle eccezioni generali, ma aggiungono obblighi sostanziali alla disciplina GATT.

Per quanto riguarda i criteri oggetto della presente analisi, essi assegnano al principio di discriminazione una posizione meno centrale rispetto all'Accordo Generale e includono elementi di ragionevolezza o proporzionalità quali sono emerse all'interno della giurisprudenza comunitaria<sup>18</sup>, assegnando loro uno status autonomo.

---

<sup>13</sup> D. Luff, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.266.

<sup>14</sup> A. Picone, P. Ligustro, *Diritto dell'OMC*, op. cit., p.361.

<sup>15</sup> *ibid.*, p.364.

<sup>16</sup> *ibid.*

<sup>17</sup> *ibid.*, p.364-365.

<sup>18</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.441.

Tale carattere indipendente degli Accordi e dei criteri in essi inclusi fa sì che, anche da un punto di vista procedurale, una misura possa essere soggetta alla disciplina di entrambi gli ordini di norme.

Ortino delinea a questo proposito una casistica, affermando che, nel caso una misura risponda ai requisiti di necessità e proporzionalità in base all'Accordo TBT o SPS esso "quasi automaticamente" sarà conforme anche ai requisiti dettati dall'Articolo XX, in quanto i primi costituiscono una rielaborazione dei secondi<sup>19</sup>.

Nel caso in cui invece una misura risponda ai criteri di proporzionalità ad esempio dell'Accordo TBT, ma violi l'articolo III paragrafo 4, e non sia inclusa fra le misure prese in considerazione dall'articolo XX, l'incompatibilità con il GATT non potrà essere sanata. A questo proposito, l'autore ritiene opportuna un'interpretazione dell'Accordo TBT in quanto *lex specialis* perlomeno rispetto agli articoli III e XX<sup>20</sup>.

Ulteriore problema di coordinamento è quello che può porsi nei rapporti fra l'Accordo GATT e l'articolo 2.2 dell'Accordo SPS, il quale stabilisce una presunzione confutabile di conformità al primo di una misura conforme al secondo<sup>21</sup>.

Tale differenza fra i due ordini di norme, come si vedrà più avanti, presenta altresì profonde ripercussioni per quanto riguarda l'onere della prova nonché - come si è accennato - la funzione più o meno centrale del principio di non discriminazione.

Tuttavia, come si vedrà soprattutto in sede di elaborazione giurisprudenziale, gli accordi in questione si sono profondamente influenzati a livello interpretativo, tanto che è quasi impossibile affrontare la questione della presenza del test di necessità o di proporzionalità all'interno dei due Accordi senza richiamarsi all'articolo XX.

Una prima analisi delle disposizioni degli accordi in questione rivela immediatamente come il test di necessità assuma qui una forma differente confronto al classico *least trade restrictive*

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p.443.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p.444.

<sup>21</sup> R. Quick, A. Bluthner, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, in *JIEL*, 2000, p.629-631. I due autori notano infatti come un esame della compatibilità della misura con l'Accordo SPS debba necessariamente seguire la struttura dell'articolo XX, al fine di evitare che un membro possa contestare tale rapporto di conformità. Essi portano ad esempio il rapporto fra gli articoli 5.5 e 2.3 dell'Accordo SPS e l'articolo XX osservando come, se il panel partisse dal presupposto che i primi due articoli si richiamino solo allo *chapeau* e non ai paragrafi e ignorasse il criterio di necessità come sviluppato dalla giurisprudenza GATT, la presunzione di conformità sarebbe incompleta e potrebbe essere contestata. In questo caso infatti la parte attrice potrebbe rivendicare il fatto che l'approccio non sia valido ai fini dell'applicazione dell'articolo XX, in quanto l'Organo d'Appello nel caso *Gasoline* ha dichiarato che nessuna misura può essere sottoposta all'analisi prevista dallo *chapeau* se prima non è stato stabilito che essa rientri all'interno di uno dei paragrafi. Se la parte attrice quindi riesce a dimostrare che la misura - pur essendo stata giudicata conforme agli articoli 2.3 e 5.5 - non soddisfa il criterio di necessità come previsto dall'articolo XX essa smentisce il rapporto di compatibilità fra i due accordi.



*alternative test*, con la conseguenza che i confini fra necessità e proporzionalità si fanno via via più sfumati. Tuttavia gli autori forniscono interpretazioni divergenti quanto alla localizzazione precisa di tale frontiera.

### 1.1 L'Accordo sugli Ostacoli Tecnici agli Scambi (TBT)

Il principio di necessità appare nell'Accordo TBT all'interno dell'articolo 2.2, secondo il quale:

*“Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.”*

Per quanto concerne gli “obiettivi legittimi” l'articolo 2.2 contiene una lista non esaustiva che include

*“inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment.”*

Altri obiettivi possono essere considerati legittimi; ad esempio il Preambolo all'Accordo include l'obiettivo di assicurare che determinate esportazioni siano conformi agli standard di qualità<sup>22</sup>. Inoltre, se si considerano le notifiche degli Stati membri al Segretariato relative alle misure adottate in base a tale accordo<sup>23</sup>, questi documenti fanno spesso riferimento a “obiettivi legittimi” quali la protezione dei diritti di proprietà intellettuale, la riduzione dei costi, l'aumento della produttività o l'armonizzazione<sup>24</sup>.

Visto il carattere aperto della lista si deduce che altri obiettivi possano essere presi in considerazione, come riconosciuto dall'Organo d'Appello, nella controversia relativa alle sardine<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.60.

<sup>23</sup> Articoli 5.6 e 5.7.

<sup>24</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.60.

<sup>25</sup> *European Communities - Trade Description of Sardines*, Report of the Appellate Body, WT/DS231/AB/R, del 26 settembre 2002, par.286.

Come si vedrà nella parte relativa alla giurisprudenza, il carattere chiuso o aperto delle liste che includono gli obiettivi sui quali fondare le misure restrittive del commercio può, secondo una parte della dottrina, essere fondamentale al fine di determinare l'estensione del potere discrezionale degli organi giudiziari dell'OMC da una parte e il margine di manovra (o "margine di apprezzamento, per utilizzare una terminologia corrente nell'ambito del diritto dell'Unione) dei membri dall'altra.

Tornando all'articolo 2.2, esso impone tre diverse condizioni : la misura deve perseguire un "obiettivo legittimo", deve contribuire alla realizzazione di tale obiettivo e non deve essere più restrittiva di quanto sia necessario per il suo perseguimento. Tale concetto si ritrova anche nella prima frase dell'articolo 2.2, la quale vieta l'adozione di regolamenti che abbiano come effetto la creazione di ostacoli "non necessari" al commercio.

Tale carattere necessario della misura è tuttavia ambiguo, dal momento che, nella seconda frase dell'articolo, l'aggettivo "necessario" viene qualificato dai termini che seguono – "tenuto conto dei rischi che comporterebbe il mancato conseguimento di tali obiettivi" – in maniera tale da relativizzarne il contenuto. La portata di questa espressione non viene infatti definita all'interno dell'accordo, il che fa sorgere la domanda se si tratti di un criterio di proporzionalità o solamente di un "ammorbidimento" di quello di necessità.

In particolare, il rischio di non perseguimento – il quale costituisce un'importante novità confronto ad esempio all'articolo XX GATT<sup>26</sup> – potrebbe sollevare difficoltà da un punto di vista applicativo, in quanto l'Accordo non specifica le modalità in cui tale rischio dovrebbe essere valutato e gestito.

E' interessante notare come una versione provvisoria dell'Atto Finale dell'Uruguay Round contenesse una nota esplicativa, secondo la quale l'articolo 2.2 avrebbe dovuto incorporare un test di proporzionalità, al fine di determinare se i regolamenti costituissero ostacoli non necessari al commercio. Tale dinamica può condurre ad interpretare l'articolo 2.2 su questa linea<sup>27</sup>, così come a leggere l'eliminazione della nota in senso contrario<sup>28</sup>, e a ritenere che l'adozione di un test di proporzionalità vada oltre alle intenzioni dei redattori dell'Accordo.

---

<sup>26</sup> Tuttavia, secondo parte della dottrina, esso è stato letto al suo interno nell'ambito della recente giurisprudenza relativa ai paragrafi b) e d); vedi J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.247

<sup>27</sup> *ibid.*, p.247.

<sup>28</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.221.

In ogni caso non risulterebbe chiaro dalla nota di quale tipo di proporzionalità si tratti: se di una proporzionalità *strictu sensu* – la quale operi un confronto fra mezzo e fine – oppure di una versione più flessibile del *least trade restrictive alternative test*<sup>29</sup>.

Questa disposizione presenta quindi due aspetti fondamentalmente problematici: la portata della valutazione del rischio di non perseguimento e la valutazione del carattere legittimo dell'obiettivo perseguito.

E' infine importante notare come l'articolo 2.2, anche se in sostanza può svolgere una funzione analoga all'articolo XX GATT – vale a dire ammettere una misura volta alla realizzazione di un obiettivo non commerciale – presenti un'essenziale differenza a livello di onere della prova, a causa del suo carattere di obbligo positivo e non di eccezione<sup>30</sup>. Mentre nel caso dell'articolo 2.2 infatti spetta alla parte attrice dimostrare la violazione della norma, nel caso dell'articolo XX spetta alla parte che invoca l'eccezione dimostrare di soddisfare le condizioni poste.

In una direzione favorevole all'inclusione di un elemento di proporzionalità è Montini, secondo il quale l'Accordo TBT incorpora sia il principio di necessità che quello di proporzionalità<sup>31</sup>. Secondo l'autore, infatti, la presa in considerazione del "rischio di mancato perseguimento" - unita a quella delle informazioni tecniche e scientifiche - costituiscono una "forma embrionale" di proporzionalità. In altre parole, i benefici di una misura devono essere considerati alla luce dell'onere posto a carico del commercio internazionale.

L'autore fa però a questo punto un'importante precisazione – quasi profetica rispetto a quelli che saranno gli sviluppi giurisprudenziali in materia – sottolineando che tale elemento di proporzionalità è funzionale o meglio subordinato al *least trade restrictive alternative test*, in quanto serve a mitigarne la rigidità. Infatti il rischio di non realizzazione dell'obiettivo nazionale potrebbe salvare misure nazionali che normalmente non sarebbero accettate in base al test di necessità tradizionale. Secondo Montini questa disposizione dell'Accordo TBT

---

<sup>29</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.247-248.

<sup>30</sup>R. Howse, E. Tuerk, *The WTO Impact on Internal Regulations – A case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute*, op. cit., p.310; Gli autori fanno però notare che tale onere della prova è stato modificato dall'idea in base alla quale una volta che la parte attrice ha stabilito una "presunzione" di violazione, l'onere passa all'altra parte. Tuttavia, tale onere può essere trasferito alla parte convenuta qualora la parte attrice, non disponendo di informazioni sufficienti e non essendo in grado di fornire prove inconfutabili, abbia raggiunto un livello considerato ragionevole da un punto di vista delle probabilità dell'avvenuta violazione. Tale approccio è confermato da una Nota del Segretariato: "Necessity Tests" in the WTO, Note By The Secretariat, op. cit., par.52.

<sup>31</sup> M. Montini, *The Necessity Principle as an Instrument to Balance Trade and the Protection of the Environment*, op. cit., p.151.

costituisce “uno degli approcci più originali e innovativi” alla questione del bilanciamento fra interessi ambientali e libero commercio<sup>32</sup>.

Altri condividono questa idea di una forma “limitata” di proporzionalità, fra cui Wiers, secondo il quale il requisito relativo al rischio crea una sorta di “reminescenza” della proporzionalità<sup>33</sup>, ma in una forma appunto ridotta dal fatto di tenere conto solo del rischio di mancato perseguimento dell’obiettivo. In altri termini, egli suggerisce che se il principio di proporzionalità fosse applicato fino alle sue estreme conseguenze, bisognerebbe prendere in considerazione anche l’ipotesi in cui l’obiettivo in questione venga raggiunto parzialmente, prevedendo la possibilità che anche questa situazione sia in grado di legittimare misure restrittive.

A questo egli aggiunge la disposizione del Preambolo, la quale sottolinea il diritto sovrano degli Stati a stabilire il proprio livello di protezione dei valori in questione<sup>34</sup>.

Sulla stessa linea è Ortino, il quale, oltre a ricordare il Preambolo dell’Accordo, ritiene che il riferimento al rischio di non perseguimento non introduca un requisito di proporzionalità, ma si limiti a specificare gli elementi costitutivi della necessità, nel senso che nell’applicare quest’ultimo criterio gli organi giudicanti dovranno, fra le altre cose, tenere in considerazione tale rischio. Ciò equivale semplicemente a rendere il test di necessità meno rigido<sup>35</sup>.

Posizione completamente diversa è quella sostenuta da Desmedt, secondo la quale l’Accordo TBT contiene un test di proporzionalità vero e proprio<sup>36</sup>.

In primo luogo l’autore identifica, in analogia con l’Accordo SPS, un test in tre parti al fine di determinare la conformità di una misura con l’articolo 2.2. Per stabilire una violazione di tale disposizione, infatti, la parte attrice dovrebbe dimostrare l’esistenza di un’altra misura ragionevolmente disponibile, che persegue un obiettivo legittimo e significativamente meno restrittiva della misura in questione<sup>37</sup>.

Ortino sostiene tale interpretazione sulla base di due elementi: innanzitutto ciò permetterebbe un’interpretazione uniforme dei due accordi, e in secondo luogo tale linea rimanderebbe al criterio di necessità come sviluppato nell’ambito dell’articolo XX, disposizione richiamata secondo l’autore dalla nota all’articolo 5.6 dell’Accordo SPS<sup>38</sup>. L’unica differenza rilevante fra i due test sarebbe rappresentata dall’avverbio “sensibilmente”, ma esso potrebbe essere

---

<sup>32</sup> M. Montini, *The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in the Trade and Environment Context*, op. cit., p.123.

<sup>33</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.640.

<sup>34</sup> *ibid.*

<sup>35</sup> *ibid.*, p.468.

<sup>36</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO*, op. cit., p.60-62.

<sup>37</sup> *ibid.*, p.61.

<sup>38</sup> vedi p.

interpretato come un requisito *de minimis* in base al quale il legislatore nazionale gode di un certo margine nello scegliere le normative adeguate<sup>39</sup>.

Tornando alla teoria di Desmedt, l'autrice parte dall'articolo 2.2 sottolineando come quest'ultima possa essere messa in discussione, il che costituisce una differenza fondamentale rispetto ad una delle caratteristiche fondanti del *least trade restrictive alternative test* – il rispetto del livello di protezione scelto dallo Stato. Solo se la misura persegue un obiettivo legittimo infatti si passerà all'analisi dell'esistenza di soluzioni alternative<sup>40</sup>.

A questo proposito è altresì importante notare come il non perseguimento sia riferito all'obiettivo nella sua totalità e non alla misura in questione, ampliando notevolmente la portata della norma a favore dello Stato che adotta la misura.

Tale disposizione differenzerebbe notevolmente l'Accordo TBT dall'Accordo SPS, nel quale il fine della norma non viene messo in discussione, e offrirebbe così ai panel un margine di discrezionalità molto più ampio, in quanto nel valutare il rischio di non perseguimento gli organi giudiziari potrebbero concludere che l'ostacolo eventualmente creato dalla misura sia superiore al rischio in questione. Di conseguenza una misura tecnica potrebbe essere considerata sproporzionata anche nel caso in cui un'alternativa non sia in realtà disponibile. In particolare secondo Desmedt l'espressione utilizzata "tenendo conto" indicherebbe la presenza di un certo livello di soggettività<sup>41</sup>.

Secondo tale posizione la volontà degli organi giudiziari di interferire con le decisioni dei membri dipenderà in larga misura dal tipo di obiettivo in questione, oltre al fatto che il testo del Preambolo dovrebbe deporre proprio a favore del potere dei membri di stabilire autonomamente tale livello<sup>42</sup>.

Nonostante ciò Desmedt conclude che l'Accordo TBT possa spingersi fino ad un vero e proprio *balancing test* e costituisce "*the most far reaching application*" del principio di proporzionalità<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.463. *Contra* vedi R. Howse, E. Tuerk, *The WTO Impact on Internal Regulations – A case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute*, (op. cit., p.315), i quali ritengono che le numerose qualificazioni associate al criterio di necessità nell'articolo 2.2 differenzino notevolmente l'Accordo TBT dal GATT; esse infatti fanno in modo che il criterio sostanziale in base al quale le misure sono valutate non ha lo scopo di giustificarle (esse sono infatti presunte legittime) bensì quello di valutare il processo che ne è alla base.

<sup>40</sup> A. Desmedt, *Proportionality on WTO Law*, op. cit., p.60-61.

<sup>41</sup> *ibis.*, p.61-62.

<sup>42</sup> In questo senso vedi R. Howse, E. Tuerk, *The WTO Impact on Internal Regulations – A case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute*, op. cit., p.313.

<sup>43</sup> A. Desmedt, *Proportionality on WTO Law*, op. cit., p.62.

Marceau e Trachtman<sup>44</sup> sollevano invece una questione ancora diversa relativa all'articolo 2.2: essi si chiedono infatti quale parte del test di necessità tradizionale dovrebbe prendere in considerazione il rischio di mancato perseguimento. In altre parole tale rischio dovrebbe condizionare la gamma di alternative disponibili (eliminando ad esempio quelle più difficilmente realizzabili dal punto di vista pratico e finanziario) oppure inficerebbe il livello di protezione scelto? Tuttavia si è visto come quest'ultima caratteristica sia fondante del test di necessità tradizionalmente inteso.

Gli autori ritengono quindi che la presa in conto di tale rischio sia più facilmente inquadrabile all'interno di un *balancing test*<sup>45</sup>. Nell'ambito di un'analisi costi-benefici, infatti, il rischio di non perseguimento può secondo i due autori essere visto come parte dell'analisi di due criteri che la compongono – i benefici della norma contrapposti al costo della stessa in termini commerciali<sup>46</sup>. In altri termini se il test di necessità è visto come una sorta di analisi costi-benefici il rischio di non perseguimento – visto in quanto probabilità di un evento indesiderato - rientrerebbe a far parte dei costi legati ad un eventuale fallimento della legislazione e la disposizione in questione troverebbe un senso logico che all'interno del *least trade restrictive alternative test* non trova.

Da qui il passo è breve verso un test di proporzionalità, il quale valuta se i costi sono sproporzionati rispetto ai benefici, e nel quale quindi la probabilità del rischio diventa rilevante. A questo proposito i due autori sostengono che, con tutta probabilità, l'interpretazione del requisito di necessità enunciato nell'articolo 2.2 dell'Accordo TBT si evolverà parallelamente all'interpretazione dell'analoga disposizione presente nell'articolo XX<sup>47</sup>.

Secondo una diversa prospettiva<sup>48</sup> il “cuore” dell'Accordo sarebbe costituito non tanto dall'espressione legata al rischio di non perseguimento, quanto al legame fra l'articolo 2.2 e l'articolo 2.4, relativo all'utilizzo di standard internazionali da parte dei membri. Su questa specifica disposizione si tornerà più avanti; vale tuttavia la pena di sottolineare in questa sede come alcuni autori abbiano attribuito un'importanza inferiore rispetto ad elementi testuali che sembrano puntare ad un test di proporzionalità e abbiano piuttosto valorizzato l'elemento di

---

<sup>44</sup> G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT – a map of the WTO law of domestic regulation of goods*, in *JWTL*, p.831.

<sup>45</sup> *ibid.*

<sup>46</sup> Secondo Trachtman il *balancing test* considera se i mezzi sono “accettabili” rispetto ai fini, prendendo in considerazione tutti i fattori; in questo senso esso può essere visto come un'analisi costi benefici imprecisa. Mentre quest'ultima infatti impone che i costi siano sempre inferiori ai benefici il *balancing test* non formalizza tale rapporto e implica una valutazione meno formalizzata. Per una descrizione più precisa di questo tipo di tecnica vedere J. Trachtman, *Trade and... Problem: Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity*, in *EJIL*, 1998, p.36.

<sup>47</sup> G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT – a map of the WTO law of domestic regulation of goods*, op. cit., p.855.

armonizzazione, il quale costituirebbe il vero parametro di legittimità delle misure controverse.

Vale infine la pena di citare la posizione di Luff, il quale riconosce negli obiettivi enumerati all'articolo 2.2 gli stessi presenti all'interno degli articoli XX e XXI del GATT<sup>49</sup> e sottolinea da una parte il margine di discrezionalità lasciato agli Stati, e dall'altra un certo grado di sincerità e di coerenza richiesto loro<sup>50</sup>.

Curiosamente a parte Luff nessuno degli autori da me analizzati prende in considerazione l'articolo 2.3 dell'Accordo, il quale stabilisce che i regolamenti tecnici non saranno mantenuti se le circostanze o gli obiettivi che sono stati all'origine della loro adozione non sussistono più o se il mutamento delle circostanze o degli obiettivi può essere affrontato in una maniera meno restrittiva del commercio.

Tale disposizione, pur ponendo l'accento sull'idea del mantenimento nel tempo delle misure – e in questo avvicinandosi all'articolo 2.2 dell'Accordo SPS – enuncia il classico *least trade restrictive alternative test*. L'autore ritiene che tale disposizione debba quindi essere interpretata alla luce della sua omologa in ambito GATT e si limita ad osservare che la legittimità della misura sarà valutata, “come nel quadro del GATT”, in rapporto all'oggetto o all'effetto delle misure in questione<sup>51</sup>.

Secondo Luff l'effetto di tale disposizione consiste nell'attribuire priorità alle misure di pubblicità o *labelling* delle merci e a tutti quei regolamenti tecnici più facili a rispettare da parte degli importatori<sup>52</sup>.

A mio parere la questione del rapporto fra le due disposizioni è più complessa e non ben definita all'interno dell'Accordo. Se infatti da un parte l'articolo 2.2 introduce indubbiamente un elemento di proporzionalità – al di là della diversa portata che gli possa venire attribuita – dall'altra l'articolo 2.3 ci riporta al classico *least trade restrictive alternative test*. In altre parole, mentre l'articolo 2.3 enuncia gli obiettivi perseguiti dagli Stati senza ulteriormente qualificarli (non mettendoli quindi apparentemente in discussione) ma vieta di mantenere in vigore regolamenti nel caso in cui tali obiettivi possano essere perseguiti in maniera meno restrittiva, l'articolo 2.2 opera in senso contrario: mette in discussione gli obiettivi ma permette di prendere in considerazione l'elemento di rischio sopraccitato.

---

<sup>48</sup> M. Matsushita, T.J.Shoenbaum, P.C. Mavroidis, *The WTO: Law, Practice and Policy*, Oxford, 2003, p.511

<sup>49</sup> D. Luff, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.300.

<sup>50</sup> *ibid.*, p.300-301.

<sup>51</sup> *ibid.*, p.304.

<sup>52</sup> *ibid.*, p.304-305.

## 1.2 L'Accordo sulle Misure Sanitarie e Fitosanitarie (SPS)

Parallelamente all'Accordo TBT, l'Accordo SPS stabilisce innanzitutto, all'articolo 2.1, il diritto dei membri di scegliere il livello di protezione sanitario che considerino adeguato, a patto però che esso sia compatibile con le disposizioni dell'Accordo.

Il secondo paragrafo dell'articolo 2 precisa quest'ultima condizione, imponendo ai membri di fare in modo che le misure adottate siano "applicate soltanto nella misura necessaria ad assicurare la tutela della vita o della salute dell'uomo, degli animali o dei vegetali".

Va tuttavia sottolineato che in tale disposizione il termine "necessario" è riferito non tanto alle caratteristiche della misura (più restrittiva del necessario secondo la terminologia del *least trade restrictive alternative test*), quanto all'applicazione non necessaria di misure sanitarie<sup>53</sup>.

Le caratteristiche della misura vengono prese in considerazione - analogamente all'articolo 2.2 dell'Accordo TBT - all'articolo 5.6. In base a tale disposizione, nello stabilire o mantenere misure sanitarie o fitosanitarie per raggiungere il livello appropriato di protezione "adeguato", i membri faranno in modo che tali misure non siano più restrittive degli scambi di quanto non sia necessario per il conseguimento di tale livello, tenuto conto della fattibilità tecnica ed economica.

Una nota esplicativa a tale articolo chiarisce il criterio di necessità, precisando che "una misura è più restrittiva degli scambi di quanto sia necessario soltanto se esiste un'altra misura ragionevolmente attuabile tenuto conto della fattibilità tecnica ed economica, che consenta di raggiungere il livello di protezione [...] adeguato e che sia notevolmente meno restrittiva degli scambi".

Un importante chiarimento di tale disposizione è avvenuto in sede giurisprudenziale. Nella controversia *Australia-Salmon*, infatti, il panel<sup>54</sup> - confermato in questo dall'Organo di Appello<sup>55</sup> - ha stabilito un test in tre parti, al fine di determinare se una misura non è conforme ai requisiti dell'articolo 5.6. La parte attrice dovrà infatti dimostrare l'esistenza di una misura :

- ragionevolmente disponibile tenendo conto della fattibilità tecnica ed economica
- adeguata a perseguire il livello desiderato di protezione scelto dal membro

<sup>53</sup> J. P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, paper presented at the OECD, World Bank Service Experts Meeting held in Paris, 4-5 March 2002, p.13-14 citato in J. Neumann e E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.221.

<sup>54</sup> *Australia - Measures Affecting Importation of Salmon*, Report of the Panel, WT/DS18/R, del 12 giugno 1998, par.8.167.

<sup>55</sup> *Australia - Measures Affecting Importation of Salmon*, Report of the Appellate Body, WT/DS18/AB/R, del 20 ottobre 1998, par.194.



- significativamente meno restrittiva rispetto a quella sotto accusa.

E' rilevante notare come i tre elementi siano cumulativi e l'onere della prova ricada sulla parte attrice, come già osservato a proposito dell'articolo 2.2 dell'Accordo SPS<sup>56</sup>.

Al di là di questo sviluppo giurisprudenziale, l'articolo 5.6 contiene altri aspetti interessanti. Innanzitutto esso cita l'espressione "livello adeguato" di protezione, senza tuttavia precisare in cosa consista tale carattere ed introduce un criterio di fattibilità tecnica ed economica. La nota esplicativa fa riferimento - come avviene nel test di necessità classico - al concetto di ragionevolezza, senza tuttavia precisarlo, e stabilisce che l'eventuale misura alternativa debba essere "notevolmente" meno restrittiva.

Per quanto concerne il riferimento alla fattibilità economica e tecnica, è interessante notare come sia lo stesso Accordo SPS a precisare, all'articolo 5.3, quali fattori economici debbano essere presi in considerazione nel determinare il livello di protezione, fra cui perdite di produzione o di vendite, i costi legati al controllo o all'eradicamento delle malattie, e l'efficienza di una misura alternativa rispetto ai costi al fine di ridurre i rischi.

Tale articolo ha lo scopo di razionalizzare e in certa misura accettare politiche e misure suscettibili di realizzare un vantaggio commerciale a detrimento degli altri membri (le così dette *beggar-thy-neighbour policies*), in quanto esso lascia intendere che considerazioni di ordine economico possano entrare nella valutazione delle politiche sanitarie; esso è tuttavia circoscritto dall'articolo 5.5, che come si vedrà richiede una certa coerenza nella determinazione e nel perseguimento degli obiettivi da parte dei membri<sup>57</sup>.

Stranamente, la possibilità di considerare fattori economici esiste solo rispetto ai rischi relativi alla vita e alla salute animale e vegetale, mentre una disposizione simile non è prevista per l'articolo 5.2, relativo alla salute umana<sup>58</sup>.

La maggioranza della dottrina tende a ritenere che l'Accordo SPS, proprio in base agli elementi sopraccitati, presenti una forma di proporzionalità più spinta rispetto all'Accordo TBT; tuttavia come si vedrà ci sono posizioni divergenti, oltre a numerose zone d'ombra.

La posizione più "conservatrice" è quella espressa da Ortino, il quale ritiene che l'articolo 5.6 non contenga alcun requisito di proporzionalità, ma si limiti al tradizionale *least trade restrictive alternative test*, in quanto esso non pregiudica il livello di protezione e non implica

---

<sup>56</sup> *Australia-Salmon*, Panel Report, op. cit., par.8.167.

<sup>57</sup> M. Matsushita, T.J. Shoenbaum, P.C. Mavroidis, *The WTO: Law, Practice and Policy*, op. cit., p.501.

<sup>58</sup> *ibid.*

il bilanciamento di diversi interessi, pur riconoscendo i limiti legati alla determinazione di tale livello di cui si dirà più avanti<sup>59</sup>.

Un approccio più sfumato è quello adottato da Neumann e Türk, i quali associano innanzitutto l'articolo 5.6 all'articolo 2.2, pur sottolineando la differenza fra le due disposizioni vista in precedenza<sup>60</sup>.

Gli autori sostengono che l'Accordo SPS contenga uno standard di necessità "rilassato", e ciò in base a molteplici fattori, presenti nell'articolo 5.6.

In primo luogo, il fatto che la definizione di fattibilità tecnica ed economica attribuisca ai membri una maggiore discrezionalità rispetto al tradizionale test di necessità, in quanto attribuisce loro la possibilità di valutare il livello di onerosità in questione<sup>61</sup>.

In secondo luogo, il fatto che una misura debba essere "notevolmente" meno restrittiva al fine di costituire un'alternativa è segno che lo standard di necessità è stato notevolmente ammorbidito rispetto a quello tradizionale. Secondo gli autori la ragione sottostante risiede fondamentalmente nel timore dei membri che le proprie politiche sanitarie non potessero superare tale test<sup>62</sup>.

Nella stessa direzione sembra puntare la presenza dell'espressione "ragionevolmente disponibili"<sup>63</sup>.

Infine, il riferimento al livello "appropriato" di protezione testimonia la libertà degli Stati di individuarlo liberamente, in base alla propria idea di quale standard di protezione meglio risponda alle loro esigenze<sup>64</sup>.

Gli autori ricordano poi brevemente i limiti che soggiacciono alla determinazione di tale livello<sup>65</sup> – riconducibili perlopiù all'obbligo di coerenza di cui si parlerà più avanti – ma in sostanza, se da una parte non parlano di vera e propria proporzionalità, dall'altra propendono per una versione del test di necessità più flessibile rispetto al *least trade restrictive alternative test*<sup>66</sup>.

---

<sup>59</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.460.

<sup>60</sup> J. P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op.cit., p.221.

<sup>61</sup> *ibid.*

<sup>62</sup> *ibid.*; nello stesso senso vedi D. Esty, *Greening the GATT*, op. cit., p.50.

<sup>63</sup> *ibid.*

<sup>64</sup> J. P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.222.

<sup>65</sup> *ibid.*

<sup>66</sup> In questo senso anche M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)* in P. Mengozzi (a c. di) *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p.519.

Posizione analoga è quella espressa da Desmedt, la quale richiama il test elaborato dal panel e dall'Organo di Appello in *Australia-Salmon*<sup>67</sup> e, pur sottolineando l'aspetto assai delicato del secondo punto – il contributo della misura al raggiungimento del livello di protezione scelto – sostiene che l'Accordo SPS non metta in discussione tale livello, considerato come acquisito<sup>68</sup>. Questo dato emerge non solo dal testo, ma anche dalla giurisprudenza: nella controversia in questione l'Organo d'Appello ha infatti affermato che la scelta del livello è una prerogativa sovrana dei membri e che un panel non può sostituire il proprio ragionamento al fine di determinarlo<sup>69</sup>.

Questo permetterebbe quindi ai membri, ad esempio, di scegliere un livello di rischio zero e di adottare misure di protezione adeguate, riducendo così notevolmente la possibilità di intervento da parte degli organi giurisdizionali<sup>70</sup>. Secondo Desmedt, quindi, ciò che è in discussione non sono l'oggetto e l'obiettivo della misura, ma solo lo strumento; una volta che l'obiettivo è stabilito, il panel analizzerà solo l'esistenza di misure alternative meno restrittive, il che riconduce ai tratti caratteristici del test di necessità<sup>71</sup>.

Tale posizione è condivisa da altra parte della dottrina<sup>72</sup>; alcuni autori hanno a questo proposito ipotizzato che la ragione per la quale l'Accordo SPS sembra non mettere in discussione il livello di protezione scelto dagli Stati risiede nella presunzione, da parte dei redattori, del fatto che l'Accordo in questione proteggesse già adeguatamente la vita e la salute umani e animali e la preservazione dei vegetali, con la conseguenza che non dovrebbero sussistere problemi di incompatibilità fra l'Accordo e i suddetti obiettivi.

Desmedt sottolinea tuttavia come tale prerogativa degli Stati sia sempre sottoposta all'esame degli organi giudiziari, i quali possono rifiutarla a causa del suo carattere incoerente con la misura adottata<sup>73</sup>.

Secondo Montini invece l'Accordo SPS contiene un riferimento sia al criterio di necessità sia a quello di proporzionalità<sup>74</sup>. Il primo viene in rilievo là dove l'Accordo richiede che le misure siano basate su una valutazione del rischio (articolo 2.2) e tengano conto dell'obiettivo di ridurre al minimo l'impatto sugli scambi (articolo 2.3); il secondo aspetto deriva dal requisito che le misure non siano più restrittive di quanto è necessario per raggiungere il

---

<sup>67</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.56.

<sup>68</sup> *ibid.*, p.57.

<sup>69</sup> *Australia-Salmon*, Appellate Body Report, par.199.

<sup>70</sup> M. Matsushita, T.J.Shoenbaum, P.C. Mavroidis, *The WTO: Law, Practice and Policy*, op. cit., p.504.

<sup>71</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.57.

<sup>72</sup> M. Matsushita, T.J.Shoenbaum, P.C. Mavroidis, *The WTO: Law, Practice and Policy*, op. cit., p.504.

G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT*, op. cit., p.832-833.

<sup>73</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.60.

<sup>74</sup> M. Montini, *The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in the Trade and Environment Context*, op. cit., p.123-124.

livello di protezione tenendo conto della fattibilità tecnica ed economica (articolo 5.6). L'autore sottolinea come l'Accordo non faccia alcun riferimento al *least trade restrictive alternative test* e ritiene tale omissioni volontaria, dal momento che tale test era menzionato in una prima versione del testo.

Secondo Montini siamo quindi di fronte ad un test di proporzionalità "puro", il quale tiene in considerazione le prove scientifiche disponibili e i fattori tecnici ed economici e – considerata l'assenza di tali criteri all'interno del GATT, conclude che gli Accordi TBT e SPS siano più adatti di quest'ultimo alla disciplina dei problemi ambientali. Nello stesso senso va inquadrata la posizione di Douma, il quale cita gli articoli 5.3, 5.4 e 5.6 quali esempi di applicazione del principio di proporzionalità<sup>75</sup>.

Meno attenzione alla proporzionalità in sé è dedicata da Wiers, il quale si limita a sottolineare la complessità della rete di obblighi creata dall'Accordo SPS e soprattutto dall'articolo 5.6, da lui definito come "il più elaborato affinamento" del test di necessità classico e del quale cita in particolare il riferimento alla fattibilità tecnica ed economica nonché la presenza dell'avverbio "significativamente" che qualifica l'espressione "meno restrittivo"<sup>76</sup>.

Uno spunto interessante è infine quello fornito da Luff il quale, se da una parte ritiene che il test dell'articolo 5.6 sia simile a quello sviluppato nell'ambito della giurisprudenza relativa all'articolo XX, dall'altra ritiene che esso sia fondato su un criterio di "*raison*", a sua volta limitato dalla fattibilità tecnica ed economica<sup>77</sup>. L'autore aggiunge che tale test permette di valutare la proporzionalità della misura rispetto all'obiettivo e che - come già affermato rispetto alla disposizione analoga contenuta nell'Accordo TBT - esso ha come effetto di dare la priorità a misure di pubblicità o di labelling delle merci o a quei regolamenti tecnici più facili da rispettare da parte degli importatori.

L'autore non entra nei dettagli di tali affermazioni; tuttavia ritengo il riferimento al criterio di ragionevolezza assai interessante, in quanto elemento ispiratore, ad esempio, del riferimento alla fattibilità tecnica ed economica.

Tale elemento è sottolineato anche da Trachtman, il quale ritiene che nell'Accordo in questione sia presente una sorta di *least trade restrictive alternative test* assortito di un test di ragionevolezza<sup>78</sup>. Egli precisa poi che, secondo la nota esplicativa, si possa intravedere una vera e propria analisi costi-benefici di tipo dinamico o comparativo. La nota suggerisce infatti

---

<sup>75</sup> W.Th. Douma, *The Beef Hormones Dispute and the Use of National Standards under WTO Law*, in *EELR*, p.140.

<sup>76</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.635.

<sup>77</sup> D. Luff, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.286 ; in questo senso vedi anche J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.249.

<sup>78</sup> J. Trachtman, *Trade and... Problem: Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity*, op. cit., p.71.

due dei tre elementi di tale analisi: la presenza di una misura alternativa che riduca notevolmente i costi e la ragionevole disponibilità di tale misura - il terzo elemento essendo naturalmente costituito dalla limitazione agli scambi.

Diventa qui chiaro un fattore che riguarda l'intera analisi dei criteri di necessità e proporzionalità, vale a dire la stretta interrelazione fra tali criteri (e relativi test) e altri concetti e strumenti fondamentali quali la ragionevolezza, l'analisi costi benefici, o il bilanciamento degli interessi. Tutti questi elementi possono essere raggruppati, secondo l'efficace terminologia utilizzata da Trachtman, sotto la categoria dei "trade-off devices"<sup>79</sup> in quanto accomunati dal fatto di conciliare contrapporre o bilanciare differenti interessi.

Analogamente, si potrebbe a mio parere ipotizzare la presenza di un criterio di *raison* anche nell'Accordo TBT, là dove esso prescrive la presa in considerazione del non raggiungimento di uno scopo; mancando infatti in quest'accordo - a differenza dell'Accordo SPS - un procedimento di valutazione dei rischi il criterio di ragionevolezza potrebbe essere utilizzato per supplire a questa mancanza.

Come si vedrà oltre esso non solo costituisce un elemento fondante della proporzionalità in generale, ma è stato anche ampiamente utilizzato nell'analisi di tale principio nell'ambito della nuova giurisprudenza relativa all'articolo XX GATT ; non si vede quindi perché esso non possa giocare un ruolo altresì negli Accordi TBT e SPS.

Vanno tuttavia ricordate le difficoltà insite in tale tipo di criterio, la cui portata è lungi dall'essere chiaramente definita<sup>80</sup>.

### 1.3 L'Accordo sullo Scambio di Servizi (GATS)

La dottrina non ha finora dedicato grande attenzione alla presenza dei concetti di necessità e proporzionalità in questo ambito ed i contributi considerati<sup>81</sup> affrontano la tematica prendendo in considerazione due disposizioni, l'articolo XIV e l'articolo VI.

La prima disposizione include il criterio di necessità ai paragrafi a), b) e c). Il primo di essi riproduce essenzialmente l'articolo XX dell'Accordo Generale e quindi ad esso possono applicarsi le stesse osservazioni fatte a proposito di quest'ultimo - come confermato dall'Organo d'Appello nella controversia relativa al gioco d'azzardo<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> *ibid.*, p.2.

<sup>80</sup> J.J.A. Simon, *Le concept de raisonnable en droit international public*, p.447 ss. in A.A., *Mélanges offerts a Paul Reuter - Le droit international : unité et diversité*, Paris, 1981, p.447 ss., c. O. Corten, *L'interprétation du terme « raisonnable »*, in *RGDIP*, 1998, p.5 ss.

<sup>81</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit.; J. P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit.

<sup>82</sup> vedi *infra* p.132 ss.

Tuttavia, l'articolo XIV presenta un elemento interessante là dove prende in considerazione le misure necessarie a salvaguardare la morale pubblica o a mantenere l'ordine pubblico (paragrafo a). Tale disposizione è infatti assortita di una nota esplicativa, in base alla quale "l'eccezione in materia di ordine pubblico può essere invocata esclusivamente ove uno degli interessi fondamentali della società sia esposto ad un rischio reale e sufficientemente grave". La precisazione fornita è degna di interesse, innanzitutto perché riguarda proprio il paragrafo che, perlomeno nell'ambito dell'omologo articolo del GATT, non ha mai ricevuto applicazione. Come si vedrà questo non è il caso dell'Accordo GATS; resta tuttavia vero che quella della morale pubblica costituisce un ambito assai particolare, ed è curioso che i redattori dell'Accordo abbiano deciso di aggiungere una nota esplicativa a questo paragrafo, piuttosto che, ad esempio, al paragrafo b) – il quale come si è visto ha dato vita ad un'abbondante giurisprudenza.

In secondo luogo, la nota esplicativa contiene alcuni elementi che paiono meglio definire il concetto di necessità contenuto nel paragrafo: precisamente l'espressione "sufficientemente grave" pare imporre allo Stato una sorta di test di ragionevolezza - o se si vuole di proporzionalità - in base alla quale la restrizione sia giustificata. Quindi non solo è necessario identificare un interesse fondamentale della società, ma tale interesse deve essere sottoposto ad un rischio per il quale "valga la pena" imporre restrizioni agli scambi.

Tale nota richiama a mio parere la nota esplicativa all'articolo 5.6 dell'Accordo SPS: entrambe paiono infatti svolgere la funzione di sfumare il test di necessità. Mentre però nel caso dell'Accordo SPS la nota si applica ad una disposizione che, in via generale, stabilisce quali debbano essere le caratteristiche di qualsiasi misura, nell'ambito GATS essa si riferisce alle eccezioni generali, con le differenze interpretative e procedurali di cui si è già parlato. Resta tuttavia da chiarire perché la nota si riferisca ad un solo paragrafo e perché proprio quello relativo alla moralità; secondo il parere di chi scrive, infatti, il concetto espresso dalla nota avrebbe potuto svolgere un'utile funzione rispetto a tutti i paragrafi, nonostante le ovvie difficoltà sollevate dalla natura imprecisa dell'avverbio "sufficientemente".

La dottrina tende a ritenere che, a causa della profonda analogia con l'articolo XX GATT, l'articolo XIV verrà interpretato ed applicato seguendo i medesimi orientamenti<sup>83</sup>; tuttavia, alla luce delle recenti vicende, è interessante notare come il rapporto si sia per così dire invertito e la disposizione dell'Accordo GATS abbia costituito uno spunto per l'ulteriore elaborazione e raffinamento della giurisprudenza relativa alle eccezioni generali del GATT.

---

<sup>83</sup> J.P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.14-15.

Per quanto concerne l'articolo VI, esso introduce secondo gli autori interessanti elementi di novità.

Il paragrafo 1 di tale disposizione stabilisce che le normative interne, applicate in un settore nel quale i Membri hanno già assunto obblighi specifici, debbano essere amministrare in maniera "ragionevole, oggettiva ed imparziale". Trachtman ritiene che tali requisiti possano essere utilizzati al fine di imporre obblighi positivi di proporzionalità<sup>84</sup>.

Tale disposizione contiene inoltre linee guida procedurali le quali richiedono che, nel caso in cui la fornitura di un servizio richiede un'autorizzazione, essa debba essere concessa dal paese ospite in un periodo di tempo "ragionevole".

Il paragrafo 4 stabilisce che:

"nell'intento di garantire che le misure relative a requisiti obbligatori e procedure, nonché alle norme tecniche e agli obblighi di licenza, non costituiscano *inutili*<sup>85</sup> ostacoli agli scambi di servizi, il Consiglio per gli scambi di servizi formula, [...]qualsiasi disciplina necessaria. Tali discipline saranno finalizzate a garantire che tali requisiti siano, tra le altre cose:

a)[...]

b) *non più onerosi di quanto necessario* per garantire la qualità del servizio".

In secondo luogo, il paragrafo 5 istituisce la possibilità di una revisione delle misure nazionali nei settori nei quali un Membro abbia assunto obblighi specifici, a patto che tali misure:

- siano non conformi ai criteri definiti al par.4, lett. a) b) o c)"
- pregiudichino o annullino impegni specifici in modalità che non avrebbero potuto ragionevolmente essere previste al momento in cui tali impegni sono stati assunti.

Tale paragrafo incorpora quindi alla lett. i) il requisito contenuto al paragrafo 4 e lo completa col concetto di pregiudizio o annullamento dei benefici.

Vale infine la pena di richiamare le così dette "Accountancy Disciplines"<sup>86</sup> elaborate dal Gruppo di Lavoro sui Servizi Professionali (ora Gruppo di Lavoro sulle Regolamentazioni Interne), le quali si applicano a tutti quegli Stati che hanno assunto obblighi specifici nel settore della contabilità ma non alle misure elencate in quanto eccezioni negli articoli XVI e XVII GATS.

Tali linee guida sono interessanti ai fini della nostra analisi, in quanto rafforzano e articolano ulteriormente il principio di necessità<sup>87</sup>. Più precisamente, esse stabiliscono che gli Stati

---

<sup>84</sup> *ibid.*, p.15.

<sup>85</sup> "non necessari" nella versione inglese

<sup>86</sup> *WTO, Disciplines on Domestic Regulations in the Accountancy Sector*, S/LJ64, 17, Dicembre 1998, riprodotte in *WTO Focus*, Dicembre 1998, p.10-11.

<sup>87</sup> J.P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.19.

assicurino che le misure relative ai requisiti e alle procedure in materia di licenze, standard tecnici e requisiti e procedure relativi alle qualifiche non siano preparati, adottati e applicati, *de jure* o *de facto*, in modo da costituire barriere non necessarie allo scambio dei servizi di contabilità. Esse devono essere non più restrittive del necessario al fine di perseguire obiettivi legittimi, inclusa la protezione dei consumatori, la qualità del servizio, la competenza professionale e l'integrità della professione. Tale requisito risulta chiaramente più stringente rispetto a quello contenuto nell'articolo VI:5<sup>88</sup>.

Considerando con più attenzione l'articolo VI, il primo riferimento alla necessità – “inutili ostacoli agli scambi di servizi” – non introduce, secondo Neumann e Türk, alcuna novità rispetto all'analogia espressa contenuta in ambito GATT<sup>89</sup>.

Al contrario, l'espressione contenuta nel paragrafo 4 b) dell'articolo VI pare andare al di là degli obblighi esistenti, in quanto non si parla in questo caso di necessario, ma di “oneroso”. Tale termine sembra dare vita ad un test più severo nei confronti della misura in questione, perché quest'ultima può essere giudicata incompatibile con l'Accordo, pur senza costituire una vera e propria restrizione<sup>90</sup>. In particolare, esso potrebbe coprire misure formalmente non discriminatorie, e quindi elementi di discriminazione *de facto*<sup>91</sup>. Inoltre, l'unico obiettivo che la lettera b) dell'articolo 4 ammette in quanto eventuale fonte di restrizioni è la qualità del prodotto; il test di necessità che ne deriva contiene quindi un forte limite quanto all'obiettivo perseguibile dagli Stati membri, con la conseguenza che anche gli obiettivi perseguiti potrebbero essere compromessi<sup>92</sup>. In questo senso Trachtman ritiene che tale disposizione dovrebbe essere modificata<sup>93</sup>.

Gli autori citano poi una comunicazione della Comunità Europea del maggio 2001 la quale contiene alcuni elementi interessanti.

In primo luogo, il documento afferma come la Comunità Europea ritenga opportuno attribuire alla necessità una definizione di tipo orizzontale, la quale sia basata sugli elementi contenuti nell'articolo VI.4 (oggettività e trasparenza, non eccessiva onerosità al fine di assicurare la

---

<sup>88</sup> *ibid.*

<sup>89</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.223.

<sup>90</sup> *ibid.*

<sup>91</sup> C. Dordi, *Gli Accordi sul Commercio dei Servizi*, in G. Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, op. cit., p.115.

<sup>92</sup> J. P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.18.

<sup>93</sup> *ibid.*; la nota del Segretariato (Working Party on Domestic Regulation, *Necessity Tests in the WTO*, p.2) afferma addirittura che l'articolo VI.4 non imponga un vero test di necessità, ma richieda semplicemente ai Membri di negoziare le discipline necessarie al fine di assicurare che le misure in questione non costituiscano barriere non necessarie al commercio.



qualità del servizio, applicazione non più restrittiva del necessario al fine di perseguire l'obiettivo) e che possa quindi applicarsi a tutti i settori, in modo da assicurare coerenza nell'applicazione di tale criterio. Tuttavia, la disciplina dovrà poi andare al di là di questa prima definizione e stabilire criteri specifici ad ogni settore; in questo senso le "Accountancy Disciplines" costituiscono un esempio positivo<sup>94</sup>.

La Comunità Europea sottolinea come tale approccio – coerente ma differenziato - non deve ridurre la libertà dei membri di perseguire gli obiettivi di politica nazionale, ma deve piuttosto servire a stabilire il grado di restrizione al commercio di una misura; in questo ambito, la fattibilità tecnica ed economica, così come il livello di sviluppo del paese in questione e la natura del settore, devono essere presi in considerazione<sup>95</sup>.

Il documento propone poi che una misura sia considerata non più restrittiva del necessario se non è sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, il che implica che il grado di restrizione dipenderà dai e verrà valutato alla luce degli obiettivi perseguiti, mentre la *ratio* dell'obiettivo stesso non verrà messa in discussione<sup>96</sup>.

La Comunità sottolinea inoltre come ai termini "non più restrittivo del necessario" e "non più oneroso del necessario", venga attribuito lo stesso significato, e come essi siano preferiti al termine "*least trade restrictive*", in quanto quest'ultimo ridurrebbe in maniera indebita la scelta degli strumenti di regolazione disponibili. Il documento suggerisce ai Membri di valutare le implicazioni degli altri due termini e o di considerare differenti formulazioni<sup>97</sup>.

Al contrario una Nota del Segretariato sembra andare proprio in questa direzione, richiamando la giurisprudenza GATT relativa al *least trade restrictive alternative test*<sup>98</sup>.

Altra questione è costituita dalla possibilità di introdurre una lista di obiettivi legittimi (analogamente all'articolo 2.2 dell'Accordo TBT) all'interno del paragrafo 4. Nel caso di una lista chiusa, infatti, gli organi giurisdizionali non metterebbero in linea di principio in discussione la legittimità degli obiettivi presenti nella lista; al contrario, essi eserciterebbero una certa discrezionalità nel caso di una lista aperta. Altrettanto vero è che una lista chiusa

---

<sup>94</sup> *EC Communication to the Working Party on Domestic Regulation S/WPDR/W/14*, 1 maggio 2001, par.6; tuttavia la Comunità Europea si preserva il diritto di mettere in discussione il fatto che tali discipline specifiche possano applicarsi a tutti i settori (par.7) La Nota del Segretariato afferma come le *Accountancy Disciplines* contengano un test di necessità sotto forma di vero e proprio obbligo nei confronti dei Membri, contrariamente a quanto affermato rispetto all'articolo VI.4 (par.9).

<sup>95</sup> *ibid.*, par.16.

<sup>96</sup> *ibid.*, par.17.

<sup>97</sup> *ibid.*

<sup>98</sup> *Article VI:4 of the GATS: Disciplines on domestic Regulation applicable to all Services, S/C/W/96*, del 1 maggio 1999, par.27-28 ; *United States – Imports of Automotive Spring Assemblies (Canada)*, op. cit., par.37; *United States - Section 337 Of The Tariff Act of 1930*, op. cit., par.5.26.

costruita in maniera troppo rigida porrebbe dei vincoli troppo severi sulle regolamentazioni interne.

A questo proposito la Comunità Europea, nella comunicazione di cui sopra, ha dichiarato che gli Stati membri non considerano una lista chiusa un elemento desiderabile all'interno del test di necessità<sup>99</sup>. Essa osserva a questo proposito che gli Accordi SPS e TBT – i quali contengono lista di “obiettivi legittimi” – hanno una portata più ridotta ed una natura più tecnica rispetto al GATS e lo stesso può dirsi delle “Accountancy Disciplines”. Al contrario, l'articolo VI.4 GATS comprende una serie ampia di obiettivi. La Comunità non ritiene quindi che la presenza, in altri accordi del sistema, di una lista chiusa di obiettivi richieda che tale lista debba essere introdotta anche all'interno del GATS<sup>100</sup>.

Infine, qualora tale lista dovesse essere inclusa, la Comunità ritiene importante distinguere gli obiettivi elencati in tale sede da quelli contenuti nell'articolo XIV<sup>101</sup>. A questo proposito la nota del Segretariato riconosce che la determinazione del carattere legittimo o meno di un obiettivo è probabilmente più semplice nel caso delle eccezioni, in quanto (sia nell'articolo XIV GATS che nell'articolo XX GATT) esse sono contenute in una lista chiusa; esso afferma che un'eventuale lista contenuta nell'articolo VI paragrafo 4 potrebbe non essere chiusa, ma dovrebbe essere collegata all'obiettivo più ampio di assicurare la qualità del servizio, come richiesto dal sottoparagrafo b). La protezione del consumatore e la competenza professionale potrebbero rientrare fra tali obiettivi<sup>102</sup>.

Infine, un documento presentato dall'Australia propone che i membri redigano un test di necessità che, pur partendo dai concetti contenuti nell'articolo VI paragrafo 4, sia più stringente e coerente con il sistema OMC. Essa propone quindi che il test presente nell'Accordo SPS<sup>103</sup> venga rielaborato in modo da poter essere applicato ai servizi<sup>104</sup>. Per quanto riguarda il livello appropriato di protezione, il documento suggerisce la definizione di “obiettivo politico appropriato” e nota come, nonostante il linguaggio dell'Accordo SPS sia simile a quello dell'Accordo TBT (articolo 2.2) il primo sia più conciso e contenga concetti più rilevanti rispetto al settore dei servizi.

Il documento richiama poi le “Accountancy Disciplines” e, analogamente a quanto proposto dalla Comunità, cita la protezione dei consumatori, la qualità dei servizi, la competenza

---

<sup>99</sup> *ibid.*, par.20.

<sup>100</sup> *ibid.*, par.21.

<sup>101</sup> *ibid.*, par.22.

<sup>102</sup> *ibid.*, par.26.

<sup>103</sup> nota all'articolo 5.6 ; vedi p.

<sup>104</sup> *Working Party on Domestic Regulation - Communication from Australia, S/WPDR/W/1, 19 luglio 2001, par.5.*

professionale, l'integrità della professione e l'efficienza e correttezza amministrative, osservando che elaborazioni future dovrebbero basarsi su tali criteri<sup>105</sup>.

Il paragrafo 5 incorpora il criterio di necessità in quei settori delle regolamentazioni interne rispetto a cui gli stati hanno già assunto impegni specifici.

Si può in primo luogo osservare come il criterio di ragionevolezza giochi un ruolo importante per quanto concerne l'annullamento o il pregiudizio di benefici; tale criterio è stato interpretato secondo l'idea per cui pratiche o circostanze legate alla regolamentazione sedimentate nel tempo meritano protezione e che circostanze interne ad uno Stato formano una sorta di background per tutte le concessioni<sup>106</sup>.

In secondo luogo, Trachtman fa notare come nel paragrafo 5 il criterio di necessità sia introdotto in quanto parametro di una disposizione sostanziale, oltre ad essere incluso all'interno delle eccezioni generali. Di conseguenza, al fine di stabilire una violazione di tale disposizione, la parte attrice dovrà dimostrare che la misura in questione è "non necessaria". In seguito, qualora la parte sotto accusa voglia avvalersi dell'Articolo XVI, essa dovrà dimostrare che la misura è necessaria ai sensi del paragrafo c); lo stesso requisito dovrà quindi essere soddisfatto dall'una e dall'altra parte in parti successive del procedimento<sup>107</sup>.

## 2. ALTRI ASPETTI GIURIDICI LEGATI AI PRINCIPI DI NECESSITÀ E PROPORZIONALITÀ

L'analisi condotta finora a livello testuale rispetto alla presenza dei criteri di necessità e proporzionalità mostra un panorama estremamente complesso, dal quale risulta l'impossibilità di trarre conclusioni nette in una delle due direzioni.

Necessità e proporzionalità si inseriscono all'interno di una fitta rete di obblighi correlati i quali, se da una parte accentuano la complessità del sistema, dall'altra possono contribuire a definire meglio la portata ed il ruolo dei due principi. Questo anche al fine di non irrigidire l'analisi attorno una distinzione talvolta estremamente sottile (se non inesistente) e di ampliare invece la prospettiva rispetto all'architettura globale del sistema di norme che si sta considerando.

---

<sup>105</sup> *ibid.*, par.7.

<sup>106</sup> *Panel Report: Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R (98-088VI), del 22 Aprile 1998, par.10VII citato da J.P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.17.

<sup>107</sup> *ibid.*, p.18.

Gli obblighi oggetto di analisi si possono rinvenire nei tre accordi quasi parallelamente; prenderò quindi in considerazione ognuno di questi aspetti, nell'Accordo TBT, nell'Accordo SPS e nell'Accordo GATS rispettivamente.

Una considerazione di ordine generale rispetto all'articolo VI riguarda il fatto che esso (assieme all'articolo XVIII per quanto concerne gli impegni assunti dai membri e contenuti nelle liste) persegue lo scopo di elaborare discipline nazionali relative alle misure non discriminatorie di regolamentazione dei servizi. In altri termini, tali disposizioni sono finalizzate a fare in modo che anche una misura la quale non discrimini servizi o fornitori di stranieri rispetto a quelli nazionali possa essere considerata incompatibile con l'Accordo GATS<sup>108</sup>.

Pauwelyn fa tuttavia notare che, demandando al Consiglio GATS il compito di elaborare le discipline di cui ai paragrafi 4 e 5, i negoziatori abbiano in realtà rinunciato ad imporre un test generale di necessità nei confronti di tale tipo di misure, con l'eccezione del settore contabile. Tuttavia, come si vedrà più avanti, l'autore ritiene che nel caso *Gambling* il panel sia riuscito per così dire surrettiziamente ad introdurre tale requisito.

### 2.1 Conformità a standard internazionali

Sia l'Accordo TBT che l'Accordo SPS attribuiscono un'enorme importanza agli standard elaborati a livello internazionale, come ad esempio la Commissione *Codex Alimentarius* o l'Ufficio Internazionale di Epizootica, citati nell'Allegato A all'Accordo SPS.

Come si è visto quest'ultimo stabilisce, all'articolo 3.1, l'obbligo per i membri di basare le misure sanitarie e fitosanitarie su standard internazionali, direttive o raccomandazioni, ove questi esistano, al fine di raggiungere la più ampia armonizzazione possibile.

L'articolo 3.2 stabilisce che le misure adottate dai membri che siano in conformità con tali standard godranno di una presunzione di necessità rispetto agli obiettivi dell'Accordo e di compatibilità rispetto al GATT 1994 e all'Accordo stesso.

Tale articolo 3.2 richiama i termini dell'articolo 2.2 e dell'articolo 5.6<sup>109</sup>, vale a dire il divieto dell'applicazione non necessaria di misure e l'applicazione di misure non necessarie rispettivamente.

---

<sup>108</sup> J. Pauwelyn, *Rien ne va Plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS*, in *World Trade Review*, 2005, p.8.

<sup>109</sup> Vedi J. P. Trachtman, nota n.53; La distinzione fra la ratio delle varie disposizioni è a mio parere abbastanza chiara; tuttavia l'Accordo nell'utilizzare il termine "necessità" non sempre distingue a quale contesto si riferisca. Ai fini della nostra analisi è naturalmente l'accezione contenuta nell'articolo 5.6 che rileva maggiormente; tuttavia ritengo che le disposizioni citate non siano "impermeabili" anche alla luce del fatto che la disposizione in questione stabilisce la compatibilità delle misure con l'Accordo nella sua totalità.

Restringendo il punto di vista all'articolo 5.6, emerge qui un primo punto fondamentale rispetto al ruolo giocato dagli standard internazionali all'interno dell'Accordo: la conformità a standard internazionali costituisce non solo un presupposto del carattere necessario della misura, ma addirittura il mezzo privilegiato al fine di dimostrare tale carattere, nonostante la presunzione sia naturalmente confutabile.

In base all'articolo 3.3, infatti, i membri potranno adottare misure sulla base di standard più elevati rispetto a quelli internazionali, a patto che esista una giustificazione scientifica o ciò avvenga in funzione del livello di protezione scelto<sup>110</sup>.

E' da notare come, in base alla giurisprudenza, la disposizione non possa essere utilizzata al contrario. Come affermato nel corso del caso *Hormones*, starà quindi alla parte attrice dimostrare che un regolamento fondato su standard internazionali sarebbe stato adatto al perseguimento degli scopi dello stato sotto accusa<sup>111</sup>.

La disposizione parallela all'articolo 3.2 dell'Accordo SPS (presunzione di necessità delle misure adottate in conformità a standard internazionali) è costituita dall'articolo 2.5 dell'Accordo TBT, che stabilisce una presunzione confutabile che la conformità agli standard internazionali non crei ostacoli non necessari al commercio. Ancora una volta ci troviamo di fronte a problemi legati all'onere della prova che derivano dal carattere positivo degli obblighi creati dagli Accordi SPS e TBT.

In questo caso il riferimento al concetto di necessità è più chiaro rispetto all'Accordo SPS: dalla formulazione dell'articolo ("ostacoli non necessari al commercio") si evince in fatti che la disposizione si riferisce al paragrafo 2 dello stesso articolo quindi alle caratteristiche della misura. Possiamo qui ribadire le stesse osservazioni fatte a proposito dell'Accordo SPS: la conformità a standard internazionali costituisce una componente essenziale della necessità della misura<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Nel caso *Hormones (European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products*, op. cit., par.163) l'Organo d'Appello ha tracciato una netta distinzione fra i termini "basato su" e "conforme a": mentre infatti qualcosa è generalmente ritenuta "basata su" qualcos'altro quando la prima è fondata o costruita sulla seconda, il rapporto è molto più stretto nel caso di un rapporto di conformità. In questa circostanza, infatti, il primo elemento deve corrispondere in forma o modalità al secondo. Di conseguenza, una misura che è conforme e incorpora uno standard internazionale sarà necessariamente basata su quello standard, ma una misura basata sullo stesso standard potrebbe non conformarvisi, in quanto solo alcuni degli elementi dello standard potrebbero esservi contenuti.

In questo senso cfr. M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, op. cit., p.497.

<sup>111</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.104; vedi *infra* p.93 ss; analogamente vedi *European Communities - Trade Description of Sardines*, Report of the Appellate Body, WT/DS231/AB/R, del 26 settembre 2002, par.274-276.

<sup>112</sup> E' tuttavia da notare come rispetto a quest'ultimo articolo la formulazione sia leggermente diversa: nell'Accordo TBT ci si riferisce infatti solo al carattere necessario della misura senza specificare la compatibilità con l'Accordo o con il GATT.

L'Accordo TBT contiene una disposizione analoga all'articolo 3.3 dell'Accordo SPS. In base all'articolo 2.4 dell'Accordo TBT infatti, viene richiesto ai membri di utilizzare standard internazionali come base per i propri regolamenti, a meno che questi ultimi non siano inadatti o inefficaci. Tuttavia parte della dottrina<sup>113</sup> ritiene che tale obbligo sia formulato in termini più flessibili rispetto all'Accordo SPS, il quale sembra sì ammettere l'imposizione di standard più elevati rispetto a quelli internazionali, ma sottopone questa facoltà ad una precisa serie di obblighi. La disposizione corrispondente nell'Accordo TBT è parea meno stringente rispetto all'Accordo SPS.

L'Accordo GATS contiene un riferimento all'armonizzazione all'interno dell'articolo VI paragrafo 4, senza tuttavia imporla; inoltre, a causa dell'armonizzazione negativa stabilita dall'articolo IV paragrafo 5, gli incentivi all'armonizzazione sono più deboli in quest'accordo confronto agli altri due analizzati<sup>114</sup>.

Il sottoparagrafo b) richiede infatti che la disciplina imposta dal sottoparagrafo a) sia applicata tenendo in considerazione gli standard rilevanti emanati da organizzazioni internazionali applicati dagli Stati membri.

Inoltre, l'articolo VII paragrafo 5 stabilisce un rapporto fra riconoscimento e adozione di standard internazionali, affermando che, in casi appropriati, tale riconoscimento sia basato su criteri stabiliti multilateralmente. Esso impone inoltre ai membri di cooperare con organizzazioni internazionali governative e non al fine di stabilire e adottare standard internazionali e criteri per il riconoscimento nonché standard internazionali per l'esercizio di professioni e degli scambi legati ai servizi.

La Nota del Segretariato<sup>115</sup> afferma come quanto stabilito dall'articolo VI paragrafo 5 b) possa essere interpretato come una sorta di presunzione di necessità a favore dei requisiti basati su standard internazionali, la quale faciliterebbe l'applicazione del test di necessità e costituirebbe un incentivo all'utilizzo di tali standard e in questo senso cita le disposizioni corrispondenti degli Accordi SPS e TBT. Essa afferma inoltre che la presunzione di necessità stabilita da questi ultimi costituisce un *benchmark* importante, in quanto identifica la misura meno restrittiva possibile capace di perseguire l'obiettivo in questione, e riconosce come essi contengano una disciplina più stringente rispetto all'Accordo GATS.

---

<sup>113</sup> G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT – a map of the WTO law of domestic regulation of goods*, op. cit., p.841.

<sup>114</sup> J.P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.22.

<sup>115</sup> *International Regulatory Initiatives in Services, Background Note by the Secretariat, SIC/W/97*, 1 marzo 1999, par.42.

D'altra parte, un altro documento del Segretariato sembra andare in un'altra direzione, nel momento in cui rileva come il riferimento agli standard internazionali contenuto nell'articolo VI.5 b) si differenzi notevolmente da quello contenuto negli Accordi SPS e TBT in quanto, mentre questi ultimi stabiliscono presunzioni di necessità e compatibilità della misura con l'Accordo o con il sistema OMC, tale disposizione stabilisce semplicemente che tali standard dovranno essere presi in considerazione<sup>116</sup>.

## *2.2 Fondamento scientifico della misura e valutazione del rischio*

La valutazione del rischio ricopre un ruolo essenziale all'interno dell'Accordo SPS.

Esso richiede innanzitutto all'articolo 2.2 che le misure siano basate su principi scientifici e non siano mantenute in assenza di prove scientifiche sufficienti.

In secondo luogo in base all'articolo 3.3, i membri potranno adottare misure che comportano un livello di protezione più elevato rispetto a quello stabilito da norme e standard internazionali, a patto che esista una giustificazione scientifica o in funzione del livello di protezione scelto dallo stato.

In assenza della presunzione di necessità dettata dalla conformità a standard internazionali (articolo 3.2) la base scientifica di una misura diventa quindi uno dei presupposti del carattere necessario della sua applicazione.

Tuttavia ritengo che, per un motivo di coerenza rispetto all'architettura generale dell'Accordo, tale base rilevi altresì - pur se indirettamente - per quanto riguarda il carattere necessario della misura stessa, secondo l'articolo 5.6. Se l'imposizione di una misura è infatti supportata da giustificazioni scientifiche, ciò deporrà a favore del suo carattere adeguato rispetto ad una misura alternativa.

A maggior ragione le stesse considerazioni valgono nel caso dell'articolo 5, che disciplina la procedura di valutazione del rischio (paragrafi 1-4): tale valutazione non sarà considerata valida se non supportata da elementi scientifici, il che comprometterà il suo carattere necessario.

Lo stesso può dirsi - pur se in misura minore - nell'ambito dell'applicazione di misure in base all'articolo 5.7, il quale riguarda le misure adottate in assenza di prove scientifiche certe. In base a questa disposizione, i membri possono adottare misure provvisorie anche in assenza di dati scientifici; essi saranno tuttavia obbligati a fornire tutti i dati disponibili e a continuare l'attività di ricerca a sostegno delle proprie azioni. La possibilità di adottare misure in base a questo principio non costituisce quindi un'alternativa alla valutazione del rischio quale

---

<sup>116</sup> *Working Party on Domestic Regulation - Necessity Tests in the WTO - Note by the Secretariat*, op. cit.,

richiesta dai paragrafi 1-4 dell'articolo 5 e la presenza, se non di prove, perlomeno di elementi scientifici supporta il loro carattere necessario. Anche le misure adottate in base all'articolo 5.7 ricadono infatti sotto i dettami dell'articolo 2.2: la loro applicazione deve essere necessaria in rapporto agli obiettivi dell'Accordo.

L'articolo 2.2 dell'Accordo TBT stabilisce che la valutazione del rischio di non perseguimento degli obiettivi legittimi debba prendere in considerazione, fra le altre cose, "i dati scientifici e tecnici disponibili, le tecniche di trasformazione connesse o gli utilizzi finali previsti per i prodotti".

Tale disposizione non contiene alcun riferimento esplicito alla base scientifica delle misure e l'unico riferimento al rischio è quello effettuato dall'articolo 2.2, con la conseguenza che l'approccio sembra più flessibile rispetto alla valutazione richiesta dall'Accordo SPS. Tuttavia, parte della dottrina ritiene che i criteri di necessità e proporzionalità presenti nell'Accordo TBT possano implicitamente richiedere qualche base scientifica<sup>117</sup>, e che i criteri di sistematicità, rigore e obiettività elaborati nell'ambito dell'Accordo SPS possano servire ad interpretare tale disposizione in via analogica<sup>118</sup>.

E' inoltre interessante citare a questo proposito una nota del Segretariato del 1993, la quale traccia una distinzione fra i due accordi in merito alla portata del principio di proporzionalità. Nel testo si afferma infatti che nell'Accordo TBT la considerazione del carattere restrittivo della misura dovrebbe essere proporzionale al rischio di non perseguimento dell'obiettivo. Diversamente, nell'Accordo SPS, alla luce del fatto che la valutazione del rischio è già riflessa nella determinazione del livello di protezione, le Parti Contraenti devono utilizzare la misura meno restrittiva possibile per raggiungere tale livello<sup>119</sup>. Questo conferma il rapporto sussistente fra proporzionalità/necessità e valutazione del rischio: è quindi plausibile pensare che nell'Accordo TBT la prima possa in un certo senso svolgere parte della funzione assegnata alla seconda.

### *2.3 Legame logico fra la misura e l'obiettivo previsto e fra la misura ed il rischio*

Come si è visto, l'articolo 2.2 e l'articolo 5.1 dell'Accordo SPS impongono l'esistenza di una base scientifica della misura e prescrivono che essa debba essere basata su una valutazione dei

---

par.51.

<sup>117</sup> G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT – a map of the WTO law of domestic regulation of goods*, op. cit., p.836.

<sup>118</sup> D. Luff, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.301.

<sup>119</sup> TER/W/16 and corr.1, citato da G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT*, op. cit., p.832.



rischi. Tali disposizioni possono essere lette anche sotto un'altra luce, vale a dire in quanto esse stabiliscono l'obbligo dell'esistenza di un legame logico fra la misura ed il suo obiettivo da una parte, e la misura e la valutazione del rischio dall'altra.

Desmedt fornisce una versione leggermente diversa, riferendosi non all'articolo 2.2, ma all'articolo 2.1 - in base al quale i membri hanno il diritto di adottare misure SPS "necessarie" alla protezione della vita e della salute umana, animale e vegetale - il quale riguarderebbe il rapporto di necessità che deve sussistere fra la misura e il suo obiettivo<sup>120</sup>. L'articolo 5.1 invece avrebbe ad oggetto il rapporto fra la misura e la valutazione del rischio.

Secondo l'autrice, la prima disposizione sarebbe analoga alla prima parte del test di proporzionalità utilizzato in ambito comunitario - rapporto fra misura e scopo - ed essa sottolinea come in tale ambito un'assenza del secondo requisito - rapporto fra misura e rischio - possa portare la Corte ad invalidare una misura sulla base del principio di proporzionalità stesso. Desmedt afferma come lo stesso diritto dell'Unione non contenga una distinzione netta dei due concetti e come di conseguenza l'Accordo SPS andrebbe addirittura al di là del principio di proporzionalità utilizzato in tale ambito, concludendo che la sua incorporazione non aggiungerebbe molto all'obbligo dei membri di collegare razionalmente la misura alla valutazione del rischio<sup>121</sup>.

Altri autori non condividono tale punto di vista, in quanto non ritengono utile distinguere il legame fra la misura e il suo obiettivo da una parte e la valutazione del rischio dall'altra. Si sottolinea infatti come, in base alla definizione dell'Accordo, una misura SPS abbia lo scopo di proteggere la vita e la salute animali e vegetali e la preservazione dei vegetali e che quindi l'obbligo di effettuare una valutazione del rischio faccia parte della questione preliminare se la misura sia una misura SPS e se sia adatta al perseguimento dello scopo<sup>122</sup>.

Al di là delle specifiche impostazioni, è evidente come il legame logico fra la misura, l'obiettivo e la valutazione del rischio costituisca uno dei presupposti del carattere necessario della misura.

In particolare, vale la pena citare la posizione di Wiers, il quale sottolinea la presenza all'interno dell'articolo 5.1 di un elemento di ragionevolezza, richiamandosi a quanto affermato dall'Organo d'Appello nel corso del caso *Hormones*<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.54. Tuttavia, a parere di chi scrive, l'articolo 2.1 ha perlopiù lo scopo di definire il rapporto fra il diritto dei membri di adottare misure di protezione sanitaria e fitosanitaria, e la compatibilità con l'Accordo; in questo senso l'articolo 2.2 (relativo come si è già osservato a pag.10) all'applicazione non necessaria di misure SPS sembra un riferimento più appropriato per quanto riguarda la valutazione del rischio.

<sup>121</sup> *ibid.*, p.54-55.

<sup>122</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.641.

<sup>123</sup> *ibid.*, p.249.

Tale linea è seguita altresì da Ortino il quale annovera tale legame razionale fra la misura e lo scopo all'interno del requisito di proporzionalità *latu sensu*, definendolo nei termini di "adeguatezza" o *suitability*<sup>124</sup>.

Secondo l'autore quindi sia l'articolo 5.1 che l'articolo 2.2 costituiscono un requisito del carattere "adeguato" della misura, stabilendo tuttavia condizioni più stringenti rispetto ad una qualificazione generica della misura in quanto "adatta", in nome del loro carattere specifico.

L'Accordo TBT non contiene alcuna disposizione specifica riguardante il legame fra la misura e l'obiettivo o la misura ed il rischio; tuttavia, secondo parte della dottrina, l'articolo 2.2 contiene un implicito riferimento al legame di causalità fra la misura e l'obiettivo, là dove esso richiede che le misure siano "necessarie" al perseguimento dell'obiettivo stesso. , l'ultima parte dello stesso articolo, nel fare riferimento al rischio di mancato perseguimento, sembra indicare un obbligo di rapporto razionale fra la misura ed il rischio<sup>125</sup>.

In particolare, Ortino ritiene che tale requisito possa essere letto all'interno dell'Accordo sotto le vesti ancora una volta di "*suitability*" o carattere adeguato della misura a perseguire il proprio scopo, e afferma che esso sia praticamente identico a quello applicato nell'ambito del diritto dell'Unione<sup>126</sup>.

Se, da una parte, contrariamente all'Accordo SPS, nell'Accordo TBT esiste il problema della legittimità dell'obiettivo, si pone altresì quello del carattere adeguato della misura, e del rapporto di quest'ultima con l'obiettivo stesso<sup>127</sup>.

Secondo l'autore, tale requisito va inteso nel senso di un minimo livello di ragionevolezza nella relazione fra il mezzo e lo scopo, ed egli richiama in questo senso la giurisprudenza relativa all'espressione "relativo a" contenuta nel paragrafo g) dell'articolo XX<sup>128</sup>. In questo senso, il test è meno complesso confronto all'Accordo SPS, dove esso si articola, come si è visto, con la problematica della valutazione del rischio.

L'Accordo GATS non contiene alcun requisito esplicito relativo alle basi della potestà o competenza normativa o al livello appropriato di regolazione. Tuttavia, il requisito di ragionevolezza espresso dall'articolo VI paragrafo 1 potrebbe essere interpretato in questo modo<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.454.

<sup>125</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.62.

<sup>126</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.446.

<sup>127</sup> *ibid.*

<sup>128</sup> *ibid.*, p.446-447.

<sup>129</sup> J. P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.29.

Trachtman suggerisce infatti l'idea di una "*rational regulatory basis*", una sorta di principio precauzionale simile a quello contenuto nell'articolo 5.7 dell'Accordo SPS.

#### 2.4 Coerenza

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, entrambi gli accordi in questione prevedono la prerogativa sovrana dei membri di stabilire il proprio livello di protezione. Tuttavia, tale diritto trova un limite nell'obbligo da parte degli Stati di operare questa scelta in buona fede e in modo coerente; tale limite è esplicitamente previsto dall'Accordo SPS e, secondo parte della dottrina, può essere eventualmente ricavato anche all'interno dell'Accordo TBT.

Per quanto concerne l'Accordo SPS, l'articolo 5.5 impone agli Stati di evitare "distinzioni" arbitrarie o ingiustificabili nel livello che ritengono appropriato in situazioni differenti, se tali distinzioni comportano una discriminazione.

E' opinione condivisa da parte della dottrina che tale articolo costituisca una precisazione dell'obbligo generale di non discriminazione stabilito dall'articolo 2.3 e che dia origine ad una via aggiuntiva per dimostrarne la violazione<sup>130</sup>. Nell'ambito del caso *Hormones*, l'Organo d'Appello ha specificato che l'articolo 5.5 non richiede una coerenza assoluta - in quanto i governi stabiliscono il proprio livello di protezione frequentemente e anche su basi diverse nel corso del tempo - ma si limita a porre il divieto di discriminazione arbitraria e ingiustificabile<sup>131</sup>.

Ortino attribuisce un'importanza particolare a questa disposizione, ritenendo che essa, nonostante il forte accento posto sulla discriminazione, introduca un elemento di proporzionalità *strictu sensu*, con la quale condivide alcune funzioni<sup>132</sup>.

Nel caso *Australia-Salmon* l'Organo d'Appello ha concluso quanto alla violazione dell'articolo 5.5 da parte dell'Australia, in quanto la distinzione da essa operata rispetto diversi livelli di protezione non era supportata da una giustificazione coerente e risultava in una restrizione dissimulata del commercio<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Va tuttavia citata un'opinione dissenziente al riguardo: secondo D. Luff (*Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.287) infatti l'ottica dei due articoli è differente. Il primo infatti riguarda la coerenza nel livello di protezione e permetterebbe di analizzare prodotti diversi in presenza di rischi simili. Al contrario l'articolo 2.3 sanziona tutte le discriminazioni; ciò comporta un'analisi dei rapporti di concorrenza fra prodotti di diversa origine il che richiede un confronto fra il trattamento di prodotti simili o perlomeno sostituibili.

<sup>131</sup> *Hormones*, Appellate Body Report., par.213 ; in particolare nel caso *Hormones* l'Organo d'Appello identifica tre "warning signals" (par.214-215). In questo senso vedi G. Marceau e J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT - a map of the WTO law of domestic regulation of goods*, op. cit., p.845).

<sup>132</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.466.

<sup>133</sup> *Australia-Salmon*, Appellate Body Report, par.240,

Analogamente, l'Organo d'Appello non ha approvato il tentativo del panel di legare la giurisprudenza dell'articolo 5.5 sia con quella dello *chapeau* dell'articolo XX sia con quella relativa alla seconda frase dell'articolo III paragrafo 2<sup>134</sup>.

Per quanto concerne l'Accordo TBT, Marceau e Trachtman ritengono che un requisito del genere potrebbe rinvenirsi all'interno dell'attuazione dell'articolo 2.2<sup>135</sup>. L'obiettivo di non creare ostacoli non necessari al commercio, può infatti racchiudere il requisito di mettere in atto un comportamento coerente nei confronti degli altri membri, e quindi di non imporre in una determinata situazione una restrizione che in un contesto analogo non è ritenuta necessaria.

Anche in questo caso, risulta evidente come i principi di necessità e coerenza siano concettualmente legati.

L'Accordo GATS non contiene alcuna disposizione specifica riguardante la coerenza; tuttavia, ritengo si possa citare a questo proposito l'articolo VI paragrafo 1, il quale richiede che le normative interne degli Stati siano amministrare in maniera "ragionevole, imparziale e obiettiva".

L'obiettività l'imparzialità implicano infatti a parere di chi scrive che situazioni analoghe siano trattate in base agli stessi criteri, e quindi coerentemente.

## 2.5 Obiettivo di ridurre al minimo le restrizioni al commercio

L'Accordo SPS prescrive all'articolo 5.4 che i membri, nello stabilire il proprio livello di protezione sanitaria, tengano in considerazione l'obiettivo di ridurre al minimo l'effetto restrittivo sul commercio. Tale disposizione, pur non avendo carattere imperativo, ("*members should*") svolge a mio parer l'importante funzione di limitare la discrezionalità affidata agli Stati dall'Accordo SPS quanto alla libertà di scelta del livello di protezione. Infatti, se da una parte l'Accordo non stabilisce alcun limite quanto alla legittimità degli obiettivi, (come invece pare avvenire nell'Accordo TBT) e ammette perfino politiche a rischio zero, dall'altra richiede ai membri di non fissare detti obiettivi in maniera da creare ostacoli non necessari al commercio. Il legame con il principio di necessità enunciato all'articolo 2.2 è qui presente nella misura in cui si agisce su uno degli elementi del *least trade restrictive alternative test*, e precisamente su quello invariabile – almeno secondo la formulazione classica del test stesso. Ortino ritiene che tale disposizione, unita all'articolo 5.5, introduca un elemento di proporzionalità *strictu sensu* in quanto, pur non richiedendo esplicitamente che gli effetti

---

<sup>134</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.239; vedi *infra* p.92 ss.

<sup>135</sup> G. Marceau e J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT – a map of the WTO law of domestic regulation of goods*, op. cit., p.847

negativi sul commercio siano proporzionali all'obiettivo, può essere interpretato nel senso di un vera e propria richiesta di soppesare misure comportanti effetti restrittivi "eccessivi"<sup>136</sup>. L'Accordo TBT non contiene una disposizione analoga. Esso richiede sì all'articolo 2.3 che i regolamenti non possano essere mantenuti se esistono mezzi meno restrittivi per realizzare l'obiettivo, ma tale disposizione si riferisce al mezzo e non all'obiettivo di fondo. Tale disposizione ha a mio parere lo scopo di esplicitare il criterio di necessità che l'articolo 2.2 sottende soltanto – forse a seguito della soppressione della nota esplicativa che avrebbe esplicitamente introdotto il principio di proporzionalità. Anche in questo caso, il legame con la necessità è evidente: essa è presente nella forma del *least trade restrictive alternative test*, anche se mitigata dalla presa in considerazione del rischio di non perseguimento. L'Accordo GATS non contiene alcuna disposizione di questo tipo; tuttavia, ritengo che tale requisito sia implicitamente ricavabile dall'articolo VI, là dove esso richiede il carattere necessario delle normative nazionali.

## 2.6 Discriminazione

L'Accordo TBT contiene all'articolo 2.1 i requisiti di trattamento nazionale e trattamento della nazione più favorita, relativi alla discriminazione interna ed esterna rispettivamente. Tale disposizione, pur richiamando chiaramente gli articoli I e III del GATT, se ne differenzia notevolmente sotto vari aspetti: essa non solo racchiude al proprio interno due condizioni che nel GATT sono oggetto di due diversi articoli ma, a differenza di quanto accade nell'articolo III, si limita a prevedere la categoria dei prodotti simili (o analoghi, nella traduzione usata in precedenza) escludendo quella dei prodotti direttamente concorrenti o sostituibili<sup>137</sup>.

L'Accordo SPS contiene il requisito della non discriminazione interna ed esterna in termini generali nell'articolo 2.3<sup>138</sup> e in termini specifici - sotto forma di obbligo di coerenza nell'articolo 5.5.

Una prima osservazione riguarda la funzione e la rilevanza del principio di non discriminazione all'interno dei due Accordi da una parte e del GATT dall'altra, in quanto nei primi due, a differenza di quanto avviene nell'Accordo Generale, i principi di necessità o

---

<sup>136</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.466-476; nello stesso senso vedi W.Th. Douma, (*The Beef Hormones Dispute and the Use of National Standards under WTO Law*, op. cit., p.140) il quale però critica il fatto che i membri debbano tenere in considerazione fattori economici; tuttavia egli nota come l'articolo non imponga un obbligo troppo stringente.

<sup>137</sup> Parte della dottrina ritiene che tale distinzione non sia rilevante, in quanto in sede giurisprudenziale gli articoli I.1 e III:4 sono stati applicati anche ai regolamenti previsti dall'Accordo TBT (D. Luff, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.302).

<sup>138</sup> "I membri fanno in modo che le loro misure sanitarie o fitosanitarie non comportino una discriminazione arbitraria o ingiustificata tra i Membri in cui esistono condizioni identiche o analoghe, in particolare tra il loro

proporzionalità si applicano indipendentemente dal carattere discriminatorio della misura. Di conseguenza, se da una parte dimostrare la violazione di una norma è più semplice - nella misura in cui per fare ciò la parte attrice non è tenuta a dimostrare la violazione del divieto di non discriminazione - d'altra parte, se tale dimostrazione deve avvenire, essa è a carico di tale parte e non, come accade nell'ambito dell'articolo XX, della parte che subisce l'accusa<sup>139</sup>.

Stante questo carattere indipendente dei due accordi, ciò non toglie che essi possano disciplinare una misura in maniera concorrente all'Accordo Generale, il che ha creato alcuni problemi di coordinamento con le due serie di norme.

Nonostante il carattere indipendente dei criteri di proporzionalità e necessità negli Accordi SPS e TBT, è importante osservare che il legame fra tali criteri e la discriminazione della misura derivi dal fatto che, in generale, un comportamento discriminatorio difficilmente potrà essere necessario. Se infatti, a parità di condizioni, un membro impone misure di differente entità nei confronti di Stati diversi, difficilmente si potrà sostenere che le più severe fra esse fossero necessarie. Tale principio troverà applicazione anche, come vedremo, nell'ambito della giurisprudenza relativa allo *chapeau* dell'articolo XX del GATT<sup>140</sup>.

Analogamente, la discriminazione all'interno del GATS può venire in rilievo sia per quanto riguarda le eccezioni stabilite dall'articolo XIV (e in questo senso si rimanda alla giurisprudenza relativa all'articolo XX GATT), sia per quanto riguarda l'articolo VI.

Anche in questo caso è plausibile ritenere che il carattere discriminatorio di una misura non deponga a favore del suo carattere necessario.

---

territorio e quello degli altri Membri. Le misure sanitarie o fitosanitarie non si applicano in modo tale da costituire una restrizione dissimulata del commercio internazionale".

<sup>139</sup> M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, op. cit., p.491-494.

<sup>140</sup> E' tuttavia necessario osservare come la discriminazione a cui si riferisce l'articolo III sia profondamente diversa da quella a cui si riferisce l'articolo XX: mentre la prima vale rispetto a prodotti simili e copre misure compatibili con il GATT, la seconda non riguarda prodotti simili, concerne misure per definizione incompatibili con il GATT ed è qualificata dai due aggettivi "ingiustificabile" ed "arbitraria. Tali osservazioni ci riportano alla più generale questione- la quale non può tuttavia essere analizzata in dettaglio in questa sede - dei rapporti fra l'articolo II e l'articolo XX.

Ai nostri fini basti ricordare la giurisprudenza dell'Organo d'Appello nel corso del caso *Gasoline*: esso ha infatti affermato che le disposizioni dello *chapeau* non possono logicamente riferirsi agli stessi standard in base ai quali viene determinata la violazione di una disposizione sostanziale (p.26). In secondo luogo, esso ha sottolineato che la frase "relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili" non può essere letta in maniera tale da stravolgere l'oggetto e lo scopo dell'articolo III:4, né a tale disposizione può essere attribuita una portata tale da togliere ogni forza all'articolo XX g) (p.20).

G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT*, op. cit., p.830) fanno tuttavia notare come, nel caso *Asbestos*, l'Organo d'Appello paia aver mutato la propria posizione, affermando che l'articolo III:4 e l'articolo XX b) sono due disposizioni distinte ed indipendenti e devono essere interpretate come tali. Di conseguenza, la portata dell'articolo III:4 non deve essere ampliata o ridotta al di là di quanto richiesto dal diritto internazionale consuetudinario, solamente in virtù dell'esistenza dell'articolo XX b). Esso ha specificato che il fatto che un'interpretazione dell'articolo III:4 in base a tali norme implichi un ricorso meno frequente all'articolo XX b) non deve privare quest'ultimo del suo *effet utile* e che questo accadrebbe solo se tale

Numerose osservazioni potrebbero essere fatte per quanto concerne il concetto di discriminazione all'interno di tale Accordo<sup>141</sup>, le quali però esulerebbero dall'oggetto dell'analisi.

Tuttavia, uno degli elementi fondamentali che differenzia l'Accordo GATS dal GATT è ad esempio costituito dal fatto che, mentre in base alla giurisprudenza GATT relativa all'articolo III, i processi produttivi non sono soggetti alla disciplina dell'articolo III - con ciò che ne consegue in materia di allocazione della giurisdizione - l'Accordo GATS regola esplicitamente la situazione dei fornitori di servizi.

Da ciò discende che anche il rapporto che può eventualmente instaurarsi fra necessità ed extraterritorialità (per cui, nel sistema GATT, il carattere extraterritoriale della misura non depone certo a favore del suo carattere necessario) varia, in quanto viene ammesso che il paese ospite abbia il diritto di regolare il fornitore, anche se ciò avviene sul territorio di quest'ultimo. Ciò deriva dal fatto che, nel settore dei servizi, il processo attraverso il quale una bene è prodotto appare più strettamente legato alle caratteristiche ultime del bene stesso.

## 2.7 Equivalenza e riconoscimento

L'articolo 4 dell'Accordo SPS e l'articolo 2.7 dell'Accordo TBT contengono il rispetto del principio di equivalenza delle misure ed i regolamenti tecnici degli altri membri, in base ad alcune condizioni.

Più precisamente, la prima disposizione impone che un membro accetti come equivalenti le misure sanitarie o fitosanitarie degli altri, se lo Stato esportatore dimostra oggettivamente che tali misure raggiungono il livello di protezione ritenuto da esso appropriato (paragrafo 1).

L'articolo 2.7 dell'Accordo TBT contiene lo stesso principio, pur se in forma notevolmente attenuata, e stabilisce che i membri dovranno essere disponibili ad accettare i regolamenti tecnici di altri membri come equivalenti ai propri, anche se diversi, purché siano convinti che tali regolamenti raggiungono adeguatamente gli obiettivi dei propri.

Esso non obbliga quindi i Membri a riconoscere detti regolamenti, ma si limita a dare allo Stato esportatore la possibilità di ricorrere al sistema di risoluzione delle controversie, se riesce a fornire una prova *prima facie* che l'ostacolo in questione non è necessario<sup>142</sup>,

Parte della dottrina ritiene che il principio di equivalenza così come espresso dai due accordi sia in stretta relazione col principio di necessità, in quanto tale tipo di obbligo costituisce

---

disposizione non potesse più servire ad autorizzare i membri ad adottare le misure coperte dal paragrafo in questione (par. 115).

<sup>141</sup> J.P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.8-11.

<sup>142</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.311.

“un’applicazione assai conservativa e pienamente giustificata del principio di proporzionalità”<sup>143</sup>. Secondo Weiler, infatti, se un Stato cerca di imporre uno standard particolare anche se un altro standard meno restrittivo può tecnicamente raggiungere lo stesso obiettivo, esso non sta adottando la misura meno restrittiva possibile<sup>144</sup>.

Secondo Weiler, una logica simile potrebbe affermarsi all’interno del sistema GATT/OMC con la conseguenza che, se il principio di parallelismo funzionale venisse incorporato all’interno del criterio di necessità, uno Stato non potrebbe negare accesso al mercato ad un prodotto sulla base di una norma interna ritenuta necessaria - qualora questa fosse già soddisfatta sulla base delle leggi in vigore nel paese di origine.

Ortino sottolinea però la fondamentale differenza fra il principio di equivalenza e il *least trade restrictive alternative test*: mentre quest’ultimo impone la scelta del mezzo meno restrittivo fra quelli in grado di raggiungere un certo obiettivo, il primo implica una valutazione delle norme vigenti nel paese esportatore, al fine di determinare se esse possano raggiungere il livello di protezione perseguito dal membro importatore<sup>145</sup>.

Weirs non condivide quest’idea per quanto concerne l’Accordo Generale, in quanto essa non tiene in debita considerazione la portata degli obblighi positivi, la quale precede qualsiasi considerazione rispetto al rapporto mezzo – fine<sup>146</sup>. Gli Accordi SPS e TBT avrebbero ampliato la disciplina GATT per quanto concerne le situazioni non discriminatorie, senza tuttavia imporre un vero e proprio riconoscimento; ciò non impedisce comunque che l’interpretazione del requisito della necessità all’interno di questi accordi potrebbe andare verso una forma di riconoscimento di fatto<sup>147</sup>.

Resta infine da ricordare che una delle differenze rispetto al principio di equivalenza come concepito all’interno del diritto dell’Unione risiede ancora una volta nell’allocazione dell’onere della prova, mentre negli Accordi TBT e SPS spetta al membro esportatore

---

<sup>143</sup> Weiler J.H.H., *The EU, the WTO, and the NAFTA*, Oxford, 2000, p.221; stessa opinione è sostenuta da J. P. Trachtman, “Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity”, in *EJIL*, 1998, p.65-67 e 73, citato da J. Wiers (*Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.333-334).

<sup>144</sup> J. Weiler, “The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods”, in P. Craig, G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, citato da J. Wiers, (*Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.334).

<sup>145</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.464.

<sup>146</sup> J. Wiers osserva a questo proposito che, se il riconoscimento reciproco fosse invece fondato sulla necessità, allora ogni misura dovrebbe essere proporzionata o necessaria al di là del suo carattere discriminatorio o meno. Questo non accade nel GATT: se infatti l’articolo III non viene violato, i principi di necessità e proporzionalità non vengono chiamati in causa, e qualsiasi requisito relativo ai prodotti può essere ammesso, a patto che sia applicato in maniera analoga ai prodotti nazionali e a quelli importati. Solo se la disciplina GATT si estendesse a situazioni di non discriminazione, allora i membri sarebbero costretti ad accettare prodotti importati che non rispondono ai requisiti del paese importatore, ma a risultati ritenuti accettabili dall’insieme dei membri (*Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.334)

<sup>147</sup> *ibid.*, p.637.



dimostrare che le proprie norme sono in grado di perseguire gli scopi del membro importatore, nel diritto dell'Unione spetta a quest'ultimo dimostrare la necessità della propria regolamentazione e quindi la non equivalenza delle norme del membro esportatore<sup>148</sup>.

Per quanto concerne il GATS, esso non contiene alcun requisito vincolante in questo senso; tuttavia, l'articolo VII stabilisce la possibilità, per i membri, di riconoscere i titoli di studio o le qualificazioni professionali, così come le licenze e le qualifiche ottenute in un altro membro (par.1) e stabilisce che tale riconoscimento non debba essere esercitato in maniera discriminatoria o in maniera da costituire una restrizione dissimulata al commercio (par.4).

Inoltre, come già osservato in precedenza, il par.5 stabilisce che tale riconoscimento, in casi appropriati, dovrebbe essere basato su standard internazionali e impone agli Stati membri di collaborare con organizzazioni internazionali governative e non.

Secondo Trachtman, tale disposizione può essere vista come contenente un potenziale implicito requisito di riconoscimento, anche se l'applicazione pratica appare assai incerta<sup>149</sup>. Tuttavia, egli sottolinea il legame esistente fra l'articolo VI e l'articolo VII, e afferma che le discipline elaborate sulla base dei paragrafi 4 e 5 dell'articolo VI possano costituire incentivi al riconoscimento quale stabilito dall'articolo VII<sup>150</sup>.

La Nota del Segretariato<sup>151</sup> richiama il requisito, stabilito dall'articolo VI:4, in base al quale le discipline adottate dagli stati debbano essere non più onerose di quanto necessario al fine di garantire la qualità del servizio, e sottolinea come esso si applichi anche a quei requisiti imposti al fine di riconoscere qualifiche e licenza dell'esportatore.

Infine Trachtman nota come il paragrafo 19 delle *Accountancy Disciplines* richiedano un certo livello di equivalenza e nota come essa non andrebbe intesa in quanto requisito assoluto di riconoscere automaticamente le normative degli altri stati, ma anticiperebbe un requisito – giurisdizionalmente controllato – di riconoscere tali normative quando esse raggiungono l'obiettivo perseguito<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> vedi nota n.122 p.94

<sup>149</sup> J.P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.33.

<sup>150</sup> *ibid.*, p.34.

<sup>151</sup> *Article VI:4 of the GATS : Disciplines on Domestic Regulations Applicable to all Services – Note by the Secretariat*, op. cit., par.34.

<sup>152</sup> J.P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, op. cit., p.38.

## 2.8 Trasparenza

Il requisito della trasparenza è presente in tutti e tre gli accordi presi in considerazione.

L'articolo 7 dell'Accordo SPS richiede ai membri di notificare qualsiasi cambiamento relativo alle misure sanitarie e fitosanitarie, e impone loro di fornire informazioni conformemente a quanto stabilito dall'Allegato B. Quest'ultimo contiene disposizioni riguardanti la pubblicazione delle norme dei regolamenti in questione, i punti di contatto che i membri devono istituire al fine di fornire informazioni e le procedure di notifica. In particolare, il paragrafo 2 - relativo alla pubblicazione delle norme in materia - stabilisce che gli Stati debbano concedere un intervallo di tempo "ragionevole" fra la pubblicazione di una regolamentazione e la sua entrata in vigore.

Il punto tre relativo agli "*enquiry points*" stabilisce che questi ultimi siano tenuti a fornire risposte a tutte le domande "ragionevoli" da parte dei membri interessati.

Infine, il punto 5 - relativo alle procedure di notifica - stabilisce quale condotta gli Stati debbano seguire nel caso in cui uno standard internazionale, linea guida o raccomandazione non esista, oppure una regolamentazione sanitaria o fitosanitaria non sia "sostanzialmente" la stessa rispetto ad uno standard internazionale, e tale regolamentazione possa avere un effetto "significativo" sugli scambi. Tale punto stabilisce che in tale circostanza i Membri debbano, fra le altre cose, concedere agli altri Stati un lasso di tempo "ragionevole" al fine di presentare commenti.

Risulta quindi evidente come, pur non chiamando esplicitamente in causa il concetto di proporzionalità, l'Accordo contenga numerosi richiami all'idea di ragionevolezza, di "sostanza" (intesa nel senso di soglia al di sotto della quale una determinata condotta sia opportuna o meno) e al carattere "significativo" o meno di determinati fenomeni.

L'Accordo TBT contiene disposizioni simili all'interno dell'articolo 10, dedicato alle informazioni relative ai regolamenti tecnici, agli standard e alle procedure di valutazione di conformità.

Analogamente a quanto notato relativamente all'Accordo SPS, l'articolo 10 impone l'istituzione di punti di contatto, i quali rispondano alle domande "ragionevoli" poste dagli altri membri riguardo a standard e regolamenti tecnici o a procedure di valutazione di conformità adottati o proposti sul proprio territorio da governi centrali, locali, da enti non governativi i quali dispongono del potere giuridico di far applicare un regolamento tecnico, o da enti di standardizzazione di cui lo Stato è membro (par.1), e i quali forniscano informazioni "ragionevoli" relativamente ad organizzazioni internazionali o regionali di standardizzazione di cui il paese è membro(par.1.4).

Il paragrafo 3 richiede ai membri di adottare tutte le misure “ragionevoli” al fine di istituire punti di contatto in grado di rispondere a tutte le richieste “ragionevoli” relative a standard, regolamenti tecnici e procedure di valutazione di conformità adottati o proposti da entità non governative di standardizzazione o da organizzazioni regionali di cui lo stato sia membro.

Il paragrafo 4 impone ai membri di adottare le misure “ragionevoli” al fine di assicurare che, in caso documenti siano richiesti da parte di altri membri, essi siano forniti ad un prezzo equo e senza discriminazione fra i cittadini del membro in questione e di altri Stati.

Il paragrafo 7 stabilisce che, qualora un membro abbia raggiunto un accordo con un altro paese in questioni relative a regolamenti tecnici, a standard o a procedure di valutazione di conformità che possa avere un effetto “significativo” sul commercio, almeno uno Stato debba notificare ciò al Segretariato.

Valgono in questo caso le stesse osservazioni fatte a proposito dell'Accordo SPS.

L'articolo 3 dell'Accordo GATS impone ai membri obblighi specifici in materia di trasparenza; tuttavia, a differenza di quanto constatato relativamente agli Accordi SPS e TBT, esso contiene solo un richiamo al concetto di ragionevolezza: il paragrafo 3, infatti, stabilisce che i membri debbano informare il Consiglio per gli Scambi dei Servizi relativamente a cambiamenti riguardanti leggi e regolamenti in materia, i quali condizionino “significativamente” gli impegni specifici.

Anche in questo caso, l'analisi delle *Accountancy Disciplines* ha fornito elementi interessanti, la cui portata può esser estesa non solo all'Accordo GATS, ma anche all'Accordo TBT.

Secondo quanto affermato dalla Nota del Segretariato<sup>153</sup>, il paragrafo 5 delle *Accountancy Disciplines* stabilisce che i membri debbano informare gli altri membri, su richiesta, della *ratio* sottostante a misure nazionali di regolamentazione nel settore contabile, in relazione agli obiettivi legittimi a cui si riferisce il paragrafo 2.

Tale disposizione è importante, in quanto pare istituire un legame fra trasparenza e necessità. Per analogia, la Nota suggerisce che tale relazione sia identificabile anche all'interno dell'articolo 2.5 dell'Accordo TBT, il quale stabilisce che un membro il quale prepari, adotti o applichi un regolamento tecnico che possa avere un effetto significativo sugli scambi di un altro membro dovrà, su richiesta di un altro membro, illustrarne le giustificazioni ai sensi delle disposizioni dei paragrafi da 2 a 4<sup>154</sup>.

Analogamente, la Comunicazione della Comunità Europea, dopo aver analizzato separatamente i concetti di necessità e trasparenza all'interno dell'Accordo GATS, dedica un

---

<sup>153</sup> Article VI:4 of the GATS: *Disciplines on domestic Regulation applicable to all Services*, Note by the Secretariat, op. cit., par.31.

<sup>154</sup> *ibid.*, par.31.

paragrafo al rapporto fra i due concetti, e afferma che il carattere trasparente o meno di una misura può contribuire alla determinazione del carattere necessario della stessa, in quanto la trasparenza permette ai membri e ai fornitori di servizi di assumere tutte le informazioni rilevanti riguardo il regime normativo all'interno di un membro necessarie a valutare la necessità di una determinata misura.<sup>155</sup>

Inoltre, la Comunicazione afferma come la trasparenza in sé possa ridurre il carattere restrittivo di una misura, in quanto un regime normativo più trasparente aiuta i fornitori, aumentando la sicurezza giuridica e identificando potenziali ostacoli e i mezzi per superarli. Come conseguenza del suo carattere maggiormente trasparente, una misura può diventare meno onerosa e soddisfare il requisito di necessità<sup>156</sup>.

La Comunità suggerisce quindi che le norme relative alla necessità e alla trasparenza siano complementari e che mentre la seconda - la quale non è di per sé sufficiente ad eliminare gli ostacoli agli scambi dei servizi - contribuisce a fornire le informazioni, sarà la prima ad imporre la disciplina sostanziale<sup>157</sup>.

Essa propone quindi che le negoziazioni relative all'uno e all'altro elemento procedano parallelamente<sup>158</sup>.

La Comunicazione dell'Australia contiene alcune proposte relativamente al requisito di trasparenza, senza tuttavia stabilire un esplicito legame fra i due concetti<sup>159</sup>.

### 3. CONCLUSIONI

L'esame degli accordi emersi all'indomani dell'Uruguay Round rivela immediatamente la presenza di una complessa rete di obblighi e a mio parere l'impossibilità di una conclusione netta in merito ad un passaggio dal criterio di necessità ad uno di proporzionalità, soprattutto se ci si limita ad un esame puramente formale.

Volendo comunque trarre qualche provvisoria conclusione ritengo - in questo allineandomi alla tesi già espressa da Montini - che nell'Accordo TBT un elemento di proporzionalità effettivamente esista, ma subordinato al classico requisito di necessità<sup>160</sup>: fermo restando l'obbligo per gli Stati di adottare la misura meno restrittiva capace di perseguire l'obiettivo in

---

<sup>155</sup> *ibid.*, par.30.

<sup>156</sup> *ibid.*, par.31.

<sup>157</sup> *ibid.*, par.32.

<sup>158</sup> *ibid.*, par.33.

<sup>159</sup> *Working Party on Domestic Regulation - Communication from Australia*, op. cit., par.6.

<sup>160</sup> Vedi in questo senso M. Montini, *The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in the Trade and Environment Context*, op. cit., p.123.

questione - a cui non a caso è dedicato l'articolo 2.3 - nel valutare le alternative disponibili, essi potranno considerare il rischio di non perseguimento (articolo 2.2).

Questo dovrà articolarsi con il carattere più o meno legittimo dell'obiettivo, articolazione che a mio parere sarà chiarita perlopiù in sede giurisprudenziale, e che è strettamente legata al carattere aperto o chiuso della lista contenente gli obiettivi e al carattere indispensabile o meno attribuito a questi ultimi. Resta tuttavia da notare la presenza di condizioni riguardanti la legittimità dell'obiettivo quale uno degli elementi fondamentali del test di proporzionalità, inteso come bilanciamento fra mezzo e fine perseguito.

L'Accordo SPS sembra da un certo punto di vista presentare un panorama più complesso confronto all'Accordo TBT, se non altro in nome della più fitta rete di obblighi che esso impone agli Stati. Questo a mio parere deriva anche dalla natura della materia disciplinata: la prevenzione di malattie e rischi per la salute in generale meglio si presta a procedure di valutazione del rischio rispetto ad un regolamento tecnico.

Tuttavia, come si è visto, parte della dottrina ha sottolineato come, a fronte di un maggior numero di obblighi che sembrano gravare sugli Stati, l'Accordo si mostri più deferente dell'Accordo TBT rispetto al livello di protezione scelto dai membri. Cosa concludere rispetto all'impatto di questo elemento sulla presenza eventuale del principio di proporzionalità?

Personalmente ritengo che tale osservazione sia corretta nella misura in cui coglie quello che si è rivelato un aspetto importante della successiva giurisprudenza relativa ai due accordi ( e dell'articolo XX): gli organi giurisdizionali tendono ad assegnare maggiore autonomia agli Stati quando i valori in gioco riguardano la vita e la salute umane e animali rispetto ad altri tipi di finalità, approccio che emerge con evidenza soprattutto nelle controversie relative all'amianto e al vitello coreano. A questa maggiore libertà si associano però maggiori obblighi di rigore scientifico.

A parere di chi scrive, la questione non può essere esaurita concludendo quanto alla presenza del criterio di necessità da una parte e di proporzionalità dall'altra; come si è visto, entrambi gli Accordi presentano elementi dell'uno e dell'altro criterio e la portata delle loro disposizioni sarà chiarita perlopiù in sede giurisprudenziale. Quello che è certo, è che in entrambi i testi sia presente un elemento di proporzionalità che mitiga e ammorbidisce il classico *least trade restrictive alternative test*, strumento rivelatosi inadatto ad affrontare le complesse questioni disciplinate dai due accordi. Tale elemento sembra essere più forte nell'Accordo SPS rispetto all'Accordo TBT in ragione del carattere maggiormente "sensibile" del primo.

Per quanto riguarda l'Accordo TBT, tale problema è accentuato dall'assenza di una disposizione analoga all'articolo XX la quale possa sanare eventuali violazioni ai principi di non discriminazione. Se infatti gli articoli 2.2 e 2.1 (che impongono la non discriminazione sia interna che esterna e i requisiti di necessità rispettivamente) vengono applicati allo stesso tempo, una violazione dell'Accordo può essere stabilita sulla semplice base del carattere discriminatorio di una misura<sup>161</sup>.

L'Accordo GATS contiene come si è visto una disposizione analoga all'articolo XX e ad essa si applicano le stesse considerazioni fatte rispetto a tale articolo; importanti chiarimenti in questo senso provengono dalla giurisprudenza, come si vedrà più avanti.

Le altre disposizioni (articolo VI paragrafi 4 e 5) contengono riferimenti al principio di necessità, ma la loro portata potrà essere meglio definita sia dalle negoziazioni che dalle evoluzioni giurisprudenziali.

Tuttavia, anche in questo caso è probabile che il criterio di necessità risulti dalla composizione del *least trade restrictive alternative test* ad elementi di proporzionalità, come espresso dalle comunicazioni della Comunità Europea e dell'Australia prese in considerazione.

---

<sup>161</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.444.

### CAPITOLO 3: IL SISTEMA OMC: LA GIURISPRUDENZA

La portata e l'importanza della giurisprudenza assumono particolare significato a partire dalla creazione del passaggio da GATT a OMC.

E' infatti opportuno ricordare in questa sede come una delle principali novità emerse dall'Uruguay Round - e uno dei fondamentali tratti caratterizzanti l'Organizzazione - sia proprio la presenza di un sistema di risoluzione delle controversie particolarmente efficace e strutturato<sup>1</sup>.

In particolare, va ricordata l'istituzione dell'Organo d'Appello<sup>2</sup> il quale, fornendo un secondo grado di giudizio, ed essendo composto da giuristi di riconosciuta fama internazionale, ha avviato la formazione di una giurisprudenza di altissima qualità.

Le decisioni dell'Organo d'Appello, pur senza venire meno al principio per cui i rapporti dei panel e dell'Organo stesso non possono diminuire o accrescere i diritti o gli obblighi dei Membri<sup>3</sup>, assumono un rango particolarmente importante all'interno dell'Organizzazione, e pongono delle basi essenziali al fine del consolidarsi del "sistema OMC" inteso in senso lato.

A partire dalla creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, la giurisprudenza sembra quindi evolvere verso una concezione maggiormente flessibile del concetto di necessità, fino ad arrivare a quella che alcuni ritengono una vera e propria affermazione del principio di proporzionalità.

Il nuovo sistema di risoluzione delle controversie pare quindi fungere da alveo per un'evoluzione giurisprudenziale estremamente complessa e ricca di nuovi elementi, il cui esito è ancora oggetto di nuovi sviluppi.

#### 1. LA PRIMA FASE OMC: DA GASOLINE A HORMONES

Le controversie in questione hanno ad oggetto problemi di natura ambientale e legati alla salute del consumatore, e precisamente l'adozione di misure restrittive degli scambi la cui compatibilità con il sistema GATT-OMC viene messa in discussione. Tali problematiche costituiranno, come si vedrà, alcune fra li principali temi oggetto di attenzione da parte degli organi giurisdizionali.

---

<sup>1</sup> P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, op. cit., p.575 ss.; A. Comba, *Il Neoliberalismo internazionale*, op. cit., p.262 ss.

<sup>2</sup> M. Vellano, *L'Organo d'Appello dell'OMC*, Napoli, 2001.

<sup>3</sup> Articolo 3.2 DSU.

### 1.1 *Gasoline e Shrimps: rilassamento del test e ruolo dello chapeau*

La suddivisione adottata in questa parte è basata sul fatto che i primi due casi vengono risolti attraverso il ricorso all'articolo XX - e precisamente ai paragrafi b) e g) - ma non ancora attraverso l'utilizzo dei nuovi accordi sorti dall'Uruguay Round<sup>4</sup>. Altro fattore che accomuna le due controversie è costituito dal ruolo fondamentale svolto dall'Organo d'Appello, il quale dà avvio ad una linea interpretativa che valorizza gli elementi di "equilibrio" presenti nello *chapeau* dell'articolo XX.

#### 1.1.1 *Gasoline*

Il caso in questione è stato il primo ad essere risolto in base alla nuova Intesa sulla risoluzione delle controversie; esso ha origine dall'adozione da parte degli Stati Uniti di una nuova normativa nazionale sulla qualità dell'aria (il *Clean Air Act*) e in particolare dalla sua applicazione da parte delle autorità statunitensi.

In sostanza tale normativa, così come attuata dall'Agenzia nazionale per la Protezione dell'Ambiente (EPA: *Environmental Protection Agency*), imponeva ai produttori di benzina raffinata all'estero il rispetto di standard più severi rispetto ai produttori nazionali, in violazione degli articoli I e III dell'Accordo Generale e con l'articolo 2 dell'Accordo TBT<sup>5</sup>.

Il panel ha dapprima ritenuto la misura illegittima ai sensi di quest'ultimo articolo, ed è passato a verificare la possibilità di giustificazione secondo l'articolo XX b); a questo fine esso ha proposto un'analisi in tre parti, in base alla quale:

- la politica su cui la misura è fondata deve ricadere fra quelle preposte alla protezione della vita e della salute umana, animale e vegetale
- le misure devono essere necessarie per realizzare l'obiettivo di politica ambientale in questione

---

<sup>4</sup> In particolare, nel caso *Gasoline*, (*United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/DS4/AB/R del 22 aprile 1996, p.11) l'Organo d'Appello ha dichiarato che, anche nel caso in cui esso avesse rifiutato le conclusioni del panel riguardo l'articolo XX g), non avrebbe considerato le argomentazioni di Brasile e Venezuela in base all'Accordo TBT. Tale approccio è stato giustificato sulla base dell'idea che le questioni oggetto di appello da parte degli Stati Uniti – vale a dire le conclusioni del panel riguardo all'articolo XX g) - avrebbero potuto essere risolte senza considerare il problema dell'applicabilità dell'Accordo TBT. Tale idea prende le mosse dal principio dell'economia di giudizio in base alla quale, qualora un panel ritenga una misura incompatibile con una norma GATT, esso non è tenuto ad esaminarne l'incompatibilità anche con altre norme. S. Cho critica tale approccio sulla base del fatto che l'attuale sistema – a differenza di quanto accadeva nel GATT – è finalizzato non tanto a "comporre" la controversia, quanto a chiarire diritti ed obblighi dei membri. Inoltre, in base alla Nota Interpretativa Generale all'Allegato 1, in caso di conflitto fra una disposizione del GATT e una degli Accordi Multilaterali, quest'ultima prevale. Di conseguenza, se la questione del rapporto fra il GATT 1994 e altri accordi è inevitabilmente connessa agli argomenti presentati dalle parti, l'Organo d'Appello dovrebbe chiarire quale delle disposizioni in questione prevalga. (S. Cho, *Case Note in S. Cho, J.H.H. Weiler, International and Regional Trade Law: The Law of the World Trade Organization*, Unit III: General Exceptions, p.45-47).

<sup>5</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Panel Report, WT/DS2/DS4/R del 29 gennaio 1996, par.3.1.



- esse devono essere conformi ai requisiti dettati dallo *chapeau*<sup>6</sup>.

Nella sua analisi del concetto di necessità, il panel ha seguito la linea interpretativa tradizionale, sostenendo che si debba considerare la necessità non tanto dell'obiettivo di politica ambientale perseguito, quanto del trattamento meno favorevole riservato ai raffinatori stranieri<sup>7</sup>. Esso ha applicato il *least restrictive alternative test*<sup>8</sup>, concludendo quanto all'incompatibilità della misura statunitense con il sistema GATT/OMC, in quanto esistevano misure meno restrittive in grado di perseguire lo stesso obiettivo<sup>9</sup>. Considerato che la misura non ha superato il test di necessità contenuto nel secondo dei punti richiamati dal panel, quest'ultimo non ha applicato le condizioni previste dallo *chapeau*<sup>10</sup>.

In seguito, esso ha preso in considerazione la possibilità di una giustificazione in base ai paragrafi XX d) e g), concludendo che la misura non ne soddisfacesse i requisiti.

Infatti secondo il panel la misura in questione non ricadeva sotto il paragrafo d) in quanto non costituiva un meccanismo di applicazione di una legge non incompatibile con il sistema, ma si trattava semplicemente di linee guida per stabilire i livelli base di sostanze inquinanti<sup>11</sup>.

Per quanto concerne il paragrafo g), il panel ha affermato che la misura, per essere considerata "relativa" alla conservazione di una risorsa naturale esauribile, dovesse essere "primariamente finalizzata" a tale scopo, e ha concluso che quella in questione non rispettasse tale condizione<sup>12</sup>.

La misura statunitense è stata quindi considerata in violazione dell'articolo III paragrafo 4 GATT e non giustificabile sulla base dell'articolo XX<sup>13</sup>.

Nella fase di appello, il ragionamento del panel è stato contraddetto sotto molteplici aspetti. l'Organo di Appello ha infatti ritenuto che esso avesse errato nel ritenere che la misura non potesse ricadere nell'ambito del paragrafo g), e ha proceduto ad un'analisi della compatibilità della misura con il paragrafo prima e con lo *chapeau* poi.

L'Organo d'Appello ha inoltre fornito in questa sede numerosi e rilevanti chiarimenti giurisprudenziali riguardanti il paragrafo in questione, sui quali non è tuttavia possibile soffermarsi in questa sede<sup>14</sup>.

---

<sup>6</sup> *ibid.*, par.6.20.

<sup>7</sup> *ibid.*, par.6.22.

<sup>8</sup> *ibid.*, par.6.24 .

<sup>9</sup> *ibid.*, par.6.28.

<sup>10</sup> *ibid.*, par.6.29.

<sup>11</sup> *ibid.*, par. 6.33.

<sup>12</sup> *ibid.*, par.6.35; in base all'analisi del panel, la misura in questione avrebbe dovuto rispettare i seguenti requisiti : 1) essere adottata in base ad una politica di conservazione delle risorse naturali esauribili 2) essere relativa alla conservazione di tali risorse 3) essere resa effettiva in parallelo con restrizioni alla produzione e al consumo nazionale 4) essere conforme ai requisiti dettati dallo *chapeau*.

<sup>13</sup> *Gasoline*, Panel Report, par.8.1.

Ciò che conta ai fini della nostra analisi è innanzitutto il fatto che, in questa occasione, l'Organo d'Appello abbia esplicitato quella che esso ritiene essere la corretta applicazione dell'articolo XX: gli organi giudicanti devono in primo luogo ricercare una giustificazione "provvisoria" della misura - ovvero vedere se essa rientra *ratione materiae* fra quelle contemplate dai vari paragrafi - e in secondo luogo considerare i requisiti dettati dallo *chapeau*, il quale svolgerà appunto la funzione di intercettare eventuali abusi delle eccezioni stesse. Tale metodologia costituirà una costante della giurisprudenza successiva<sup>15</sup>.

L'Organo d'Appello ha poi precisato come lo *chapeau* sia incentrato non tanto sulla misura in sé, quanto sulla maniera in cui esso è applicato, e che il fine ultimo di questa disposizione risieda nella prevenzione degli *abusi* delle eccezioni, che possono essere compiuti da chi le invoca<sup>16</sup>.

In altre parole, lo *chapeau* è fondato sull'idea che, se da una parte i membri hanno il diritto di avvalersi delle eccezioni, dall'altra queste ultime non possono essere utilizzate al fine di frustrare gli obblighi che derivano alle altre parti dall'Accordo Generale. Ciò implica che le eccezioni debbano essere utilizzate "ragionevolmente" e con la dovuta considerazione sia dei doveri della parte che invoca l'eccezione sia dei diritti della controparte<sup>17</sup>.

Esso ha inoltre fornito alcune importanti precisazioni a proposito del rapporto fra l'articolo XX e le altre disposizioni dell'Accordo Generale, affermando come il rapporto fra gli obblighi positivi stabiliti dagli articoli I, III e XI e le politiche contenute all'interno dell'articolo XX assumono significato solo sulla base di un'analisi "caso per caso" da parte dell'interprete, prendendo in considerazione tutti gli elementi di fatto e di diritto delle circostanze in questione<sup>18</sup>.

Alla luce di questa analisi, esso ha comunque confermato le conclusioni del panel, affermando che la misura statunitense non potesse trovare giustificazione in base all'articolo XX, in quanto esempio di discriminazione ingiustificata e restrizione dissimulata agli scambi<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> In particolare, l'Organo d'Appello ha precisato l'interpretazione dell'espressione "resa effettiva in parallelo con restrizioni alla produzione o al consumo domestici" (*Gasoline*, Appellate Body Report, p.19) e l'idea dell'aria in quanto risorsa naturale esauribile.

Esso ha poi stabilito che i tre termini contenuti nel paragrafo introduttivo - restrizione dissimulata e giustificazione arbitraria o ingiustificabile - debbano esser letti gli uni accanto agli altri e che essi si conferiscano significato a vicenda (p.25).

<sup>15</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.21; le stesse considerazioni verranno ribadite nel caso relativo ai gamberetti (*Shrimps*, Appellate Body Report, par.116).

<sup>16</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.21-22.

<sup>17</sup> *ibid.*, p.22.

<sup>18</sup> *ibid.*, p.18; vedi J. Waincymer, *Reformulated Gasoline under Reformulated WTO Dispute Settlement Procedures: Pulling Pandora Out of a Chapeau?* in *MJIL*, 1996, p.169.

<sup>19</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.28.

In un *obiter dictum* l'Organo d'Appello ha poi preso in considerazione il paragrafo b) dell'articolo XX e ha in sostanza aderito all'interpretazione tradizionale del criterio di necessità, lasciando tuttavia intendere di non aderire alla posizione del panel secondo il quale tale criterio si applicherebbe anche al paragrafo g)<sup>20</sup>.

L'interesse di questo caso ai fini della nostra analisi risiede nel fatto che alcuni autori abbiano visto in alcune delle affermazioni dell'Organo di Appello veri e propri riferimenti all'idea di proporzionalità.

In primo luogo, secondo Hilf e Puth, l'affermazione dell'Organo d'Appello secondo cui i vari paragrafi dell'articolo XX implicano diversi gradi di connessione fra la misura e l'obiettivo perseguito<sup>21</sup> delinea un rapporto del tipo mezzo-fine, ed ha lo scopo di specificare come tale rapporto vari a seconda dei termini impiegati: tale relazione potrebbe quindi comprendere sia la necessità (paragrafo b) sia la proporzionalità (paragrafo g)<sup>22</sup>.

I due autori ritengono inoltre che il passaggio relativo al rapporto fra gli obblighi positivi stabiliti dagli articoli I, III e XI e le eccezioni generali possa costituire un'indicazione che i diritti degli altri membri debbano essere presi in considerazione e "soppesati" con gli obiettivi legittimi citati dall'articolo XX; anche quest'idea presupporrebbe l'utilizzo di un criterio di proporzionalità che permetta di bilanciare i due ordini i primi ed i secondi<sup>23</sup>.

Tuttavia, è soprattutto la parte relativa allo scopo generale dello *chapeau* - in quanto finalizzato alla prevenzione degli abusi delle eccezioni e alla ragionevolezza con cui la misura deve essere applicata - che conduce i due autori alla conclusione che siano qui presenti elementi di proporzionalità.

L'Organo d'Appello esamina infatti gli effetti concreti dell'applicazione della misura sui diritti degli altri membri e stabilisce che tale misura debba innanzitutto essere ragionevole<sup>24</sup>; è proprio per questo che l'esatta portata terminologica dei tre termini contenuti nello *chapeau* (restrizione dissimulata, discriminazione arbitraria e ingiustificata) sembra passare in secondo piano, con la conseguenza che i termini possono essere letti "gli uni accanto agli altri"<sup>25</sup>. Nella

---

<sup>20</sup> *ibid.*, p.21.

<sup>21</sup> *ibid.*, p.17; vedi parte iniziale sul paragrafo g) p.4.

<sup>22</sup> M. Hilf, S. Puth, *The Principle of Proportionality on its Way into GATT/WTO law*, in A. Bogdandy, P.C. Mavroidis, Y. Meny, *European Integration and International Coordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Elhermann*, The Hague, 2002, p.212.

<sup>23</sup> *ibid.*

<sup>24</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.22.

<sup>25</sup> *ibid.*, p.24.

pratica, quindi, la valutazione della ragionevolezza implica il bilanciamento di interessi divergenti, il che costituisce, secondo Hilf e Puth, “l’idea di base della proporzionalità”<sup>26</sup>.

Altri autori hanno mantenuto posizioni più prudenti, limitandosi ad osservare come questo caso costituisca un importante progresso giurisprudenziale, in quanto l’Organo d’Appello ha rinvenuto nell’articolo XX un “meccanismo interno” in grado di evitare gli abusi da parte dei membri e proteggere l’integrità del sistema multilaterale senza giungere alle “manipolazioni” emerse dal panel *Tuna-Dolphin* nel quale, secondo tale dottrina, si è cercato di perseguire la stessa finalità attraverso distinzioni (quelle relative alla portata extraterritoriale delle misure) che mancavano di qualsiasi fondamento testuale, e che hanno comportato l’eliminazione di un’intera categoria di misure da quelle giustificabili in base all’articolo XX<sup>27</sup>.

In questo senso, Neumann e Türk escludono senza dubbio l’utilizzo di un criterio di proporzionalità, in quanto ritengono che le richieste fatte dagli organi giudicanti agli Stati Uniti siano ragionevolmente attendibili e che non implicino un bilanciamento dei due interessi – il libero commercio rispetto alla qualità dell’aria – oltre al fatto che è lo stesso Organo d’Appello a chiarire la propria posizione attraverso il richiamo alla teoria dell’*abus de droit*<sup>28</sup>.

Un’altra parte della dottrina ha sollevato la questione se in questo caso lo *chapeau*, invece che incorporare alcuni elementi di proporzionalità, abbia finito per replicare il test di necessità<sup>29</sup>

L’Organo d’Appello infatti, nella sua analisi dei tre requisiti richiesti dal paragrafo introduttivo, fornisce due esempi di misure che gli Stati Uniti avrebbero potuto adottare senza violarne il contenuto<sup>30</sup>; questo potrebbe suggerire l’idea del ricorso al *least trade restrictive alternative test*, in quanto si fa riferimento a misure meno restrittive in grado di perseguire lo stesso obiettivo. Esso sarebbe quindi stato influenzato da questo test nell’interpretare il paragrafo introduttivo dell’articolo XX, in quanto l’analisi della misura in questione avrebbe potuto essere condotta sulla base dei tre requisiti in esso contenuti, senza interrogarsi in merito all’esistenza di misure alternative.

---

<sup>26</sup> M. Hilf, S. Puth, *The Principle of Proportionality on its Way into GATT/WTO Law*, op. cit., p.213.

<sup>27</sup> J. Trebilcock, R. Howse, *The Regulation of International Trade*, op. cit., p.416.

<sup>28</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.229.

<sup>29</sup> Cfr. S. Cho, (*Case Note*, op. cit., p.5) secondo il quale l’Organo di Appello avrebbe sostituito i tre termini dello *chapeau* con il criterio di la necessità o di ragionevolezza; in questo senso vedi anche R. Behboodi, *Legal Reasoning and the International Law of Trade in JWT*, 1998, p.75; J. Waincymer, *Reformulated Gasoline under Reformulated WTO Dispute Settlement Procedures: Pulling Pandora Out of a Chapeau*, op. cit., p.174.

In senso contrario vedi A.E. Appleton, *GATT Article XX’s Chapeau: A Disguised “Necessary Test”? The WTO Appellate Body’s Ruling in United States – Standards for Conventional and Reformulated Gasoline in RECIEL*, 1997, la cui analisi è riportata di seguito.

<sup>30</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.25.

In particolare, nel citare il secondo degli esempi di misure compatibili con l'articolo XX, l'Organo d'Appello ha citato il rapporto del panel là dove esso trae conclusioni sulla base dell'articolo XX b)<sup>31</sup> - il che supporta l'idea di una trasposizione del test di necessità all'interno dello *chapeau*.

Tuttavia tale idea è stata confutata sulla base di tre elementi<sup>32</sup>.

In primo luogo, i due test sono diversi, nel senso che il *least trade restrictive alternative test* ha ad oggetto misure compatibili col sistema GATT-OMC e, solo se queste ultime non sono disponibili, misure non compatibili. Al contrario, l'Organo d'Appello sostiene chiaramente che lo *chapeau* riguarda per definizione misure *prima facie* non compatibili, ed abbia lo scopo di cercare alternative che evitino o riducano la discriminazione.

Esso lascia intendere che non esiste alcun obbligo di evitare qualsivoglia discriminazione, ma solo quello di evitare misure che costituiscano una discriminazione arbitraria o ingiustificata o una restrizione dissimulata al commercio – anche se una misura discriminatoria sarà naturalmente più difficile da giustificare.

In secondo luogo, l'Organo d'Appello ha dichiarato di interpretare lo *chapeau* conformemente all'articolo 31(I) della Convenzione di Vienna e un'interpretazione di questa disposizione secondo il test di necessità non avrebbe corrisposto a questa impostazione, in quanto avrebbe privato i tre termini fondamentali del loro significato ordinario, rendendo altresì ridondante il requisito di necessità contenuto nel paragrafi.

Infine, il fatto che l'Organo d'Appello abbia citato le conclusioni del panel relative al paragrafo b) può essere ricondotto al fatto che esso, una volta ammesso che la misura rientrasse all'interno del paragrafo g), stesse utilizzando gli elementi fattuali esaminati dal panel, al fine di valutare la conformità di tale misura in base allo *chapeau*.

In questa prospettiva va ad esempio osservata l'affermazione secondo la quale gli Stati Uniti avrebbero potuto dare avvio ad accordi di cooperazione internazionale<sup>33</sup>.

L'Organo d'Appello non avrebbe infatti inteso introdurre un test di necessità all'interno dello *chapeau*, sulla base del fatto che una misura non sarebbe necessaria se non sono stati intrapresi sforzi negoziali al fine di identificarne una meno restrittiva; piuttosto esso avrebbe considerato gli sforzi negoziali intrapresi dagli Stati Uniti al fine di verificare il carattere

---

<sup>31</sup> In questa parte si afferma infatti che il panel non ha potuto concludere che gli Stati Uniti avessero dimostrato che lo scopo non potesse essere perseguito da altre misure ragionevolmente disponibili e compatibili o meno incompatibili con l'Accordo Generale. Secondo questa prospettiva, gli Stati Uniti avrebbero ragionevolmente avuto a disposizione altri metodi compatibili o meno incompatibili con l'articolo III:4 (*Gasoline*, Appellate Body Report, p.27-28).

<sup>32</sup> A.E. Appleton, *GATT Article XX's Chapeau: A Disguised "Necessary Test"? The WTO Appellate Body's Ruling in United States – Standards for Conventional and Reformulated Gasoline*, op. cit., p.134-135.

<sup>33</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.31.

discriminatorio della misura, il quale costituisce uno dei tre requisiti dello paragrafo introduttivo.

In altre parole, esso ha ritenuto che il carattere unilaterale della misura costituisca un indizio del suo carattere discriminatorio.

Più specificamente, l'analisi dell'esistenza di misure alternative sarebbe stata finalizzata ad identificare le omissioni presenti nel *processo* che ha portato all'adozione della norma in questione, in quanto in esso risiederebbero in realtà i due principali aspetti di incompatibilità con l'OMC: la mancanza di uno sforzo negoziale e la non presa in conto dei costi che il sistema avrebbe implicato per i raffinatori stranieri. Sono infatti tali aspetti che, nell'opinione dell'Organo d'Appello, originano il carattere discriminatorio della misura<sup>34</sup>.

Neumann e Türk aderiscono a questa linea, sottolineando che l'Organo d'Appello, portando ad esempio due comportamenti che gli Stati Uniti avrebbero potuto tenere - e che sarebbero stati preferibili alla condotta effettivamente adottata - dimostra la propria disponibilità ad accettare non solo misure non discriminatorie, ma anche misure meno discriminatorie, il che esclude l'applicazione di un test di necessità in senso stretto. Lo stesso Organo d'Appello afferma nel rapporto che introdurre tale test nello *chapeau* violerebbe il principio di *effective interpretation* e renderebbe inutile la presenza del criterio di necessità all'interno dei paragrafi<sup>35</sup>.

Tuttavia, è da notare come il fatto che la discriminazione sia ritenuta violare lo *chapeau* in quanto non necessaria testimonia che il criterio di necessità può contribuire all'applicazione dei criteri contenuti nel paragrafo introduttivo dell'articolo XX<sup>36</sup>. Più precisamente, parte della dottrina ritiene che lo *chapeau* possa svolgere la funzione di "armonizzare" i vari gradi di connessione che legano, all'interno dell'articolo XX, la misura allo scopo perseguito. Mentre nel caso dei paragrafi b) e d) - che impongono un legame di necessità - esso verificherebbe il processo che ha portato all'adozione della misura, nel caso del paragrafo g) esso potrebbe essere usato altresì come una sorta di criterio di necessità<sup>37</sup>.

Tali osservazioni permettono quindi di concludere quanto all'assenza di un test di necessità all'interno dello *chapeau*; tale questione non trova tuttavia in questa sede una soluzione

---

<sup>34</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.217; secondo l'autore, infatti, ci si può ragionevolmente aspettare che all'Organo d'Appello sarebbe bastato che gli Stati Uniti, anche senza risultati positivi, intraprendessero sforzi negoziali e considerassero i costi dei raffinatori stranieri; in questo caso essi, pur dovendo probabilmente fornire una spiegazione dei motivi del mancato raggiungimento di una soluzione migliore, avrebbero soddisfatto l'onere della prova dello *chapeau* (p.218).

<sup>35</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, par.17.

<sup>36</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.228.

<sup>37</sup> *ibid.*, p.234.

definitiva e sarà infatti risolta nell'ambito della controversia *Shrimp-Turtle*<sup>38</sup>.

Al di là dell'interrogativo specifico in merito alla presenza di elementi di proporzionalità o di necessità all'interno del ragionamento dell'Organo d'Appello, Cameron e Campbell assumono una posizione più sfumata, e fanno notare come l'approccio dell'Organo d'Appello "ampli e riduca allo stesso tempo" l'applicazione dell'articolo XX<sup>39</sup>. Infatti se da una parte l'importanza delle eccezioni a tutela dell'ambiente è stata valorizzata – ad esempio attraverso un'interpretazione più flessibile dell'espressione "relativo a"<sup>40</sup> – dall'altra l'approccio dell'Organo d'Appello rende l'applicazione dello *chapeau* assai severa.

Alcuni autori hanno infine letto nelle parole dell'Organo d'Appello un'ambivalenza di fondo, la quale è indicativa della sua propensione per un approccio flessibile, il quale lasci aperte diverse possibilità interpretative<sup>41</sup>. L'interprete avrà quindi a propria disposizione un'ampia gamma di strumenti al fine di perseguire lo scopo dello *chapeau*, a seconda delle caratteristiche della singola controversia. Tale affermazione trova conferma nella caso *Shrimp-Turtle*, nella quale i principi elaborati nel caso *Gasoline* trovano applicazione, ma vengono declinati in base alle circostanze del caso di specie.

### 1.1.2 *Shrimps*

La controversia relativa alle tartarughe e ai gamberetti riveste una notevole importanza ai fini della nostra analisi in quanto, in questa occasione, l'Organo d'Appello ha ripreso ed approfondito alcune delle osservazioni fatte nel corso di *Gasoline* proposito dell'articolo XX e dello *chapeau*.

In particolare, buona parte della dottrina ritiene che esso abbia posto le premesse per un approccio maggiormente favorevole alla tutela ambientale da parte dell'Organizzazione.

La controversia (meglio conosciuta come *Shrimp-Turtle*) ha origine da un regolamento del 1987 attuativo di una legge nazionale americana, l'*Endangered Species Act*, che richiedeva ai

---

<sup>38</sup> Tale problema è emerso altresì nel caso *Bovine Hides*, nel quale il panel ha fornito un'interpretazione del termine «necessario» contenuto nel paragrafo d) dell'articolo XX simile a quella dell'espressione «relativo a» contenuta nel paragrafo g) ma ha poi affermato che le misure sotto accusa fossero evitabili e costituissero una discriminazione ingiustificabile, in quanto esistevano misure alternative ugualmente efficaci (*Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, Report of the Panel, par.11.325-11.329); vedi F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.139-140.

<sup>39</sup> J. Cameron e K. Campbell, *Challenging the boundaries of the DSU through the trade and environmental disputes in Dispute resolution in the World Trade Organisation*, Londra, 1998, p.211.

<sup>40</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.19-22.

<sup>41</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, p.218.

pescatori di gamberetti operanti nel Golfo del Messico di utilizzare speciali dispositivi di esclusione delle tartarughe, oppure di accettare restrizioni nella propria attività di pesca<sup>42</sup>.

Il panel investito della controversia ha dapprima stabilito che la misura in questione costituisse una violazione dell'articolo XI, e non potesse essere giustificata ai sensi dell'articolo XX, in quanto non compatibile coi requisiti dettati dallo *chapeau*<sup>43</sup>. Nel fare ciò, esso ha tuttavia ignorato la metodologia di applicazione dell'articolo XX prescritta dall'Organo di Appello nel caso della benzina americana, e ha applicato le condizioni dello *chapeau* senza prima valutare se la misura in questione ricadesse all'interno di uno dei paragrafi<sup>44</sup>.

L'Organo d'Appello, se da una parte è giunto a considerare la misura in questione incompatibile con il sistema OMC, dall'altra ha profondamente modificato il ragionamento del panel.

Oltre a sottolineare come le indicazioni metodologiche relative all'articolo XX fornite in occasione del caso *Gasoline* fossero state ignorate<sup>45</sup>, l'Organo d'Appello ha rimproverato al panel di non essersi conformato alle regole di interpretazione dei trattati di diritto internazionale pubblico, così come codificate dalla Convenzione di Vienna del 1969<sup>46</sup>. Così facendo, il panel non ha esaminato lo *chapeau* seguendo il senso ordinario dei termini, ed anzi vi ha incluso un requisito – il fatto che la misura non debba costituire un rischio per il sistema commerciale<sup>47</sup> – che non trova alcun fondamento nel testo<sup>48</sup>.

Riprendendo il proprio rapporto emanato in occasione del caso relativo alla benzina americana, l'Organo d'Appello ha ricordato lo *chapeau* si riferisca non alla misura in sé, ma

---

<sup>42</sup> *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Panel Report, WT/DS58/R del 15 maggio 1998, par.2.4 -2.11. Nel 1989 il Congresso ha adottato una nuova normativa - la Sezione 609 - che invitava il Segretario di Stato ad avviare negoziazioni in materia per giungere alla conclusione di accordi bilaterali o multilaterali, e allo stesso tempo imponeva un divieto di importazione negli Stati Uniti dei gamberetti pescati con sistemi suscettibili di minacciare la sopravvivenza delle tartarughe (par.2.7). Tale divieto, inizialmente applicabile solo ai paesi dell'Atlantico occidentale e ai paesi dell'area Caraibica, è stato in seguito esteso a tutti i paesi del mondo (par.2.11).

<sup>43</sup> *ibid.*, par.7.49.

<sup>44</sup> Più specificamente l'Organo d'Appello (*Shrimps*, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R del 12 ottobre 1998, par.116) non ha approvato l'approccio del panel il quale, nel valutare la conformità della misura col paragrafo introduttivo dell'articolo XX, ha adottato una nuova linea interpretativa, in base alla quale una misura non dovesse essere di natura tale da "costituire un rischio per il sistema del commercio internazionale" (*Shrimps*, Panel Report, par.7.44 – 7.45).

<sup>45</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.117.

<sup>46</sup> *ibid.*, par.114.

<sup>47</sup> *Shrimps*, Panel Report, par.7.60; *Shrimps*, Appellate Body Report, par.115. Di tale concetto è stato più specificamente criticato che la misura possa anche solo ipoteticamente costituire tale rischio nel caso essa venisse applicata cumulativamente vedi R. Howse, *The Turtles panel – Another Environmental Disaster in Geneva*, in JWTL, 1998, p.78.

<sup>48</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.121.



alla sua applicazione concreta, criticando il panel per essersi concentrato sulla misura (o meglio su una categoria di misure) e sul suo effetto sul commercio internazionale<sup>49</sup>.

L'interpretazione del panel finiva infatti per creare una categoria di misure a priori escluse da qualsiasi possibilità di giustificazione in base all'articolo XX<sup>50</sup> (analogamente a quanto accaduto con le misure a carattere extraterritoriale nell'ambito del caso *Tuna-Dolphin*); questa interpretazione ignora fra le altre cose che la ratio dell'articolo XX consiste proprio nel giustificare misure che normalmente costituiscono una restrizione al commercio<sup>51</sup>. L'interprete, nell'applicare le eccezioni generali, deve piuttosto condurre un'analisi caso per caso finalizzata a stabilire se, pur costituendo un ostacolo al commercio, la misura possa essere accettata<sup>52</sup>. E' importante notare come tali considerazioni richiamino quanto già affermato dall'Organo d'Appello in *Gasoline*<sup>53</sup>.

Da un punto di vista più strettamente giuridico, il panel ha errato nel considerare quale contesto di riferimento dello *chapeau* l'oggetto e lo scopo dell'intero sistema GATT/OMC, quando tale analisi avrebbe dovuto essere circoscritta all'oggetto e allo scopo dell'articolo XX; come si è visto in precedenza, l'oggetto e lo scopo dello *chapeau* è costituito dalla prevenzione dell'abuso delle eccezioni<sup>54</sup>.

In seguito l'Organo d'Appello ha esaminato – fornendo una risposta positiva - la compatibilità della misura con il paragrafo g), e ha concluso che la misura non appariva “sproporzionata rispetto allo scopo e alla sua ampiezza in relazione all'obiettivo di politica ambientale”; essa veniva quindi considerata come “ragionevole” rispetto ai fini, e poteva essere provvisoriamente giustificata in base al paragrafo g)<sup>55</sup>.

A questo punto l'Organo d'Appello è passato all'analisi dello *chapeau*, e ha ridefinito con maggiore precisione rispetto al caso *Gasoline* - nel quale i tre termini erano stati letti uno accanto all'altro - i concetti di discriminazione arbitraria e ingiustificata e di restrizione dissimulata al commercio<sup>56</sup>.

Esso ha inoltre precisato come il paragrafo introduttivo sia espressione del principio di buona fede, il cui scopo consiste nel controllo dell'esercizio dei diritti da parte dei rispettivi titolari. Un'applicazione di tale principio di buona fede è costituita dal divieto dell' *abus de droit*, il quale implica la proibizione l'utilizzo abusivo di un diritto da parte dello Stato e implica che,

---

<sup>49</sup> *ibid.*, par.116.

<sup>50</sup> *ibid.*, par.121.

<sup>51</sup> *ibid.*

<sup>52</sup> *ibid.*, par.120.

<sup>53</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.20.

<sup>54</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.116.

<sup>55</sup> *ibid.*, par.141.

<sup>56</sup> *ibid.*, par.161-184.

qualora l'affermazione di un diritto vada ad incidere su un settore coperto da un obbligo convenzionale, essa deve essere esercitata in buona fede, vale a dire ragionevolmente<sup>57</sup>.

L'Organo d'Appello ha poi proseguito precisando che:

*“the task of interpreting and applying the chapeau is, hence, essentially the delicate one of locating and marking out a line of equilibrium between the right of a member to invoke an exception under article XX and the rights of the other members under varying substantive provisions [...] The location of the line of equilibrium [...] is not fixed and unchanging; the line moves as the kind and the shape of the measures at stake vary and as the facts making up specific cases differ”*<sup>58</sup>.

In base a tale approccio, l'analisi delle conformità della misura con lo *chapeau* consisterà quindi nell'esaminare se l'applicazione di tale misura costituisca un abuso o un uso non corretto della giustificazione provvisoria sulla base dell'articolo g).

L'Organo di Appello ha rilevato vari elementi di illegittimità<sup>59</sup> in questo senso ed ha quindi concluso quanto alla non compatibilità della misura statunitense con lo *chapeau*<sup>60</sup>.

Le affermazioni contenute all'interno del rapporto dell'Organo di Appello hanno dato origine a diverse osservazioni in dottrina in merito all'utilizzo dei criteri di necessità e proporzionalità.

A livello generale, è innanzitutto interessante notare come i primi passi della giurisprudenza in questo senso avvengano a partire dal paragrafo g), il cui testo non contiene il criterio di necessità; da un altro punto di vista, forse proprio la maggiore flessibilità dell'espressione “relativo a” ha permesso uno sviluppo in questo senso.

Montini ritiene che la decisione dell'Organo di Appello abbia costituito un tentativo di razionalizzare la giurisprudenza GATT/OMC relativa all'articolo XX, e che essa permetta di tracciare un quadro di sintesi dell'interpretazione e applicazione del criterio di necessità<sup>61</sup>.

In particolare, è rilevante l'affermazione dell'Organo d'Appello secondo la quale una misura, per soddisfare i requisiti dell'articolo XX b), deve essere “ragionevole” rispetto ai propri fini e “non sproporzionata”, in quanto esso pare abbandonare il *least trade restrictive alternative*

---

<sup>57</sup> *ibid.*, par. 158.

<sup>58</sup> *ibid.*, par. 159.

<sup>59</sup> In particolare l'Organo d'Appello ha sottolineato come la misura in questione obbligasse tutti gli stati esportatori ad adottare le stesse misure di politica ambientale applicate dagli Stati Uniti, senza valutare la possibilità che misure diverse potessero tuttavia permettere il raggiungimento del medesimo risultato (*ibid.*, par. 161). Nel dettaglio vedi M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, op. cit., p. 298-299.

<sup>60</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par. 184.

<sup>61</sup> M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, op. cit., p. 300-301.

*test* a favore dei concetti di ragionevolezza e di proporzionalità intesa in senso “interno”, vale a dire con riferimento ai fini della misura e non all’imperativo del *libero commercio* in generale<sup>62</sup>.

Tale posizione è condivisa da una certa parte della dottrina: secondo Hilf e Puth ad esempio si possono leggere nel passaggio relativo all’articolo g) citato in precedenza “tutti gli elementi costitutivi della proporzionalità”<sup>63</sup>. Essi si citano in questo senso il fatto che la relazione fra la misura e l’obiettivo debba essere sia “stretta e reale” – espressione che richiama i requisiti di efficacia e di adeguatezza che, come si vedrà, costituiscono parte del test di proporzionalità quale è applicato nell’ambito dell’Unione - sia ragionevole<sup>64</sup>.

L’Organo d’Appello ha fornito un’interpretazione del termine “relativo a” incentrata sulla struttura generale e sulla concezione della misura, al fine di analizzare la presenza di una relazione genuina fra la quest’ultima e l’obiettivo perseguito. Tale test implica un rifiuto dell’interpretazione fornita nel caso *Tuna-Dolphin* e la sostituisce con un “*design test*” più flessibile<sup>65</sup>.

Per quanto concerne lo *chapeau*, essi sottolineano gli elementi di buona fede e ragionevolezza richiamati dal panel<sup>66</sup>.

Partendo dagli stessi presupposti, Manzini sostiene che l’approccio dell’Organo d’Appello persegua il fine di eliminare il rischio che la relazione fra la protezione dell’ambiente e il commercio internazionale sia sbilanciata a favore del primo elemento. Le condizioni dello *chapeau*, infatti, escluderebbero che una misura la quale sia solo astrattamente legata alla protezione ambientale possa essere inclusa fra le eccezioni compatibili con il sistema. La verifica verterà quindi sul fatto che la misura sia concretamente finalizzata alla protezione

---

<sup>62</sup> *ibid.*, p.302.

<sup>63</sup> M. Hilf, S. Puth, *The Principle of Proportionality on its Way into GATT/WTO Law*, op. cit., p.214.

<sup>64</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.141; in questo senso vedi anche J. Scott, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO* in J.H.H.Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford, 2000, p.141.

<sup>65</sup> T.J. Shoenbaum, *The Decision in the Shrimp-Turtle Case*, in *YIEL*, 1998, p.37.

<sup>66</sup> M. Hilf, S. Puth, *The Principle of Proportionality on its Way into GATT/WTO Law*, op. cit., p.214 ; nello stesso senso vedi A.E. Appleton, (*Shrimp/Turtle: Untangling the Nets*, *JIEL* 1999, p.492), secondo il quale è difficile immaginare come si possano bilanciare interessi senza una forma di proporzionalità, la quale potrebbe servire come strumento contro l’unilateralismo. Per quanto concerne la relazione fra il principio di buona fede e quello di proporzionalità Cannizzaro fa notare come il primo sia imperniato su aspetti psicologici e tenda ad individuare una preordinazione fra misure e scopo, configurandosi come controllo “esterno” all’azione. Al contrario, il controllo di proporzionalità è di tipo obiettivo e a carattere “interno”, in quanto incentrato su rapporto fra funzione e misura (E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, op. cit., p.445). Infine H.E. Zeidler (“*Good Faith*” in *the WTO Jurisprudence*, op. cit., p.735) richiama il passaggio citato a proposito dell’uso del principio di buona fede da parte degli organi giudiziari dell’OMC, sottolineando come tuttavia in questo caso l’Organo d’Appello non abbia esplicitamente collegato la propria idea ad alcun termine specifico dello *chapeau*. L’autrice sottolinea inoltre l’uso del principio di *abus de droit* non solo nel rapporto dell’Organo d’Appello, ma anche all’interno del rapporto del panel relativo al ricorso all’articolo 21.5 da parte della Malaysia (*United States – Import Prohibitions of Certain Shrimps and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 by Malaysia*, WT/DS58/RW, 15 giugno 2001).

dell'ambiente, sia proporzionale e non sia oggetto di utilizzo abusivo. Nell'ambito di questa analisi, il *least trade restrictive alternative test* può venire in rilievo, nel senso che una misura che sia inutilmente o eccessivamente restrittiva può essere considerata abusiva o illegittima.

Manzini avvicina l'approccio seguito dall'Organo d'Appello in questo caso a quello seguito dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea nel caso *Danish Bottles*, nel quale il principio di proporzionalità ha trovato chiara affermazione<sup>67</sup>.

Analogamente, Trachtman<sup>68</sup> parla di "*balancing test*", il quale include un'analisi del rapporto fra mezzo e fine; in base a quest'analisi, la misura statunitense viene ritenuta eccessiva, in quanto il mezzo – la richiesta nei confronti degli altri Membri di adottare la stessa politica di protezione dell'ambiente seguita dagli Stati Uniti – sarebbe sproporzionato rispetto al fine. Inoltre, l'Organo d'Appello stabilisce il carattere discriminatorio della misura soprattutto a causa del carattere unilaterale del processo decisionale che ne è alla base - e in questo senso la Convenzione Interamericana per la Protezione e la Conservazione delle tartarughe marine costituisce un esempio di misura meno restrittiva in grado di perseguire l'obiettivo in questione – e nota che le negoziazioni condotte sotto l'egida di tale convenzione marchino il "punto di equilibrio" al quale esso ha fatto riferimento a proposito dello *chapeau*.

Tale *balancing test* sembra quindi includere sia un'analisi del rapporto mezzo-fine, sia una valutazione dell'esistenza di una misura alternativa meno restrittiva.

Prospettiva ancora diversa è quella che vede nell'approccio adottato nell'ambito di questa controversia un test di relazione razionale fra la misura e lo scopo, test che include tuttavia elementi di proporzionalità<sup>69</sup>, in quanto la mancanza di una misura alternativa meno restrittiva indica che i mezzi - una divieto totale di importazione - sono sproporzionati rispetto ai fini.

Parte della dottrina<sup>70</sup> tende invece ad escludere l'esistenza di un criterio di proporzionalità, sottolineando come le richieste avanzate nei confronti degli Stati Uniti – un particolare quelle legate all'avvio di negoziazioni – non costituiscano il risultato di un bilanciamento della protezione delle tartarughe rispetto alla liberalizzazione del commercio, e non implicino una *conditio sine qua non* per l'adozione della misura. La stessa richiesta di negoziare non sarebbe il risultato di un test di proporzionalità, ma troverebbe piuttosto la sua origine dai trattati internazionali in materia ambientale.

---

<sup>67</sup> P. Manzini, *Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994 revisited in the Light of the Rules of Interpretation of General International Law*, op. cit., p.847-848.

<sup>68</sup> J.P. Trachtman, *Case Note* in J.H.H. Weiler, S. Cho, cit., p.81.

<sup>69</sup> D.Z. Cass, *The Constitutionalisation of International Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, in *EJIL*, 2001, p.68.

<sup>70</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited: proportionality in World trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines in JWTL*, 2003, p.231.

L'approccio dell'Organo d'Appello ha tuttavia ricevuto alcune critiche, relative al fatto di aver introdotto dei requisiti troppo rigidi all'interno dello *chapeau* con la conseguenza che, fallito il test in base al paragrafo g), l'Organo d'Appello non ha ritenuto necessario verificare la compatibilità della misura col paragrafo b).

Alcuni autori hanno infatti sottolineato come il test di buona fede contenuto nello *chapeau* sia per definizione un criterio flessibile<sup>71</sup>, la cui portata può variare in funzione del paragrafo a cui viene riferito. Più specificamente, l'Organo d'Appello avrebbe peccato di incoerenza rimproverando al panel di aver analizzato lo *chapeau* senza aver prima individuato a quale paragrafo riferirsi, ma evitando di analizzare il paragrafo b) sulla base delle conclusioni tratte a proposito del paragrafo g). Un'analisi del paragrafo b) sarebbe quindi stata opportuna al fine di un'analisi più esaustiva<sup>72</sup>.

Ulteriori critiche - già emerse nell'ambito del caso *Gasoline*<sup>73</sup> - riguardano il fatto che l'Organo d'Appello, dopo aver rimproverato al panel di aver creato una categoria di misure a priori ingiustificabili sulla base dell'articolo XX, sarebbe giunto ad un risultato equivalente, in quanto avrebbe considerato che il fallimento degli Stati Uniti nel concludere accordi a livello internazionale abbia dato origine ad una misura unilaterale, e che proprio tale unilateralismo abbia reso la misura non giustificabile. Tale approccio, oltre a rischiare di escludere la maggior parte delle misure adottate in base ad accordi multilaterali ambientali, traspone all'interno dello *chapeau* una sorta di criterio di necessità, basato sull'obbligo di negoziare, criterio assente dal paragrafo g)<sup>74</sup>. Tale approccio avrebbe come risultato quello di rendere inutili la maggior parte - se non tutte - le eccezioni dell'articolo XX.

Neumann e Türk ritengono che in questo caso, contrariamente a quanto affermato relativamente al caso *Gasoline*<sup>75</sup>, l'Organo d'Appello abbia effettivamente utilizzato alcuni elementi del test di necessità il che, se da una parte è discutibile - in quanto tale test non

---

<sup>71</sup> L. Schiano di Pepe, *The WTO and the protection of the natural environment : recent trends in the interpretation of GATT article XX b) and g)*, op. cit., p.289.

<sup>72</sup> J.P.Trachtman in J.H.H.Weiler e S. Cho, cit., p.83 Gli Stati Uniti avevano cercato di giustificare la misura in base al paragrafo g) o, in alternativa, al paragrafo b). Secondo l'Organo di Appello l'analisi della conformità con il paragrafo b) doveva essere condotta solo se la misura non fosse stata giustificata sulla base del paragrafo g) - par.146. Tuttavia, così facendo, l'Organo d'Appello ha evitato di analizzare la questione anche alla luce del paragrafo b). In questo senso Trachtman (*Case Note* in J.H.H. Weiler e S. Cho, op. cit., p.83) fa notare il carattere contraddittorio del ragionamento dell'Organo d'Appello: dopo aver infatti criticato il panel per non aver esaminato la compatibilità della misura con ognuno dei paragrafi dell'articolo XX prima di considerare le condizioni dettate dallo *chapeau*, esso si è limitato all'analisi del paragrafo g). Esso ha così evitato di affrontare la questione di una diversa interpretazione dello *chapeau* nel caso in cui la misura avesse goduto di giustificazione anche in base al paragrafo b).

<sup>73</sup> vedi p. della tesi.

<sup>74</sup> H. Mann, *Of Revolution and Results: Trade-and-Environment Law in the Afterglow of the Shrimp-Turtle Case* in *YIEL*, 1998, p.33.

<sup>75</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.228.

appare nel testo dello *chapeau* - dall'altra può essere sostenuto sulla base del fatto che restrizioni non necessarie possono rientrare in una delle tre categorie di atti vietati citate dal paragrafo introduttivo<sup>76</sup>.

Analogamente a quanto osservato a proposito del caso *Gasoline*, dell'approccio adottato dall'Organo d'Appello in questo caso sullo *chapeau* risulta evidente altresì l'ambivalenza: se da una parte, infatti, si è ammessa una maggiore flessibilità nell'interpretazione del paragrafo g) - ad esempio attraverso l'interpretazione evolutiva del termine "risorse naturali esauribili" - dall'altra si sono imposti severi requisiti sul paragrafo introduttivo.

In questo senso alcuni autori hanno definito questo un esempio di "*rule/counter-rule interpretative dyad*", il quale attribuirebbe all'Organo d'Appello una discrezionalità quasi totale, discrezionalità il cui esercizio può avere esiti più o meno positivi<sup>77</sup>.

Sono infine da segnalare le critiche che sono state rivolte all'interpretazione restrittiva fornita dall'Organo d'Appello nel caso di specie del termine "applicato", basata sulla distinzione - operata dall'Organo stesso nel caso *Gasoline* - fra analisi della misura in sé (la quale dovrebbe avvenire all'interno dei paragrafi) e analisi della sua applicazione (operata in linea di principio dallo *chapeau*). Più precisamente che la struttura e l'applicazione "sostanziale" della misura rientrerebbero nella prima analisi, mentre l'applicazione amministrativa rientrerebbe nella seconda.

Tale divisione non è parsa convincente da alcuni autori, i quali ritengono che essa condizioni eccessivamente l'applicazione dello *chapeau* alla maniera in cui la legge nazionale è messa in atto. Se, ad esempio, gli elementi discriminatori fossero inclusi all'interno della legge stessa, ciò non rilevarebbe a livello di applicazione, e lo *chapeau* non potrebbe essere applicato<sup>78</sup>. Ciò è stato affermato anche nel panel incaricato della controversia *Argentina - Bovine Hides*, il quale ha osservato che qualora una misura in sé e per sé richieda una certa azione incompatibile con gli standard contenuti nello *chapeau*, essa verrà necessariamente applicata in maniera incompatibile questi stessi standard<sup>79</sup>.

Al contrario, quest'ultimo sembra dedicare una certa attenzione alla condotta del Membro, e al processo decisionale e legislativo che ne deriva<sup>80</sup>; di conseguenza si ritiene che l'applicazione dello *chapeau*, al fine di svolgere effettivamente la propria funzione, debba

---

<sup>76</sup> *ibid.*, p.230.

<sup>77</sup> J. Atik, *Two Hopeful Readings of Shrimp-Turtle*, in *YIEL*, 1998, p.11.

<sup>78</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, p.232.

<sup>79</sup> *Bovine Hides*, panel report, nota al par.11.312.

<sup>80</sup> *ibid.*: il panel afferma infatti che nel caso *Gasoline* l'Organo d'Appello si sia concentrato non tanto sulla maniera in cui la misura è stata applicata, ma sul fatto che gli Stati Uniti avessero o meno il diritto di imporre la normativa in questione ai raffinatori.

andare al di là del preciso ambito applicativo della misura, ovvero della “maniera” in cui essa viene applicata.

Questo comporterà probabilmente delle sovrapposizioni fra l’analisi svolta nell’ambito del paragrafo introduttivo e quella svolta all’interno dei paragrafi<sup>81</sup>: in altri termini, l’analisi dell’applicazione non può prescindere da una considerazione della “fisionomia” della misura, in quanto, ad esempio, una misura per sua natura discriminatoria sarà necessariamente tale anche nei suoi aspetti applicativi.

Questo tipo di valutazione va a sovrapporsi all’analisi svolta all’interno dei paragrafi, la quale considera la corrispondenza della misura in questione con le situazioni elencate.

In questo senso Desmedt ritiene che, nonostante il requisito di proporzionalità si trovi all’interno dei paragrafi piuttosto che all’interno dello *chapeau*, questo non dovrebbe permettere l’adozione di misure compatibili in base ai primi, ma applicate in maniera sproporzionata, in quanto in questo caso la distinzione in questione risulterebbe artificiosa<sup>82</sup>.

### 1.1.3 *Chapeau* e proporzionalità: quale rapporto?

Come si è avuto modo di vedere, nel corso dell’analisi di queste controversie, la prima giurisprudenza OMC sembra aver segnato l’avvio di un ammorbidimento del test di necessità, soprattutto grazie ad una riscoperta e valorizzazione del ruolo dello *chapeau* dell’articolo XX. Tuttavia, all’interno di questa idea generale, le opinioni della dottrina divergono, e alcuni autori non esitano a parlare di vera e propria proporzionalità.

A parere di chi scrive, ciò a cui si assiste in questa prima fase ha più a che vedere con l’idea di ragionevolezza e di equilibrio che con la proporzionalità, idea che emergerà solo in seguito.

In particolare, Wiers cita l’Organo d’Appello il quale nel corso della controversia *Japan-Alcohol*<sup>83</sup> ha affermato che “le norme dell’OMC non sono così rigide da non lasciare alcuno spazio a giudizi basati sulla ragionevolezza e che tali norme svolgeranno meglio la loro funzione nei confronti del sistema multilaterale se saranno interpretate secondo questa prospettiva. Ciò permetterà di perseguire sicurezza e prevedibilità nel sistema attraverso il sistema di risoluzione delle controversie”.

---

<sup>81</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.336.

<sup>82</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.477.

<sup>83</sup> *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, Report of the Appellate Body, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, WT/DS8/AB/R del 4 ottobre 1996, p.31 (citato da J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.248).

Wiers sottolinea l'importanza di queste affermazioni di ordine generale alla luce dei numerosi richiami al criterio di ragionevolezza fatti dall'Organo d'Appello non solo nel corso delle due controversie analizzate, ma anche ad esempio all'interno dell' Accordo SPS<sup>84</sup>.

Ciò nonostante, il medesimo autore sostiene che difficilmente l'Organo d'Appello si spingerà fino ad ignorare differenze testuali o di contesto in nome di tale concetto; egli suggerisce quindi che la ragionevolezza costituisca effettivamente un criterio presente nel ragionamento dell'Organo d'Appello, ma che esso non sembri voler aderire ad un test basato esclusivamente su tale criterio, anche alla luce delle sue frequenti affermazioni, secondo le quali l'interpretazione deve avvenire sulla base delle norme di diritto internazionale codificate dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>85</sup>.

Per quanto riguarda la proporzionalità, lo stesso autore si chiede se essa possa essere rinvenuta all'interno dello *chapeau* e sottolinea come problema preliminare il fatto che tale termine possa assumere diversi significati, a partire dalla proporzionalità *strictu sensu* fino alla necessità o al carattere appropriato di una misura<sup>86</sup>.

Secondo Wiers, lo *chapeau* non include un requisito di proporzionalità vero e proprio; esso richiede piuttosto all'organo giudicante di valutare se la misura è stata applicata ragionevolmente e con la dovuta considerazione agli interessi della parti in causa, attraverso il controllo del carattere discriminatorio della misura. Ed è proprio la discriminazione che nei due casi citati ha fatto in modo che la misura non venisse giustificata<sup>87</sup>.

Sulla stessa linea si situano Neumann e Türk, i quali concludono la propria analisi affermando che il principio ispiratore alla base della giurisprudenza esaminata finora vada ricercato nell'affermazione del principio di buona fede e del divieto dell'*abus de droit*, ma non si estenda fino ad un principio di proporzionalità<sup>88</sup>.

In questo senso, Desmedt precisa come tale concetto non possa in alcun modo corrispondere all'idea di proporzionalità, in quanto più limitato e non implicante il bilanciamento di opposti interessi, quanto piuttosto un mero confronto di diritti individuali al fine di trovare quell'equilibrio a cui l'Organo d'Appello si riferisce<sup>89</sup>. Al contrario, ciò che nei due casi *Shrimps* e *Gasoline* rende le misure statunitensi illegittime, è il carattere discriminatorio della misura, e precisamente del *processo* che ha portato alla sua adozione.

---

<sup>84</sup> *ibid.*, p.249.

<sup>85</sup> *ibid.*, p.250.

<sup>86</sup> *ibid.*, p.642.

<sup>87</sup> *ibid.*, p.643.

<sup>88</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.231.

<sup>89</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.476.



In definitiva, ritengo che l'idea che meglio può chiarire l'approccio adottato dall'Organo d'Appello in questa prima fase della giurisprudenza OMC sia quella di "equilibrio", utilizzata da Ruiz Fabri<sup>90</sup>

Tale termine è utilizzato dall'autrice secondo un'accezione ampia, che va al di là della specifica questione della proporzionalità; l'idea parte dai concetti di sicurezza e prevedibilità richiamati dall'articolo 3 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie, al fine di preservare i diritti e gli obblighi dei membri dell'Organizzazione. Gli organi giudicanti devono quindi fare in modo che tali diritti ed obblighi non vengano modificati, e perseguono questo fine attraverso una serie di comportamenti, *in primis* la deferenza ai testi, nei quali da una parte non devono essere ricercati elementi che non esistono, e dall'altra ad ogni termine deve essere assegnata una funzione.

Tale equilibrio a livello lessicale ed interpretativo altro non fa se non rispecchiare l'equilibrio che deve esistere fra i diritti dei Membri a livello dell'intero sistema. Ed è in questo senso che va inquadrata l'interpretazione che l'Organo d'Appello ha fornito dell'articolo XX, e dello *chapeau* in particolare. Questo diviene evidente soprattutto nel momento in cui esso afferma che l'applicazione di tale disposizione implichi la ricerca un "punto di equilibrio"<sup>91</sup> fra il diritto di una parte di invocare un'eccezione e i diritti delle altre parti derivanti dall'Accordo Generale.

Nello stesso senso va inteso sia il riferimento al concetto di *abus de droit*<sup>92</sup> sia il rifiuto dell'unilateralismo praticato da parte degli Stati Uniti<sup>93</sup>.

Il concetto di discriminazione pare quindi essere centrale; a questo proposito, è da notare come essa non coincida con quella dell'articolo III, ma ammetta tipi di comportamento che sarebbero illegittimi in base a quest'ultima disposizione – in caso contrario l'articolo XX - in quanto disposizione finalizzata all'introduzione di eccezioni nel sistema - non avrebbe senso<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> H. Ruiz Fabri, *L'appel dans le règlement de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard*, in *RGDIP*, 1999, p.86 ss.

<sup>91</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.159.

<sup>92</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.158; a questo proposito l'autrice sottolinea come tale concetto sia generalmente riconosciuto nei paesi di *civil law* ma meno in quelli di *common law*, che applicano piuttosto i concetti di ragionevolezza, buona fede o equità (H. Ruiz Fabri, *L'appel dans le règlement de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard*, op. cit., p.92).

<sup>93</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.172.

<sup>94</sup> Nel caso *Gasoline* l'Organo d'Appello ha affermato che lo *chapeau* non può logicamente riferirsi agli stessi standard in base ai quali si stabilisce una violazione di una norma sostanziale (*Gasoline*, Appellate Body Report, par.23) e nel caso *Shrimps* esso ha affermato che la natura della discriminazione a cui si riferisce lo *chapeau* è diversa da quella a cui si riferiscono gli articoli I, III e XI (*Shrimps*, Appellate Body Report, par.150).

Ciò nonostante, è da sottolineare come secondo parte della dottrina una tipologia di discriminazione possa essere utilizzata per identificare l'altra; ad esempio, il fatto che una misura sia ritenuta discriminatoria ai sensi dell'articolo III, può costituire un "indizio" quanto al suo carattere discriminatorio ai sensi dello *chapeau* (F.

In questo senso è estremamente importante l'osservazione fatta in precedenza a proposito del processo che ha portato all'adozione della misura: è nel processo che risiedono gli elementi discriminatori, è nella sua unilateralità e nella sua rigidità. Appare quindi chiaro come tutti i concetti di cui sopra tendano a sovrapporsi.

Inoltre una delle conseguenze di tale approccio fondato sull'equilibrio consiste nell'interpretazione tradizionalmente restrittiva riservata alle eccezioni al sistema, del quale si mira a mantenere il più possibile l'integrità e appunto l'equilibrio. Tuttavia, è importante notare come l'Organo d'Appello, proprio nel caso *Hormones*, abbia rifiutato quest'idea affermando che il solo fatto di qualificare una disposizione convenzionale in quanto eccezione non giustifica un'interpretazione più restrittiva. In base a quest'idea, quindi, le eccezioni danno origine a diritti pari a quelli sanciti dalle disposizioni sostanziali<sup>95</sup>.

Una considerazione finale può essere fatta a proposito della flessibilità quale caratteristica fondante dello *chapeau*, la quale svolge un ruolo importante nel garantire la prevenzione degli abusi delle eccezioni e a mantenere lo stato di equilibrio del sistema.

A questo proposito, Ortino sostiene che nella sua analisi del caso *Gasoline* (ma tali osservazioni hanno a mio parere valenza generale) l'Organo d'Appello abbia posto enfasi sia sulla mancanza di flessibilità della misura, sia sul mancato sforzo negoziale, ma che tale dualità risulti riassorbita dal fatto che entrambi gli elementi finiscono per richiamare sia la struttura della misura, sia il processo di regolamentazione. Infatti, la rigidità della misura considera il carattere discriminatorio della misura, così come la non ragionevolezza del processo; analogamente, la critica del mancato sforzo negoziale da una parte include una sorte di *least trade restrictive alternative test*, e dall'altra mostra gli effetti dell'assenza di cooperazione, effetti che si manifestano a livello di processo<sup>96</sup>.

Questi elementi conducono a formulare due ordini di osservazioni.

In primo luogo, essi paiono confermare le critiche di chi ritiene eccessivamente rigida la distinzione formulata dall'Organo d'Appello nell'ambito del caso *Gasoline* fra il ruolo dei paragrafi e quello dello *chapeau*: Ortino dimostra infatti come lo *chapeau* possa includere all'interno della sua analisi sia le caratteristiche della misura in sé (la mancanza di flessibilità appunto) sia la sua applicazione (il carattere discriminatorio del processo).

In secondo luogo, tale dinamica testimonia l'approccio flessibile dell'Organo d'Appello nei confronti dello *chapeau* e, anche se lo scopo primario appare qui essere l'analisi della

---

Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.233).

<sup>95</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par. 104; vedi nota n.122 p.95

<sup>96</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.236

ragionevolezza del processo di regolamentazione, l'Organo d'Appello è lungi dal voler confinare lo *chapeau* a questo scopo esclusivo.

Tale approccio, se da una parte può apparire eccessivamente deferente in casi legati a discriminazioni *de jure*, dall'altra rivelerà la propria portata nel momento in cui le controversie riguarderanno misure apparentemente non discriminatorie<sup>97</sup>: in questo caso infatti, un approccio finalizzato alla prevenzione e repressione degli abusi delle eccezioni sarà particolarmente adatto ad identificare gli aspetti sostanziali di discriminazione.

### *1.2 Hormones: : necessità e proporzionalità nell'Accordo SPS*

La controversia relativa alla carne agli ormoni rientra anch'essa in quella prima fase della giurisprudenza OMC in cui il principio di proporzionalità non fa ancora – o almeno non espressamente – la sua apparizione.

Tuttavia essa merita a mio parere di essere analizzata separatamente, in quanto la sua rilevanza giuridica è legata non all'accordo GATT, bensì all'Accordo SPS. La sua trattazione non è quindi legata alle questioni relative allo *chapeau* di cui si è parlato in precedenza.

Tale controversia rappresenta il primo caso deciso all'interno dell'Organizzazione in cui i problemi legati al rapporto tra commercio da una parte e tutela dell'ambiente e della salute dei consumatori dall'altra sono stati trasposti dall'articolo XX all'Accordo SPS.

La vicenda trae origine dall'esistenza di una legislazione comunitaria, la quale proibisce l'utilizzo di sostanze contenenti ormoni per accelerare i processi di crescita degli animali. Tale legislazione proibisce l'introduzione all'interno della Comunità di carni derivati da animali ai quali sono state somministrate tali sostanze, e si applica sia alla carne importata che a quella prodotta sul territorio della Comunità<sup>98</sup>. Tale divieto è stato all'origine del ricorso al meccanismo di risoluzione delle controversie da parte degli Stati Uniti e del Canada, i quali sostenevano che l'utilizzo delle sostanze in questione non comportasse alcun rischio per la salute umana<sup>99</sup>.

Il panel è giunto alla conclusione che la misura comunitaria non fosse basata né su standard internazionali<sup>100</sup> (il che, come si è visto, avrebbe comportato una presunzione di conformità con l'Accordo stesso e con il GATT<sup>101</sup>) né sulla valutazione del rischio come prescritta dai

---

<sup>97</sup> *ibid.*, p.231.

<sup>98</sup> *Hormones*, Panel Report, par.11.2 e 11.3.

<sup>99</sup> *ibid.*, par.IV.23.

<sup>100</sup> *Hormones*, Panel Report, par.8.77.

<sup>101</sup> vedi p.52

vai paragrafi dell'articolo 5<sup>102</sup>. Essa costituiva inoltre una discriminazione ed una restrizione dissimulata al commercio, ed era quindi incompatibile con l'Accordo SPS<sup>103</sup>.

L'Organo d'Appello, pur contraddicendo il panel su una serie di punti, ha tuttavia confermato le sue conclusioni quanto all'incompatibilità delle misure con l'articolo 3.3 e 5.1 dell'Accordo<sup>104</sup>. Senza entrare nei dettagli di questa controversia, ai fini della nostra analisi ci si può chiedere se siano emersi quegli aspetti di proporzionalità che sono stati rilevati nel corso dell'analisi dell'Accordo SPS.

A favore di questa tesi è Montini, il quale fonda la sua analisi sull'articolo 2.2 dell'Accordo: secondo l'autore, da tale disposizione emerge che i redattori dell'Accordo, pur non delineando espressamente il requisito della necessità secondo il test tradizionale, hanno qualificato la necessità ambientale come "criterio generale di valutazione dell'idoneità delle misure". La necessità emerge quindi come criterio di bilanciamento fra contrapposti interessi e si concretizza nei due criteri operativi della necessità e della proporzionalità. Il primo termine richiederebbe una valutazione generale circa l'idoneità della misura al raggiungimento dello scopo, mentre il secondo implicherebbe la valutazione dell'idoneità della modalità di applicazione, la quale non deve ostacolare il commercio più di quanto sia necessario<sup>105</sup>.

Mentre la necessità viene valutata in base alle informazioni scientifiche disponibili e agli elementi tecnici ed economici, alla luce dell'obiettivo di minimizzare l'impatto sul commercio, la proporzionalità emerge esplicitamente, secondo l'autore, dall'articolo 5.6 e dalla nota esplicativa, la quale fa espresso riferimento al concetto di ragionevolezza. Nel conformarsi al requisito di proporzionalità espresso dall'articolo 5.6, infatti, lo Stato deve valutare le concrete modalità applicative delle misure e l'esistenza di alternative ragionevolmente disponibili nonché capaci di perseguire lo stesso obiettivo<sup>106</sup>.

Gli elementi rilevanti all'interno di questo caso sono quindi sostanzialmente gli stessi che sono stati presi in considerazione nel corso dell'analisi del testo dell'Accordo SPS.

A ciò si aggiungono alcune osservazioni fatte dall'Organo di Appello. Fra queste emerge l'affermazione secondo la quale i membri hanno il diritto di stabilire il livello di protezione che ritengono adeguato, anche qualora esso sia più elevato rispetto a quello previsto dagli

---

<sup>102</sup> *Hormones*, Panel Report, par.8.155 e 8.156.

<sup>103</sup> *ibid.*, par.8.271 "Since we have found that the EC measures in dispute are inconsistent with the requirements of Articles 3 and 5 of the SPS Agreement and considering that Articles 3 and 5 provide for more specific rights and obligations than the "basic rights and obligations" set out in Article 2, we see no need to further examine whether the EC measures in dispute also violate Article 2".

<sup>104</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.253 lett.i) e l).

<sup>105</sup> M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, op. cit., p.320.

<sup>106</sup> *ibid.*, p.321.

standard internazionali; questo elemento è estremamente importante, in quanto un tale livello di protezione riduce al minimo le alternative disponibili, e permette un margine di manovra minimo nel caso si vogliano bilanciare interessi contrastanti<sup>107</sup>. Come si è visto, infatti, il livello di protezione in quanto obiettivo della misura in questione costituisce un'invariante del *least trade restrictive alternative test*, ma non di un test di proporzionalità.

Inoltre, il fatto che anche opinioni minoritarie possano essere fondamento della relazione razionale fra la misura e lo scopo<sup>108</sup> introduce un elemento di flessibilità e – secondo alcuni autori – di ragionevolezza e proporzionalità all'interno dell'analisi<sup>109</sup>.

Ulteriore elemento di bilanciamento di opposti interessi viene visto nell'articolo 5.1, definito come fattore che controbilancia il diritto dei membri di stabilire il proprio livello di protezione. Nella parole dell'Organo d'Appello, infatti, la valutazione del rischio in base a questa disposizione è essenziale per il mantenimento dell'equilibrio negoziato all'interno dell'Accordo fra differenti e talvolta configgenti interessi<sup>110</sup>.

Altro aspetto rilevante è costituito dalle osservazioni fatte dall'Organo d'Appello in merito al rapporto dell'Accordo SPS con l'Accordo GATT.

In questa controversia, infatti, esso ha rifiutato l'idea espressa dal panel a favore di una "fertilizzazione incrociata" fra l'Accordo SPS e l'articolo XX GATT – incluso lo *chapeau*. In particolare, al fine di interpretare l'articolo 5.5, il panel ha combinato la lettura di tale disposizione e dell'articolo 2.3 dell'Accordo SPS, dello *chapeau* dell'articolo XX GATT come interpretato nel caso *Gasoline*<sup>111</sup> e il rapporto dell'Organo d'Appello in *Japan-Alcohol* relativamente all'articolo III paragrafo 2 GATT<sup>112</sup>, e ha sostenuto che parallelismi fra l'articolo 5.5 e lo *chapeau* incoraggiassero questi tipo di lettura<sup>113</sup>.

L'Organo d'Appello ha rifiutato infatti l'automatica incorporazione nell'articolo 5.5 del test sviluppato nel corso del caso *Gasoline*<sup>114</sup>, e ha affermato che, alla luce delle differenze

---

<sup>107</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.172; vedi D.A. Wirth, *International Decisions*, in *AJIL*, 1998, p.757.

<sup>108</sup> J. Pauwelyn, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three Disputes EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals*, in *JIEL* 1999, p.649.

<sup>109</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.194; J. Scott, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, op. cit., p.154.

<sup>110</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.194; M.M. Slotboom, *The Hormones Case: An Increased Risk of Illegality of Sanitary and Phytosanitary Measures*, in *CMLR*, 1999, p.479.

<sup>111</sup> *Hormones*, Panel Report, par.8.182.

<sup>112</sup> *ibid.*, par.8.183.

<sup>113</sup> *ibid.*, par.8.184; M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, op. cit., par.515 e R. Quick e A. Bluthner, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, op. cit., p.631-632.

<sup>114</sup> M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, op. cit., p.516; contrari a questa posizione dell'Organo d'Appello sono Quick e Bluthner, in quali osservano che in base allo stesso preambolo dell'Accordo SPS quest'ultimo è finalizzato a stabilire norme per l'applicazione del GATT e che, assieme all'articolo 2.3,

strutturali fra lo *chapeau* e l'articolo 5.5, il ragionamento sviluppato nel caso *Gasoline* non possa essere importato all'interno di quest'ultima disposizione<sup>115</sup>.

Nonostante anche l'articolo XX abbia lo scopo di intercettare comportamenti discriminatori, parte della dottrina ritiene l'articolo 5.5 più sofisticato: in base all'Accordo SPS, infatti, i membri godono del diritto di adottare misure, ma tale diritto è condizionale e sottoposto a requisiti stringenti. Nel caso dell'articolo XX, invece, i membri godono in via eccezionale del diritto di adottare misure basate sulle politiche elencate nell'articolo stesso. Valgono qui le stesse osservazioni fatte a proposito del carattere positivo degli obblighi contenuto dagli Accordi TBT e SPS, carattere che ha spesso l'effetto di rendere la disciplina contenuta nei due Accordi più severa<sup>116</sup>.

Secondo una diversa opinione, una "fertilizzazione incrociata" fra i due ambiti è invece plausibile, in quanto l'Accordo SPS costituisce un'estensione dell'articolo XX b)<sup>117</sup>. Fermo restando che tale processo deve avvenire con estrema cautela e che non è ancora chiaro se gli standard di necessità presenti all'interno dell'articolo XX e dell'Accordo SPS coincidano<sup>118</sup>, alcuni autori propendono per un generale orientamento in favore della proporzionalità<sup>119</sup>. In ogni caso, la questione non è stata analizzata nel corso della controversia.

Un'altra questione fondamentale emersa nel corso di questa controversia riguarda l'applicazione degli articoli 3.2 e 3.3. Come si è visto, tali disposizioni riguardano la presunzione di conformità rispetto all'Accordo SPS e all'Accordo Generale delle norme conformi agli standard internazionali, e il diritto degli Stati di stabilire norme al di sopra di tali standard.

Come si è già avuto occasione di osservare, nella sua analisi il panel ha ritenuto che tali disposizioni possano essere applicate a contrario: esso ha infatti stabilito l'automatica non compatibilità della misura in questione rispetto all'Accordo SPS, in quanto non conforme agli standard internazionali esistenti, con la conseguenza che spetterà alla parte che mette in atto la misura confutare tale presunzione di non conformità<sup>120</sup>.

---

l'articolo 5.5 costituisce una rielaborazione dello *chapeau*. Se, alla luce di quanto prescritto dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, tale disposizione deve essere analizzata alla luce del proprio contesto, oggetto e scopo, una sua "contaminazione" da parte dello *chapeau* non sarebbe quindi errata (R. Quick, A. Bluthner, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, op. cit., p.631).

<sup>115</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.239.

<sup>116</sup> G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT – a map of the WTO law of domestic regulation of goods*, op. cit., p.847.

<sup>117</sup> R. Quick, A. Bluthner, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, op. cit., p.622.

<sup>118</sup> M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, op. cit., p.517.

<sup>119</sup> *ibid.*, p.519.

<sup>120</sup> *Hormones*, Panel Report, par.8.86 e 8.87.

L'Organo d'Appello ha confutato queste conclusioni, affermando che i membri possono sempre adottare misure al di sopra del livello stabilito da tali standard, a patto che esse siano conformi all'Accordo SPS e in particolare alle disposizioni relative alla valutazione del rischio<sup>121</sup>.

Esso ha infatti ritenuto che la possibilità di adottare standard al di sopra di quelli internazionali costituisca un vero e proprio diritto e non avesse - come invece affermato dal panel - carattere di "eccezione"<sup>122</sup>.

In conseguenza, e analogamente a quanto avviene per tutte le altre norme, spetta alla parte attrice costituire una prova che la misura in questione costituisce una violazione *prima facie* della disposizione<sup>123</sup>.

Tuttavia, a parere di chi scrive, tale approccio finisce per imporre un onere della prova eccessivamente oneroso sulla parte attrice e contrasta con la volontà dei redattori, nonché con l'impostazione generale dei due accordi. Vista infatti un'importanza fondamentale attribuita da entrambi i testi all'armonizzazione internazionale, sembra poco rispondente alla filosofia sottostante ai due accordi far ricadere sulla parte attrice l'onere di dimostrare che la normativa internazionale sarebbe stata adeguata al perseguimento dei fini in questione.

L'attore deve infatti fornire una prova positiva del carattere adeguato della normativa internazionale rispetto agli obiettivi dello Stato che ha adottato la misura; se la violazione in questione concerne il mancato adeguamento agli standard, sarebbe invece più coerente e più semplice dimostrare il carattere non adeguato della normativa effettivamente applicata.

Altro punto rilevante dell'analisi dell'Organo d'Appello riguarda il rapporto fra l'articolo 2.2 e l'articolo 5.1: esso ha infatti dichiarato che le due disposizioni - che, come si è visto, implicano che un rapporto logico e ragionevole deve esistere fra la misura SPS e la valutazione del rischio<sup>124</sup> - sono profondamente legate e devono essere lette congiuntamente.

---

<sup>121</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.104.

<sup>122</sup> *ibid.*; più precisamente, l'Organo d'Appello ha escluso un rapporto di regola-eccezione fra l'articolo 3.1 (la regola) e l'articolo 3.3 (l'eccezione), sottolineando come esso sia qualitativamente diverso dal rapporto esistente, ad esempio, fra gli articoli I e III da una parte e l'articolo XX GATT dall'altra. Esso ha poi aggiunto che l'articolo 3.3 stabilisce un vero e proprio diritto dei Membri di stabilire il proprio livello di protezione e che in base alla regola generale spetta alla parte attrice stabilire una violazione *prima facie* dell'Accordo, prima che l'onere della prova si sposti alla parte convenuta. Il fatto di definire una disposizione in quanto « eccezione » non può permettere di aggirare tale meccanismo e non permette un'interpretazione più restrittiva della disposizione stessa. Considerate le analogie fra gli articoli 3.1 e 3.3 dell'Accordo TBT e l'articolo 2.4 dell'Accordo TBT l'Organo d'Appello ha ritenuto, nel caso *Sardines*, che le stesse osservazioni valessero per quest'ultimo articolo; (*European Communities - Trade Description of Sardines*, Report of the Appellate Body, WT/DS231/AB/R, del 26 settembre 2002, par.274-276).

<sup>123</sup> *Hormones*, Appellate Body, par.104 ; vedi M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, op. cit., p.492.

<sup>124</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.193; in particolare nella stessa controversia l'Organo d'Appello ha stabilito che l'articolo 5.1 costituisce un'applicazione dell'articolo 2.2 (par.180).

Nel caso in questione, infatti, uno degli elementi che ha fatto ritenere la misura comunitaria incompatibile con l'Accordo SPS è il fatto che le prove scientifiche fornite non riguardassero che una parte delle sostanze chiamate in causa.

In questa occasione esso ha inoltre interpretato l'espressione "basate su" nel senso che i risultati della valutazione del rischio debbano "raccomandare a sufficienza" o "supportare ragionevolmente" la misura in questione; il che ha indotto parte della dottrina a rinvenire in questa disposizione un elemento di ragionevolezza<sup>125</sup>.

A ciò si aggiunge il fatto che l'Organo d'Appello abbia accettato che tale legame razionale esista anche sulla base di opinioni scientifiche minoritarie, il che costituisce un'illustrazione del carattere ragionevole che è alla base dell'articolo 5.1. Accettando infatti che tale razionalità non sia necessariamente contenuta solo all'interno delle opinioni maggioritarie, esso ha lasciato intendere che un livello minimo di connessione razionale sia sufficiente<sup>126</sup>.

Tale approccio sembra essere confermato dalla lettura flessibile che lo stesso Organo d'Appello ha fornito dei termini "prove scientifiche sufficienti" contenuto all'interno dell'articolo 2.2; esso richiederebbe infatti un rapporto "sufficiente o adeguato" fra la misura e la prova<sup>127</sup>.

---

Nel caso *Australia-Salmon* l'Organo d'Appello ha inoltre affermato che se una misura non è basata sulla valutazione del rischio sulla base dell'articolo 5.1 non sarà di conseguenza conforme all'articolo 2.2 (*Australia - Measures Affecting Importation of Salmon*, Report of the Appellate Body, WT/DS18/AB/R, del 20 ottobre 1998, par.112) Ortino ritiene invece che sia preferibile avviare l'analisi a partire dall'articolo 5.1 e, qualora la misura sia compatibile con tale disposizione, considerare l'articolo 2.2. (F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.448). *Contra* vedi R. Quick, A. Bluthner (*Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, op. cit., p.618-619) secondo i quali l'articolo 2.2 impone requisiti più stringenti rispetto all'articolo 5.1. Problema particolare è quello relativo al rapporto fra le due disposizioni: nella controversia in questione infatti l'Organo d'Appello, dopo aver dichiarato la misura incompatibile ai sensi dell'articolo 5.1, non ha proceduto alla sua analisi alla luce dell'articolo 2.2, in base al principio dell'economia di giudizio – il che fa supporre l'esistenza di un rapporto fra le due disposizioni analogo a quello intercorrente fra gli articoli 2.3 e 5.5 SPS, vale a dire un rapporto da generale a particolare (*Hormones*, Appellate Body Report, par.250).

Tale posizione è stata criticata in dottrina in quanto l'Organo d'Appello, attraverso l'utilizzo di tale principio, non ha adottato una posizione esplicita sull'argomento (R. Quick, A. Bluthner, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, op. cit., p.633) Secondo gli autori infatti esso avrebbe dovuto esplicitare il rapporto fra le due disposizioni, chiarendo che se da una parte l'incompatibilità di una misura con l'articolo 5.5 implica un'incompatibilità con l'articolo 2.2 dall'altra non è vero che una misura compatibile con la prima disposizione lo sia anche con la seconda – analogamente a quanto avviene appunto nel caso degli articoli 2.3 e 5.5.

<sup>125</sup> M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, op. cit., p.509; R. Quick, A. Bluthner, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, op. cit., p.617.

<sup>126</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.454.

<sup>127</sup> *Hormones*, Appellate Body Report, par.193: "We believe that Article 5.1, when contextually read as it should be, in conjunction with and as informed by Article 2.2 of the SPS Agreement, requires that the results of the risk assessment must sufficiently warrant - that is to say, reasonably support - the SPS measure at stake. The requirement that an SPS measure be "based on" a risk assessment is a substantive requirement that there be a rational relationship between the measure and the risk assessment".



Infine la stessa definizione di rischio fornita dall'Organo d'Appello riflette una concezione flessibile di tale elemento; esso ha infatti affermato che il rischio citato all'articolo 5.1 non è solo quello accertabile in un laboratorio in base a condizioni scientificamente stringenti, ma anche il rischio come esso esiste e si manifesta nelle società umane quali esse effettivamente sono, in altre parole i potenziali effetti negativi per la salute umana "nel mondo reale dove le persone vivono, lavorano e muoiono"<sup>128</sup>. Tale concezione è stata tuttavia oggetto di critiche, in quanto considerata eccessivamente ampia e contraria alle intenzioni dei redattori dell'Accordo, i quali hanno basato quest'ultimo sulla valutazione del rischio<sup>129</sup>

Altra parte della dottrina, tuttavia, tende a ridurre la portata degli elementi di proporzionalità all'interno dell'approccio dell'Organo d'Appello, e ritiene che il "test di proporzionalità" utilizzato da quest'ultimo al fine di stabilire il rapporto che deve sussistere fra una misura adottata in base all'articolo 5.1 e il rischio esistente sia meno intrusiva rispetto al un test di proporzionalità utilizzato dalla Corte di Giustizia. Scott ritiene infatti che in ambito SPS, una volta che la soglia minima necessaria al fine di dimostrare l'esistenza di un rischio è stata raggiunta, l'Organo d'Appello non ha intrapreso alcuna forma di bilanciamento costi-benefici. Allo stesso tempo, però, l'autore nota come il ricorso ai concetti di razionalità o ragionevolezza si prestino all'applicazione di un "proportionality-style" test<sup>130</sup>.

In definitiva, il caso *Hormones* ha costituito la sede per numerosi chiarimenti relativi all'Accordo SPS, molti dei quali vanno nella direzione di una certa flessibilità nella concezione di determinate idee; è plausibile vedere all'interno di tale flessibilità la presenza di elementi di proporzionalità e di ragionevolezza, soprattutto nella misura in cui l'interpretazione dell'Accordo SPS si richiama più o meno esplicitamente alla giurisprudenza sviluppatasi relativamente all'articolo XX GATT.

### 1.3 Osservazioni

Le controversie analizzate finora segnano senza dubbio l'inizio di un ammorbidimento del criterio di necessità tradizionale.

Il ruolo dello *chapeau* dell'articolo XX in quanto elemento di "equilibrio" del sistema così come gli orientamenti che emergono a partire dal caso *Hormones*, rendono l'analisi della validità della misura contestata più complessa e sfumata, soprattutto attraverso i concetti di rischio e della sua valutazione.

---

<sup>128</sup> *ibid.*, par.187; J. Scott, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, op. cit., p.152-153.

<sup>129</sup> R. Quick, A. Blunther, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, op. cit., p.618.

<sup>130</sup> J. Scott, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, op. cit., p.163.

A mio parere, tali evoluzioni costituiscono un primo passo verso un atteggiamento che fonda l'analisi della validità di una misura su un insieme complesso di condizioni, le quali vengono messe in relazione in base a criteri di ragionevolezza, di proporzionalità, di necessità.

Partendo dall'idea che qualsiasi distinzione rigida in merito a quale di questi criteri fondi l'orientamento degli organi giudicanti peccherebbe di parzialità, ritengo che l'idea di equilibrio richiamata in precedenza costituisca la migliore rappresentazione di ciò che ispira la giurisprudenza in questione.

I panel e soprattutto l'Organo d'Appello sembrano infatti voler prendere in considerazione in maniera più completa possibile l'insieme di diritti ed obblighi che riguardano i Membri e risolvere le controversie in questione sulla base di tale rete di rapporti in maniera più "bilanciata" possibile.

## 2. DA KOREA-BEEF A SARDINES: L'EMERGERE DEL TEST DI PROPORZIONALITÀ

La giurisprudenza OMC relativa alla necessità e alla proporzionalità ha subito profonde modificazioni con alcuni recenti casi, nei quali l'Organo d'Appello ha intrapreso un approccio profondamente innovativo e che segna un mutamento radicale rispetto al passato.

Anche in questo caso, preferisco analizzare la giurisprudenza relativa all'articolo XX separatamente rispetto a quella relativa all'accordo TBT, in quanto è soprattutto della prima che l'innovazione è stata concepita. Tuttavia, ciò non impedirà un'analisi delle analogie e delle differenze fra i due filoni giurisprudenziali; anche nell'ambito dell'Accordo TBT infatti parte della dottrina ha rinvenuto notevoli cambiamenti.

### 2.1 *Korea-Beef, Asbestos: emergere del "weigh and balancing test"*

Le tre controversie in questione sono state risolte sulla base dell'articolo XX del GATT. A partire dalla prima, l'Organo d'Appello ha introdotto ciò che esso definisce un *weigh and balancing test*, al fine di stabilire la necessità di una misura.

Nella controversia relativa all'amianto se da una parte tale approccio è stato confermato, dall'altra esso è stato precisato e modificato secondo modalità valutate dalla dottrina in maniera non sempre omogenea.

### 2.1.1 *Korea-Beef*

La controversia in questione ha origine da una presunta incompatibilità del sistema di distribuzione utilizzato dalla Corea per la vendita della carne di vitello<sup>131</sup>.

Il panel ha appoggiato la posizione delle due parti attrici e in particolare ha ritenuto il sistema di distribuzione differenziato contrario all'articolo III:4 e non giustificabile ai sensi dell'articolo XX b)<sup>132</sup>.

L'Organo d'Appello ha sostanzialmente confermato le conclusioni del panel; quest'ultimo ha concluso che le misure in questione fossero sproporzionate e non necessarie ad assicurare l'esecuzione della legge coreana da cui traevano origine – legge che, in linea di principio, perseguiva lo scopo di eliminare le pratiche fraudolente. Secondo il panel la legge in sé era compatibile con l'Accordo Generale<sup>133</sup>, e ha quindi concentrato la propria attenzione sul carattere necessario della misura.

Il panel ha innanzitutto notato che, in situazioni analoghe dove pratiche fraudolente erano state messe in atto, la Corea non aveva utilizzato il sistema di vendita utilizzato per il vitello<sup>134</sup>, ma aveva fatto ricorso a metodi più tradizionali e compatibili con le norme GATT<sup>135</sup>. Vista quindi l'esistenza di metodi alternativi ragionevolmente disponibili al fine di raggiungere il livello di protezione desiderato dalla Corea, il panel ha concluso quindi che la misura sotto accusa non potesse essere qualificata “necessaria” ai sensi dell'articolo XX d)<sup>136</sup>. La Corea, l'Australia e gli Stati Uniti sono quindi ricorsi in appello in base a varie argomentazioni, fra cui l'applicazione dell'articolo XX d) condotta dal panel<sup>137</sup>.

Nel prendere in considerazione l'applicazione del paragrafo d) dell'articolo XX, l'Organo d'Appello ha fornito precisazioni in merito al criterio di necessità la cui portata è estremamente innovativa, se non rivoluzionaria.

Esso ha avviato la propria analisi notando che il termine “necessario” denota normalmente qualcosa di “essenziale”<sup>138</sup>, ma ha tuttavia riportato il testo di un altro dizionario di diritto,

---

<sup>131</sup> Tale sistema prevedeva varie misure applicate all'importazione, alla distribuzione e alla vendita del vitello, contenute nelle “Linee Guida per la gestione del vitello importato” (*Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, Report of the Panel, WT/DS161/R e WT/DS169/R del 31 luglio 2000, par.14-27). Stati Uniti e Australia hanno richiesto la formazione di un panel, sostenendo sostanzialmente che tale misura imponesse alla carne importata un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato alla carne di origine nazionale, costituisse una restrizione quantitativa, e non fosse giustificabile sulla base delle eccezioni generali (*Korea-Beef*, Panel Report, par.49 e 51).

<sup>132</sup> *ibid.*, par.845.

<sup>133</sup> *ibid.*, par.655.

<sup>134</sup> *ibid.*, par.660-664.

<sup>135</sup> *ibid.*, par.665-674.

<sup>136</sup> *ibid.*, par.676.

<sup>137</sup> *Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, Report of the Appellate Body, WT/DS161/AB/R e WT/DS169/AB/R, dell'11 dicembre 2000; par.22-23 (Corea), par.38 (Australia), par.54 (Stati Uniti).

secondo il quale tale termine è suscettibile di vari significati e può indicare necessità fisica o inevitabilità assoluta, così come può implicare che qualcosa è semplicemente adatto, utile o appropriato. In base alla stessa fonte, tale aggettivo esprime diversi gradi della qualità in questione<sup>139</sup>.

A seguito di questa premessa, l'Organo d'Appello ha affermato che, nel contesto del paragrafo d), la portata del termine "necessario" non è limitata a ciò che è indispensabile o di assoluta necessità; le misure che posseggono queste caratteristiche *certamente* soddisfano i requisiti della disposizione in questione, ma altre misure possono comunque ricadere all'interno di essa.

Il termine necessario sarebbe infatti riferito ad una gamma di gradi di necessità: ad un estremo si trova il termine nella sua accezione di "indispensabile", mentre all'altro estremo si trova la sua interpretazione nel senso di "che contribuisce a"; nell'opinione dell'Organo d'Appello una misura necessaria si trova più vicina al primo che al secondo estremo<sup>140</sup>.

In questo senso, il termine necessario deve essere valutato nel contesto in cui si trova nel caso di specie, vale a dire nell'articolo XX d), il quale è applicabile a vari tipi di leggi e regolamenti. Secondo l'Organo d'Appello l'interprete, nello stabilire la necessità di una misura deve, nei casi appropriati, tenere in considerazione l'importanza relativa degli interessi e valori comuni che la legge o il regolamento intendono far rispettare. Più tali interessi e valori sono vitali ed importanti e più facilmente la misura sarà considerata necessaria<sup>141</sup>.

A questo vanno aggiunti altri aspetti al fine di valutare la necessità: uno è costituito dal contributo che la misura apporta all'obiettivo in questione – maggiore il contributo, più facilmente la misura sarà considerata necessaria – un altro è costituito dagli effetti restrittivi della misura sul commercio - una misura con un impatto relativamente blando sui prodotti importati sarà considerata necessaria più facilmente rispetto ad una con effetti più incisivi<sup>142</sup>.

In definitiva, la determinazione del fatto che una misura, pur non essendo indispensabile, sia comunque necessaria, implica in ogni caso un processo di bilanciamento<sup>143</sup> di diversi fattori che *prevalentemente* includono:

- il contributo apportato dalla misura all'applicazione della legge o regolamento
- l'importanza degli interessi o valori comuni
- l'impatto sulle importazioni o esportazioni<sup>144</sup>.

---

<sup>138</sup> *ibid.*, par.160, vedi nota n.102.

<sup>139</sup> *ibid.*, vedi nota n.103.

<sup>140</sup> *Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.161.

<sup>141</sup> *ibid.*, par.162.

<sup>142</sup> *ibid.*, par.163.

<sup>143</sup> *ibid.*; « weigh and balancing process » nel testo in lingua inglese.

Nelle parole dell'Organo d'Appello, "*The standard described by the panel in United States – Section 337 encapsulates the general considerations we have adverted to above. In our view, the weighing and balancing process we have outlined is comprehended in the determination of whether a WTO-consistent alternative measure which the Member concerned could "reasonably be expected to employ" is available, or whether a less WTO-inconsistent measure is "reasonably available"*"<sup>145</sup>.

Esso ha inoltre riaffermato il diritto dei membri di determinare autonomamente il livello di applicazione delle leggi e dei regolamenti compatibili con l'OMC, e ha richiamato in questo senso il caso relativo alla Sezione 337 della Legge Doganale degli Stati Uniti, nel quale il panel ha sottolineato come l'obbligo dettato dal test di necessità (come inteso ed applicato a quell'epoca) non significhi che una parte sia costretta a cambiare la propria legge sostanziale o il suo livello di applicazione. L'Organo d'Appello ha tuttavia precisato come tale livello di protezione debba essere lo stesso per i prodotti di origine nazionale e per quelli importati<sup>146</sup>.

Confrontando le misure adottate dalla Corea al fine di prevenire ed eliminare la frode nel settore della vendita al dettaglio della carne con quelle adottate allo stesso fine nell'ambito della vendita all'interno dei ristoranti, l'Organo d'Appello ha ammesso che la Corea volesse assicurare una tutela maggiore al primo settore rispetto al secondo<sup>147</sup>; tuttavia, esso ha ritenuto improbabile che essa volesse perseguire l'eliminazione totale della frode, la quale avrebbe richiesto un divieto totale delle importazioni. Di conseguenza, esso ha dedotto che la reale intenzione del membro fosse di ridurre considerabilmente il rischio in questione; in altri termini, se da una parte si riconosce che il sistema di vendita differenziato possa contribuire all'obiettivo, dall'altra si sottolinea come esso sia solo uno dei tanti possibili al fine di far rispettare l'*Unfair Competition Act*.

Quindi la questione se altri mezzi ugualmente efficaci ma compatibili con l'OMC potessero essere utilizzati rimane aperta<sup>148</sup>.

A questo proposito, l'Organo d'Appello si è detto "non persuaso" del fatto che la Corea non potesse perseguire i propri obiettivi attraverso misure meno restrittive; di conseguenza, esso ha confermato la conclusione del panel secondo la quale la Corea non ha soddisfatto l'onere della prova finalizzato a dimostrare che misure compatibili con l'OMC fossero ragionevolmente disponibili, e in base alla quale le misure in questione non godono della giustificazione ai sensi dell'articolo XX d).

---

<sup>144</sup> *ibid.*, par.164.

<sup>145</sup> *ibid.*, par.166.

<sup>146</sup> *ibid.*, par.176.

<sup>147</sup> *ibid.*, par.177.

<sup>148</sup> *ibid.*, par.178.

E' rilevante notare che, pur raggiungendo la stessa conclusione del panel quanto al carattere necessario delle misure messe in atto, esso abbia negato l'esistenza di un requisito di coerenza all'interno del paragrafo d) – requisito che il panel avrebbe quindi illegittimamente introdotto – in base al quale l'assenza di misure simili in altri settori proverebbe l'esistenza di misure alternative<sup>149</sup>.

Al contrario, l'Organo d'Appello ha affermato che l'esame delle misure utilizzate negli altri settori può fornire elementi utili quanto all'analisi dell'esistenza di tali alternative<sup>150</sup> e che l'utilizzo di metodi compatibili con il sistema GATT-OMC costituisce piuttosto un indizio del carattere non necessario della misura sotto accusa<sup>151</sup>. Anche in questo caso è evidente come i requisiti di coerenza e necessità tendano a confondersi, analogamente a quanto osservato a proposito dell'Accordo SPS.

Il rapporto dell'Organo d'Appello stabilisce quindi una visione - almeno apparentemente - innovativa del concetto di necessità quale esso è inteso all'interno dell'articolo XX d).

Esso stabilisce innanzitutto il principio secondo cui il termine necessario non ha un significato univoco, ma una gamma di significati: questo contrasta in primo luogo con la tradizionale interpretazione del *least restrictive alternative test*.

In secondo luogo, l'Organo d'Appello afferma che, nel valutare il carattere necessario di una misura ai sensi dell'articolo XX d), l'importanza dell'obiettivo debba essere tenuta in considerazione: quest'affermazione è rilevante nella misura in cui va a toccare un elemento – la finalità della misura o meglio la sua importanza – che nel tradizionale test di necessità, almeno formalmente, costituiva un elemento invariabile. In seguito, esso elenca altri due elementi: il contributo della misura all'obiettivo, nonché la restrizione al commercio.

E' soprattutto quest'ultima che ha indotto una parte consistente della dottrina a parlare della creazione di un vero e proprio test di proporzionalità in quanto, nel momento in cui ci si chiede se il perseguimento dell'obiettivo di una misura “valga” la creazione di un ostacolo al commercio, si soppesano e si bilanciano i due ordini di esigenze. In altre parole, ci si chiede se la restrizione creata è proporzionata al vantaggio perseguito.

A questo punto il passaggio cruciale dell'analisi dell'Organo d'Appello è costituito dalla parte in cui esso stabilisce che una misura *non indispensabile* sarà valutata alla luce di alcuni fattori che includono prevalentemente – ma non esclusivamente – i tre fattori sopra citati.

---

<sup>149</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.205.

<sup>150</sup> *Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.170.

<sup>151</sup> *ibid.*, par.172.

Esso pare quindi enucleare una categoria di misure (le così dette misure “indispensabili”) le quali con tutta probabilità saranno considerate necessarie - e altre misure che saranno sottoposte al *weigh and balancing process*.

L'affermazione secondo la quale nel caso in questione si sia creato un vero e proprio test di proporzionalità incontra numerosi ostacoli, in quanto sussistono vari elementi di incertezza relativamente alle componenti del test, alla sua applicazione, e in definitiva alla sua natura.

E' innanzitutto opportuno precisare che la portata delle affermazioni dell'Organo d'Appello può essere pienamente colta solo alla luce di un confronto di quanto verrà affermato nell'ambito della controversia relativa all'amianto; tuttavia, qualche considerazione provvisoria può essere fatta anche con esclusivo riferimento al caso in questione.

Le parole dell'Organo d'Appello sembrano innanzitutto suggerire un rilassamento del test di necessità: al termine viene infatti assegnata un'interpretazione flessibile, che include al proprio interno (vale a dire nella gamma di significati che il termine necessario può assumere) l'accezione di “adatto a”<sup>152</sup>.

Tuttavia, al di là di questa considerazione di ordine generale, stabilire la portata precisa dell'approccio adottato è estremamente difficile.

Un primo forte elemento di incertezza deriva infatti dall'affermazione dell'Organo d'Appello in base alla quale tale test non è autonomo, ma è “compreso” nella determinazione dell'esistenza di una misura restrittiva, altrettanto efficace e meno restrittiva (il classico *least trade restrictive alternative test*), il che sembrerebbe significare che il *weigh and balancing test* altro non è se una precisazione o una scomposizione del vecchio test di necessità. Tale idea sembra confermata dalla frase in cui si afferma che lo standard seguito dal panel nel caso relativo alla Sezione 337 “incapsula” le considerazioni generali fatte dall'Organo d'Appello stesso.

Tuttavia, è necessario notare come i termini “*comprehended*” e “*incapsulates*” non implicino necessariamente una perfetta coincidenza fra due elementi, ma possano anche significare una semplice sovrapposizione.

Ulteriori dubbi derivano dal fatto che, se da una parte l'Organo d'Appello sembra tracciare una distinzione – una gerarchia in un certo senso – fra misure indispensabili e non, esso non chiarisce sulla base di quali fattori condurre questa “scrematura” iniziale. Come si vedrà in seguito, tale punto verrà sviluppato nella controversia relativa all'amianto.

---

<sup>152</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.211.

In terzo luogo, si può notare come non esista una lista chiusa di fattori da analizzare al fine di determinare la necessità<sup>153</sup>, il che fa sorgere una prima questione relativamente all'eventuale esistenza di altri fattori e a quali essi siano. L'analisi dell'Organo d'Appello lascia tali domande irrisolte<sup>154</sup>.

Inoltre, non viene precisato se il test in questione sia di tipo statico o dinamico, in altre parole se esso venga applicato solo alla misura in questione, oppure anche all'eventuale misura alternativa. In base alla seconda soluzione, il test in questione bilancerebbe l'effetto restrittivo sul commercio della misura adottata e della presunta alternativa<sup>155</sup>; tuttavia, se ci si attiene al testo del rapporto, è evidente come la misura alternativa non sia citata.

Diversa parte della dottrina ritiene invece che si tratti di un test statico, osservando che tale tipo di analisi attribuisca un maggior margine di manovra allo Stato che adotta la misura in quanto alla misura alternativa viene dedicata minore attenzione<sup>156</sup>.

Tale elemento, unito al criterio di ragionevolezza, introdurrebbe una sorta di criterio *de minimis* nell'adozione di una misura alternativa, evitando quell'astrattezza nella ricerca di misure alternative - propria della prima giurisprudenza - che è stata oggetto di così numerose critiche.

Altra categoria di problemi riguarda il criterio di ragionevolezza, il quale è sì citato nel test, ma il cui status rimane a mio parere assai vago: non viene infatti fornita alcuna definizione o linea guida nell'applicazione di tale concetto.

A questo proposito, se da una parte il carattere statico del test tende a rafforzare tale criterio a favore della misura adottata - in quanto un confronto stringente fra questa e l'alternativa perde di importanza rispetto al test tradizionale - d'altra parte, è stato affermato che un'alternativa non cessa di essere ragionevolmente disponibile solo perché la sua realizzazione impone dei costi finanziari ed amministrativi<sup>157</sup>.

Anche in questo caso è molto arduo valutare se e in che misura un aumento dei costi verrebbe ritenuto sufficiente per eliminare la misura fra quelle ragionevolmente disponibili; si ricordi a

---

<sup>153</sup> L'Organo d'Appello afferma infatti che il *weigh and balancing test* include prevalentemente ma non esclusivamente i tre fattori citati (*Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.164).

<sup>154</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.211.

<sup>155</sup> D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit., p.139.

<sup>156</sup> *ibid.*

<sup>157</sup> *Korea Beef*, Appellate Body Report, par.181. Analogamente, nel caso *Gasoline*, il panel ha affermato che una misura non cessa di essere ragionevolmente disponibile solo perché implica delle complicazioni a livello amministrativo (par.6.28); infine, nella controversia relativa all'amianto, il panel ha sostenuto che l'esistenza di un'alternativa deve essere valutata alla luce della realtà economica ed amministrativa del Membro, ma anche tenendo in considerazione il fatto che lo Stato deve dotarsi dei mezzi necessari alla messa in atto delle proprie politiche (*Gasoline*, Panel Report, par.8.207). In questo senso vedi anche J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.186.



questo proposito che tale questione è stata all'origine di molte delle critiche rivolte al test di necessità tradizionale.

Altri autori hanno sottolineato un aspetto apparentemente assente dall'articolo XX, vale a dire la relazione causale (o legame razionale) fra la misura e il suo scopo: Desmedt sottolinea infatti come il secondo elemento del *balancing test* verta proprio su questo aspetto<sup>158</sup> e che esso rientri fra gli elementi del test di proporzionalità come applicato ad esempio dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee<sup>159</sup>.

Il legame causale fra la misura e lo scopo è definito non in termini assoluti (la misura è o non è legata allo scopo che persegue) ma secondo una scala<sup>160</sup>; tuttavia, in che misura tale legame esso possa influenzare la legittimità della misura non viene chiarito.

Per quanto concerne il ruolo del terzo criterio – la restrizione al commercio – anche in questo caso le voci sono discordanti: alcuni ritengono infatti che il nuovo test ponga l'accento su un criterio più quantitativo basato sulla restrizione al commercio, e non tanto sulla conformità o meno all'OMC<sup>161</sup>. Altri autori ritengono che quest'ultimo criterio non sia stato abbandonato dagli organi giudicanti, e che la valutazione della restrizione commerciale non costituisca in sé un criterio autonomo nella ricerca di misure alternative, nonostante ciò sia deplorabile da un punto di vista economico<sup>162</sup>.

Altro punto di vista è quello di chi critica *in toto* l'utilizzo del terzo criterio, ritenendo che valutare il grado di discriminazione di una misura sia un esercizio difficile e che non trova alcun fondamento nel testo degli accordi OMC, oltre al fatto che scopo del sistema non è quello di proteggere determinati volumi di prodotti esportati o importati, bensì la relazione competitiva fra i prodotti stessi<sup>163</sup>.

Altro punto del rapporto dell'Organo d'Appello che ha ricevuto attenzione è quello in cui esso dimostra di non credere al livello di protezione che la Corea sostiene di voler perseguire: mentre alcuni autori vedono questo come un'applicazione del principio in base al quale la libertà di scegliere tale livello non deve legittimare violazioni dell'OMC, altri ritengono che l'Organo d'Appello abbia ecceduto, in quanto avrebbe sostituito al propria valutazione a quella del membro<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.468.

<sup>159</sup> *ibid.*, p.444.

<sup>160</sup> Nelle parole dell'Organo d'Appello «*the extent to which the measure contributes to the realization of the end pursued*» (*Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.163).

<sup>161</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.470.

<sup>162</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.214.

<sup>163</sup> D. Luff, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.174.

<sup>164</sup> *ibid.*, p.173 e J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.333.

Tale atteggiamento, se da una parte può apparire incoerente con la dichiarata volontà da parte del sistema di lasciare ai membri la determinazione del livello di protezione scelto, dall'altra mira a raggiungere una certa coerenza nell'atteggiamento dei membri stessi, come si è visto ad esempio a proposito dell'articolo 5.5 dell'Accordo SPS.

Secondo Ortino l'approccio seguito dall'Organo d'Appello può essere interpretato in due modi: da un parte la valutazione del livello di protezione desiderato dalla Corea può essere considerata come un modo implicito di condurre il *weigh and balancing process* fra l'interesse in questione e la restrizione al commercio, analogamente a quanto accade nell'applicazione della proporzionalità *strictu sensu*<sup>165</sup>.

In questo caso, quindi, gli effetti sul commercio sarebbero superiori ai vantaggi forniti dalla legislazione; tale approccio porterebbe chiaramente il requisito della necessità contenuto all'interno del paragrafo d) ben al di là del suo significato tradizionale<sup>166</sup>.

Secondo un'altra prospettiva, tale valutazione non sarebbe altro che un passo necessario al fine di stabilire l'esistenza di misure alternative ugualmente efficaci ma meno restrittive. In questo caso, l'Organo d'Appello non era convinto che il sistema di distribuzione della carne messo in atto dalla Corea fosse stato concepito con la finalità di ridurre a zero il rischio di frode, e verificare questo aspetto era indispensabile al fine di applicare il criterio di necessità.

Secondo l'autore questa seconda interpretazione è più in linea con la tradizionale accezione del termine necessario; tuttavia, l'Organo d'Appello avrebbe dovuto spiegare su quali basi egli ha ritenuto improbabile che la Corea non mirasse ad un livello di rischio zero, e non è comunque chiaro attraverso quali modalità esso abbia determinato il reale (o presunto tale) livello di protezione perseguito dal membro.

A questo proposito, l'Organo d'Appello ha fatto notare che l'eliminazione totale del rischio avrebbe richiesto un divieto totale delle importazioni; sulla base di questa affermazione, è facile concludere come la Corea perseguisse un obiettivo per così dire intermedio; tuttavia, tali conclusioni implicano una serie di valutazioni molto delicate<sup>167</sup>.

Detto ciò, Ortino sottolinea che, anche assumendo che l'Organo d'Appello non abbia errato nella sua valutazione, altri problemi avrebbero potuto sorgere, ad esempio nel caso in cui la legge coreana avesse esplicitamente dichiarato di perseguire un rischio zero. E' infatti legittimo chiedersi come si sarebbe posto l'Organo d'Appello in quel caso<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.207

<sup>166</sup> *ibid.*, p.208

<sup>167</sup> *ibid.*

<sup>168</sup> *ibid.*, p.209

L'autore nota come, secondo un altro approccio, tali questioni dovrebbero essere risolte attraverso l'utilizzo dello *chapeau*, in quanto esso permetterebbe di identificare misure discriminatorie in maniera ingiustificabile o arbitraria, nonostante esse rientrino fra i casi previsti dai paragrafi e soddisfino il test di necessità. Questo accadrebbe ad esempio nel caso di disparità nei livelli di protezione rispetto a situazioni molto simili – il che riporta a quanto affermato a proposito dell'articolo 5.5 dell'Accordo SPS <sup>169</sup>.

Un altro fattore che potrebbe rilevare al fine di identificare una violazione dello *chapeau* sarebbe il fattore economico: l'Organo d'Appello ha infatti sottolineato come l'attuazione della legge Coreana che imponeva il doppio sistema distributivo avesse spostato tutti i costi di esecuzione sulle merci importate, invece di distribuire tali costi fra merci di origine nazionale e merci importate<sup>170</sup>. Tale elemento potrebbe infatti essere indice di una discriminazione arbitraria o ingiustificata oppure di una restrizione dissimulata al commercio.

Una possibile giustificazione dell'Organo d'Appello per aver condotto tutta la sua analisi sulla base del criterio di necessità, e non sulla base dello *chapeau*, può essere rinvenuta nel fatto che è assai difficile dichiarare una misura incompatibile con esso dopo che tale misura ha superato il test di necessità contenuto nei paragrafi b) e d)<sup>171</sup>.

Ciò nonostante, alcuni autori ritengono che sarebbe stato meno controverso risolvere la questione sulla base della mancanza di connessione causale fra la misura e lo scopo, elemento compreso nel test di proporzionalità, tanto da proporre di sostituire tale test con un test di coerenza<sup>172</sup>. Ulteriore critica all'analisi del rapporto dell'Organo d'Appello riguarda l'interpretazione specifica del paragrafo d): Wiers sottolinea infatti come il rapporto di necessità debba sussistere non fra la misura e l'obiettivo, ma fra la misura e la norma della quale essa costituisce l'applicazione.

Se si passa alle – provvisorie - valutazioni che la dottrina ha dato del test inaugurato dall'Organo d'Appello esse variano sensibilmente.

Il *weigh and balancing test* è stato per lo più inquadrato come una forma di rilassamento del vecchio test di necessità, evoluzione positiva ma che, considerato l'elemento di discrezionalità che rischia di assegnare agli organi giudicanti, deve essere guidata dai testi del sistema OMC, dal diritto "secondario" dell'Organizzazione così come dalla *soft law* e dal diritto

---

<sup>169</sup> *ibid.*

<sup>170</sup> *ibid.*, p.209-210 (*Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.181).

<sup>171</sup> *ibid.*, p.210.

<sup>172</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.472.

internazionale esterno all'OMC, in modo da fornire agli organi giudicanti una forma di supporto "democratico".

Da più parti si è infatti ritenuto che il *balancing test* riduca la sicurezza giuridica a causa della variabilità del termine necessario<sup>173</sup> e, anche se alcuni autori ritengono che una certa incertezza sia inevitabilmente connessa allo stesso concetto di proporzionalità, essi mettono in guardia contro i rischi connessi ad un eventuale attivismo giudiziario<sup>174</sup>.

Un'altra parte della dottrina ritiene che un esame di proporzionalità sia auspicabile ma già incluso nel vecchio *least trade restrictive alternative test*, nonché all'interno dello *chapeau*, sotto forma di ricerca di una linea di equilibrio fra i diritti delle diverse parti<sup>175</sup>.

Alla luce di questa considerazione parte della dottrina minimizza l'apporto innovativo del nuovo test notando che, nel paragrafo 161, l'Organo d'Appello sembra fare marcia indietro, dichiarando che il *weigh and balancing process* è compreso nel vecchio test di necessità, e addirittura ha proseguito la sua analisi fondandosi su tale test senza che i tre criteri da lui definiti venissero applicati in maniera sistematica<sup>176</sup>.

Altra parte della dottrina, pur aderendo a questa linea nel riconoscere che il *least trade restrictive alternative test* non è stato abolito, sostiene che la sua prospettiva sia comunque cambiata, e che si vada verso l'applicazione di una proporzionalità *strictu sensu*; tale opzione non viene comunque ritenuta opportuna, in quanto si rischia che un'alternativa sia accettata anche se meno restrittiva, ma quasi ugualmente efficace. In questo senso si ritiene che l'Organo d'Appello avrebbe dovuto limitarsi ad utilizzare il criterio di necessità<sup>177</sup>.

Allo stesso modo, Desmedt ritiene che non ci si trovi ancora di fronte ad un vero e proprio test di proporzionalità in quanto, pur includendo fra i fattori quello relativo alla restrizione al commercio, l'Organo d'Appello non arriva a bilanciare quest'ultimo con l'obiettivo della misura<sup>178</sup> ma si limita ad affermare che misure alternative fossero ragionevolmente disponibili.

In questo senso, anche l'utilizzo del terzo criterio – la restrizione al commercio – non implicherebbe un bilanciamento fra valori non economici e *free trade* (il che rimanderebbe ad

---

<sup>173</sup> *ibid.*, p.466 e D.Luff, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.173.

<sup>174</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.215.

<sup>175</sup> D. Luff, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.174.

<sup>176</sup> *ibid.*, p.699; F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.204.

<sup>177</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.333.

<sup>178</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., pag.472; nello stesso senso D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit., p.136.

un test di proporzionalità *strictu sensu*) ma sarebbe semplicemente un elemento necessario nella valutazione dell'esistenza di alternative meno restrittive<sup>179</sup>.

Ortino sostiene che le parole dell'Organo d'Appello siano una prova evidente della "lotta" nella quale esso si trova nel tentativo di bilanciare l'applicazione flessibile delle norme e la certezza giuridica<sup>180</sup>.

Tutte le opinioni espresse dalla dottrina sembrano quindi ruotare attorno ad alcune idee comuni: innanzitutto esse paiono riconoscere sì elementi di proporzionalità all'interno del nuovo test, senza tuttavia qualificarlo in quanto test di proporzionalità *tout court*.

In secondo luogo, esse tendono a valutare la presenza di un criterio di proporzionalità con estrema prudenza, in quanto si temono gli effetti che ciò potrebbe avere sulla sovranità degli Stati, soprattutto all'interno di un'organizzazione quale l'OMC che ha come proprio scopo non l'integrazione di tipo politico fra i Membri, ma la liberalizzazione dei flussi commerciali.

### 2.1.2 *Asbestos*

La controversia relativa all'amianto rappresenta il primo caso nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie in cui una misura nazionale incompatibile con le norme del sistema multilaterale è stata ritenuta giustificabile ai sensi dell'articolo XX b).

Il caso ha origine da una legge nazionale francese la quale, al fine di tutelare i lavoratori ed i consumatori, poneva un divieto generale di produzione, importazione e vendita di amianto e prodotti contenenti fibre di amianto<sup>181</sup>.

Tale legge prevedeva tuttavia la possibilità di sospendere tale divieto, in via eccezionale e temporanea, nel caso di utilizzo di materiali contenenti crisotile, nel caso non fossero disponibili materiali equivalenti che potessero assicurare un rischio inferiore per i lavoratori, pur fornendo le stesse prestazioni tecniche<sup>182</sup>.

Il Canada è quindi ricorso al sistema di risoluzione delle controversie, sostenendo che la legge francese costituisse una norma tecnica ai sensi dell'allegato I.1 dell'Accordo TBT<sup>183</sup>, che fosse incompatibile con l'Accordo stesso<sup>184</sup> e che violasse altresì l'articolo III paragrafo:4 e

---

<sup>179</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.205.

<sup>180</sup> *ibid.*, p.204.

<sup>181</sup> *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Report of the Panel, WT/DS135R del 12 settembre 2000, par.2.3.

<sup>182</sup> *ibid.*, par.2.5.

<sup>183</sup> *ibid.*, par.3.1 lett.a.

<sup>184</sup> *ibid.*

l'articolo XI paragrafo 1 del GATT 1994<sup>185</sup>, senza poter essere giustificato ai sensi dell'articolo XX.

Il panel ha innanzitutto stabilito che i prodotti come PVA, cellulosa e fibre di vetro e prodotti di crisotile-cemento e fibro-cemento fossero prodotti "simili" all'amianto, e che di conseguenza si fosse in violazione dell'articolo III:4, in quanto la legge francese riservava un trattamento sfavorevole ai prodotti di amianto rispetto a quello attribuito a prodotti simili contenenti fibre sostitutive<sup>186</sup>.

Il panel ha quindi preso in considerazione l'articolo XX b), e ha considerato innanzitutto come, in base allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, le fibre di amianto ed i prodotti che lo contengono costituiscano un rischio per la salute<sup>187</sup>; di conseguenza, la normativa francese ricadeva all'interno del paragrafo b)<sup>188</sup>.

Esso ha poi applicato il principio di necessità previsto da tale paragrafo come tradizionalmente applicato dalla giurisprudenza GATT e OMC e sulla base del *least trade restrictive alternative test* si è chiesto se il così detto "uso controllato" dell'amianto e dei prodotti che lo contengono potesse raggiungere gli obiettivi di sicurezza perseguiti dalla Francia.

Esso ha osservato come, alla luce di tali obiettivi, tali misure non potessero essere considerate ragionevolmente disponibili, in quanto erano non in grado di realizzare il livello di protezione desiderato<sup>189</sup> (pur considerando che esse avrebbero avuto un minore impatto sul commercio) e ha quindi concluso che le condizioni del test di necessità fossero soddisfatte<sup>190</sup>.

Per quanto concerne lo *chapeau*, il panel non ha rilevato profili di incompatibilità della norma; esso ha quindi dichiarato la misura sotto accusa giustificabile ai sensi dell'articolo XX b)<sup>191</sup>.

L'Organo d'Appello ha preso in considerazione l'analisi del panel rispetto alla similarità dei prodotti e, pur confermando i criteri che utilizzati dal panel, ha sostenuto che esso non ne avesse fatto un'applicazione corretta, e che i prodotti in questione non potessero essere considerati simili, in ragione delle loro differenti caratteristiche e in particolare dei rischi apportati dall'utilizzo di alcune fibre piuttosto che altre<sup>192</sup>.

---

<sup>185</sup> *ibid.*, par.3.1 lett.b.

<sup>186</sup> *ibid.*, par.8.144.

<sup>187</sup> *ibid.*, par.8.188.

<sup>188</sup> *ibid.*, par.8.194.

<sup>189</sup> *ibid.*, par.8.217.

<sup>190</sup> *ibid.*, par.8.223.

<sup>191</sup> *ibid.*, par.8.240.

<sup>192</sup> *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS135R/AB del 12 marzo 2000, par.113; più precisamente l'Organo d'Appello si è richiamato alla stessa giurisprudenza citata dal panel a cui ha aggiunto però la classificazione tariffaria (par.101)

In particolare, per quanto riguarda la richiesta della Comunità Europea di tenere in considerazione il rischio al fine di determinare la similarità dei prodotti, l'Organo d'Appello ha confutato le osservazioni del panel secondo le quali ciò avrebbe reso inutili le eccezioni dell'articolo XX<sup>193</sup>.

In seguito l'Organo d'Appello, pur avendo considerato che i prodotti in questione non erano simili e che quindi non vi era alcuna violazione dell'articolo III, ha comunque preso in considerazione l'articolo XX, e in particolare le domande del Canada relative alla corretta applicazione del paragrafo b) da parte del panel<sup>194</sup>.

È da notare come l'Organo d'Appello avrebbe potuto evitare di riconsiderare le conclusioni del panel a proposito dell'articolo XX, in quanto esso aveva risolto il caso in base ad un ragionamento diverso rispetto a quello condotto dal gruppo di esperti; avendo infatti stabilito che i due gruppi di prodotti non erano simili e che quindi non era avvenuta alcuna violazione dell'articolo III, l'analisi dell'articolo XX avrebbe potuto essere evitata.

Ortino evidenzia tuttavia due possibili spiegazioni a questo comportamento dell'Organo d'Appello<sup>195</sup>.

In primo luogo, l'autore sottolinea come esso non avesse propriamente concluso che le fibre in amianto e le fibre sostitutive non fossero simili, ma si fosse limitato ad osservare come il Canada non avesse apportato prove sufficienti quanto alla loro similarità. In conseguenza, l'Organo d'Appello potrebbe aver ritenuto opportuno esaminare la giustificazione della misura francese.

---

<sup>193</sup> *Asbestos*, Appellate Body Report, par.113. Il panel (*Asbestos*, Panel Report, par.8.130) aveva giustificato la propria scelta di non introdurre il rischio fra i fattori che possono determinare la similarità o meno di un prodotto sulla base del fatto che questo avrebbe avuto come effetto quello di rendere nulli gli effetti dell'articolo XX b). Più precisamente, tale criterio applicato all'articolo III avrebbe annullato la differenza – invece fondamentale – fra questo e l'articolo XX; infatti, mentre quest'ultimo è specificamente rivolto alla protezione della salute umana, l'articolo III non lo è. Il panel ha infatti affermato che ammettere il rischio fra i fattori determinanti la similarità avrebbe permesso ad un Membro di scavalcare facilmente il test di necessità, nonché i criteri enunciati dallo *chapeau*.

Al contrario, l'Organo d'Appello ha affermato che, nonostante gli articoli III e XX siano disposizioni distinte e debbano essere interpretate autonomamente, il fatto che una determinata interpretazione dell'articolo III conduca ad un ricorso meno frequente dell'articolo XX non priva quest'ultimo del suo "effetto utile", il che accadrebbe solo se esso non fosse più in grado di giustificare misure finalizzate alla tutela della salute umana.

Prendere in considerazione l'esistenza del rischio per i consumatori derivante dalle caratteristiche fisiche di un prodotto non impedisce quindi che una misura incompatibile con l'articolo III possa essere giustificata ai sensi dell'articolo XX.

A questo proposito, esso ha altresì osservato come il rischio svolga una funzione diversa nei due articoli: mentre nell'articolo III esso sarebbe rilevante al fine di determinare il rapporto concorrenziale fra prodotti su un dato mercato, nell'articolo XX esso servirebbe a stabilire se un membro che ha adottato una misura incompatibile con l'OMC possa giustificarla sulla base dell'obiettivo di ridurre il rischio (par.115).

<sup>194</sup> *Asbestos*, Appellate Body Report, par.133.

<sup>195</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.371.

In secondo luogo, l'Organo d'Appello aveva rifiutato il ragionamento del panel relativo all'applicazione dell'Accordo TBT<sup>196</sup>, senza tuttavia completare l'analisi in merito<sup>197</sup>, il che avrebbe potuto permettere l'avvio di una seconda procedura da parte del Canada. Quindi l'Organo d'Appello potrebbe aver voluto evitare ciò, dimostrando come la misura francese fosse comunque giustificabile ai sensi dell'articolo XX.

Secondo Ortino tale ragionamento è fondato sul fatto che le argomentazioni utilizzate nell'ambito dell'articolo XX b) possono trovare applicazione altresì all'interno dell'Accordo TBT<sup>198</sup>.

L'Organo d'Appello ha in primo luogo confermato le osservazioni del panel riguardo al fatto che la misura francese ricadesse fra quelle previste dal paragrafo b)<sup>199</sup>. In secondo luogo esso ha preso in considerazione il suo carattere necessario, e ha ripreso l'affermazione del panel secondo la quale tale caratteristica doveva essere analizzata alla luce dell'eventuale esistenza di misure alternative ugualmente efficaci<sup>200</sup>.

Esso ha poi – almeno apparentemente – trasferito i criteri utilizzati in *Korea – Beef* a proposito del paragrafo d) al paragrafo b), dopo aver precisato come nella valutazione dell'esistenza di un'alternativa ragionevolmente disponibile vari fattori debbano essere tenuti in considerazione, fra cui la difficoltà della messa in atto di tale alternativa<sup>201</sup>.

In seguito, l'Organo d'Appello ha citato solo due dei fattori del *weigh and balancing process*, vale a dire il contributo apportato dalla misura allo scopo perseguito e l'importanza dello scopo stesso, tralasciando quindi la restrizione al commercio.

Una volta osservato che i valori protetti – la vita e la salute umana – erano valori fondamentali,<sup>202</sup> l'Organo d'Appello ha analizzato se la misura alternativa proposta dal Canada (l'utilizzo controllato delle fibre di amianto) fosse sufficientemente efficace per ottenere il livello di protezione perseguito dalla Francia - vale a dire un livello di rischio zero – e ha fornito una risposta negativa<sup>203</sup>; sulla base di questi elementi, esso ha concluso che il divieto di importazione francese fosse giustificabile sulla base dell'articolo XX b)<sup>204</sup>.

---

<sup>196</sup> *Asbestos*, Appellate Body Report, par.65.

<sup>197</sup> *ibid.*, par.83.

<sup>198</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.371.

<sup>199</sup> *Asbestos*, Panel Report, par.8.194; *Asbestos*, Appellate Body Report, par.163.

<sup>200</sup> *Asbestos*, Panel Report, par.8.22; *Asbestos*, Appellate Body Report, par.164.

<sup>201</sup> *Asbestos*, Appellate Body Report, par.172.

<sup>202</sup> *ibid.*

<sup>203</sup> *ibid.*, par.174.

<sup>204</sup> *ibid.*, par.175.



### 2.1.3 Da *Korea-Beef* ad *Asbestos*: un'evoluzione incompleta

Il caso dell'amianto ha costituito la prima occasione in cui una misura restrittiva degli scambi è stata ritenuta giustificabile ai sensi dell'articolo XX b); esso è inoltre il primo caso in cui gli organi giudicanti si sono occupati esplicitamente della questione della conformità a tale articolo di una misura finalizzata alla protezione della vita e della salute umana.

Tuttavia, l'aspetto che maggiormente rileva ai fini della nostra analisi, è la modalità attraverso la quale è stato condotto il test di necessità, e in particolare il suo rapporto con il test condotto dall'Organo d'Appello in *Korea – Beef*, tanto che ai fini della nostra analisi una trattazione congiunta dei due casi è indispensabile.

E' stato infatti sottolineato come, nel caso relativo all'amianto, l'Organo d'Appello, se da una parte si è ispirato al *weigh and balancing test*, dall'altra l'ha applicato solo parzialmente; ci si può quindi domandare quale significato sia attribuibile al procedimento seguito.

Neumann e Türk osservano a questo proposito che, dal momento che l'Organo d'Appello ha raggiunto le proprie conclusioni sulla base del fatto che una misura alternativa ragionevolmente disponibile e ugualmente efficace non fosse utilizzabile, non ci sarebbe stato alcun bisogno di citare il *weigh and balancing process*<sup>205</sup>.

I due autori escludono che scopo dell'Organo d'Appello fosse di sancire il proprio diritto a valutare se una misura restrittiva sia indispensabile, e questo in base a vari motivi.

In primo luogo, lo stesso Organo d'Appello ha ribadito il principio in base al quale i membri sono liberi di stabilire il proprio livello di protezione della salute umana; in secondo luogo, esso ha affermato che misure indispensabili al raggiungimento di un certo obiettivo senza dubbio saranno considerate necessarie. In terzo luogo, un'interpretazione di "necessario" suscettibile di mettere in discussione il fine ultimo perseguito dallo Stato non sarebbe conforme ai criteri sanciti dalla Convenzione di Vienna del 1969; infine, l'Organo d'Appello ha chiarito come qualsiasi misura alternativa dovesse essere ugualmente efficace ai fini del raggiungimento dell'obiettivo.

Secondo Neumann e Türk, l'Organo d'Appello ha voluto esplicitare la propria "politica giudiziaria", chiarendo che il *weigh and balancing test* non deve valutare il livello della protezione rispetto alla restrizione creata al commercio, ma si riferisce solamente alla questione dell'esistenza di un'alternativa ragionevolmente disponibile, ugualmente efficace e meno restrittiva.

Nel momento in cui si stabilisce che tale alternativa non è disponibile – come avvenuto relativamente alla misura francese in questione – il test non viene applicato.

---

<sup>205</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.212.

Tuttavia, misure che *non* sono indispensabili saranno sottoposte a tale test e più importante il valore protetto, più efficace e meno restrittiva la misura, e più probabilmente la misura in questione sarà considerata necessaria. Questo implica che l'importanza dell'obiettivo potrà influire sulla legalità di una misura, il che conduce alla domanda se, in assenza di consenso fra i membri a questo proposito, gli organi giudicanti dell'OMC siano in grado di fare tale valutazione<sup>206</sup>.

Secondo questa interpretazione, quindi, l'Organo d'Appello ha sì citato il *weigh and balancing test*, ma non l'ha applicato, in quanto la misura era indispensabile; tale caratteristica fa sì che l'unica valutazione che può essere compiuta dagli organi giudicanti sia il vecchio *least trade restrictive alternative test*, senza che l'obiettivo ultimo sia messo in discussione.

In questo senso, è importante osservare come l'obiettivo in questione ricoprisse un'importanza particolare e fosse incluso in una lista chiusa di obiettivi, quale quella del paragrafo b).

Tale analisi viene confermata e precisata da Osiro, la quale ritiene che l'interpretazione del test di necessità adottata nel caso relativo all'amianto abbia costituito un chiarimento ed una razionalizzazione del *weigh and balancing test*<sup>207</sup>. Nel corso della prima controversia, infatti, l'Organo d'Appello ha ridotto la gamma di significati che il termine "necessario" può assumere a due categorie: le misure indispensabili e quelle non indispensabili, il che ha permesso di strutturare il test diversamente.

Una prima fase dell'analisi valuta infatti questa prima caratteristica: una misura sarà considerata indispensabile se costituisce l'unico modo per raggiungere un determinato obiettivo.

La seconda fase include il *least trade restrictive alternative test*, che sarà applicato solo se la misura non è indispensabile. Questo permette da un parte di stabilire una sequenza precisa nell'analisi, e dall'altra di enunciare i fattori rilevanti al primo stadio dell'analisi stessa, vale a dire l'importanza dell'obiettivo e il carattere più o meno efficace della misura<sup>208</sup>.

I due risultati principali derivanti da questo sviluppo consistono nel fatto che, attraverso il *balancing process*, un elemento di proporzionalità viene immesso nel test di necessità, e che è

---

<sup>206</sup> *ibid.*, p.213.

<sup>207</sup> In questo senso vedi anche Howse e Turk, i quali si limitano però ad osservare come in *Asbestos* l'Organo d'Appello abbia raffinato il test e - riprendendo quanto già affermato in *Korea-Beef* - abbia applicato il criterio secondo il quale misure indispensabili saranno con tutta probabilità ritenute necessarie (R. Howse, E. Turk, *The WTO Impact on Internal Regulations - A case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute*, p.325, *Asbestos*, Appellate Body Report, par.172-175). Essi osservano tuttavia che, al fine di rimanere coerenti con quanto affermato dall'articolo 31 della convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, qualora esso stabilisca una gerarchia fra i diversi valori enunciati dall'articolo XX, l'Organo d'Appello dovrebbe attenersi alle gerarchie implicitamente o esplicitamente stabilite dal diritto internazionale generale (p.326).

<sup>208</sup> D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit., p.134.

stata creata una distinzione gerarchica fra misure. Alcune di esse verranno infatti considerate di vitale importanza e saranno sottoposte solo alla prima fase dell'analisi, mentre le altre (quelle non indispensabili) dovranno superare il *least trade restrictive alternative test*.

Secondo Osiro il test di necessità può quindi riassumersi nelle seguenti fasi<sup>209</sup>:

- i) analisi del carattere adeguato della misura in relazione agli scopi enumerati dai paragrafi
- ii) valutazione del carattere indispensabile; in caso positivo la misura sarà considerata valida ai sensi dell'articolo XX, a patto che soddisfi le condizioni dello *chapeau*
- iii) nel caso una misura non sia indispensabile il test di necessità, il quale implica la presa in considerazione degli effetti restrittivi sul commercio.

La distinzione gerarchica in questione è dunque incentrata sugli interessi o valori in discussione; nel caso dell'amianto, si può quindi concludere che l'Organo d'Appello abbia ritenuto opportuno rinunciare al test di necessità, perché i valori protetti erano particolarmente importanti, e dunque la misura è stata considerata necessaria indipendentemente dai suoi effetti sul commercio.

L'analisi è stata quindi confinata ai primi due fattori citati in *Korea-Beef*; in quest'ultimo caso infatti, il sistema di distribuzione della carne, che perseguiva un obiettivo di tipo economico, non è stato ritenuto ugualmente importante, ed è stato valutato alla luce del suo impatto sul commercio, il che ha implicato un controllo di proporzionalità<sup>210</sup>.

Tuttavia, a mio parere, tale approccio - che pure è intellettualmente attraente - mal si concilia con l'affermazione fatta dall'Organo d'Appello in *Korea -Beef* secondo la quale lo standard descritto dal panel nella controversia relativa alla Sezione 337 della legge doganale degli Stati Uniti racchiude le considerazioni generali fatte dallo stesso Organo d'Appello, e il *weigh and balancing process* è compreso all'interno dell'analisi dell'esistenza di un'alternativa ragionevolmente disponibile.

Da questa affermazione sembra che l'Organo d'Appello implicasse che tutti e tre i fattori fossero parte dell'analisi più generale relativa all'esistenza di misure alternative (il vecchio *least trade restrictive alternative test*) - il che ha portato parte della dottrina ad affermare che *Korea-Beef* non avesse apportato alcuna innovazione sostanziale - analisi applicata a tutte le misure indistintamente, indispensabili e non. In pratica, il *weigh and balancing test* non sarebbe che una "scomposizione" del vecchio test di necessità, una precisazione degli elementi che lo compongono (elementi che, per di più, vengono ritenuti da parte della dottrina non esaustivi).

---

<sup>209</sup> *ibid.*, p.135.

<sup>210</sup> *ibid.*, p.136 ; D. Luff, *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op. cit., p.167.

Al contrario, l'idea espressa da Ortino di una gerarchizzazione delle misure e di una dicotomizzazione del test sembra andare al di là delle parole dell'Organo d'Appello, perché in questo caso la ricerca dell'alternativa (il tradizionale test di necessità) verrebbe in rilievo solo nell'ambito del terzo fattore del test, e cioè solo per le misure non indispensabili.

A questo punto la prospettiva sembra però invertirsi: non è il test di necessità che "contiene" il *weigh and balancing test* – come affermato dallo stesso Organo d'Appello – ma al contrario è quest'ultimo che contiene il primo, nel senso che la necessità rileva solo al terzo stadio dell'analisi.

In altre parole, se la necessità viene in rilievo solo dopo aver appurato i primi due elementi essa acquista in ruolo per così dire "sussidiario" rispetto ad un processo più ampio, quello appunto delineato dall'Organo d'Appello in *Korea-Beef*.

Inoltre, il ruolo giocato dalla proporzionalità all'interno di questo procedimento non è a mio parere chiaro.

Se si segue l'approccio secondo il quale il *weigh and balancing test* è semplicemente una scomposizione del test di necessità, si può a questo punto sposare la tesi di chi sostiene che l'Organo d'Appello non abbia dato vita ad un vero e proprio test di proporzionalità; questo elemento è sicuramente presente, ma la struttura fondamentale resta quella della ricerca della misura alternativa *all'interno della quale* si introduce un elemento di proporzionalità (il bilanciamento dei tre fattori). In altre parole, al fine di determinare l'esistenza dell'alternativa si valutano i tre elementi di cui sopra.

Al contrario, se si adotta la distinzione proposta da Osiro fra misure indispensabili e non il ruolo della proporzionalità è meno chiaro: esso verrebbe infatti in rilievo al primo stadio dell'analisi (valutazione del carattere indispensabile della misura) o al secondo?

L'idea stessa di proporzionalità sembra richiamare un bilanciamento fra la misura e il pregiudizio al commercio da essa causato, e sembra quindi inscrivere all'interno della seconda fase; tuttavia, essa sarebbe presente anche all'interno della prima, in quanto si potrebbe argomentare che la valutazione dello scopo della misura non possa avvenire in astratto, e implichi un elemento di proporzionalità.

Gli organi giudicanti non potrebbero infatti decidere sull'importanza di un obiettivo senza confrontarlo, almeno implicitamente, con altri obiettivi.

A mio parere la giurisprudenza contiene a questo stadio degli elementi di incertezza e necessita di ulteriori chiarimenti; in particolare, ritengo che l'Organo d'Appello nel rapporto *Korea-Beef* abbia assunto una posizione sostenibile nel caso di misure del tipo di quelle adottate dalla Corea (implicanti interessi di tipo economico) ma poi abbia dovuto in un certo

senso ridimensionare la propria posizione nel caso dell'amianto, in quanto lo stesso approccio sarebbe stato più difficilmente accettabile in un settore così sensibile quale la tutela della salute.

Da questo "ridimensionamento" discende la gerarchizzazione fra misure delineata da Osiro<sup>211</sup>; tuttavia, ritengo che una distinzione così chiara non fosse effettivamente presente nelle parole dell'Organo d'Appello, altrimenti sarebbe stata esplicitata.

Inoltre l'approccio "differenziato" che sembra emergere dal confronto fra *Korea-Beef* e *Asbestos* non è stato esente da critiche di tipo sostanziale. La maggiore deferenza assegnata agli obiettivi di tipo non economico potrebbe infatti aprire la porta ad una casistica differenziata a seconda dell'argomento in questione, come accade nell'ambito della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Tale atteggiamento potrebbe altresì favorire un certo attivismo giudiziario nonché una certa incertezza giuridica<sup>212</sup>. Ciò sarebbe difficilmente conciliabile con l'affermazione, fatta dal panel nel caso delle sigarette thailandesi, secondo la quale il termine "necessario" presenta lo stesso significato nei due paragrafi<sup>213</sup>.

Questo approccio implicherebbe in generale un'analisi più severa del criterio di necessità all'interno del paragrafo d) rispetto al paragrafo b), in quanto il primo persegue generalmente obiettivi di tipo economico; tuttavia, è da notare come questo tipo di interessi siano spesso legati ad interessi di tipo individuale – basti pensare alla protezione della proprietà intellettuale<sup>214</sup>. Inoltre è opportuno notare come il criterio di necessità all'interno del paragrafo d) dovrebbe applicarsi non ai rapporti fra la misura e l'obiettivo, ma fra essa e l'applicazione di una norma o di un regolamento compatibile col GATT. Infatti tale paragrafo utilizza l'espressione "relativo a" - e non "necessario" - come test concernente al rapporto fra la misura e l'obiettivo del regolamento che essa dovrebbe attuare.

Infine Neumann e Türk pongono il seguente problema: nel caso *Asbestos* l'Organo d'Appello aveva a che fare con una misura indispensabile inclusa in una lista chiusa di obiettivi, e ha deciso di non applicare il *weigh and balancing test*. Come si sarebbe comportato nel caso di una misura non indispensabile ugualmente inclusa in una lista chiusa di obiettivi? Avrebbe trasferito il test adottato in *Korea-Beef* dal paragrafo d) al paragrafo b)? In altre parole, il fatto

---

<sup>211</sup> D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit., p.135.

<sup>212</sup> J. Wiers, *Trade and environment in the EC and WTO*, op. cit., p.332; J. Neumann e E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.215.

<sup>213</sup> *Thai cigarettes*, Panel Report, par.74; J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.186

<sup>214</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.333.

che una misura non sia indispensabile autorizza gli organi giudicanti ad applicare il test, nonostante l'obiettivo perseguito sia incluso all'interno della disposizione?

Un'altra differenza rilevante fra i due casi analizzati riguarda la valutazione del livello di protezione scelto dallo Stato e il ruolo svolto dalla proporzionalità in questo senso.

Fermo restando il fatto che il test in questione non sembra voler sottoporre il livello di protezione ad un'analisi di proporzionalità, quest'ultimo elemento può comunque valutarne la coerenza; in *Korea Beef* infatti, se da una parte è stato riconosciuto il diritto degli Stati di fissare autonomamente il livello di protezione, dall'altra è stato affermato come gli organi giudicanti non siano disposti ad accettare obiettivi irrealistici, nel caso in cui la misura in questione non sia chiaramente in grado di perseguirli.

Nel caso in questione, infatti, l'Organo d'Appello non ha creduto all'obiettivo dichiarato dalla Corea proprio sulla base del fatto che il metodo utilizzato fosse inadeguato, e ha fornito la propria valutazione di quale fosse il livello di protezione realmente perseguito.

Nel caso relativo all'amianto il Canada, probabilmente contando su questo ragionamento, ha tentato di mettere a confronto l'obiettivo scelto e il mezzo utilizzato, ma a quel punto l'Organo d'Appello ha rifiutato qualsiasi valutazione della proporzionalità dell'obiettivo<sup>215</sup>. La ragione di questo rifiuto va ricercata nel fatto che, come si è visto in precedenza, il valore perseguito era di estrema importanza e la misura era indispensabile.

Il fatto di non applicare il *weigh and balancing test* presenta quindi delle conseguenze sulla valutazione della coerenza dell'obiettivo, oltre che sulla necessità della misura. Come si è avuto occasione di notare in precedenza a proposito degli accordi SPS e TBT, coerenza e necessità presentano quindi un legame logico.

## 2.2 *Sardines: la proporzionalità nell'Accordo TBT*

Il problema dei criteri di necessità e proporzionalità è finora stato analizzato relativamente alla giurisprudenza legata all'articolo XX GATT e dell'articolo XIV GATS, vale a dire nell'ambito di due disposizioni che tecnicamente costituiscono delle eccezioni.

Tuttavia, vale la pena chiedersi se e in che misura tali problemi vengano in rilievo all'interno di un accordo, quale l'Accordo sugli Ostacoli Tecnici agli Scambi, in cui la funzione di tutela di determinati valori ed interessi collettivi è svolta non da eccezioni, ma da obblighi di tipo positivo.

---

<sup>215</sup> D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit., p.138.

La controversia<sup>216</sup> ha origine da una misura adottata dalla Comunità Europea (il Regolamento n.2136/89) il quale stabilisce che solo i prodotti derivanti dalla *Sardina Pilchardus* (la quale popola le acque del Mar Mediterraneo, del Mar Nero e dell'Atlantico nord-orientale) potevano essere commercializzati in quanto sardine in scatola, e quindi usufruire del nome "sardina". Tale misura vietava quindi l'utilizzo di questo nome alla *Sardina Sagax* (la quale si trova nell'Oceano Pacifico lungo le coste del Perù e del Cile), appartenente alla stessa famiglia, ma ad un genere diverso rispetto alla *Sardina Pilchardus*<sup>217</sup>; la prima presenta tuttavia varie caratteristiche simili rispetto alla seconda, ed è generalmente utilizzata nella preparazione di prodotti in scatola a base di pesce<sup>218</sup>.

La misura in questione è stata quindi contestata dal Perù, soprattutto sulla base del fatto che il Codice Stan 94 elaborato dalla Commissione Codex Alimentarius della FAO stabilisce che i prodotti generalmente conosciuti sotto il nome di sardine in scatola siano prodotti a partire da 21 diverse specie, fra cui la *Sardina Pilchardus* e la *Sardina Sagax*<sup>219</sup>.

Ai fini della nostra analisi, il problema può essere impostato partendo dall'articolo 2.2 dell'Accordo TBT e chiedendosi in primo luogo se esso instauri un vero e proprio test di proporzionalità capace di mettere in discussione l'obiettivo della misura, e in secondo luogo se al suo interno si possa rinvenire un test simile al *weigh and balancing process*.

Per quanto concerne il primo problema, si è visto in precedenza come parte della dottrina ritenga che l'articolo 2.2 introduca un rilassamento del test di necessità e permetta di mettere in discussione la legittimità dell'obiettivo perseguito.

Nel caso in questione, tale idea sembra trovare conferma, in quanto, se da una parte il panel ha ricordato il diritto dei Membri di decidere quali obiettivi politici perseguire e a che livello, dall'altra esso ha affermato che essi non possano creare ostacoli non necessari al commercio<sup>220</sup>. In particolare, esso ha sostenuto che l'Accordo TBT concede un certo grado di deferenza rispetto agli obiettivi di politica interna, ma che allo stesso tempo tale deferenza tende ad essere ridotta rispetto ai mezzi che i membri decidono di impiegare<sup>221</sup>. Esso pare quindi delineare un'analisi in due parti: una prima determinazione degli obiettivi politici, e un controllo multilaterale sotto l'egida dell'Organizzazione dei mezzi utilizzati.

Tuttavia, successivamente, il panel ha abbandonato questo approccio e ha suggerito che la questione della legittimità dell'obiettivo debba essere stabilita dal panel in quanto organo

---

<sup>216</sup> *European Communities - Trade Description of Sardines*, Report of the Panel, WT/DS231/R, del 29 maggio 2002.

<sup>217</sup> *ibid.*, par.2.5-2.6.

<sup>218</sup> *ibid.*, par.2.2 e 2.4.

<sup>219</sup> *ibid.*, par.2.8.

<sup>220</sup> *ibid.*, par.7.120.

<sup>221</sup> *ibid.*

multilaterale<sup>222</sup>; tale posizione del panel è stata inoltre condivisa dall'Organo d'Appello, il quale ha affermato l'opportunità di una valutazione della legittimità degli obiettivi della misura<sup>223</sup>.

Tutto ciò confermerebbe quindi i timori di chi sostiene che l'articolo 2.2 fornisca agli organi giudicanti la facoltà di escludere a priori la legittimità degli obiettivi perseguiti.

Un secondo problema che ci si può porre consiste nell'analizzare come il *weigh and balancing test* possa eventualmente condursi all'interno dell'articolo TBT; in altre parole nel chiedersi se ciò che è stato affermato in *Korea-Beef* a proposito dell'articolo XX GATT può applicarsi all'interno dell'articolo 2.2 dell'Accordo TBT.

Come si è visto nei paragrafi precedenti, l'articolo 2.2 impone tre tipi di requisiti: il fatto che la misura persegua un obiettivo legittimo (a cui segue una lista esemplificativa di obiettivi); il carattere adeguato della misura, ed il suo carattere necessari.

Considerata l'importanza assunta dalla rilevanza dell'obiettivo all'interno della giurisprudenza relativa all'articolo XX, ci si può chiedere a quale stadio del test incluso all'interno dell'articolo 2.2 tale elemento dovrebbe essere inserito: al primo stadio o al terzo? Neumann e Türk suggeriscono quest'ultima soluzione, in quanto essa sarebbe in linea con l'approccio seguito dall'Organo d'Appello in *Korea-Beef*; in questo caso, infatti, la disposizione in questione – il paragrafo d) – parallelamente all'articolo 2.2, includeva una lista aperta di obiettivi, e l'Organo d'Appello ha affermato che il *weigh and balancing test* è compreso all'interno del test di necessità e non all'interno della valutazione della legittimità dell'obiettivo<sup>224</sup>.

Sarebbe quindi opportuno che quest'ultima rientrasse all'interno del terzo requisito richiesto dall'articolo 2.2 (il carattere necessario della misura appunto), piuttosto che all'interno del primo (il fatto che la misura persegua un obiettivo legittimo).

Il fatto che nell'articolo XX d), così come nell'articolo 2.2, la lista di obiettivi sia aperta, gioca nel senso che l'esistenza possibile di altri obiettivi legittimi impedirebbe o comunque renderebbe poco opportuna una valutazione dell'importanza dell'obiettivo stesso.

---

<sup>222</sup> *ibid.*, par.7.121-7.122. In particolare nel par.7.121 il panel ha affermato che : «Article 2.4 refers to "the legitimate objective pursued". The ordinary meaning of "to pursue" is "to try to obtain or accomplish" and "to aim at". Thus, a "legitimate objective pursued" is a legitimate objective which a Member aims at or tries to accomplish. Only the Member pursuing the legitimate objective is in a position to elaborate the objective it is trying to accomplish. Panels are, however, required to determine the legitimacy of those objectives.»

<sup>223</sup> *European Communities - Trade Description of Sardines*, Report of the Appellate Body, WT/DS231/AB/R, del 26 settembre 2002, par.286.

<sup>224</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.219.



Dal momento che, alla luce del confronto fra *Korea Beef* e *Asbestos*, l'Organo d'Appello sembra aver considerato l'importanza dell'obiettivo all'interno del test di necessità solo relativamente alle misure non indispensabili, Neumann e Türk ipotizzano che :

- sia plausibile il trasferimento del test creato dall'Organo d'Appello in *Korea-Beef* dall'articolo XX d) all'articolo 2.2, per ciò che concerne le misure non indispensabili; in altri termini a tali misure verrà applicato *il weigh and balancing test*.
- seguendo lo stesso approccio (nel caso di una lista aperta e di misure indispensabili) la legittimità dell'obiettivo possa essere messa in discussione solo se esso non è incluso all'interno della lista stessa; questo sarebbe quindi il caso dell'articolo XX d) e dell'articolo 2.2<sup>225</sup>.

Tuttavia, quest'idea rimane problematica, ed è soggetta alle critiche citate in precedenza, a causa delle implicazioni che essa avrebbe a livello di sovranità dei membri, ma anche alla luce dell'affermazione, fatta dallo stesso Organo d'Appello, secondo la quale misure indispensabili sicuramente saranno ritenute necessarie<sup>226</sup>. Inoltre, se la misura è indispensabile - e quindi non può essere modificata - in base ad una corretta interpretazione del criterio di necessità, a maggior ragione non può esserlo l'obiettivo.

Inoltre, si è visto come l'Organo d'Appello in *Asbestos* non ha condotto il *weigh and balancing test*, in quanto l'obiettivo era vitale e la misura indispensabile; tuttavia, ci trovavamo nel caso di una lista chiusa e di un obiettivo citato al suo interno, e gli autori si chiedono come una situazione simile avrebbe giocato all'interno dell'articolo 2.2<sup>227</sup>. In altre parole, nel caso ci si trovi di fronte ad una lista aperta e ad una misura indispensabile, il fatto che l'obiettivo sia citato o meno cambierebbe la situazione?

Da un lato, nel caso *Sardines*, la Comunità Europea ha affermato che il carattere non esaustivo della lista implicasse il rifiuto da parte dei redattori dell'accordo di esprimere un giudizio quanto all'importanza degli obiettivi in questione, ma dall'altro Neumann e Türk suggeriscono che gli obiettivi elencati godano di un trattamento preferenziale. Essi giustificano tale affermazione richiamandosi all'articolo 2.5 dell'Accordo TBT, in base al quale norme tecniche che perseguono uno degli obiettivi racchiusi nella lista dell'articolo 2.2 e che sono in conformità con gli standard internazionali godranno di una presunzione di necessità. Secondo gli autori, tale disposizione implicherebbe una presunzione opposta, vale a dire il fatto che, nel caso l'obiettivo non sia elencato, lo Stato che ha adottato la misura dovrà

---

<sup>225</sup> *ibid.*, p.220.

<sup>226</sup> *Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.166 citato in *Asbestos*, Appellate Body Report, par.172.

<sup>227</sup> J. Neumann, E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines*, op. cit., p.220.

sostenere un onere della prova più pesante, pur essendo conforme agli standard internazionali<sup>228</sup>.

### 2.3 Osservazioni

A questo stadio dello sviluppo giurisprudenziale qualsiasi conclusione sarebbe incompleta, in quanto la giurisprudenza successiva fornirà chiarimenti essenziali; tuttavia, può essere a mio parere utile riassumere i principali problemi emersi fino a questo momento.

Innanzitutto il rapporto fra l'approccio seguito dall'Organo d'Appello in *Korea-Beef* e in *Asbestos* e l'esatta fisionomia del test di necessità o proporzionalità; in particolare a questo stadio non è chiaro se:

- i tre fattori siano esemplificativi o esaustivi
- il test si applichi a tutte le misure o se quelle indispensabili ne siano escluse
- l'interpretazione del criterio di ragionevolezza
- il test sia statico o dinamico, vale a dire se prenda in considerazione anche le caratteristiche di un'eventuale alternativa, o solo quelle della misura sotto accusa
- eventuale applicazione del test nell'ambito dell'articolo 2.2 dell'Accordo TBT
- rilevanza del carattere aperto o chiuso della lista di obiettivi perseguiti dalla misura

Per quanto riguarda gli ultimi due punti, ho cercato di riassumere le varie casistiche prendendo in considerazione le tre variabili rilevanti: il carattere aperto o chiuso della lista, il carattere indispensabile o meno della misura e il fatto che l'obiettivo sia elencato o meno.

Il caso più "semplice" è costituito dal n.2, che corrisponde all'approccio adottato dall'Organo d'Appello nel caso *Asbestos*: l'obiettivo rientra fra quelli citati dall'articolo XX b) e la misura è indispensabile, quindi il *weigh and balancing test* non viene applicato.

Il caso n.1 corrisponde al problema sollevato da Neumann e Turk<sup>229</sup>: se la misura non è indispensabile ma è comunque elencata si applica il test? Gli autori non forniscono una risposta a tale quesito.

Se si aderisce alla teoria di Osiro secondo la quale il *weigh and balancing test* si applicherebbe solo a misure non indispensabili<sup>230</sup>, esso dovrebbe trovare applicazione in questo caso; tuttavia, ritengo che nella pratica un tale approccio potrebbe rivelarsi difficilmente sostenibile, in quanto sarebbe assai arduo da un punto di vista politico per gli

---

<sup>228</sup> *ibid.*, p.221.

<sup>229</sup> vedi p.

<sup>230</sup> D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, op. cit., p.135.

organi giudicanti vietare una misura adottata a protezione della salute umana, in quanto ritenuta non indispensabile.

Tale decisione richiederebbe una valutazione dell'obiettivo e dell'efficacia della misura le quali, soprattutto in merito a certi settori la cui tutela è esplicitamente riconosciuta dal sistema GATT-OMC, vanno probabilmente al di là delle funzioni e delle competenze degli organi giudicanti.

I casi 3) e 4) non vengono considerati, in quanto in una lista chiusa gli obiettivi devono per definizione essere elencati.

Il quinto caso corrisponde a *Korea-Beef* e all'articolo 2.2 dell'Accordo TBT: la misura non è indispensabile, l'obiettivo è elencato in una lista aperta e il test viene applicato; da questo ho dedotto che, a maggior ragione, lo stesso avverrà nel caso in cui l'obiettivo non sia elencato (caso 7).

Il sesto caso corrisponde alla situazione ipotizzata da Neumann e Türk a proposito del caso *Sardines*: la misura è indispensabile e l'obiettivo è elencato; sulla base dell'articolo 2.5 dell'Accordo TBT i due autori ritengono che tale misura con tutta probabilità sarebbe automaticamente ritenuta necessaria.

Infine il caso n.8 riguarda quelle misure indispensabili ma il cui obiettivo non è elencato nella lista; a questo proposito Neumann e Türk ritengono che un'applicazione del test sarebbe problematica per i motivi citati in precedenza.

Un fase ulteriore dell'analisi consisterà nel valutare se i successivi sviluppi giurisprudenziali hanno risolto o meno tali interrogativi.

## APPLICAZIONE DEL WEIGH AND BALANCING TEST

### a) Lista chiusa di obiettivi (articolo XX par.b)

	Misura non indispensabile	Misura indispensabile
Obiettivo elencato	1) ?	2) no ( <i>Asbestos</i> )
Obiettivo non elencato	3) --	4) --

### b) lista aperta di obiettivi (articolo XX par.d e TBT)

	Misura non indispensabile	Misura indispensabile
Obiettivo elencato	5) sì ( <i>Korea-Beef</i> )	6) no (articolo 2.5 TBT)
Obiettivo non elencato	7) sì	8) sì ma discutibile

### 3. GAMBLING E CIGARETTES: CHIARIMENTO DEL *WEIGH AND BALANCING TEST*

A qualche anno di distanza dai rapporti relativi alla carne coreana e all'amianto, altre due controversie hanno implicato l'applicazione del *weigh and balancing process*.

Tale controversie sono a mio parere particolarmente interessanti, in quanto hanno costituito l'occasione per un sostanziale chiarimento del test di necessità da parte dell'Organo d'Appello.

#### 3.1 *Gambling*

La controversia in questione ha origine da varie misure adottate dagli Stati Uniti in merito alla fornitura di servizi di scommesse e gioco d'azzardo, comprendenti sia leggi e regolamenti federali che sentenze di tribunali interni, i quali ne vietavano la fornitura<sup>231</sup>.

Ciò veniva considerato da Antigua e Barbados contrario agli impegni assunti dagli Stati Uniti in base all'Accordo GATS<sup>232</sup>.

##### 3.1.1 Il rapporto del Panel

Il panel ha precisato che ricade sotto tale categoria qualsiasi attività che implichi il piazzamento di una scommessa, vale a dire situazioni in cui una persona rischia qualcosa di valore (generalmente denaro) in base al risultato di un determinato evento<sup>233</sup>.

Nel caso di specie, i servizi venivano forniti dalle parti attrici (Antigua e Barbados) attraverso la fornitura transfrontaliera (prima modalità dell'Accordo GATS) la quale implica che un servizio sia fornito all'interno del territorio di un Membro a partire dal territorio di un altro Membro<sup>234</sup>.

A seguito della conclusione del panel secondo la quale le misure adottate dagli Stati Uniti costituivano una violazione dell'articolo XVI<sup>235</sup> - relativo agli impegni assunti dai membri in merito all'accesso al mercato – questi ultimi hanno sostenuto che, anche nel caso in cui le

---

<sup>231</sup> *United States - Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services*, Report of the Panel, WT/DS285/R, del 10 novembre 2004, par.6.139. In particolare Antigua sosteneva che gli Stati Uniti avessero assunto un completo obbligo di liberalizzazione in questo settore (par.6.34) mentre gli Stati Uniti negavano ciò, affermando che l'espressione "eccetto gli sport" escludesse questo tipo di servizi da quelli oggetto di liberalizzazione, aggiungendo altresì che il gioco d'azzardo costituisce una categoria a sé che può essere fatta rientrare all'interno di un sottosectore particolare, nel quale gli Stati Uniti non hanno assunto alcun obbligo (par.6.39). Il panel ha confutato questa teoria e ha concluso quanto alla presenza di obblighi di liberalizzazione in capo agli Stati Uniti (par.6.110).

<sup>232</sup> *ibid.*, par.6.153.

<sup>233</sup> *ibid.*, par.6.22.

<sup>234</sup> Articolo I.2 a) dell'Accordo GATS "For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of a service (a) from the territory of one Member into the territory of any other Member".

<sup>235</sup> *Gambling*, Panel Report, par.6.421.

proprie misure fossero giudicate illegittime, esse fossero giustificabili sulla base dell'articolo XIV, relativo alle eccezioni generali, e precisamente del paragrafo a), dedicato alle misure necessarie alla protezione della moralità pubblica o al mantenimento dell'ordine pubblico<sup>236</sup>.

Dopo aver notato l'assenza di giurisprudenza OMC in merito a questa problematica (in quanto non solo l'articolo XIV GATS, ma altresì il paragrafo corrispondente dell'articolo XX GATT non sono mai stati invocati) il panel ha affermato che la giurisprudenza relativa a quest'ultima disposizione potesse essere utilizzata nel caso di specie<sup>237</sup>.

Il panel ha innanzitutto osservato come il termine "morale pubblica" venga usato nell'articolo XX a) del GATT 1994, ma non trovi alcuna definizione e non sia mai stato interpretato né dai panel né dall'Organo d'Appello. Analogamente, il termine "ordine pubblico" non è specificato nel GATS, nonostante la nota all'articolo XIV a) indichi che tale eccezione possa essere invocata solo in presenza di una minaccia autentica e sufficientemente seria ad uno degli interessi fondamentali della società<sup>238</sup>.

Il panel ha poi riconosciuto come il contenuto di questi elementi sia assai variabile, e dipenda da una serie di fattori sociali, culturali, etici e religiosi, e ha in seguito ricordato come l'Organo d'Appello abbia affermato in più occasioni che i membri, nell'applicare simili concetti, abbiano il diritto di determinare il livello di protezione che considerano appropriato, e che quindi essi dovrebbero godere di un certo margine di manovra al fine di definire ed applicare tali valori all'interno del proprio territorio, a seconda dei rispettivi sistemi e scale di valori<sup>239</sup>.

In seguito il panel ha considerato il significato del termine "necessario" alla luce dei parametri stabiliti dall'Organo d'Appello in *Korea-Beef*. Il panel ha citato in particolare il par.161 del rapporto – relativo alla gamma di significati che il termine "necessario" può assumere - e ha sostenuto che i concetti ivi riportati fossero ugualmente applicabili all'articolo XIV GATS, incluso il paragrafo a)<sup>240</sup>. Esso ha inoltre richiamato i paragrafi 164-166 dello stesso rapporto - relativi al *weigh and balancing process*<sup>241</sup> – e, ispirandosi a tali concetti, ha affermato che nel contesto dell'articolo XIV GATS, al fine di stabilire il carattere necessario o meno di una misura, si debbano analizzare i seguenti fattori:

- l'importanza dell'interesse o dei valori che la misura sotto accusa dovrebbe proteggere
- il contributo della misura al perseguimento dell'obiettivo in questione

---

<sup>236</sup> *ibid.*, par.6.443.

<sup>237</sup> *ibid.*, par.6.447.

<sup>238</sup> *ibid.*, par.6.460.

<sup>239</sup> *ibid.*, par.6.461.

<sup>240</sup> *ibid.*, par.6.475.

<sup>241</sup> *ibid.*, par. 6.476.

- l'impatto sul commercio della misura sotto accusa

Nell'elencare i tre requisiti del test il panel ha, per ciascuno di essi, richiamato quanto suggerito dall'Organo d'Appello in precedenti controversie, e precisamente:

- in merito al primo punto, il rapporto fra l'importanza dell'obiettivo o del valore perseguiti e la probabilità che la misura venga considerata necessaria
- in merito al secondo punto, il fatto che maggiore è il contributo prestato dalla misura all'obiettivo, maggiore è la probabilità che la misura venga considerata necessaria
- in merito al terzo punto, il fatto che un impatto relativamente ridotto della misura sul commercio deponga a favore del suo carattere necessario e che, nell'applicare questo terzo criterio, si debba tenere conto dell'esistenza di una misura meno restrittiva ragionevolmente disponibile<sup>242</sup>.

E' da notare come il riferimento fatto dal panel al *least trade restrictive alternative test* nell'ambito del terzo punto non contribuisca a chiarire la fisionomia del test stesso: dalle parole del panel sembra infatti che il *weigh and balancing test* non sia un'esplicitazione (per così dire una scomposizione) del test di necessità, ma che al contrario quest'ultimo sia un elemento di cui "tener conto" nell'ambito del terzo degli elementi. In altri termini, si ha l'impressione che il *weigh and balancing test* goda di una propria autonomia, e che il test di necessità sia riassorbito al suo interno.

La citazione da parte del panel dei paragrafi 163 e 166 del rapporto dell'Organo d'Appello in *Korea-Beef* tende a mio parere a travisare le parole di quest'ultimo; nei due paragrafi citati, infatti, l'Organo d'Appello ha affermato rispettivamente che una misura con un impatto relativamente blando sui prodotti importati sarà considerata necessaria più facilmente rispetto ad una con effetti più incisivi e che il processo delineato è "compreso" nella determinazione del fatto che una misura alternativa compatibile con il sistema GATT/OMC o una misura meno incompatibile che il Membro potrebbe ragionevolmente adottare siano disponibili. Nonostante la portata di tali affermazioni sia stata oggetto di discussione e di differenti interpretazioni, ritengo che difficilmente essa possa coincidere con quanto affermato dal panel.

Il panel ha poi applicato tali standard ai fatti in questione, e ha considerato se il divieto di fornitura di servizi di scommesse e gioco d'azzardo a distanza fossero necessari alla protezione della moralità pubblica e dell'ordine pubblico<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> *ibid.*, par.6.477.

<sup>243</sup> *ibid.*, par.6.478.

Esso ha dapprima concluso che le misure sotto accusa ricadono effettivamente fra quelle comprese all'interno dell'articolo XIV a) GATS; in secondo luogo, ha preso in considerazione i tre fattori del *weigh and balancing test*.

Per quanto concerne l'importanza dell'obiettivo, esso ha concluso che quello in questione - soprattutto la prevenzione del riciclaggio di denaro derivante da attività criminali - costituisca una finalità di altissima rilevanza, in maniera simile a quanto dichiarato dall'Organo d'Appello a proposito delle misure adottate dalla Francia relative all'amianto<sup>244</sup>.

Relativamente al contributo fornito dalla misura al perseguimento dell'obiettivo, esso ha osservato che - dal momento che le misure in questione proibiscono la fornitura a distanza dei servizi e qualificano la loro gestione, finanziamento e altre attività correlate in quanto illegali - esse devono necessariamente contribuire, almeno in certa misura, ad affrontare i problemi legati alla moralità e all'ordine pubblici<sup>245</sup>.

Per quanto riguarda l'impatto commerciale, Antigua ha sottolineato come nel caso di specie si fosse di fronte ad un divieto totale di importazione, vale a dire alla misura più restrittiva possibile<sup>246</sup>; il panel ha a sua volta fatto riferimento al paragrafo 5.26 del rapporto relativo alla caso della Sezione 337, nel quale si afferma che un Membro, prima di adottare misure incompatibili con l'Accordo Generale, debba prima esplorare la gamma di misure compatibili con esso<sup>247</sup>.

Esso ha quindi affermato di dover esaminare se, in diverse circostanze, gli Stati Uniti avessero fatto uso di misure diverse da un divieto totale di importazione, al fine di proteggere interessi analoghi a quelli presenti nel caso di specie<sup>248</sup>.

A questo proposito, esso ha notato che l'unico contesto di riferimento potrebbe essere costituito dalla fornitura di servizi di scommesse a gioco d'azzardo non a distanza, e ha ritenuto che alcune delle caratteristiche del caso di specie fossero specificamente legate a questo tipo di fornitura - in particolare le preoccupazioni degli Stati Uniti relative al riciclaggio di denaro proveniente da attività criminali - e che quindi fosse inopportuno paragonare i due ordini di circostanze<sup>249</sup>.

Per quanto riguarda l'esistenza di misure alternative, ragionevolmente disponibili e compatibili (o meno incompatibili) con il sistema GATT-OMC, il panel ha ripreso le tre argomentazioni avanzate da Antigua, e precisamente il fatto che:

---

<sup>244</sup> *ibid.*, par.6.489-492.

<sup>245</sup> *ibid.*, par.6.494.

<sup>246</sup> *ibid.*, par.6.495.

<sup>247</sup> *ibid.*, par.6.496.

<sup>248</sup> *ibid.*, par.6.497.

<sup>249</sup> *ibid.*, par.6.497-498.

- essa disponga di un regime normativo sufficiente a far fronte alle preoccupazioni avanzate dagli Stati Uniti
- essa avesse offerto agli Stati Uniti di intraprendere consultazioni al fine di affrontare quei problemi che tale regime normativo non fosse in grado di risolvere
- la mancata risposta da parte degli Stati Uniti fosse incompatibile con gli obblighi di tale stato nei confronti dell'OMC<sup>250</sup>.

Riferendosi alla giurisprudenza sviluppata dall'Organo d'Appello, il panel ha affermato che un elemento chiave nell'applicazione del test di necessità è costituito dal fatto che gli Stati Uniti abbiano esplorato ed esaurito le alternative ragionevolmente disponibili e compatibili con il sistema, capaci di assicurare lo stesso livello di protezione<sup>251</sup>, e che in questo contesto l'invito da parte di Antigua agli Stati Uniti di intraprendere consultazioni e/o negoziazioni è rilevante<sup>252</sup>.

Secondo il panel, attraverso consultazioni bilaterali e multilaterali i membri sarebbero in grado di determinare se le loro esigenze possono essere soddisfatte in maniera compatibile con il sistema multilaterale<sup>253</sup>.

Esso ha poi aggiunto che, anche qualora gli Stati Uniti fossero del parere che una tale alternativa non esista, essi non possono escludere a priori che la situazione possa cambiare in futuro<sup>254</sup>.

In particolare, il panel ha sottolineato come l'obbligo per gli Stati Uniti di intraprendere negoziazioni con Antigua derivi dagli impegni da essi assunti secondo l'Accordo GATS, e che in nome di tali impegni essi siano obbligati a ricercare alternative compatibili col sistema, comprese quelle suggerite da Antigua stessa e da altri Membri, prima di imporre le misure in questione, ma anche mentre esse sono in vigore<sup>255</sup>.

Esso ha concluso affermando che il rifiuto degli Stati Uniti di condurre tali negoziazioni comporti il fallimento degli Stati Uniti di perseguire in buona fede un comportamento che avrebbe permesso di esplorare l'esistenza di misure alternative<sup>256</sup>.

Una volta identificati gli elementi citati in precedenza, il panel ha poi applicato il *weigh and balancing process* e ha affermato che, se da una parte le misure in questione proteggono

---

<sup>250</sup> *ibid.*, par.6.522-6.526.

<sup>251</sup> *ibid.*, par.6.528.

<sup>252</sup> *ibid.*, par.6.529.

<sup>253</sup> *ibid.*

<sup>254</sup> *ibid.*, par.6.531.

<sup>255</sup> *ibid.*

<sup>256</sup> *ibid.*, par.6.531.



interessi estremamente importanti, e sono efficaci a questo fine – i primi due elementi del test – dall'altra esse hanno un impatto significativo sul commercio<sup>257</sup>.

A questo proposito, il panel ha osservato che, mentre il comportamento degli Stati Uniti ha origine da legittime preoccupazioni specificamente legate alla fornitura a distanza di servizi di scommesse e gioco d'azzardo - il che suggerisce che le misure siano necessarie ai sensi dell'articolo XIV a) - dall'altra essi non hanno accettato l'invito di Antigua ad intraprendere negoziati al fine di determinare se un'alternativa compatibile con il GATT-OMC fosse ragionevolmente disponibile<sup>258</sup>.

Esso ha quindi concluso che gli Stati Uniti, prima di imporre le misure sotto accusa, avrebbero dovuto esplorare questo tipo di opzioni, pur considerando tali misure indispensabili<sup>259</sup>.

Sulla base di questi elementi il panel ha stabilito che, se da una parte le misure sono finalizzate alla protezione della moralità pubblica e dell'ordine pubblico, dall'altra gli Stati Uniti non sono stati in grado di dimostrare che esse siano necessarie a questo fine<sup>260</sup>.

Questi ultimi hanno a questo punto tentato di basare la propria difesa sul paragrafo c) dell'articolo XIV, sostenendo che le misure in questione avessero lo scopo di assicurare l'esecuzione di altre norme compatibili col GATS e in particolare con le leggi nazionali relative al gioco d'azzardo e con le leggi penali relative al crimine organizzato<sup>261</sup>.

Analogamente a quanto già affermato da un altro panel in *Korea-Beef* relativamente al paragrafo d) dell'articolo XX GATT, il panel ha affermato che per giustificare una misura ai sensi dell'articolo XIV c) GATS tre elementi debbano essere dimostrati:

- il fatto che la misura sia concepita al fine di assicurare l'esecuzione di altri leggi e regolamenti
- il fatto che questi ultimi non siano incompatibili con il sistema GATT-OMC
- il fatto che la misura sia necessaria al fine di assicurare l'esecuzione di tali leggi e regolamenti<sup>262</sup>.

Viste le similarità fra l'articolo XX d) GATT e l'articolo XX c) GATS, il panel ha dichiarato che si sarebbe ispirato alla giurisprudenza sviluppatasi in merito al primo, nella misura in cui essa è applicabile al caso in questione<sup>263</sup>.

---

<sup>257</sup> *ibid.*, par.6.533..

<sup>258</sup> *ibid.*

<sup>259</sup> *ibid.*, par.6.534.

<sup>260</sup> *ibid.*, par.6.535.

<sup>261</sup> *ibid.*, par.3.270.

<sup>262</sup> *ibid.*, par.6.536.

<sup>263</sup> *ibid.*, par.6.537.

Per quanto riguarda il carattere necessario della misura, esso ha seguito un procedimento parallelo rispetto a quello adottato per il paragrafo a), e ha ribadito che i tre elementi da valutare fossero costituiti da:

- l'importanza dell'obiettivo perseguito
- il contributo della misura alla realizzazione dell'obiettivo
- l'impatto della misura sul commercio<sup>264</sup>.

E' tuttavia da notare come -- a differenza di quanto affermato a proposito del paragrafo a) - all'interno di quest'ultimo elemento il panel non abbia menzionato il *least trade restrictive alternative test*.

Nell'analisi del carattere necessario delle misure, il panel ha analizzato il primo elemento e, riconoscendo la grave minaccia rappresentata dal crimine organizzato, ha sottolineato come le leggi in questione cercassero di farle fronte, ed ha quindi concluso che tali leggi perseguissero finalità estremamente rilevanti, "vitali" - anche in questo caso richiamando l'espressione utilizzata dal panel nel caso relativo all'amianto<sup>265</sup>.

Per quanto concerne il secondo elemento del test (contributo della misura all'obiettivo) il panel ha affermato che tutte le misure in questione apportassero un contributo significativo ad assicurare che gli sforzi di applicazione delle leggi penali contro il crimine organizzato non fossero pregiudicati<sup>266</sup>.

Infine, rispetto all'impatto delle misure sul commercio, Antigua ha ribadito -- analogamente a quanto fatto a proposito del paragrafo a) dell'articolo XIV - come le misure costituissero un divieto totale di importazione, e quindi costituissero l'approccio più restrittivo immaginabile<sup>267</sup>.

Alla luce di questa affermazione, il panel ha analizzato l'esistenza di misure alternative compatibili con il sistema GATT-OMC e, rifacendoci all'analisi relativa al paragrafo a), ha stabilito che spettasse agli Stati Uniti l'onere di dimostrare di aver esplorato tali misure, e che essi avrebbero dovuto intraprendere negoziazioni bilaterali o multilaterali a questo scopo<sup>268</sup>.

Una volta identificati i tre elementi del test, il panel ha applicato il *weigh and balancing test*<sup>269</sup> e ha concluso che, se da una parte gli interessi protetti sono estremamente importanti e le misure adottate efficaci, dall'altra esse hanno un profondo impatto sugli scambi, e gli Stati Uniti non hanno intrapreso negoziazioni al fine di valutare l'esistenza di misure alternative

---

<sup>264</sup> *ibid.*, par.6.541-6.542.

<sup>265</sup> *ibid.*, par.6.558.

<sup>266</sup> *ibid.*, par.6.559-560.

<sup>267</sup> *ibid.*, par.6.561.

<sup>268</sup> *ibid.*, par.6.562.

<sup>269</sup> *ibid.*, par.6.563.

compatibili con il GATS; essi avrebbero dovuto fare ciò al fine di dimostrare il carattere necessario della misura sotto accusa, la quale non può quindi essere giustificata ai sensi dell'articolo XIV c)<sup>270</sup>.

Altro elemento che suscita perplessità nell'analisi del panel riguarda le osservazioni da esso fatte a proposito dello *chapeau* dell'articolo XIV GATS.

Pur avendo rifiutato le argomentazioni degli Stati Uniti relative alla possibilità di giustificare le misure sulla base dei paragrafi a) e c) dell'articolo XIV, il panel ha esaminato la compatibilità di tali misure ai sensi del paragrafo introduttivo, in quanto le parti hanno avanzato argomenti molto importanti per quanto riguarda le tematiche discusse<sup>271</sup>.

A questo proposito, gli Stati Uniti hanno affermato che le misure sotto accusa rispondono ai requisiti dello *chapeau*, in quanto nessuna di esse discrimina sulla base delle nazionalità, e in quanto esse sono basate su veri problemi sociali, e sono state messe in atto molto prima dell'esistenza di internet e dell'entrata in vigore dell'Accordo GATS, il che testimonia l'assenza di motivazioni protezionistiche<sup>272</sup>.

In risposta, Antigua ha affermato che la maniera in cui le misure statunitensi sono applicate costituisce una discriminazione arbitraria e ingiustificata e una restrizione dissimulata dello scambio di servizi<sup>273</sup>.

Il panel ha sottolineato la similarità fra il paragrafo introduttivo dell'articolo XIV GATS e l'analoga disposizione dell'Accordo GATS, e ha affermato di ispirarsi alla giurisprudenza sviluppatasi nell'ambito di quest'ultimo, nella misura in cui essa fosse applicabile al caso di specie<sup>274</sup>.

Nel valutare il fatto che le misure statunitensi corrispondessero ad uno dei tre standard identificati dallo *chapeau*, il panel si è chiesto se gli Stati Uniti fossero coerenti nell'imporre limitazioni relative alla fornitura di determinati servizi, osservando che l'assenza di coerenza potesse suggerire una risposta positiva a questa domanda<sup>275</sup>.

Il panel ha preso in considerazione cinque argomenti avanzati da Antigua<sup>276</sup>, e ha concluso che gli Stati Uniti non abbiano dimostrato di applicare le misure in questione - vale a dire

---

<sup>270</sup> *ibid.*, par.6.563-565.

<sup>271</sup> *ibid.*, par. 6.566.

<sup>272</sup> *ibid.*, par.6.567.

<sup>273</sup> *ibid.*, par.6.567-568.

<sup>274</sup> *ibid.*, par.6.569-571.

<sup>275</sup> *ibid.*, par.6.582-584.

<sup>276</sup> In particolare Antigua ha osservato che : all'interno del territorio degli Stati Uniti gli stessi servizi in questione vengono forniti via internet, e nessuna misura viene presa nei confronti di questa pratica (*ibid.*, par.6.585); all'interno di alcuni Stati americani le lotterie elettroniche sono legali e le stesse lotterie di Stato vendono i propri prodotti attraverso terminali elettronici (par.6.590); l'*Interstate Horse Racing Act* permette la fornitura a distanza di servizi legati alle corse dei cavalli (par.6.595); le ricevitorie di scommesse del Nevada offrono i propri servizi via internet e via telefono (par.6.601); il presidente di un'associazione di lotterie statali

quelle ai servizi forniti a distanza da Antigua - in maniera coerente sia rispetto a quelle fornite da altri Membri che rispetto a quelle fornite al proprio interno; da queste considerazioni, il panel ha concluso che essi non siano riusciti a dimostrare che tali misure non costituiscano una discriminazione arbitraria o ingiustificata o una restrizione arbitraria degli scambi<sup>277</sup>.

Infine, una considerazione rilevante rispetto al caso *Gambling* riguarda non solo le dinamiche interne all'applicazione del test di necessità, ma anche il rapporto fra accesso al mercato e *domestic regulation* all'interno dell'Accordo. Dopo aver osservato come i redattori dell'Accordo GATS abbiano rinunciato a stabilire un vero e proprio test di necessità all'interno dell'articolo VI, Pauwelyn fa tuttavia notare come nel caso *Gambling* il panel sia riuscito ad introdurre tale test, stabilendo dapprima che le misure statunitensi violassero gli impegni di tale Stato rispetto all'accesso al mercato, e in secondo luogo ritenendo che esse non fossero necessarie ai sensi dell'articolo XIV. Il panel avrebbe inoltre rafforzato tale approccio attraverso lo spostamento dell'onere della prova sulla parte sotto accusa, e limitando le giustificazioni possibili alla lista esaustiva contenuta nell'articolo XIV, invece che rifarsi alla lista aperta dell'articolo VI:4<sup>278</sup>.

### 3.1.2 Il rapporto dell'Organo d'Appello

L'organo d'Appello ha innanzitutto stabilito un'analogia fra l'articolo XIV GATS e l'articolo XX GATT, affermando che entrambe le disposizioni stabiliscono il diritto dei membri di perseguire obiettivi identificati dai paragrafi anche se, facendo ciò, i membri compiono violazioni di altre disposizioni dei rispettivi accordi, a patto che tutte le condizioni prescritte siano rispettate.

Esso ha sottolineato come i due articoli usino un linguaggio simile, e in particolare il termine "necessario", oltre ai requisiti dei due *chapeaux*, e ha quindi concluso che precedenti decisioni relative all'articolo XX GATT siano rilevanti per l'analisi nel caso di specie<sup>279</sup>.

Esso ha poi confermato la "*two-tiered analysis*" che deve essere svolta, secondo quanto già affermato nella precedente giurisprudenza<sup>280</sup>.

---

negli Stati Uniti ha affermato che tale associazione non prende alcuna posizione relativamente alle lotterie via internet, ma che essa ritiene spetti ad ogni singolo stato il diritto di regolamentare le forme di scommessa presenti all'interno del proprio territorio, così come i metodi attraverso tali quali i servizi sono offerti ai cittadini (par.6.604).

<sup>277</sup> *ibid.*, par.6.607.

<sup>278</sup> J. Pauwelyn *Rien ne va Plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS*, in *World Trade Review*, July 2005, p.9.

<sup>279</sup> *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Report of the Appellate Body, WT/DS285/AB/R, del 7 aprile 2005, par. 291.

<sup>280</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.247 ; *Gasoline*, Appellate Body Report, p.22.

In particolare, viene sottolineato come, nell'analizzare il fatto che la misura in questione ricada in una delle situazioni previste dai paragrafi, è necessario che esista un "nesso sufficiente" fra la misura stessa e l'interesse protetto e che tale nesso – "grado di connessione" – sia specificato dai termini utilizzati nei vari paragrafi<sup>281</sup>.

Per quanto concerne il paragrafo a) dell'articolo XIV GATS, l'Organo d'Appello ha suddiviso la propria analisi in due parti: dapprima ha analizzato l'obiezione sollevata da Antigua al fatto che le tre leggi Statunitensi siano finalizzate alla protezione della moralità e dell'ordine pubblici, e in seguito le obiezioni mosse dalle parti al carattere necessario della misura<sup>282</sup>.

L'Organo d'Appello non ha accettato l'obiezione sollevata da Antigua, secondo la quale il panel non avrebbe adeguatamente preso in considerazione la nota 5 all'articolo XIV GATS - in base alla quale l'eccezione relativa all'ordine pubblico può essere invocata solo quando sia presente una minaccia reale e sufficientemente seria ad uno degli interessi fondamentali della società - e ha quindi confermato l'analisi del panel stesso su questo punto<sup>283</sup>, ritenendo che esso abbia svolto la propria analisi prendendo in considerazione tutti gli elementi necessari, inclusa la nota esplicativa<sup>284</sup>.

L'Organo d'Appello è poi passato ad analizzare il criterio di necessità, fornendo essenziali chiarimenti al proposito.

Esso ha innanzitutto affermato che lo "standard" di necessità è uno standard "oggettivo" e che la caratterizzazione da parte del membro degli obiettivi e dell'efficacia di una misura – quale risulta ad esempio, dai testi delle leggi, dalla storia legislativa, e dalle dichiarazioni di agenzie o funzionari governativi – sarà rilevante nel determinare se una misura è, "oggettivamente", necessaria.

L'Organo d'Appello, richiamando la giurisprudenza precedente<sup>285</sup>, ha poi affermato come il panel non sia legato da tali caratterizzazioni, ma che esso possa tuttavia trovare una guida nella struttura e nel funzionamento della misura, così come prove contrarie, nelle affermazioni della parte attrice; in ogni caso esso deve, sulla base delle prove acquisite, indipendentemente e oggettivamente, esaminare la necessità della misura<sup>286</sup>.

Esso ha poi richiamato il *weighing and balancing test* sviluppato in *Korea-Beef* e ha ricordato come il procedimento cominci con la verifica dell'"importanza relativa" degli interessi e valori perseguiti; una volta accertato ciò, esso ha affermato come il panel debba prendere in

---

<sup>281</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.292.

<sup>282</sup> *ibid.*, par.295.

<sup>283</sup> *ibid.*, par.299.

<sup>284</sup> *ibid.*, par.298.

<sup>285</sup> *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS50/AB/R, del 19 dicembre 1997, par.66.

<sup>286</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.304.

considerazione “altri fattori” che devono essere soppesati, e in particolare due che, “nella maggioranza dei casi”, saranno rilevanti, anche se non necessariamente esaustivi: il contributo della misura all’obiettivo e l’impatto restrittivo sul commercio<sup>287</sup>.

Secondo l’Organo d’Appello, deve poi essere effettuato un confronto fra la misura in questione e le possibili alternative, e il risultato di questo confronto deve essere considerato alla luce dell’importanza dell’interesse in questione. E’ quindi sulla base del bilanciamento di fattori e del confronto fra misure, prendendo in considerazione gli interessi ed i valori in questione, che il panel determinerà se una misura è necessaria oppure se un’altra misura compatibile con l’OMC è ragionevolmente disponibile<sup>288</sup>.

Nelle parole dell’Organo d’Appello, “*The requirement, under Article XIV(a), that a measure be “necessary” - that is, that there be no “reasonably available”, WTO-consistent alternative—reflects the shared understanding of Members that substantive GATS obligations should not be deviated from lightly*”<sup>289</sup>.

Ciò che a mio parere l’Organo d’Appello pare suggerire, quindi, è uno “sganciamento” *least trade restrictive alternative test* dal *weigh and balancing test*; dal testo del rapporto si evince infatti che l’analisi del carattere necessario delle misura debba essere effettuata in due passaggi – il bilanciamento dei tre fattori e il confronto fra la misura adottata e le alternative, i quali paiono costituire due strade differenti ma, per così dire, parallele, per giungere allo stesso risultato.

Ciò emerge dal passaggio in cui l’Organo d’Appello prestabilire un’equivalenza fra gli esiti dei due procedimenti : “*the requirement [...] that a measure be “necessary” – that is, that there be no “reasonably alternative”*”.

E’ da notare come l’importanza dell’obiettivo acquisisca una rilevanza particolare nell’uno e nell’altro procedimento: all’interno del bilanciamento di fattori essa viene infatti citata in primo luogo – più precisamente si dice che il processo stesso “comincia” proprio da questa valutazione - e l’Organo d’Appello precisa inoltre come gli altri due fattori siano nella maggioranza dei casi (quindi non sempre) rilevanti, e in ogni caso non esaustivi – in questo rifacendosi a quanto già affermato in *Korea-Beef*<sup>290</sup>.

All’interno del confronto fra la misura in questione e le alternative, il risultato che ne deriva deve poi essere considerato “alla luce degli interessi in questione”.

---

<sup>287</sup> *ibid.*, par.306.

<sup>288</sup> *ibid.*, par. 307.

<sup>289</sup> *ibid.*, par.308.

<sup>290</sup> *ibid.*, par.164; H. Ruiz Fabri e P. Monnier *Organisation Mondiale du Commerce, Cronique du règlement des différends 2004*, op. cit., p.44.

L'Organo d'Appello pare quindi aver voluto porre l'accento sui valori ed interessi perseguiti, quasi a suggerire che essi costituiscano, in ultima analisi, il criterio fondamentale che deve guidare la valutazione del carattere necessario di una misura<sup>291</sup>.

Attraverso tale "sdoppiamento" della procedura, l'Organo d'Appello pare a mio parere aver attribuito un differente significato al passaggio di *Korea-Beef* in cui si affermava che bilanciamento dei fattori "è compreso" nella determinazione dell'esistenza di misure alternative. Tale affermazione significherebbe quindi non che il criterio di necessità (inteso come ricerca dell'alternativa meno restrittiva) "racchiuda" e si scomponga nei bilanciamento dei tre fattori, quanto che i due procedimenti siano, per così dire, equivalenti e paralleli.

In seguito, esso ha poi precisato come una misura alternativa possa non essere considerata ragionevolmente necessaria qualora essa sia meramente teorica, ad esempio nel caso in cui il membro sotto accusa non sia in grado di adottarla o in cui essa imponga un onere eccessivo, come costi proibitivi o sostanziali difficoltà tecniche.

Inoltre, tale misura deve preservare il diritto della parte sotto accusa di raggiungere il livello di protezione desiderato<sup>292</sup>.

Queste due considerazioni paiono a mio parere rispondere alle eventuali critiche riguardo al carattere restrittivo del criterio di necessità, così come alla salvaguardia della sovranità dei membri; esse non fanno tuttavia che riprendere concetti già espressi nella precedente giurisprudenza.

L'Organo d'Appello ha poi fornito importanti chiarimenti per quanto concerne l'onere della prova: esso ha precisato come, nell'ambito dell'articolo XIV GATS – come del resto avviene per qualsiasi "mezzo di difesa affermativa"<sup>293</sup> - stia alla parte sotto accusa dimostrare come una misura sia necessaria, ma che non stia a tale parte dimostrare, *prima facie*, che non esistano misure alternative ragionevolmente disponibili. In particolare, non è necessario che la parte sotto accusa identifichi l'insieme di misure alternative meno restrittive, e poi dimostri

---

<sup>291</sup> Ruiz Fabri e Monnier sottolineano come tale approccio, unito alla necessità di dimostrare l'esistenza di misure alternative ragionevolmente disponibili, conduca alla stessa situazione verificatasi nel caso *Asbestos*, in cui il perseguimento di un obiettivo di tolleranza zero conduceva inevitabilmente ad una riduzione drastica di tali alternative. In questo caso, pur ammettendo che gli Stati Uniti avessero intrapreso negoziati con Antigua e Barbados, non è chiaro quali soluzioni avrebbero potuto essere disponibili le quali rispettassero gli obiettivi perseguiti dagli Stati Uniti (*Organisation Mondiale du Commerce, Cronique du règlement des différends 2004, op. cit., p.51*).

<sup>292</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.308.

<sup>293</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, pp.22-23; *United States - Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, Report of the Appellate Body, WT/DS33/AB/R, del 25 aprile 1997, p.15-16, *United States - Tax Treatment for Foreign Sales Corporations - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities*, Report of the Appellate Body, WT/DS108/AB/RW, 14 gennaio 2002, par.133.

che nessuna di queste raggiunge l'obiettivo desiderato, in quanto gli accordi OMC non impongono un onere talmente impraticabile e spesso impossibile<sup>294</sup>.

Al contrario, l'Organo d'Appello ha affermato come spetti alla parte convenuta dimostrare *prima facie* la necessità della misura, avanzando prove ed argomentazioni che permettano al panel di analizzare la misura alla luce dei fattori rilevanti al centro del *weigh and balancing test*, e come essa abbia la possibilità di suggerire alternative che non raggiungerebbero lo stesso obiettivo, senza tuttavia essere obbligata a farlo.

Se il panel conclude che la misura è necessaria - vale a dire significativamente più vicina al polo dell'indispensabile che al polo opposto del "*making a contribution to*" - allora esso deve concludere che essa è necessaria secondo i termini dell'articolo XIV a) GATS<sup>295</sup>.

Tuttavia, se la parte attrice suggerisce una misura alternativa che la parte sotto accusa avrebbe dovuto adottare, allora quest'ultima dovrà dimostrare perché la misura da essa adottata rimane necessaria, oppure perché l'alternativa proposta non è ragionevolmente disponibile.

Se essa dimostra ciò, ne segue che la misura adottata verrà considerata necessaria<sup>296</sup>.

L'Organo d'Appello è poi passato a considerare il caso di specie, e precisamente all'analisi del panel in merito al requisito di necessità, requisito che esso ha considerato non soddisfatto; alla luce del fatto che gli Stati Uniti non avrebbero esplorato tutte le misure alternative, e in particolare non abbiano intrapreso consultazioni con Antigua e Barbados.

Gli Stati Uniti si sono opposti a tale analisi - considerando come tale ragionamento abbia finito per imporre un obbligo procedurale a proprio carico - e hanno affermato come la necessità sia una proprietà della misura in sé, e non possa essere determinata in base agli sforzi negoziali intrapresi dalle parti<sup>297</sup>.

L'Organo d'Appello ha contestato l'analisi del panel, in quanto non fondata su una misura alternativa ragionevolmente disponibile agli Stati Uniti al fine di perseguire l'obiettivo in questione; intraprendere negoziati con Antigua non costituiva tale valida alternativa, in quanto la consultazione è un processo i cui risultati sono incerti, e quindi non suscettibile di confronto con la misura in questione<sup>298</sup>.

---

<sup>294</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.309.

<sup>295</sup> *ibid.*, par.310.

<sup>296</sup> *ibid.*, par.311; vedi H. Ruiz Fabri, P. Monnier, *Organisation Mondiale du Commerce, Cronique du règlement des différends 2004*, op. cit., p.45.

<sup>297</sup> *ibid.*, par.316.

<sup>298</sup> *ibid.*, par.317; Ruiz Fabri e Monnier notano la posizione del panel, pur richiamando la giurisprudenza derivante dai casi *Shrimps* e *Gasoline* le quali avevano condannato il carattere unilaterale delle misure in questione, sia « viziata » in quanto non incentrata sull'esistenza di una misura alternativa (*Organisation Mondiale du Commerce. Cronique du règlement des différends 2004*, op. cit., p.43-44).



Esso ha inoltre rifiutato l'affermazione del panel secondo la quale il dovere di consultazione deriverebbe dall'esistenza di obblighi in capo ai Membri, derivanti dagli impegni assunti in base al GATS<sup>299</sup>; non si ritiene che l'esistenza di tali obblighi possa in alcun modo influenzare il carattere necessario o meno di una misura<sup>300</sup>.

Per quanto concerne l'osservazione di Antigua - secondo la quale il panel avrebbe errato nell'esaminare, in quanto alternative, solo quelle misure effettivamente messe in atto in quel momento dagli Stati Uniti - l'Organo d'Appello ha affermato che il panel ha iniziato la propria analisi in questo modo, per poi tuttavia esaminare altre misure oltre a quelle messe in atto dagli Stati Uniti. In ogni caso, nota l'Organo d'Appello, non si vede perché il panel avrebbe dovuto ampliare la propria analisi a misure che Antigua stessa non era stata in grado di identificare<sup>301</sup>; tale affermazione è a mio parere coerente con quanto affermato in precedenza a proposito dell'allocazione dell'onere della prova.

Avendo rifiutato le conclusioni del panel quanto all'obbligo di consultazione - il quale avrebbe impedito agli Stati Uniti di dimostrare la necessità delle proprie misure - l'Organo d'Appello ha svolto la propria analisi di tale questione, e ha osservato come il panel non abbia attribuito molto peso all'effetto restrittivo della misura, e abbia accettato tutti gli elementi in base ai quali, secondo gli Stati Uniti, essa era necessaria<sup>302</sup>; il solo elemento che avrebbe impedito di concludere quanto a tale carattere necessario risiederebbe quindi nell'assenza di consultazioni con Antigua<sup>303</sup>.

Considerando che il panel ha rifiutato qualsiasi alternativa che non prendesse in considerazione i problemi legati alla fornitura a distanza dei servizi in questione, che la possibilità di intraprendere consultazioni non è stata considerata dall'Organo d'Appello una valida alternativa, e che Antigua non è stata in grado di identificarne altre, l'Organo d'Appello ha concluso quanto al carattere necessario delle tre leggi federali in questione<sup>304</sup>.

Per quanto concerne il paragrafo c) dell'articolo XIV GATS, l'Organo d'Appello ha rifiutato le conclusioni del panel, in quanto fondate sugli stessi presupposti che lo hanno condotto a considerare le misure in questione non necessarie ai sensi del paragrafo a)<sup>305</sup>.

Avendo gli Stati Uniti richiesto all'Organo d'Appello di completare l'analisi, l'Organo d'Appello ha affermato che, avendo stabilito che le tre leggi federali ricadono sotto il paragrafo a), non è necessario stabilire se ricadano altresì sotto il paragrafo c)<sup>306</sup>.

---

<sup>299</sup> *Gambling*, Panel Report, par.6.531.

<sup>300</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.318.

<sup>301</sup> *ibid.*, par.320.

<sup>302</sup> *ibid.*, par.323.

<sup>303</sup> *ibid.*, par.325.

<sup>304</sup> *ibid.*, par.327.

<sup>305</sup> *ibid.*, par.336.

Per quanto concerne lo *chapeau*, l'Organo d'Appello ha ricordato come scopo di quest'ultimo sia di verificare l'applicazione della misura, e precisamente come esso serva ad assicurare che il diritto dei Membri di avvalersi delle eccezioni sia esercitato ragionevolmente, in modo da non frustrare i diritti accordati agli altri Membri dalle norme sostanziali del GATS<sup>307</sup>.

E' interessante notare come, in riferimento all'affermazione di Antigua secondo la quale il panel, nell'esaminare la compatibilità della misura con lo *chapeau*, pur avendo rifiutato il suo carattere necessario, avrebbe contraddetto quanto affermato dall'Organo d'Appello nel corso di *Korea- Beef*<sup>308</sup>: quest'ultimo ha osservato che l'affermazione citata non impone al panel l'obbligo di interrompere la propria analisi<sup>309</sup>. Tale affermazione è a mio parere assai rilevante, in quanto fornisce un chiarimento essenziale rispetto alla "*two-tiered analysis*" dell'articolo XX GATT e - per analogia - dell'articolo XIV GATS.

Esso ha aggiunto che non solo il panel dispone della libertà di decidere quali questioni giuridiche affrontare al fine di risolvere una controversia, ma altresì che, in alcune circostanze, la decisione di continuare l'analisi e di giungere a delle conclusioni al di là di quanto è strettamente necessario può aiutare l'Organo d'Appello nell'eventuale successivo completamento dell'analisi<sup>310</sup>.

Dopo aver preso in considerazione le varie obiezioni sollevate dalle parti relativamente all'analisi svolta dal panel della compatibilità della misura con le disposizioni dello *chapeau*, l'Organo d'Appello ha confermato la posizione del panel stesso solo in parte, giungendo tuttavia anch'esso alla conclusione che le misure in questione fossero incompatibili con quest'ultimo<sup>311</sup>.

### 3.2 Cigarettes

La controversia relativa alle sigarette nasce dall'applicazione di una legge della Repubblica Dominicana, sulla base della quale sono state adottate cinque misure legate all'importazione e alla vendita sul territorio nazionale di sigarette<sup>312</sup>.

Tale misura è stata ritenuta contraria all'articolo II, III, X e XI da parte dello Stato dell'Honduras<sup>313</sup>; la Repubblica Dominicana ha sostenuto che la misura in questione non

---

<sup>306</sup> *ibid.*, par.337.

<sup>307</sup> *ibid.*, par.339.

<sup>308</sup> In questa circostanza l'Organo d'Appello ha infatti affermato che, avendo stabilito che la misura in questione non soddisfaceva ai requisiti del paragrafo d) dell'articolo XX GATT, il panel aveva correttamente evitato di procedere alla seconda parte dell'analisi (*Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.156).

<sup>309</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.343.

<sup>310</sup> *ibid.*, par.344.

<sup>311</sup> *ibid.*, par.367.

<sup>312</sup> *Dominican Republic - Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, Report of the Panel, WT/DS302/R, del 26 novembre 2004, par.2.11-2.15.

fosse incompatibile con il GATT 1994, e che in ogni caso fosse giustificata dall'articolo XX d), in quanto necessaria ad assicurare l'applicazione delle leggi e dei regolamenti fiscali nazionali - i quali sono a loro volta compatibili con il GATT - e a prevenire il contrabbando<sup>314</sup>.

Essa ha altresì sottolineato l'importanza della misura al fine di rendere noto alle autorità fiscali l'avvenuto pagamento delle tasse, il quale riveste un'importanza essenziale per qualsiasi paese, e per un paese in via di sviluppo quale è la Repubblica Dominicana in particolare<sup>315</sup>.

Secondo la Repubblica Dominicana, il bollo utilizzato costituisce un metodo legittimo e internazionalmente riconosciuto al fine di prevenire il contrabbando e la perdita di introiti fiscali che ne derivano; la presenza di ispettori presso le strutture di produzione e presso quelle di importazione nel momento in cui i bolli sono affissi sarebbe necessaria al fine di assicurare l'effettiva applicazione della misura in questione<sup>316</sup>.

Non esisterebbero misure alternative ragionevolmente disponibili, in quanto nessuna di quelle prese in considerazione potrebbe assicurare il livello di tolleranza zero perseguito.

Più specificamente, affiggere i bolli all'estero lascerebbe spazio al contrabbando, all'evasione fiscale ed alla contraffazione, mentre la presenza di un ispettore in ciascuna delle città in cui le sigarette destinate all'esportazione nella Repubblica Dominicana sono prodotte non è una misura che possa ragionevolmente essere adottata<sup>317</sup>.

Infine, la Repubblica Dominicana ha sostenuto che la misura in questione è conforme ai requisiti dettati dallo *chapeau*<sup>318</sup>.

Al contrario, secondo l'Honduras, la Repubblica Dominicana non ha assolto l'onere della prova derivante dall'invocazione dell'articolo XX d), in quanto non ha dimostrato che le leggi ed i regolamenti fiscali siano compatibili con il GATT, né che la misura in questione sia necessaria all'applicazione di tali leggi e regolamenti; esso ha altresì affermato che la *Selective Consumption Tax*, che è alla base della richiesta di costituzione del panel da parte della Repubblica Dominicana, sia contraria agli articoli III:2, III:4, X:1 e X:3 del GATT.

Secondo la parte attrice, inoltre, il requisito del bollo non sarebbe necessario, in quanto la Repubblica Dominicana disporrebbe di misure alternative meno restrittive, ad esempio la messa a disposizione dei suddetti bolli ai produttori esteri, prima dell'esportazione.

---

<sup>313</sup> *ibid.*, par.3.1.

<sup>314</sup> *ibid.*, par.7.204.

<sup>315</sup> *ibid.*

<sup>316</sup> *ibid.*

<sup>317</sup> *ibid.*

<sup>318</sup> *ibid.*, par.7.203.

Infine l'Honduras ritiene che la compatibilità della misura con i requisiti dello *chapeau* non sia stata dimostrata<sup>319</sup>.

### 3.2.1 Il rapporto del Panel

Il panel ha dapprima richiamato la “*two-tiered analysis*” dell'articolo XX quale enunciata dall'Organo d'Appello<sup>320</sup>, nonché l'affermazione di quest'ultimo secondo la quale, al fine di essere giustificata sulla base dell'articolo XX d), una misura deve essere concepita al fine di assicurare l'applicazione di leggi e regolamenti, e in secondo luogo deve essere necessaria a questo fine<sup>321</sup>.

Il panel è poi passato alla valutazione del carattere necessario o meno della misura, precisando che solo nel caso in cui questo primo requisito fosse stato soddisfatto esso avrebbe proceduto all'analisi della compatibilità della misura con lo *chapeau*<sup>322</sup>.

Come già osservato in precedenti controversie, il panel ha deciso di “assumere preliminarmente” che le leggi ed i regolamenti sotto accusa siano compatibili con il GATT<sup>323</sup>, rifiutando le argomentazioni dell'Honduras sulla base del fatto che esse fossero rivolte ad un preciso aspetto delle leggi in questione, il quale non è legato all'utilizzo di bolli sulle confezioni<sup>324</sup>.

Per quanto concerne il requisito di necessità, il panel ha richiamato le parole dell'Organo d'Appello in *Korea- Beefe* ha applicato il *weigh and balancing test*<sup>325</sup>.

Relativamente al primo aspetto del test – l'importanza dell'obiettivo in questione – il panel ha affermato di non trovare ragioni per contestare l'affermazione della Repubblica Dominicana quanto all'importanza dell'esazione fiscale e la prevenzione dell'evasione per uno Stato, e per un paese in via di sviluppo in particolare<sup>326</sup>.

In secondo luogo, esso ha notato che, nonostante la misura in questione effettivamente modifichi le condizioni della concorrenza a sfavore delle sigarette importate, l'Honduras è comunque stato in grado di esportare in Repubblica Dominicana, e le esportazioni sono addirittura cresciute negli ultimi anni, il che conduce il panel a ritenere che gli effetti sul commercio non siano stati particolarmente intensi<sup>327</sup>.

---

<sup>319</sup> *ibid.*, par.7.205.

<sup>320</sup> *ibid.*, par.7.206.

<sup>321</sup> *ibid.*, par.7.208.

<sup>322</sup> *ibid.*, par.7.209.

<sup>323</sup> *ibid.*, par.7.212.

<sup>324</sup> *ibid.*, par. 7.211.

<sup>325</sup> *ibid.*, par.7.214 e 7.215.

<sup>326</sup> *ibid.*, par.7.216.

<sup>327</sup> *ibid.*

Una volta appurati questi due fattori, il panel è passato a verificare se le misure in questione siano necessarie al fine di assicurare l'applicazione della legge fiscale Dominicana e alla prevenzione dell'evasione<sup>328</sup>.

Il panel ha a questo punto proceduto con quella che, a mio parere, è un'analisi della compatibilità della misura con il secondo elemento del test, in quanto ha esaminato alcuni fattori<sup>329</sup> che indicano come l'utilizzo di bolli sia uno strumento utile al fine di perseguire gli obiettivi in questione<sup>330</sup>.

Esso ha tuttavia notato che, pur ammettendo che l'utilizzo di bolli sia un metodo generalmente usato, la misura specifica in questione - il fatto che il bollo debba essere affisso nella Repubblica Dominicana e sotto la supervisione delle autorità fiscali nazionali - deve essere giustificata<sup>331</sup>.

Per quanto concerne l'esistenza di misure alternative meno restrittive rispetto alla presenza di ispettori nazionali presso gli stabilimenti di produzione, il panel ha ricordato come la Repubblica Dominicana abbia addotto prove che, nel caso del commercio di alcolici, l'affissione di bolli all'estero abbia condotto ad evasione fiscale e a contraffazione, e non possa quindi garantire un perseguimento dell'obiettivo pari a quello garantito dalla misura sotto accusa<sup>332</sup>.

Tuttavia, il panel non ha accettato quest'argomentazione, in quanto non ha aderito all'idea che esista un rapporto causale fra l'affissione dei bolli all'estero e l'esistenza di pratiche di evasione e contraffazione; il fatto che i due eventi si siano verificati simultaneamente infatti non implica che essi siano correlati, né tanto meno causalmente legati.

Al contrario, esso ha notato come le stesse prove addotte dalla Repubblica Dominicana suggeriscano che pratiche di contrabbando avvengano anche per prodotti che normalmente non richiedono l'utilizzo di bolli; il panel ha ritenuto che altri tipi di fattori – quali controlli di polizia – possano giocare un ruolo più rilevante ai fini del raggiungimento degli obiettivi perseguiti, e che il requisito di affissione del bollo quale attualmente applicato dalla Repubblica Dominicana non possa essere considerato necessario, in quanto non preverrebbe l'evasione fiscale, il contrabbando e la contraffazione<sup>333</sup>.

---

<sup>328</sup> *ibid.*

<sup>329</sup> Più precisamente un documento emesso dall'*International Conference on Illicit Tobacco Trade* (ICITT) e la Convenzione Quadro sul Controllo del Tabacco elaborata dall'OMS nel 2003; entrambi i documenti identificano il labelling quale strumento utile al fine di ostacolare il contrabbando e necessario al fine identificare il produttore, il paese di origine e di destinazione e lo status giuridico del prodotto (*ibid.*, par. 7.217).

<sup>330</sup> *ibid.*, par. 7.218.

<sup>331</sup> *ibid.*, par. 7.218.

<sup>332</sup> *ibid.*, par. 7.222.

<sup>333</sup> *ibid.*, par. 7.227.

Dopo aver raggiunto queste conclusioni, il panel ha richiamato quanto affermato dall'Organo d'Appello in *Asbestos* relativamente al criterio di necessità, e il rapporto relativo alla Sezione 337, vale a dire l'enunciazione del *least trade restrictive alternative test*.<sup>334</sup>

Vale a questo punto la pena di soffermarsi sul ragionamento seguito dal panel: esso infatti, una volta citati i tre requisiti del *weigh and balancing test*, ha accettato l'importanza dell'obiettivo (primo fattore), ha riconosciuto il carattere non eccessivamente restrittivo della misura (terzo fattore), e in seguito ha affermato di voler analizzare il carattere "necessario" della misura. A questo punto, esso ha preso in considerazione quello che è il secondo criterio dei tre enunciati dall'Organo d'Appello in *Korea Beef* e, apparentemente senza soluzione di continuità, ha applicato il *least trade restrictive alternative test*.

Nel caso di specie, tale test è infatti chiamato in causa dopo aver preso in considerazione due elementi del test e dopo aver – apparentemente – legato il criterio di necessità al secondo. Se da una parte il *least trade restrictive alternative test* sembra quindi essere utilizzato a partire dalla valutazione del carattere non necessario della misura intesa come contributo della stessa all'obiettivo, dall'altra la parola "necessità" appare come titolo dell'intero paragrafo, includendo quindi il *weigh and balancing test* nella sua globalità. Tuttavia – e questo costituisce un altro punto di incertezza – il paragrafo successivo, all'interno del quale viene richiamata la giurisprudenza relativa al *least trade restrictive alternative test*, e in cui si conclude quanto alla non necessità della misura in questione, è intitolato "*alternative instruments*".

Ancora una volta si è posto l'interrogativo già sollevato in precedenza: il criterio di necessità è il principio per così dire "superiore" di cui il *weigh and balancing test* costituisce un'esplicitazione, rientra all'interno del test stesso, o costituisce un procedimento per così dire parallelo?

In seguito, il panel ha continuato la propria analisi affermando che, pur ammettendo che la Repubblica Dominicana persegua una politica di tolleranza zero nei confronti del contrabbando e dell'evasione fiscale, essa non ha assolto l'onere della prova di dimostrare che altre misure ugualmente efficaci ma compatibili con il GATT fossero disponibili, e più specificamente essa non ha dimostrato perché, ad esempio, la fornitura di bolli ai produttori esteri durante il processo di produzione non possa costituire una valida alternativa.

Esso ha altresì ricordato la proposta dell'Honduras di effettuare ispezioni pre-imbarco, tramite una compagnia riconosciuta e a spese dell'importatore, al fine di verificare che i bolli della Repubblica Dominicana siano stati affissi<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> *ibid.*, par.7.228.

Inoltre, la Repubblica Dominicana, se da una parte ha ritenuto che le misure adottate siano necessarie al fine di perseguire una politica di tolleranza zero nei confronti dell'evasione fiscale e del contrabbando, ha essa stessa ammesso di non essere immune da tali fenomeni; di conseguenza, il panel non ha trovato motivi per concludere che il requisito dell'affissione del bollo assicuri tale tolleranza zero<sup>336</sup>.

Tale affermazione è a mio parere opinabile, in quanto sostenere che determinate misure perseguano un obiettivo di tolleranza zero è ben diverso dal sostenere che tale obiettivo sia già stato raggiunto; in altri termini, il fatto che fenomeni di contrabbando ed evasioni fiscali siano ancora presenti non impedisce di pensare che l'utilizzo delle misure in questione possa in futuro portare - o perlomeno contribuire - al perseguimento dell'obiettivo.

Ritengo che dietro a tale affermazione del panel si celi piuttosto la volontà di evitare un abuso dell'argomentazione della tolleranza zero; infatti se tale argomentazione è stata utile e potrebbe ancora risultare convincente nell'ambito delle salute pubblica (come è avvenuto nel caso *Asbestos*) essa potrebbe essere impropriamente utilizzata in altri ambiti in cui tale politica riveste un significato meno rilevante.

In altri termini, se da un lato è comprensibile mirare ad eliminare anche il minimo rischio per quanto riguarda l'utilizzo di sostanze cancerogene - visto che il "bene" in gioco è la salute umana e quindi in ultima analisi la vita di persone - dall'altro l'evasione fiscale ed il contrabbando non giustificano la drasticità di certe misure.

Come accennato in precedenza, lo standard di necessità pare variare a seconda che si considerino il paragrafo b) o il paragrafo d) dell'articolo XX o dell'articolo XIV GATS.

In secondo luogo, è a mio parere opportuno osservare che lo stesso concetto di tolleranza zero praticamente irrealizzabile, in quanto difficilmente è possibile eliminare completamente e scientificamente la presenza di rischi, di qualsiasi natura essi siano; anche così fosse, si rischia di intraprendere misure che contravvengono al principio di proporzionalità, inteso quale rapporto "misurato" fra mezzo e fine.

Il panel ha concluso la propria analisi concludendo quanto al carattere non necessario del requisito imposto dalla Repubblica Dominicana, la quale non è stata in grado di dimostrare perché altre misure meno restrittive non fossero in grado di raggiungere l'obiettivo perseguito<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> *ibid.*, par.7.229.

<sup>336</sup> *ibid.*, par.7.230.

<sup>337</sup> *ibid.*, par.7.230.

Stabilito ciò, esso ha ritenuto che non fosse necessario analizzare la compatibilità delle misure in questione con i requisiti dello *chapeau*<sup>338</sup>.

### 3.1.2 Il Rapporto dell'Organo d'Appello

Il Rapporto dell'Organo d'Appello fornisce un ulteriore chiarimento del rapporto fra *weigh and balancing test* e *least trade restrictive alternative test*, anche alla luce del rapporto *Gambling*.

La Repubblica Dominicana ha appellato il Rapporto del Panel, in quanto ha ritenuto che quest'ultimo, invece che soppesare i tre fattori elencati in *Korea-Beef* e l'esistenza di misure alternative, abbia effettuato solo quest'ultima valutazione. Essa ha sottolineato come la probabilità che ognuno dei fattori indichi lo stesso grado di necessità è scarsa, e che di conseguenza il panel debba considerare la loro "forza collettiva"; ciò gli impone di soppesare ciascuno dei fattori, e di bilanciare i loro pesi relativi, in modo da determinare se, collettivamente, essi rendono la misura necessaria<sup>339</sup>.

Essa ha quindi contestato le considerazioni del panel quanto al contributo della misura al perseguimento dell'obiettivo<sup>340</sup>, e ha in seguito affermato come non esistano misure alternative meno restrittive e ugualmente efficaci<sup>341</sup>.

Quanto affermato dalla Repubblica Dominicana pare quindi suggerire che il *least trade restrictive alternative test* costituisca un quarto fattore a fianco dei tre identificati in *Korea-Beef*, possibilità che viene confermata nel paragrafo 42, nel quale essa sostiene che le misure da essa adottate siano "indispensabili" e che, anche qualora il panel non dovesse ammettere tale carattere indispensabile, il bilanciamento dei "quattro" fattori (quindi i tre di *Korea-Beef* a cui si aggiunge il *least trade restrictive alternative test*) dimostri il loro carattere necessario ai sensi dell'Articolo XX d)<sup>342</sup>.

Onde prevenire la possibilità che la misura in questione, pur essendo considerata fra quelle che possono ricadere all'interno del paragrafo d), fosse contestata sulla base della compatibilità con lo *chapeau*, la Repubblica Dominicana ha richiesto all'Organo d'Appello di completare l'analisi, e di svolgere questo tipo di valutazione<sup>343</sup>.

---

<sup>338</sup> *ibid.*, par.7.231.

<sup>339</sup> *Dominican Republic - Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, Report of the Appellate Body, WT/DS302/AB/R, del 25 aprile 2005, par.8.

<sup>340</sup> *ibid.*, par.11.

<sup>341</sup> *ibid.*, par.12.

<sup>342</sup> *ibid.*, par.42.

<sup>343</sup> *ibid.*, par.16-17.



Al contrario l'Honduras, oltre ad affermare che la Repubblica Dominicana non abbia dimostrato l'errore commesso dal panel<sup>344</sup>, ha puntualizzato come la misura in questione sia di natura fiscale e non sia finalizzata alla protezione della salute, e ha affermato come i due obiettivi non possano essere messi sullo stesso piano<sup>345</sup>.

Si riaffaccia quindi ancora una volta il problema, già emerso al tempo della controversia relativa all'amianto, dell'importanza dei vari obiettivi contenuti nei diversi paragrafi dell'articolo XX e dell'idea che gli obiettivi espressi dal paragrafo b) rivestano in generale un'importanza maggiore confronto a quelli contenuti nel paragrafo d).

Per quanto concerne la compatibilità delle misure con lo *chapeau*, l'Honduras ritiene che le misure in questione non siano compatibili, in quanto la Repubblica Dominicana permette ai produttori nazionali e non agli importatori la deduzione fiscale del costo dei bolli; tale trattamento differenziato costituisce una discriminazione arbitraria e non giustificata, ed è quindi incompatibile con lo *chapeau*<sup>346</sup>.

Prima di passare all'analisi effettuata dall'Organo d'Appello, vale la pena analizzare quanto sostenuto dalle parti terze, le quali a mio parere hanno fornito interessanti spunti in merito al criterio di necessità.

La Cina ha sostenuto innanzitutto come il termine "necessario" debba essere interpretato in quanto "quasi indispensabile"; in secondo luogo essa ha ricordato come, sulla base della precedente giurisprudenza dell'Organo d'Appello, il *least trade restrictive alternative test* "incapsuli" gli altri tre fattori, e come questi ultimi non abbiano sostituito tale criterio. Tuttavia, secondo la Cina, l'applicazione dei tre fattori può condizionare l'allocatione dell'onere della prova in quanto, se la parte che invoca l'articolo XX d) dimostra che la misura è giustificata sulla base dei tre fattori, essa avrà stabilito una dimostrazione *prima facie* dell'applicazione dell'articolo XX d). L'onere della prova si sposta quindi all'altra parte, la quale potrebbe assolverlo dimostrando l'esistenza di un'alternativa ragionevolmente disponibile<sup>347</sup>.

Il contributo della Cina è a mio parere interessante per una serie di motivi. In primo luogo, in quanto essa prende ferma posizione quanto al significato del termine "necessario", proponendo un'interpretazione per così dire conservatrice di tale termine; ciò è confermato anche dall'affermazione secondo la quale il bilanciamento dei tre fattori non ha sostituito il

---

<sup>344</sup> *ibid.*, par.20.

<sup>345</sup> *ibid.*, par.22.

<sup>346</sup> *ibid.*, par.27.

<sup>347</sup> *ibid.*, par.49.

*least trade restrictive alternative test*. Come già affermato da parte delle dottrine, l'originario test di necessità costituirebbe ancora, in ultima analisi, il criterio fondante.

In secondo luogo, la Cina pare inquadrare il problema del *weigh and balancing test* secondo l'approccio seguito originariamente dalla giurisprudenza, vale a dire in quanto test formato da tre fattori "contenuto" nel test di necessità, contrariamente all'impostazione seguita dalla Repubblica Dominicana, la quale prospetta l'esistenza di quattro fattori (i tre del test a cui si aggiunge il *least trade restrictive alternative test*). Ciò dimostra come la fisionomia del procedimento fosse ancora aperta a varie interpretazioni.

Infine, trovo interessante la proposta relativa all'allocazione dell'onere della prova, in quanto essa riflette esattamente quanto sostenuto dall'Organo d'Appello nella controversia precedente il che potrebbe condurre a pensare ad una sorta di "contaminazione" fra le due controversie.

La Comunità Europea ha criticato l'affermazione del panel secondo la quale la misura in questione non aveva effetti restrittivi sul commercio, ma riconosce come ciò non condizioni l'esito ultimo dell'analisi<sup>348</sup>.

Una posizione assai più netta è stata assunta dagli Stati Uniti, i quali hanno affermato come l'interpretazione del termine necessario fornita dal panel modifichi i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal GATT 1994, e precisamente solleva tre ordini di motivazioni.

In primo luogo, essi contestano l'idea che l'articolo XX d) richieda ai membri di scegliere una misura meno incompatibile con il GATT, nel momento in cui nessuna misura effettivamente compatibile è disponibile. Non esiste infatti alcun elemento che giustifichi l'utilizzo di un criterio basato sull'esistenza di gradi o livelli di incompatibilità all'interno della disposizione in questione, e l'utilizzo di tale criterio risulterebbe difficilmente amministrabile e logicamente incoerente. In altri termini, il panel introdurrebbe surrettiziamente l'idea che i concetti di "meno incompatibile" e "meno restrittivo" si equivalgano e importerebbe - in maniera per così dire illecita - all'interno del paragrafo d) il requisito in base al quale un membro sia tenuto a utilizzare una qualsiasi misura meno restrittiva, ogni qualvolta essa sia disponibile.

In secondo luogo, gli Stati Uniti ritengono che il panel abbia distorto il significato del termine necessario, facendolo equivalere a "sufficiente", in quanto avrebbe dimostrato che una misura che non è in grado di assicurare il raggiungimento del livello di protezione desiderato non è necessaria.

---

<sup>348</sup> *ibid.*, par.51.

Infine, essi affermano che una qualsiasi misura che implichi la continuazione del rischio che lo Stato membro cerca di evitare non può essere considerata come un'alternativa ragionevolmente disponibile, ed enfatizzano il diritto dei Membri di determinare il proprio livello di protezione<sup>349</sup>.

La posizione degli Stati Uniti pare quindi fortemente orientata all'affermazione dell'autonomia normativa dei membri, e pare rifiutare un test di necessità che limiti tale autonomia in modo eccessivo.

In particolare, il secondo punto da essi sostenuto è a mio parere interessante in quanto, pur non corrispondendo *in toto* alla posizione assunta dal panel - il quale infatti non ha ritenuto la misura in questione non necessaria in quanto non sufficiente a perseguire l'obiettivo, ma ne ha messo in questione l'efficacia (considerata come uno dei tre elementi del *weigh and balancing test*), e soprattutto ha sostenuto come misure meno restrittive ed ugualmente efficaci fossero disponibili - coglie uno degli aspetti a mio parere perlomeno ambigui del rapporto del panel, vale a dire la relazione particolarmente stretta stabilita fra il contributo della misura al raggiungimento dell'obiettivo e il suo carattere necessario.

Per quanto concerne la prima obiezione, ritengo perfettamente fondata la critica in base alla quale il testo dell'Accordo non fornisce alcuna precisazione in merito ai criteri da adottare al fine di condurre il test di necessità, e di conseguenza l'utilizzo del *least trade restrictive alternative test* contiene elementi di arbitrarietà; d'altra parte, richiedere ai membri di rivedere le proprie misure solo se e quando siano disponibili misure compatibili con il sistema finirebbe per ridurre eccessivamente la funzione del criterio di necessità. Vi sono infatti numerosi casi in cui una misura pur sempre incompatibile con il sistema ma meno restrittiva è preferibile; tuttavia, ciò dipenderà da una valutazione caso per caso delle circostanze.

L'Organo d'Appello ha fundamentalmente confermato l'analisi svolta dal panel; tuttavia, esso ha fornito ulteriori importanti chiarimenti per quanto concerne il test di necessità.

Dopo aver ripreso le affermazioni del panel<sup>350</sup> e le posizioni delle parti<sup>351</sup>, esso ha richiamato la "*two-tiered analysis*" dell'articolo XX stabilita nel caso *Gasoline*<sup>352</sup> e i requisiti che una

---

<sup>349</sup> *ibid.*, par.54.

<sup>350</sup> *ibid.*, par.59.

<sup>351</sup> *ibid.*, par.60-63.

<sup>352</sup> *ibid.*, par.64; *Gasoline*, Appellate Body Report, p.22.

misura deve soddisfare al fine di rientrare all'interno dell'ambito di applicazione del paragrafo d), secondo quanto da esso stesso affermato in *Korea-Beef*<sup>353</sup>.

Quindi esso ha richiamato il *weigh and balancing process* delineato in *Korea-Beef*<sup>354</sup> e in *Asbestos*<sup>355</sup>, il *least trade restrictive alternative test* formulato nel corso della controversia relativa alla Sezione 337<sup>356</sup>, e infine quanto da esso affermato nel corso della recente controversia relativa al gioco d'azzardo<sup>357</sup>.

Così facendo, esso pare aver voluto riassumere in maniera omnicomprensiva tutti gli elementi derivanti dalla giurisprudenza relativi al criterio di necessità.

In seguito, esso ha affermato che, in base a suddetti elementi, nel corso della valutazione del fatto che una misura alternativa sia ragionevolmente disponibile, fattori quali l'impatto della stessa sugli scambi, l'importanza degli interessi perseguiti e il contributo della misura alla realizzazione dell'obiettivo siano da tenere in considerazione. Esso ha poi proseguito, sostenendo che il bilanciamento di tali fattori "informi" la determinazione dell'esistenza di una misura compatibile o meno incompatibile con il sistema GATT-OMC, la quale possa essere ragionevolmente utilizzata<sup>358</sup>.

In seguito, l'Organo d'Appello ha richiamato il passaggio del proprio rapporto in *Gambling*, nel quale esso specifica come una misura non possa essere considerata ragionevolmente disponibile se essa ha natura meramente teorica, il che può avvenire quando essa pone un ostacolo eccessivo agli scambi, o quanto impone un onere non sostenibile sulla parte che deve adottarla, e nel quale esso riconosce che tale misura debba preservare il diritto dei Membri di perseguire il livello di protezione desiderato<sup>359</sup>.

In questo modo, l'Organo d'Appello pare aver voluto fornire una risposta ai timori sollevati da più parti rispetto all'impatto dei criteri di necessità e proporzionalità sulla sovranità dei membri, quali esplicitati, nel caso di specie, dalle affermazioni degli Stati Uniti.

Esso ha quindi ripreso l'analisi dei tre fattori svolta dal panel, e ha affermato di approvarla e di non rilevare alcun errore nell'approccio seguito<sup>360</sup>; nel paragrafo successivo, esso ha poi preso in considerazione il *least trade restrictive alternative test* e ha ricordato come, alla luce dell'analisi dei fattori svolta in precedenza, e specialmente dell'importanza dell'obiettivo

---

<sup>353</sup> par.65; la misura deve essere finalizzata ad assicurare l'attuazione di leggi e regolamenti non incompatibili con il GATT e deve essere necessaria al fine di assicurare tale attuazione (*Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.157).

<sup>354</sup> *ibid.*, par.66; *Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.164.

<sup>355</sup> *ibid.*, par.68; *Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.162,163,166 citato in *Asbestos*, Appellate Body Report, par.170 e 172.

<sup>356</sup> *ibid.*, par.67; *Korea-Beef*, Appellate Body Report, par.165 e *Section 337*, Panel Report, par.5.26.

<sup>357</sup> *ibid.*, par.69; *Gambling*, Appellate Body Report, par.306.

<sup>358</sup> *ibid.*, par.70.

<sup>359</sup> *ibid.*; *Gambling*, Appellate Body Report, par.308.

<sup>360</sup> *ibid.*, par.71.

perseguito, il panel abbia concluso quanto all'esistenza di un'alternativa ragionevolmente disponibile, e in ciò abbia attribuito un peso sostanziale alla limitata efficacia dell'affissione di bolli al fine di prevenire l'evasione fiscale e il contrabbando<sup>361</sup>.

In particolare, l'Organo d'Appello ha ricordato l'affermazione del panel secondo la quale l'affissione di bolli non avrebbe garantito un livello di rischio zero, quale apparentemente perseguito dalla Repubblica Dominicana.

In questo senso Ruiz Fabri e Monnier fanno notare come dai rapporti del panel e dell'Organo d'Appello emerga l'idea che, se da una parte viene riconosciuto agli Stati il diritto di perseguire il livello di protezione desiderato, compreso un livello di rischio zero, dall'altra la valutazione della misura in questione e il confronto fra essa e le eventuali alternative avvengono sulla base del livello di protezione effettivamente garantito, e non di quello teorico. Ciò implica che una misura che apparentemente non costituirebbe un'alternativa, in quanto non raggiungerebbe lo stesso livello di protezione formalmente perseguito dall'altra, può diventarlo in base al livello effettivamente raggiunto<sup>362</sup>.

L'Organo d'Appello si è quindi limitato ad affermare di approvare in pieno la soluzione elaborata dal panel, e non ha aggiunto altri elementi sostanziali all'analisi<sup>363</sup>; tuttavia, ritengo che la maniera in cui esso ha riformulato e riassunto l'analisi del panel sia indicativa del punto di vista seguito.

In primo luogo, l'Organo d'Appello pare confermare quanto emergeva già, seppure in maniera incerta, dal rapporto del panel, e altresì dalle dichiarazioni della Repubblica Dominicana: il *weigh and balancing process* si affianca al *least trade restrictive alternative test*, essi costituiscono due procedimenti distinti, seppur non impermeabili.

Infatti il primo, oltre a costituire un procedimento in sé, "dà forma" al secondo; ciò è confermato dal fatto che, nel riassumere la posizione del panel, l'Organo d'Appello ha chiaramente separato il primo procedimento dal secondo, ponendoli in due paragrafi diversi.

Sembrebbero quindi risolti i numerosi dubbi sorti in merito alla fisionomia del test, e in particolare il rapporto fra il *least trade restrictive alternative test* e i tre fattori elencati in *Korea-Beef*<sup>364</sup>.

Il rapporto che tuttavia sussiste fra i due procedimenti è evidenziato dal fatto che, nel ricordare la valutazione del panel dell'esistenza di un'alternativa ragionevolmente disponibile,

---

<sup>361</sup> *ibid.*, par.72.

<sup>362</sup> H. Ruiz Fabri, P. Monnier, *Organisation Mondiale du Commerce, Cronique du règlement des différends 2004*, op. cit., p.63.

<sup>363</sup> *Cigarettes*, Appellate Body Report, par.73.

<sup>364</sup> Nello stesso senso vedi Ruiz Fabri e P. Monnier (*Organisation Mondiale du Commerce, Cronique du règlement des différends 2004*, op. cit., p.62) secondo la quale dal ragionamento dell'Organo d'Appello deriva un'impressione di circolarità e di « inscatolamento » delle varie valutazioni chiamate in causa.

l'Organo d'Appello ha sottolineato come essa si avvenuta "alla luce dei fattori rilevanti", e in particolare del contributo della misura al perseguimento dell'obiettivo. Così facendo, l'Organo d'Appello ha confermato quanto osservato in precedenza, vale a dire la relazione particolarmente stretta fra tale requisito e il criterio di necessità stabilito nel rapporto del panel, e lo riconosce esplicitamente, affermando come quest'ultimo abbia attribuito "peso sostanziale" alla limitata efficacia della misura.

Tale relazione può forse semplicemente essere spiegata sulla base del fatto che, avendo il panel identificato l'inadeguatezza della misura sulla base di uno dei tre fattori, il *least trade restrictive alternative test* può prendere le mosse proprio da questo elemento, pur mantenendo una sua autonomia.

#### 4. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto analizzato, si possono a questo punto accennare alcune – necessariamente provvisorie – conclusioni relativamente al test di necessità/proporzionalità rinvenibile all'interno dell'Articolo XX.

In primo luogo, mi sembra opportuno prendere in considerazione alcuni aspetti rispetto ai quali i recenti rapporti non hanno fornito chiarimenti definitivi.

In primo luogo il carattere statico o dinamico del test: in altri termini, i criteri determinanti il carattere necessario o meno della misura devono essere applicati alla misura sotto accusa, a quella alternativa, oppure ad entrambe?

Alla luce di quanto affermato dall'Organo d'Appello nel caso *Gambling*, ritengo tuttavia si possa intravedere *in nuce* un'attitudine dei membri di tale Organo orientata ad un'applicazione "doppia" del test, vale a dire ad entrambe le misure<sup>365</sup>.

L'Organo d'Appello infatti, stabilisce che il processo debba iniziare con una valutazione dell'importanza "relativa" degli interessi e dei valori perseguiti dalla misura sotto accusa<sup>366</sup>; nonostante ciò paia delineare un test di tipo statico, il termine "relativo" induce a pensare ad una presa in conto degli interessi e dei valori della misura alternativa, ad un confronto – seppure implicito - fra i due ordini di esigenze.

---

<sup>365</sup> Nello stesso senso vedi Ruiz Fabri e Monnier (*Organisation Mondiale du Commerce, Cronique du règlement des différends 2004*, op. cit., p.63) secondo la quale la misura in questione e le alternative saranno oggetto di un esame « parallelo » basato sugli stessi elementi ; tale panorama è però complicato dal funzionamento dell'onere della prova, che rende la condizione e le caratteristiche delle misure alternative non completamente chiari.(vedi *infra* nota n.141, p.151).

<sup>366</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.306.

I risultati del confronto delle due misure devono poi essere effettuati “alla luce degli interessi in questione”<sup>367</sup>, il che rafforza l'impressione di del carattere dinamico del test.

Tale deduzione potrebbe fondarsi altresì sulla volontà, da parte degli organi giudiziari, di rispondere alle numerose critiche rivolte al test tradizionale; come si è visto, infatti, stabilire il carattere necessario o meno di una misura sulla sola base delle sue caratteristiche è parsa a gran parte della dottrina un'operazione artificiosa ed eccessivamente severa nei confronti della sovranità nazionale.

Nel caso *Gambling* il test non avrebbe potuto essere applicato in maniera dinamica, per il semplice fatto che non veniva proposta alcuna misura alternativa - l'obbligo negoziale stabilito dal panel essendo stato scartato, in quanto non costituente una misura, bensì un processo.

Sarà quindi la giurisprudenza successiva a confermare o meno tale orientamento; a questo proposito bisogna inoltre osservare che tale alternativa, qualora non sia proposta dalla parte attrice, non sarà elaborata né dagli organi giudiziari<sup>368</sup> né dalla parte convenuta; quest'ultima può infatti, se lo desidera, illustrare come misure alternative non sarebbero state altrettanto efficaci quanto quella sotto accusa, ma ciò rientrerebbe nella dimostrazione *prima facie* della necessità della misura<sup>369</sup>. Una volta effettuata tale dimostrazione, starà alla parte attrice chiamare in causa un'alternativa che sia ragionevolmente disponibile<sup>370</sup>.

Tale approccio è stato probabilmente concepito al fine di alleggerire un onere della prova gravante in maniera eccessiva sulla parte sotto accusa.

Come osservato da Ruiz Fabri e Monnier, l'intento dell'Organo d'Appello era quindi non tanto quello di codificare il test, quanto quello di precisare il bilanciamento e l'onere della prova; tuttavia, le due dimensioni sono collegate in quanto, in base alle parole dell'Organo d'Appello, il confronto fra la misura in questione e una misura alternativa si imporrà solo se la parte attrice sosterrà l'esistenza di quest'ultima<sup>371</sup>.

---

<sup>367</sup> *ibid.*, par.307.

<sup>368</sup> Tuttavia, Ruiz Fabri e Monnier fanno notare come l'Organo d'Appello non abbia esplicitamente escluso che il panel possa suggerire misure alternative (vedi nota n.).

<sup>369</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.310.

<sup>370</sup> *Cigarettes*, Appellate Body Report, par.311.

<sup>371</sup> H. Ruiz Fabri, P. Monnier, *Organisation Mondiale du Commerce, Chronique du règlement des différends 2004*, op. cit., p.43 ; l'autrice nota tuttavia come l'Organo d'Appello non arrivi a chiarire completamente a quale parte spetti in primo luogo la dimostrazione dell'esistenza di misure alternative, in quanto esso da una parte scarta la parte che invoca il mezzo di difesa affermativa, ma dall'altra sposta l'onere della prova sull'altra parte, senza tuttavia escludere completamente che il panel possa identificare una tale misura. Ruiz Fabri ritiene che in base a questi presupposti non sia chiaro quali elementi *prima facie* possano essere adottati dalla parte sotto accusa in base al terzo elemento del test (l'impatto della misura sul commercio). Infatti, la *ratio* della dimostrazione dell'esistenza di un'alternativa starebbe proprio nel suo carattere meno restrittivo degli scambi. L'autrice conclude notando come il test di necessità non costituisca un'operazione lineare, ma si cristallizzi in un dialogo di prova e confutazione fra le parti.

Altro punto annoverabile fra gli elementi di incertezza del test è la portata del criterio di ragionevolezza: l'avverbio "ragionevolmente" viene infatti sempre utilizzato, senza che tuttavia né i panel né l'Organo d'Appello si soffermino sul suo significato.

Con tutta probabilità, anche questa "omissione" si inquadra all'interno della volontà dell'Organo d'Appello di non ingabbiare l'analisi entro schemi eccessivamente severi.

Tuttavia, ciò che a mio parere merita maggiore attenzione è la fisionomia stessa del test di necessità e la sua *ratio*.

Per quanto concerne la prima, ritengo che l'elemento più importante che possiamo trarre dai recenti rapporti *Gambling e Cigarettes* consista nel fatto che la struttura del test non è e non vuole essere eccessivamente rigida; in altri termini, ciò che l'Organo d'Appello intendeva probabilmente perseguire, a partire da *Korea-Beef* in poi, era la costruzione di un test di necessità più flessibile, che mettesse in luce il fatto che la liberalizzazione del commercio non gode di una prevalenza assoluta all'interno della gerarchia di valori dell'Organizzazione, e che altri interessi - a patto che le modalità di perseguirli seguano criteri che, in termini generali, richiamano le idee di ragionevolezza e di proporzionalità - possano rientrare fra le priorità dei Membri ed esigere l'imposizione di restrizioni agli scambi.

Esso non si è però soffermato eccessivamente sulla struttura del test - il numero dei fattori, il rapporto fra il *weigh and balancing test* e il *least trade restrictive alternative test* - in quanto a mio parere non voleva irrigidire l'analisi dentro ad uno schema che non fosse poi agevolmente applicabile ad altre disposizioni simili all'articolo XX, o anche solo a diversi paragrafi dello stesso articolo.

Ciò spiegherebbe ad esempio il motivo per cui, nel momento in cui i panel hanno fornito applicazioni del test di necessità parzialmente diverse fra loro, e in cui il rapporto fra i vari fattori non era del tutto chiaro, ciò non ha costituito oggetto di attenzione da parte dell'Organo d'Appello, il quale ne ha piuttosto analizzato la correttezza da un punto di vista per così dire più sostanziale, vale a dire la valutazione delle caratteristiche della misura in questione.

Attraverso gli ultimi due rapporti, quindi, esso ha sì chiarito la struttura del test, ma a ben vedere l'idea che ha voluto trasmettere rimane quella di una sostanziale molteplicità di fattori che devono essere presi in considerazione, e del rapporto "osmotico" presente fra il *weigh and balancing test* e il test di necessità<sup>372</sup>.

Al di là della fisionomia del test, ciò che sembra invece stare più a cuore è l'idea che i due procedimenti del *weigh and balancing test* e del *least trade restrictive alternative test*

---

<sup>372</sup> *Cigarettes*, Appellate Body Report, par.70.



riflettano l'idea condivisa che i Membri non possano deviare "lightly" dagli obblighi derivanti dal sistema<sup>373</sup>.

Così facendo, l'Organo d'Appello ha a mio parere cercato di lenire le preoccupazioni derivanti da una lettura forse eccessivamente allarmistica di *Korea-Beef*, in cui la presenza di elementi di proporzionalità si è presentata nel suo carattere ambivalente: essa permette sì maggiore flessibilità agli Stati di perseguire obiettivi non commerciali, ma d'altra parte assegna all'Organizzazione un maggiore margine di manovra.

La situazione di incertezza si è poi accentuata con *Asbestos*, in quanto la volontà dell'Organo d'Appello di tenere in debita considerazione problemi legati alla salute umana ha reso ancora più confusi i contorni del test, e ha sollevato il problema di una gerarchia fra valori che gli organi giudiziari dell'OMC sembravano voler stabilire.

Se da un lato tali preoccupazioni sono fondate, in quanto derivano dall'essenza stessa del principio di proporzionalità – idea sicuramente presente nella mente dei Membri dell'Organo d'Appello ma, si osservi bene, mai esplicitamente citata – gli ultimi due rapporti lasciano intendere come gli organi giudiziari dell'OMC non abbiano intenzione di volersi sostituire agli Stati nella determinazione delle priorità nazionali, in quanto sono ben consci dei limiti intrinseci alla natura dell'Organizzazione.

Ciò risulta appunto evidente, a mio parere, dal carattere flessibile dell'approccio seguito dall'Organo d'Appello.

In particolare, ritengo che la dottrina abbia altresì attribuito eccessiva importanza all'affinità fra il *weigh and balancing test* e il test tradizionalmente usato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee: infatti, se l'intenzione dell'Organo d'Appello fosse stata quella di aderire *tout court* a questo tipo di impostazione, esse avrebbe impostato i rapporti successivi su uno schema assai più preciso.

Ritengo invece che il test di proporzionalità utilizzato all'interno del Diritto dell'Unione costituisca uno degli elementi a cui si ispira l'idea di bilanciamento di fattori.

Da un punto di vista giuridico, è interessante notare come l'Organo d'Appello abbia invece prestato particolare attenzione al problema dell'onere della prova: è infatti quest'ultimo che è più suscettibile di influenzare l'esito del procedimento, e che richiedeva un alleggerimento a favore della parte convenuta.

A questo proposito, ritengo che la questione se si tratti maggiormente di un test di proporzionalità o di un test di necessità abbia perduto gran parte della sua *ratio*.

---

<sup>373</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.308.

Se da una parte, infatti, l'Organo d'Appello ha avuto cura di richiamare tutta la giurisprudenza relativa al criterio di necessità (quindi includendola e non escludendola dal proprio ragionamento), e non ha mai esplicitamente citato il termine proporzionalità, dall'altra esso ha chiaramente assunto una posizione diversa rispetto alla giurisprudenza tradizionale; tuttavia, esso non si è schierato – né ritengo abbia intenzione di farlo – a favore dell'una o dell'altra idea.

Considerato infatti il carattere "originale" del diritto OMC, non è improbabile che esso, pur attingendo a diverse idee e principi presenti nei vari ordinamenti giuridici a livello sia nazionale che internazionale, possa trovare al proprio interno le risorse per conciliare opposte esigenze.

In altri termini, con gli ultimi due rapporti l'Organo d'Appello potrebbe essere riuscito a mettere a punto una tecnica che permetta di esprimere l'idea di un bilanciamento dei fattori, senza tuttavia aderire all'idea di necessità o proporzionalità.

Ciò a cui ci troviamo di fronte è quindi un criterio di necessità "ammorbidito", o piuttosto un criterio di proporzionalità "incompleto", in quanto non implicante un vero e proprio potere, da parte dell'organo giudiziario, di mettere in causa le priorità degli Stati Membri.

Vista l'attualità e l'importanza del problema in questione, non mancheranno occasioni in cui la giurisprudenza potrà confermare o meno questa idea.

## CAPITOLO 4: CONFRONTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Questo capitolo mira ad analizzare la presenza ed il funzionamento dei principi di necessità e proporzionalità all'interno di altri sistemi - e precisamente nell'ambito del diritto dell'Unione - e di stabilire un confronto con il modo in cui tali principi si sono sviluppati all'interno del sistema GATT/OMC.

### I. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ ALL'INTERNO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: CARATTERISTICHE GENERALI

Necessità e proporzionalità costituiscono due principi fondamentali all'interno del sistema dell'Unione; come considerazione preliminare, è opportuno osservare che da una parte i due concetti non sono vengono distinti in maniera netta, e che dall'altra il principio di proporzionalità è generalmente accettato ed applicato. In questo senso la giurisprudenza comunitaria è quindi sostanzialmente più avanzata rispetto a quella OMC, in ragione del maggior grado di integrazione fra i membri.

Ciò fa sì che - a differenza di quanto avviene nell'ambito OMC - il dibattito non sia incentrato sul problema di un eventuale "passaggio" da una dimensione ad un'altra, ma piuttosto sulle conseguenze dell'applicazione di tali principi sulla sovranità dei membri.

La proporzionalità verrà analizzata in termini generali per quanto riguarda la sua origine; tuttavia, l'analisi si concentrerà sull'applicazione di tale principio all'interno della libera circolazione delle merci, il che ci condurrà al confronto con il sistema GATT-OMC.

#### *1.1 Origine*

I principi di proporzionalità e necessità formano quindi parte integrante dell'ordinamento dell'Unione; tuttavia, solo il secondo occupa una posizione ed un ruolo autonomi in quanto principio generale, mentre il secondo è piuttosto utilizzato in collegamento ad esso, in quanto principio "ausiliario".

Infatti, come si vedrà nei paragrafi seguenti, all'interno di tale sistema la necessità non costituisce che uno degli elementi costitutivi del principio di proporzionalità.

La Corte di Giustizia ha considerato la proporzionalità in quanto principio di diritto dell'Unione a partire dal principio della sua attività, e fin dai primi casi né gli Avvocati Generali né la stessa Corte ne hanno discusso l'origine, probabilmente in quanto l'hanno

considerato un principio fondamentale, la cui presenza all'interno dell'ordinamento dell'Unione non richiedeva alcuna spiegazione<sup>1</sup>.

Come si è visto nella parte introduttiva, il principio di proporzionalità trae la propria origine da diverse componenti, fra cui il principio di *fairness* proprio del diritto anglosassone, così come dalla Costituzione Tedesca e dal Diritto Amministrativo Francese.

La questione del diritto dell'Unione è stata affrontata per la prima volta dalla *Verwaltungsgericht* di Francoforte sul Meno in un caso del 1969; in questa occasione essa ha affermato<sup>2</sup> :

“[il principio di proporzionalità] deriva da una norma generale di diritto applicabile all'interno del diritto internazionale pubblico, il divieto dell'abuso di diritto. Quindi esso si applica altresì nel diritto sopranazionale degli Stati Membri della Comunità Economica Europea e deve quindi essere osservato all'interno della sua legislazione. Una violazione di tale principio sopranazionale rende un atto dell'Unione invalido.”

Tuttavia, la discussione più completa dell'origine della principio di proporzionalità si trova all'interno delle conclusioni dell'Avvocato Generale Dutheillet de Lamothe nel caso *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>3</sup>; in questa circostanza, egli ha ipotizzato tre possibili fonti del principio: la Costituzione Tedesca, i principi generali del diritto dell'Unione, e infine una disposizione apposita del trattato<sup>4</sup>.

L'Avvocato Generale ha rifiutato l'ipotesi della Costituzione Tedesca in quanto origine del principio di proporzionalità, in quanto ha ritenuto che la legittimità di misure comunitarie dovesse essere esclusivamente considerata alla luce del diritto dell'Unione, e in nessun caso alla luce dei diritti interni, neppure delle Costituzioni<sup>5</sup>.

Esso ha giustificato la propria affermazione citando la Corte di Giustizia nel caso *Costa c. Enel*, nel quale essa ha affermato che una misura comunitaria, in virtù della sua specifica natura, non può essere contraddetta da una legge interna, qualsiasi essa sia, senza perdere il suo carattere comunitario, e senza minare le basi giuridiche della Comunità<sup>6</sup>.

Tuttavia, parte della dottrina sottolinea come i principi fondamentali dei sistemi interni svolgano un'importante funzione all'interno del diritto dell'Unione, in quanto permettono a

<sup>1</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.135.

<sup>2</sup> *Export of Oat Flakes* Caso II/2E-79/76 (1969) CMLR 85 citato da N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.135.

<sup>3</sup> F.J. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, in E. Ellis, *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, p.1.

<sup>4</sup> *Internationale Handelsgesellschaft Mbh contre Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getreide und Futtermittel*, C-11/70, 17 dicembre 1970, Conclusions de l'Avocat Général du 2 décembre 1970, *Recueil*, 1970-9, p.1148-1149

<sup>5</sup> *ibid.*, p.1149.

<sup>6</sup> *Flaminio Costa contre l'E.N.E.L.*, C- 6/64 , 15 luglio 1964, *Recueil* 1964, p.1160.

quest'ultimo di trovare al proprio interno le risorse necessarie per assicurare il rispetto dei diritti fondamentali che formano il patrimonio comune degli Stati Membri<sup>7</sup>.

Secondo l'Avvocato Generale, le origini del principio di proporzionalità risalgono sia ai principi generali del diritto dell'Unione, sia ad una disposizione specifica del Trattato<sup>8</sup>.

Egli basa questa affermazione su due casi decisi dalla Corte di Giustizia<sup>9</sup>, nei quali essa ha stabilito che, in base ad un principio generale di diritto, le sanzioni imposte nei confronti di una società dovevano essere commisurate all'entità dell'atto punito.

Per quanto riguarda il Trattato, l'Avvocato Generale fa riferimento all'articolo 40 del Titolo II sull'Agricoltura; in base a questa disposizione, l'organizzazione comune del mercato dei prodotti agricoli può includere tutte le misure "richieste" – quindi necessarie - al fine di perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 39<sup>10</sup>.

La Corte ha aderito alla posizione dell'Avvocato Generale per quanto riguarda la prima fonte, sostenendo che il ricorso a norme di tipo interno al fine di giudicare la validità di misure adottate dalla Comunità finirebbe per pregiudicare l'uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione<sup>11</sup>.

Tuttavia, la posizione della Corte non è completamente chiara; nella decisione del caso *Internationale Handelsgesellschaft*, infatti, essa ha accennato sia ai principi generali di diritto del diritto dell'Unione, sia all'articolo 40 del Titolo II del Trattato<sup>12</sup>, e ha considerato la proporzionalità in quanto "diritto fondamentale", nel senso che gli individui non dovrebbero vedere la propria libertà d'azione limitata al di là di quanto è necessario nell'interesse generale<sup>13</sup>.

Allo stesso tempo, però, la Corte non ha rifiutato la possibilità che anche l'articolo 40 potesse costituire l'origine del principio; nello stesso caso essa ha infatti affermato che la misura in questione costituisse un metodo appropriato, ai sensi dell'articolo 40 paragrafo 3, al fine di realizzare l'organizzazione comune del mercato agricolo<sup>14</sup>.

---

Vedi J.A.Usher "General Principles of EC Law", Londra/New York, 1998, p.41; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.135.

<sup>7</sup> *ibid.*, p.136.

<sup>8</sup> *Internationale Handelsgesellschaft Mbh contre Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getreide und Futtermittel*, Conclusions de l'Avocat Général, p.1149.

<sup>9</sup> *Fédération Charbonnière de Belgique contre Haute Autorité*, C-8/55, 29 novembre 1956, *Recueil* 1955-1956, p.304.

*Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse contre Haute Autorité*, C-15/57, 12 giugno 1958, *Recueil* 1958, p.190.

<sup>10</sup> *ibid.*, p.1149.

<sup>11</sup> *ibid.*, p.1135.

<sup>12</sup> *ibid.*, p.1126.

<sup>13</sup> *ibid.*, p.1135.

<sup>14</sup> *ibid.*, p.1138; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.137.

L'opinione dell'Avvocato Generale Dutheillet de Lamothe quanto alla funzione dell'articolo 40 è stata criticata sulla base del fatto che essa pare coprire solo un aspetto del principio di proporzionalità, vale a dire la necessità della misura<sup>15</sup>.

Prospettiva differente è quella di chi sostiene che la proporzionalità sia espressione del principio di legalità che sottende l'intero ordinamento dell'Unione<sup>16</sup>. Tale principio presenta sia un aspetto formale che un aspetto sostanziale<sup>17</sup>; il primo consiste nel fatto che le istituzioni dell'Unione dispongono solo di quei poteri che sono loro assegnati dai Trattati, mentre i poteri residui sono assegnati agli Stati Membri (principio delle competenze di attribuzione); il secondo consiste nel fatto che i principi generali abbiano un effetto vincolante sulle Autorità comunitarie allo stesso modo dei diritti fondamentali nei termini della protezione automatica che essi assegnano ai cittadini comunitari<sup>18</sup>, e sottopongano le istituzioni comunitarie al principio di giustizia.

In base a questi presupposti, Ipsen ritiene che il principio di proporzionalità costituisca una manifestazione del principio di legalità dal punto di vista formale, in quanto espressione del principio delle competenze di attribuzione<sup>19</sup>.

Infine la Corte, nel caso *Mannesmann*, ha suggerito che il principio di proporzionalità sia una manifestazione del principio di giustizia<sup>20</sup>.

Analogamente, la Corte ha descritto il divieto di discriminazione contenuto nell'articolo 40 paragrafo 3 del Trattato come un'enunciazione specifica del principio generale di uguaglianza, che è uno dei principi generali del diritto dell'Unione<sup>21</sup>; in base a quest'idea, le

---

<sup>15</sup> J. Schwarze, *European Administrative Law*, Londra, 1992, p.711 citato da N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in the European Law*, op. cit., p.137; in particolare si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Roemer, nel caso *Deutsche Getreide und Futtermittelhandels-gesellschaft mbH contro Hauptzollamt Hamburg-Altona*, C-31/70, 15 dicembre 1970, Raccolta 1970, p.1066.

<sup>16</sup> H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, p.512, 528 citato da N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in the European Law*, op. cit., p.138.

<sup>17</sup> J. Schwarze, *European Administrative Law*, op. cit., p.712, nota n.19.

<sup>18</sup> H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, op. cit., p.734 citato da N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.138.

<sup>19</sup> H.P. Ipsen, *Die Verfassungrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in J. Schwarze (ed.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschulzinstanz*, Baden-Baden, 1981, p.29 ss. e 58 citato da J. Schwarze, *European Administrative Law*, op. cit., p.713.

<sup>20</sup> C-19/61 *Manesmann AG contro Haute Autorità*, C-19/61, 31 luglio 1962, *Recueil* 1962, p.705. Vedi inoltre l'affermazione della Corte secondo cui: "L'Alta Autorità, nell'elaborare ed applicare i meccanismi finanziari che essa istituisce per salvaguardare l'equilibrio del mercato, ha senza dubbio l'obbligo di tener conto della realtà economica alla quale questi meccanismi vanno applicati, affinché gli scopi perseguiti siano raggiunti nel modo migliore e col minimo sacrificio possibile per le imprese partecipanti, questa esigenza di giustizia va tuttavia temperata col principio della certezza del diritto, che a sua volta trae origine da considerazioni di equità e di economia. Queste due esigenze vanno conciliate in modo da implicare il minimo sacrificio per il complesso delle persone soggette alla Comunità" (p.704-705).

<sup>21</sup> *Albert Ruckdeschel et Co. E Hansa-Lagrehaus Stroeh et Co. Contro Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG contro Hauptzollamt Itzehoe*, C-117/76 e 16/77, 19 ottobre 1977, Raccolta 1977, p.1769.

disposizioni del Trattato in questione potrebbero quindi essere considerate in quanto espressione specifica del principio generale di proporzionalità.

In conclusione, Emiliou aderisce all'affermazione fatta dall'Avvocato Generale Dutheillet de Lamothe secondo la quale non solo non esiste alcun problema nel tracciare le origini del principio di proporzionalità all'interno del diritto dell'Unione, ma si può ampiamente discutere su quale elemento utilizzare<sup>22</sup>.

### 1.2 Funzionamento

Una prima considerazione fondamentale per quanto riguarda la funzione - o meglio le funzioni - del principio di proporzionalità all'interno del diritto dell'Unione consiste nel fatto che essa vari a seconda del fatto che il principio si applichi nei confronti dell'Unione e dei suoi organi, o nei confronti degli Stati membri<sup>23</sup>.

Nel primo caso, infatti, la proporzionalità ha lo scopo di tutelare le prerogative sovrane dei membri dalle "intrusioni" dell'Unione, e in questo senso può essere vista come un'espressione del principio delle competenze di attribuzione<sup>24</sup>.

Più precisamente, in questo primo caso, il principio di proporzionalità è percepito come principio di validità amministrativa, e pare derivare dal principio di legalità e di esercizio appropriato dei poteri regolatori che sono in mano alle istituzioni<sup>25</sup>.

Nel secondo caso, invece, essa è finalizzata a preservare gli interessi collettivi (ad esempio la libera circolazione dei fattori produttivi) dalle misure adottate dai membri, e costituisce un meccanismo di controllo della loro azione legislativa, la cui compatibilità con il Trattato è messa in discussione.

In questo caso, la funzione del principio agisce perlopiù in quanto strumento di liberalizzazione commerciale, in quanto impone condizioni generali all'azione dei membri in nome dell'interesse superiore alla libera circolazione dei fattori produttivi.

Quindi, mentre nel primo caso il principio è applicato al fine di proteggere interessi fondamentali dei cittadini, e di conseguenza limita il potere delle istituzioni comunitarie nel perseguimento del mercato unico, nel secondo caso esso è finalizzato a limitare l'azione dei membri e a proteggere le quattro libertà fondamentali<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.139.

*Internationale Handelsgesellschaft Mbh contre Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getreide und Futtermittel*, p.1149.

<sup>23</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, in *LIEI*, 2000, p.242.

<sup>24</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.72.

<sup>25</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op cit., p.404.

<sup>26</sup> *ibid.*, p.403-404.

Queste osservazioni sono importanti in quanto, pur essendo intrinseche al principio stesso e quindi rinvenibili in qualsiasi contesto, esse acquistano particolare rilevanza in un ambito - quale quello dell'Unione - che possiede un elevato grado di integrazione, e nel quale quindi le relazioni fra l'insieme e le singole parti possiedono una rilevanza fondamentale.

All'interno del presente lavoro, sarà presa in considerazione soprattutto la proporzionalità delle azioni dei membri, per alcune ragioni fondamentali: in primo luogo, ai fini della nostra analisi, è la funzione del principio in quanto strumento di liberalizzazione commerciale che rileva maggiormente; inoltre tale funzione del principio di proporzionalità si presta al confronto con il sistema GATT-OMC, ambito nel quale le controversie riguardano la legittimità delle misure intraprese dai membri e non dall'Organizzazione.

Inoltre, l'OMC non dispone della facoltà di emanare norme secondarie<sup>27</sup>, e anche se così fosse non sono previste procedure al fine di permettere agli Stati di contestarle: non è quindi configurabile il caso in cui vengano messe in discussione norme emanate dall'Organizzazione.

Al di là di tale distinzione fra applicazione del principio di proporzionalità da parte del potere giudiziario nei confronti degli Stati membri o degli organi dell'Unione, ne esiste un'altra ugualmente importante, vale a dire quella basata sulla funzione verticale o orizzontale del principio stesso. Nella sua funzione di controllo della legittimità della legislazione dell'Unione, infatti, il principio di proporzionalità interviene sia nei rapporti fra il potere legislativo dell'Unione e gli Stati membri (funzione verticale), sia nei rapporti fra legislativo e giudiziario all'interno dell'Unione stessa (funzione orizzontale)<sup>28</sup>.

Nella sua funzione di controllo delle misure messe in atto dai membri, la proporzionalità condiziona i rapporti verticali - in quanto implica una limitazione dell'autonomia dei membri

---

<sup>27</sup> In base alla più accreditata dottrina, l'OMC è titolare di una potestà normativa limitata, la quale incide solo raramente sulle politiche commerciali dei membri, ed è piuttosto determinata dagli accordi multilaterali elaborati in sede di negoziazione. L'adozione di atti a portata generale avviene sulla base degli articoli IX, X e XII dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione: in base a tali disposizioni, gli organi sono legittimati a modificare la posizione dei membri. Per quanto riguarda i poteri normativi previsti dagli Accordi, le decisioni di portata generale si riferiscono generalmente all'attuazione di obblighi o procedure già previsti dagli Accordi stessi (P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, op. cit., p.64-65).

<sup>28</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.113 ; in termini più generali, altre distinzioni interessanti sono quelle messe in rilievo da Cannizzaro e da De Búrca. Il primo distingue infatti fra proporzionalità applicata ai « poteri funzionali » - finalizzata a bilanciare poteri unilaterali e ad evitare che la realizzazione degli interessi perseguiti comporti una compressione eccessiva di interessi soggettivi altrui (E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, op. cit., p.26) - e quella relativa ai « limiti funzionali », relativa alla composizione di posizioni soggettive paritetiche, ed implicante un obbligo in capo ai titolari dei diritti in questione di comporne unilateralmente l'esercizio con quello di posizioni altrui (p.215). De Búrca distingue invece fra la proporzionalità utilizzata quale strumento al fine di assicurare che i poteri amministrativo o legislativo non esercitino effetti eccessivamente restrittivi nei confronti di interessi giuridicamente protetti, e la proporzionalità finalizzata alla valutazione del rapporto costi-benefici di una misura, della sua efficacia o dell'importanza dello scopo da essa perseguito (G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.107).



da parte dell'Unione - e quelli orizzontali - in quanto condiziona i rapporti fra potere legislativo e autorità amministrative nazionali da una parte e potere giudiziario nazionale dall'altra, quest'ultimo essendo in collegamento con la Corte di Giustizia tramite i meccanismi di cooperazione giudiziaria<sup>29</sup>.

Di conseguenza, l'azione diretta ed indiretta - in quanto non agisce direttamente sulla norma statale, ma indirettamente attraverso la cooperazione fra tribunali interni e Corte di Giustizia - dell'Unione è suscettibile di condizionare e ridurre le competenze dei membri in materia legislativa<sup>30</sup>.

Tale problema è di ampia portata, sia in quanto intrinseco al principio di proporzionalità, sia in quanto tocca alla radice il problema dell'erosione della sovranità statale all'interno di fenomeni di integrazione, di cui l'Unione Europea costituisce l'esempio più avanzato. In questo senso, esso non può essere analizzato senza riferimento al principio di sussidiarietà.

### 1.3 *Struttura*

Se si passa dall'analisi del principio a quella del *test* di proporzionalità quale applicato dalla giurisprudenza comunitaria, la dottrina è concorde nell'osservare che esso sia strutturato in tre parti, pur variando a seconda dei casi e delle circostanze specifici<sup>31</sup>.

Le tre parti riguardano:

- l'articolazione dell'interesse dello Stato, vale a dire il fatto che la misura sia utile, appropriata o efficace
- l'articolazione dell'interesse che subisce una restrizione, ovvero la disponibilità di misure alternative ugualmente efficaci
- anche in assenza delle misure citate al secondo punto, il fatto che la misura non abbia un effetto sproporzionato<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.113.

<sup>30</sup> *ibid.*, p.113-114.

<sup>31</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.243-249; G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, p.113; F.J. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, op. cit., p.1; J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.102

<sup>32</sup> Più precisamente, la Corte ha fatto per la prima volta esplicito riferimento al principio di proporzionalità nel caso *Fedechar (Federation Charbonnière de Belgique contre Haute Autorité)*, p.304).

Inoltre nel caso *Fromançais* essa ha affermato che "Onde accertare se una disposizione di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità, si deve controllare, anzitutto, se i mezzi cui essa fa ricorso per conseguire lo scopo che si prefigge siano confacenti all'importanza dello scopo stesso e, inoltre, se siano necessari per raggiungerlo" (*Fromançais SA contro Fonds d'Orientation et de Regularisation des Marchés Agricoles (FORMA)* C-66/82, 23 febbraio 1983, Raccolta 1983, p.404). Tuttavia, tale definizione includeva solo i due primi elementi del test.

Al contrario nel caso *Fedesa (The Queen contro Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte Fedesa e altri)*, C-331/88, 13 novembre 1990, Raccolta 1990, p.4024) essa si è avvicinata alla concezione tedesca del test, includendo tutti e tre gli elementi: "In forza del principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, la legittimità del divieto di un'attività economica è

E' stato sostenuto che i tre elementi in questione si trovino in una serie ascendente<sup>33</sup>, con la conseguenza che una misura che soddisfi il terzo requisito dovrebbe automaticamente soddisfare i primi due e così via.

Tuttavia, tutti e tre i criteri citati presentano alcune difficoltà quanto alla loro applicazione.

Il primo considera il carattere appropriato o meno della misura alla luce del suo obiettivo o, in altri termini, il nesso causale fra i due elementi; secondo le parole della Corte nella sentenza *United Fruits*<sup>34</sup>, infatti, in base al primo requisito deve esistere una "relazione ragionevole" fra la misura e lo scopo in questione.

Nonostante tale requisito sia il meno problematico dei tre, parte della dottrina<sup>35</sup> ritiene che non sia sempre chiaro quali caratteristiche esso imponga alle misure in quanto, se da una parte esso implica una relazione causale meno stretta rispetto all'indispensabilità, dall'altra tale relazione appare essere più stringente rispetto al mero criterio di utilità.

Tale criterio richiede inoltre una valutazione - ad esempio in campo ambientale - per la quale non sempre la Corte dispone dei mezzi appropriati; in situazioni di incertezza scientifica essa tende infatti a lasciare un ampio margine di manovra agli Stati Membri<sup>36</sup>.

Di conseguenza, raramente la Corte conclude quanto al carattere non appropriato di una misura rispetto al proprio obiettivo<sup>37</sup>. In questo senso, quindi, un ulteriore elemento di incertezza è costituito dal carattere "oggettivo" o meno della valutazione richiesta.

Il secondo elemento è al contrario più problematico, in quanto implica le valutazioni di cui si è già discusso nell'ambito del sistema GATT/OMC.

La Corte di Giustizia ha osservato come il secondo punto coincida con la ricerca di misure alternative meno restrittive, e ha affermato che le misure nazionali restrittive o suscettibili di esserlo sono compatibili con il Trattato solo nella misura in cui esse sono necessarie ad una protezione efficace della salute e della vita umana. Essa ha quindi concluso che tali misure

---

subordinata alla condizione che il provvedimento sia idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti".

Tuttavia, Schwarze mette in guardia contro un'assimilazione completa fra i due test in ragione delle differenze intercorrenti fra il sistema giuridico dell'Unione e quello tedesco( J. Schwarze, *European Administrative Law*, op. cit., p.855).

<sup>33</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.241.

<sup>34</sup> *NV United Foods e PVBA Aug. Van den Abeele contro Stato Belga*, C-132/80, 7 aprile 1981, Raccolta 1981, p.1025.

<sup>35</sup> J. Jans, *Proportionality revisited*, op. cit., p.243.

<sup>36</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.103; *contra* vedi J. Jans, (*Proportionality Revisited*, op. cit., p.245) secondo il quale la Corte è normalmente in grado di valutare il carattere adeguato della misura e il quale sostiene che, in base alla giurisprudenza da lui analizzata, gli Stati non dispongono di alcuna discrezionalità.

non possano essere giustificate dall'articolo 30 se gli scopi perseguiti possono essere raggiunti in maniera altrettanto efficace da misure meno restrittive<sup>38</sup>.

Anche in questo caso, l'applicazione del criterio in questione non è univoca, ed è fortemente influenzata dal tipo di interesse in questione<sup>39</sup>. In questo senso, la dottrina è concorde nell'ammettere che l'interesse perseguito giochi un ruolo fondamentale nel determinare la portata e la severità del criterio di necessità.

Nell'applicazione del criterio di necessità, si assume che l'alternativa debba essere ugualmente efficace rispetto alla misura sotto accusa, il che comporta due conseguenze: da una parte l'esistenza di alternative che non possiedono questa caratteristica è irrilevante, e dall'altra il mero fatto che altri Stati membri applichino misure meno restrittive non basta in sé a dimostrare che una misura più restrittiva sia sproporzionata<sup>40</sup>.

A questo proposito, Barnard osserva come talvolta il secondo elemento del test esamini altresì il fatto che, pur non esistendo alternative meno restrittive, la misura non eserciti una restrizione eccessiva sugli interessi della parte attrice<sup>41</sup>. E' evidente come tale prospettiva

---

<sup>37</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.103; nello stesso senso J. Schwarze (*European Administrative Law*, op. cit., p.856) secondo il quale la Corte si limita ad esaminare se, al momento in cui è stata adottata, la misura era manifestamente inappropriata.

<sup>38</sup> *Kemikalieinspektionen contro Toolex Alpha AB*, C-473/98, 11 luglio 2000, Raccolta 2000, p.I-5714: "una normativa o una prassi nazionale che ha o può avere un effetto restrittivo sulle importazioni di prodotti è compatibile con il Trattato solo se è necessaria per un'efficace tutela della salute e della vita delle persone. Una normativa o una prassi nazionale non fruisce della deroga ex art. 36 del Trattato qualora la salute e la vita delle persone possano venire protette in modo altrettanto efficace con provvedimenti meno restrittivi per gli scambi intracomunitari".

Vedi J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.104; da notare come secondo Schwarze il terzo requisito richieda un rapporto "ragionevole" fra la misura e lo scopo, ciò che secondo la maggior parte della dottrina costituisce il secondo elemento del test (J. Schwarze, *European Administrative Law*, op. cit., p.859).

<sup>39</sup> C. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.111. A questo proposito, J. Jans confronta ad esempio il caso *Familiapress* con il caso *Schindler* (*Proportionality Revisited*, op. cit., p.246). Nel primo (*Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH contro Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, 26 giugno 1997, Raccolta 1997, p. I-3717) la Corte ha ammesso restrizioni alla vendita di riviste contenenti giochi a premi o concorsi, qualora tale divieto sia proporzionato alla salvaguardia del pluralismo della stampa e non possa essere conseguito attraverso misure meno restrittive (pag.I-3690-3691). In particolare essa ha affermato che, affinché ricorrano questi presupposti, occorre che i giornali in questione siano in concorrenza con i piccoli editori, ritenuti incapaci di offrire servizi analoghi e che ciò possa provocare uno spostamento della domanda.

Nel caso *Schindler* (*Her Majesty's Customs and Excise contro Gerhart Schindler*, C-275/92, 24 marzo 1994, Raccolta 1994, pag. I-1097) la Corte ha adottato un approccio meno severo, in ragione dei rischi a livello di ordine pubblico in esame: "Le peculiarità delle lotterie giustificano infatti che le autorità nazionali dispongano di un potere discrezionale sufficiente per definire le esigenze di tutela dei giocatori e, più in generale, tenendo conto delle specificità socioculturali di ogni Stato membro, di tutela dell'ordine sociale, sia per quanto riguarda le modalità di organizzazione delle lotterie, il volume delle puntate, sia per quanto riguarda la destinazione degli utili da esse ricavati, nonché per valutare la necessità vuoi di limitare le relative attività vuoi di vietarle".

<sup>40</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.247. Tali elementi conducono Jans all'idea che, se la scelta del livello di protezione è prerogativa del Membro e se tale livello non deve essere compromesso dal criterio di proporzionalità, allora la proporzionalità *strictu sensu* non dovrebbe trovare applicazione. Tuttavia, come si vedrà, la Corte non ha esitato, pur se in limitati casi, ad applicarlo e ad intervenire sulle scelte di tipo legislativo adottate dai Membri.

<sup>41</sup> C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford, 2004, p.80.

finisca per mettere in discussione il fine perseguito, ed esuli dalla definizione di necessità in senso stretto<sup>42</sup>.

Il terzo elemento implica una valutazione della proporzionalità *strictu sensu*, ovvero un'analisi dell'impatto della misura sul commercio intracomunitario, anche in assenza di misure meno restrittive.

Nell'ambito della libera circolazione delle merci, se una misura fallisce questo test, sarà un interesse economico a prevalere su uno non economico; da ciò deriva il carattere controverso di tale elemento, in quanto in questi casi la Corte pare assumere il ruolo che in realtà spetterebbe a parlamenti democraticamente eletti<sup>43</sup>.

Da qui discendono le obiezioni nei confronti dell'applicazione di questo tipo di principio basate sulla presunta violazione di competenza dei tribunali nazionali, e sulla conseguente imposizione di interessi comunitari su quelli nazionali<sup>44</sup>.

In realtà, la fisionomia del criterio di proporzionalità *strictu sensu* è tutt'altro che ben definita. Mentre alcuni autori ritengono che essa sia finalizzata al raggiungimento del giusto equilibrio fra vari interessi<sup>45</sup>, Schwarze ritiene ad esempio che la proporzionalità *strictu sensu* costituisca un fattore negativo rispetto a tale giusto equilibrio, nel senso che è plausibile una situazione in cui una misura è proporzionata, ma in cui gli interessi individuali avrebbero potuto essere meglio tutelati. Il principio in questione pare quindi richiedere il carattere "non sproporzionato" - più che proporzionato - della misura.

Nella pratica raramente la Corte ha esplicitamente fondato la propria decisione su tale criterio; parte consistente della dottrina ritiene che, nonostante essa non escluda a priori un vero e proprio bilanciamento di opposti interessi, essa in linea generale non applicherà questo tipo di approccio e si limiterà all'utilizzo degli altri due criteri<sup>46</sup>.

Se, da una parte, la dottrina è concorde nell'identificare i tre elementi di cui sopra, essa è altrettanto uniforme nel riconoscere che l'approccio della Corte nei confronti del test di

---

<sup>42</sup> In questo senso vedi J. Schwarze (*European Administrative Law*, op. cit., p.858) il quale nota come il criterio di necessità abbia assegnato una larga discrezionalità agli organi comunitari in materia di politica economica.

<sup>43</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.104.

<sup>44</sup> Più precisamente J. Wiers (*ibid.*, p.111) pur ammettendo che in alcune circostanze l'interesse dell'Unione prevalga su quello dei membri, si chiede se l'armonizzazione comunitaria non soffra di un "majoritarian bias", vale a dire non tenda ad imporre gli interesse ed il punto di vista di una minoranza di stati membri rispetto ad altri. In questo caso oltre al problema dell'invasione di sovranità dei membri si aggiungerebbe quello dell'origine e della democraticità dell'interesse prevalente e del presunto "strapotere" di alcuni Stati rispetto ad altri.

<sup>45</sup> I. Pernice, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 1979, p.127 ss., citato da J. Schwarze, *European Administrative Law*, op. cit., p.860.

<sup>46</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.107; J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.248.

proporzionalità e degli elementi che lo compongono sia decisamente “non strutturato”, in quanto essa non raramente segue un’applicazione rigorosa che includa i tre elementi citati<sup>47</sup>.

Nella sue conclusioni relative al caso *Gourmetterie Van den Burg*<sup>48</sup> l’Avvocato Generale Van Gerven ha riconosciuto che nella giurisprudenza della Corte le esigenze di necessità e proporzionalità sono spesso valutate allo stesso tempo, in un’analisi che si articola attorno ai fatti concreti e alla situazione specifica<sup>49</sup>.

Nel caso di specie, riguardante un misura adottata dai Paesi Bassi a difesa di una particolare razza di uccelli, egli ha stabilito che la Corte debba in primo luogo valutare la necessità della misura adottata in rapporto al proprio obiettivo; tale legame di necessità implica due elementi: da un lato che vi sia una relazione causale fra la misura e l’obiettivo, e dall’altra che non esista una misura meno restrittiva ugualmente efficace.

In secondo luogo, deve esistere un rapporto di proporzionalità fra l’ostacolo creato alla libera circolazione del commercio da una parte e l’obiettivo perseguito dall’altra<sup>50</sup>.

In merito al caso di specie, l’Avvocato Generale ha confermato il carattere adeguato della misura<sup>51</sup>, ma ha rifiutato il suo carattere necessario, sulla base del fatto che esistesse nello Stato esportatore un sistema legislativo in grado di assicurare una protezione uguale a quella dello Stato importatore<sup>52</sup>.

Più specificamente, esistendo a livello dell’Unione una direttiva in materia, lo Stato che impone la misura dovrà far valere dei motivi estremamente importanti perché una restrizione al principio di libera circolazione sia ammessa; ciò ha condotto alla conclusione che i Paesi Bassi disponessero di misure meno restrittive per raggiungere l’obiettivo in questione<sup>53</sup>.

In questo senso, è da notare il legame fra carattere necessario della misura, armonizzazione e riconoscimento reciproco delle legislazioni.

---

<sup>47</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.186.

<sup>48</sup> *Procedimento penale contro Gourmetterie Van den Burg*, C-169/89, Raccolta 1990, p.I-2164, Conclusioni dell’Avvocato Generale: “La questione pregiudiziale va pertanto risolta dichiarando che: l’art. 36 del Trattato, in combinato disposto con la direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, 79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, dev’essere interpretato nel senso che non è giustificato un divieto d’importazione e di smercio di una specie di uccello che non si trova nel territorio dello Stato membro legiferante ma vive in un altro Stato membro nel quale detta direttiva e la normativa di quest’altro Stato membro ne autorizzano la caccia, e che inoltre non è né migratrice né minacciata ai sensi della medesima direttiva”.

<sup>49</sup> *ibid.*, p.I-2156.

<sup>50</sup> *ibid.*

<sup>51</sup> *ibid.*

<sup>52</sup> *ibid.*, p.I-2157.

<sup>53</sup> *ibid.*

Per quanto riguarda il terzo elemento, l'Avvocato Generale ha richiamato il *caso Commissione c. Danimarca*<sup>54</sup> nel quale la Corte, a proposito di misura a tutela della salute animale, ha affermato che "l'obbligo imposto, da una normativa nazionale, ai produttori ed importatori, nel contesto di un sistema che autorizza lo smercio della birra e delle bibite unicamente in imballi che possano essere riutilizzati, di creare un sistema di consegna e di restituzione degli imballaggi vuoti deve essere considerato necessario per conseguire gli scopi perseguiti in fatto di tutela dell'ambiente, di guisa che le limitazioni che ne derivano per la libera circolazione delle merci non appaiono sproporzionate."

Viceversa, essa ha giudicato sproporzionato e quindi inammissibile l'obbligo per i produttori stranieri sia di usare unicamente imballaggi che siano stati approvati dalle autorità nazionali - autorizzazione che può essere negata anche se il produttore è disposto a garantire la riutilizzazione degli imballaggi ritirati - sia di non vendere annualmente più di una certa quantità di bevande in imballaggi non autorizzati.

Secondo la Corte infatti, il sistema di resa degli imballaggi non autorizzati, pur non garantendo, a differenza del sistema istituito per gli imballaggi autorizzati, una percentuale massima di riutilizzazione, è atto a tutelare l'ambiente, tanto più che le quantità di bevande che possono essere importate sono limitate, rispetto al consumo nazionale nel suo complesso, a causa dell'effetto restrittivo dell'esigenza della resa.

L'Avvocato ha inoltre richiamato il caso *Commissione contro Regno Unito*, in cui la Corte ha ritenuto contrario al principio di proporzionalità premunirsi contro rischi talmente remoti da non poter essere considerati come reali<sup>55</sup>.

Risulta quindi chiaro dalle parole dell'Avvocato Generale come il test di proporzionalità assuma in questo caso una forma che non corrisponde allo schema tracciato dalla dottrina: infatti - pur essendo presenti tutti e tre gli elementi citati in precedenza - essi sono combinati ed applicati in maniera differente.

---

<sup>54</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Regno di Danimarca*, Conclusioni dell'Avvocato Generale, C-302/86, 20 settembre 1988, Raccolta 1988, p.I-2158-2159.

<sup>55</sup> *Commissione contro Regno Unito*, C-40/82, 31 gennaio 1984, Raccolta 1984, p.299: la Corte nota come in base alle statistiche vi sia stato un calo costante dei casi di malattia negli ultimi anni e che di conseguenza il rischio che il pollame dell'Irlanda del Nord venga contagiato da uova o carcasse è estremamente limitato e non possa giustificare il divieto assoluto di importazione.

Anche se il divieto di vaccinare il pollame vigente nell'Irlanda del Nord può rendere quest'ultimo molto vulnerabile e giustificare provvedimenti che normalmente sarebbero superflui, la Corte ritiene che il divieto in questione vada la di là di quanto concesso dall'articolo 36, in quanto sproporzionato rispetto allo scopo; esso è infatti applicato verso paesi in cui per alcuni anni non si è verificato alcun caso di malattia (p.300)

La Corte conclude il ragionamento affermando che: "Gli argomenti del Governo Britannico relativi alla densità del pollame nell'Irlanda del Nord, in ragione della quale qualsiasi infezione costituirebbe un pericolo per l'intero patrimonio avicolo, e all'importanza economica dell'industria avicola in questa regione, che sarebbe gravemente compromessa da una epizoozia, non possono modificare questi giudizi, che sono basati sull'assenza, in talune categorie di casi, di qualsiasi rischio di infezione" (p.300).

#### 1.4 L'applicazione: cenni di giurisprudenza

Da questi elementi deriva il fatto che, nonostante le varie forme che questo test può assumere, esso implichi sempre un bilanciamento di differenti interessi, ma che tuttavia il grado di scrutinio dipenda dalla maniera concreta in cui tale test è applicato.

In realtà, non è eccessivo affermare che non si tratti di un solo ed unico test, ma addirittura di più test differenti, che variano da un controllo normale, ad uno minimale, ad un'analisi costi – benefici, ad un *least trade restrictive alternative test*, o ad un test che semplicemente verifica la non manifesta irragionevolezza della misura, a seconda degli interessi in gioco<sup>56</sup>.

In questo senso De Búrca<sup>57</sup> analizza la giurisprudenza relativa al criterio di proporzionalità, dimostrando come esso assuma forme e portata differenti a seconda di diverse variabili, fra cui il fatto che l'azione sia rivolta contro l'Unione o gli Stati membri, ma anche la natura degli interessi in gioco, l'entità della restrizione, e la suddivisione di competenze all'interno dell'ordinamento dell'Unione.

L'autrice osserva infatti come nel caso *Fedesa*, rivolto contro un atto dell'Unione, la Corte abbia adottato un approccio assai deferente nei confronti della misura, limitandosi ad un'analisi del carattere "non manifestamente inappropriato" della stessa sulla base del primo elemento del test di necessità<sup>58</sup>.

Essa ha infatti argomentato, sulla base del secondo elemento, che anche qualora esista un mezzo meno restrittivo, esso verrà adottato solo qualora la misura in questione sia manifestamente inappropriata in base alla prima parte del test<sup>59</sup>.

Infine, per quanto riguarda la terza parte, la Corte ha affermato che, anche qualora la misura sotto accusa causasse un danno finanziario alla parte attrice, tale danno sarebbe stato giustificato in nome dell'obiettivo, vale a dire della protezione della salute pubblica<sup>60</sup>.

La Corte ha giustificato la sua posizione sulla base del fatto che la materia in questione rientrasse all'interno di un settore – quello della politica agricola comune – rispetto al quale le istituzioni comunitarie godono di ampia discrezionalità<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.113

<sup>57</sup> *ibid.*, p.111; nello stesso senso, per quanto concerne il diritto internazionale generale, vedi E. Cannizzaro, *Il principio della Proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, op. cit., p.4.

<sup>58</sup> *The Queen contro Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte Fedesa e altri*, C-331/88, 13 novembre 1990, Raccolta 1990 p.I-4063; "In forza del principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, la legittimità del divieto di un'attività economica è subordinata alla condizione che il provvedimento sia idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti"; vedi G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.118; J. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, op. cit., p.3.

<sup>59</sup> *ibid.*, p.I-4063-4064.

<sup>60</sup> *ibid.*, p.I-4064.

Tuttavia, è importante notare come in questo caso l'interesse dell'Unione in gioco – la protezione della salute pubblica – fosse estremamente importante e la restrizione all'interesse del Membro fosse limitata<sup>62</sup>.

In altri casi di azioni rivolte contro l'Unione infatti, la Corte non ha esitato ad eseguire un'analisi più stringente, e nel caso *Bela-Muelhe* essa ha anzi sottolineato come, nonostante il Trattato fornisca alle istituzioni comunitarie un'ampia scelta dei mezzi all'interno della PAC, l'articolo 40 paragrafo 3 incorpori comunque il principio di proporzionalità<sup>63</sup>.

In questa circostanza quindi, pur trovandosi di fronte ad un settore di competenza delle istituzioni comunitarie quale la PAC, la Corte ha adottato un approccio meno deferente, e

---

<sup>61</sup> *ibid.*: "Il sindacato giurisdizionale sul rispetto di tali condizioni deve però tener conto del fatto che in materia di politica agricola comune il legislatore comunitario dispone di un potere discrezionale corrispondente alle responsabilità che gli artt.40 e 43 del Trattato gli attribuiscono. Di conseguenza, solo il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, rispetto allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento".

<sup>62</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.122.

In generale la Corte tende al contrario a considerare sproporzionati i divieti assoluti; a questo proposito vedi il caso C-178/84, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Federale di Germania*, C-178/84, 2 marzo 1987, Raccolta 1987, p.1270. Interessante è il fatto che la Corte respinga l'idea, sostenuta dalla Germania, in base alla quale la norma in questione è indispensabile per la tutela dei consumatori tedeschi, perché nella loro mente la denominazione "bier" è indissociabile dalla bevanda prodotta solo da ingredienti tedeschi. La Corte osserva a questo proposito (riprendendo la sentenza *Commissione contro Regno Unito*, 27/2/1980, C-170/78, Raccolta 1980, p.417) che la legislazione di uno Stato membro non deve servire a cristallizzare determinate abitudini di consumo allo scopo di rendere stabili i vantaggi acquisiti dalle industrie nazionali" (p.1271).

Vedi anche il caso *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contro Republik Österreich* (C-112/00, 12 giugno 2003, Raccolta 2003, p. I-5722), in cui la Corte ha affermato che "nelle circostanze di cui alla fattispecie, le competenti autorità nazionali hanno potuto ritenere che un divieto puro e semplice della manifestazione stessa avrebbe rappresentato un'inaccettabile interferenza nei diritti fondamentali dei manifestanti di riunirsi e di esprimere pacificamente la loro opinione in pubblico".

Tuttavia, nel caso *Toolex Alpha, (Kemikalieinspektionen contro Toolex Alpha AB*, p.I-5716) la Corte ha ritenuto proporzionato un divieto di importazione di una sostanza chimica (C. Barnard, *the Substantive Law of the EU*, op. cit., p.80).

<sup>63</sup> Vedi G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.121; J. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, op. cit., p.3.

Nel caso *Bela-Muelhe (Bela-Muelhe Josef Bergmann KG contro Grows-Farm GmbH et Co. KG*, C-114/76, 5 luglio 1977, Raccolta 1977, p.1221) la Corte ha notato innanzitutto che l'articolo 40, n.3, comma 2 vietasse qualsiasi discriminazione fra produttori o consumatori della Comunità. In secondo luogo, essa ha osservato come gli obiettivi enunciati dall'articolo 39 TUE fornissero, assieme alle regole contenute nell'articolo 40, n.3, comma 2, criteri che consentono di valutare la legittimità dei provvedimenti adottati.

Essa ha concluso il suo ragionamento affermando che l'obbligo d'acquisto dei prodotti in questione ad un prezzo sproporzionato costituisca una ripartizione discriminatoria degli oneri fra i diversi prodotti agricoli e che non fosse necessario per il raggiungimento degli obiettivi.

Nel caso *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft MbH e altri contro Bundesamt Fuer Ernährung und Forstwirtschaft*, C-465/93, 9 novembre 1995, Raccolta 1995, p. I-3794) la Corte ha affermato che "gli Stati membri [...] sono responsabili degli interessi, segnatamente economici e sociali, considerati come generali a livello nazionale e, in questa qualità, sono legittimati ad agire in giudizio per assicurarne la difesa. Di conseguenza, essi possono far valere danni che colpiscono un intero settore della loro economia, soprattutto qualora il provvedimento comunitario impugnato sia atto a causare ripercussioni negative sul livello dell'occupazione e sul costo della vita".



questo anche in ragione in ragione dell'entità della restrizione agli interessi dello Stato, assai più incisiva rispetto al caso *Fedesa*<sup>64</sup>.

De Búrca conclude a questo proposito che il test più deferente applicato dalla Corte in *Fedesa* non viene automaticamente seguito ogni volta che la controversia riguardi un settore in cui l'Unione dispone di ampia discrezionalità e che anzi, come dimostrato dalla giurisprudenza, essa è pronta a considerare l'esistenza di alternative meno restrittive, soprattutto quando l'impatto della misura sulla parte attrice è particolarmente forte. Tuttavia, nel momento in cui l'interesse dell'Unione in gioco è di estrema importanza (ad esempio la protezione della salute pubblica) e l'interesse individuale può costituire una minaccia nei confronti di quest'ultimo, la Corte si limiterà probabilmente ad un'analisi del carattere non manifestamente inappropriato della misura<sup>65</sup>.

Quando l'azione è rivolta contro gli Stati membri, la Corte tende in generale ad essere meno deferente: si può assumere che la Corte sia tendenzialmente riluttante a ritenere sproporzionate misure che attuano obiettivi stabiliti dal Trattato; al contrario, misure adottate dagli Stati le quali contravvengono alle norme dell'Unione verranno sottoposte ad un esame più severo, il che è spiegabile sulla base del fatto che una delle funzioni principali della Corte consiste proprio nel controllo della condotta dei membri<sup>66</sup>.

Se la dottrina tende quindi a riconoscere l'esistenza di un "double standard" in questo senso, d'altra parte essa ritiene talvolta che ciò sia giustificato sulla base del fatto che gli obiettivi del Trattato godano di una certa priorità e che determinate misure, come ad esempio nel settore agricolo, siano basate sulla raccolta di numerosi dati di tipo economico ed esercitino effetti assai differenti sui vari operatori economici. Di conseguenza, la Corte tende a proteggere l'azione e le decisioni politiche delle istituzioni dell'Unione<sup>67</sup>.

In particolare, Jacobs nota come tale disparità esista anche negli Stati federali e osserva inoltre come la situazione possa cambiare in futuro, evoluzione resa possibile dal carattere flessibile dello stesso principio di proporzionalità<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Il Regolamento in questione vietava l'immissione sul mercato di talune sostanze ad azione ormonica (*The Queen contro Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte Fedesa e altri*, p.I-4059); analogamente nel caso *Wachauf* (*Hubert Wachauf contro Repubblica Federale di Germania* del 13/7/1989, C-5/88, Raccolta 1989, p.2639-2640) la Corte ha considerato la misura adottata dall'Unione sproporzionata in nome dell'impatto eccessivo sull'interesse individuale; in altre parole, la severità dell'impatto sembra aver spinto la misura al di fuori dell'area di discrezionalità dell'Unione (G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.125).

<sup>65</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.123.

<sup>66</sup> *ibid.*, p.125.

<sup>67</sup> *ibid.*, p.116.

<sup>68</sup> J. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, op. cit., p.21.

Analogamente a quanto osservato nel caso delle azioni rivolte contro l'Unione, nel caso delle azioni rivolte contro i membri sarà non solo il tipo di interesse in questione a determinare il grado di scrutinio da parte della Corte – la quale tenderà ad assumere un atteggiamento deferente in casi in cui sono coinvolti interessi tipicamente riservati al dominio statale – ma anche l'impatto che la misura esercita sull'interesse dell'Unione che viene colpito nonché la divisione di competenza fra l'Unione e gli Stati membri.

In termini generali, gli Stati sotto accusa giustificano la misura in questione sulla base degli articoli 30 o 46, i quali riguardano aree di tradizionale competenza interna e che non rientrano all'interno delle competenze dell'Unione, se non nella misura in cui essa condizionano gli obiettivi stabiliti dal Trattato; tuttavia, l'approccio della Corte è sempre consistito nell'affermare che la libera circolazione dei fattori produttivi costituisca uno dei principi fondamentali dell'Unione, e che possa essere limitata solo quando ciò sia necessario<sup>69</sup>.

Anche in questi casi tuttavia, la Corte ha talvolta adottato una certa deferenza rispetto alla misura sotto accusa, ad esempio sulla base del fatto che essa non disponga delle informazioni sufficienti per sostituirsi al giudizio degli organi legislativi o giudiziari interni. In alcuni casi, infatti, essa si è limitata ad emanare alcune linee guida al fine di valutare la proporzionalità della misura, ma ha lasciato tale valutazione ai tribunali interni.

Nel caso *Campus Oil*, ad esempio, essa è riuscita a conciliare un atteggiamento deferente – derivante dal fatto che la misura fosse giustificata in base a motivi di ordine pubblico, e realizzato anche attraverso una definizione assai generosa di tale concetto – con la volontà di non rinunciare ad esaminare la misura in questione<sup>70</sup>.

Tale atteggiamento non sempre indica deferenza nei confronti dello Stato in quanto, in alcuni casi, le linee guida suggerite dalla Corte sembrano già indicare la soluzione verso la quale essa è orientata<sup>71</sup>. Anche in questo caso, analogamente a quanto osservato nel confronto fra i casi *Fedesa* e *Atalanta*, la spiegazione dell'atteggiamento più severo della Corte va ricercata nella gravità della restrizione derivante dall'applicazione della misura, soprattutto in presenza di misure confiscatorie, come accade nel caso *Richardt*.

---

<sup>69</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.126.

<sup>70</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.255.

Vedi il caso *Campus Oil Limited e altri contro Ministro dell'Industria e dell'Energia e altri*, C-72/83, 10 luglio 1984, Raccolta 1984, p.2755 e *Procedimento penale a carico di Aime Richardt e Les Accessoires Scientifiques Snc*, C-367/89, 4 ottobre 1991, Raccolta 1991, p. I-4652: "Spetta tuttavia al giudice nazionale valutare se il regime instaurato rispetti il principio di proporzionalità, tenendo conto di tutti gli elementi di ogni fattispecie, quali l'attitudine della merce a pregiudicare la sicurezza dello Stato, le circostanze in cui l'infrazione è stata commessa e la buona o mala fede dell'operatore che intendeva effettuare il transito e disponeva all'uopo dei documenti rilasciati da un altro Stato Membro».

<sup>71</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.135.

Anche nel caso di misure adottate dai Membri, inoltre, la Corte ha talvolta fatto uso del criterio di "non sproporzione"<sup>72</sup>.

Come già osservato, un altro fattore importante è costituito dal fatto che la Corte eserciterà in controllo tanto più severo quanto più la disciplina del settore in questione è armonizzata a livello dell'Unione; ciò distingue ad esempio i casi relativi alla moralità o all'ordine pubblici<sup>73</sup> – nei quali si è riconosciuta un'amplissima libertà di manovra agli Stati ed è stato applicato un criterio simile a quello analizzato nel caso *Fedesa* – rispetto ai casi relativi alla salute pubblica, settore che sempre più è oggetto di armonizzazione, non solo a livello dell'Unione, ma anche a livello internazionale<sup>74</sup>.

Ciò non esclude tuttavia che anche nell'ambito della protezione della moralità la Corte possa ritenere sproporzionate misure adottate dai Membri, ad esempio sulla base della mancanza di coerenza del comportamento del Membro stesso; in *Adoui e Cornaille*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che la motivazione alla base della misura non fosse abbastanza seria da poter giustificare una violazione dell'articolo 56 del Trattato, in quanto essa imponeva restrizioni alla libera circolazione di cittadini stranieri, senza che provvedimenti analoghi fossero presi nei confronti dei nazionali che si trovavano nella stessa condizione<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.261; Cfr. i casi *Generics* e *Alpine Investment*: nel primo caso (*Generics BV contro Smith Kline & French Laboratories Ltd*, C-316/95, 9 luglio 1997, Raccolta 1997, p. I-3964) la Corte ha affermato che: "La moratoria imposta dal giudice all'autore della violazione del diritto di brevetto, in quanto diretta a porre il titolare di quest'ultimo nella situazione in cui si sarebbe trovato, in linea di principio, se i suoi diritti fossero stati rispettati, non può essere considerata una forma di riparazione sproporzionata". Nel secondo caso (*Alpine Investments BV contro Minister van Financiën* C-384/93, 10 maggio 1995, Raccolta 1995, pag. I-1182) la Corte ha sostenuto che "Alla luce delle considerazioni che precedono, il divieto di "cold calling" non appare sproporzionato all'obiettivo che si prefigge".

<sup>73</sup> C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.66; *Regina contro Maurice Donald Henn e John Frederick Darby*, C-34/79, 14 dicembre 1979, Raccolta 1979, p.3813: "Ai termini dell'art.36 del Trattato, le disposizioni relative alla libera circolazione delle merci nell'ambito della Comunità non ostano ai divieti d'importazione giustificati, fra l'altro, da motivi di moralità pubblica. Spetta in linea di principio a ciascuno stato membro determinare gli imperativi della moralità pubblica nell'ambito del proprio territorio in base alla propria scala di valori e nella forma da esso scelta. Di conseguenza, non si può contestare che le norme di legge applicate dal Regno Unito per quanto riguarda l'importazione di oggetti di natura indecente od scena rientrino nella facoltà riservata agli stati membri dal primo inciso dell'art.36".

Cfr. il caso *Yvonne Van Duyn contro Home Office* (C-41/74, 4 dicembre 1974, Raccolta 1974, p.1350), in cui la Corte ha riconosciuto come la nozione di ordine pubblico vari da un paese all'altro e da un'epoca all'altra e ha affermato la necessità di lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale.

<sup>74</sup> A questo proposito Barnard nota come la Corte sia particolarmente "sospettosa" delle restrizioni adottate in nome della difesa della salute pubblica (*The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.78) e cita a questo proposito il caso *Commissione delle Comunità Europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, C-40/82, 15 luglio 1982, Raccolta 1982).

In questo senso vedi anche *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Francese*, C-42/82, Raccolta 1982, 4 marzo 1982, p.858 e *Commissione delle Comunità Europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, C-124/81, Raccolta 1983, 8 febbraio 1983, p.236.

<sup>75</sup> *Rezguia Adoui contro Stato Belga e Citta' di Liegi*, C-115 e 116/81, 18 maggio 1982, Raccolta 1982, p.1708; cfr. G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.130.

Nei casi in cui la materia è stata completamente armonizzata, è plausibile pensare che gli Stati non disporranno di alcun margine di giustificazione; tuttavia, nei casi in cui la legislazione dell'Unione si limita a stabilire degli standard minimi di protezione, i membri manterranno il diritto di adottare misure più stringenti<sup>76</sup>.

Essi disporranno tuttavia di un margine di manovra inferiore, a causa della presunzione di efficacia della legislazione dell'Unione rispetto agli obiettivi perseguiti<sup>77</sup>.

Altro motivo che conduce la Corte ad applicare un test di proporzionalità severo è il fatto di dubitare che la vera motivazione alla base della misura non sia quella dichiarata dal Membro; in questi casi tale elemento pare sovrapporsi all'analisi della necessità della misura, e questo anche nel caso in cui la restrizione riguardi la protezione della moralità pubblica.<sup>78</sup>

Ulteriore criterio che esercita un'influenza notevole sul tipo di approccio seguito dalla Corte è il principio di equivalenza che, come si vedrà, deriva dalla giurisprudenza *Dassonville-Cassis de Dijon*: nel caso *German Beer* la Corte ha infatti affermato che, essendo il prodotto in questione regolarmente fabbricato e commercializzato in un altro Stato dell'Unione, un divieto totale di importazione non poteva essere giustificato. Inoltre, essa ha stabilito che spettasse allo Stato che impone il divieto dimostrare che la legislazione presente nell'altro membro non fornisse una protezione adeguata dell'interesse in questione<sup>79</sup>.

In altri termini la Corte, pur accettando che in una situazione di incertezza scientifica spettasse agli Stati stabilire il livello di protezione della salute umana perseguito, ha adottato un'applicazione severa della seconda parte del test; questo anche alla luce del fatto che il

---

<sup>76</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.253.

<sup>77</sup> vedi P. Oliver, *Free movements of goods in the European Community*, Londra, 2003, p.232-233. Nel caso *Monsees (Wilfried Monsees c. Unabhängiger Verwaltungsssenat für Karnten, C-350/97, Raccolta 1999, 11 maggio 1999, p. I-2945)* ad esempio la Corte ha affermato la disponibilità di misure meno restrittive rispetto a quella in questione, in quanto tali misure erano previste dalla Direttiva 95/29. Nel caso *Hedley Lomas* la Corte ha affermato che il ricorso all'articolo 30 non è più possibile qualora esista una direttiva necessaria a perseguire l'obiettivo in questione (*The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd 23/5/1996 C-5/94 Raccolta 1996, p.I-2611*); in questo senso vedi anche il caso *CWF (The Queen contro Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd, C-1/96, 19 marzo 1998, Raccolta 1998, p.I-1251)*.

<sup>78</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.131.

Cfr. il caso *Conégate c. HM Custom and Excise, C-121/85, 11 maggio 1986, Raccolta 1986, p.1022*, nel quale la Corte non ha accettato le restrizioni sui materiale pornografico imposte dalla Gran Bretagna, in quanto lo stesso tipo di merce veniva fabbricato all'interno del paese (p.1023). Essa ha sostenuto che il presunto danno causato dalla merce non poteva essere considerato sufficientemente serio da ridurre le libertà di circolazione delle merci, nel momento in cui lo Stato membro non adotta, rispetto alla merce in questione prodotta nel proprio territorio, misure penali o altre misure serie ed efficaci finalizzate alla prevenzione della distribuzione della merce sul proprio territorio". Barnard confronta questa decisione con il caso *Henn and Darby (Regina contro Maurice Donald Henn e John Frederick Darby)*, in cui la Corte si è dimostrata assai più deferente nei confronti delle decisioni del Membro (*The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.66).

<sup>79</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Federale di Germania, C-178/84, 12 marzo 1987, Raccolta 1987, p.1274.*

prodotto in questione non fosse giudicato pericoloso in base a studi scientifici a livello internazionale.

Inoltre, la Corte ha ritenuto che il rifiuto da parte della Repubblica Federale Tedesca di riconoscere che gli additivi in questione potessero soddisfare un'esigenza di tipo tecnologico all'interno del processo di produzione finisse per favorire i prodotti di origine nazionale e costituisca quindi una restrizione dissimulata al commercio. Dalle parole della Corte, sembra altresì di cogliere una certa diffidenza rispetto al fatto che il vero scopo della misura fosse quello relativo alla protezione della salute umana.

E' da notare come tale caso, analogamente al caso *Fedesa*, fosse incentrato sulla tutela della salute pubblica; tuttavia, la Corte ha assunto una posizione più severa nei confronti della misura.

De Búrca solleva la questione se tale differente approccio sia dovuto solo al fatto che una misura adottata dall'Unione ottenga in generale una maggiore deferenza, o anche al fatto che la misura adottata in *Fedesa* fosse meno restrittiva; questo anche alla luce del fatto che in entrambi i casi non esistevano dati scientifici certi rispetto ai pericoli per la salute. L'autrice conclude che la posizione della Corte rispetto a queste problematiche non è chiara<sup>80</sup>.

Sempre rimanendo nell'ambito delle azioni rivolte contro i Membri, è interessante notare come nel caso *Aragonesa*<sup>81</sup> la Corte abbia adottato lo stesso standard – l'analisi del carattere non manifestamente inappropriato della misura – seguito in *Fedesa*; tuttavia, in questo caso, la motivazione della deferenza osservata dalla Corte non va ricercata nella suddivisione di competenze fra Unione e Membri, ma piuttosto nel fatto che l'entità della restrizione fosse assai limitata.

Infine esistono casi in cui la Corte ha deciso di escludere la misura dall'ambito di applicazione dell'articolo 30, in ragione della competenza dello Stato relativamente a certi settori. E' quanto è accaduto nel caso *Duphar*<sup>82</sup>, in cui la Corte non ha voluto interferire con il

---

<sup>80</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.141.

<sup>81</sup> *Aragonesa de Publicidad Exterior SA e Publivia SAE Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Catalana*, C-1/90 E C-176/90, 25 luglio 1991, Raccolta 1991, p.I-4184 "Da un lato, una misura nazionale come quella di cui si tratta comporta una restrizione limitata alla libertà degli scambi, poiché riguarda soltanto le bevande alcoliche aventi un tenore di alcol superiore a 23 gradi. Quest'ultimo criterio non appare, in linea di principio, manifestamente irragionevole ai fini della lotta contro l'alcolismo".

<sup>82</sup> Cfr. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.75.

Nel caso *Duphar BV ed altri contro Stato Olandese*, C-238/1982, 7 febbraio 1984, Raccolta 1984, p.523 la Corte ha affermato che: "Il diritto comunitario non menoma la competenza degli stati membri ad organizzare i propri sistemi previdenziali e ad adottare, in particolare, norme miranti a disciplinare il consumo dei prodotti farmaceutici nell'interesse dell'equilibrio finanziario dei loro sistemi di assicurazione contro le malattie".

In questo senso si vedano anche i casi *Evans Medical (The Queen contro Secretary of State for Home Department, ex Parte Evans Medical Ltd E Macfarlan Smith Ltd)*, C-324/93, 28 marzo 1995, Raccolta 1995, p.I-563) e *Monteil (Procedimento Penale a carico di Jean Monteil e Daniel Samanni)*, C-60/90, 21 marzo 1991, Raccolta 1991).

potere dei Membri di organizzare il proprio sistema di assistenza sociale, ed in particolare con le norme relative al consumo di farmaci e al funzionamento del sistema sanitario.

E' infine interessante citare il caso *Pharmaceutical Society*, in cui la Corte ha spostato l'onere della prova sulla parte attrice, sostenendo che non esistessero elementi tali da dimostrare che la misura adottata non era la meno restrittiva possibile<sup>83</sup>. Contrariamente al caso *German Beer*, in cui la Corte stessa era pronta a suggerire alternative alla misura sotto accusa, in questo caso pare che tali alternative debbano essere proposte dalla parte attrice.

Alla luce di queste variabili, si può quindi intravedere una delle caratteristiche essenziali dell'approccio generale della Corte nei confronti dell'applicazione del principio di proporzionalità, vale a dire il suo carattere non strutturato, ma anzi fortemente dipendente dalle circostanze specifiche del caso<sup>84</sup>.

Per quanto riguarda la competenza ad applicare il test di proporzionalità, la dottrina non è uniforme. Infatti alcuni autori sostengono la competenza dei tribunali interni per quanto riguarda i due primi aspetti del test di proporzionalità - in quanto ritengono che essi siano più competenti ad effettuare determinate valutazioni - e sostengono al contrario che, nei casi di applicazione del terzo aspetto, esso debba spettare alla Corte, in quanto essa è competente a decidere quale livello di protezione debba essere applicato all'interno dell'Unione<sup>85</sup>.

Al contrario, altri autori ribaltano la prospettiva e, mentre accettano che la Corte intervenga nella valutazione dell'efficacia e della necessità della misura, ritengono che il rapporto fra lo scopo perseguito e la limitazione al commercio debba essere lasciato agli Stati membri e che

---

In senso contrario cfr. il caso *Decker* (*Nicolas Decker contro Caisse de maladie des employés privés*, C-120/95, Raccolta 1998). Vedi C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.75.

<sup>83</sup> *The Queen contro Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex Parte Association Of Pharmaceutical Importers ed altri*, C-266 e 267/87, 18 maggio 1989, Raccolta 1989, p.1329.

<sup>84</sup> In questo senso vedi l'affermazione della Corte stessa nel caso *The Queen contro Secretary of State for the Environment e Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H.A. Standley e a. e D.G.D. Metson e a.*, C-293/97, 29 aprile 1999, Raccolta 1999, p.I-2646: "Da quanto precede risulta che la direttiva contiene disposizioni la cui elasticità consente agli Stati membri di rispettare il principio di proporzionalità nell'applicazione dei provvedimenti che essi adottano. Spetta ai giudici nazionali garantire il rispetto di detto principio".

Kramer nota come, per quanto concerne il principio di proporzionalità, la Corte non ne abbia fornito una definizione precisa. Esso richiama a questo proposito il caso *Repubblica Federale di Germania contro Consiglio dell'Unione Europea*, (C-359/92, Raccolta 1994, p.I-3713), nel quale la Corte ha affermato che "il principio di proporzionalità esige che gli atti delle istituzioni comunitarie siano idonei a realizzare lo scopo perseguito e non eccedano i limiti di quanto è necessario per raggiungerlo". L'autore nota quindi come le motivazioni di tipo giuridico, politico, economico e sociale a favore o contro una misura debbano essere soppesati gli uni con gli altri; nonostante ciò, il potere legislativo della Comunità detiene una vasta discrezionalità sulla decisione ritenuta più appropriata, e la Corte si è spesso trattenuta da sostituire la propria valutazione a quella del Consiglio o del Parlamento. (L. Kramer, *Casebook on EU Environmental Law*, Oxford, 2002, p.97).

<sup>85</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.256-257.

in caso contrario la Corte si sostituirebbe a parlamenti democraticamente eletti – il che ci riporta al problema della limitazione della sovranità accennato in precedenza<sup>86</sup>.

### *1.5 Proporzionalità e sussidiarietà*

Nonostante il presente lavoro si concentri sulla proporzionalità delle misure messe in atto dagli Stati membri – e quindi a livello giurisprudenziale sui casi rivolti contro di loro – qualche osservazione può essere fatta in questa sede a proposito dell'applicazione del principio nei confronti dell'Unione.

In questo ambito un primo punto importante riguarda il rapporto sussistente fra proporzionalità e sussidiarietà.

Se si analizza infatti il testo dell'articolo 5 del Trattato sulla Comunità Europea, in base al quale:

“La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono attribuite e degli obiettivi assegnatili dal presente Trattato. Negli ambiti che non appartengono alla sua competenza esclusiva, la Comunità interviene, in ottemperanza al principio di sussidiarietà, solo se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione da intraprendere non possono essere raggiunti in modo sufficiente dagli Stati membri e possono quindi, a causa delle dimensioni e degli effetti dell'intervento in questione, essere affrontati in modo più soddisfacente da un'azione congiunta al livello della Comunità. Gli interventi della Comunità non vanno oltre il necessario al fine di raggiungere gli obiettivi del presente trattato.”

si può immediatamente notare come proporzionalità e sussidiarietà siano intimamente legate, in quanto la seconda stabilisce una sorte di suddivisione di competenza fra Unione e Stati Membri, e in questo senso istituisce dei limiti all'azione della prima nei confronti dei secondi<sup>87</sup>.

Il principio di sussidiarietà stabilisce infatti una presunzione in base alla quale la responsabilità primaria e la competenza rispetto alle decisioni debbano situarsi al livello più basso possibile di autorità nella gerarchia politica; di conseguenza, gli Stati membri

---

<sup>86</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op cit., p.104 ; J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.250.

<sup>87</sup> *Contra* vedi Jans, secondo il quale la base giuridica per l'applicazione del principio di proporzionalità rispetto alla libera circolazione delle merci risiede nell'ultima frase dell'articolo 30 del Trattato e anche il Protocollo di Amsterdam rivelerebbe solo tenui legami con il principio in questione. Egli riconosce tuttavia che il principio di proporzionalità rivesta delle implicazioni rispetto al grado di interferenza da parte dell'Unione, in quanto ni linea di massima gli ordinamenti degli Stati membri dovrebbero essere rispettati (J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.242-243).

manterranno i poteri che sono in grado di esercitare in maniera più appropriata, e al contrario trasferiranno all'Unione quelli che non riescono ad utilizzare in maniera efficace.

L'Unione interverrà quindi, nella sfera dei poteri concorrenti, in via sussidiaria e secondo un principio in base al quale ogni livello dispone dei poteri che non potrebbero essere esercitati in maniera appropriata ad altri livelli.

Ogni azione dell'Unione viene quindi valutata in base a questo criterio per stabilire il carattere esclusivo o meno della sua competenza: esisteranno settori in cui essa fisserà regole comuni, mentre gli Stati potranno adottare misure più ampie, accanto ad altri in cui l'Unione si limiterà a promuovere azioni di orientamento delle politiche, di cui i membri saranno i principali responsabili<sup>88</sup>.

Le linee guida adottate dal Consiglio Europeo di Edimburgo del 1992 stabiliscono che l'articolo 3b del Trattato incorpori il principio di proporzionalità, definito in quanto requisito che i mezzi utilizzati dalla Comunità siano proporzionali all'obiettivo perseguito.

Inoltre, il Protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà e proporzionalità annesso al Trattato di Amsterdam stabilisce che le istituzioni, nell'esercitare i poteri ad esse conferiti, debbano assicurare la conformità ai due principi e precisa che, in base al secondo, qualsiasi azione della Comunità non debba andare oltre a ciò che è richiesto al fine di perseguire gli obiettivi stabiliti dal Trattato<sup>89</sup>.

Proporzionalità e sussidiarietà sono quindi concetti collegati fra loro, tuttavia non identici; Emiliou identifica i seguenti elementi di differenziazione<sup>90</sup>.

In primo luogo, la sussidiarietà stabilisce una limitazione dei poteri dell'Unione nei confronti dei Membri, mentre la proporzionalità costituisce un criterio di analisi di una misura a livello dell'Unione Europea.

In secondo luogo, mentre il primo principio considera il fatto che l'azione dell'Unione sia necessaria oppure no, il secondo entra in gioco una volta che la decisione quanto all'opportunità di una misura è già stata presa; in questo senso il principio di proporzionalità completa quello di sussidiarietà: una volta stabilita la responsabilità dell'adozione di una determinata decisione, la proporzionalità esamina le caratteristiche della misura in questione.

E' importante osservare come tali linee guida precisino che la proporzionalità agisce non solo a livello giudiziario, ma anche a livello legislativo: in questo senso esso pare stabilire un test in due parti a cui le istituzioni sono sottoposte all'interno del procedimento decisionale.

---

<sup>88</sup> C. Zanghi, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2005, p.61

<sup>89</sup> J.A. Usher, *General Principles of EC Law*, Londra, 1998, p.37 e J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.81.

<sup>90</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.140.



Questo costituisce una differenza importante rispetto alla situazione in cui il principio è applicato nei confronti dei membri, in quanto in questo caso esso agisce esclusivamente all'interno dell'ambito giudiziario.

Di conseguenza, una volta stabilito, in base al principio di sussidiarietà, che un'azione da parte dell'Unione Europea è opportuna, il principio di proporzionalità stabilisce quale tipo di azione sia necessaria; pare quindi che i due principi facciano parte di una stessa sequenza logica; al contrario, qualora si ritenga che una determinata azione Comunitaria non è necessaria, il problema della proporzionalità dell'azione stessa non sarà ovviamente sollevato. Secondo Steiner<sup>91</sup> i due principi hanno quindi una funzione cumulativa: la sussidiarietà fornisce la giustificazione iniziale per l'azione Comunitaria, sulla base di criteri di efficienza, in relazione alla scala o agli effetti dell'azione stessa (articolo 3 paragrafo 2); la proporzionalità assicura che l'azione non ecceda ciò che è appropriato e necessario al fine di raggiungere l'obiettivo in questione (articolo 3 paragrafo 3). Quest'ultima è quindi finalizzata ad evitare misure legislative troppo intrusive e dettagliate, e a determinare lo strumento adeguato per la sua messa in atto.

Una lettura diversa è data da Usher<sup>92</sup>, secondo il quale l'interpretazione dell'articolo 5 del Trattato data dal Protocollo aggiuntivo al trattato di Amsterdam citato in precedenza identifica il contenuto dell'articolo con il principio di proporzionalità, e pone l'enfasi sulla questione se l'Unione debba agire, piuttosto che sulle conseguenze della sua azione. Tuttavia egli riconosce come, a livello giurisprudenziale, tale principio riguardi più le conseguenze dell'azione dell'Unione Europea che il fatto che l'azione stessa fosse opportuna o meno<sup>93</sup>.

In questo senso vale la pena di citare il caso *ADBHU*<sup>94</sup>, nel quale la Corte di Giustizia ha stabilito che le misure adottate dall'Unione che costituiscono una restrizione al commercio

---

<sup>91</sup> J. Steiner, *Subsidiarity under the Maastricht Treaty* in D. O' Keefe and P. Twomey (ed.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Londra, 1994, citato da N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.142.

<sup>92</sup> J.A. Usher, *General Principles of EC Law*, op. cit., p.38.

<sup>93</sup> Cfr. l'affermazione della Corte nel caso *Fromançais SA contro Fonds d'Orientation et de Regularisation des Marchés Agricoles (FORMA)* C-66/82, 23 febbraio 1983, Raccolta 1983, p.404: "onde accertare se una disposizione di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità, si deve controllare, anzitutto, se i mezzi cui essa fa ricorso per conseguire lo scopo che si prefigge siano confacenti all'importanza dello scopo stesso e, inoltre, se siano necessari per raggiungerlo".

<sup>94</sup> *Procuratore della Repubblica contro Association de Défense des Bruleurs d'huiles usagées (A.D.B.H.U.)*, C-240/83, 7 febbraio 1985, Raccolta 1985, p.549: "[la direttiva] "si inserisce infatti nel quadro della tutela dell'ambiente, che costituisce uno degli scopi essenziali della comunità. In particolare, dal terzo e dal settimo punto della motivazione emerge che ogni normativa in materia di eliminazione degli oli usati deve avere per scopo la tutela dell'ambiente contro gli effetti nocivi dello scarico, del deposito o del trattamento dei suddetti prodotti. Dal complesso delle sue disposizioni risulta inoltre che la direttiva si preoccupa di garantire l'osservanza dei principi di proporzionalità e di non discriminazione nei casi in cui talune restrizioni si rendessero necessarie".

non devono essere discriminatorie, né andare al di là delle restrizioni inevitabili giustificate dal perseguimento dell'obiettivo della protezione ambientale<sup>95</sup>.

Inoltre, nel caso *Fedesa*, la Corte ha fornito una definizione del principio di proporzionalità che nel caso in questione si applicava senza dubbio ad un'azione svolta dalla Comunità<sup>96</sup>.

La Corte è generalmente riluttante ad esaminare la validità degli atti da parte dell'Unione, soprattutto in quei settori di competenza esclusiva; si è visto infatti in precedenza come nel caso *Fedesa* essa abbia basato la propria analisi sull'esistenza del carattere non "manifestamente inadatto" della misura (la prima parte del test di proporzionalità).

Tale approccio in primo luogo contiene uno standard piuttosto favorevole alla misura stessa, in quanto per lo Stato che accusa la misura adottata dall'Unione è molto più arduo dimostrare che essa è manifestamente inadatta rispetto a dimostrare che essa non è necessaria.

In secondo luogo, l'impostazione della Corte si concentra sul carattere appropriato della misura, e non sulla relazione fra impedimento al commercio e fini perseguiti; essa evita quindi di effettuare un vero e proprio bilanciamento di interessi, e si limita all'aspetto meno controverso dell'efficacia della misura.

La Corte si è dimostrata riluttante a giudicare l'opera del legislatore dell'Unione anche nell'applicazione del test di necessità tradizionale; nel caso *Boehringer*<sup>97</sup> infatti, dopo aver affermato che le misure non erano "manifestamente inappropriate" rispetto allo scopo, essa ha analizzato l'esistenza di misure alternative disponibili ed ha concluso che il Consiglio nell'adottare la misura non aveva compiuto un "manifesto errore di valutazione".

Inoltre la Corte ha applicato un vero e proprio *balancing test*, affermando che le eventuali misure alternative avrebbero costituito un onere notevole per lo Stato e che tale onere doveva essere soppesato rispetto al danno creato alla parte attrice<sup>98</sup>.

Infine, anche per quanto riguarda la terza parte del test di proporzionalità (la proporzionalità *strictu sensu*) la Corte è generalmente restia a modificare l'equilibrio stabilito dalle istituzioni dell'Unione. Soprattutto nei casi in cui le istituzioni compiono valutazioni complesse basate su informazioni tecniche e scientifiche, la Corte limita la propria analisi ad una valutazione dell'esistenza di errori manifesti o abuso di potere.

---

<sup>95</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.81.

<sup>96</sup> *The Queen contro Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte Fedesa e altri*, p.I-4063.

<sup>97</sup> *Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. contro Swingward Ltd e Dowelhurst Ltd.*, C-143/00, 23 aprile 2002, Raccolta 2002, par.97 e 100

<sup>98</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.82.

In definitiva si può osservare come la Corte, nell'analizzare misure adottate dall'Unione, sia generalmente rispettosa delle suddivisione delle competenze e difficilmente si sostituisca alle valutazioni del legislatore dell'Unione.

## 2. LA PROPORZIONALITÀ ALL'INTERNO DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

Dopo aver analizzato le caratteristiche fondamentali del principio di proporzionalità, verranno ora presi in considerazione la natura ed il funzionamento di suddetto principio in relazione alla libera circolazione delle merci; questo al fine sia di concentrare l'attenzione sugli aspetti economici della problematica, sia di rendere possibile una comparazione con il sistema GATT/OMC.

Il principio di libera circolazione delle merci costituisce infatti uno dei capisaldi del diritto dell'Unione, nonché uno dei principali motori di integrazione.

Le applicazioni del principio di proporzionalità al suo interno acquistano particolare rilevanza, in quanto finalizzate a limitare la libertà dei Membri in nome della libertà di circolazione; diviene quindi interessante analizzare come l'analoga esigenza è stata soddisfatta all'interno dell'ambito OMC, caratterizzato da un diverso livello di integrazione e da una diversa struttura istituzionale.

### 2.1 *La Direttiva 70/50*

La prima apparizione del principio di proporzionalità all'interno della libera circolazione delle merci si è avuta all'interno della legislazione e non della giurisprudenza comunitaria.

L'articolo 33(7) del Trattato infatti assegnava alla Commissione il potere di emanare direttive al fine di stabilire procedure e scadenze per l'abolizione di misure equivalenti a restrizioni quantitative.

In base a questi poteri, la Commissione emanò infatti la Direttiva 70/50 la quale, pur essendo una disposizione temporanea, contiene elementi interessanti ai fini dell'analisi del principio di proporzionalità, e costituisce una premessa importante rispetto alle evoluzioni successive.

Uno degli aspetti più rilevanti della Direttiva in questione consiste nella distinzione che essa opera fra "*distinctly*" e "*indistinctly applicable measures*", vale a dire fra misure che

discriminano le merci sulla base delle loro nazionalità e misure che - almeno apparentemente - si applicano in maniera analoga ai prodotti nazionali così come a quelli di origine straniera<sup>99</sup>. Per quanto riguarda le prime misure, l'articolo 2 paragrafo 1 della Direttiva stabilisce che gli Stati aboliranno le misure, diverse da quelle applicabili ugualmente ai prodotti di origine interna o importati, le quali ostacolano le importazioni che avrebbero potuto avere luogo, incluse le misure che rendono le importazioni più difficoltose o costose rispetto alla disponibilità della produzione interna.

Il paragrafo 3 elenca poi alcune misure che espressamente discriminano i prodotti importati; la lista tuttavia è esemplificativa<sup>100</sup>.

D'altro lato, l'articolo 3 della Direttiva stabilisce che gli Stati aboliranno le misure che regolano la commercializzazione dei prodotti e che riguardano in particolare la forma, la dimensione, la composizione, la presentazione, l'identificazione e la messa in vendita che sono ugualmente applicabili ai prodotti di origine nazionale e a quelli importati, nel caso in cui l'effetto restrittivo sulla libera circolazione delle merci ecceda gli effetti intrinseci alle norme commerciali; questo avviene in particolare nel caso in cui :

- gli effetti restrittivi sono sproporzionati rispetto al proprio scopo
- lo stesso obiettivo può essere ottenuto attraverso mezzi che costituiscono una restrizione meno incisiva rispetto al commercio.

La prima osservazione da fare rispetto alle disposizioni citate, è il fatto che esse istituiscono un trattamento differenziato fra le due categorie di misure sopra citate e che in base a questa distinzione solo alla seconda categoria vengono applicati il criterio di proporzionalità e una sorta di test di necessità.

Mentre quindi le "*distinctly applicable measures*" sono proibite in termini assoluti - in quanto vengono fatte automaticamente rientrare fra le misure aventi effetto equivalente alle restrizioni quantitative - le "*indistinctly applicable measures*" sono vietate solo nella misura in cui esse siano sproporzionate rispetto all'obiettivo e non soddisfino il test di necessità<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> G. Tesauro, *Diritto Comunitario*, Padova, 2001, p.359-360; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.92; G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.616; F.Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.161

<sup>100</sup> Vengono ad esempio incluse misure che stabiliscono prezzi minimi o massimi solo per i prodotto importati, che subordinano l'importazione di questi prodotti alla disponibilità di un agente o di un rappresentante nel territorio dello Stato membro, o ad altre condizioni relative ad esempio alla forma, dimensione, peso, composizione, presentazione; inoltre vengono proibite le misure che vietano la pubblicità dei prodotti importati o che direttamente o meno la riservano a quelli di origine nazionale; infine sono vietate le misure che riservano nomi che non sono indicativi dell'origine del prodotto ai prodotti nazionali (G. Tesauro, *Diritto Comunitario*, op. cit., p.360).

<sup>101</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.164.

Di conseguenza, mentre le prime sono automaticamente proibite, le seconde ricadono all'interno dell'articolo 28 - e devono quindi essere abolite - solo se gli effetti restrittivi da esse creati eccedono gli effetti intrinseci alle norme commerciali. Queste ultime godono quindi di una presunzione di compatibilità con l'articolo 28, che può essere invertita da parte dello Stato esportatore, qualora esso sia in grado di dimostrare che gli effetti della misura siano sproporzionati non necessari<sup>102</sup>. L'onere della prova ricade quindi sulla parte attrice.

In altri termini, la prima categoria di misure, implicanti una discriminazione *de jure* è sottoposta ad un trattamento più severo rispetto alla seconda, che copre le discriminazioni *de facto*.

Questa osservazione sarà fondamentale alla luce delle successive evoluzioni giurisprudenziali in quanto costituisce il fondamento teorico della così detta "*rule of reason*".

## 2.2 L'articolo 30 EC

Il principio di proporzionalità ricopre un ruolo essenziale all'interno dell'Articolo 30 del Trattato<sup>103</sup>.

Tale disposizione svolge una funzione analoga se non equivalente a quella svolta dall'articolo XX GATT ed è ad essa chiaramente ispirata.

In base a tale disposizione:

"le disposizioni degli articoli 28 e 29 non precludono proibizioni o restrizioni alle importazioni, esportazioni o merci in transito giustificate in base a motivi di moralità pubblica, politica o sicurezza pubblica; la protezione della salute umana, animale o vegetale; la protezione dei tesori nazionali che possiedono valore artistico, storico o archeologico o la protezione della proprietà industriale o commerciale, Tali proibizioni o restrizioni non dovranno tuttavia costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata del commercio fra Stati".

Analogamente a quanto avviene nell'ambito dell'articolo XX GATT, in base all'articolo 30 la questione della carattere giustificabile di una misura è distinta dal fatto che tale misura costituisca una discriminazione rispetto al commercio intracomunitario: la prima frase stabilisce quindi i casi in cui una misura è giustificabile, e la seconda riguarda l'utilizzo e gli effetti della misura al fine di assicurare che essa non sia oggetto di abuso<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> P. Oliver, *Free movements of goods in the European Community*, op. cit., p.89.

<sup>103</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.626 ; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.64 ; F. Ortino, op. cit., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.183.

<sup>104</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.234.

Tale disposizione, analogamente all'articolo XX GATT, ha sempre ricevuto un'applicazione restrittiva<sup>105</sup>; secondo la Corte di Giustizia infatti, essa costituisce un'eccezione al principio fondamentale della libera circolazione delle merci, e deve quindi essere interpretata in maniera tale da non estendere la sua portata oltre quanto sia necessario<sup>106</sup>.

In primo luogo, trattandosi di un'eccezione, l'onere della prova ricade in linea di principio sullo Stato che invoca la disposizione, analogamente a quanto avviene nell'ambito dell'articolo XX GATT<sup>107</sup>. Tuttavia, come si è visto nella parte generale relativa all'applicazione del principio di proporzionalità da parte della Corte, quest'ultima ha fornito differenti declinazioni delle dinamiche legate all'onere della prova.

In secondo luogo, la Corte ha delimitato il raggio d'azione di tale disposizione, affermando che essa sia finalizzata alla tutela di diritti di tipo non economico<sup>108</sup>.

Infine, la lista contenente le circostanze che giustificano la violazione in questione è di tipo esaustivo, vale a dire chiusa. E' inoltre da osservare come l'elenco degli obiettivi in base alle quali una misura può essere giustificata risalga al 1947; tale elemento, secondo parte delle

---

<sup>105</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.184; J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.65.

Weiler ritiene che l'origine di tale approccio vada ricercata nel fatto che, a seguito della giurisprudenza *Dassonville*, siano aumentati in maniera drastica i numeri e le tipologie di casi in cui uno Stato deve giustificare le proprie scelte di politica sociale, e che di conseguenza la pressione sull'articolo 30 sia diventata enorme. Per contrastare tale pressione, la Corte è stata costretta a stabilire il principio secondo cui l'articolo 30 sarebbe stato interpretato restrittivamente, e ha introdotto una sorta di "pregiudizio conservatore" - o se non altro favorevole al libero commercio - dalla quale è derivata l'idea che qualsiasi ostacolo alla libera circolazione delle merci fosse in qualche modo illegittimo e dovesse essere giustificato. Ciò ha posto la Corte nella condizione di arbitro di delicate scelte in ambito non commerciale (J.H.H.Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford, 2000, p.217).

<sup>106</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.626; F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.184; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.65.

Cfr. *Campus Oil Limited e altri contro Ministro dell'Industria e dell'Energia e altri*, C-72/83, 10 luglio 1984, Raccolta 1984, p.2749. In particolare la Corte ha stabilito che il ricorso all'articolo 36 non è più giustificato quando norme comunitarie contemplino provvedimenti necessari a garantire la tutela degli interessi in questione. Cfr. anche il caso *Procedimento penale a carico di Aime Richardt e Les Accessoires Scientifiques Suc.*, (C-367/89, 4 ottobre 1991, Raccolta 1991, p.I-4651) nel quale la Corte ha dichiarato che "l'art. 36, in quanto costituisce un'eccezione a un principio fondamentale stabilito dal Trattato, dev'essere interpretato in modo da non spiegare i suoi effetti al di là di quanto è necessario per la protezione degli interessi che esso mira a tutelare. Pertanto, i provvedimenti adottati in forza dell'art. 36 possono essere giustificati solo se siano idonei a soddisfare l'interesse tutelato da questa norma e non compromettano gli scambi intracomunitari più di quanto non sia indispensabile ».

<sup>107</sup> C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.66; G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.626.

<sup>108</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.184; G. Tesaurò, *Diritto Comunitario*, op. cit., p.383; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.65.

Cfr. il caso *Commissione della CEE contro il Governo della Repubblica Italiana*, C-7/61, 19 dicembre 1961, Raccolta 1961 e *Commissione delle Comunità Europee contro Irlanda*, C-288/83, 11 giugno 1995. Tuttavia, nel caso *Campus Oil*, la Corte ha ammesso che la misura in questione, legata alla fornitura di petrolio, potesse essere giustificata sulla base dell'articolo 30 (*Campus Oil Limited e altri contro Ministro dell'Industria e dell'Energia e altri*, p.2751); lo stesso Barnard (*The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.72) sottolinea però come in casi

dottrina, costituirebbe una delle motivazioni alla base della creazione dei *mandatory requirements*<sup>109</sup>.

L'effetto combinato delle diverse componenti di questa disposizione fa sì che in termini generali sia abbastanza difficile per gli Stati riuscire a giustificare una misura restrittiva<sup>110</sup>.

Una delle conseguenze di tale interpretazione restrittiva risiede inoltre nella scarsa inclinazione della Corte ad attribuire all'articolo 30 la facoltà di giustificare misure a carattere extraterritoriale. Kramer ricorda infatti come, nonostante la disposizione in sé non ponga alcun limite in questo senso, la Corte nel caso *Gourmetterie van den Burg*<sup>111</sup> abbia assunto un approccio differente, in quanto avrebbe valutato la questione della commercializzazione di specie animali al pari di qualsiasi altra merce, senza tenere in considerazione lo scopo della Direttiva 79/409, finalizzata alla protezione di tutti gli esemplari della specie in questione, indipendentemente dalla loro collocazione geografica<sup>112</sup>.

In casi di assenza di armonizzazione normativa, la Corte di Giustizia ha stabilito che spetti agli Stati stabilire il proprio livello di protezione degli interessi e valori richiamati dall'articolo, soprattutto nelle situazioni in cui dati scientifici certi non sono disponibili, alla luce del principio di precauzione<sup>113</sup>.

Tuttavia, nei casi in cui gli Stati non sono stati in grado di fornire prove di alcun tipo, la Corte ha rigettato le argomentazioni basate sull'articolo 30.

A questo proposito Barnard nota come la Corte sia particolarmente "sospettosa" delle restrizioni adottate in nome della difesa della salute pubblica e richieda prove non solo dell'esistenza di una reale preoccupazione per la salute pubblica, ma anche della presenza di una reale politica in questo senso<sup>114</sup>.

Infine è importante ricordare che, in base alla distinzione fra "*distinctly*" e "*indistinctly applicable measures*", l'articolo 30 sarà utilizzato esclusivamente per le misure che

---

successivi la Corte sia stata più scettica nei confronti delle argomentazioni basate sulla pubblica sicurezza (vedi caso *Commissione v Grecia*, C-398/98, 25 ottobre 2001, Raccolta 2001).

<sup>109</sup> C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.65.

<sup>110</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.185.

<sup>111</sup> *Procedimento penale a carico di Gourmetterie van den Burg BV*, C-169/89, 23 maggio 1990, Raccolta 1990, pag. I-2164: "La questione pregiudiziale va pertanto risolta dichiarando che: l'art.36 del Trattato, in combinato disposto con la direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, 79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, dev'essere interpretato nel senso che non è giustificato un divieto d'importazione e di smercio di una specie di uccello che non si trova nel territorio dello Stato membro legiferante ma vive in un altro Stato membro nel quale detta direttiva e la normativa di quest'altro Stato membro ne autorizzano la caccia, e che inoltre non è né migratrice né minacciata ai sensi della medesima direttiva".

<sup>112</sup> L. Kramer, *Casebook on EU Environmental Law*, op. cit., p.119; nello stesso senso vedi Oliver, *Free movements of goods in the European Community*, op. cit., p.230.

<sup>113</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.68; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.73. Cfr. i casi *Procedimento penale contro CMC Mecklinie BV*, C-97/83, 6 giugno 1984, Raccolta 1984, e *Procedimento Penale a carico di Sandoz BV*, C-174/82, 14 luglio 1983, Raccolta 1983.

formalmente discriminano fra prodotti di origine nazionale e prodotti importati; tuttavia, nel caso in cui misure formalmente non discriminatorie comportino degli effetti chiaramente discriminatori, anch'esse saranno soggette alla disposizione in questione.

In altri termini, mentre una misura formalmente discriminatoria può essere giustificata solamente in base all'articolo 30, una misura formalmente non discriminatoria può essere giustificata in base a quest'ultimo e alla *rule of reason*.

E' comunque importante notare che non sempre la distinzione viene applicata in maniera così rigida ed esistono casi in cui l'articolo 30 e la così detta "*rule of reason*" sono stati applicati simultaneamente<sup>115</sup>.

Ci si può a questo punto chiedere quale sia il ruolo giocato da necessità e proporzionalità all'interno dell'articolo 30.

In base ad una consolidata giurisprudenza, le misure adottate in base all'articolo 30 devono essere non solo giustificate, ma anche proporzionate<sup>116</sup>: i principi di necessità e proporzionalità paiono quindi essere alla base dell'articolo 30 nella sua globalità.

Tuttavia, tali requisiti – oltre a "plasmare" l'intera disposizione - sono rinvenibili nella prima e nella seconda frase dell'articolo rispettivamente.

Per quanto concerne la prima parte della disposizione, il termine "giustificate" (riferito alle misure in questione) è sempre stato interpretato dalla Corte come un test di necessità; nel caso *Commissione v Germania*<sup>117</sup>, infatti, la Corte ha affermato che, dal momento che le misure autorizzate dall'articolo 30 derogano dal principio di libera circolazione delle merci, esse sono ammesse solo se "giustificate", vale a dire se necessarie al fine – nel caso di specie – ad assicurare la protezione della salute e della vita umana.

Per quanto concerne la proporzionalità, la Corte ha affermato, nel caso *Commissione v Italia*<sup>118</sup>, che anche qualora una misura ricada sotto una delle eccezioni previste dalla prima frase dell'articolo, essa deve rispettare il principio di proporzionalità, nel senso che non deve andare al di là di quanto è ragionevolmente richiesto al fine di perseguire l'obiettivo necessario.

---

<sup>114</sup> C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.74 e 78.

<sup>115</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.236.

<sup>116</sup> G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, op. cit., p.626 ; F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.184-185; vedi nota n.125 di N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.250.

<sup>117</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Federale di Germania*, C-153/78, 12 luglio 1979, Raccolta 1979, p.2564.

<sup>118</sup> *Commission des Communautés Européennes contre République Italienne*, C-7/68, 10 ottobre 1968, *Recueil* 1968, pag.628 : « pour se prévaloir de l'article 36, les Etats membres doivent se maintenir à l'intérieur des limites tracées par cette disposition en ce qui concerne tant l'objectif à atteindre que la nature des moyens ».



Analogamente, nel caso *De Peijper*<sup>119</sup>, la Corte ha osservato che le norme nazionali che si cerca di giustificare sulla base dell'articolo 30 saranno compatibili con il Trattato solo nella misura cui sono necessarie alla protezione degli interessi rilevanti nel caso di specie<sup>120</sup>.

Risulta quindi immediatamente evidente come, nell'ambito della libera circolazione delle merci, valgano le stesse osservazioni fatte nella parte introduttiva: l'approccio della Corte appare essere assai de-strutturato, e i tre elementi del test non sempre vengono esaminati sistematicamente.

Risulta infatti chiaro, dalle parole della Corte, come i principi di proporzionalità e necessità tendano a confondersi.

Se prendiamo in considerazione la seconda frase dell'articolo 30, è evidente come il principio di proporzionalità svolga al suo interno un ruolo fondamentale: suo scopo è infatti quello di assicurare che le giustificazioni permesse sulla base della prima frase non siano oggetto di abuso<sup>121</sup>.

Nel caso *Commissione v Francia*, infatti, la Corte ha affermato che l'articolo 30 non vieta l'adozione di restrizioni alle importazioni giustificate sulla base della protezione della vita e della salute umana, ma che tuttavia tali restrizioni, in quanto derogano al principio generale della libera circolazione delle merci, sono compatibili con il Trattato solo nella misura in cui sono necessarie al perseguimento dei propri obiettivi, e non costituiscono un mezzo di discriminazione arbitraria o restrizione dissimulata del commercio fra membri<sup>122</sup>.

Inoltre la Corte, nel caso *Cassis de Dijon*, ha affermato che, pur ammettendo che le misure in questione potessero essere giustificate sulla base degli obiettivi elencati nella prima parte dell'articolo 36 (in questo caso la protezione del consumatore), fosse necessario accertare se essa non fosse sproporzionata<sup>123</sup>. In base a tale approccio, una misura sarà considerata eccessiva e sarà quindi vietata se essa farà in modo che i prodotti non siano messi in circolazione nello Stato membro o possano essere messi in circolazione solo a condizioni irragionevoli<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> *Centrafarm B.V. ed Adrian De Peijper contro Sterling Drug Inc.*, C-15/74, 31 dicembre 1974, Raccolta 1974, p.1162.

<sup>120</sup> *Adriaan De Peijper, Direttore della Società Centrafarm BC*, C-104/75, 20 maggio 1976, Raccolta 1976, p.634: "il già citato art.36 precisa però che le normative o le prassi nazionali che comportino o possano comportare conseguenze restrittive sulle importazioni di prodotti farmaceutici sono compatibili col trattato solo nella misura in cui siano necessarie per una protezione efficace della salute e della vita delle persone.

E' dunque esclusa dalla deroga di cui all'art.36 qualsiasi normativa o prassi nazionale al cui posto si sarebbero potuti adottare, con pari efficacia, provvedimenti di minore pregiudizio per gli scambi intracomunitari".

<sup>121</sup> C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.78.

<sup>122</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Francese*, C-42/82, 4 marzo 1982, Raccolta 1982, p.1047.

<sup>123</sup> *ibid.*, p.659.

<sup>124</sup> *ibid.*

In rapporto alla prima frase, quindi, la seconda stabilisce un criterio aggiuntivo che la trascende: le restrizioni alle importazioni a cui si riferisce la prima frase non possono essere accettate in base alla seconda se costituiscono un mezzo di discriminazione arbitraria.

La seconda frase è infatti finalizzata a prevenire restrizioni al commercio basate sulle motivazioni citate nella prima frase le quali siano state “deviate” dalla loro funzione originaria, e utilizzate in modo da creare una discriminazione rispetto a merci provenienti da altri Stati<sup>125</sup>.

Di conseguenza, anche qualora una misura sia giustificata sulla base delle motivazioni elencate nella prima parte dell'articolo 30, è comunque necessario analizzarne la compatibilità con la seconda parte.

I requisiti dettati dall'una e dall'altra parte finiscono quindi per sovrapporsi; infatti una misura considerata sproporzionata può a causa di ciò essere altresì considerata una restrizione dissimulata al commercio.

Parte della dottrina ha osservato a questo proposito che i requisiti dettati dalla seconda parte dell'articolo sono spesso assorbiti dal test di proporzionalità contenuto nella prima parte, nonché nell'articolo in generale, e che raramente sono oggetto di un'analisi specifica<sup>126</sup>.

La Corte pare quindi non distinguere nettamente fra i requisiti dettati dalla prima parte dell'articolo e quelli dettati dalla seconda; tuttavia, la sostanza dell'analisi è basata sul principio di proporzionalità e soprattutto sul carattere necessario della misura<sup>127</sup>.

Un'ultima osservazione riguarda il ruolo svolto dalla seconda frase dell'articolo 30 relativamente non solo all'aspetto sostanziale, ma anche a quello procedurale della misura in questione. Nel caso *Commissione v Gran Bretagna*<sup>128</sup> infatti, la Corte ha sottolineato come lo scopo di tale disposizione risieda nella prevenzione di restrizioni dissimulate al commercio, e a questo fine ha analizzato la maniera in cui la Gran Bretagna ha introdotto la legislazione sotto accusa, suggerendo che il vero scopo della misura fosse il blocco delle importazioni da altri paesi membri e in particolare dalla Francia<sup>129</sup>.

La Corte sembra quindi essersi concentrata su requisiti di tipo procedurale, e in particolare sulla non volontà da parte della Gran Bretagna di discutere la questione con gli altri membri e

---

<sup>125</sup> *Regina contro Maurice Donald Henn e John Frederick Darby*, C-34/79, 14 dicembre 1979, p.3815: “per risolvere le questioni sollevate, è opportuno prendere in considerazione la funzione di tale disposizione, che ha lo scopo di impedire che le restrizioni degli scambi basate sui motivi indicati nel primo inciso dell'art.36 siano distolte dal loro fine ed usate in maniera da creare discriminazioni nei confronti delle merci originarie di altri stati membri ovvero da proteggere indirettamente taluni prodotti nazionali”.

<sup>126</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.185 e 188.

<sup>127</sup> *ibid.*, p.188.

<sup>128</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, C-40/82, 15 luglio 1982, Raccolta 1982, p.2825.

con la Commissione, e di condurre test scientifici a supporto della misura; essa pare quindi aver applicato una sorta di principio di buona fede.

Tuttavia, nello stesso caso, essa ha affermato che la misura non avrebbe costituito una restrizione dissimulata al commercio se fosse stata la meno restrittiva possibile; il requisito di necessità pare quindi prevalere su quello procedurale o di buona fede<sup>130</sup>.

Anche in questo caso, quindi, l'approccio seguito non è completamente chiaro, soprattutto per quanto riguarda il rapporto fra la seconda frase dell'articolo 30 e i tre requisiti del test di proporzionalità.

E' da osservare come la Corte di Giustizia non abbia mai fornito una spiegazione esaustiva del proprio approccio nei confronti dell'articolo 30, il che conferma il carattere asistemico dell'approccio stesso, soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo del criterio di proporzionalità *strictu sensu*.

In questo senso è opportuno segnalare il caso *Danish Bottles*, unanimemente ritenuto dalla dottrina uno dei più rilevanti esempi di applicazione del principio di proporzionalità *strictu sensu* da parte della Corte di Giustizia.

In questo caso la Commissione ha messo sotto accusa una legge danese, la quale richiedeva che i produttori dovessero commercializzare birra e bibite in contenitori "restituibili".

Secondo la definizione fornita dall'ordine di attuazione, avrebbe dovuto essere istituito un sistema per la raccolta e il riempimento, grazie al quale una larga parte dei contenitori. Inoltre, i contenitori avrebbero dovuto essere approvati dall'Agenzia Nazionale per la Protezione dell'Ambiente, la quale avrebbe potuto rifiutare l'approvazione di un nuovo contenitore, qualora avesse ritenuto che il sistema di riciclaggio non avrebbe assicurato un riutilizzo sufficiente dei contenitori, oppure se un contenitore di uguale capacità, già approvato e adatto allo stesso uso, era disponibile<sup>131</sup>.

A seguito di proteste da parte di produttori di bevande e contenitori in altri Stati membri, la Commissione ha richiesto al Governo Danese di modificare la legge, e in base a tale richiesta la Danimarca ha stabilito che ogni produttore potesse vendere fino a 3000 ettolitri all'anno in contenitori non approvati, e che potesse altresì usare contenitori non approvati per bibite vendute da produttori stranieri al fine di testare il mercato, a patto che in entrambi i casi venisse approvato un sistema di deposito e riutilizzo per contenitori non approvati<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> *ibid.*

<sup>130</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, p.2826

<sup>131</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Danimarca*, C-302/86, 20 settembre 1988, Raccolta 1988, p.4628-4629.

<sup>132</sup> *ibid.*, p.4629.

La Commissione non ha ritenuto tale modifica adeguata, e ha dichiarato la misura incompatibile con l'articolo 30 del Trattato, in quanto misura avente effetto equivalente ad una restrizione quantitativa<sup>133</sup>.

Essa ha affermato che la Danimarca non potesse servirsi della "rule of reason", in quanto la misura aveva un effetto discriminatorio<sup>134</sup> e che, anche ammettendo che tale discriminazione non sussistesse, la misura non potesse essere giustificata in quanto i suoi effetti sugli scambi erano sproporzionati.

In particolare, la Commissione ha sottolineato come la Direttiva 85/339 del 27 giugno 1985 mostrasse come sia possibile perseguire l'obiettivo della protezione ambientale attraverso metodi meno restrittivi<sup>135</sup>, e altresì come discendesse dal principio di proporzionalità che il livello di protezione ambientale non dovrebbe essere fissato ad un livello esageratamente alto<sup>136</sup>, e che altre soluzioni dovrebbero essere accettate anche qualora siano leggermente meno efficaci nel perseguire l'obiettivo previsto<sup>137</sup>.

In questo caso quindi la Corte, se da una parte ha riconosciuto che la protezione dell'ambiente fosse una motivazione legittima ai fini dell'applicazione dell'articolo 30, dall'altra non si è detta convinta della proporzionalità della misura adottata dalla Danimarca.

Essa, pur ammettendo che tale misura costituisse un elemento indispensabile all'interno di un sistema finalizzato al riciclo dei contenitori, e quindi necessario ai fini del perseguimento dell'obiettivo stesso, non ha accettato uno dei requisiti imposti dalla misura, in quanto sproporzionato rispetto all'obiettivo.

L'analisi della Corte pare essere incentrata non tanto sui criteri di efficacia e di necessità della misura, quanto della sua proporzionalità *strictu sensu*.

A questo proposito è interessante notare come la Corte, dopo aver apparentemente rifiutato l'approccio dell'Avvocato Generale Slynn<sup>138</sup>, secondo il quale lo stesso livello di protezione perseguito era sproporzionato rispetto agli effetti sul commercio intracomunitario<sup>139</sup>, in pratica abbia seguito proprio tale approccio<sup>140</sup>.

---

<sup>133</sup> *ibid.*, p.4610.

<sup>134</sup> *ibid.*

<sup>135</sup> *ibid.*, p.4610-4611.

<sup>136</sup> *ibid.*, p.4612.

<sup>137</sup> *ibid.*, p.4615.

<sup>138</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sir Gordon Slynn, p.4619.

<sup>139</sup> L'Avvocato Generale ha infatti affermato che il livello di protezione richiesto dalle esigenze imperative non deve essere eccessivo o irragionevole e che la misura deve essere proporzionale e necessaria (p.4622; cfr. F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.415).

<sup>140</sup> La Corte infatti dapprima ha posto il problema nei termini della disponibilità di alternative meno restrittive (*Commissione delle Comunità Europee contro Danimarca*, C-302/86, p.4630) e in seguito ha risolto la questione affermando che la misura, pur essendo idonea allo scopo, realizzava una limitazione del quantitativo di prodotti che potevano essere commercializzati sproporzionata rispetto allo scopo (p.4632).

Tuttavia, la dottrina critica il fatto che dei due requisiti sotto accusa solo il secondo sia stato sottoposto ad una valutazione di proporzionalità *strictu sensu*<sup>141</sup>; la misura sotto accusa, infatti, da una parte richiedeva l'istituzione di un sistema di riciclaggio delle bottiglie, e dall'altra imponeva che solo determinati contenitori – approvati dall'Agenzia Nazionale di Protezione dell'Ambiente – potessero essere utilizzati.

La prima disposizione è stata giudicata dalla Corte indispensabile all'interno di un sistema di riciclo dei contenitori, e necessaria al raggiungimento degli scopi perseguiti; essa ha altresì notato che tale requisito costituisse una grave restrizione alle importazioni, senza tuttavia valutare se tale restrizione fosse sproporzionata rispetto al beneficio apportato alla protezione dell'ambiente<sup>142</sup>.

Per quanto concerne la seconda parte della misura – il fatto che solo contenitori approvati potessero essere utilizzati – la Corte ha ritenuto che essa fosse sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. Dalle parole utilizzate dalla Corte risulta chiaro che la sua analisi era basata non sui criteri di efficacia o necessità della misura, quanto del suo carattere proporzionato o meno; la questione fondante era infatti la relazione fra il livello di protezione dell'ambiente perseguito e gli effetti negativi sul commercio che sarebbero derivati dall'attuazione della misura<sup>143</sup>.

La sentenza della Corte è stata inoltre criticata in quanto essa avrebbe utilizzato una terminologia incoerente<sup>144</sup>, e non avrebbe adeguatamente distinto i concetti di proporzionalità *latu sensu* e *strictu sensu*. Parte della dottrina ritiene comunque che, alla luce dell'utilizzo da parte delle Corti di termini quali “necessario” e “indispensabile” l'approccio seguito corrisponda al primo tipo di proporzionalità – all'interno della quale, beninteso, è compreso il secondo tipo.

In particolare, il caso in questione solleva consistenti dubbi sull'eventuale possibilità da parte degli Stati, in assenza di legislazione dell'Unione, di fissare essi stessi il livello di protezione dell'ambiente; infatti, se da una parte la Corte pare riconoscere questa prerogativa, dall'altra essa ha in questo caso dimostrato come la sovranità dei membri in questo senso possa essere messa in discussione<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.416.

<sup>142</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Danimarca*, C-302/86, p.4632.

<sup>143</sup> *ibid.*

<sup>144</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.416.

<sup>145</sup> Lo stesso approccio è stato seguito dalla Corte nel caso *Monsees (Wilfried Monsees c. Unabhängiger Verwahrungssenat für Kärnten)*, C-350/97, Raccolta 1999; la Corte ha infatti sottolineato come la misura sotto accusa rendesse quasi impossibile qualsiasi transito di trasporto internazionale su strada di animali destinati al macello e ha solo brevemente accennato alla disponibilità di misure meno restrittive, per poi concludere che gli

### 2.3 *La rule of reason*

Il principio di proporzionalità svolge una funzione essenziale in un'altra sede, che è quella della così detta *rule of reason*, derivata dalla giurisprudenza *Dassonville-Cassis de Dijon*<sup>146</sup>.

Nel caso *Dassonville* la Corte di Giustizia ha ampliato notevolmente la portata del principio di libera circolazione delle merci, affermando che l'articolo 28 copre tutte quelle norme commerciali suscettibili di ostacolare, direttamente o indirettamente, potenzialmente o effettivamente, il commercio intracomunitario, in quanto tali misure posseggono un "effetto equivalente" a restrizioni quantitative<sup>147</sup>.

Allo stesso tempo, la Corte pare aver voluto limitare la portata di tale affermazione, notando che lo Stato che adotta misure a tutela del consumatore quanto all'origine delle merci è soggetto alla condizione che tali misure siano ragionevoli, e che i mezzi utilizzati non costituiscano un ostacolo al commercio<sup>148</sup>.

La Corte pare quindi suggerire che misure "ragionevoli" non possano rientrare fra le quelle colpite dal divieto dell'articolo 28, introducendo quella che è stata definita la "*rule of reason*". Tuttavia, tale approccio verrà pienamente sviluppato solo nel corso del caso *Cassis de Dijon*. In questa occasione la Corte ha infatti riconosciuto che, in assenza di una normativa comunitaria che disciplini il settore in questione - la produzione e la commercializzazione di prodotti alcolici - spetta agli Stati regolare tutte le questioni connesse<sup>149</sup>.

Tuttavia, essa ha affermato che ostacoli al commercio intracomunitario derivanti da differenze fra le normative dei vari membri saranno accettate solo nella misura in cui essi sono necessari al fine di soddisfare requisiti imperativi relativi in particolare all'efficacia del controllo fiscale, alla protezione della salute pubblica, alla correttezza delle transazioni commerciali e alla difesa del consumatore<sup>150</sup>.

---

articoli 30, 34 e 36 devono essere interpretati nel senso di vietare la misura in questione. L'accento pare quindi essere sul carattere eccessivamente restrittivo della misura (p.I-2944-I-2945).

Wiers osserva come, alla luce della rarità di tale tipo di approccio nonché del carattere sensibile di quest'ultimo, la Corte avrebbe dovuto assumere una posizione più chiara ed esplicita (*Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.110).

<sup>146</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.165.

<sup>147</sup> *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, C-8/74, 11 luglio 1974, *Recueil* 1974, p.852: « tout réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracomunitaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives ». Cfr. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.87.

<sup>148</sup> *ibid.*; cfr. M. P. Maduro, *We The Court - The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 2000, p.51.

<sup>149</sup> *Rewe-Zentrale AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, C-120/78, del 20 febbraio 1979, *Raccolta* 1979, p.662.

<sup>150</sup> *ibid.*

In primo luogo, è da osservare come tale approccio si basi sulla distinzione fra “*distinctly*” e “*indistinctly applicable measures*” delineata dalla Direttiva 70/50; infatti mentre le prime ricadono automaticamente sotto la proibizione dell’articolo 28, in quanto costituiscono senza dubbio misure equivalenti a restrizioni quantitative, le seconde ricadono sotto tale divieto solo se non sono necessarie al fine di perseguire un qualche obiettivo di utilità pubblica, in altre parole se non sono ragionevolmente necessarie a questo fine<sup>151</sup>.

La Corte pare quindi introdurre un requisito – quello della ragionevolezza – profondamente legato a quello della proporzionalità; in altre occasioni la Corte ha infatti affermato che l’articolo 30 non può essere utilizzato al fine di giustificare misure finalizzate ad alleggerire i problemi finanziari delle pubbliche amministrazioni, a meno che, in assenza di tali misure, tali problemi non eccedano ciò che è ragionevolmente richiesto<sup>152</sup>.

La Corte sembra ritenere il concetto di ragionevolezza profondamente legato alle condizioni necessarie alla giustificazione e alla proporzionalità in termini generali; a questo proposito, Wiers suggerisce che tale termine può trovare applicazione anche all’interno dell’articolo 30 e non solo all’interno della *rule of reason*<sup>153</sup>.

Pur ammettendo l’esistenza di un elemento di ragionevolezza anche all’interno dell’articolo 30, va tuttavia notata una differenza fondamentale fra la proporzionalità utilizzata nei due ambiti: mentre all’interno dell’articolo 30 essa gioca come condizione necessaria al fine di giustificare una misura altrimenti vietata, nella *rule of reason* essa costituisce un requisito di tipo positivo.

In altre parole, mentre nel primo caso ci troviamo di fronte ad un meccanismo in due stadi del tipo “regola-eccezione”, nel secondo caso il passaggio è unico ed è costituito direttamente dalla norma che impone un requisito di proporzionalità o ragionevolezza.

Da questo carattere positivo del requisito di proporzionalità deriva un secondo aspetto fondamentale, vale a dire il principio del riconoscimento reciproco delle legislazioni adottate dai membri.

Nel paragrafo 14 della stessa sentenza, infatti, la Corte ha affermato che non esistono valide ragioni per cui, a patto che essi siano stati legalmente prodotti e commercializzati in uno

---

<sup>151</sup> E’ tuttavia essenziale ricordare la posizione di Oliver, la dottrina sia divisa in due scuole di pensiero: chi ritiene che i “*mandatory requirements*” siano da considerare esclusivamente alla luce dell’articolo 28 e chi invece li include all’interno dell’articolo 30 (*Free movements of goods in the European Community*, op. cit., p.261-217); l’autore aderisce a questa seconda posizione.

<sup>152</sup> *Adrian de Peijper, Direttore della Società Centrafarm BV, C-104/75, 20 maggio 1976, Raccolta 1976, p.635: “In particolare, l’art. 36 non può servire a giustificare normative o prassi, anche utili, che tuttavia presentino aspetti restrittivi motivati essenzialmente dalla preoccupazione di ridurre l’impegno dell’amministrazione o le spese pubbliche, a meno che, in mancanza delle predette normative o prassi, tale impegno o tali spese risultino eccessivamente onerosi”.*

<sup>153</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.106-107.

degli Stati membri, i prodotti in questione non possano essere introdotti in uno qualsiasi degli altri Stati.

Tale affermazione implica, a parere della maggioranza della dottrina, il principio secondo il quale qualsiasi prodotto proveniente da un altro Stato membro debba in linea di principio essere ammesso all'interno del territorio dello Stato importatore se è stato legalmente prodotto e commercializzato all'interno del primo.

Tale principio racchiude una presunzione a favore dello Stato esportatore, la quale può essere naturalmente confutata dallo Stato importatore se questo riesce a dimostrare che le norme del primo non sono equivalenti da un punto di vista funzionale alle proprie.

Il principio del mutuo riconoscimento pare quindi essere conseguenza del principio di necessità - proporzionalità, nella misura in cui una misura viene considerata non necessaria, o sproporzionata qualora essa duplichi inutilmente procedure già esplicitate in uno degli Stati membri<sup>154</sup>.

Un delle conseguenze fondamentali derivanti dal principio di mutuo riconoscimento riguarda l'onere della prova: mentre la direttiva 70/50 stabiliva una presunzione di conformità all'articolo 28 a favore delle misure ugualmente applicabili ai prodotti nazionali e a quelli di origine straniera - affidando quindi l'onere della prova alla parte attrice, ovvero allo Stato esportatore - nella *rule of reason* il rapporto è invertito: un prodotto regolarmente fabbricato e commercializzato all'estero dovrà essere importato in uno Stato membro, a meno che quest'ultimo non dimostri che le proprie norme - le quali impedirebbero l'importazione del prodotto in questione - non sono sproporzionate<sup>155</sup>.

Il requisito di proporzionalità quale è contenuto all'interno della *rule of reason* sembra tuttavia essere più favorevole allo Stato che adotta la misura restrittiva sotto numerosi profili: in primo luogo in quanto la lista di motivazioni sulla base delle quali giustificare una misura ha carattere esemplificativo<sup>156</sup>, in secondo luogo perché, non trattandosi tecnicamente di un'eccezione, non è stata soggetta all'interpretazione restrittiva tradizionalmente riservata all'articolo 30.

Alla luce di queste osservazioni, diviene quindi chiaro come le "*indistinctly applicable measures*" ricevano un trattamento assai più favorevole rispetto alle "*distinctly applicable measures*".

---

<sup>154</sup> N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.230-231.

<sup>155</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.391.

<sup>156</sup> *ibid.*, p.166; Barnard parte addirittura dall'idea dell'obsolescenza della lista di giustificazioni contenuta nell'articolo 30 e ritiene che per questo motivo la Corte abbia sviluppato la *rule of reason* (*The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.65).



Tale differente trattamento nonché l'idea di base che ne è all'origine – vale a dire la distinzione fra le due categorie di misure – sono state aspramente criticate in dottrina, in quanto alcuni autori hanno ritenuto quello della Corte un "sofisma formalistico"; senza entrare nel merito della questione, basti osservare che, in alcuni casi, l'applicazione del principio di proporzionalità può rivelarsi analoga nell'ambito dell'articolo 30 e della *rule of reason*, vale a dire il test in tre parti delineato in precedenza<sup>157</sup>.

Per quanto riguarda la portata del principio di necessità all'interno della *rule of reason*, analizzando più da vicino le parole della Corte in *Cassis de Dijon*, possiamo notare come esso sia composto dai due requisiti dell'efficacia della misura e dal *least trade restrictive alternative test*. Tuttavia, il requisito di ragionevolezza contenuto nelle parole della Corte porta ad includere la presenza del principio di proporzionalità.

In particolare, Ortino ritiene che la Corte, pur condannando la maggior parte delle misure nazionali sulla base del loro carattere non necessario, in realtà basi il proprio giudizio sull'idea implicita che le misure in questione ostacolano il commercio intracomunitario in maniera eccessiva o sproporzionata, effettuando quindi un vero e proprio bilanciamento fra i benefici apportati dalla misura e la restrizione commerciale – il che, tradotto in altri termini, significa un'applicazione del principio di proporzionalità *strictu sensu*<sup>158</sup>.

Parte della dottrina ritiene infatti che in *Cassis* la Corte, pur condannando formalmente la misura in questione sulla base del principio di necessità, abbia in realtà ignorato il livello di protezione perseguito dallo Stato (vale a dire un livello di rischio zero) e abbia implicitamente

---

<sup>157</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.189; a titolo di completezza è necessario precisare come la giurisprudenza della Corte abbia subito una fondamentale evoluzione con il Caso *Keck & Mithouard (Procedimento penale a carico di Bernard Keck e Daniel Mithouard, C-267 e 268/91, 24/11/1993, Raccolta 1993, p.I-6131)*. In questa circostanza, la Corte ha infatti affermato che: "si deve ritenere, contrariamente a quanto sino ad ora statuito, che non può costituire ostacolo diretto o indiretto, in atto o in potenza, agli scambi commerciali tra gli Stati membri ai sensi della giurisprudenza *Dassonville* [...], l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita, sempreché tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale e sempreché incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri."

Di conseguenza, le norme relative alla commercializzazione che comportano una discriminazione *de facto* saranno soggette alla *rule of reason*, mentre quelle che esplicitamente discriminano fra prodotti nazionali ed importati saranno soggette alla disciplina normale e potranno essere giustificate solo in base all'articolo 30. L'importanza di tale decisione risiede principalmente nel fatto di sottoporre le misure relative ai prodotti in sé e quelle relative alla loro commercializzazione a due discipline differenti.

Infatti mentre le prime per definizione vengono ritenute "per natura" suscettibili di ostacolare il commercio intracomunitario, in quanto si ritiene che impongano sulle merci importate requisiti superflui rispetto a quelli imposti dallo Stato esportatore, le seconde godono di una presunzione opposta, in quanto si presume che impongano una disciplina equivalente sui prodotti nazionali e su quelli importati.

<sup>158</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.418.

affermato che la politica tedesca di eliminazione totale del rischio non potesse prevalere l'interesse generale alla libera circolazione delle merci.

Essa ha quindi implicitamente concluso che il livello di protezione del consumatore scelto dallo Stato fosse sproporzionato rispetto all'effetto causato dalla misura sul commercio intracomunitario.

Weiler condivide tale punto di vista, e nota come l'ampliamento delle giustificazioni che uno Stato può addurre grazie alla *rule of reason* si siano riflesse negativamente sul principio di proporzionalità, in quanto la Corte si è ritrovata a gestire una "patata bollente" che ha spesso passato al potere giudiziario degli Stati membri<sup>159</sup>.

Tuttavia, anche in questo caso, l'approccio della Corte è variabile: accanto a casi in cui essa ha applicato il test di proporzionalità senza distinguere esplicitamente fra i tre criteri e soprattutto senza applicare esplicitamente il terzo - spesso a causa del carattere delicato dell'obiettivo in questione<sup>160</sup> - ve ne sono altri in cui essa ha applicato tutti e tre i criteri distintamente, e ha concluso quanto al carattere ragionevole della misura.

Probabilmente tale atteggiamento è dovuto alla consapevolezza che la Corte ha delle conseguenze che l'applicazione del principio di proporzionalità *strictu sensu* può avere sulle prerogative sovrane degli Stati, e ha preferito applicarlo esplicitamente soprattutto nei casi in cui tale analisi ha avuto un esito positivo rispetto alla misura sotto accusa<sup>161</sup>.

Quindi, come già accennato in precedenza, la portata e le caratteristiche del test di proporzionalità tendono a variare a seconda di vari fattori, fra cui l'importanza dell'interesse al cui perseguimento è finalizzata la misura, la presenza o meno di dati scientificamente certi a fondamento della misura stessa e la gravità degli effetti sul commercio intracomunitario.

---

<sup>159</sup> J.H.H. Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA*, op. cit., p.222.

<sup>160</sup> Nel Caso *Sandoz (Procedimento penale a carico di Sandoz BV, C-174/82)* ad esempio la Corte sembra aver operato un bilanciamento fra il mezzo utilizzato e l'obiettivo, ma non fra quest'ultimo e la restrizione al commercio; non è quindi chiaro se essa abbia applicato il principio di proporzionalità *strictu sensu*. In particolare la Corte ha ricordato come in assenza di armonizzazione spetti agli Stati decidere il livello di protezione della salute e della vita delle persone e ha affermato che tale principio vale anche per le sostanze - quali le vitamine - che non sono nocive di per sé, ma che possono produrre effetti nocivi in caso di consumo eccessivo (p.2463). La disciplina nazionale che vieti, salvo autorizzazione, la vendita di alimenti legalmente venduti in un altro Stato membro è quindi accettata, a patto che essa la autorizzi nel momento in cui l'aggiunta di vitamine risponda ad un'esigenza reale (p.2464).

<sup>161</sup> Nel caso *Aragonesa de Publicidad Exterior SA e Publivia SAE Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Catalunya Cause Riunite C-1/90 e C-176/90* la Corte ha applicato il test di proporzionalità *strictu sensu* e ha riconosciuto il diritto dei membri a stabilire il proprio livello di protezione - soprattutto in assenza di armonizzazione a livello dell'Unione (p.4184) - e ha affermato che tale diritto fosse

### 3. CONFRONTO CON IL SISTEMA OMC

Si procederà ora ad un'analisi comparativa del principio di necessità e proporzionalità all'interno del sistema GATT-OMC e del diritto dell'Unione<sup>162</sup>.

A titolo preliminare, va osservato che tale confronto difficilmente potrà condurre a conclusioni nette e definitive, per una serie di ragioni.

Innanzitutto, perché i due sistemi presentano differenze fondamentali non solo per quanto concerne la dimensione quantitativa dell'integrazione – quella dell'Unione Europea è naturalmente più avanzata rispetto a quella del sistema GATT-OMC – ma anche per quanto riguarda quella qualitativa. Infatti, mentre gli Stati Membri dell'Unione perseguono un'integrazione di tipo positivo, l'OMC costituisce un esempio di integrazione di tipo negativo.

Inoltre, come accennato in precedenza, il principio di proporzionalità assume un determinato ruolo ed un significato all'interno dell'Unione alla luce del fatto che quest'ultima dispone di un potere legislativo e di uno giudiziario: il principio in questione può quindi giocare da meccanismo di confronto – se non di conflitto – fra le due dimensioni.

Al contrario, tale situazione non può configurarsi all'interno dell'OMC dove, come si è visto, gli organi non dispongono del potere di emanare norme di tipo secondario; il confronto è quindi solo fra gli interessi dei membri e quelli dell'Organizzazione, e non fra quelli di diversi organi di quest'ultima.

Inoltre, un confronto rigoroso non è possibile in quanto il principio di proporzionalità si trova, all'interno del sistema OMC, ad uno stadio embrionale di sviluppo, e ciò è dimostrato dal carattere ancora indefinito della giurisprudenza

Altro elemento di differenziazione riguarda la modalità stessa in cui i principi in questione si sono sviluppati: mentre infatti nel caso del diritto dell'Unione si è trattato esclusivamente di uno sviluppo di tipo giurisprudenziale, nel sistema GATT-OMC, perlomeno per quanto riguarda gli Accordi SPS e TBT, l'inclusione dei riferimenti al principio di proporzionalità è stata il risultato di un lungo processo negoziale<sup>163</sup>. Il fatto che tale sviluppo all'interno dell'articolo XX sia stato anch'esso frutto della giurisprudenza può essere spiegato in base

---

subordinato ad un requisito di proporzionalità, che nel caso di specie è stato ritenuto soddisfatto (p.4184 "criterio della non manifesta irragionevolezza").

<sup>162</sup> Cfr. Ortino il quale, ampliando l'analisi all'insieme degli strumenti giuridici di liberalizzazione utilizzati nei due sistemi, conclude quanto all'impossibilità di stabilire l'esistenza di una teoria del *free trade* singola ed unificata (*Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.475).

<sup>163</sup> *ibid.*, p.476.

alla maggiore "età" di tale disposizione, e alla volontà di adeguarla alle nuove esigenze derivanti dall'integrazione fra i Membri dell'Organizzazione.

Infine, una precisazione terminologica: nei paragrafi seguenti, nel prendere in considerazione i principi di proporzionalità e necessità, si adotterà una definizione estensiva di tali principi, la quale include, relativamente al diritto dell'Unione, sia il requisito contenuto all'interno dell'articolo 30 EC sia la *rule of reason* e, per quanto concerne il sistema GATT-OMC, sia i requisiti contenuti all'interno dell'articolo XX che quelli contenuti all'interno degli Accordi SPS e TBT<sup>164</sup>.

E' evidente come il principio di proporzionalità non presenti le stesse caratteristiche in tutti questi ambiti; la *rule of reason* e le disposizioni degli Accordi dell'Uruguay Round includono infatti un forte elemento di ragionevolezza e, secondo una rigorosa prospettiva giuridica, si potrebbe contestare una trattazione congiunta di tali aspetti.

Tuttavia, ho deciso di considerare tali aspetti congiuntamente in quanto, volendo effettuare una comparazione, ho preferito adottare un punto di vista per così dire "funzionale", il quale considerasse la *ratio* dei concetti utilizzati<sup>165</sup>.

In particolare, ho ritenuto che i requisiti di proporzionalità e necessità contenuti negli articoli 30 del Trattato e nell'articolo XX GATT potessero essere classificati in base al loro carattere "negativo" (in quanto inseriti all'interno di un'eccezione), mentre i requisiti contenuti nella *rule of reason* e negli Accordi dell'Uruguay Round siano accomunati dal loro carattere positivo, in quanto non necessariamente legati alla violazione di una norma.

### 3.1 Carattere "positivo" e "negativo" del principio di proporzionalità

Un primo elemento fondamentale che a mio parere accomuna i principi di necessità e proporzionalità all'interno dei due sistemi è costituito dal fatto che entrambi hanno sviluppato metodi e tecniche per fornire loro una funzione non solo di tipo "negativo", ma anche di tipo "positivo": necessità e proporzionalità hanno infatti fatto la loro apparizione all'interno di norme che da un punto di vista tecnico costituiscono delle eccezioni (l'articolo XX GATT e l'articolo 30 del Trattato) per poi trovare applicazione altresì all'interno di norme di tipo positivo (gli Accordi SPS e TBT e la "*rule of reason*").

E' interessante notare come in entrambi i sistemi tale evoluzione persegua due scopi apparentemente in contraddizione fra loro: da una parte, infatti, essa implica la volontà di

---

<sup>164</sup> Nella presente parte ho preferito non prendere in considerazione l'Accordo GATS, a causa della diversa natura del principio di necessità/proporzionalità presente al proprio interno (vedi articolo VI). Un confronto in questo senso potrà probabilmente essere più efficace in presenza di interpretazioni giurisprudenziali.

<sup>165</sup> M. Hilf, *A Principle-Oriented Approach to WTO Law*, Colloque Jean Monnet, 1999, p.20, citato da J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.412.

ampliare la portata della disciplina imposta nei confronti della sovranità dei membri - in quanto il requisito di proporzionalità diviene un obbligo a sé stante, e non solo un requisito da rispettare in casi di violazione di altre norme - ad esempio la discriminazione.

D'altra parte, essa implica un rilassamento del controllo esercitato dall'Organizzazione nei confronti dei membri stessi: nel caso del diritto dell'Unione si è infatti visto come la *rule of reason* abbia permesso di mitigare la portata della definizione estensiva di "misure equivalenti a restrizioni quantitative" derivante dalla giurisprudenza *Dassonville*.

Nel caso del sistema OMC, l'incorporazione del criterio di proporzionalità all'interno degli Accordi dell'Uruguay Round fornisce ai membri un certo margine di manovra rispetto alla possibilità di adottare misure restrittive degli scambi: come osservato in precedenza, l'articolo 2.2 dell'Accordo TBT, includendo il rischio di non perseguimento dell'obiettivo, così come la presa in conto di fattori di tipo economico e tecnico, allevia il divieto imposto agli Stati di non imporre ostacoli "non necessari" al commercio.

Si può quindi immediatamente notare come, se applicata nei confronti delle misure messe in atto dai membri, in entrambi i sistemi la proporzionalità giochi nelle due direzioni: essa riduce ed aumenta allo stesso tempo la loro discrezionalità, a seconda della prospettiva adottata.

Ortino ritiene a questo proposito che, così come la giurisprudenza OMC pare adeguarsi lentamente a quella della Corte di Giustizia nella progressiva definizione del divieto di discriminazione *de facto*<sup>166</sup>, così un'evoluzione simile potrebbe verificarsi per quanto concerne il principio di proporzionalità. Essa è infatti passata da condizione contenuta all'interno di una proibizione a standard (secondo la terminologia utilizzata dall'Organo d'Appello nella recente giurisprudenza) contenuto in norme di tipo positivo<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.479.

<sup>167</sup> *ibid.*, p.480; nello stesso senso vedi Wiers, il quale sottolinea come, nonostante in linea di principio l'articolo III.4 GATT comprenda anche misure che costituiscono una discriminazione *de facto*, solo raramente gli organi giudiziari abbiano dichiarato misure solo formalmente non discriminatorie in violazione degli obblighi OMC. (*Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.253). In particolare, egli cita il panel in *Japan-Film (Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper)*, Report of the Panel, par.10.85) il quale ha affermato che anche in assenza di discriminazione *de jure*, la parte attrice avrebbe potuto dimostrare l'esistenza di discriminazione *de facto* adducendo prove dell'impatto *sproporzionato* (il corsivo è mio) sulle importazioni risultante dalla misura in questione.

Per quanto riguarda l'articolo III si veda in particolare la così detta "aim and effect doctrine", in base alla quale l'espressione contenuta all'interno dell'articolo III ("*so as to*" *afford protection*) si riferiva sia allo scopo che all'effetto della misura (*US - Taxes on Automobiles*, non adottato, Panel Report DS31/R, 11 ottobre 1994, 33 ILM 1397, 1994) Tale dottrina è stata rifiutata dal panel in *Japan-Alcohol (Japan - Taxes on Alcoholic Beverages)*, Panel Report, par.6.16-6.17) in quanto avrebbe finito per rendere ridondante l'articolo XX. Tale approccio ha trovato conferma nelle parole dell'Organo d'Appello, il quale ha sottolineato come il trattamento a cui i prodotti sono soggetti non sia una questione di intenzioni e come non sia necessario che il panel esamini le ragioni sottostanti alle decisioni dei legislatori (*Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, WT/DS8/AB/R, 4 ottobre 1996, p.30).

E' questo il caso degli accordi SPS e TBT i quali, come si è visto in precedenza, contengono requisiti di necessità/proporzionalità autonomi e indipendenti dalla violazione di altre norme del sistema, e in particolare dal divieto di discriminazione.

Una delle conseguenze di tale carattere positivo del principio di proporzionalità risiede nel fatto che in entrambi i sistemi i divieti siano talvolta difficilmente distinguibili dalle giustificazioni. In entrambi i casi infatti vige uno schema generale per cui ad una proibizione corrisponde una giustificazione; tuttavia, tale schema perde parte della sua chiarezza qualora la proibizione venga interpretata in maniera estensiva, e le giustificazioni vengano ampliate, come osservato in precedenza rispetto al carattere "positivo" o "negativo" del principio di proporzionalità<sup>168</sup>.

In questo senso l'Accordo TBT riflette uno sviluppo simile a quello sviluppatosi in seguito alla giurisprudenza *Dassonville*: esso fornisce un maggior numero di giustificazioni e allo stesso tempo confonde la linea di demarcazione fra divieto e giustificazione; inoltre esso rende l'onere della prova più oneroso, in quanto la parte attrice deve soddisfare il requisito di necessità<sup>169</sup>.

Anche all'interno dell'Accordo SPS e dell'articolo III GATT divieto e giustificazione tendono a confondersi – basti in questo senso pensare alle sovrapposizioni prospettate da parte della dottrina fra articolo XX e articolo III e alla citata "*aim and effect doctrine*"<sup>170</sup>.

### 3.2 Il principio di proporzionalità nell'articolo XX GATT e nell'articolo 30 CE

Per quanto concerne gli articoli XX e 30 del GATT e del Trattato rispettivamente, entrambi contemplano il principio di proporzionalità, e ci si è chiesti se e in che misura si possa tracciare un parallelismo in questo senso.

In primo luogo, un elemento di affinità risiede negli elementi presi in considerazione da panel e Organo d'Appello da una parte e Corte di Giustizia dall'altra al fine di stabilire il carattere proporzionato di una misura.

Nonostante si sia visto come non sia opportuno stabilire un'analogia troppo stretta fra il test usato nell'ambito del diritto dell'Unione e quello delineato in *Korea-Beef*, d'altra parte risulta evidente una sostanziale affinità fra i fattori considerati.

In entrambi i sistemi l'analisi del carattere proporzionale della misura tende ad essere più severa nel momento in cui l'impatto sugli scambi è particolarmente forte e al contrario più deferente in presenza di interessi particolarmente sensibili.

---

<sup>168</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.321.

<sup>169</sup> *ibid.*, p.322.

<sup>170</sup> vedi nota n.167.

A questo proposito, Wiers osserva come non sia tanto importante il nome attribuito alle condizioni, quanto i fattori presi in considerazione<sup>171</sup>; l'autore elenca quindi tali fattori - l'importanza dell'obiettivo, il livello di protezione, il contributo della misura allo scopo e l'impatto della misura sugli scambi.

Tuttavia, l'applicazione di tali principi differisce notevolmente da un ambito all'altro.

Come già affermato nella parte relativa al diritto dell'Unione infatti, l'approccio della Corte di Giustizia nei confronti dell'articolo 30 si distingue da quello dei panel e dell'Organo d'Appello in quanto assai meno strutturato; ciò risulta evidente anche dal fatto che, mentre gli organi OMC sviluppano lunghe e complesse analisi del criterio di proporzionalità, la Corte di Giustizia tende ad esaurire tali valutazioni in maniera relativamente rapida<sup>172</sup>.

Mentre il test di proporzionalità delineato dall'Organo d'Appello in *Korea-Beef* è stato quindi applicato con un certo rigore, la Corte di Giustizia applica il tradizionale test in tre parti in maniera non sempre sistematica.

Inoltre, mentre l'Organo d'Appello ha scrupolosamente rispettato la suddivisione fra paragrafi e *chapeau* (la così detta "*two-tiered analysis*"), e ha rinvenuto il principio di proporzionalità essenzialmente all'interno dei paragrafi<sup>173</sup>, la Corte di Giustizia ha spesso trattato la prima e la seconda frase dell'articolo 30 congiuntamente, e ha riassorbito il requisito di proporzionalità contenuto nella seconda frase all'interno della prima.

Tale elemento deriva sia dalle caratteristiche proprie dei due sistemi, sia dalla diversa formulazione delle disposizioni in questione: per quanto concerne la suddivisione fra paragrafi e *chapeau* (e fra prima e seconda frase dell'articolo 30), mentre l'articolo XX contiene al proprio interno diversi connettori che qualificano in maniera specifica le condizioni da soddisfare al fine di usufruire dell'eccezione, l'articolo 30 non contiene tale differenziazione<sup>174</sup>.

Se da una parte tale approccio più "liberale" fornisce una maggiore flessibilità nella risoluzione del caso, dall'altra l'approccio più rigoroso seguito dagli organi OMC può contribuire maggiormente alla certezza del diritto<sup>175</sup>.

Tuttavia, i recenti sviluppi giurisprudenziali in ambito OMC fanno pensare ad una convergenza in questo senso: si è infatti osservato come, nei casi *Gambling e Cigarettes*,

---

<sup>171</sup> *ibid.*, p.326.

<sup>172</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.241.

<sup>173</sup> *ibid.*, p.477.

<sup>174</sup> *ibid.*, p.185-186.

<sup>175</sup> *ibid.*, p.244.

l'Organo d'Appello si sia orientato verso una concezione più flessibile del test di proporzionalità. Tale approccio, se da una parte esclude la presenza di un principio di proporzionalità eccessivamente rigido, dall'altra può deporre a favore di un maggiore ruolo dell'organo giudicante. In questo senso, quindi, i due sistemi paiono avvicinarsi.

Tuttavia ciò non vale per la "*two-tiered analysis*", rispetto alla quale esiste una giurisprudenza consolidata.

Passando ad un'analisi più dettagliata delle disposizioni in questione, si è visto in precedenza come nel caso dell'articolo XX la presenza del principio di proporzionalità sia controversa: essa potrebbe infatti derivare sia dai termini dello *chapeau*, sia dai paragrafi sotto forma di test di proporzionalità.

Al di là delle specifiche considerazioni fatte in proposito, Wiers si chiede se il principio di proporzionalità possa rinvenirsi all'interno dell'articolo XX sotto forma di principio generale che sottende l'intera disposizione - analogamente a quanto accade nell'ambito dell'articolo 30 CE - e all'interno del quale i requisiti dello *chapeau* verrebbero per così dire riassorbiti<sup>176</sup>.

L'autore fornisce una risposta sostanzialmente negativa in quanto, mentre l'articolo 30 si riferisce generalmente a misure "giustificate" in base a differenti interessi e valori, senza differenziare all'interno dei vari paragrafi il rapporto sussistente fra la misura e l'obiettivo - e considerando quindi la disposizione come un unico insieme - l'articolo XX stabilisce tale rapporto in modo preciso, e differenzia nettamente i paragrafi dallo *chapeau*.

Di conseguenza, mentre è plausibile pensare che la proporzionalità sottenda l'articolo 30 in maniera globale - secondo l'approccio seguito dalla Corte di Giustizia - tale prospettiva è più difficilmente immaginabile all'interno dell'articolo XX, in quanto essa priverebbe di senso la ripartizione fra paragrafi e *chapeau*, ripartizione sottolineata e valorizzata dallo stesso Organo d'Appello fin dalla prima giurisprudenza OMC.

### 3.3 *Il principio di proporzionalità all'interno degli Accordi TBT e SPS e la rule of reason*

Come osservato in precedenza, i requisiti di proporzionalità contenuti negli Accordi SPS e TBT presentano forti analogia con la *rule of reason*, in quanto contenenti meccanismi atti a sottoporre le misure ad un test di necessità/proporzionalità anche in assenza di una violazione del principio di non discriminazione.

Tuttavia, Ortino ritiene che le forme di proporzionalità contenute negli Accordi TBT e SPS siano più adatte, grazie alla loro maggiore complessità, a stabilire standard normativi chiari

---

<sup>176</sup> J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.339.



rispetto ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia<sup>177</sup>. Ciò deriverebbe dalla maggiore consapevolezza degli organi giudiziari dell'OMC del più ristretto margine di manovra di cui dispongono<sup>178</sup>.

D'altra parte, il criterio di ragionevolezza applicato nell'ambito del diritto dell'Unione differirebbe, secondo lo stesso autore, da quello applicato nell'ambito del sistema OMC, in quanto il secondo, a differenza del primo, includerebbe una forma di proporzionalità *strictu sensu*. Al contrario, i requisiti contenuti negli Accordi SPS e TBT sarebbero incentrati sui soli criteri di *suitability* e necessità<sup>179</sup>.

L'autore ritiene infatti che la giurisprudenza della Corte di Giustizia mostri una certa tendenza ad includere un esame della proporzionalità *strictu sensu* all'interno del criterio di necessità – questo sarebbe ad esempio il caso, seppure in maniera dissimulata, del caso *Cassis de Dijon* – e che ciò non avvenga all'interno del sistema GATT-OMC<sup>180</sup>.

Ritengo tuttavia che tale posizione non sia pienamente condivisibile, in quanto, come si è visto in precedenza, forme (seppure embrionali) di proporzionalità *strictu sensu* non possono essere escluse dagli Accordi dell'Uruguay Round, i quali secondo buona parte della dottrina non escludono forme di bilanciamento fra lo scopo perseguito e la misura utilizzata.

### 3.4 Carattere aperto o chiuso delle liste di circostanze che giustificano la misura

Si può inoltre notare come fra i due sistemi sussista uno sviluppo parallelo di liste chiuse o aperte di circostanze che offrono una giustificazione alle misure sotto accusa: più precisamente, si è visto come l'Accordo TBT, il paragrafo d) dell'Articolo XX e la *rule of reason* contengano una lista del primo tipo, mentre l'articolo XX b), l'articolo 30 e l'Accordo SPS contengano una lista del secondo tipo.

Ciò è rilevante nella misura in cui l'applicazione dei criteri di necessità e proporzionalità può variare a seconda del carattere aperto o chiuso della lista.

Tuttavia, all'interno del diritto dell'Unione, la dinamica pare più semplice rispetto a quanto accade nel sistema GATT-OMC: in termini generali, le misure ricadono alternativamente<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> *ibid.*, p.482.

<sup>178</sup> *ibid.*, p.483.

<sup>179</sup> *ibid.*, p.470.

<sup>180</sup> *ibid.*, p.471.

<sup>181</sup> Tuttavia N. Emiliou (*The Principle of Proportionality in European Law*, op. cit., p.246) fa notare come nel caso *Wurmser* la Corte abbia applicato entrambi l'articolo 30 e la *rule of reason* (*Pubblico Ministero contro E.R. Wurmser Ved. Bouchara e la Società Norlaine*, C-25/88, 11 maggio 1989, Raccolta 1989, p.1127) "Al riguardo, occorre innanzitutto constatare che, tra gli interessi generali espressamente considerati dalla disposizione nazionale di cui è causa nel procedimento principale, solo la tutela della sicurezza e della salute delle persone rientra nell' art.30. Invece, la correttezza dei rapporti commerciali e la protezione dei consumatori figurano tra le esigenze imperative che, conformemente alla giurisprudenza della Corte [...] possono giustificare un

sotto l'articolo 30 (eccezione) o sotto la *rule of reason* (norma positiva), le quali includono una lista chiusa ed una aperta rispettivamente – il che ha portato a concludere che le misure che ricadono sotto la seconda norma godano di un trattamento più favorevole<sup>182</sup>. Come osservato in precedenza, ciò è d'altra parte coerente con l'obiettivo di controbilanciare la severità derivante dalla giurisprudenza *Dassonville*.

Nel sistema GATT il panorama è più complesso, in quanto l'articolo XX (eccezione) include sia liste aperte (il paragrafo d) che chiuse (il paragrafo e), e in quanto una misura può ricadere sotto l'una e l'altra disposizione.

A questo proposito, penso possa considerarsi valido quanto osservato in termini generali rispetto all'approccio della Corte di Giustizia da una parte e degli Organi dell'OMC dall'altra nei confronti dell'applicazione del principio di proporzionalità: tali problemi sono suscettibili di acquisire rilevanza molto più in ambito GATT-OMC che nell'ambito del diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia gode infatti di maggiore libertà nello svolgimento della propria funzione e si sente meno legata ad elementi testuali; questo è dimostrato ad esempio dalla facilità con cui essa ha ammesso la protezione dell'ambiente fra gli obiettivi in grado di giustificare una violazione di una norma del diritto dell'Unione<sup>183</sup>.

### 3.5 L'onere della prova

Da un punto di vista procedurale, è interessante notare come nei due sistemi l'allocatione dell'onere della prova si distingua profondamente<sup>184</sup>.

Se consideriamo infatti le eccezioni (articolo XX GATT, articolo XIV GATS e articolo 30), i due sistemi sono accomunati dal fatto che l'onere della prova sia a carico della parte che invoca la disposizione in questione.

Tuttavia, se consideriamo le disposizioni in cui criteri di necessità e di proporzionalità si presentano sotto la forma di requisiti di tipo positivo, le dinamiche variano: come si è avuto

---

provvedimento in grado di ostacolare gli scambi intracomunitari, a condizione però che tale provvedimento si applichi indistintamente ai prodotti nazionali e ai prodotti importati".

<sup>182</sup> Tuttavia, è importante notare come in alcuni casi la Corte abbia incluso la protezione ambientale all'interno degli obiettivi legittimi alla luce dell'articolo 30, nonostante essa non sia esplicitamente citata; vedi C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p.76.

<sup>183</sup> vedi J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.311 ss.

Nel caso *Procedimento penale contro Ditlev Bluhme (C-67/97)*, 3 dicembre 1998, Raccolta 1998, p.1-8065) la Corte ha affermato che: "A questo proposito si deve considerare che le misure di preservazione di una popolazione di animali indigena, che presenta caratteristiche distinte, contribuiscono a mantenere la diversità biologica, garantendo l'esistenza della popolazione di cui trattasi. Così facendo esse sono intese a tutelare la vita di tali animali e sono giustificabili ai sensi dell'art. 36 del Trattato ».

<sup>184</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.469.

occasione di notare in precedenza, nel sistema OMC (si pensi in particolare agli Accordi SPS e TBT), spetta allo Stato importatore dimostrare l'inadeguatezza delle norme imposte dallo Stato importatore, e il loro carattere eccessivamente restrittivo rispetto agli standard internazionali<sup>185</sup>. Al contrario, nella *rule of reason* il rapporto è invertito, a causa della presenza del principio di mutuo riconoscimento che crea una presunzione favorevole nei confronti dello Stato esportatore<sup>186</sup>.

Al parallelismo fra carattere positivo e negativo dei criteri in questione non corrispondono quindi le stesse dinamiche per quanto concerne l'onere della prova.

Tuttavia, si è visto come tale distinzione tenda a perdere parte del suo significato all'interno della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in quanto essa ha talvolta modificato la sostanza l'onere della prova semplicemente attraverso la formulazione del principio di proporzionalità: quando la Corte intende lasciare un maggiore margine di discrezionalità al soggetto che ha adottato la misura, essa adotta infatti una formulazione del principio basata sul criterio di assenza di sproporzionalità<sup>187</sup>.

In secondo luogo, anche la procedura seguita può influenzare l'allocazione dell'onere della prova: nel caso *German Crayfish*<sup>188</sup> ad esempio, la Corte ha assunto che la misura in questione fosse sproporzionata, e così facendo ha accettato una serie di suggerimenti e motivazioni dalla Commissione, in base alle quali la Germania non aveva dimostrato in maniera convincente la disponibilità di misure alternative meno restrittive e ugualmente efficaci<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> Cfr. *supra* p.94

<sup>186</sup> Cfr. *supra* p.191-192

<sup>187</sup> Cfr i casi *Fedesa (The Queen contro Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte Fedesa e altri, C-331/88)* per quanto riguarda le misure messe in atto dall'Unione e i casi *Generics (Generics BV contro Smith Kline & French Laboratories Ltd C-316/95, 9 luglio 1997, Raccolta 1997)* e *Alpine Investments*, nel quale la Corte ha affermato che: "Alla luce delle considerazioni che precedono, il divieto di "cold calling" non appare sproporzionato all'obiettivo che si prefigge" (*Alpine Investments BV contro Minister van Financien C-384/93, del 10/5/1995, Raccolta 1995, p.I-1182*).

<sup>188</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Federale di Germania, C-131/93, 13 luglio 1994, Raccolta 1994, p.I-3322*: "Per quanto riguarda la prevenzione del rischio di propagazione della peste dei gamberi e la salvaguardia contro le alterazioni della fauna, la Commissione ha sostenuto che quest' obiettivo poteva essere raggiunto con misure aventi effetti meno restrittivi sugli scambi intracomunitari. Così, invece di vietare semplicemente l' importazione di tutte le specie di gamberi di acqua dolce vivi, la Repubblica federale di Germania avrebbe potuto limitarsi a sottoporre a controlli sanitari le partite di gamberi provenienti da altri Stati membri o che si trovano già in libera pratica nella Comunità e ad effettuare solo controlli per campione laddove queste partite siano state corredate di un certificato sanitario rilasciato dalle competenti autorità dello Stato membro di spedizione ed attestante che il prodotto di cui trattasi non presenta alcun rischio per la salute, oppure limitarsi a disciplinare la vendita dei gamberi nel suo territorio, in particolare sottoponendo ad autorizzazione soltanto il ripopolamento delle acque interne con specie potenziali portatrici dell' agente della peste e limitando la messa in libertà degli animali e il ripopolamento in zone che ospitano specie indigene".

<sup>189</sup> J. Jans, *Proportionality Revisited*, op. cit., p.259-260.

In altri termini, nonostante la Commissione non fosse tenuta a dimostrare il carattere sproporzionato della misura, essa ha più o meno implicitamente obbligato il governo Tedesco a rispondere alle proprie accuse e, in mancanza di un'adeguata risposta di quest'ultimo, essa è giunta alla conclusione che misure alternative adeguate fossero disponibili<sup>190</sup>.

Mentre nel caso *Pharmaceutical Society*<sup>191</sup> risulta chiaro dal ragionamento della Corte come spetti alla parte attrice l'elaborazione delle motivazioni a supporto della misura adottata, nel caso *German Beer* la Corte stessa è apparsa più disponibile a prendere in considerazione – anche rifacendosi alla giurisprudenza in materia – elementi che avrebbero reso la misura compatibile con il diritto dell'UE<sup>192</sup>.

Al contrario, nella giurisprudenza OMC, l'Organo d'Appello ha avuto cura di precisare, in ognuno dei contesti rilevanti, la procedura da seguire per l'allocazione dell'onere della prova<sup>193</sup>.

Anche in questo caso, quindi, una differenza fondamentale fra i due sistemi consiste nel fatto che la Corte di Giustizia appare assai meno legata, nell'utilizzo del principio di proporzionalità, all'ambito in cui esso viene applicato, rispetto agli organi giudicanti dell'OMC; è infatti difficilmente immaginabile una situazione in cui un panel o l'Organo d'Appello godano di tale libertà: è stato proprio quest'ultimo anzi a stabilire con precisione che, nel caso dell'utilizzo di mezzi di difesa affermativi, l'onere della prova deve necessariamente ricadere sullo Stato che invoca la disposizione.

### 3.6 Armonizzazione

Altro punto interessante di confronto è costituito dalla portata dell'armonizzazione ai fini dell'applicazione dei criteri di proporzionalità e necessità.

Come si è visto in precedenza, il fatto che un determinato settore sia armonizzato rende l'applicazione di principi di necessità e proporzionalità più severi.

Ciò è sancito all'interno del diritto dell'Unione dalla giurisprudenza e in ambito OMC dalle disposizioni degli Accordi SPS e TBT illustrate in precedenza<sup>194</sup>; tuttavia, fra i due ambiti sussistono alcune differenze fondamentali, fra cui in primo luogo il fatto che nell'ambito

---

<sup>190</sup> *ibid.*, p.260 e F. Ortino, , *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.210.

<sup>191</sup> *The Queen contro Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers ed altri*, C-266 e 267/1987, 18 maggio 1989, Raccolta 1989, p.1329.

<sup>192</sup> *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Federale di Germania*, C-187/84, 12 marzo 1987, Raccolta 1987; la Corte ha ad esempio ricordato l'importanza dei lavori del comitato scientifico comunitario per la salute umana, della Commissione Codex Alimentarius della FAO e dell'OMS e delle abitudini alimentari esistenti nello Stato esportatore (p.1274).

<sup>193</sup> vedi *supra* p.135

<sup>194</sup> J.H.H.Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA*, op. cit., p.230.

dell'Unione l'armonizzazione sia relativa alla legislazione emanata dall'Unione stessa o addirittura dagli Stati Membri, mentre in ambito OMC essa è riferita alle norme o standard emanate da organismi internazionali.

E' tuttavia interessante notare come il sistema OMC stabilisca una sorta di presunzione confutabile di necessità e conformità, mentre nel diritto dell'Unione la presenza di armonizzazione ha un impatto meno definito sulla portata dei criteri in questione, il che si ricollega all'approccio "destrutturato" della Corte nei confronti della questione.

A questo proposito vale la pena di citare le parole della Corte la quale, riferendosi ad una direttiva in materia di inquinamento, ha affermato che tale atto conteneva disposizioni flessibili che permettono agli Stati membri di osservare il principio di proporzionalità nell'applicazione delle misure adottate, e che spetta ai tribunali nazionali assicurare che tale principio sia rispettato<sup>195</sup>.

Tale posizione non chiarisce infatti quale sia il margine di manovra lasciato agli Stati, e risolve per così dire il problema assumendo l'incorporazione del principio all'interno della direttiva, senza definirne la portata.

Inoltre, come osservato nel paragrafo precedente, un importante elemento di differenziazione riguarda l'onere della prova: si infatti visto che, mentre in base alla *rule of reason*, in presenza di una disciplina armonizzata di un settore, spetta allo Stato importatore dimostrare il carattere non sproporzionato della stessa, in ambito OMC sarà lo Stato esportatore che dovrà dimostrare che la normativa internazionale sarebbe stata adeguata al perseguimento degli scopi in questione. Come si è visto, ciò è criticabile in quanto non rispondente alla *ratio* della disposizione; tale interpretazione finisce infatti per compromettere in buona parte la portata dell'obbligo in questione.

Tale differente approccio può essere spiegato in base al fatto che in ambito UE l'esistenza di standard comuni (sotto forma per lo più di direttive) viene concepita in quanto mezzo per la facilitazione del commercio, e non tanto per la sua restrizione - non a caso è la stessa *rule of reason* a contenere il requisito relativo all'armonizzazione, mentre nel sistema OMC tale disciplina è oggetto di disposizioni specifiche. Ciò deriva probabilmente dal clima di "fiducia comune" che pervade le relazioni tra Stati Membri, nonché dall'efficacia del meccanismo di attuazione esistente<sup>196</sup>.

Al contrario, in ambito OMC, gli standard chiamati in causa vengono utilizzati in quanto base per la giustificazione di misure restrittive.

---

<sup>195</sup> *The Queen contro Secretary of State for the Environment e Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H.A. Standley e a. e D.G.D. Metson e a.*, C-293/97, 29 aprile 1999, Raccolta 1999, p. I-2646.

<sup>196</sup> J. Scott, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, op. cit., p.138

L'approccio seguito all'interno dell'Unione è al momento difficilmente prospettabile all'interno del sistema OMC - in cui una presa in conto delle legislazioni dei singoli Stati andrebbe ben al di là dell'ambito di azione dell'Organizzazione – anche se non manca chi ritiene tale evoluzione probabile in un futuro prossimo<sup>197</sup>.

### 3.7 Rapporto con altri principi generali

Senza entrare nei dettagli delle questioni relative al ruolo delle discriminazione all'interno dei due sistemi, si può osservare come un elemento di comunanza fra l'articolo 30 CE e l'articolo XX GATT sia costituito dal fatto che i requisiti di non discriminazione, necessità e proporzionalità sono strettamente legati; basti pensare al caso in cui una misura chiaramente discriminatoria viene altresì considerata sproporzionata.

I tre criteri tendono quindi a sovrapporsi e a precisare uno il contenuto dell'altro, come affermato dall'Organo d'Appello nel caso *Gasoline* a proposito dello *chapeau* dell'articolo XX<sup>198</sup>.

Parallelamente, nel caso *Simmenthal*, la Corte ha affermato che, anche se i controlli sanitari in questione non erano più necessari, ispezioni saltuarie avrebbero potuto essere effettuate a partire dall'entrata in vigore della legislazione comunitaria, a meno che esse non costituissero una restrizione dissimulata al commercio<sup>199</sup>.

Allo stesso modo, il carattere unilaterale delle misure prese da uno Stato non deporrà a favore del suo carattere proporzionato: in questo senso si possono notare analogie fra il rapporto dell'Organo d'Appello nel caso *Shrimps*<sup>200</sup> e la decisione della Corte nel caso *Danish Bottles*. In quest'ultimo caso, infatti, uno degli elementi che ha contribuito ad affermare il carattere sproporzionato della misura in questione è proprio il fatto che essa fosse stata adottata secondo parametri dettati unilateralmente della Danimarca<sup>201</sup>.

Come si è visto dall'analisi della giurisprudenza, in entrambi i sistemi il carattere extraterritoriale delle misure tende ad essere messo in discussione, probabilmente a causa del proliferare di misure protezionistiche che una posizione più tollerante potrebbe provocare.

Tuttavia, in entrambi gli ambiti, gli organi giudiziari stentano ad assumere una posizione definitiva al riguardo.

---

<sup>197</sup> vedi *infra* p.211

<sup>198</sup> *Gasoline*, Appellate Body Report, p.24.

<sup>199</sup> *Simmenthal SPA contro Ministero delle Finanze Italiane*, C- 35/76, 15 dicembre 1976, Raccolta 1976, p.1887-1888.

<sup>200</sup> *Shrimps*, Appellate Body Report, par.166.

A questo proposito, è da notare l'approccio ambivalente della Corte di Giustizia, la quale in alcuni casi ha ritenuto "esaustiva" l'armonizzazione minima stabilita da una direttiva, nel momento in cui la misura in questione fosse extraterritoriale e questo anche qualora la direttiva non stabilisse esplicitamente un limite territoriale alle misure considerate – riuscendo così, fra le altre cose, ad evitare di pronunciarsi sulla compatibilità della misura stessa con il Trattato<sup>202</sup>.

Allo stesso modo, in *Shrimp-Turtle*, l'Organo d'Appello è riuscito ad evitare la questione incentrando la propria analisi sul carattere arbitrario, unilaterale e discriminatorio delle misure e in *Hormones* e concentrando l'attenzione sugli effetti dei prodotti in sé sulla salute umana.

Tuttavia, è probabile che la distinzione prodotto – processo riveli sempre più la sua natura sostanzialmente fragile (soprattutto per quanto riguarda la tutela di beni condivisi) e che gli organi giudiziari sia dell'Unione che dell'OMC siano portati ad ammettere la legittimità di misure extraterritoriali.

Il pericolo di un proliferare di misure protezionistiche potrebbe a mio parere essere gestito altrettanto e anzi più efficacemente attraverso altri strumenti giuridici, a partire dal divieto di discriminazione, fino ai requisiti in termini di processo legislativo che è all'origine della misura.

Inoltre, i criteri di necessità e proporzionalità si trovano in stretta relazione con il principio secondo il quale le misure in questione debbano essere "ragionevoli".

Si è visto come nel sistema OMC il carattere ragionevole delle misure adottate sia sempre più richiesto dalle disposizioni degli accordi (basti pensare all'articolo 5.6 dell'Accordo SPS e alla nota interpretativa) nonché preso in considerazione dagli organi giudiziari in quanto standard di conformità con i principi del sistema commerciale multilaterale.

Parallelamente, all'interno del diritto dell'Unione esiste un legame stretto fra il carattere ragionevole di una misura e la possibilità di ottenere giustificazione sulla base dell'articolo 30 o della *rule of reason* (che non a caso porta questo nome!).

Nel caso *Dassonville* la Corte ha affermato che, nell'assenza di legislazione comunitaria, gli Stati possano adottare misure restrittive al fine di prevenire pratiche sleali, a condizione che tali misure siano ragionevoli<sup>203</sup>, e in un'altra circostanza<sup>204</sup> essa ha affermato che la questione

---

<sup>201</sup> H. Haibach, *The interpretation of Article 30 of the EC Treaty and the dormant commerce clause by the European Court of Justice and the US Supreme Court*, in *ICLQ*, 1999, p.164.

<sup>202</sup> J. Scott, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, op. cit., p.130-131.

<sup>203</sup> *Procureur du Roi contre Benoit et Gustave Dassonville*, p.852.

essenziale risiedesse nello stabilire se le misure adottate erano non ragionevoli in quanto sproporzionate rispetto al loro obiettivo.

Lo stesso criterio è stato adottato dalla Corte nel caso in cui essa ha rifiutato di accettare ragioni di tipo amministrativo o finanziario in quanto giustificazioni di misure restrittive<sup>205</sup>.

Si può quindi dedurre che per la Corte il carattere ragionevole sia strettamente legato alle condizioni necessarie alla giustificazione delle misure, in quanto in relazione con il principio di proporzionalità.

In conclusione, si può affermare come sia il sistema dell'Unione che il sistema GATT-OMC assegnino un'importanza essenziale al concetto di ragionevolezza. Nei due casi la dottrina è concorde nel sostenere che esso sia strettamente legato al criterio di proporzionalità e all'interno del sistema OMC – nel quale la presenza di tale principio non è ancora assodata – non è azzardato pensare che l'esigenza del carattere ragionevole della misura prevalga sul requisito di proporzionalità.

E' probabile che tali questioni rivestano un'importanza maggiore nel caso dell'OMC che nel caso del diritto dell'Unione, in cui il principio di proporzionalità permea il sistema in maniera più globale e la cui applicazione sfugge a questo tipo di schematizzazioni.

Tuttavia è interessante notare come lo sviluppo – sia a livello di legislazione che a livello giurisprudenziale – di liste aperte di giustificazioni rafforzi l'idea che ci si appoggi sempre meno sul fatto che la misura rientri entro dei parametri rigidi, e sempre più sull'esigenza più generale che essa sia ragionevole e finalizzata alla protezione di diritti e interessi generalmente riconosciuti.

Tale è la ratio, infatti, alla base dell'elaborazione della *rule of reason*.

Per quanto concerne il rapporto fra discriminazione e proporzionalità, pur senza entrare nei dettagli di tale questione, ritengo opportuno citare la posizione di Ortino, il quale sostiene la necessità di una chiara distinzione fra la valutazione della discriminazione *de facto* di una misura e la sua giustificazione sulla base di obiettivi di tipo politico: scopo della prima è infatti quello di determinare se l'attuazione di una regolamentazione produce effetti protezionistici, mentre scopo della seconda è di stabilire se tale regolamentazione costituisce un tentativo ragionevole di perseguire un obiettivo di politica sociale<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> Commissione delle Comunità Europee contro Regno del Belgio, C 2/78, 16 maggio 1979, Raccolta 1979, p.1785.

<sup>205</sup> Adrian de Peijper, Direttore della Società Centrafarm BV, C-104/75, vedi *supra* nota n.

<sup>206</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.481.



Mentre il diritto dell'Unione, attraverso la *rule of reason*, ha preso esplicitamente in considerazione le misure che formalmente non discriminano le merci sulla base delle loro provenienza, tale evoluzione è ancora in corso all'interno del sistema GATT-OMC.

Come si è visto in precedenza, infatti, i requisiti di proporzionalità all'interno degli Accordi SPS e TBT si applicano indipendentemente dalla violazione del divieto di non discriminazione, e secondo parte della dottrina il caso *Hormones* ha rappresentato il primo tentativo, da parte degli organi giudiziari dell'OMC, di prendere in considerazione misure che ostacolano il commercio nonostante esse fossero non discriminatorie<sup>207</sup>.

Infine, parte della dottrina ritiene che anche il principio di abuso di diritto – rinvenuto da buona parte della dottrina all'interno dello *chapeau* dell'articolo XX<sup>208</sup> – sia presente all'interno dell'articolo 30<sup>209</sup>.

Maduro fonda quest'affermazione su una lettura restrittiva di *Cassis de Dijon*, in quanto la Corte, contrariamente all'Avvocato Generale<sup>210</sup> e alla Commissione<sup>211</sup>, non avrebbe in questo caso richiesto una valutazione della proporzionalità della misura, ma si sarebbe basata sull'idea che, ferma restando la definizione della politica nazionale da parte dello Stato, sia pur sempre possibile controllare misure che, pur essendo apparentemente necessarie, non lo sono effettivamente e possono essere viste come protezionistiche – che ciò accada volontariamente o meno.

Spetterebbe quindi agli Stati definire politiche e livelli adeguati di protezione per gli obiettivi riconosciuti come legittimi dall'articolo 30 e dalla *rule of reason*.

La non conformità formale dei produttori stranieri con le norme nazionali non sarebbe tuttavia sufficiente ad impedire la loro entrata sul mercato nazionale, finché essi si adeguano alle politiche nazionali che stabiliscono il livello di protezione. Tale idea sembra quindi legata ad una concezione delle eccezioni alla libera circolazione delle merci in quanto area riservata alla sovranità nazionale, ma controllata in base al principio dell'*abus de droit*.

---

<sup>207</sup> J.J.Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA*, op. cit., p.229-230.

<sup>208</sup> Cfr. H.E. Zeitler, *2Good Faith in the WTO Jurisprudence*, op. cit., p.738

<sup>209</sup> M. Maduro, *We The Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, op. cit., p.55.

<sup>210</sup> *Rewe-Zentrale AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, C-120/78, Conclusioni dell'Avvocato Generale, 16 gennaio 1979, p.674.

### 3.8 Rilevanza degli aspetti procedurali

Ulteriore elemento di affinità fra i due sistemi è costituito dal fatto che i criteri presi in considerazione nella valutazione del carattere necessario o proporzionale delle misure riguardano non soltanto gli aspetti sostanziali della misura, ma anche quelli procedurali.

Nella giurisprudenza OMC ciò è stato sottolineato soprattutto relativamente allo *chapeau* dell'articolo XX; d'altra parte, si è visto come parte della dottrina ritenga artificiosa la distinzione fra la considerazione degli aspetti procedurali all'interno del paragrafo introduttivo e quella degli aspetti per così dire "sostanziali" all'interno dei paragrafi<sup>212</sup>.

Al di là di tali considerazioni, è evidente come l'aspetto procedurale rivesta una sua importanza: ciò evidente altresì all'interno del ragionamento seguito dal panel in *Gambling*<sup>213</sup>. Nonostante in quest'ultimo caso tale approccio sia stato spinto fino alle estreme conseguenze, ritengo fondata l'idea secondo la quale il carattere unilaterale di una misura non deponga a favore della sua necessità.

La stessa tendenza è rinvenibile all'interno della giurisprudenza della Corte di Giustizia: è il caso ad esempio la compatibilità della misura con principi procedurali, specialmente quando la correttezza sostanziale della stessa è difficilmente valutabile<sup>214</sup>.

Parte della dottrina attribuisce un'importanza fondamentale all'aspetto procedurale in quanto "garante" della legittimità del processo decisionale all'interno degli Stati, e quindi in quanto criterio di controllo da parte degli organi giudiziari.

Ritengo opportuno citare la posizione di Maduro il quale, dopo aver preso in considerazione i limiti legati all'utilizzo del principio di principio di proporzionalità da parte di organi giudiziari internazionali, propone un approccio procedurale piuttosto che sostanziale nella valutazione da parte della Corte di Giustizia delle misure adottate dagli Stati in base agli articoli 28 e 30 EC<sup>215</sup>.

Secondo l'autore, tali requisiti procedurali dovrebbero assicurare che gli interessi della maggioranza dei Membri non prevalgano su quelli degli altri Stati<sup>216</sup>; sarebbe quindi il dato procedurale - inteso come qualità del processo politico, partecipazione e rappresentazione di interessi - ad informare la valutazione delle misure nazionali.

---

<sup>211</sup> *ibid.*, p.659.

<sup>212</sup> A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, op. cit., p.477.

<sup>213</sup> *Gambling*, Panel Report, par.6.563-565.

<sup>214</sup> F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, op. cit., p.433.

<sup>215</sup> J. Scott, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, op. cit., p.164

<sup>216</sup> M. Maduro, *We The Court - The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, op. cit., p.173.

In questo senso una convergenza dei due sistemi è quindi prospettabile, anche di fronte ai limiti spesso evidenti di un'analisi "sostanziale" del carattere proporzionato di una misura nazionale.

#### 4. CONCLUSIONI

Alla luce dei fattori presi in considerazione, ritengo che uno dei risultati più evidenti risieda nel fatto che, in entrambi i sistemi, esista una sostanziale ambiguità fra i criteri di necessità e proporzionalità: in entrambi i casi, ciò porta a concludere che la distinzione fra i due principi non sia netta e che esista una sostanziale reticenza a rifiutare misure nazionali sulla base di un criterio di proporzionalità *strictu sensu*.

Al di là delle evidenti differenze nei livelli di integrazione infatti, l'erosione delle sovranità statale rimane nei due ambiti un elemento estremamente sensibile e l'affermazione del principio di sovranità incontra diversi ostacoli.

Inoltre, l'analisi fin qui condotta sembra a mio parere suggerire che uno studio dei principi di necessità e proporzionalità possa essere effettuato solo considerando il quadro complessivo creato attraverso dal quadro giuridico complessivo e dall'insieme delle evoluzioni giurisprudenziali.

A questo proposito, ritengo possano risultare particolarmente illuminanti le osservazioni fatte da Maduro a proposito del diritto dell'Unione, osservazione che tuttavia, a mio parere, possono applicarsi anche al diritto dell'OMC e suggeriscono spunti importanti per quanto concerne un'analisi comparata dei due.

Maduro basa infatti la propria analisi non tanto sui concetti di necessità e proporzionalità, quanto su quello più generale di "bilanciamento".

Egli sostiene infatti che la giurisprudenza *Dassonville - Cassis de Dijon* abbia gettato le basi dell'analisi costi/benefici: in base alla "Dassonville formula" e al principio di mutuo riconoscimento, infatti, i costi della misura vengono esaminati in base al loro effetto sugli scambi, mentre i benefici della stessa vengono valutati secondo l'articolo 30 e alla *rule of reason*<sup>217</sup>.

L'autore utilizza quindi la nozione di bilanciamento in quanto idea unificante della suddetta giurisprudenza e si sofferma poi sui vari tipi di bilanciamento concepibili. In particolare egli sottolinea come l'articolo 28 potrebbe istituire un "*open-ended private interest balancing*" - vale a dire un test in base al quale i costi imposti ad un individuo possono non essere

---

<sup>217</sup> *ibid.*, p.52.

sufficienti a considerare illegittima un misura nazionale, ma devono comunque essere presi in considerazione – nel caso in cui esso venga visto come un diritto fondamentale al libero commercio<sup>218</sup>.

Ritengo che l'apporto che tale idea può addurre alla nostra analisi risieda proprio nel fatto di enucleare il concetto fondamentale sotteso ai principi di necessità e proporzionalità, permettendo così di trovare un comune denominatore fra i due sistemi analizzati. Ciò che il diritto e la giurisprudenza dell'OMC e dell'Unione rispettivamente cercano di fare è proprio, in altre parole, di bilanciare opposte esigenze, e fanno questo servendosi di strumenti giuridici complessi e dai confini spesso non ben definiti.

A questo stadio dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, ritengo che il concetto usato dall'autore sia quello che meglio rende l'idea dei meccanismi in atto nei due sistemi e che permetta di coglierne l'essenza, senza racchiudere l'analisi in schemi eccessivamente rigidi<sup>219</sup>. Tale problema riconduce a questioni più ampie la cui analisi esula dall'ambito della presente ricerca, ma a cui è tuttavia necessario fare riferimento: vale a dire la crescente "costituzionalizzazione" del sistema OMC e l'eventuale convergenza con il sistema dell'Unione Europea nonché, ragionando su base più ampia, la nascita di un diritto degli scambi "globale", che includa al suo interno principi comuni non solo all'Unione e all'OMC, ma anche al NAFTA<sup>220</sup>.

Mentre alcuni autori ritengono che, su lungo periodo, esista una convergenza all'interno di tali ambiti - convergenza guidata, fra le altre cose, anche dall'affermarsi di principi generali quali la proporzionalità – altri rimangono dell'idea che le differenze fra i diversi tipi di integrazione (sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo) rimangano tali da impedire tale convergenza.

Personalmente ritengo che l'evoluzione dei principi di proporzionalità e necessità quali analizzati finora costituisca un esempio di come, al di là del permanere di tali differenze,

---

<sup>218</sup> L'altro tipo di bilanciamento considerato è il « *national-interest balancing* », nel quale gli interessi opposti a quelli nazionali sono legati all'unione economica, alla libera circolazione delle merci e all'accesso a mercati. Vedi D.H. Regan, *The Supreme Court and State protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause*, in *Michigan Law Review*, 1986, p.1104

<sup>220</sup> Il termine « costituzionalizzazione » non possiede una definizione univoca ; nel caso dell'OMC D.Z. Cass suggerisce che con tale termine si intenda la creazione, da parte degli organi giudiziari, di norme e strutture di tipo costituzionale da parte del « decision-making giudiziario » dell'Organizzazione. (vedi D.Z. Cass, *The Constitutionalisation of International Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, op. cit., p.39) l'autrice sostiene che l'Organo d'Appello stia contribuendo alla costituzionalizzazione del sistema, sulla base del presupposto che il diritto degli scambi internazionale possieda alcune caratteristiche proprie del diritto costituzionale nazionale. Secondo Cass infatti, analizzando il primo attraverso la lente del diritto costituzionale, emergono problemi propri di quest'ultimo, quali lo "standard of review", la divisione dei poteri e la sovranità statale, fino al carattere democratico ed alla legittimità del sistema stesso (p.72).

possa comunque verificarsi una convergenza per quanto concerne taluni principi generali, la cui funzione – a di là del nome che le viene specificamente assegnato – è per così dire “universale” e si trova al centro di meccanismi che “naturalmente” sorgono in tutti i sistemi.

Ciò è dimostrato dal fatto che gli organi di entrambi i sistemi si ritrovano sempre più spesso a dover risolvere conflitti di interessi che presentano caratteristiche simili; Weiler richiama ad esempio casi quali *Tuna - Dolphin* in ambito GATT e *Hedley Lomas*<sup>221</sup> in ambito UE, i quali riguardano la capacità dello stato importatore di imporre restrizioni basate non sulle caratteristiche dei prodotti, ma sulle loro modalità di fabbricazione<sup>222</sup>.

A questo proposito trovo interessante citare la posizione di Weiler riguardo il processo di convergenza fra i due sistemi.

Weiler ritiene innanzitutto che il problema della “costituzionalizzazione” dell’uno e dell’altro tenda a perdere d’importanza, in quanto il costituzionalismo Europeo sta attraversando una fase di crisi e di riforma a causa delle tensioni e dei gap fra i suoi imperativi giuridici e la propria realtà politica e sociale, e in quanto gli organi giudiziari dell’OMC hanno a loro volta manifestato la consapevolezza della difficoltà insita nell’attribuire forza costituzionale a standard adottati da “ignoti funzionari” e rese effettive da organi giudiziari la cui legittimità è controversa<sup>223</sup>.

In secondo luogo l’autore - dopo aver riconosciuto il permanere di differenze fondamentali fra i due sistemi, dovute fondamentalmente alla filosofia armonizzatrice dell’Unione - prevede che in breve tempo gli organi giudiziari dell’OMC saranno costretti a pronunciarsi su una “versione OMC” del mutuo riconoscimento, ritenuto da Weiler “una banale manifestazione del principio di necessità”, il quale costituisce uno dei capisaldi della giurisprudenza GATT<sup>224</sup>.

Inoltre l’OMC dovrà sempre di più far fronte alla richiesta di adottare standard internazionali, processo che costituisce l’equivalente funzionale del processo di armonizzazione<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, C-5/94, 23 maggio 1996, Raccolta 1996, p.I-2606 Il ministero dell’ Agricoltura, della Pesca e dell’ Alimentazione dell’ Inghilterra e del Galles negava sistematicamente il rilascio di licenze per l’ esportazione di animali da macello vivi destinati alla Spagna adducendo il motivo che questi ultimi venivano sottoposti nei mattatoi di tale Stato ad un trattamento contrastante con la direttiva del Consiglio 18 novembre 1974, 74/577/CEE, relativa allo stordimento degli animali prima della macellazione.

<sup>222</sup> J.H.H.Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA*, op. cit., p.230.

<sup>223</sup> *ibid.*

<sup>224</sup> *ibid.*, p.231 ; pur senza negare *in toto* elementi di convergenza fra i due sistemi, Wiers assume una posizione assai più prudente, parlando di costituzionalizzazione “parziale” “di basso profilo” e sottolineando le differenze di ordine istituzionale tra Unione Europea e OMC (*Trade and Environment in the EC and WTO*, op. cit., p.412)

<sup>225</sup> In questo senso – e ritornando al concetto di bilanciamento sopra citato - è interessante notare come Maduro proponga una forma di “*equivalence balance*”, in base alla quale lo stato stabilirebbe il livello di protezione perseguito e il bilanciamento si limiterebbe a stabilire se esiste una misura con meno costi ma che sia in grado di perseguire lo stesso livello di protezione<sup>225</sup>.

I futuri sviluppi giurisprudenziali mostreranno la validità così come i limiti di tali predizioni.

---

Ci si può quindi chiedere se, vista la reticenza di entrambi i sistemi a istituire ed applicare schemi di "*net balancing*", vale a dire schemi in base ai quali l'obiettivo sia bilanciato rispetto all'ostacolo creato agli scambi (quella che secondo un'altra terminologia è stata definita proporzionalità *strictu sensu*), tale principio di "*equivalence balance*" possa costituire la più verosimile rappresentazione dei principi di necessità e proporzionalità all'interno dei due sistemi analizzati.

## OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Preliminarmente a qualsiasi considerazione conclusiva, trovo indispensabile premettere che tali considerazioni non possono che essere provvisorie, a causa del carattere di *work in progress* del presente lavoro.

Alla luce di quanto analizzato nelle parti precedenti, penso che la questione fondamentale da affrontare riguardi la presenza o meno del principio di proporzionalità all'interno del diritto OMC.

Riassumendo le considerazioni fatte sia a proposito degli Accordi analizzati, sia a proposito della giurisprudenza, ritengo che la risposta debba essere positiva, intendendo con questo non che il sistema contenga ed applichi un principio di proporzionalità *strictu sensu* in grado di effettuare un bilanciamento fra interessi commerciali e non, ma che tale elemento sia mescolato a varie altre tecniche di bilanciamento, fra cui il vecchio test di necessità.

In altri termini, non ritengo sia possibile fornire una risposta univoca alla questione di un eventuale "passaggio" dalla necessità alla proporzionalità: ciò che mi pare risulti evidente è la volontà da parte del sistema – e soprattutto da parte degli organi giudiziari – di elaborare tecniche ed approcci che siano in grado di conciliare differenti interessi che ruotano attorno al ruolo dell'Organizzazione.

Tale volontà si è manifestata, fra le altre cose, attraverso la tensione fra l'esigenza di formalizzazione delle suddette tecniche di bilanciamento – si pensi in questo senso alla recente giurisprudenza – e l'esigenza di mantenere una certa flessibilità e un certo margine di manovra da parte del sistema.

Alla luce di quanto analizzato nel presente lavoro, ritengo che possano essere enucleati alcuni punti fermi per quanto concerne lo stato dell'arte dei principi di necessità e proporzionalità all'interno del sistema.

- Per quanto concerne la giurisprudenza relativa all'articolo XX GATT e XIV GATS, l'approccio dell'Organizzazione si è evoluto dall'originario *least trade restrictive alternative test* - il quale imponeva la scelta del mezzo meno restrittivo ragionevolmente disponibile al fine di raggiungere un determinato obiettivo stabilito dallo Stato - all'attuale *weigh and balancing test*.

Tale test, elaborato in occasione del caso *Korea-Beef*, è stato a sua volta oggetto di ulteriori rielaborazioni, in quanto lo stesso Organo d'Appello ha sperimentato le difficoltà legate ad una codificazione eccessivamente rigida di una tecnica di bilanciamento chiamata a conciliare opposte esigenze in contesti variabili.

Allo stato attuale, ritengo che il test elaborato dall'Organo d'Appello nell'ambito delle ultime controversie comprenda il vecchio test di necessità, il quale viene però affiancato dal nuovo test. La misura viene quindi sottoposta ad un duplice esame, il quale da una parte valuta l'esistenza di un'alternativa ragionevolmente disponibile, e dall'altra esamina la misura in questione alla luce dei tre fattori, fra i quali l'importanza dell'obiettivo perseguito riveste un'importanza particolare.

I due procedimenti sono distinti ma non impermeabili, in quanto la ricerca di un'eventuale alternativa avverrà alla luce dei tre fattori considerati.

All'interno di questo procedimento, l'onere della prova è sottoposto a regole precise: sarà la parte convenuta a dover dimostrare la necessità della propria misura, ma ciò non implicherà la dimostrazione della non adeguatezza di qualsiasi alternativa disponibile.

L'Organo d'Appello ha dimostrato particolare attenzione al dato procedurale, il quale può condizionare l'esito del test tanto quanto l'analisi della misura in sé.

- Per quanto concerne lo *chapeau* dell'articolo XX parte della dottrina ha rinvenuto al suo interno elementi affini al principio di proporzionalità, in quanto finalizzato a tracciare una linea di confine fra le esigenze di una parte di invocare un'eccezione e quelle dell'altra parte di vedere garantiti i propri diritti.

Alla luce di quest'idea ritengo che il ruolo dello *chapeau* sia riconducibile più all'esigenza di equilibrio che dovrebbe idealmente pervadere l'intero sistema GATT/OMC che all'imposizione di un vero e proprio principio di proporzionalità.

Tuttavia, proprio a causa della natura complessa e composita del principio di proporzionalità, non è da escludersi che esistano situazioni di sovrapposizione, dal punto di vista concettuale, fra quanto prescritto dallo *chapeau* e altri principi che alla proporzionalità sono strettamente legati – fra cui, ad esempio, il principio di ragionevolezza.

- Per quanto concerne gli Accordi SPS, TBT e GATS trarre conclusioni è più difficoltoso, in quanto l'analisi dei testi non può al momento essere supportata da una giurisprudenza abbondante tanto quanto quella relativa all'articolo XX GATT e XIV GATS.

A titolo riassuntivo, ritengo si possa affermare che tutti e tre gli accordi contengono elementi riconducibili al principio di proporzionalità, derivanti dall'intenzione dei redattori di lasciare agli Stati il margine di manovra necessario al fine di definire le proprie priorità in merito ai settori oggetto di regolamentazione.

La maggiore deferenza che secondo parte della dottrina viene assegnata alle misure SPS deriva a mio parere dal carattere tradizionalmente più sensibile delle problematiche legate alla salute umana e in particolare alla sicurezza alimentare.



All'interno di questo panorama, la proporzionalità si presenta quale strumento di cui l'OMC in quanto organizzazione internazionale si serve al fine di conciliare le esigenze di liberalizzazione commerciale con gli interessi dei Membri e, di conseguenza, al fine di legittimare la propria attività agli occhi di questi ultimi.

Se, da una parte, il confronto con il principio di proporzionalità quale concepito ed applicato all'interno dell'Unione Europea mostra una certa convergenza da parte di sistemi diversi, dall'altra il carattere "originale" del sistema OMC fa sì che esso stia elaborando una propria soluzione a tale problema.

Tale soluzione è profondamente legata alle caratteristiche dell'OMC stesso in quanto organizzazione internazionale e alla natura degli organi che lo compongono; esistono quindi una serie di fattori che sono all'origine della fisionomia del principio di proporzionalità quale è emersa nel corso del presente lavoro.

In primo luogo, l'OMC persegue come proprio scopo quello della liberalizzazione commerciale: tale idea deve a mio parere costituire uno degli elementi in grado di delineare la natura del principio di proporzionalità. Infatti, se da una parte – e in questo senso si pensi in particolare all'elaborazione del *weigh and balancing test* - quest'ultimo è finalizzato alla conciliazione di esigenze legate al *free trade* con quelle legate alle prerogative insopprimibili degli Stati Membri e dei loro cittadini, dall'altra questo non può far spostare l'ago della bilancia rispetto agli scopi che, per sua natura l'Organizzazione persegue.

In altri termini, ritengo che nel sistema (e in particolare all'interno degli organi giudiziari) sia presente la presunzione che i Membri che ne fanno parte condividano tale obiettivo e che, usando le parole dell'Organo d'Appello, eventuali deviazioni non possano essere effettuate "con leggerezza"<sup>1</sup>.

Ciò risulta evidente da una serie di elementi, fra cui ad esempio il rigore dimostrato dagli organi giudiziari nell'accertare la coerenza del perseguimento di livelli di protezione scelto con i comportamenti che dovrebbero realizzarlo, oppure l'allocazione dell'onere della prova nel caso di deviazione rispetto a norme armonizzate a livello internazionale.

Allo stesso modo, la flessibilità mantenuta dagli organi giudiziari nell'applicazione del test di proporzionalità testimonia la volontà di non sottoporre il sistema a limiti eccessivamente rigidi, e questo non può che avvenire nell'ottica del perseguimento degli obiettivi dell'Organizzazione.

---

<sup>1</sup> *Gambling*, Appellate Body Report, par.308

Una seconda osservazione discende dalla generale preponderanza, all'interno dell'OMC, della funzione giudiziaria rispetto a quella di produzione normativa: si è infatti visto come il principio di proporzionalità abbia visto un maggiore sviluppo all'interno della giurisprudenza rispetto a quanto avviene nell'ambito dell'elaborazione dei nuovi Accordi.

Questi ultimi hanno sì dato origine a numerose discussioni, da parte degli Stati, rispetto alla portata delle loro disposizioni<sup>2</sup>; tuttavia, è probabile che la risoluzione delle controversie costituisca la sede privilegiata per il chiarimento degli diritti e degli obblighi dei Membri.

Infine, ritengo sia da sottolineare l'importanza della metodologia seguita nell'applicazione del principio rispetto ad altri ambiti: si è infatti visto come, nonostante la flessibilità precedentemente richiamata, gli organi giudiziari dell'OMC si attengano ad una metodologia assai più rigorosa rispetto a quanto avviene, ad esempio, all'interno del diritto dell'Unione.

Ciò deriva dal minor grado di integrazione presente all'interno dell'OMC e dalla sua natura più settoriale, le quali implicano la necessità di un consolidamento delle "regole del gioco", così come uno sforzo maggiore nei termini di legittimazione dell'Organizzazione stessa agli occhi dei Membri e della società civile.

In conclusione, ritengo che la natura del principio di proporzionalità trovino la propria origine all'interno delle caratteristiche dell'OMC stesso; in questo senso, ritengo che l'evoluzione della seconda non potrà non riflettersi sulla modalità in cui il primo viene concepito ed applicato.

Alla luce di questa osservazione, ritengo che il principio in questione – considerato come uno dei mezzi attraverso i quali qualsiasi organizzazione internazionale perpetua la propria esistenza ed il proprio operato – potrà in futuro costituire oggetto di studio e di interesse.

Spero, con il presente lavoro, di aver fornito un contributo in questo senso.

---

<sup>2</sup> Vedi articolo VI GATS

## BIBLIOGRAFIA

### MONOGRAFIE

- A.A., *Mélanges offerts a Paul Reuter – Le droit international : unité et diversité*, Paris, 1981
- Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, London, New York , 2002
- C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford, 2004
- R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of public international law*, Volume III (1997)
- A. Bogdandy, P.C. Mavroidis, Y. Meny, *European integration and international coordination. Studies in transnational economic law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, The Hague, 2002
- J. Cameron, K. Campbell, *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Londra, 1998
- E. Canal-Forgues, T. Flory, *GATT / OMC Recueil des Contentieux du 1er janvier 1948 au 31 décembre 1999*, Bruxelles, 2000
- E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000
- M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Bruxelles, 1978
- D. Carreau, P. Juillard, *Droit International Economique*, Paris, 2003
- A. Comba, *Il Neoliberismo internazionale*, Milano, 1995
- B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2002
- E. Cooke, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, 2000
- G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, 8ème Edition*, Paris, 2000
- P. Craig, G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999
- G. de Búrca, J. Scott, *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2001
- N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, The Hague, 1996
- D. Esty, *Greening the GATT*, Washington DC, 1994
- Francioni F. "Environment, human rights and international trade", Oxford, 2002
- T.M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995
- B.A. Garner Ed., *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, St. Paul, 1999

- Guide to GATT law and practice : analytical index* - 6. ed. - Geneva : GATT, Ginevra, 1994
- V. Heiskanen *the Regulatory Philosophy of International Trade Law* in JWT 2004 pag.1-36
- L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981
- J. Jackson, *The jurisprudence of GATT/WTO*, Cambridge, 2000
- R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, Ginevra, 2000
- L. Kramer, *Casebook on EU Environmental Law*, Oxford, 2002
- A. F. Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, Oxford, 1996
- D. Luff, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Bruxelles, 2004
- M. P. Maduro, *We The Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 2000
- M. Matsushita, T.J. Shoenbaum, P.C. Mavroidis, *The WTO: Law, Practice and Policy*, Oxford, 2003
- P. Mengozzi (a c. di), *International Trade Law in the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999
- M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2001
- P. Oliver, *Free movements of goods in the European Community*, Londra, 2003
- F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Oxford, 2004
- R. E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, 1996
- P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002
- G. Porto, *Studi di Diritto Internazionale dell'Economia*, Torino, 1999
- G. Porto, *Ampliamento della disciplina giuridica della cooperazione economica internazionale e riflessi sulla sovranità statale*, Torino, 2000
- J. Schwarze, *European Administrative Law*, Londra, 1992
- Società Italiana di Diritto Internazionale, *Diritto e Organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'OMC*, Napoli, 1997
- G. Tesauo, *Diritto Comunitario*, Padova, 2001
- J. Trebilcock, R. Howse, *The Regulation of International Trade*, Londra, 1999

- J. A. Usher, *General principles of EC law*, Londra/New York, 1998
- M. Vellano, *L'Organo d'Appello dell'OMC*, Napoli, 2001
- G. Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004
- G. Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988
- J.H.H. Weiler, S. Cho, *International and regional Trade Law: The Law of the World Trade Organization and of the North American Free Trade Agreement, Unit III: General Exceptions*
- J.H.H. Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford, 2000
- J. Weiler, "The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods", in P. Craig, G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999
- J. Wiers, *Trade and Environment in the EC and WTO*, Groningen/Amsterdam, 2002
- C. Zanghi, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2005, p.61

#### ARTICOLI

- A.E. Appleton, *GATT Article XX's Chapeau: A Disguised "Necessary Test? The WTO Appellate Body's Ruling in United States – Standards for Conventional and Reformulated Gasoline* in *RECIEL*, 1997, P.131 SS.
- A.E. Appleton, *Shrimp/Turtle: Untangling the Nets*, in *JIEL* 1999, p.477 ss.
- J. Atik, *Two Hopeful Readings of Shrimp-Turtle* in *YIEL*, 1998, p.3 ss.
- L. Bartels, *Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction* in *JWT*, 2002, p.387 ss.
- R. Behboodi, *Legal Reasoning and the International Law of Trade* in *JWT*, 1998
- B. L. Bowen, *The WTO and its interpretation of the art.XX exceptions to the GATT, in light of recent developments*, in *GJICL*, 2000, p.181 ss.
- D. Brack, *The shrimp-turtle case : implications for the multilateral environmental agreement – World Trade Organisation debate* in *YIEL*, 1998, p.13 ss.
- J. Cameron, K .Campbell, *Challenging the boundaries of the DSU through the trade and environmental disputes*, p.204 ss. in J. Cameron, K .Campbell, *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Londra, 1998
- D.Z. Cass, *The Constitutionalisation of International Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, in *EJIL*, 2001, p.39 ss.

S. Charnovitz . *Exploring the Environmental Exceptions on GATT article XX* in *JWT*, 1991, pp.37 ss.

S. Cho, *Case Note* in S. Cho, J.H.H. Weiler, *International and Regional Trade Law: The Law of the World Trade Organization, Unit III: General Exceptions* <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No1/sr1a.html>, p.40 ss.

S. H. Cleveland, *Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility*, in *JIEL*, 2002, p.133 s.

G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, in *YEL*, 1994, p.105 ss.

J. Delbrück, *Proportionality*, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of public international law*, Volume III (1997), p.1140 ss.

A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law* in *JIEL*, 2001, p.441 ss.

C. Dordi, *Gli Accordi sul Commercio dei Servizi*, in G. Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, op. cit., p.65 ss.

W.Th. Douma, *The Beef Hormones Dispute and the Use of National Standards under WTO Law*, in *EELR*, p.137 ss.

F. Francioni *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale* in Società Italiana di Diritto Internazionale, *Diritto e Organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'OMC*, Napoli, 1997, p.147 ss.

F. Francioni, *Environment, Human Rights, and the Limits of Free Trade*, pp.1 ss. in F. Francioni, *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2002

D. Geradin, R. Stewardson, *Trade and environment: some lessons from Castlemaine Tooheys (Australia) and Danish Bottles (European Community)*, in *ICLQ*, 1995, p.41 ss.

G. Haibach, *The interpretation of article 30 of the EC Treaty and the "dormant" commerce clause by the European Court of Justice and the US Supreme Court*, in *ICLQ*, 1999, p.155 ss.

V. Heiskanen, *the Regulatory Philosophy of International Trade Law*, in *JWY*, 2004, p.1-36

M. Hilf, S. Puth, *The Principle of Proportionality on its Way into GATT/WTO Law*, in A. Bogdandy, P.C. Mavroidis, Y. Meny, *European Integration and International Coordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, The Hague, 2002, p.199 ss.

R. Howse, *The Turtles panel – Another Environmental Disaster*, in *JWY*, 1998, p.78 ss.

R. Howse, E. Turk, *The WTO Impact on Internal Regulations – A case Study of the Canada-EC Asbestos Dispute* in G. de Búrca, J. Scott, *The EU and the WTO, Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2001, p.283 ss.

- H. Irfan, G. Marceau, *Is there a Necessity Test within Article XXIV of the GATT 1994?* Intervento presentato presso la Conferenza dal titolo “*Regional Trade Agreements and the WTO System*”, tenutasi presso l’Università di Edimburgo, 27-28 maggio 2005
- F.J. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, in E. Ellis, *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, p.1 ss.
- J. Jans, *Proportionality Revisited*, in *LIEI*, 2000, p.239 ss.
- L. Krämer, *Environmental protection and article 30 EEC Treaty*, in *CMLR*, 1993, p.111 ss.
- H. Mann, *Of Revolution and Results: Trade-and-Environment Law in the Afterglow of the Shrimp-Turtle Case* in *YIEL*, 1998, p.28 ss.
- G. Marceau, J.P. Trachtman, *The TBT Agreement, the SPS Agreement and the GATT* in *JWY*, 2002, p.811 ss.
- P. Manzini, *Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994 revisited in the Light of the Rules of interpretation of General International Law* in P. Mengozzi (a c. di), *International Trade Law in the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999 p.811 ss.
- M. Montini, *Il principio di necessità ambientale come criterio di bilanciamento tra commercio internazionale e protezione dell’ambiente*, in *RGA*, 2002, 137 ss.
- M. Montini, *The Necessity Principle as an Instrument to Balance Trade and the Protection of the Environment*, in Francioni F., *Environment, Human Rights and International Trade*, Hart, 2002, p.135 ss.
- M. Montini, *The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in the Trade and Environment Context*, in *RECIEL*, 1997, p.121 ss.
- J. Neumann e E. Türk, *Necessity revisited : Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea-Beef, EC-Asbestos, and EC-Sardines* in *JWY*, 2003, p.199 ss.
- D.A. Osiro, *GATT-WTO necessity analysis: Evolutionary interpretation and its impacts in the autonomy of domestic regulation*, in *LIEI*, 2002, p.123 ss.
- J. Pauwelyn, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three Disputes EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals*, in *JIEL*, 1999, p.641 ss.
- J. Pauwelyn, *Rien ne va Plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS*, in *World Trade Review*, 2005, p.131 ss.
- R. Quick, A. Bluthner, *Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case*, in *JIEL*, 2000, p.603 ss.
- D.H. Regan, *The Supreme Court and State protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause*”, 1986, 84 *MLR*, p.1091 ss.

H. Ruiz Fabri, *L'appel dans le règlement de l'OMC: trois ans après, quinze rapports plus tard* in *RGDIP*, 1999, p.47 ss.

H. Ruiz Fabri, P. Monnier, *Organisation Mondiale du Commerce, Chronique du règlement des différends 2004*, in *JDI*, 2005, p.917 ss.

J. Scott, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, in J.H.H. Weiler, *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford, 2000, p.125 ss.

L. Schiano di Pepe *The WTO and the protection of the natural environment : recent trends in the interpretation of GATT article XX b) and g)* in *Transnational law and contemporary problems*, 2000, p.303 ss.

T. J. Shoenbaum, *International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation* in *AJIL*, 1997, p.268 ss.

T. J. Shoenbaum, *The Decision in the Shrimp-Turtle Case*, in *YIEL*, 1998, p.36 ss.

J.J.A. Simon, *Le concept de raisonnable en droit international public*, p.447 ss. in A.A., *Mélanges offerts à Paul Reuter – Le droit international : unité et diversité*, Paris, 1981

M.M. Slotboom, *The Hormones Case: An Increased Risk of Illegality of Sanitary and Phytosanitary Measures*, in *CMLR*

P. Tavernier, C. Greve, H. Ruiz Fabri, *Conseil d'Europe – Convention Européenne des droits de l'homme*, Jurisclasseur International, Editions Techniques, Paris, 1992, vol.2, fasc.155D

J.P. Trachtman, *Case Note* in J.H.H. Weiler, S. Cho, *International and Regional Trade Law: The Law of the World Trade Organization, Unit III: General Exceptions* <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No1/sr1a.html>  
p.73-76

J. P. Trachtman, *Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation*, paper presented at the OECD, World Bank Service Experts Meeting held in Paris, 4-5 March 2002

J. Trachtman, *Trade and...Problem: Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity*, in *EJIL*, 1998, p.32 ss.

J. P. Trachtman, *Toward Open Recognition? Standardization and Regional Integration Under Article XXIV of GATT*, in *JIEL*, 2003, p.459 ss.

W. Van Gerven, *Constitutional aspects of the European Court's case-law on Article 30 and 36 EC as compared with the US Dormant Commerce Clause*, in *Mélanges en hommage à Michael Waëlbroeck*, Bruxelles, Bruylant, p.1629 ss.

G. Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio e la disciplina degli scambi internazionali di merci*, in G. Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004, p.3 ss.



T. Waelde, A. Kolo, *Environmental regulations, investment protection and regulatory taking in International Law*, in *ICLQ*, 2001, p.811 ss.

J. Waincymer, *Reformulated Gasoline under Reformulated WTO Dispute Settlement Procedures: Pulling Pandora Out of a Chapeau?* in *MJIL*, 1996, p.141 ss.

M. Wynter, *The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)* in P. Mengozzi (a c. di) *International Trade Law on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999

D.A. Wirth, *International Decisions*, in *AJIL*, 1998, p.755 ss. ss.

D.A. Wirth, *Some reflections on Turtles, Tuna, Dolphin and Shrimp*, in *YIEL*, 1998, p.40 ss.

H.E. Zeitler, *"Good Faith" in the WTO Jurisprudence*, in *JIEL*, 2005, p.721 ss.

## DOCUMENTI UFFICIALI

World Trade Organization Secretariat, *GATT/WTO Dispute Settlement Practice relating to GATT Article XX, Paragraphs (b), (d), and (g)*, WT/CTE/W/203, 8 marzo 2002,

*Communication from the European Community and their Member States - Domestic Regulation, Necessity and Transparency*, S/WPDR/14, 1 maggio 2001

*Article VI:4 of the GATS : Disciplines on Domestic Regulations Applicable to all Services – Note by the Secretariat*, S/C/W/96, 1 marzo 1999

*Working Party on Domestic Regulation - Communication from Australia*, S/WPDR/W/1, 19 luglio 2001

*Working Party on Domestic Regulation - Necessity Tests in the WTO*, Note by the Secretariat, S/W/WPDR/W/27, 2 dicembre 2003

*International Regulatory Initiatives in Services, Background Note by the Secretariat*, S/C/W/97, 1 marzo 1999

*Draft Articles on Responsibility of states for internationally wrongful acts*, adopted by the International Law Commission as its fifty-third session (2001)

*WTO Disciplines on Domestic Regulations in the Accountancy Sector*, S/L/64, 17 dicembre 1998

WTO, *CTE Non-Paper by the European Community* (19 febbraio 1996)

*EC Communication to the Working Party on Domestic Regulation*, S/WPDR/W/14, 1 maggio 2001

## RAPPORTI GATT/OMC

Nota: per i casi più frequentemente citati è stata introdotta una dicitura abbreviata, riportata in questo elenco al termine del nome ufficiale.

### 1) Rapporti GATT

*Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act (FIRA)*, BISD 30S/140, Panel Report L/5504 - 30S/140, 7 febbraio 1984

*Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon (Herring and Salmon)*, BISD 35S/98, Panel Report L/6268 – 35S/98, 20 novembre 1987

*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes (Thai cigarettes)*, BISD 37S/200, Panel Report DS10/R-37S/200, 5 ottobre 1990

*United States – Imports of Automotive Spring Assemblies (Canada)*, BISD 30S/107, Panel Report L/5333 - 30S/107, 26 maggio 1983

*United States - Section 337 Of The Tariff Act of 1930 (Section 337)*, BISD 36S/354, Panel Report L/6439 - 36S/345, 7 novembre 1989

*United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin)*, Panel Report, DS21/R-39S/155, 3 settembre 1991 (non adottato)

*United States – Restrictions on Imports of Tuna (Tuna-Dolphin II)*, Panel Report DS29/R, 16 giugno 1994 (non adottato)

### 2) Panel e Organo d'Appello OMC

*Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather (Argentina-Bovine Hides)*, Panel Report, WT/DS155/R, 19 dicembre 2000

*Australia - Measures Affecting Importation of Salmon (Australia-Salmon)*, Panel Report, WT/DS18/R, 12 giugno 1998; Appellate Body Report, WT/DS18/AB/R, 20 ottobre 1998

*Argentina – Definitive anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*, Panel Report, WT/DS241/R, 22 aprile 2003

*Dominican Republic - Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes (Cigarettes)*, Report of the Panel, WT/DS302/R, 26 novembre 2004; Report of the Appellate Body, WT/DS302/AB/R, 25 aprile 2005

*European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products (Hormones)*, Panel Report WT/DS26/AB/R e WT/D48/R, 18 agosto 1997; Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, 16 gennaio 1998

*European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (Bananas)*, WT/DS27/ARB, 9 aprile 1999

*European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (Asbestos)*, Report of the Panel, WT/DS135R, 12 settembre 2000; Appellate Body Report, WT/DS135R/AB, 12 marzo 2001

*European Communities - Trade Description of Sardines (Sardines)*, Panel Report, WT/DS231/R, 29 maggio 2002; Appellate Body Report, WT/DS231/AB/R, 26 settembre 2002

*European Communities - Export Subsidies on Sugar*, WT/DS265/R, WT/DS266/R, WT/DS283/R, 15 ottobre 2004

*India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Appellate Body Report, WT/DS50/AB/R, 19 dicembre 1997

*Japan - Taxes on Alcoholic Beverages (Japan-Alcohol)*, Appellate Body Report, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, WT/DS8/AB/R, 4 ottobre 1996

*Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, Panel Report, 22 aprile 1998

*Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea-Beef)*, Panel Report, WT/DS161/R e WT/DS169/R, 31 luglio 2000; Appellate Body Report, WT/DS161/AB/R e WT/DS169/AB/R, 11 dicembre 2000

*United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (Gasoline)*, Panel Report WT/DS2/DS4/R, 29 gennaio 1996; Appellate Body Report, WT/DS2/DS4/AB/R, 22 aprile 1996

*United States - Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, Appellate Body Report, WT/DS33/AB/R, 25 aprile 1997

*United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Shrimps)*, Panel Report WT/DS58/R, 15 maggio 1998; Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 12 ottobre 1998

*United States - Import Prohibitions of Certain Shrimps and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 by Malaysia*, WT/DS58/RW, 15 giugno 2001

*United States - Tax Treatment for Foreign Sales Corporations - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities*, Appellate Body Report, WT/DS108/AB/RW, 14 gennaio 2002

*United States - Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services (Gambling)*, Report of the Panel, WT/DS285/R, 10 novembre 2004 ; Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, 7 aprile 2005

### 3) Corte Internazionale di Giustizia

*Affaire Oscar Chinn*, (1934), PCIJ, A/B 63, p.113.

Rapporto della CIJ nel caso *Gabcivoko-Nagymaros* (1997) *ICJ Reports*, p.7.

## SENTENZE CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE

*Adrian de Peijper, Direttore della Società Centrafarm BV*, C-104/75, 20 maggio 1976, Raccolta 1976, p.613

*Alpine Investments BV contro Minister van Financien*, C-384/93, 10 maggio 1995, Raccolta 1995, p. I-1141

*Albert Ruckdeschel et Co. E Hansa-Lagrehaus Stroeh et Co. Contro Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG contro Hauptzollamt Itzehoe*, C-117/76 e 16/77, 19 ottobre 1977, Raccolta 1977, p.1753

*Aragonesa de Publicidad Exterior SA e Publivia SAE Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Catalana*, C-1/90 e C-176/90, 25 luglio 1991, Raccolta 1991, p. I-4151

*Atlanta Fruchthandelsgesellschaft Mbh e altri contro Bundesamt Fuer Ernaehrung und Forstwirtschaft*, C-465/93, 9 novembre 1995, Raccolta 1995, p. I-3761

*Bela-Muelhe Josef Bergmann KG contro Grows-Farm GmbH et Co. KG*, C-114/76, 5 luglio 1977, Raccolta 1977, p.1211

*Benoit et Gustave Dassonville*, C-8/74, 11 luglio 1974, Raccolta 1974, p.837

*Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd e Eli Lilly and Co. contro Swingward Ltd e Dowellhurst Ltd.*, C-143/00, 23 aprile 2002, Raccolta 1985, p.531

*Campus Oil Limited e altri contro Ministro dell'Industria e dell'Energia e altri*, C-72/83, 10 luglio 1984, Raccolta 1984, p.2727

*Centrafarm B.V. ed Adrian De Peijper contro Sterling Drug Inc.*, C-15/74, 31 dicembre 1974, Raccolta 1974, p.1147

*Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca*, C-302/86, 20 settembre 1988, Raccolta 1988, p.4607

*C-178/84 Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Federale di Germania*, C-178/84, 2 marzo 1987, Raccolta 1987, p.1227

*Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Francese*, C-42/82, 4 marzo 1982, Raccolta 1982, p.841

*Commissione delle Comunità Europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, C-124/81, 8 febbraio 1983, Raccolta 1983 p.203

*Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Federale di Germania*, C-153/78, 12 luglio 1979, Raccolta 1979, p.2555

*Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana*, C-7/68, 10 dicembre 1968, Raccolta 1968, p.562

*Commissione delle Comunità Europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, C-40/82, 31 gennaio 1984, Raccolta 1984, p.283

*Commissione delle Comunità Europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, C-40/82, 15 luglio 1982, Raccolta 1982, p.2793

*Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Federale di Germania*, C-131/93, 13 luglio 1994, Raccolta 1994, p. I-3303

*Commissione delle Comunità Europee contro Danimarca*, C-302/86, 20 settembre 1988, Raccolta 1988, p.4607

*Commissione delle Comunità Europee contro Regno del Belgio*, C-2/78, 16 maggio 1979, Raccolta 1979, p.1761

*Commissione v Grecia*, C-398/98, 25 ottobre 2001, Raccolta 2001, p.I-7915

*Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse contre Haute Autorité*, C-15/57, 12 giugno 1958, Recueil 1958, p.155

*C-121/85 Conegate c. HM Custom and Excise*, C-121/85, 11 maggio 1986, Raccolta 1986, p.1007

*Deutsche Getreide und Futtermittelhandels-gesellschaft mbH contro Hauptzollamt Hamburg-Altona*, Conclusioni dell'Avvocato Generale, C-31/70, 15 dicembre 1970, Raccolta 1970, p.1055

*Duphar BV ed altri contro Stato Olandese*, C-238/1982, 7 febbraio 1984, Raccolta 1984, p.523

*C-112/00 Eugen Schmidberger. Internationale Transporte und Planzüge contro Republik Österreich*, C-112/00, 12 giugno 2003, Raccolta 2003, p. I-5659

*Federation Charbonnière de Belgique contre Haute Autorité*, C-8/55, 29 novembre 1956, Recueil 1955-1956, p.199

*Flaminio Costa contro l'E.N.E.L.*, C- 6/64, 15 luglio 1964, Recueil 1964, p.1141

*Fromançais SA contro Fonds d'Orientalion et de Regularisation des Marchés Agricoles (FORMA)*, C-66/82, 23 febbraio 1983, Raccolta 1983, p.395

*Generics BV contro Smith Kline & French Laboratories Ltd*, C-316/95, 9 luglio 1997, Raccolta 1997, p. I-3929

*Her Majesty's Customs and Excise contro Gerhart Schindler*, C-275/92, 24 marzo 1994, Raccolta 1994, p. I-1039

*Internationale Handelsgesellschaft Mbh contre Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getreide und Futtermittel*, Conclusions de l'Avocat Général, C-11/70, 17 dicembre 1970, *Recueil* 1970, p.1141

*Kemikalieinspektionen contro Toolex Alpha AB*, C-473/98, 11 luglio 2000, *Raccolta* 2000, p.I-5681

C-19/61 *Manesmann AG contre Haute Autorité*, C-19/61, 31 luglio 1962, *Recueil* 1962, p.675

C-132/80 *NV United Foods e PVBA Aug. Van den Abeele contro Stato Belga*, C-132/80, 7 aprile 1981, *Raccolta* 1981, p.995

*Procedimento penale a carico di Aime Richiardt e Les Accessoires Scientifiques Snc.*, C-367/89, 4 ottobre 1991, *Raccolta* 1991, p. I-4621

*Procedimento penale a carico di Bernard Keck e Daniel Mithouard*, C-267 e C-268/91, 24 novembre 1993, p.I-6097

*Procedimento penale a carico di Ditlev Bluhme*, C-67/97, 3 dicembre 1998, *Raccolta* 1998, p.I-8033

*Procedimento penale a carico di Gourmetterie van den Burg BV.*, C-169/89, 23 maggio 1990, *Raccolta* 1990, p. I-2143

*Procedimento penale a carico di Sandoz BV*, C-174/82, 14 luglio 1983, *Raccolta* 1983, p.2445

*Procuratore delle Repubblica contro Association de Défense des Bruleurs d'huiles usagées (A.D.B.H.U.)*, C-240/83, 7 febbraio 1985, *Raccolta* 1985 p.531

*Procureur du Roi contre Benoit et Gustave Dassonville*, C-8/74, 11 luglio 1974, *Recueil* 1974

*Pubblico Ministero contro E.R. Wurmser Ved. Bouchara e la Società Norlaine*, C-25/88, 11 maggio 1989, *Raccolta* 1989, p.1105

*Regina contro Maurice Donald Henn e John Frederick Darby*, C-34/79, 14 dicembre 1979, *Raccolta* 1979, p.3795

*Regina contro Ministry of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte Fedesa e altri*, C-331/88, 13 novembre 1990, *Raccolta* 1990, p. I-4023

*Regina contro Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, C-5/94, 23 maggio 1996, *Raccolta* 1996, p.I-2553

*Regina contro Secretary of State for the Environment e Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte H.A. Standley e a. e D.G.D. Metson e a.*, C-293/97, 29 aprile 1999, *Raccolta* 1999, p. I-2603

*Repubblica Federale di Germania contro Consiglio dell'Unione Europea*, C-359/92, 9/8/1994, *Raccolta* 1994, p.I-3681

C-120/78 *Rewe-Zentrale AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, 20 febbraio 1979, Raccolta 1979, p.649

*Simmenthal SPA contro Ministero delle Finanze Italiane*, C-35/76, 15 dicembre 1976, Raccolta 1976, p.1871

*Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags - und vertriebs GmbH contro Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, 26 giugno 1997, Raccolta 1997, p. I-3689

C-350/97 *Wilfried Monsees c. Unabhängiger Verwaltungssenat für Karnten*, C-350/97, Raccolta 1999, p. I-2921

*Yvonne Van Duyn contro Home Office*, C-41/74, 4 dicembre 1974, Raccolta 1974, p.1337

## ABBREVIAZIONI UTILIZZATE

- AJIL *American Journal International Law*
- CMLR *Common Market Law Review*
- EELR *European Environmental Law Review*
- EJIL *European Journal International Law*
- GJICL *Georgia Journal of International and Comparative Law*
- ICLQ *International and Comparative Law Quarterly*
- ILM *International Legal Materials*
- JIEL *Journal of International Economic Law*
- JWT *Journal of World Trade*
- LIEIE *Legal Issues of Economic Integration*
- MJIL *Michigan Journal of International Law*
- MLR *Michigan Law Review*
- RECIEL *Review of the European Community and International Environmental Law*
- RGA *Rivista giuridica dell'ambiente*
- RGDIP *Revue générale de droit international public*
- YEL *Yearbook of European Law*
- YIEL *Yearbook of International Environmental Law*
- TLCP *Transnational Law and Contemporary Problems*