

L'efficacia diretta del diritto OMC nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce del caso *Fedon*

di G. Greco

Sommario: 1. Breve ricognizione della sentenza *Fedon*. – 2. Mancanza di reciprocità e “negoziabilità” delle liti come cause di esclusione dell'efficacia diretta del diritto OMC: qualche nota critica. – 3. La valutazione dei presupposti per l'applicazione al caso in esame delle “dottrine” *Nakajima* e *Fediol*. – 4. Cenni alle prospettive *de jure condendo* per una tutela degli interessi individuali in seno all'OMC.

1. Il Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee con sentenza del 14 dicembre 2005 pronunciata nel caso *Fedon* ha scritto l'ennesima pagina di giurisprudenza sui rapporti tra ordinamento comunitario e diritto OMC.

Il ricorso ai giudici comunitari era stato promosso da alcune società costrette, per un certo periodo, a corrispondere delle tariffe doganali di importo maggiorato sui propri prodotti diretti al mercato statunitense. Gli Stati Uniti avevano deciso di applicare una sovrattassa su una serie di merci europee a titolo di contromisura per il mantenimento in vigore, da parte della Comunità, di un regime di importazione delle banane giudicato, nell'ambito dei meccanismi per la risoluzione delle controversie vigenti presso l'OMC, contrario agli accordi che disciplinano il commercio internazionale⁽¹⁾. Ritenendo che questa particolare circostanza fosse sufficiente a fondare la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie, le ricorrenti hanno agito in giudizio per ottenere il risarcimento del danno derivato alle loro esportazioni.

Affermata la ricevibilità del ricorso e la propria competenza a conoscere il merito della questione, il Tribunale sostiene che, come risulta da giurisprudenza consolidata, presupposto per l'applicazione dell'art. 288 del Trattato CE è la violazione manifesta e grave di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli⁽²⁾. A parere dei giudici, però, il diritto OMC non figura in linea di principio tra le normative alla luce delle quali può valutarsi la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie.

La reciprocità sulla quale si fonda l'accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio impedirebbe di accordare ad esso efficacia diretta dal momento che alcune delle più importanti controparti commerciali delle Comunità, il riferimento è chiaramente agli USA e al Giappone, non offrono la medesima garanzia. Imporre ai giudici comunitari l'obbligo di disapplicare le norme di diritto interno che siano incompatibili con il sistema commerciale multilaterale avrebbe l'ulteriore conseguenza di impedire l'accesso da parte degli organi legislativi o esecutivi europei alle opportunità di negoziato offerte, sia pure a titolo provvisorio, dal sistema di soluzione delle controversie dell'OMC⁽³⁾.

Nel caso in rassegna, le norme che regolano gli scambi internazionali non ricevono diretta applicazione neppure ai sensi della c.d. “dottrina *Nakajima*”.

Come affermato dalla Corte di giustizia nell'omonima sentenza⁽⁴⁾, perché il GATT e gli altri accordi allegati possano eccezionalmente fungere da parametro per valutare la legittimità di un atto comunitario è necessario che sia verificata la contemporanea presenza di due presupposti: l'esistenza di un obbligo particolare a carico della Comunità discendente dalla sua partecipazione all'OMC e la volontà del legislatore comunitario di darvi esecuzione proprio mediante l'atto sottoposto a controllo.

Quanto alla prima condizione, il Tribunale esclude che la formale dichiarazione di incompatibilità del regime comunitario di importazione delle banane con il GATT abbia fatto scaturire l'obbligo per le istituzioni europee di conformare la normativa in questione all'Accordo Generale. Infatti, grazie agli spazi di negoziazione garantiti dal sistema di soluzione delle controversie in vigore presso l'OMC, la misura interna incompatibile con le disposizioni che fanno capo all'organizzazione non è necessariamente destinata alla rimozione, essendo consentito alle parti in lite di concordare soluzioni alternative. In ogni caso, nessuno dei provvedimenti adottati per la soluzione della “guerra delle banane” avrebbe esaurito le modalità di soluzione delle contenzioso che il

sistema commerciale multilaterale mette a disposizione dei suoi Membri(5).

Quanto alla seconda condizione, l'organo giudicante sostiene che nell'attività di normazione sottoposta ad esame non sia riconoscibile alcuna chiara volontà del legislatore comunitario di agire per implementare la disciplina OMC. Infatti, tanto il preambolo del regolamento n. 216/2001 quanto l'art. 20 lett. e) del regolamento 404/93 come modificato dal regolamento n. 1637/98 esprimerebbero l'intento delle istituzioni europee di conciliare con la propria azione normativa obiettivi divergenti.

La mancanza negli atti comunitari menzionati di un espresso rinvio a precise disposizioni degli accordi OMC impedirebbe infine che il controllo della loro conformità alla disciplina degli scambi internazionali possa avvenire alla luce del principio affermato nel caso *Fediol* (6).

2. Le motivazioni con le quali il Tribunale di primo grado esclude che disposizioni del sistema OMC possano esplicitare efficacia diretta traggono chiara ispirazione dalla giurisprudenza precedente e in maniera particolare dalla nota sentenza della Corte *Portogallo c. Consiglio* (7).

La poca originalità dei contenuti argomentativi che andremo ad esaminare ci consente di attingere all'intensa meditazione dottrinale che sull'argomento si è sviluppata negli anni passati.

Oggetto di analisi sono state anzitutto le conseguenze ricavabili dall'assenza di reciprocità nell'implementazione del diritto OMC, che discenderebbe dalla negazione della sua efficacia diretta in ordinamenti di Paesi membri quali gli Stati Uniti o il Giappone.

Gode di un certo seguito la convinzione che il GATT 1994 non offra le medesime garanzie di attuazione, da parte degli Stati che vi accedono, che sono invece riscontrabili in altri trattati cui afferiscono le Comunità(8). Tra la CE e gli altri Membri dell'Accordo generare sulle tariffe doganali e il commercio non esisterebbero legami storici tali da far presumere un atteggiamento di reciproca solidarietà nell'esecuzione delle obbligazioni contratte. Nel caso le controparti commerciali si rifiutassero di mantenere gli impegni internazionalmente assunti, le istituzioni comunitarie sarebbero prive di qualunque mezzo di pressione nei loro confronti, trattandosi molto spesso di Stati che godono di uguale o superiore potere politico e contrattuale(9).

La non idoneità all'efficacia diretta del diritto OMC troverebbe ulteriore sostegno nel fatto che il diritto OMC miri semplicemente a stabilire un sistema di riduzioni tariffarie reciproche e non discriminatorie e non sarebbe volto, come altri accordi internazionali che vedono la partecipazione comunitaria, a consentire il raggiungimento di un'integrazione economica fra Stati.

La dottrina di segno opposto, alla quale accordiamo la nostra preferenza, non riscontra alcuna differenza rilevante tra il sistema OMC e altri accordi ai quali la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto effetti diretti. Le motivazioni con le quali viene argomentata l'assenza di reciprocità nel GATT non riescono ad essere affatto convincenti, mancando di un fondamento giuridico certo. Si tratta piuttosto di valutazioni di ordine politico la cui incidenza sulla decisione di prestare o meno tutela al privato che lamenta un danno per la violazione da parte della Comunità di un trattato al quale si è vincolata comporterebbe seri problemi di certezza del diritto. L'invocabilità in giudizio di disposizioni di un accordo internazionale finirebbe per essere legata in via esclusiva ad un elemento, come la qualità delle relazioni diplomatiche tra le parti contraenti, che presenta gravi problemi di ponderazione. Il rischio conseguente è che si inauguri, in materia di effetti dei trattati internazionali, un approccio *à la carte* della giurisprudenza comunitaria in grado di compromettere la coerenza interna del sistema giuridico della CE, nella cui sfera si vieta l'ingresso alle disposizioni che fanno capo all'Atto Finale dell' *Uruguay Round* e contemporaneamente non si riserva il medesimo trattamento a quelle di alcuni accordi non dissimili(10).

Del tutto arbitraria è da ritenersi poi l'opinione secondo cui il GATT non possa esplicitare effetti diretti nell'ordinamento comunitario perché non è preordinato all'istituzione di un mercato comune tra i partecipanti. Un accordo internazionale, come incontro di volontà di due o più Stati per la disciplina di una determinata sfera di rapporti che li riguardano, non può vedere influenzata la propria efficacia da una classificazione, in termini di valore, degli interessi concreti che per il suo tramite trovano

realizzazione.

Non esiste allo stato attuale, né può immaginarsi in futuro, un criterio oggettivo che consenta di affermare che una determinata finalità perseguita da un trattato sia maggiormente meritevole di tutela e attenzione di un'altra. In materia, ciascun soggetto internazionale è miglior giudice dei propri interessi. La prova ci è data dalla disciplina che la Convenzione di Vienna dedica al caso di contrasto tra obblighi contenuti in trattati che non vedono la partecipazione dei medesimi Paesi. Nei rapporti con Stati contraenti di uno solo degli accordi considerati, è il Paese che afferisce a più convenzioni a dover scegliere a quale trova maggiormente conveniente tener fede, restando ovviamente responsabile degli impegni che, in conseguenza della sua scelta, lascerà inavasi(11).

L'affermazione del Tribunale secondo cui la "negoziabilità" delle controversie in seno all'OMC è incompatibile con l'efficacia diretta delle disposizioni del sistema commerciale multilaterale non è meno problematica di quelle sin qui criticate.

Diviene a questo punto necessario interrogarsi sulla natura del meccanismo di soluzione del contenzioso dell'OMC e sull'incidenza complessiva che nella sua qualificazione è esercitata dalla possibilità per le parti di concordare un componimento delle liti che incontri il reciproco gradimento.

Il sistema di soluzione delle controversie vigente nel sistema commerciale multilaterale secondo alcuni autori è destinato a produrre soluzioni politicamente orientate del contenzioso: l'ampia possibilità di ricorrere al negoziato tra le parti ne escluderebbe chiaramente, quindi, la natura giurisdizionale.

Su questo presupposto sono diverse le voci in dottrina che tendono a marcare una differenza netta tra le procedure previste dal *Dispute Settlement Understanding*, di tipo preminentemente conciliativo, e quelle contemplate da altri accordi ai quali partecipano le Comunità Europee, che avrebbero invece natura schiettamente arbitrale. In qualche caso al sistema OMC si accorda una peculiare configurazione ibrida, non sufficiente comunque ad accostarlo pienamente a sistemi *rule oriented* (12).

Presso questi autori non ha difficoltà a trovare accoglimento l'idea che l'efficacia diretta del GATT e degli altri accordi allegati possa privare la Comunità di forza contrattuale e spazi di manovra nel confronto con gli altri Stati membri OMC in sede contenziosa.

In senso contrario si pongono gli studiosi per i quali l'eventualità che una disputa si risolva in via concordata non inficia la natura giurisdizionale del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio(13).

Tale dottrina nota che tentativi di conciliazione sono previsti in numerose procedure giurisdizionali senza che una siffatta evenienza abbia mai provocato dubbi sulla natura di tali sistemi. La possibilità di ricorrere al negoziato è, di conseguenza, un valore aggiunto del procedimento piuttosto che un elemento di incertezza, mirando tra le altre cose a ridurre il carico di lavoro dell'organo giudicante. In via ulteriore, ritenendo le consultazioni che avvengono tra le parti in lite prima dell'istituzione del panel escluse dalla vera e propria fase contenziosa, quest'ultima non può essere degradata a mero meccanismo di conciliazione per il solo fatto che sia concordabile tra le parti in lite una misura compensativa. Tutto ciò può al limite essere indice della disponibilità dei diritti sanciti dagli accordi OMC da parte degli Stati loro titolari. Lo stesso diritto comunitario non è estraneo a simili soluzioni, consentendo, pur se a titolo temporaneo, che la violazione di una norma convenzionale trovi ristoro monetario(14).

La diversità delle opinioni che la dottrina offre sulla natura del procedimento di risoluzione delle controversie testimonia l'esistenza di problemi di inquadramento non certo trascurabili. Il dilemma sulla natura dei meccanismi previsti dal *Dispute Settlement Understanding* non è comunque destinato a restare insoluto.

Senza dubbio le procedure che garantivano l'osservanza del GATT 1947 risentivano di un'intrinseca debolezza. I panel di esperti non erano in grado di adottare decisioni vincolanti e l'intero sistema, per il principio del consenso, si trovava ostaggio della parte contro cui veniva fatta valere una pretesa(15). Data l'inefficienza degli strumenti offerti dall'Accordo Generale, gli Stati tendevano a risolvere i conflitti commerciali ricorrendo ad iniziative unilaterali, quali misure di ritorsione o a pressioni sui partner per convincerli a rinunciare ai propri diritti.

Con l'istituzione dell'OMC, molti degli aspetti che decretavano l'inefficienza del modello vigente prima dell' *Uruguay Round* sono stati eliminati. Lo Stato che intenda far valere le proprie ragioni, tramite la tecnica del *consensus negativo*, si vede garantito un vero e proprio diritto all'istituzione di un *panel* di tecnici che valuti il suo ricorso. Sulla base dello stesso meccanismo, l'approvazione del rapporto compilato dagli esperti è adottato pressochè automaticamente. Il *Dispute Settlement Body*, organo a composizione politica che amministra la procedura, si trova a recitare, per l'effetto di questi accorgimenti, in un ruolo di forma più che di sostanza e la sua istituzione non è in grado di inficiare l'accresciuta legalità del sistema(16).

La menzione di questi pochi elementi è già da sola in grado di dimostrare come l'originaria natura *power oriented* del sistema sia andata dunque a stemperarsi a vantaggio della sua giurisdizionalizzazione. Questa trasformazione genetica non può essere negata dato che le sue conseguenze sono di pubblico dominio: nel primo decennio di vita (1 gennaio 1995 – 31 dicembre 1994) le richieste di consultazione notificate all'OMC sono state 324 contro le 300 registrate in 47 anni dal GATT nella vecchia versione. Nonostante gli USA e le Comunità coprano insieme la metà del contenzioso, la partecipazione ai procedimenti dei Paesi in via di sviluppo è in generale aumentata(17). La statistica dimostra la crescente fiducia dei Membri OMC in un sistema in grado di costituire un serio temperamento alla regola che vuole che nelle controversie internazionali sia la forza politica a distribuire il torto e la ragione.

La nostra convinzione sulla natura giurisdizionale del meccanismo in questione trova conforto nei risultati che si conseguono applicando le regole di diritto internazionale in materia di interpretazione dei trattati al Memorandum di intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nel sistema commerciale multilaterale.

All'art. 3, n. 7 esso sancisce che lo scopo della regolamentazione «[...] è garantire che una controversia possa essere positivamente risolta. Una soluzione reciprocamente accettabile per le parti di una controversia e compatibile con gli accordi contemplati è evidentemente preferibile. In assenza di una soluzione reciprocamente concordata, il primo obiettivo del meccanismo di risoluzione delle controversie è di norma garantire il ritiro delle misure in questione qualora esse risultino incompatibili con le disposizioni di uno degli accordi contemplati. Si dovrebbe ricorrere alle disposizioni in materia di compensazione unicamente qualora il ritiro immediato della misura in questione risulti impraticabile e quale misura provvisoria in attesa che venga ritirata la misura incompatibile con un accordo contemplato [...]»

Alla luce di questa disposizione, un'esegesi delle norme che regolano il contenzioso in sede OMC condotta «in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo fine»(18) non può trascurare, come invece fa il Tribunale nel caso *Fendon*, che l'eventuale accordo sulla compensazione è indicato nel Memorandum come soluzione temporanea e di ripiego rispetto alla rimozione della misura nazionale incompatibile con gli accordi OMC. L'efficacia obbligatoria delle norme che regolano gli scambi internazionali non è derogabile neppure nel caso in cui le parti addivengano ad una "soluzione reciprocamente accettabile" della contesa che le oppone, dovendo ogni eventuale componimento degli interessi configgenti avvenire comunque in conformità ad esse.

Dalla natura di trattati internazionali che contraddistingue gli Accordi OMC(19) è possibile ricavare un'ulteriore conseguenza. La Convenzione di Vienna, come corollario al principio *pacta sunt servanda*, stabilisce all'art. 27 che non è possibile invocare disposizioni interne per giustificare la mancata esecuzione di un accordo(20). L'attuazione, nell'ordinamento comunitario, di atti che pregiudicano la realizzazione dei fini del GATT o degli altri trattati in materia di commercio internazionale è quindi da intendersi internazionalmente illegittima.

3. I giudici comunitari sostengono che nel caso *Fendon* non ricorrono i presupposti menzionati nella sentenza *Nakajima* per valutare la legittimità di un atto comunitario alla luce del diritto OMC e per derivare da questa operazione conclusioni in ordine alla liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie che lo hanno emanato.

Il regime CE di importazione delle banane ha subito nel tempo numerose modifiche, soprattutto a seguito delle controversie che,

proprio in seno all'OMC, hanno contrapposto l'Europa comunitaria a Paesi esportatori che si ritenevano discriminati dai criteri con i quali si disciplinavano le quote di ingresso. A parere del Tribunale di primo grado, tuttavia, non è possibile individuare un obbligo derivante dalla partecipazione al sistema commerciale multilaterale che giustifichi l'emanazione dei regolamenti sottoposti a controllo. Nessun Paese membro può considerarsi vincolato a conformare la propria legislazione in materia commerciale alle norme del GATT e degli altri accordi allegati, dal momento che gli spazi di negoziazione garantiti dal sistema di risoluzione delle controversie OMC consentono di mantenere in vita misure interne in contrasto con le regole dell'organizzazione.

A nostro parere, gli spazi di negoziato contemplati dal *DSU* non inficiano l'efficacia obbligatoria delle norme del sistema commerciale multilaterale. Riteniamo di conseguenza che i giudici comunitari avrebbero meglio operato se si fossero dedicati ad una valutazione di tipo obiettivo delle disposizioni del GATT, onde valutarne la diretta efficacia sulla base della completezza o meno del loro contenuto precettivo⁽²¹⁾. Un'impostazione del genere non è del resto estranea alla metodologia di indagine del Tribunale di Primo Grado, essendo stata già sperimentata, in riferimento al diritto OMC, pur se con esiti assai poco convincenti, nella sentenza *Chiquita Brands International* (22).

Un eccessivo rigore formalistico contraddistingue inoltre la pretesa che, per applicarsi la "dottrina Nakajima", un regolamento comunitario debba fare espresso riferimento alla volontà di implementare disposizioni del GATT o degli altri accordi che regolano gli scambi internazionali.

La ricostruzione dei moventi che hanno giustificato l'adozione di una normativa, condotta secondo il criterio enunciato, conduce all'estrema conseguenza di affidare alla piena discrezionalità delle istituzioni comunitarie la scelta di consentire o meno il sindacato di legittimità delle proprie discipline alla luce del diritto OMC. Tutto ciò semplicemente includendo o meno nel preambolo dell'atto da adottare un riferimento preciso agli impegni derivanti dalla partecipazione al sistema commerciale internazionale.

Il test per l'applicazione dell'eccezione Nakajima sarebbe maggiormente rispettoso delle esigenze di certezza del diritto se venisse incentrato sul confronto, teleologicamente orientato, tra il tenore della disposizione comunitaria contestata, da un lato, e una specifica disposizione OMC, dall'altro, evitando che un peso decisivo venga conferito a riferimenti testuali.

Su queste basi, deve a maggior ragione ritenersi privo di qualunque giustificazione l'atteggiamento dei giudici comunitari quando espressamente rifiutano, come nel caso in esame, di svolgere il controllo di legittimità del regolamento che, nonostante menzioni nei "considerando" introduttivi la volontà della Comunità di conformarsi alle norme del sistema commerciale multilaterale, sia volto al conseguimento anche di altre finalità.

L'importanza che il Tribunale conferisce al fatto che l'espressione della volontà di dare esecuzione agli obblighi OMC trovi risalto nella lettera dell'atto comunitario avvicina incredibilmente la valutazione dei presupposti per l'applicazione della "dottrina Nakajima" a quella da operarsi per l'"eccezione Fediol", aprendo la strada al dubbio che si tratti ancora di fattispecie agevolmente distinguibili.

4. La soluzione del caso *Fedon* non lascia adito a molte speranze che la giurisprudenza del Tribunale possa orientarsi a breve termine verso il riconoscimento dell'efficacia diretta di disposizioni del sistema OMC. Le argomentazioni con le quali si esclude l'invocabilità dei principi sanciti in *Nakajima* e *Fediol* sono addirittura suscettibili di rendere queste due eccezioni un mero simulacro se, come pare, finissero per incarnare l'opinione dominante dell'attuale giurisprudenza comunitaria⁽²³⁾.

Queste considerazioni spiegano i numerosi tentativi di prospettare soluzioni *de jure condendo* affinché le regole che sovrintendono gli scambi internazionali possano in maniera incontestata creare diritti ed obblighi per i privati.

Una delle proposte avanzate in dottrina consiste nell'introduzione della previsione espressa per cui le parti contraenti gli Accordi OMC sono obbligate a riconoscerne gli effetti diretti. Si tratta di un'idea non originale, ricalcando una posizione sostenuta dalla Svizzera nel corso dell'*Uruguay Round*. Essa trova già accoglimento nell'Accordo TRIPs il quale afferma nel Preambolo che "i diritti di proprietà intellettuale sono diritti dei privati" e si preoccupa di stabilire, all'art. 41, l'obbligo per le

parti contraenti di garantire ai titolari l'accesso a meccanismi di tutela efficaci in caso di loro violazione. In maniera più limitata, il GATS, attraverso il principio di non discriminazione, consente ai prestatori di servizi la diretta azionabilità di talune situazioni soggettive verso altre persone fisiche o giuridiche.

Estendere per espressa statuizione l'efficacia diretta a tutti i trattati che fanno capo all'Organizzazione Mondiale del Commercio eliminerebbe certamente il rischio che questi registrino una differente applicazione negli ordinamenti giuridici dei Paesi membri(24). Contemporaneamente, potrebbe inaugurarsi un riparto di giurisdizione tra le Corti nazionali e gli organi di risoluzione delle controversie del sistema OMC, con le prime competenti per i ricorsi dei privati e i secondi deputati a conoscere dei ricorsi degli Stati membri.

La prospettiva di risolvere in questo modo il problema degli effetti diretti, per quanto allettante, ci sembra trovi due ostacoli nella sua realizzazione. Il primo è di ordine diplomatico, dal momento che la modifica degli Accordi OMC dovrebbe incontrare il consenso di quelle stesse superpotenze commerciali che attualmente osteggiano apertamente la possibilità che i privati ne invocino in giudizio le disposizioni. Il secondo riguarda, nella prospettiva del menzionato riparto di giurisdizione, la difficoltà di produrre regole di coordinamento tra il giudizio interno e quello internazionale in grado di eliminare la possibilità di un conflitto di giudicati.

Una soluzione alternativa sarebbe quella di riconoscere l'accesso diretto dei soggetti non statali al sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Il conferimento di un *locus standi* ai privati all'interno del procedimento non è tuttavia auspicabile come si potrebbe pensare, comportando una modifica radicale di meccanismi pensati per gli stati e che come tali hanno fornito ottime dimostrazioni di funzionamento nella configurazione assunta nel passaggio dal GATT 1947 all'OMC. Si aprirebbero nuovi fronti di discussione: di difficile soluzione sarebbe ad esempio la circostanza in cui il privato fosse portatore di una posizione in contrasto con quella del suo Paese di provenienza.

L'aumento dei soggetti che hanno diritto di accesso provocherebbe poi un ragguardevole incremento del contenzioso, destinato a gravare su una struttura che già attualmente opera con risorse limitate e che, per volontà stessa dei membri OMC, non dovrebbe vedere irrobustirsi gli stanziamenti in proprio favore negli anni a venire.

Preso atto che, in conformità a quanto osservato dalla moderna teoria delle scelte pubbliche, gli interessi dei governi non necessariamente coincidono con quelli di parti private, è comunque necessario che anche questi siano rappresentati in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio, magari tramite un rafforzamento del ruolo degli *amici curiae* dinanzi agli organi competenti a dirimere le liti tra Stati.

L'intervento in *amicitia* di soggetti non statali al procedimento è visto con una certa ostilità da chi ritiene che la mancata regolamentazione dell'istituto in questione nel Memorandum sulla risoluzione delle controversie sia indice della volontà di escluderne la rilevanza in seno all'OMC(25).

Il vuoto di disciplina segnalato però perde la propria consistenza dinanzi ad almeno due riflessioni che riteniamo non trascurabili.

Bisogna in primo luogo tenere presente che l'interazione tra interessi statali e non statali in consessi internazionali è fenomeno sempre più diffuso, come prova la partecipazione di soggetti diversi dagli Stati (in massima parte ONG) a conferenze e organizzazioni, anche operanti nel settore economico(26).

In secondo luogo, l'apporto, in punto di diritto e di fatto, che gli *amici curiae* sono in grado di fornire alla decisione di una contesa non può che agevolare gli organi giudiziali nella loro opera di ricostruzione della fattispecie e di interpretazione e applicazione delle regole che sovrintendono gli scambi internazionali(27).

Un deciso passo verso il riconoscimento di queste ragioni è stato compiuto dall'Organo di appello che ha contribuito, con il documento WT/DS/135/9 dell'8 novembre 2000, a specificare le procedure da seguire per la presentazione di memorie scritte da parte di persone o istituzioni private, diverse dalle parti e dai terzi. Di particolare pregio è la scelta di pretendere che il soggetto che intenda depositare osservazioni scritte specifichi quale possa essere il proprio contributo alla soluzione della disputa, non potendo le sue affermazioni essere semplicemente riprodotte di ciò che altri hanno già introdotto nel procedimento(28).

Questo accorgimento rappresenta il migliore connubio tra rappresentazione degli interessi privati e efficienza del sistema, laddove elimina il rischio che, quando determinate istanze siano già state avanzate, una loro inutile riproposizione possa semplicemente rallentare l'operato dell'organo giudicante. A nostro modesto parere, proprio l'equilibrio tra maggiore apertura delle procedure e conservazione della loro funzionalità, come strada per garantire visibilità tanto agli interessi economici degli Stati quanto a quelli dei privati, potrebbe costituire una seria base per la riflessione futura sui meccanismi del *Dispute Settlement Understanding*.

Note

- (1) Decisione WT/DS27/ARB del 9 aprile 1999. La lunga disputa, della quale il provvedimento citato rappresenta solo una tappa, è analizzata in J. P. Trachtman, *Bananas, Direct Effect and Compliance*, in *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), 4, 655 ss.
- (2) Fedon cit., par. 80. Il principio è ripreso da Corte di giustizia sentenza 4 luglio 2000, in causa C-352/98 *Bergader e Goupil c. Commissione*, in *Raccolta*, I-5291, par. 42.
- (3) Fedon cit., parr. 101-105.
- (4) Corte di giustizia, sentenza 7 maggio 1991, in causa C-69/89, *Nakajima*, in *Raccolta*, 1991, p. I-2069.
- (5) Fedon cit., parr. 109-130.
- (6) Fedon cit., parr. 134-143. V. Corte di giustizia, sentenza 22 giugno 1989, in causa 70/87, *Fediol*, in *Raccolta*, 1989, p. 1781.
- (7) Corte di giustizia, sentenza 23 novembre 1999, causa C-149/96, in *Raccolta*, 1999, p. I-8395.
- (8) Si veda J. O. Berkey, *European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *European Journal of International Law*, 1996, p. 626 ss
- (9) Anche Autori che mostrano perplessità verso la giurisprudenza comunitaria in materia di efficacia diretta del GATT e degli altri Accordi allegati non mancano comunque di guardare con una certa benevolenza al requisito della reciprocità, quasi scusasse l'ostilità delle giurisdizioni CE verso l'invocabilità del diritto OMC ad opera dei privati. «Non va tuttavia sottaciuto che l'atteggiamento della Corte è sicuramente influenzato dalla circostanza che altre parti contraenti (Stati Uniti, Canada e Giappone) non riconoscono l'effetto diretto alle norme in questione. Una tale situazione, che a stretto rigore non dovrebbe avere riflessi sulla giurisprudenza della Corte, è nondimeno rilevante, in quanto una diversa posizione avrebbe come conseguenza di svantaggiare gli operatori comunitari e, per contro, di avvantaggiare gli operatori di Stati terzi contraenti. In questo senso, la circostanza di limitare alle ipotesi Fediol e Nakajima la possibilità di invocare l'effetto delle norme (anche) OMC potrebbe non essere così sorprendente, né, in definitiva, del tutto incoerente rispetto alle ragioni della giurisprudenza fino ad oggi affermatasi». (G. Tesauro, *Rapporti tra la Comunità Europea e l'OMC*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio (Atti del II Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale*, Milano, 5-7 giugno 1997), Napoli, 1998, p. 56 ss.
- (10) L'osservazione è ben svolta in G. M. Ruotolo, *Organizzazione Mondiale del Commercio e Ordinamento Comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia: un nodo ancora irrisolto*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, p. 1009 ss. In particolare pag. 1033 ss.
- (11) V. art. 30 par. 4 e 5 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.
- (12) Per tutti si veda J. O. Berkey, *European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *European Journal of Int. Law*, 1996, p. 626 ss. In particolare l'Autore sostiene: «Dispute settlement systems do not fall into one of two polar categories, i. e. hard legal or soft political systems, but rather lie along a continuum between the two. Although the DSU has shifted the GATT 94 system towards the legal pole, it is not yet clear where it falls on the continuum. While it certainly has made GATT 94 dispute settlement more legalistic, the DSU does not appear to have replaced all intergovernmental negotiation with strict precedent-based application of GATT 94 law». Di procedura a carattere ibrido in cui «il ruolo degli elementi di tipo conciliativo,

ancorchè essere ridotto o soppresso, risulta per qualche verso addirittura potenziato» parla anche A. Ligustro, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996, p. 593 ss.

(13) Si leggano le opinioni, oltre che del citato G. M. Ruotolo (v. nota n. 9), di B. Conforti, *Diritto internazionale*, 6° ed., Napoli, 2002, p. 430 e T. Cottier, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, in *Common Market LawReview*, 1998, p. 325 ss.

(14) L'art. 228, paragrafo 2, del Trattato CE recita: « La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità».

(15) In via più generale, «spesso l'organizzazione non era in grado di giudicare sulla conformità di una determinata azione alle norme esistenti o perché il contenuto ne era incerto, o perché l'ente non disponeva delle competenze necessarie, o perché una decisione efficace (con un voto a maggioranza) non era prevista» (G. Sacerdoti, *Profili istituzionali dell'OMC e principi base degli accordi di settore*, cit. v. nota 9, p. 5).

(16) Diffusamente sul punto si segnala l'attenta analisi condotta in C. Lafer, U. Leanza, A. Ligustro, T. Treves, *La soluzione delle controversie nell'OMC*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit. v. nota 9, p. 275 ss.

(17) Un'analisi del funzionamento delle procedure del DSU nei primi dieci anni dalla loro entrata in vigore si può trovare in T. A. Zimmerman, *WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences, and Evaluation*, in *Aussenwirtschaft – The Swiss Review of International Economic Relations*, vol. 60 (2005), I, p. 27 ss. Da questo lavoro abbiamo attinto i dati da noi riportati.

(18) Art. 31, comma 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati

(19) Q uesto particolare viene ricordato con tono assai critico a chi sembra troppo spesso trascurarlo da U. Everling, *Will Europe slip on bananas? The bananas judgment of the Court of Justice and national Court*, in *Common Market LawReview*, 1996, p. 401 ss. Egli afferma: «The Gatt is not a caricature of an international agreement, but it is obligatory on the Community and on the Member States. It must be taken seriously by the institutions and the Court.» (p.422).

(20) Le conseguenze dell'applicazione del diritto internazionale dei trattati agli accordi del sistema OMC sono esaminate da P. Pustorino, *Osservazioni sulla legittimità degli atti comunitari in base alle norme del GATT*, in *Giustizia civile*, 2000, 4, p.959 ss. che sottolinea come «nel caso in cui non venissero revocate le norme nazionali configgenti con le norme OMC e qualora il ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie fra i quali è previsto anche il negoziato fra le parti, non conducesse ad alcun risultato, troverebbero pertanto applicazione le clausole della Convenzione di Vienna stabilite nell'ipotesi di inadempimento delle norme pattizie» (p. 961).

(21) Significativamente, la Corte di giustizia ha statuito a riguardo che la disposizione contenuta in un accordo internazionale concluso dalla Comunità con un Paese terzo deve essere considerata direttamente applicabile quando, tenuto conto della lettera, dello scopo e della natura dell'accordo medesimo, contiene un obbligo chiaro e preciso che non è subordinato, ai fini della sua efficacia, all'adozione di alcuna misura di attuazione (v. Corte di giustizia, sentenza 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, 1987, 3719, par. 14).

(22) Tribunale di Primo Grado, sentenza 3 febbraio 2005, causa T-19/01, in *GU C 93*, 16.04.2005, p. 24. Nell'occasione, pur concentrando la propria attenzione sul tenore delle disposizioni OMC di cui si denunciava la violazione, i giudici comunitari ritengono che possa applicarsi l'"eccezione Nakajima" solo in costanza di obblighi scaturenti dal sistema degli scambi internazionali che non abbiano natura generale ma siano puntualmente determinati. Nessuna precisazione viene tuttavia fornita in ordine ai criteri con i quali distinguere il grado di specificazione di una previsione normativa.

(23) Ci sembra significativo il dato per cui le identiche motivazioni con le quali viene respinto il ricorso nel caso in esame siano impiegate dal Tribunale lo stesso 14 dicembre 2005 per escludere la responsabilità extracontrattuale della Comunità nelle sentenze *FIAMM* (causa T-69/00)

e *Beamglowe* (causa T-383/00).

(24) La nostra opinione trova corrispondenza in Ruotolo, cit. v. nota 9.

(25) A sostegno di questa tesi si schiera ampiamente M. Distefano, *Soluzione di controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Padova, 2001, p. 190 ss.

(26) Ci riferiamo in particolare al caso dell' *Inspection Panel System* istituito nel 1993 presso la Banca mondiale, un meccanismo di controllo delle attività dell'ente attivabile da organizzazioni non governative e privati.

(27) Rispetto al ruolo *ad adiuvandum* che gli amici della Corte possono svolgere presso l'OMC si mostra fortemente favorevole R. Baratta, *La legittimazione dell'amicus curiae dinanzi agli organi giudiziali dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2002, 3, 549 ss. Una ricostruzione delle principali decisioni relative agli *amici curiae* assunte dagli organi giurisdizionali dell'OMC è operata da E. Baroncini, *L'apertura alla società civile del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: gli amici curiae*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, 1, 155 ss.

(28) Doc. WT/DS/135/9, par. 3 lett. f).