

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO
PERCORSO 'DIRITTO INTERNAZIONALE'

TESI IN DIRITTO DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

**Il ruolo delle organizzazioni internazionali
nella risoluzione delle controversie tra Stati membri**
Il sistema di risoluzione delle controversie della World Trade Organization

RELATORE
Prof. Roberto Virzo

CORRELATORE
Prof. Pietro Pustorino

LAUREANDA
Valeria Sammartino

Anno accademico 2016-2017

Indice della Tesi

Introduzione

Parte I. Le controversie internazionali

1 Nozione e principi generali

2 Mezzi di soluzione pacifica delle controversie

2.1 Procedimenti diplomatici per la soluzione delle controversie

2.2 Procedimenti ad esito vincolante

Parte II. Il ruolo delle organizzazioni internazionali nella risoluzione delle controversie tra Stati

3 Le organizzazioni internazionali

4 Gli atti istitutivi come fonte del regolamento delle controversie

5 La World Trade Organisation (WTO)

Parte III. Il sistema di risoluzione delle controversie della World Trade Organisation

6 Funzionamento del meccanismo durante la vigenza del GATT '47

7 Modifiche introdotte con l'istituzione della WTO

8 Vincolatività delle decisioni

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

Questa tesi discute *“Il ruolo delle organizzazioni internazionali nella risoluzione delle controversie tra Stati membri”* e, in particolare, *“Il sistema di risoluzione delle controversie della World Trade Organization”*.

Il lavoro è strutturato in tre parti.

Nella prima parte si caratterizza la cornice di riferimento relativa ai mezzi di risoluzione delle controversie internazionali. Sono fornite la nozione e i principi generali, descritti i mezzi di risoluzione pacifici con riguardo ai procedimenti di natura diplomatica e a quelli ad esito vincolante.

La seconda parte tratta del ruolo delle organizzazioni internazionali nella risoluzione delle controversie tra Stati. Dopo aver illustrato le caratteristiche delle organizzazioni internazionali, sono analizzati gli atti istitutivi come fonte del regolamento delle controversie e sono approfondite motivazioni all’origine della World Trade Organization (WTO) – specifico oggetto della tesi – nonché le sue peculiarità quale organismo “di svolta” per la risoluzione delle controversie internazionali di natura commerciale.

La terza parte approfondisce ulteriormente lo studio del sistema di risoluzione delle controversie della WTO. Viene analizzato il funzionamento del meccanismo (di risoluzione) durante la vigenza del GATT '47, che costituisce il primo tentativo storico di “regolamentare giuridicamente i rapporti commerciali tra Stati su basi multilaterali”, basato su un Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio. Sono quindi approfondite le modifiche introdotte con l’istituzione della WTO e viene discussa la vincolatività delle decisioni assunte dal Dispute Settlement Body (DSB), che è l’organo permanente, in seno all’Organizzazione, dedicato alla risoluzione delle controversie internazionali di natura commerciale;

sarà oggetto di analisi anche il centrale ruolo dei Panel, nonché dell'Appellate Body che rappresenta una delle più importanti innovazioni rispetto al meccanismo previgente, quale organo di appello delle decisioni del Dispute Settlement Body.

Parte I

Le controversie internazionali

1 Nozione e principi generali

La Comunità internazionale è formata da enti, gli Stati, ognuno sovrano nel proprio territorio in quanto *superiorem non recognoscentes* e la cui coesistenza è disciplinata da regole giuridiche che costituiscono il diritto internazionale.

Come ogni ordinamento, anche quello internazionale ha dato forma ad un sistema volto a tutelare l'armonia tra gli Stati e ad assicurare la pace globale. Il perseguimento di questo scopo è possibile attraverso il regolamento delle relazioni tra i suoi membri e la predisposizione di meccanismi volti a dirimere i conflitti che possono insorgere tra essi, così da garantire il mantenimento di relazioni pacifiche.

Le controversie internazionali, inizialmente, potevano essere risolte da parte degli Stati anche facendo ricorso alla forza armata laddove non si trovassero strade più diplomatiche e pacifiche. Ecco che, dopo la seconda guerra mondiale e con l'entrata in vigore della Carta istitutiva dell'Organizzazione delle Nazioni Unite,¹ anche la questione relativa alla soluzione delle controversie internazionali subisce una profonda trasformazione. Viene così sancita l'illegittimità del ricorso alla guerra quale strumento di tutela degli interessi propri degli Stati e l'obbligo di risolvere pacificamente le controversie internazionali, quale principio riconducibile al diritto consuetudinario. Tale principio è stato formalizzato

¹ L'art 1 enuncia fini e principi propri dell'ONU, quale organizzazione volta a mantenere la pace e la sicurezza internazionale

nell'art 2 par.3²della Carta delle Nazioni Unite che impone ai Membri di risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale, e la giustizia, non siano messe in pericolo e di astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza nelle loro relazioni. Una Risoluzione dell'Assemblea Generale del 1970 ha proclamato che: «*States shall accordingly seek early and just settlement of their international disputes by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements or other peaceful means of their choice*».³

Il divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali costituisce oggi una norma di diritto cogente. Il suo carattere vincolante è indiscutibile grazie all'utilizzo della parola "*shall*" in molte delle principali disposizioni della Carta. Ogni dubbio è stato superato dalla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 21 giugno 2000 con la quale ha dichiarato che gli Stati "*are under an obligation to settle their disputes by peaceful means*"⁴ rimettendo alle parti la libertà di scegliere lo strumento più appropriato tra quelli previsti nell'art. 33 della Carta ONU, sempre secondo buona fede.

Prima di passare all'analisi dei mezzi di composizione delle controversie è opportuno partire dal significato stesso che viene attribuito alla controversia internazionale.

Senza dubbio, nel diritto internazionale, così come in ogni altra esperienza giuridica, la controversia rappresenta un momento specifico e inevitabile della vita di relazione. L'esistenza di interessi "in contrasto" costituisce il presupposto

² Art 2 par. 3: «*All members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered*».

³ *General Assembly Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970. La Risoluzione fu adottata dall'Assemblea Generale senza un voto.

⁴ *Aerial Incident of 10 August 1999 [Pakistan v. India] [Jurisdiction of the Court]* para. 53.

della controversia che si qualifica come internazionale quando vede contrapposti due o più Stati o altri soggetti del diritto internazionale.⁵

La Corte Permanente di giustizia internazionale nella sentenza del 1924 del caso *Mavrommatis Concessions Cases* tra Grecia e Gran Bretagna ha definito la controversia internazionale come “quel disaccordo su di un punto di diritto o di fatto, una contraddizione, ovvero un'opposizione di tesi giuridiche o di interessi tra due parti, che concerna un rapporto disciplinato dal diritto internazionale”.

Ad essa si è aggiunta, a sostegno della precedente, la sentenza relativa al *East Timor case* tra Portogallo e Australia pronunciata nel 1995 dalla Corte Internazionale di Giustizia, la quale se da una parte ha ribadito un principio espresso nel suo Statuto, cioè che essa non può decidere una controversia tra Stati senza che essi abbiano accettato la sua giurisdizione, dall'altra afferma il principio di autodeterminazione dei popoli⁶ quale norma di diritto internazionale consuetudinario di carattere cogente ed *erga omnes*. Per quel che ci interessa in tale ambito, la Corte afferma che, al fine di stabilire se una controversia esista oppure no, occorre accertare l'esistenza di un disaccordo ovvero un contrasto di interessi e cioè che «alle richieste di una parte si opponga manifestatamente l'altra parte»⁷.

È stata definita come “*a specific disagreement concerning a matter of fact, law or policy in which a claim or assertion of one party is met with refusal, counter-claim or denial by another.*”⁸

Ciò che contraddistingue una controversia internazionale è dunque la contrapposizione manifesta tra pretese confliggenti.

⁵ Arangio Ruiz G., *Controversie internazionali*, in Enciclopedia del diritto, X, Giuffrè, Milano 1962.

⁶ Art 1, par. 2, 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite.

⁷ Cantoni S., *Giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia: casi scelti*, G. Giappichelli, Torino 2014.

⁸ Merillis J. G., *International Dispute Settlement*, Fourth Edition, Cambridge University Press, 2005.

Un'influente dottrina⁹ afferma che la controversia richiede necessariamente il concorso di due atteggiamenti contrari: una pretesa e una resistenza; perciò soltanto la pretesa insoddisfatta può dare luogo ad una controversia.

*«Dispute in international law is a situation when one entity of international law demands from another one specific action or behavior and such a demand is based on the rules of international law binding for both parties and this other entity resists this action or behaviour».*¹⁰

In passato, nella prassi internazionale, si era soliti distinguere tra controversie giuridiche e controversie politiche.

Giuridica è la controversia sottoponibile a mezzi di risoluzione giurisdizionali e arbitrari¹¹, *politica* si caratterizza per l'impossibilità di essere sottoposta al diritto internazionale e per ciò definita anche come non giustiziabile.

In realtà, questa distinzione non è mai stata accolta dalla Corte internazionale di Giustizia e oggi la dottrina è pressoché concorde nel ritenere che solitamente una controversia internazionale coinvolga sia profili giuridici che politici.

Numerose sono le ipotesi in cui i giudici internazionali hanno respinto l'eccezione di politicità della controversia riconoscendo la propria competenza a pronunciarsi, quali per esempio la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia *nel caso del personale USA a Teheran* del 1980 oppure *nel caso delle Attività militare USA in Nicaragua* del 1986.

Pur condividendo lo scarso rilievo, nella pratica, della distinzione, Leanza e Caracciolo hanno sostenuto che essa attiene all'oggetto della controversia stessa, nel senso che possono essere qualificate come giuridiche quando

⁹ Quadri R., *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, 5, 1989.

¹⁰ Ziemblicki B., *The Controversies over the WTO Dispute Settlement System* (disponibile in: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/32203/0014.pdf>).

¹¹ Art 36, paragrafo 3, della Carta ONU "le controversie giuridiche devono, di regola, essere deferite dalle parti, alla Corte Internazionale di Giustizia".

attengono alla sussistenza o meno di un diritto che le parti si contestano, politiche invece quando riguardano lo status quo, ossia la revisione o modificazione di quel diritto¹² giustificando in questo modo l'esistenza di siffatta distinzione.

2 Mezzi di soluzione pacifica delle controversie

Per entrare nello specifico della questione dobbiamo iniziare a parlare di quelli che sono i mezzi, messi a disposizione degli Stati, per la composizione delle controversie internazionali. Pur nel divieto di ricorrere all'uso della forza, la scelta degli strumenti di soluzione delle controversie richiede necessariamente il consenso delle parti senza che ad esse possa essere imposto alcun procedimento. L'accordo tra le parti deve essere quindi sempre alla base di qualsiasi strumento di soluzione delle controversie.

Come già precedentemente sottolineato, solo con la fine della seconda guerra mondiale e con la Carta Onu, in particolare l'art 2 par. 3, si è affermato un obbligo di risoluzione pacifica delle controversie. Tale obbligo che si impone agli Stati altro non è se non una conseguenza inevitabile della devastazione derivante dall'uso della forza e delle armi di cui sono testimoni le due guerre mondiali. Si crea allora una sorta di meccanismo di delega, proprio delle organizzazioni internazionali, in cui gli Stati, sovrani e indipendenti, acconsentono a limitazioni della propria sovranità in favore di un ordinamento finalizzato al perseguimento di interessi comuni all'intera Comunità degli Stati. A partire dal secondo

¹² Leanza U., Caracciolo I., *Il diritto internazionale: Diritto per gli stati e diritto per gli individui*, Parte generale, Torino, G. Giappichelli Editore, Terza edizione, 2012.

dopoguerra si diffonde dunque la convinzione e la consapevolezza di far parte di un contesto sovranazionale, che va oltre i confini territoriali e politici dei singoli Stati, volto a garantire il mantenimento della pace e della sicurezza globale; una simile garanzia non può che essere assicurata dall'imposizione di specifici limiti e restrizioni alla propria sovranità e all'esercizio del diritto di ricorrere all'uso della forza per far prevalere i propri interessi.

Emblematica a tal proposito è la già citata sentenza della ICJ del 27 giugno 1986 nel caso delle Attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)¹³ in cui la Corte ha ribadito che il principio secondo il quale le parti di una controversia, in particolare di una controversia la cui prosecuzione è tale da compromettere il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono scegliere strumenti pacifici di soluzione, si trova in rapporto di complementarietà con principio che vieta il ricorso alla minaccia o all'uso della forza nelle relazioni internazionali ai sensi della Carta ONU. Un'ovvia conseguenza della natura complementare dei suddetti principi sta nel fatto che l'obbligo di risolvere pacificamente una controversia esclude la possibilità di ricorrere alla minaccia o all'uso della forza, nel senso che il divieto imposto da quest'ultimo implica che le controversie devono essere pacificamente risolte "exclusively" così come enfatizzato dal par. I (2) della Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes del 1982.¹⁴

Nel caso di specie la ICJ ha escluso che le operazioni poste in essere dagli Stati Uniti potessero essere giustificate dalla necessità di difendere i propri territori da un attacco armato già sferrato e che quindi non potesse configurarsi un'ipotesi di legittima difesa ai sensi dell'art. 51 della medesima Carta.

¹³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua v United States of America).

¹⁴ «Every State shall settle its international disputes exclusively by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered».

Sempre nella medesima sentenza la Corte ha riconosciuto la natura cogente del principio di risoluzione pacifica delle controversie vincolante non soltanto per i membri ma anche per i non membri dell'Organizzazione.

Nell'art. 1 dell'*International Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (1899 Hague Convention I)* si è convenuto che “*with a view to obviating, as far as possible, recourse to force in the relations between States, the Signatory Powers agree to use their best efforts to insure the pacific settlement of international differences*”; formula ribadita anche nella successiva Convenzione (Hague Convention del 1907). Da allora la forza dell'obbligazione di soluzione pacifica ha seguito un cammino parallelo al divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali.¹⁵

L'art 33 della Carta ONU¹⁶ contiene poi un elenco, sebbene non esaustivo, dei procedimenti pacifici a disposizione delle parti per la composizione delle controversie. La dottrina è concorde nel ritenere che tale previsione non preclude agli Stati la libertà di scegliere i procedimenti a cui ricorrere presupponendo che essi siano sempre oggetto di un accordo tra le parti, senza che a nessuno stato possa essere imposto l'uno o l'altro metodo.

Mentre la Carta Onu riconosce il potere all'Assemblea Generale di raccomandare misure per il regolamento pacifico di qualsiasi soluzione e al Consiglio di Sicurezza, quando ritenuto necessario, di rivolgersi alle parti affinché risolvano le controversie in cui sono coinvolte per mezzo dei pacifici strumenti elencati nell'art.33 della Carta, non vi è alcuna disposizione che permette

¹⁵ Pellet A., *Peaceful settlement of International Disputes*, in Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2013.

¹⁶ L'art 33 dispone che : “Le parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono, anzitutto, perseguirne una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso ad organizzazioni od accordi regionali, od altri mezzi pacifici di loro scelta”.

all'organizzazione di obbligare gli Stati in controversia a fare ricorso ad un procedimento in particolare, né di dare esecuzione ad una soluzione adottata, a meno che la mancanza di un accordo non sia tale da minacciare il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. L'art 94 dimostra un cauto approccio statuendo che se una delle parti della controversia non adempie agli obblighi che incombono su di essa in base ad una sentenza della CIG, l'altra parte ha la facoltà di ricorrere al Consiglio di Sicurezza il quale può, se lo ritiene necessario, fare raccomandazioni o decidere le misure da adottare affinché la sentenza abbia esecuzione.

*«Il est relativement indifférent à la Charte que les États trouvent une solution à leurs différends: ce qui lui importe, c'est que ces différends ne s'enveniment pas au point de les conduire à les régler par la force».*¹⁷ Infatti l'obbligo di risolvere pacificamente le controversie, come abbiamo detto, sorge nel momento in cui si tratti di una controversia la cui continuazione sarebbe idonea a pregiudicare la pace e la sicurezza internazionale.

È stato più volte sottolineato che il consenso è la condizione alla quale il ricorso a qualsiasi strumento di soluzione della controversia è soggetto. La CIG ha richiamato nella sentenza *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)* che le controversie internazionali devono essere risolte per mezzo di strumenti pacifici, la scelta dei quali è rimessa alle parti. *«It is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation, arbitration, or to any other kind of pacific settlement»*¹⁸.

¹⁷ Charpentier J., Sierpinski B., *Le droit international entre développement et reconnaissance et «Le droit international de la reconnaissance»* d'Emmanuelle JOUANNET, Civitas Europa, vol. 30, no. 1, 2013, pp. 253-257.

¹⁸ *Status of the Eastern Carelia (Advisory Opinion) PCIJ Series B No 5 27.*

Sulla base di quanto emerge dalla lettura dell'art. 33 della Carta Onu, in caso di controversie che coinvolgono soggetti della Comunità internazionale, è possibile distinguere i mezzi di risoluzione delle stesse in accordi e sentenze. I primi rientrano tra gli strumenti diplomatici di soluzione delle controversie che si caratterizzano per la loro flessibilità, non avendo la funzione di imporre la rigorosa applicazione del diritto bensì quella di riavvicinare le posizioni delle parti ponendo fine alla lite; le sentenze emergono invece da un procedimento giurisdizionale, come tale, ad esito vincolante in cui gli Stati, se decidono di sottoporsi ad un giudice internazionale, sono vincolate alle sentenze da questo emanate.¹⁹

Tra i mezzi a cui tradizionalmente si ricorre per la soluzione pacifica delle controversie, quelli di carattere diplomatico sono tra i più risalenti nella prassi delle relazioni interstatali e, ancora oggi, sicuramente quelli maggiormente utilizzati.

“Tali mezzi si distinguono dai mezzi giurisdizionali di soluzione delle controversie in quanto tendono esclusivamente a facilitare l'accordo delle parti: di conseguenza essi non hanno efficacia vincolante per le parti”²⁰.

Secondo l'opinione generale, dunque, la composizione della lite per mezzo di un accordo rappresenta il principale strumento di soluzione delle controversie nel campo del diritto internazionale.

È importante sottolineare a tal proposito che una parte della dottrina tende a distinguere tra fatti estintivi e fatti risolutivi della controversia e pone l'accordo nell'ambito di questi ultimi.

¹⁹ Sui meccanismi tradizionali di soluzione pacifica delle controversie nel diritto internazionale vedi Merrils J.G., *International dispute settlement*, Cambridge, 2011.

²⁰ Conforti B., *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, Decima Edizione, 2014.

Secondo Gaetano Morelli, giurista e luminaire del diritto internazionale, l'estinzione della controversia si ha quando viene meno uno degli elementi costitutivi della medesima e quindi quando una parte desiste dal suo comportamento resistente e rappresenta un semplice fatto storico, mentre la soluzione della controversia si risolve in una valutazione del conflitto di interessi data dall'ordinamento, dotata dunque di efficacia vincolante. Il Morelli osserva infatti che la valutazione risolutiva della lite può essere posta o da un accordo oppure da un fatto diverso che sia però contemplato da una norma di diritto particolare scaturente da un accordo: la sentenza.

In altri termini e più propriamente i suoi: "l'estinzione è un avvenimento storico che si identifica con un certo atteggiamento degli Stati partecipanti all'accordo e non quindi un effetto giuridico discendente dall'accordo in quanto negozio giuridico"²¹.

Tommasi di Vignano sostiene, al contrario, che l'estinzione della controversia, derivante da un accordo, è proprio l'effetto giuridico che discende dal negozio giuridico «accordo»²². Sarebbe difficile sostenere, accogliendo la prima tesi, che un negozio giuridico sia improduttivo di effetti giuridici.

Accanto ad essi si inserisce Arangio Ruiz²³, sostenitore delle tesi del Morelli ed in linea con essa, il quale ha aggiunto che l'accordo non possa considerarsi un atto risolutivo di una controversia dato che la conclusione di un accordo presuppone l'estinzione della controversia. Perché gli Stati risolvano la controversia è necessaria l'esistenza di un accordo ma affinché questo sussista occorre che essi

²¹ Conforti B., *Diritto Internazionale*, op. cit.

²² Di Vignano A.T., *La controversia e l'accordo*, Rivista di studi politici internazionali, vol. 25, no. 2, 1958, pp. 283-286.

²³ Di Vignano A.T., *Considerazioni sugli accordi risolutivi delle controversie internazionali*, in «Studi e comunicazioni di diritto internazionale e straniero della Università di Milano» vol. IV, 1952, p.99 e segg.

abbiano superato il conflitto. Insomma l'accordo presupporrebbe l'estinzione della controversia.

Ancora, secondo l'opinione di altri, tra cui lo stesso Alessandro Tommasi di Vignano, è l'accordo che determina, quando esso abbia completamente regolato tutti gli aspetti oggetto della controversia, l'estinzione della stessa. Se fosse vero che l'estinzione della controversia non sarebbe mai operata dall'accordo, come sostiene Arango Ruiz, allora dovrebbe parimenti ammettersi l'esistenza di un negozio giuridico dal quale non scaturisca alcun effetto giuridico.

E' possibile, alla luce delle considerazioni appena fatte, affermare che l'accordo è da considerarsi nella realtà giuridica internazionale il presupposto logico da cui discende, quale effetto giuridico, l'estinzione della controversia, effetto che costituisce inequivocabilmente una conseguenza del negozio che lo ha prodotto.

Si può parlare dunque di estinzione di una controversia quando viene meno la contrapposizione di atteggiamenti in ordine ad un conflitto di interessi a seguito della desistenza unilaterale dello Stato dal proprio atteggiamento.

Più complessa è la soluzione della controversia che si rende necessaria qualora le parti non desistano dai loro comportamenti. La soluzione della controversia è sempre riconducibile alla volontà delle parti che sfocia nella composizione degli interessi giuridici in conflitto.

È opportuno dunque tenere distinti i mezzi di soluzione delle controversie dai procedimenti per la soluzione delle controversie. I diversi procedimenti sfociano sempre in uno dei mezzi di soluzione delle controversie, cioè accordo e sentenza che sono i soli strumenti esistenti nella società internazionale.

2.1 Procedimenti diplomatici per la soluzione delle controversie

Ai procedimenti diplomatici gli Stati fanno maggiormente ricorso rispetto a quelli giurisdizionali, essendo essi finalizzati esclusivamente a facilitare l'adozione di un accordo tra le parti quale mezzo di soluzione facoltativo della controversia. A differenza dei secondi infatti, i procedimenti diplomatici sfociano nell'adozione di un atto non vincolante che richiede un ulteriore consenso delle parti. Con la conclusione di questi procedimenti, grazie al raggiungimento di un accordo, si ha l'estinzione automatica della controversia²⁴.

Tra questi rientra il *negoziato* considerato il mezzo più semplice ed efficace di soluzione diplomatica delle controversie e di conseguenza il più utilizzato. Una delle principali ragioni per cui si predilige il negoziato sta proprio nel fatto che esso non è diretto ad individuare una parte "vincitrice" e una "sconfitta" ma a raggiungere una soluzione di compromesso tra pretese confliggenti, favorendo quindi il mantenimento degli equilibri tra gli Stati, essenziale nei rapporti interstatuali²⁵.

Al negoziato partecipano esclusivamente i soggetti parti della controversia, senza alcun intervento o presenza di soggetti terzi, i quali si sforzano di trovare un punto di incontro attraverso un confronto diretto tra gli stessi.

Sembra pacifico ormai che non esista nel diritto internazionale un generale obbligo per gli Stati di ricorrere ad altri procedimenti soltanto là dove il negoziato non abbia un esito positivo; ad esso fanno eccezione numerosi trattati internazionali in cui tale procedimento è previsto quale condizione imprescindibile e preliminare per l'esperimento di altri strumenti di soluzione dei

²⁴ Morelli G., *Estinzione e soluzione di controversie internazionali*, in "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", 1950.

²⁵ Carbone S. M., Luzzatto M., Bariatti S., Ivaldi P., Queirolo I., Munari F., Fumagalli L., Nascimbene B., Schiano Di Pepe L., Frigo M., Santa Maria A., Condinanzi M., *Istituzioni di diritto internazionale*, G.Giappichelli Editore, 2016.

contrasti sorti. L'art. 41 della Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati rispetto ai trattati del 1971 prevede che *"If a dispute regarding the application or interpretation of the present Convention arises between two or more Parties to the Convention, they shall, upon the request of any of them, seek to resolve it by a process of consultation and negotiation"*.

Ancora l'art 283 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare statuisce che «quando tra gli Stati contraenti sorge una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione della presente Convenzione, le parti della controversia procedono senza indugio ad una consultazione reciproca sulla soluzione della controversia attraverso negoziati o altri mezzi pacifici». Altro esempio è rappresentato dal sistema della WTO (di cui si parlerà meglio più avanti) il quale prevede l'obbligo di consultazioni e negoziati prima di poter adire al meccanismo giurisdizionale per la soluzione delle controversie.

In applicazione dell'art. 2, paragrafo 3, della Carta Onu è invece possibile desumere il principio generale secondo il quale esiste in capo a tutti gli Stati membri un obbligo generale di non sottrarsi ai negoziati offerti dall'altro Stato in controversia.

Ad esempio la Corte Internazionale di Giustizia ha riconosciuto che Regno Unito e Islanda sarebbero *"under mutual obligations to undertake negotiations in good faith for the equitable solution of their differences"*²⁶, concernenti i rispettivi diritti di pesca nelle acque islandesi. O ancora nel 1997 la ICJ ha statuito che Ungheria e Slovacchia sono vincolate a condurre un negoziato secondo buona fede nella determinazione degli obiettivi del trattato concernente le migliori modalità con cui il progetto sul Danubio può essere condotto.²⁷

²⁶ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, [1974] ICJ Reports.

²⁷ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, [1997] ICJ Reports.

Senza alcun dubbio e in maniera univoca, la giurisprudenza internazionale ha più volte rimarcato il dovere degli Stati di condurre i negoziati secondo buona fede per raggiungere un accordo risolutivo della controversia. È possibile richiamare la sentenza 20 febbraio 1969 della Corte internazionale di giustizia nel caso della *Piattaforma continentale del mare del Nord* (Repubblica federale tedesca contro Danimarca e Paesi Bassi) in cui gli Stati, di fronte ad una situazione d'impasse, si sono rivolti alla suddetta Corte affinché si pronunciasse sulla possibilità di considerare formatasi una norma di diritto internazionale consuetudinario sul principio dell'equidistanza contenuto nell'art. 6 della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale e se quindi tale principio potesse considerarsi vincolante anche nei confronti della Germania Federale che non aveva ratificato la Convenzione. La Corte si è pronunciata in senso negativo ricordando i requisiti soggettivi e oggettivi per poter considerare consolidata una norma consuetudinaria.

Anche nel lodo arbitrale 26 gennaio 1972 per *l'Accordo sul debito estero della Germania* il Tribunale Arbitrale pur confermando che il negoziato non porta con sé l'obbligo di raggiungere un accordo afferma comunque che il ricorso ad esso «*implica un serio sforzo affinché tale obiettivo sia raggiunto*».

Dunque il negoziato può concludersi o con la risoluzione della controversia tramite accordo finale oppure con un accordo sulla determinazione del mezzo da seguire.

Il negoziato è però soltanto uno dei mezzi a disposizione delle parti per la soluzione delle liti insorte e, laddove non sussista uno specifico obbligo a negoziare, sono autorizzate a ricorrere o meno ad esso a seconda di quanto lo ritengano appropriato.

Il negoziato però può essere impossibile, inefficace o inappropriato. Quando le parti sono incapaci di risolvere la controversia per mezzo del negoziato, l'intervento di un terzo può rappresentare un utile strumento per superare la situazione di "impasse" e fornire una soluzione accettabile.²⁸

Possiamo concludere che il negoziato è un processo che consente alle parti di mantenere il massimo controllo sulla controversia, l'*adjudication*, al contrario, sottrae completamente la controversia dalle loro mani almeno per quanto riguarda la decisione da parte del tribunale. Se tuttavia una parte della controversia manifesta la sua contrarietà a negoziare, l'assenza di negoziati non sarà considerata come un ostacolo all'esercizio della giurisdizione del tribunale. Nel *Diplomatic Staff in Tehran case*²⁹, uno degli strumenti invocati dagli Stati Uniti ha attribuito alla ICJ la giurisdizione su ogni controversia "not satisfactorily adjusted by diplomacy", ma quando la Corte ha rilevato che l'Iran ha rifiutato di discutere la questione degli ostaggi con gli Stati Uniti, non ha avuto alcuna esitazione nel riconoscere la propria giurisdizione.

Il negoziato è più che un semplice strumento di soluzione delle controversie, è anche una tecnica per prevenire il loro sorgere. Questa forma di negoziato è nota come consultazione. Quando un governo anticipa che una decisione o il corso di un'azione proposta possano causare un danno o nuocere ad un altro Stato, una discussione con la parte interessata potrebbe consentire di evitare il sorgere di una controversia cercando di raggiungere un compromesso. Una, anche minima, modifica ai piani potrebbe essere sufficiente ad evitare conflitti. Un esempio emblematico del valore delle consultazioni è fornito dalla pratica degli Stati Uniti

²⁸ Merrills J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge, 2011.

²⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, [1980] ICJ Rep.

e del Canada in procedimenti antitrust³⁰ in cui gli obiettivi dei primi di mantenere un mercato aperto e competitivo tanto per le esportazioni quanto per le importazioni, contrastava con quelli che erano gli scopi delle politiche canadesi di esportazione a sostegno del mantenimento della redditività delle industrie nazionali. La politica di cooperazione, che si è sviluppata attraverso una serie di intese bilaterali, è stata inserita in un accordo che prevede il coordinamento sia per quanto riguarda le leggi sulla concorrenza sia le pratiche ingannevoli di commercializzazione poste in essere dai due Stati.

Si è progressivamente affermato così un generale obbligo giuridico per gli Stati di notificare all'altra parte il compimento di un'azione che potrebbe pregiudicare i suoi interessi. Nel caso *Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain)* del 1957 il Tribunale Arbitrale ha sostenuto che la Francia aveva il dovere di consultarsi con la Spagna sui progetti che erano idonei ad incidere sugli interessi di quest'ultima. I vantaggi delle consultazioni nelle relazioni bilaterali sono ugualmente evidenti in materie che interessano un numero maggiore di Stati.

Gli altri mezzi diplomatici (buoni uffici, mediazione, conciliazione, inchiesta) si caratterizzano per il fatto di prevedere il coinvolgimento di un terzo, che può essere, a seconda dei casi, uno Stato o altro soggetto del diritto internazionale o un suo rappresentante.

Per quanto riguarda buoni uffici e mediazione sono strumenti di soluzione delle controversie di origine consuetudinaria, successivamente codificati nelle due Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 sulla soluzione pacifica delle controversie internazionali. Lo svolgimento di questi procedimenti è affidata ad una o più persone fisiche o ad uno o più Stati o ad un'organizzazione

³⁰Dyal G. E., *Canada-United States Memorandum of Understanding Regarding Application of National Antitrust Law: New Guidelines for Resolution of Multinational Antitrust Enforcement Disputes*, 6 in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1985.

internazionale che rivestono il ruolo di mediatore. La differenza tra i due procedimenti è più teorica che pratica risolvendosi in una minore o maggiore intensità dell'intervento del terzo. Spesso infatti risulta assai difficile stabilire, in un caso concreto, se un determinato tipo di intervento debba configurarsi come offerta di buoni uffici o come una vera e propria funzione di mediatore.

Più nello specifico, il terzo, nei buoni uffici, svolge un ruolo minimale, limitandosi a mettere in contatto le parti tra loro, favorendo in questo modo il negoziato o il raggiungimento di un accordo su un altro metodo per la soluzione pacifica della controversia. Coerentemente con questa impostazione, il ruolo del terzo si esaurisce una volta che il ravvicinamento tra le posizioni delle parti si fosse realizzato, mediante lo svolgimento di un negoziato o il ricorso, di comune accordo tra le parti, ad un'altra procedura di regolamento alternativa.

È bene notare come ai buoni uffici si ricorre per superare situazioni di assenza di dialogo, al fine appianare posizioni contrastanti. Proprio per tale ragione i buoni uffici possono considerarsi solo indirettamente come metodo per la soluzione delle controversie tra Stati; essi infatti, a differenza degli altri, non incorporano di per sé uno strumento idoneo a favorire la conclusione di un accordo risolutivo di una controversia, bensì un mezzo propedeutico per l'esperimento di un valido metodo di soluzione della controversia.

I buoni uffici sono oggi più frequentemente svolti dalle organizzazioni internazionali attraverso i loro organi principali; ad esempio quelli prestati dal Segretario generale delle Nazioni Unite, con riferimento ai negoziati tra Iraq ed Iran dopo la guerra del 1980-1988³¹ e con l'Iraq in occasione dell'invasione del Kuwait da parte del primo nel 1990.

³¹ Nell'agosto del 1988 l'Iran accettò la risoluzione 598 dell'ONU e i due paesi firmarono il cessate il fuoco. L'ONU inviò 350 osservatori a controllare il fronte, per evitare che nuovi scontri facessero riaccendere il conflitto.

Nella mediazione, invece, il ruolo del terzo è più incisivo perché egli, oltre a mettere le parti in rapporto tra loro, partecipa attivamente anche al negoziato, svolgendo la funzione di vero e proprio mediatore, ossia favorendo il riavvicinamento delle opposte pretese e suggerendo alle parti delle soluzioni della controversia. Trattandosi di procedimento diplomatico la soluzione proposta dall'intermediario terzo non determina alcun vincolo per le parti, che possono in ogni momento rifiutarla; tuttavia l'efficacia di tale strumento appare proporzionata all'influenza e all'autorevolezza della figura che incarna il ruolo di mediatore che può essere il Capo di uno stato, il Segretario Generale delle Nazioni Unite o una figura di stimato rilievo internazionale come il Papa. La mediazione dunque – al pari degli altri procedimenti – non è, di per sé, un mezzo di soluzione della controversia, bensì semplicemente un metodo volto a favorire il raggiungimento di un accordo tra le parti in ordine alla controversia che le contrappone. Soltanto l'eventuale accordo, raggiunto grazie alla mediazione di un terzo, costituisce il mezzo idoneo a risolvere giuridicamente la controversia, acquisendo una valenza estintiva del conflitto.³²

Scopo primario della mediazione è dunque quello di creare condizioni favorevoli affinché le parti risolvano pacificamente la controversia in modo che questa non degeneri in un conflitto.

Tratti caratterizzanti del procedimento sono espressi nel principio secondo cui «the duties of the Mediator shall consist in assisting the Parties, in the simplest most direct way, in the settlement of their disputes, in an effort to find an acceptable solution» e «the mediation shall not follow formal or strict

³² Morelli G., *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1987, pp. 373 – 375.

procedures»³³. Principio non esente da eccezioni rendendo più labile, come vedremo, la linea di confine tra mediazione e conciliazione.

L'importanza della mediazione è testimoniata dal fatto che essa è pressoché contemplata in tutti gli atti internazionali dedicati alla soluzione delle controversie tra gli Stati – tra i principali, le Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 sulla soluzione pacifica delle controversie internazionali, la Carta delle Nazioni Unite e il Patto di Bogotá del 1948 – dai quali è possibile anche desumere i tratti essenziali dell'istituto.

L'intervento del terzo può essere la conseguenza di un'offerta del terzo stesso oppure a seguito di una raccomandazione alle parti o ancora su richiesta concorde delle parti.

Come già sottolineato in generale per gli altri procedimenti diplomatici di soluzione delle controversie, anche nel caso della mediazione l'intervento del terzo deve essere accettato da tutte le parti della controversia. Senza il consenso la mediazione non può avere luogo.

Tra gli esempi di mediazione si può ricordare quella operata nel 1979 dalla Santa Sede nella controversia tra Argentina e Cile³⁴ e quella operata dall'Algeria tra Stati Uniti e Iran il quale rifiutava di interfacciarsi direttamente con gli americani³⁵.

³³ Art. 4 e 6 dell'Accordo sulla procedura di mediazione concluso a Washington il 6 ottobre 1976 tra El Salvador e l'Honduras per il regolamento delle controversie relative ai confini tra i due Stati.

³⁴ Si è trattato di un caso di accettazione scritta di un'offerta di mediazione attraverso la quale, con la firma a Montevideo nel 1979 dell'accordo tra Argentina e Cile, si pose fine alla controversia relativa all'attuazione della decisione arbitrale del 1977 sul canale di Beagle.

³⁵ La mediazione dell'Algeria consentì di raggiungere un accordo e di porre fine alla cd. crisi degli ostaggi: gli Stati Uniti dovettero sottostare alle condizioni finanziarie poste dall'Iran per il rilascio degli ostaggi nell'ambasciata statunitense a Teheran.

Molto importante tra i mezzi di soluzione diplomatica delle controversie internazionali è la conciliazione; quest'ultima si è andata precisando mediante un'evoluzione che trova il suo nucleo centrale nell'inchiesta.

È possibile indicare in via approssimativa i caratteri distintivi dell'istituto che consentono di configurare l'istituto «come un procedimento diretto a promuovere la soluzione di controversie internazionali mediante l'esame della controversia da parte di una commissione composta da individui, la quale cerca di condurre le parti ad una intesa proponendo, di regola, termini di accordo non vincolanti»³⁶.

Non si vuole dare in questo modo una definizione generale e ben delimitata dell'istituto, che sarebbe impossibile stante la discrezionalità degli Stati di introdurre nei relativi accordi diversi tipi di conciliazione, ma evidenziare quelli che sono i tratti essenziali dell'istituto.

A differenza dell'inchiesta, che come abbiamo detto rappresenta il suo antecedente storico, il terzo (la commissione) nella conciliazione assume un ruolo centrale, non più limitato all'esame delle sole questioni di fatto ma riguardante ogni aspetto della controversia sforzandosi di indurre le parti ad una definizione della controversia mediante un accordo, anche, se necessario, attraverso un accertamento dei fatti.

La conciliazione è un procedimento istituzionalizzato che si caratterizza per la sua somiglianza con l'arbitrato. Si dice a tal proposito, che quando la conciliazione viene svolta avendosi riguardo soprattutto agli aspetti giuridici della controversia, essa assume una valenza giurisdizionale piuttosto che diplomatico-negoziale. Tuttavia l'assenza di obbligatorietà del rapporto conclusivo o dei

³⁶ Villani U., *La conciliazione nelle controversie internazionali*, Jovene Editore, Napoli, 1989.

termini di soluzione della controversia indicati dalla commissione di conciliazione consente di distinguere tale procedimento dall'arbitrato stesso.

Dalla mediazione invece, la conciliazione si differenzerebbe per la previsione di formalità di procedimento e per il fatto di essere affidata ad individui anziché a Stati, peraltro anche qui la distinzione non è netta incontrandosi numerose eccezioni. Per esempio il Patto di Bogotá del 30 aprile 1948 e il Protocollo del Cairo del 21 luglio 1964 affidano le funzioni di mediatore a uno o più individui.

In termini generali, l'istituto della conciliazione si risolve nella sottoposizione della controversia ad un terzo, che nella maggior parte dei casi è costituito da un collegio di individui indipendenti, con la funzione di esaminare i fatti che hanno dato luogo alla controversia e di proporre alle parti una soluzione, che può essere o meno accettata, volta ad eliminare i contrasti tra loro esistenti.

Le Commissioni di conciliazione – composte in linea di principio da individui e non da Stati – sono organi istituiti su base permanente oppure occasionalmente dalle parti al momento della controversia, le cui competenze e modalità di funzionamento sono regolate in un accordo ad hoc che deve essere accettato dalle parti.

Al pari degli altri procedimenti di soluzione delle controversie internazionali, infatti, anche la conciliazione presuppone il consenso delle parti; l'accordo, che è alla base del procedimento di cui si tratta, può essere simultaneo, e quindi concluso nel momento in cui sorge la controversia, o preventivo rispetto ad essa. Questi accordi possono prevedere il ricorso alla conciliazione come *facoltativo*, ossia come possibile strumento a disposizione delle parti o come *obbligatorio*, non con riferimento all'esito della procedura ma inteso come obbligo per le parti di ricorrere alla relativa procedura. Ad esempio, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e la Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto

del mare che prevedono l'istituzione di commissioni al momento dell'insorgere della lite.

Il concetto di obbligatorietà può trovare duplice espressione: da una parte infatti le parti dell'accordo possono semplicemente assumersi l'obbligo di farvi ricorso laddove insorga una controversia contemplata in esso; dall'altra le parti possono mediante l'accordo istituire direttamente la competenza di una commissione di conciliazione. Diverse sono le conseguenze che ne conseguono perché nel primo caso, la mancanza di una commissione precostituita subordina l'inizio del procedimento ad un successivo nuovo accordo e dunque richiedendo la collaborazione di entrambi gli Stati parti della controversia; nel secondo caso sarà invece possibile azionare il procedimento anche su iniziativa unilaterale senza l'adempimento di alcun obbligo da parte degli Stati.

Pur parlandosi di conciliazione obbligatoria è opportuno sottolineare la natura non vincolante del rapporto emanato all'esito della procedura conciliativa.

L'inchiesta internazionale ha come finalità l'accertamento dei fatti ai fini del regolamento di una controversia giuridica o politica. Lo svolgimento di questa attività di carattere investigativo è di regola affidata ad un organo di carattere collegiale, le commissioni di inchiesta o commissioni di accertamento dei fatti (fact-finding commissions), il quale "ha il preciso compito di accertare esattamente le circostanze di fatto rilevanti"³⁷, fornendo alle parti una valutazione documentata degli stessi.

Il ricorso all'inchiesta è previsto per la prima volta nella Convenzione dell'Aja per la soluzione pacifica delle controversie internazionali del 1899 e modificata nella successiva Convenzione del 1907 la quale ha statuito che laddove sorga una

³⁷ Munari F., *Istituzioni di diritto internazionale*, pg. 242, Giappichelli editore, 2016.

controversia internazionale in ordine ad una “differenza di apprezzamento sopra punti di fatto” gli Stati possono istituire una Commissione d’inchiesta “incaricata di facilitare la soluzione di tali litigi, chiarendo, con un esame imparziale e coscienzioso, le questioni di fatto”³⁸. La medesima Convenzione all’art 10 previsto che le commissioni internazionali d’inchiesta sono istituite sulla base di un accordo *ad hoc* stipulato tra le parti nel quale sono indicate le funzioni, la composizione dell’organo ma soprattutto i fatti su cui esso è chiamato ad indagare. Proprio per tale ragione esse hanno carattere occasionale e vengono istituite al sorgere della controversia.

Il rapporto conclusivo della procedura d’inchiesta non ha carattere vincolante per le parti ma può agevolare la risoluzione di una questione controversa.

2.2 Procedimenti ad esito vincolante

Gli strumenti disponibili per la risoluzione delle controversie internazionali sono comunemente divisi in due gruppi. Accanto all’accordo, anche le sentenze costituiscono importanti mezzi di risoluzione delle controversie. Attraverso questa tipologia di procedimento le parti scelgono di sottoporre la controversia insorta ad un giudice o arbitro, al quale è riconosciuto il potere di emettere decisioni di carattere vincolante, la sentenza.

A differenza dei procedimenti diplomatici, denominati tali perché le parti mantengono il controllo della controversia e possono accettare o meno la proposta risolutiva, giurisdizione e arbitrato sono utilizzati quando si intenda ottenere una decisione vincolante e sono noti quindi come strumenti giuridici di risoluzione. Si caratterizzano appunto per l’obbligatorietà della soluzione offerta

³⁸ Art. 9 Convenzione dell’Aia del 1907 sul regolamento pacifico delle controversie.

dall'intervento del terzo e fondata su considerazioni in linea di principio giuridiche.

Avendo la controversia gli Stati quali protagonisti indiscussi, ossia soggetti ugualmente indipendenti e sovrani, anche i procedimenti giudiziali e arbitrali che ad esse si applicano, continuano a mantenere quel carattere consensuale che contraddistingue i procedimenti diplomatici. Il consenso delle parti costituisce dunque una condizione imprescindibile per il ricorso al giudice che può essere espresso in un accordo specifico o generale, precedente o posteriore al sorgere della controversia.

Tali procedimenti ad esito vincolante possono essere di due tipi: arbitrale, in linea di principio non istituzionalizzato in cui sono le parti ad attivare il meccanismo, e giurisdizionale, caratterizzato dal deferimento della controversia ad organi precostituiti, permanenti e che seguono procedure predeterminate, quali la Corte Internazionale di Giustizia o la Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

L'arbitrato ha subito una lenta istituzionalizzazione, quale conseguenza del suo sviluppo per la sua indiscussa efficacia, tanto da essere formalizzato dalla Conferenza dell'Aja per la *Risoluzione Pacifica delle Controversie Internazionali* prima nel 1899 e poi nel 1907 la quale indicava norme modello relative a procedure arbitrali a cui gli Stati avrebbero potuto rinviare in sede di accordo. L'art 37 della suddetta Convenzione definisce l'arbitrato quale strumento preferibile di risoluzione delle controversie fra Stati «per mezzo di giudici di loro scelta e sulla base del rispetto del diritto»³⁹. Tale preferenza è stata ripresa anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1982 sul diritto del mare per i vantaggi che ad essa conseguivano.

³⁹ Si tratta di una definizione ampiamente accolta dalla giurisprudenza internazionale che si è riferita ad essa in numerosi casi, quale per esempio il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 1925 sull'interpretazione dell'art 3, par. 2, del Trattato di Losanna.

Bisogna fare attenzione a non essere fuorviati da questa definizione perché gli arbitri possono decidere anche sulla base di criteri extragiuridici (*ex aequo et bono*) unicamente o ad integrazione di considerazioni di diritto, qualora così sia stato disposto dagli Stati nell'accordo arbitrale. Sulla base di quest'ultimo l'arbitro potrà dunque procedere applicando il diritto internazionale, decidere secondo equità oppure entrambi; la prassi ha poi evidenziato l'applicazione di un diritto ad hoc indicato dagli stessi Stati creato nei casi di specie.

Le Convenzioni dell'Aja hanno apportato un'altra importante innovazione a cui corrisponde una progressiva istituzionalizzazione dell'istituto: la creazione di una Corte Permanente di Arbitrato. Essa, se inizialmente si limitava a prestare assistenza agli Stati controvertenti mettendo a disposizione di essi un elenco di persone "*di notoria competenza in questioni di diritto internazionale*"⁴⁰ ai quali potevano rivolgersi, si è poi trasformata in un'istituzione avente anche la funzione di fornire un supporto in tutti gli altri mezzi diplomatici e alternativi di soluzione delle controversie.

Tornando alle caratteristiche proprie dell'istituto abbiamo già detto come l'arbitrato abbia una natura prettamente consensuale. Trova il proprio fondamento giuridico nella comune volontà delle parti di sottoporre la controversia ad un terzo il cui intervento è finalizzato all'emanazione di un lodo (lodo arbitrale) risolutivo della controversia sulla base del diritto internazionale.

La forma del tribunale che più comunemente si ravvisa nella pratica dei trattati è quella di un organo collegiale composto da un numero variabile di persone, generalmente tre o cinque, con il poter di decidere il caso a maggioranza. Questo tipo di tribunale è stato costituito per la prima volta nel famoso caso *Alabama Claims* del 1871. Gran Bretagna e America istituirono un tribunale composto da

⁴⁰ Art. 44 Convenzione dell'Aja 1907.

cinque membri, di cui solo due avevano la nazionalità delle parti. Proprio questa caratteristica, insieme al fatto che il tribunale ha seguito una rigida procedura giuridica e emesso un ragionevole giudizio, che ha fatto del caso un step decisivo nello sviluppo dell'arbitrato.⁴¹

Ciò che maggiormente differenzia l'arbitrato dai tribunali internazionali, e che giustifica il frequente e preferibile ricorso ad esso per la soluzione di controversie giuridiche, è la più ampia libertà di forme procedurali. In questo senso è rimesso alle parti non solo la scelta degli arbitri a cui sottoporre la controversia ma anche le regole che osserveranno nell'emanazione del lodo consentendo alle parti di mantenere il controllo sull'istituzione e sullo svolgimento della procedura⁴².

Quindi se da una parte gli stati per mezzo di un accordo si obbligano a rispettare la sentenza dall'altra però sono gli stessi stati a scegliere l'arbitro (o commissione arbitrale) a cui deferire la lite e le regole procedurali alle quali dovrà attenersi.

L'accordo, manifestazione del consenso delle parti e delle relative modalità di esecuzione, assume una forma diversa a seconda del momento in cui interviene rispetto alla controversia.

Si parla di compromesso quando gli stati decidono di attribuire la competenza a definire la controversia già insorta ad un terzo, fissandone gli aspetti principali.

La clausola compromissoria non attiene ad un contrasto attuale ma futuro ed eventuale; è tendenzialmente apposta ad un trattato, vincolando le parti a ricorrere ad arbitrato per la soluzione di controversie concernenti l'interpretazione e l'applicazione del trattato a cui è apposta.

Si parla di clausole compromissorie incomplete quando le parti si limitano soltanto a prevedere un obbligo a concludere il compromesso arbitrale al

⁴¹ Merillis J. G., *op. cit.*

⁴² Villani U., *La funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale e la sua incidenza sul diritto sostanziale*, in "La Comunità Internazionale Fasc. 1/2014", Editoriale Scientifica, 2014.

sorgere della controversia (*obbligo de contraendo*). Nella prassi è stata evidenziata comunque la tendenza a inserire clausole compromissorie complete e quindi già costitutive dell'organo arbitrale competente.

Il trattato generale di arbitrato in ultimo, è un accordo internazionale che, al pari della clausola compromissoria, obbliga gli Stati contraenti a ricorrere all'arbitrato quale strumento di soluzione di tutte le controversie che sorgeranno tra essi. Anch'esso può essere completo o incompleto: soltanto nel primo caso consentono ad uno Stato di citare unilateralmente l'altro stato parte dell'accordo di fronte al tribunale internazionale al quale è stata riconosciuta la competenza.

La sentenza arbitrale (o lodo arbitrale) emessa all'esito della procedura e che pone fine alla controversia, ha efficacia obbligatoria e autorità di cosa giudicata unicamente fra le parti, mentre «per gli stati terzi è una *res inter alios acta*»⁴³.

L'efficacia obbligatoria di tale sentenza è inevitabilmente condizionata dalla validità del compromesso e dal rispetto dei termini ivi indicati.

Le regole modello sulla procedura arbitrale⁴⁴ approvate nel 1958 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite prevedono tre ipotesi di invalidità della sentenza arbitrale: l'eccesso di potere, quando cioè si è pronunciato su questioni non contemplate nel compromesso, la corruzione di un componente del collegio arbitrale oppure nel caso di mancato rispetto di una regola procedurale fondamentale.

È importante evidenziare come nel diritto internazionale manchi un apposito strumento di esecuzione forzata della sentenza la cui attuazione è dunque rimessa esclusivamente agli Stati coinvolti i quali spontaneamente si sono impegnati a rispettarla.

⁴³ Leanza U., Caracciolo I., *Il diritto internazionale: Diritto per gli stati e diritto per gli individui*, Parte generale, Torino, G. Giappichelli Editore, Terza edizione, 2012.

⁴⁴ Convenzione concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere, New York 1958 Assemblea delle Nazioni Unite.

La diffusione dell'arbitrato internazionale, grazie ai vantaggi che esso comporta, ha portato ad una progressiva applicazione di tale strumento anche alle controversie tra Stati e persone fisiche o giuridiche. Lo specifico scopo di trattare questo tipo di controversie ha portato all'istituzione del Centro internazionale per la soluzione delle controversie sugli investimenti (*International Centre for Settlement of Investments Disputes – ICSID*) istituito dalla Convenzione di Washington per la soluzione delle controversie in materia di investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati del 1965. La competenza del Centro si estende a tutte le controversie giuridiche tra Stati contraenti e persone fisiche o giuridiche aventi la nazionalità di un altro Stato contraente in materia di investimenti.

Senza entrare nello specifico del meccanismo di funzionamento del Centro, è importante considerare che esso non svolge direttamente funzioni arbitrali ma ha invece il compito di istituire a sua volta tribunali arbitrali e commissioni di conciliazione *ad hoc* con funzioni risolutorie delle controversie. Istituito sulla base di un trattato multilaterale, il Centro conduce gli arbitrati in conformità con le regole poste nel suo documento costitutivo. Nel sistema ICSID sia gli Stati che le parti private hanno il diritto di far valere il lodo davanti ai tribunali interni, i quali non hanno alcuna competenza a sindacare nel merito.

Il rilievo dell'arbitrato è cresciuto considerevolmente, venendo assimilato ad una vera e propria procedura giurisdizionale a seguito del successo conseguito nel già citato caso dell'*Alabama Claims arbitration* del 1872 tra USA e Gran Bretagna. La pacifica risoluzione della questione ha posto un importante ed emblematico precedente per la soluzione di controversie internazionali attraverso l'arbitrato. È in questa fase che i tribunali arbitrali sono stati spesso invitati dalle parti a ricorrere ai principi di giustizia ed equità e a proporre compromessi extra giudiziali.

L'arbitrato incontrava tuttavia un importante limite rappresentato dalla sua natura non permanente ed è proprio in considerazione e sulla base di ciò che si sono sviluppati i primi organi giurisdizionali internazionali, a partire dall'istituzione della Corte permanente di giustizia internazionale nel 1920.

La linea di confine tra arbitrato e soluzione giudiziaria delle controversie non è netta: quest'ultimo strumento è applicabile a qualsiasi tribunale competente a risolvere controversie tra Stati in conformità con il diritto internazionale. A tal proposito è importante ricordare come queste istituzioni permanenti si sono sviluppate proprio sulla base dell'esperienza arbitrale.

In alcuni casi si assiste ad uno sviluppo integrato di sistemi di soluzione delle controversie che prevedono, accanto a corti internazionali con una giurisdizione formale, anche tribunali arbitrali a cui vengono riservate particolari questioni, convocati per mezzo di procedure appartenenti al medesimo sistema. Ed è questo il caso dell'UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) in cui accanto alla giurisdizione obbligatoria dell'ITLOS sono previste delle procedure arbitrali di soluzione delle controversie che si risolvono nell'istituzione di nuovi organi arbitrali oppure come accade nell'ambito della World Trade Organization attraverso il ricorso ad appositi *panels*.

Per quanto riguarda poi la Corte Internazionale di Giustizia, che trova il suo antecedente storico nella Corte permanente di Giustizia internazionale, essa viene istituita nel 1945 con la nascita delle Nazioni Unite delle quali è uno degli organi principali. È stata la prima e l'unica, per un lungo periodo, corte internazionale, ed è ancora l'organo giudiziario dotato di una giurisdizione universale.

La creazione della Corte, dopo la prima guerra mondiale sotto il nome di Corte permanente di Giustizia è stato considerato un enorme passo, decisivo, verso la sottomissione delle attività degli Stati sovrani alle regole di diritto internazionale. Infatti la sua esistenza, quale unico tribunale internazionale, è stata vista come elemento cruciale nell'identificazione di un corpo di regole e principi internazionali che, grazie all'opera della corte, ricevono la stessa interpretazione e applicazione a livello universale. E questo è in linea di principio corretto anche se, come statuisce la stessa Corte Permanente nel caso *Eastern Carelia Case*⁴⁵, nessuno Stato può, senza il suo consenso, essere obbligato a presentare la controversia che lo riguarda con altri Stati a mediazione, arbitrato o altro genere di mezzo pacifico di soluzione.

Alla Corte sono attribuite una competenza contenziosa (*jurisdiction in contentious cases*) la quale le consente di risolvere ogni controversia di natura giuridica sorta tra Stati e sulla base del consenso prestato da essi⁴⁶ e una competenza consultiva (*advisory jurisdiction*) in base alla quale è chiamata a fornire pareri relativi a questioni giuridiche su richiesta degli organi delle Nazioni Unite o Istituti specializzati.

Per quanto riguarda la giurisdizione contenziosa della Corte, l'art 36 c.1 ne ravvisa un fondamento arbitrale in considerazione del fatto che nella maggior parte dei casi il consenso è espresso attraverso un accordo che assume la veste del compromesso (cd. compromesso giurisdizionale) o della clausola compromissoria.

⁴⁵ *Status of Eastern Carelia Case*, USSR v. Finland, Advisory Opinion No. 5, 23 Luglio 1923.

⁴⁶ Il principio del consenso quale condizione imprescindibile per l'esercizio della competenza giurisdizionale trova espressione nell'art. 36 dello Statuto della CIG quale corollario della sovranità degli Stati.

Tale compromesso assume un elevato grado di importanza dal momento che non soltanto radica la giurisdizione della Corte ma anche perché delimita l'ambito entro il quale la Corte è chiamata a pronunciarsi.

Emblematico è il *Corfù Channel Case (Gran Bretagna v. Albania)* sia perché fu il primo caso di cui si occupò la Corte sia perché rappresentò un importante precedente nella definizione di alcuni principi fondamentali del diritto del mare e del diritto internazionale. La Corte fu investita della controversia proprio per mezzo di uno speciale accordo, espressione del consenso delle parti e realizzato tramite atti successivi alla controversia stessa. Infatti la richiesta presentata unilateralmente dai delegati britannici incontrò l'opposizione del governo albanese, sostenendo la carenza di giurisdizione della Corte. È dopo il rigetto da parte di quest'ultima delle obiezioni sollevate dagli albanesi che le parti convennero attraverso un accordo per la sottoposizione della questione ai giudici.

Altro importante caso è *the Arbitral Award made by the King of Spain* nel dicembre del 1906 (*Honduras v. Nicaragua*)⁴⁷. Le parti in questione avevano siglato un trattato sulla determinazione delle frontiere tra i due stati e nel quale era previsto, in uno dei primi articoli, che se si fosse posto un problema sulla linea di confine la soluzione di questo sarebbe stato sottoposto alla decisione del re di Spagna. Di fronte però al rifiuto del Nicaragua di dare effetto ad un lodo arbitrale reso dal re, gli Stati si accordarono sulla procedura da seguire per sottoporre tale questione alla Corte, all'esito della quale l'Honduras riuscì ad ottenere una pronuncia favorevole obbligando la parte resistente a conformarsi alla decisione arbitrale. La particolarità del caso sta proprio nel fatto che le parti

⁴⁷ <http://www.icj-cij.org/en/case/39>.

avevano precedentemente concluso un accordo sulla procedura che avrebbero seguito per sottoporre la controversia alla Corte.

Esercita invece una competenza tipicamente giurisdizionale quando gli Stati dichiarano unilateralmente di riconoscere come obbligatoria, nei confronti di qualsiasi altro Stato che accetti il medesimo obbligo, la giurisdizione della Corte⁴⁸. Dunque la Corte è legittimata a definire una controversia tra Stati che abbiano entrambi presentato il loro consenso sulla base di dichiarazioni unilaterali e che quindi abbiano accettato come obbligatoria la sua competenza. Grazie a questa disposizione viene riconosciuta agli Stati parte dello Statuto della Corte la possibilità di accettarne preventivamente la giurisdizione con la conseguenza di poter citare unilateralmente o di poter essere citati dallo Stato parte sulla base di un rapporto di reciprocità.

Ad esempio, le sentenze del 1984 e del 1986, nel caso delle Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti) hanno tratto origine dalla richiesta unilaterale del Nicaragua fondata sulla dichiarazione di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte fatta da entrambi gli Stati⁴⁹.

Si tratta di un meccanismo assai efficace che peraltro è solo formalmente obbligatorio in quanto si fonda comunque sul consenso delle parti le quali sono libere di scegliere se accettare o meno la giurisdizione della Corte e a quali condizioni. Il maggior numero di Stati parte dello Statuto della Corte non ne ha accettato la giurisdizione obbligatoria oppure hanno apposto riserve alla dichiarazione di accettazione. In ogni caso dal momento in cui presta il suo consenso, lo Stato non potrà che essere vincolato alla competenza della Corte. Si

⁴⁸ Ai sensi dell'art 36, par. 2 dello Statuto della Corte.

⁴⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1986.

pensi che non hanno accettato la giurisdizione obbligatoria l'Italia, gli Stati Uniti, la Germania e la Francia.

Gli Stati Uniti in realtà avevano inizialmente accettato la giurisdizione obbligatoria della Corte con una riserva che escludeva dalla sua competenza *“dispute arising under a multilateral treaty, unless all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court, or the United States of America specially agrees to jurisdiction”*⁵⁰. In occasione della sopracitata controversia che li vedeva coinvolti contro il Nicaragua, la Corte ha riconosciuto che nonostante le obiezioni poste, erano soggetti alla competenza della Corte in forza dell'art. 36 par.2 dello Statuto. Qualche anno dopo la pronuncia della sentenza che obbligava gli Stati Uniti a cessare e astenersi dall'uso illegale della forza contro il Nicaragua perché in tale modo stava violando il diritto internazionale consuetudinario che impediva agli Stati l'uso della forza contro un altro Stato, gli Stati Uniti hanno ritirato il consenso alla giurisdizione obbligatoria.

Ai sensi dell'art.41 dello Statuto, la Corte può indicare misure cautelari a titolo provvisorio a tutela dei diritti di ciascuna parte laddove le circostanze lo richiedano perché sussiste un pregiudizio irreparabile o il rischio dell'aggravarsi della controversia.

Dopo un lungo dibattito circa la loro obbligatorietà, la giurisprudenza internazionale è ormai unanime nell'affermare che tali misure impongono obbligazioni vincolanti per le parti ed il loro mancato rispetto determina la responsabilità dello Stato dinanzi alla Corte.

Nel caso *LaGrand (Germany v. USA)*⁵¹ la Corte internazionale di Giustizia è stata chiamata proprio a pronunciarsi sul carattere vincolante o meno delle misure

⁵⁰ Summary of the judgment paragraph V.

⁵¹ Sent. del 27 giugno 2001.

provvisorie di cui all'art. 41 dello Statuto interpretandolo in conformità con il diritto internazionale consuetudinario. Nel riconoscere l'obbligatorietà di esse la Corte ha attribuito effetti vincolanti anche alle ordinanze che indicano misure provvisorie ai sensi dell'art. 41. Entrando nello specifico della questione la Corte ha affermato che l'ordinanza del 3 marzo 1999 «non era una mera esortazione ... ma aveva un carattere vincolante e creava un obbligo giuridico per gli Stati Uniti». L'ordinanza imponeva di adottare tutte le misure necessarie volte ad impedire l'esecuzione della condanna a morte di Walter LaGrand in pendenza della decisione finale della stessa Corte. La Germania aveva infatti adito la Corte Internazionale di Giustizia denunciando la violazione della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari⁵² da parte dei giudici dell'Arizona, chiedendo l'emanazione urgente di misure provvisorie volte alla protezione della vita del concittadino. Dall'esame delle misure adottate dagli Stati Uniti a seguito dell'ordinanza, la Corte constatò che non si potevano considerare adottate tutte le misure necessarie per dare effetto all'ordinanza e concluse sottolineando che non solo non erano state riconosciute le giuste ai diritti individuali in conformità con quanto prescritto dalla Convenzione ma si erano anche sottratti all'obbligo derivante dall'art. 41 dello Statuto non ottemperando all'ordinanza.

Il caso LaGrand rappresentò quindi un'importante occasione per definitivamente chiarire la portata del suddetto articolo e affermare l'obbligatorietà delle relative misure.

Per quanto riguarda l'attuazione delle sentenze, non prevedendo il sistema delle Nazioni Unite alcuna regola che imponga agli Stati di ricorrere al procedimento giudiziario dinnanzi alla Corte per risolvere le controversie, la ratio sottesa è quella per cui una volta scelta tale via essi sono obbligati ad adeguarsi alle

⁵² Art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963.

decisioni vincolanti dell'organo. La prassi evidenzia come nella maggior parte dei casi gli Stati tendano ad adeguarsi spontaneamente alla sentenza della Corte; l'art. 94 par. 2 della Carta delle Nazioni Unite predispone un meccanismo a garanzia dell'osservanza della decisione giurisdizionale: è possibile infatti ricorrere al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che avrà il compito di fare raccomandazioni o adottare misure volte a garantire il rispetto della sentenza. La dottrina ha peraltro evidenziato la scarsa considerazione della disposizione da parte degli Stati rimettendo l'attuazione delle sentenze ad un più diplomatico processo di negoziato.

Abbiamo detto che accanto ad una funzione contenziosa alla Corte è riservata anche un'importante funzione consultiva nell'esercizio della quale essa pronuncia pareri su richiesta dell'Assemblea Generale e del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite su qualsiasi questione giuridica oppure su richiesta di istituzioni specializzate, nei limiti però delle rispettive competenze⁵³. A tal proposito è possibile ricordare il silenzio della Corte di fronte alla richiesta di un parere da parte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio sulla liceità dell'uso dell'arma nucleare ritenendo appunto di essere incompetente poiché la richiesta di parere esorbitava dall'ambito delle competenze attribuite dallo Statuto all'OMS. Al contrario, un parere⁵⁴ anche piuttosto articolato è stato emesso a fronte della richiesta da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sulla medesima questione⁵⁵.

Attraverso questa competenza consultiva la Corte assiste gli organi politici nella soluzione delle controversie e fornisce orientamenti autorevoli su punti di legge derivanti dalla funzione degli organi e degli istituti specializzati.

⁵³ Art. 96 della Carta ONU e art. 65 dello Statuto si riferiscono a "*any legal question*" escludendo questioni politiche.

⁵⁴ Parere dell'8 luglio 1996 sulla Liceità dell'uso o della minaccia dell'arma nucleare.

⁵⁵ Ronzitti N., *Rivista di diritto internazionale* - 4/1996.

Trattandosi di un chiarimento autorevole su di una questione giuridica non direttamente risolutivo di una controversia, il parere non ha alcuna forza obbligatoria e vincolante per i soggetti del diritto internazionale. Non mancano eccezioni a tale regola potendo gli Stati per mezzo di un trattato specifico, autovincolarsi ai pareri della Corte.

Parte II

Il ruolo delle organizzazioni internazionali nella risoluzione delle controversie internazionali

3 Le organizzazioni internazionali

Per comprendere l'importanza che le organizzazioni internazionali hanno nel tempo acquisito è opportuno partire da un breve *excursus* su quelle che sono le ragioni che hanno portato alla diffusione di tali enti per poi addentrarci nella trattazione dei sistemi di risoluzione delle controversie predisposti dalle organizzazioni stesse. Le controversie internazionali infatti rappresentano un momento inevitabile delle relazioni internazionali, ancora di più con il realizzarsi di un fenomeno che trova il suo fondamento stabile nella cooperazione tra gli Stati. Si è ritenuto opportuno dunque predisporre un meccanismo che assicurasse la pacifica convivenza degli Stati sia nell'ambito della medesima organizzazione, che più in generale nelle relazioni interstatuali.

I primi tentativi di costituzione di organizzazioni internazionali risalgono al 1815 con il Congresso di Vienna in cui iniziano a consolidarsi forme, seppur embrionali, di interrelazioni tra gli Stati. Si assiste infatti al sorgere di conferenze periodiche nell'ambito delle quali venivano discusse problematiche su interessi comuni con la conseguenza però che se non era possibile trovare una soluzione pacifica, il ricorso alla guerra appariva scontato.

Già al termine della prima guerra mondiale è possibile ravvisare una nozione di organizzazione internazionale che riflette quello che è ormai il suo significato

attuale; si tratta di «enti astratti capaci di elaborare autonomamente norme e di assumere comportamenti non riconducibili alla volontà dei soggetti che li compongono, ma che ad essi si impongono».⁵⁶ Si assiste all'istituzione delle prime organizzazioni quali la Società delle Nazioni (quale antecedente storico dell'Organizzazione delle Nazioni Unite) e l'Ufficio Internazionale del Lavoro finalizzate al perseguimento di obiettivi comuni attraverso la collaborazione tra gli Stati.

Ed è proprio questo processo di cooperazione internazionale che contraddistingue le organizzazioni nell'ambito delle quali è possibile realizzare obiettivi e soddisfare bisogni sempre più difficilmente raggiungibili singolarmente dagli Stati.

È al termine della seconda guerra mondiale che si comincia ad avvertire nella comunità internazionale un'esigenza di stabilità, il cui mantenimento poteva essere preservato da un'Organizzazione a carattere universale volta ad impedire l'insorgere di nuovi conflitti. Nel 1945 con la Conferenza di San Francisco venne istituita la prima grande organizzazione intergovernativa⁵⁷, l'ONU, che rappresentò il punto di partenza nell'ambito del sistema delle organizzazioni internazionali. Tra le finalità principali dell'ONU vi è proprio il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale attraverso la promozione di strumenti di soluzione pacifica delle controversie volte a prevenire il sorgere di conflitti armati, di cui abbiamo largamente parlato nella prima parte dell'elaborato,

⁵⁶ Del Vecchio A., *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

⁵⁷ Si parla di organizzazioni intergovernative per distinguerle da quelle non governative (ONG). Si tratta in quest'ultimo caso di enti o associazioni private appartenenti a Stati diversi la cui collaborazione istituzionalizzata è finalizzata al perseguimento di interessi di importante rilevanza sociale (Amnesty International, WWF).

nonché il rispetto e la salvaguardia dei diritti umani e una cooperazione internazionale⁵⁸.

Successivamente all'istituzione dell'ONU si assistette alla nascita di molteplici forme associative che, sebbene dotate di competenze limitate ad ambiti ben specifici, si caratterizzavano per una partecipazione soggettiva tendenzialmente universale.⁵⁹ Tale fenomeno diede avvio ad un graduale processo di erosione della sovranità propria degli Stati che cessano di essere i soli attori della politica mondiale, in favore di enti internazionali dotati di ampi poteri. Essi, tutt'oggi, rappresentano la forma più avanzata di cooperazione internazionale che permette ai singoli Stati di tutelare i propri interessi e di risolvere, all'interno di un'area neutrale, problematiche comuni.

La costituzione di tali organizzazioni avviene con la firma di accordi internazionali da parte degli stati membri sotto forma di statuto, trattato e convenzione che ne rappresenta la base giuridica. In tali atti- espressione della volontà degli Stati che vi aderiscono- vengono specificate le finalità, gli strumenti e i metodi operativi attraverso i quali, tali enti, produrranno norme che si indirizzeranno e vincoleranno gli Stati stessi.

Gli Stati aderenti per mezzo di questi accordi non soltanto ne regolano il funzionamento, ma conferiscono alle organizzazioni ampi poteri normativi, esercitabili esclusivamente nell'ambito di quell'ordinamento giuridico particolare a cui hanno dato vita.

*“Les organisations internationales apparaissent en effet centrales dans la formation du droit international”*⁶⁰. Gli atti istituzionali delle organizzazioni

⁵⁸ Art 1 Carta ONU.

⁵⁹ IBRD o IMF in materia economico-finanziaria, la NATO a carattere militare, l'UNESCO di carattere culturale e scientifico, accordi multilaterali quali il *General Agreement on Tariff and Trade* (GATT) in materia commerciale.

⁶⁰ Forteau M., *Organisations internationales et sources du droit*, in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013.

internazionali se vincolanti costituiscono fonti di diritto, o come più propriamente definiti, fonti previste da accordo, insieme ma in posizione subordinata rispetto alle altre fonti del diritto internazionale rappresentate da consuetudini e accordi.

Ampia e controversa fu la questione relativa alla personalità giuridica delle organizzazioni internazionali. In origine e per molto tempo gli unici soggetti del diritto internazionale erano considerati gli Stati; solo a seguito della seconda guerra mondiale, e in particolare con l'istituzione dell'ONU, si è riconosciuto un certo grado di autonomia alle organizzazioni che le consentiva di agire in maniera indipendente dagli Stati membri. Per l'esercizio delle funzioni e per il raggiungimento delle finalità proprie dell'ente esso deve poter essere titolare di situazioni giuridiche soggettive e autonomo centro di imputazione di rapporti soggettivi, in modo da partecipare pienamente, al pari degli Stati, alla vita della comunità internazionale.

Per quanto riguarda il fondamento giuridico della personalità giuridica delle organizzazioni internazionali, la dottrina aveva elaborato diverse teorie⁶¹. Ed è proprio in questo contesto che si inserisce l'importante contributo della Corte Internazionale di Giustizia la quale, nel parere sulla *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* – detto anche *caso Bernadotte* - del 1949, ha riconosciuto la soggettività internazionale delle organizzazioni internazionali sulla base della teoria funzionale o dei poteri impliciti.

Di fronte all'uccisione di due cittadini, di cui uno francese e uno svedese, nello svolgimento della funzione di mediatori e osservatori per conto dell'ONU per negoziare e sorvegliare la tregua tra Israele e gli Stati Arabi, il Consiglio di

⁶¹ Per la teoria volontaristica il fondamento giuridico della personalità internazionale era da ricercare nella manifestazione di volontà espressa in tal senso dagli stati nell'accordo istitutivo; la teoria oggettiva, al contrario guardava al modo di agire dell'organizzazione stessa.

Sicurezza delle Nazioni Unite chiese alla Corte Internazionale di Giustizia un parere consultivo circa la possibilità di presentare un reclamo internazionale contro lo Stato responsabile al fine di ottenere la riparazione dei danni causati all'Organizzazione e alla vittima. La Corte ha precisato che «la competenza ad avanzare un reclamo internazionale è, per quelli che la possiedono, la capacità di far ricorso ai metodi abituali riconosciuti dal diritto internazionale per la definizione, presentazione e soluzione delle controversie»⁶². Si trattava dunque di esercitare funzioni e diritti che potevano essere giustificati soltanto sulla base del possesso di una larga misura di capacità internazionale fino ad allora riconosciuta solo agli Stati. È proprio a questo punto che la Corte, in mancanza di un'esplicita previsione della Carta dell'ONU, che fa riferimento alla teoria dei poteri impliciti per riconoscere all'Organizzazione la personalità giuridica di diritto internazionale e la conseguente capacità di far valere i propri diritti autonomamente per mezzo di reclami internazionali.

La Corte ha affermato che per raggiungere gli scopi specificati nella Carta delle Nazioni Unite era indispensabile attribuire la personalità giuridica all'Organizzazione e che quindi i membri stessi assegnandole certe funzioni e istituendo degli organi al suo interno, l'hanno anche dotata di quelle competenze necessarie per svolgerle effettivamente.

Dunque mentre lo Stato è titolare di diritti e doveri internazionali riconosciuti dal diritto internazionale, la stessa titolarità di diritti e doveri dell'Organizzazione dipende dalle funzioni, implicite o esplicite, assegnategli dall'accordo istitutivo.

Lo stesso è stato affermato dalla Corte nel parere reso sull'interpretazione dell'accordo tra l'OMS e l'Egitto del 1980 in cui riconosce che l'organizzazione è soggetto di diritto internazionale e come tale vincolato alle regole generali di

⁶² ICJ Reports, 1949, p. 176.

diritto internazionale e al suo atto costitutivo nonché gli obblighi derivanti dall'accordo di cui è parte.

Fenomeno alquanto atipico è quello rappresentato dal GATT'47.

La dottrina con riguardo alla sua personalità giuridica non è affatto unanime: secondo alcuni infatti la progressiva strutturazione istituzionale dell'ordinamento a cui ha dato vita, composto da un organo assembleare (Parti Contraenti) dotate di un ampio raggio d'azione intervenendo, con poteri normativi, su ogni problema attinente al commercio internazionale, da un Segretariato con compiti prevalentemente amministrativi e infine da un Consiglio quale organo esecutivo, avrebbe condotto ad una sua assimilazione alle altre organizzazioni internazionali intergovernative.⁶³ Altri invece hanno negato la personalità giuridica del GATT, quale trattato entrato in vigore sulla base di un Protocollo di applicazione provvisoria, qualificandolo più propriamente come un'unione di Stati in cui le attività poste in essere erano imputabili agli Stati membri che agivano collettivamente. Quest'ultima tesi è avvalorata dall'esclusione della capacità di agire autonomamente nella vita di relazione internazionale, comprensivo del cd. *treaty-making power*⁶⁴.

Diverso e non discutibile è il caso del *WTO (World Trade Organization)*⁶⁵ qualificata come organizzazione internazionale a tutti gli effetti non presentando quelle carenze istituzionali che invece caratterizzavano il GATT.

⁶³ Ligustro A., *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, CEDAM Padova, 1996.

⁶⁴ Un esempio è rappresentato da uno scambio di lettere tra il Direttore generale del GATT e il Dipartimento politico federale svizzero che aveva esteso al personale del GATT l'Accordo sui privilegi e le immunità concluso nel 1946 dallo stesso governo elvetico con il Segretario generale dell'ONU. In questa occasione il Direttore generale agiva in nome delle Parti Contraenti quindi quale rappresentante degli Stati e non dell'Organizzazione.

⁶⁵ Istituita con l'accordo di Marrakech del 15 aprile 1994 ed entrato in vigore il 1 gennaio 1995

4 Gli atti istitutivi come fonte del regolamento delle controversie

Il regolamento delle controversie è un aspetto centrale nella vita delle organizzazioni internazionali, e non può che essere disciplinato nell'ambito degli accordi istitutivi delle stesse nonché negli atti di diritto derivato.⁶⁶

In alcuni casi la competenza a dirimere le controversie sorte tra membri dell'organizzazione è affidata ad organi interni predisposti a tal fine dalla medesima organizzazione; in altri casi invece è previsto come obbligatorio, o facoltativo, il ricorso a tribunali esterni all'organizzazione.

Per comprendere questo complesso meccanismo, è opportuno fare un passo indietro e considerare che il fenomeno della globalizzazione oltre ad aver condotto alla nascita di un considerevole numero di organizzazioni a vocazione universale, ha favorito al tempo stesso la nascita di organizzazioni regionali, caratterizzate da un grado maggiore o minore di cooperazione e costituite da Stati appartenenti ad una stessa area geografica. La ragione che ha condotto alla proliferazione di iniziative associative di questo tipo è sicuramente ravvisabile nella più intensa comunanza di interessi politici, economici e sociali caratterizzata inevitabilmente da una maggiore omogeneità rispetto alle organizzazioni a vocazione universale difficilmente raggiungibile per l'elevato numero di membri.

I processi di globalizzazione degli interessi a livello economico e tecnologico determinano una crisi di quelli che erano i principi fondamentali alla base dei rapporti interstatuali, quali, primo fra tutti, il concetto di sovranità degli Stati, imponendo una forma di globalizzazione del diritto stesso.⁶⁷ In questo contesto di progressiva erosione dei poteri dello Stato, le organizzazioni internazionali,

⁶⁶ Virzo R., *Le organizzazioni internazionali e la soluzione delle controversie*, in "Diritto delle organizzazioni internazionali", a cura di Del Vecchio A., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

⁶⁷ Del Vecchio A., *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci Editore, Bari, 2015.

quali soggetti del diritto internazionale, assumono un ruolo centrale nella regolamentazione di settori di attività, da sempre riservati agli ordinamenti interni dei singoli Stati. Ed ecco che da questa specializzazione del diritto internazionale prende vita quello che viene definito come un processo di giurisdizionalizzazione e cioè di proliferazione dei tribunali internazionali a competenza territoriale universale o regionale, i quali sono chiamati a risolvere controversie di interesse generale della collettività non più circoscrivibile ad un singolo Stato, relative ad uno specifico settore del diritto internazionale.

Tra le ragioni che hanno condotto all'istituzione di numerosi organi giurisdizionali a carattere permanente non vi è soltanto l'esigenza offrire un'adeguata tutela a interessi – quali ad esempio quelli relativi al diritto del mare o agli scambi commerciali – di carattere tendenzialmente universale, ma anche quella di ricondurre nella competenza dei giudici internazionali materie che ne erano fino ad allora rimaste escluse. Ad esempio tribunali competenti a conoscere controversie che abbiano come parti in causa organizzazioni internazionali e persone fisiche o giuridiche⁶⁸. Siffatta esigenza è stata soddisfatta con l'istituzione dell'*International Tribunal for the Law of the Sea* e dell'*International Criminal Court* dotati di una competenza territoriale universale oppure la *European Court of Human Rights* e la *Inter-American Court of Human Rights* le cui competenze sono limitate ad una determinata area geografica e alle sole controversie in materia di violazione dei diritti dell'uomo.

Nel contesto di proliferazione delle giurisdizioni internazionali si è inserito, più di recente, il fenomeno della proliferazione di meccanismi di natura arbitrale di soluzione delle controversie inseriti nell'ambito della *World Trade Organization* e

⁶⁸ Escluse come sappiamo dalla competenza della Corte Internazionale di Giustizia la cui giurisdizione è limitata alle sole controversie che abbiano come parti in causa gli Stati, ai sensi dell'art. 34 dello Statuto.

della *Convention on the Settlement of investment disputes between States and National from other States*.

Nonostante una parte della dottrina abbia per lungo tempo considerato il fenomeno della proliferazione di nuovi tribunali internazionali la causa della frammentazione del diritto internazionale e suscettibile di condurre a giurisprudenze contraddittorie⁶⁹, si ritiene in realtà che in un contesto di espansione dell'ordinamento giuridico internazionale – inteso quale sistema di norme vincolanti, alla cui violazione si ricollegano delle conseguenze predeterminate – sia inevitabile che la diffusione di una rete di obbligazioni generi allo stesso tempo l'istituzione di nuovi organi di controllo del rispetto di questi obblighi da parte degli Stati. Questo processo di giurisdizionalizzazione «*makes International disputes more justiciable and improves the efficiency of international law by contributing to the implementation of obligations while creating a more refined and precise system of interpretation of norms*»⁷⁰.

Procedendo con ordine, analizziamo ora alcuni dei principali sistemi di risoluzione delle controversie previsti dai trattati o convenzioni istitutivi dell'organo e delle sue competenze.

Dell'importanza della Corte Internazionale di Giustizia, quale unico organo giurisdizionale internazionale dotato di competenza universale *ratione materiae*, abbiamo già ampiamente trattato.

Un altro importante tribunale a competenza territoriale universale, che ha rappresentato un importante passo avanti nella risoluzione delle controversie

⁶⁹ Viene preso ad esempio il caso *Tadic*, risolto dalla Camera d'appello del Tribunale per l'ex Jugoslavia, che ha offerto al Tribunale dell'Aja la possibilità di riconoscere la sua giurisdizione, messa in dubbio da quanti ritenevano che il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite non avesse di creare, con un atto unilaterale, un tribunale penale *ad hoc*. La Camera di Appello ha riconosciuto che tale istituzione rientri indirettamente nel potere del Consiglio di adottare ogni misura ritenuta idonea a garantire la pace e la sicurezza internazionale.

⁷⁰ Dupuy P.M., *The Danger of fragmentation or unification of the International legal system and the International Court of Justice*, in N.Y.U. J. Int'l L.&Pol., 1999, vol.31.

internazionali dopo l'adozione dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, è l'*International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)* istituito con l'entrata in vigore nel 1982 dell'*United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*.

La competenza dell'ITLOS si estende a tutte le questioni che ineriscono il diritto del mare così come codificato nella relativa Convenzione.

Alcuni giudici della Corte internazionale di giustizia, Oda S. e Guillaume G., hanno criticato l'istituzione di questo nuovo tribunale sostenendo che si trattasse di una futile istituzione, creata per sottrarre e privare la Corte del suo ruolo centrale nelle controversie di questo tipo, ma soprattutto argomentando che la creazione di tribunali specializzati comprometterebbe l'unità del diritto internazionale. Il diritto del mare, secondo i giudici, costituisce una parte essenziale del diritto internazionale e ogni controversia concernente l'interpretazione e l'applicazione di tale diritto dovrebbe essere rimessa alla competenza della Corte Internazionale di Giustizia⁷¹.

Prima di procedere ad una breve ma completa descrizione di quello che è il sistema di soluzione delle controversie previsto dall'UNCLOS, ritengo opportuno partire dallo scopo perseguito dalla Convenzione stessa.

Prima di tutto ciò che rileva è l'intenzione della Convenzione a porsi come un codice completo comprensivo di tutte le questioni relative al diritto del mare, così da attrarre il maggiore consenso da parte degli Stati e assumere un carattere universale. In secondo luogo, poiché la Convenzione si occupa di un gran numero di argomenti la cui disciplina non può che essere il risultato di un compromesso, o meglio, un complesso bilanciamento degli interessi di tutti gli Stati, spesso ci troviamo di fronte ad articoli ambigui o poco chiari. In questo contesto,

⁷¹ Boyle A.E., *Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: problems of fragmentation and jurisdiction*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, January 1997.

l'obbligatorietà del sistema di soluzione di fronte all'ITLOS rappresenta il collante che consente di mantenere in piedi l'intero sistema e garantire la sua piena accettazione da parte degli Stati, evitando applicazioni e interpretazioni contrastanti.

La Convenzione impone, quale principio generale, che gli Stati parte, devono risolvere ogni controversia che sorga tra essi, concernente la sua applicazione o interpretazione, attraverso mezzi pacifici, in conformità con l'art. 2 par. 3 della Carta delle Nazioni Unite.⁷² Questo non può che avere un duplice effetto perché da una parte estende l'obbligazione contenuta nella Carta anche agli Stati non membri delle Nazioni Unite nel momento in cui diventano parti della Convenzione; dall'altra dispone per tutti gli Stati che le controversie concernenti la Convenzione devono essere risolte «*in accordance with justice*»⁷³.

In ogni caso, nulla impedisce agli Stati di risolvere la controversia concordando tra loro strumenti pacifici di soluzione della lite. Da questi articoli si evince come principio generale della Convenzione sia la pacifica soluzione della controversia lasciando alle parti ampia libertà di scelta tra i metodi diplomatici ritenuti più appropriati.

Nell'ipotesi in cui però non si riesca a raggiungere un accordo sullo strumento di soluzione della lite oppure tale strumento non abbia un esito positivo, la Convenzione prevede '*Compulsory Procedures Entailing Binding Decisions*'. L'art 287 offre quattro diverse procedure: il ricorso al nuovo tribunale internazionale per il diritto del mare, il ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia, all'arbitrato oppure ad uno speciale arbitrato. Quando entrambe le parti della controversia hanno accettato la medesima procedura, solo questa potrà essere applicata, a meno che le parti non dispongano diversamente; quando invece non vi sia

⁷² Art. 279 UNCLOS.

⁷³ Merill J.G., *International Dispute Settlement*, Fourth Edition, Cambridge, 2011.

accordo tra le parti sulla procedura da adottare, si farà ricorso all'arbitrato regolato nell'Allegato VII dell'UNCLOS.

Questa procedura obbligatoria di soluzione delle controversie si ricollega alla funzione di prevenire la frammentazione del diritto del mare convenzionale garantendo l'integrità del testo.

Le questioni concernenti le attività connesse con lo sfruttamento e l'esplorazione del fondo sono trattate in maniera separata rispetto alle controversie di altro tipo attraverso la previsione di una giurisdizione esclusiva dell'ITLOS, riconosciuta in particolare ad una camera del Tribunale: *la Seabed Dispute Chamber*.

Abbiamo accennato alle procedure arbitrali, di cui ritengo opportuno fare delle puntualizzazioni. Come abbiamo visto l'UNCLOS, oltre ad estendere lo *ius standi in iudicio* dinanzi al Tribunale internazionale per il diritto del mare anche a enti diversi dagli Stati parti, offre un'ampia scelta del *forum* per la soluzione delle controversie concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione, scelta ampliata maggiormente dalla creazione di un nuovo tribunale internazionale. Accanto a questi organi giurisdizionali è prevista anche la possibilità di istituire nuovi tribunali arbitrali, che si impone come obbligatoria quando non si raggiunga un accordo sul procedimento da adottare per la soluzione della controversia, o questo fallisca.

Come potremo continuare ad osservare nel proseguo della nostra trattazione, gli Stati hanno sempre mostrato una certa ostilità a sottoporre le controversie internazionali ad organi giurisdizionali permanenti, prediligendo invece meccanismi politico-diplomatici, non obbligatori o di natura arbitrale.

Tra i tribunali internazionali a competenza territoriale universale permanente un ruolo significativo assume l'*International Centre for the settlement of Investment Dispute* (ICSID) istituito dalla *United Nations Convention on the Settlement of*

Investment Disputes between States and National of other States conclusa nel 1965 nell'ambito del sistema dell'*International Bank for Reconstruction and Development (World Bank)*. Nonostante il Centro funzioni indipendentemente da quest'ultima, spesso fa riferimento ad essa per una serie di importanti servizi, quali ad esempio supporto finanziario quando vi siano dei deficit nel budget operativo.

«*The purpose of the Centre is to provide a forum for the settlement of investment disputes between member states and foreign private investors*»⁷⁴ al fine soprattutto di incoraggiare gli investimenti mettendo a disposizione metodi flessibili di arbitrato e conciliazione.

Ciò che caratterizza il Centro è il fatto che esso non svolge direttamente funzioni arbitrali o conciliative ma ha il compito di costituire commissioni arbitrali o conciliative competenti a risolvere la controversia sorta. La controversia affinché possa essere sottoposta alla procedura arbitrale del Centro deve sorgere tra un investitore straniero e il paese "host" in cui l'investimento è effettuato.

Manca nella Convenzione di Washington una nozione di controversia. «*The Executive Directors of the World Bank have stated that in general a legal dispute involves a conflict of legal rights, and does not involve mere conflicts of interest*»⁷⁵. L'espressione "legal disputes" non necessariamente esclude questioni di fatto ma richiede che queste abbiano un significato legale affinché possano rientrare nella giurisdizione del Centro.

La Convenzione manca di definire cosa si intenda per investimento. Stando a quanto riportato nel Commento alla clausola modello IV del Centro, inserite nei trattati di investimento, "this omission is intentional".⁷⁶ La varietà delle

⁷⁴ Art 1 par. 2 della Convenzione.

⁷⁵ ICSID document no. 2, Report of the Executive Director, 9.

⁷⁶ ICSID document no. 5, Model Clauses, 7-8 (1981).

transazioni tra privati investitori e pubblici enti stranieri è così ampia che sarebbe difficile, se non addirittura impossibile, elaborare una definizione idonea a ricomprenderle tutte. Tale indeterminatezza della nozione se da un lato consente alle parti contraenti di definire la natura del rapporto dall'altra inevitabilmente il Centro accoglie una nozione più ampia di investimento.

A tal proposito è importante ricordare la decisione resa nel caso *Salini costruttori v. Kingdom of Morocco* in cui si fa rientrare un contratto di costruzione nella nozione di investimento. In particolare il caso concerne un accordo tra due società italiane *Salini Costruttori S.p.A.* e *Italstrade s.p.a.* da una parte, e una società del Marocco dall'altra, per la costruzione di una parte dell'autostrada in Marocco. Di fronte al rifiuto di corrispondere un compenso, Salini ha presentato una richiesta di arbitrato sulla base di una clausola di arbitrato ICSID inserita nel trattato tra Italia e Marocco per la reciproca promozione e protezione degli investimenti.⁷⁷ Dall'art. 1 del BIT emerge una nozione ampia di investimento: il Tribunale focalizzandosi sull'attività in questione ha definito investimento qualsiasi apporto di capitale, il carattere durevole del contratto e la partecipazione dell'imprenditore al rischio dell'investimento.

In considerazione delle rigide condizioni di accesso al sistema ICSID, il Consiglio Amministrativo aveva autorizzato la possibilità di istituire tribunali arbitrali anche per quelle controversie che non ricadevano nello scopo della Convenzione così come fissato dall'art. 25, attraverso l'adozione di *Additional Facility Rules*. Tali agevolazioni consentono il ricorso al Centro anche quando una delle due parti non sia membro ICSID o quando la controversia non riguardi gli investimenti, in queste ipotesi si richiede che il consenso sia espresso in una clausola scritta

⁷⁷ Gaillard E., Banifatemi Y., "Introductory note to ICSID: *Salini costruttori spa and Italstrade spa v. Kingdom of Morocco* (proceeding on jurisdiction)." *International Legal Materials*, vol. 42, no. 3, pp. 606–608, 2003.

inserita nel contratto di investimento. Per esempio, questa clausola è stata inserita in trattati come il NAFTA o MERCOSUR.

Elemento essenziale, in mancanza del quale il Centro sarebbe privo di giurisdizione, è il consenso, che può essere espresso in un trattato bilaterale di investimento (BIT)⁷⁸, in un accordo ad hoc o sulla base di un atto unilaterale, volto a sottomettere la controversia ad esso, definito dall'Executive Director come "*the cornerstone of the jurisdiction of the Centre*".

In considerazione dei soggetti che possono adire al Centro, il sistema ICSID sorge per quelle controversie che non potrebbero essere conosciute da tribunali internazionali tradizionali, quali ad esempio la Corte Internazionale di Giustizia, il cui accesso è limitato ai soli Stati.

Per comprendere brevemente le modalità di costituzione delle commissioni di conciliazione o tribunali arbitrali, l'ICSID mette a disposizione delle liste (*panels*) a cui le parti contraenti attingeranno nella costituzione degli organi chiamati a risolvere le loro controversie.⁷⁹

In base all'art. 54 della Convenzione le sentenze rese dai tribunali ICSID hanno un'efficacia vincolante per gli Stati contraenti i quali devono assicurare, nel proprio territorio, l'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie come se si trattasse di un giudizio interno. Dunque non è necessario un procedimento di *exequatur* affinché le sentenze ICSID trovino riconoscimento nell'ordinamento interno dello Stato, in quanto tale effetto è già insito nella natura della sentenza stessa⁸⁰.

⁷⁸ Il primo caso in cui la clausola contenuta in un Bilateral Investment Treaties è stata ritenuta idonea a fondare la giurisdizione del Centro fu la decisione del 1990 nella controversia Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka, ICSID case n. ARB/87/03.

⁷⁹ Sciso E., *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, Torino 2012.

⁸⁰ Atteritano A., *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale: il principio del rispetto della volontà delle parti*, Giuffrè Editore, 2009.

Come abbiamo già precedentemente sottolineato, gli Stati tendono a prediligere metodi diplomatici di soluzione delle controversie e spesso, soprattutto nell'ambito delle organizzazioni internazionali a carattere regionale, preferiscono non istituire organi giurisdizionali autonomi dotati di competenze contenziose.

Diverso è però quello che si realizza nell'ambito delle organizzazioni internazionali di integrazione economica regionale in cui si è assistito ad un fenomeno di giurisdizionalizzazione. Si è cioè manifestata la tendenza ad istituire nuovi organi giurisdizionali interni a questo tipo di organizzazioni che sono andate progressivamente sostituendo quelli che erano i più diffusi procedimenti di soluzione pacifica delle controversie.

«The ongoing replacement of diplomatic models of dispute settlement ad of ad hoc arbitration by permanent courts coincides with globalization»⁸¹. Tali forme di integrazione regionale, ancor più di quelle universali, consentono il raggiungimento e il soddisfacimento di obiettivi che, per la rilevanza che rivestono nell'ambito della Comunità internazionale, non possono essere conseguiti singolarmente dagli Stati.

In ragione della cessione di parte della propria sovranità, gli Stati avvertono l'esigenza di costituire nell'ambito delle organizzazioni stesse, organi indipendenti dai singoli ordinamenti interni, con la funzione non soltanto di predisporre dei meccanismi di controllo dell'interpretazione e dell'applicazione del trattato esecutivo, ma anche il controllo dell'esecuzione delle decisioni adottate dall'Organizzazione nell'esercizio delle funzioni che le sono attribuite⁸².

⁸¹ Baudenbacher C., *Judicialization: Can the European Model be exported to other parts of the World?*, in *Texas International Law Journal*, vol. 39:381, 2004.

⁸² Del Vecchio A., *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, II edizione, Cacucci Editore, Bari 2015.

Numerosi sono i sistemi di integrazione regionale nell'ambito dei quali vengono istituiti tribunali competenti alla soluzione delle controversie che possono sorgere tra gli Stati dell'area.

Sicuramente un posto di assoluto rilievo, fonte di ispirazione nella creazione di organi giurisdizionali regionali, è la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha dimostrato la necessità di un organo giurisdizionale autonomo e permanente cui affidare la competenza contenziosa. Altri esempi a tal fine costituiti sono la *Caribbean Court of Justice*⁸³ che opera non solo come tribunale internazionale regionale ma ha anche una funzione giurisdizionale d'appello per controversie di diritto interno e una funzione consultiva; molto simile alla Corte di Giustizia dell'UE è il *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* istituito nell'ambito della Comunità andina. Si tratta in questi ultimi due casi di sistemi che presentano elementi di sovranazionalità ma che continuano ad operare seguendo il modello intergovernativo.

Il sistema di soluzione delle controversie previsto dal MERCOSUR ha natura arbitrale. Il MERCOSUR più che un'organizzazione internazionale è un'iniziativa volta a creare un'area di libero scambio e l'unione doganale tra Argentina, Brasile, Uruguay e Paraguay istituita nel 1991 con il Trattato di Asunción. Mancando in questo caso una Corte di Giustizia regionale, le questioni legate alla risoluzione delle controversie sono affidate al Protocollo di Brasilia del 1991 che ha predisposto un meccanismo arbitrale per l'eventualità in cui dovessero sorgere controversie relative all'interpretazione, applicazione delle disposizioni contenute nel Trattato. Tale meccanismo prevede prima di tutto che

⁸³ Istituita nel 2001 nell'ambito della CARICOM con la sottoscrizione dell'*Agreement establishing the Caribbean Court of Justice*, un accordo separato dal trattato istitutivo della Corte in quanto gli Stati volevano evitare che la possibilità di ricorrere all' appellate jurisdiction fosse subordinata alla partecipazione alla CARICOM. In questo modo era sufficiente aderire all'agreement per sottoporsi alla giurisdizione d'appello della Corte.

le controversie vengano risolte mediante negoziato diretto⁸⁴, se però non è possibile raggiungere un accordo tra le parti, la questione viene sottoposta al Gruppo Mercato Comune con il compito di formulare delle raccomandazioni volte a tentare la soluzione del conflitto; laddove la proposta di accordo non fosse soddisfacente, gli Stati possono attivare la procedura arbitrale che porterà all'istituzione di un tribunale arbitrale ad hoc.⁸⁵ *El Protocol de Olivos* del 2005 ha istituito il *Tribunal Permanente de Revision*, al quale è attribuita una competenza di appello avverso i lodi pronunciati dai tribunali arbitrali istituiti ad hoc. Il Protocollo prevede però che, laddove fallisca il tentativo di negoziato diretto, le parti possano adire direttamente il TPR per la soluzione della controversia, senza che abbiamo precedentemente attivato il meccanismo arbitrale. Benché il Tribunale abbia competenze puramente arbitrali, la sua sentenza, ai sensi del Protocollo, sarà definitiva e inappellabile.

La giurisdizione dei tribunali non è esclusiva. Infatti peculiare nel sistema del MERCOSUR è la possibilità di sottoporre le controversie al sistema di soluzione delle controversie della World Trade Organization in considerazione della natura commerciale della disciplina del MERCOSUR.⁸⁶

Abbiamo considerato alcuni dei più importanti Tribunali o Corti istituiti al fine di assicurare una pacifica cooperazione nell'ambito di organizzazioni regionali a carattere economico e il raggiungimento di obiettivi comuni. Accanto ad essi vi è un altro interesse che ha condotto alla proliferazione di organi giurisdizionali a livello regionale, la tutela dei diritti umani (tra questi, degna di nota è la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo).

⁸⁴ Artt 4-5 del Protocollo. Il negoziato è uno strumento "classico" di diritto internazionale per la soluzione pacifica per via diplomatica delle controversie tra Stati, tuttavia la prassi mostra lo scarso ricorso ad esso.

⁸⁵ <http://www.dse.univr.it/documenti/OccorrenzaIns/matdid/matdid654817.pdf>.

⁸⁶ Un esempio è dato dal caso *Brazil v. Argentina, Poultry anti-dumping duties* 19.05.2003.

5 La World Trade Organisation (WTO)

In questo contesto di globalizzazione degli interessi che ha portato alla diffusione di organizzazioni internazionali volte al perseguimento e al soddisfacimento di interessi comuni, deve riconoscersi una posizione preminente alla World Trade Organization (WTO) o Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC).

L'Organizzazione Mondiale del Commercio trova il suo antecedente storico nel General Agreement On Tariffs and Trade (GATT '47) che rappresenta il primo tentativo storico di favorire lo sviluppo del commercio a livello mondiale abbattendo le barriere doganali interstatuali e regolamentare giuridicamente i rapporti commerciali tra gli stessi Stati. È proprio soprattutto nel settore economico e commerciale che, dopo la Seconda Guerra Mondiale, si manifestano quei fenomeni di multilateralismo istituzionalizzato, attraverso i quali le potenze vincitrici intendevano costruire il nuovo ordine internazionale.⁸⁷

Il GATT, entrato in vigore nel 1947 sulla base di un Protocollo di applicazione provvisoria, era un semplice accordo ratificato da soli 23 Stati e che, proprio in considerazione di tale provvisorietà, incontrava una serie di limiti, su cui ci si soffermerà nel capitolo successivo. Solamente nel 1994 con l'accordo di Marrakech, conclusosi all'esito dell'Uruguay Round, si giunse all'istituzione della WTO, una vera e propria istituzione permanente dotata di un articolato sistema normativo.

Il regime di applicazione provvisoria del GATT e la convinzione degli Stati che esso sarebbe rimasto in vigore il tempo strettamente necessario alla ratifica della Carta dell'Avana ebbero come conseguenza l'inevitabile debolezza della

⁸⁷ Ligustro A., *Le controversie tra gli Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, CEDAM, Padova, 1996.

disciplina istituzionale del GATT '47.⁸⁸ Tutto ciò non poté che riflettersi anche sul sistema di risoluzione delle controversie fortemente lacunoso, che lasciava un ampio margine di discrezionalità agli Stati nei procedimenti da applicare. Nonostante abbia rappresentato un importante precedente, di cui si tenne conto anche nel WTO, ne emerse una netta preferenza a ricorrere a soluzioni diplomatiche delle controversie limitando il ricorso ad organi arbitrali o giurisdizionali e questo anche in considerazione della natura multilaterale dell'Accordo in cui le controversie finiscono per incidere sull'intero assetto del sistema. Si preferiva pertanto affidare la composizione della controversia agli stessi Stati interessati al corretto funzionamento dell'organizzazione.

Le debolezze organizzative e istituzionali del sistema si sono accentuate con il considerevole aumento del numero degli stati aderenti, da 23 a 123, fino a quando a conclusione di un lungo ciclo di trattative multilaterali non si è giunti alla ratifica del Trattato di Marrakech nel 1994 istitutivo della WTO. Non si deve comunque sottovalutare il ruolo che il GATT ha rivestito per quasi cinquant'anni quale unico trattato in grado di regolare le relazioni commerciali tra gli Stati. Esso ha posto le basi per la creazione di un'organizzazione permanente fissandone le finalità e principi⁸⁹.

Come avremo modo di analizzare più approfonditamente nell'ultima parte dell'elaborato, l'Accordo generale del 1947 è stato fortemente caratterizzato dalla limitatezza dei suoi obiettivi e dalla eccessiva flessibilità del suo sistema normativo e istituzionale. Incorporando sostanzialmente il IV capitolo della Carta dell'Avana, esso prendeva in considerazione soltanto una parte della materia del commercio internazionale limitata agli aspetti tariffari degli scambi delle merci,

⁸⁸ Jackson J.H., *The Puzzle of GATT. Legal Aspect of a Surprising Institution*, in *Journal of World Trade*, Kluwer Law International, 1967.

⁸⁹ Borghi P., *L'organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), gli Accordi Istitutivi, i principi fondamentali*, Università di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza, 2011.

lasciando fuori dal suo ambito di applicazione importanti settori quale quello degli investimenti e della proprietà intellettuale e rinunciando a disciplinare importanti problemi incidenti sull'economia mondiale quali la piena occupazione e lo sviluppo.

Inoltre, e non da ultimo, la flessibilità normativa era una conseguenza inevitabile del carattere provvisorio dell'Accordo che non poteva che riflettersi sull'efficacia del sistema in generale, il quale lasciava ampio spazio ad eccezioni a giustificazione di misure protezionistiche degli Stati a tutela dei mercati nazionali e mancava di prevedere sanzioni nelle ipotesi di violazione delle disposizioni.

A seguito di otto rounds negoziali, integrativi della disciplina base dell'Accordo generale, si giunse, con l'Uruguay Round, alla creazione di una vera e propria istituzione multilaterale del Commercio sostitutiva dell'Accordo GATT: l'Organizzazione Mondiale del Commercio.

L'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio ha rappresentato il fulcro del nuovo sistema di regolamento del commercio internazionale a cui si è dato origine.

La WTO ha previsto un complesso ma efficace sistema di risoluzione delle controversie tra Stati descritto nel *Dispute Settlement Understanding (DSU)*⁹⁰, che rappresenta senza dubbio l'aspetto più caratteristico del sistema e che ne garantisce l'effettività. Alcuni esperti hanno affermato che il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione dovrebbe assurgere a modello per altre organizzazioni internazionali⁹¹ per le peculiarità che presenta.

Si tratta infatti di un sistema di carattere arbitrale che si incentra sul ruolo del *Dispute Settlement Body (DSB)*, un organo a cui gli Stati fanno ricorso nel caso in cui subiscano delle conseguenze pregiudizievoli dalla violazione del trattato da

⁹⁰ Previsto nell'Accordo di Marrakech entrato in vigore il 1 gennaio 1995.

⁹¹ Petersmann E., *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, 1997.

parte di un altro Stato. Il precedente accordo, il GATT, dedicava solamente due articoli alla risoluzione delle controversie e cioè il XXII e XIII articolo, il sistema previsto dal WTO, riprendendo alcune delle caratteristiche proprie del suo predecessore, si poneva come obiettivo quello di superare i limiti esistenti e rendere il sistema più efficace garantendone l'automaticità, così da favorire un più ampio ricorso ad esso da parte degli Stati.

Più in particolare, i processi di riforma erano volti a soddisfare esigenze ben precise quali, la realizzazione di una maggiore istituzionalizzazione e razionalità del sistema attraverso la previsione di una normativa di dettaglio che sopperisse a quella generalità e astrattezza che rendevano il meccanismo di risoluzione delle controversie altamente frammentato e poco ambito. Oltre alla difficoltà di attivare il complesso meccanismo dinanzi al GATT, che richiedeva una diabolica prova del pregiudizio subito dallo Stato, ciò che incideva maggiormente sull'efficienza del sistema era la limitata efficacia vincolante delle decisioni.

Già nel 1950 si preferì adottare come meccanismo deliberativo la prassi del consensus⁹² applicabile non soltanto per le delibere generali relative al funzionamento dell'organizzazione, ma anche al meccanismo di risoluzione delle controversie. Questo ebbe inevitabilmente delle conseguenze negative in quando l'adozione di una delibera richiedeva che non vi fossero obiezioni da parte di alcuno Stato, compresa la parte soccombente. Così non soltanto non vi era alcuna certezza che le Parti Contraenti autorizzassero la costituzione di un panel per l'esame obiettivo della questione ma la soluzione finiva per risolversi in una sorta di compromesso tra gli Stati in cui l'adozione dell'eventuale delibera del panel finiva per essere condizionata all'accettazione di tutti gli Stati, anche

⁹² Generalmente i meccanismi deliberativi utilizzati in seno alle organizzazioni internazionali sono l'unanimità e il voto a maggioranza; il consensus consente invece di approvare una delibera anche in mancanza di una formale votazione laddove non vi siano obiezioni.

quelli negativamente coinvolti. Soltanto nel caso in cui fosse stata approvata senza obiezioni avrebbe acquisito un'efficacia giuridica vincolante e costituire la base per la soluzione delle controversie.

Diverso è quanto previsto nel *Dispute Settlement Understanding*⁹³ in cui nucleo centrale del sistema è rappresentato dalla costituzione di un collegio arbitrale, il panel, con la funzione di esaminare i fatti e le Parti Contraenti cessano di operare come organo di riferimento nel meccanismo di risoluzione delle controversie. La richiesta di istituzione di un panel deve essere presentata ad un apposito organo, il Dispute Settlement Body, il quale può rigettare l'istanza solo deliberando all'unanimità, secondo la tecnica del *consensus negativo*.

Norma di importanza fondamentale è l'art. 23⁹⁴ che sancisce il principio di esclusività del meccanismo di risoluzione predisposto dal DSU per tutte le controversie concernenti l'applicazione degli Accordi WTO escludendo la possibilità di procedere diversamente.

Altro elemento caratterizzante la procedura è rappresentato dall'istituzione di un secondo grado di giudizio attraverso la previsione di un *Appellate Body* destinatario dei ricorsi di riesame limitatamente ai c.d. *findings*, cioè le conclusioni del rapporto del panel. Si tratta di un giudizio di legittimità volto ad assicurare la corretta interpretazione e applicazione del trattato⁹⁵ senza scendere nel merito della questione. Anche l'Appellate Body emetterà un rapporto all'esito del suo esame indicando i modi e i tempi in cui lo Stato dovrà adeguare il suo comportamento agli obblighi in esso imposti. Questo rapporto

⁹³ Allegato 2 del Trattato di Marrakech.

⁹⁴ Art 23: "*Strengthening of the Multilateral System: When Members seek the redress of a violation of obligations or other nullification or impairment of benefits under the covered agreements or an impediment to the attainment of any objective of the covered agreements, they shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding*".

⁹⁵ Borghi P., *L'Organizzazione mondiale del Commercio, gli accordi istitutivi, principi fondamentali*, Università di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza, 2011.

sarà sottoposto alla procedura del *consensus* negativo, al pari del rapporto del *panel*, per la sua adozione e il suo mancato rispetto da parte dello Stato soccombente giustificherà l'adozione di una serie di sanzioni, quali per esempio la sospensione di concessioni commerciali.

Si è parlato, a proposito del WTO, di un sistema "quasi-giurisdizionale", perché da una parte i panel svolgono una funzione assimilabile a quella esercitata dalle commissioni di conciliazione, dall'altra l'Appellate Body rappresenta un vero e proprio organo giurisdizionale permanente avvicinando il Sistema di risoluzione delle controversie ad un procedimento giudiziario.

Nel proseguo della trattazione approfondiremo ulteriormente l'intero meccanismo di funzionamento del WTO e la particolare efficacia delle decisioni dell'organo di appello.

Parte III

Il sistema di risoluzione delle controversie della World Trade Organisation

6 Funzionamento del meccanismo durante la vigenza del GATT '47

«L'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1947 costituisce il primo tentativo storico di regolamentare giuridicamente i rapporti commerciali tra Stati su basi multilaterali»⁹⁶. Questo tentativo, che rispecchia l'esigenza della Comunità internazionale di riorganizzare l'economia mondiale dando vita a forme istituzionalizzate di cooperazione, si manifestò dopo la seconda guerra mondiale con la Carta dell'Avana 1948 il cui obiettivo era quello di fissare un insieme di regole volte a liberalizzare gli scambi. L'esigenza di un coordinamento delle politiche commerciali era avvertita sempre più intensamente. Una regolamentazione delle relazioni commerciali intra- statuali era vista - in un contesto post-bellico come quello in cui ci troviamo - come condizione necessaria per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale tanto che venne elaborata, nel secondo dopo guerra, una disciplina uniforme su base multilaterale; fenomeno contestuale alla Carta delle Nazioni Unite e agli accordi di Bretton Woods.

Se da una parte la Carta ONU dava vita ad un'Organizzazione con finalità principalmente politiche, dall'altra la Conferenza di Bretton Woods, tenutasi tra il 1° e il 22 luglio del 1944, si pose come scopo primario quello di istituire, accanto

⁹⁶ Ligustro A., *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, CEDAM, Padova, 1996.

alla prima, organizzazioni internazionali a carattere economico e monetario, così da costruire un articolato sistema di relazioni tra gli Stati che assicurasse il mantenimento della pace.

Le due istituzioni permanenti generate dagli Accordi di Bretton Woods furono l'International Monetary Fund (FMI) e la World Bank. Tra gli obiettivi perseguiti nell'ambito della Conferenza vi era senza dubbio quello di assicurare la stabilità dei rapporti finanziari e monetari attraverso una serie di accordi che diedero vita ad un sistema di regole e procedure finalizzate a regolare la politica economica internazionale ed evitare dunque il ripresentarsi di quelle premesse che portarono alla seconda guerra mondiale.

L'intenzione degli Stati dopo il secondo conflitto mondiale era quello di realizzare un sistema normativo e istituzionale complesso ma uniforme volto a liberalizzare al massimo gli scambi. Già in occasione della Conferenza di Bretton Woods, gli Stati venivano esortati a concludere un accordo per mezzo del quale fosse possibile eliminare, o quanto meno ridurre, gli ostacoli al commercio internazionale in una prospettiva di ricostruzione delle economie colpite dalla guerra⁹⁷.

Un simile progetto trovò la sua base giuridica in una Risoluzione I (13) del 18 febbraio del 1946 del Consiglio Economico e sociale, che, sulla base di una proposta statunitense, la *Suggested Charter for an international Trade Organization*⁹⁸, prevedeva la convocazione della *United Nations Conference on Trade and Employment* ('UNCTE'). Dopo una serie di numerosi incontri diplomatici, prima a Londra, poi a Ginevra e infine all'Avana, i principi alla base di

⁹⁷ Sciso E., *Appunti di diritto internazionale dell'Economia*, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino 2012.

⁹⁸ Nel settembre 1949 il governo americano adottò la "*Suggested Charter*" composta da sette capitoli, di cui il quarto riguardante la politica commerciale. Questa Carta rappresentò la base delle discussioni nella prima sessione della Conferenza.

questo nuovo sistema vennero formalizzati nella *Havana Charter* istitutiva di un'Organizzazione internazionale del Commercio (ITO), *International Trade Organization*⁹⁹. La Carta istitutiva dell'ITO, firmato da cinquantaquattro paesi dei cinquantasei partecipanti alla Conferenza il 24 marzo del 1948, fu il risultato non semplice di un compromesso raggiunto tra diversi Stati. Era caratterizzata dal suo contenuto molto ampio, non limitato alle tariffe doganali o alle forme di restrizione dello scambio di merci ma concernente tutti i temi più importanti dell'economia mondiale, dalla politica commerciale all'occupazione, dalle pratiche restrittive della concorrenza allo sviluppo economico imponenti agli Stati contraenti specifici obblighi di condotta come il rispetto del principio del trattamento della nazione più favorita o il divieto di restrizioni quantitative all'ingresso di merci dall'estero. La Carta appariva fortemente ispirata dal Reciprocal Trade Agreements Act del 1934 con cui gli Stati Uniti stipularono numerosi accordi bilaterali a carattere commerciali basati sul principio del trattamento della nazione più favorita e volti alla liberalizzazione del commercio in termini di reciprocità¹⁰⁰.

La Carta dell'Avana era finalizzata a dare vita ad un'organizzazione che si ponesse come terzo pilastro del sistema economico internazionale accanto alla Banca Mondiale e al Fondo Monetario Internazionale, e che fosse funzionalmente collegato con esse.

L'ITO, il cui compito era quello di assicurare il rispetto delle regole poste nella Carta e perseguire le finalità della stessa, aveva acquisito lo status di istituto specializzato dell'ONU insieme al Fondo Monetario Internazionale e alla Banca Mondiale costituendo insieme un'integrazione economica delle istituzioni

⁹⁹ A conclusione dell'*Havana Conference* fu pubblicato il "*Final Act and Related Documents of the United Nations Conference on Trade and Employment*" che includeva anche il testo della Carta dell'Avana.

¹⁰⁰ Ligustro A., *op. cit.* p. 39.

politiche dell'ONU: questo non fu altro se non la conseguenza del radicarsi della convinzione secondo la quale l'adozione di misure in campo economico costituiscono un presupposto indefettibile per una pace duratura.

Nell'ambito della sessione di Ginevra della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e l'occupazione, fu elaborata e approvata il 30 ottobre 1947 la IV parte dell'Havana Charter concernente la politica commerciale che prese il nome di *General Agreement on Tariff and Trade* (GATT). L'accordo entrò in vigore il 1 gennaio 1948 in base ad un protocollo di applicazione provvisoria poiché era destinata a favorire l'immediata rimozione degli ostacoli commerciali e ad estinguersi al momento della ratifica della Carta dell'Avana; a partire da tale momento infatti sarebbe stato l'ITO ad assicurare la piena e stabile liberalizzazione degli scambi.

Tuttavia quest'ultima non entrò mai in vigore e l'ITO non venne mai istituito. Se da una parte gli Stati Uniti furono i principali promotori del progetto, dall'altra proprio ad essi è riconducibile il suo fallimento. Al centro dell'acceso dibattito vi erano gli Stati Uniti e la Gran Bretagna: quest'ultima avrebbe infatti dovuto rinunciare ai benefici doganali tra i paesi all'interno del Commonwealth in quanto il mantenimento di questi si sarebbe posto in contrasto con la clausola della nazione più favorita, sancita dall'Accordo generale che imponeva il riconoscimento di ogni vantaggio commerciale a tutti i membri.

Al di là di queste problematiche contingenti, si ritiene che il principale motivo del rifiuto, che ha quindi determinato il fallimento del progetto, deve essere ravvisato nel mancato interesse degli Stati, ed in particolare quelli con economie più forti¹⁰¹, ad attribuire ampi poteri di gestione della politica commerciale a

¹⁰¹ Gli Stati Uniti perseguivano obiettivi di liberalizzazione del commercio internazionale attraverso accordi bilaterali stipulati nell'ambito del «Piano Marshal», un progetto volto a risanare l'economia Europea devastata dalla guerra.

favore di un'organizzazione internazionale sottratta al loro controllo. Determinante è l'assenza della previsione, nello Statuto dell'ITO, di un sistema di ponderazione del voto¹⁰² che avrebbe esposto i paesi più influenti al rischio di trovarsi in una posizione minoritaria.

A questo punto, assunta la consapevolezza che la Carta non sarebbe mai entrata in vigore, si ritenne opportuno istituzionalizzare il GATT e conferirgli un solido apparato normativo a carattere universale in sostituzione dell'ITO: accanto alle Parti Contraenti si diede vita al Consiglio, composto dai rappresentanti degli Stati e un Segretariato composto dal direttore generale e dalla direzione amministrativa.

La principale fonte stampata di documenti è costituita da "*Basic Instruments and Selected Documents*" (BISD) pubblicato in più volumi tra il 1952 e il 1966. Il volume IV contiene il testo del Protocollo di applicazione provvisoria del GATT così come modificato a conclusione della Conferenza dell'Avana¹⁰³.

La nona sessione delle Parti Contraenti del GATT tenutasi nel 1955, denominata Revision Session proprio perché finalizzata alla conversione dell'ITO, non ebbe successo così come la proposta di istituire l'Organizzazione per la cooperazione Commerciale (OTC).

Il GATT ha finito per costituire, per quasi cinquant'anni fino alla costituzione dell'OMC, il principale strumento giuridico multilaterale nel settore del commercio; questo ha inevitabilmente determinato un incremento delle sue funzioni e un allargamento della sua struttura istituzionale.

Malgrado la provvisorietà che lo caratterizzava, nessuno degli Stati ha mai messo in dubbio l'obbligatorietà del GATT.

¹⁰² La Carta dell'Avana prevedeva la regola del "one state, one vote", per cui era attribuito un voto per ogni Stato membro, a differenza delle istituzioni di Bretton Woods in cui invece venne accolto il principio del voto ponderato.

¹⁰³ https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/intro_e.pdf.

Abbiamo detto come l'Accordo generale sia entrato in vigore sulla base di un Protocollo di applicazione provvisoria e questo non poté che costituire un limite all'operatività del sistema, riflettendosi inevitabilmente sull'efficacia delle disposizioni normative contenute in esso.

Nel diritto internazionale in generale affinché un accordo internazionale possa produrre obblighi giuridici vincolanti nei confronti di uno Stato, tale accordo deve entrare in vigore¹⁰⁴. Si è assistito ad un incremento del ricorso ad essi attraverso gli accordi in forma semplificata i quali possono entrare in vigore per mezzo della firma dei governi debitamente autorizzati¹⁰⁵. La dottrina non sempre ha avuto una considerazione unanime circa la natura degli accordi di applicazione provvisoria dei trattati, ossia quelle clausole inserite nel trattato stesso o in una dichiarazione separata, in cui le parti prevedono che il trattato si applichi provvisoriamente in attesa della sua ratifica. Alcuni hanno attribuito a tali accordi la natura di mere intese tra gli Stati prive dunque di carattere giuridico¹⁰⁶; secondo altri si tratterebbe di accordi in forma semplificata e quindi come tali vincolanti. In quest'ultima ipotesi gli Stati sostanzialmente si impegnerebbero a rispettare le disposizioni contenute in un trattato avente contenuto preciso, destinato a perfezionarsi con lo scambio delle ratifiche, sulla base di un accordo parallelo in forma semplificata o per ovviare ai ritardi derivanti dal procedimento stesso di ratifica o perché la materia esige una regolamentazione immediata¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 prevede che *"Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith"*.

¹⁰⁵ Rogoff M. A., Gauditz B. E., *The provisional application of international agreements*, in *Maine Law Review* VOL 39:29 1987.

¹⁰⁶ Secondo Picone l'accordo di applicazione provvisoria di un trattato internazionale deve essere considerato come separato e autonomo rispetto al trattato principale e dunque sprovvisto, al contrario di quest'ultimo, di efficacia vincolante.

¹⁰⁷ Neri S., *Sull'Applicazione Provvisoria » Dei Trattati Internazionali Non Ancora Ratificati*, in *Rivista Di Studi Politici Internazionali*, vol. 29, no. 4, pp. 588–591, 1962.

Ad ogni modo gli Stati hanno continuato ad adempiere alle disposizioni nonostante la natura provvisoria dell'accordo che ne era alla base.

Il regime del GATT è stato fortemente limitato dalla previsione della clausola di riserva limitativa, detta *grandfather clause* che consentiva di derogare all'applicazione della Parte II dell'Accordo «*to the fullest extent not inconsistent with existing legislation*»: dunque si stabiliva la prevalenza delle norme interne dello Stato alle norme dell'Accordo nelle ipotesi di contrasto. La ragione giustificatrice che originariamente portò all'inserimento di una simile clausola è la natura temporanea della stessa. L'esigenza di assicurare l'immediata entrata in vigore dell'Accordo, e in particolare di quelle parti dell'Accordo per cui non era richiesta la ratifica parlamentare così da ottenere un alto numero di adesioni in breve tempo, si risolse in un compromesso necessario per consentire l'applicazione immediata del GATT¹⁰⁸. Quando però si prese atto del fallimento dell'Accordo, la disposizione acquisì carattere permanente rappresentando una via d'uscita per gli Stati, i quali potevano dunque, in forza di tale clausola, sottrarsi al rispetto delle regole di comportamento commerciale invocando il diritto interno e mantenere, senza commettere alcuna violazione, pratiche contrarie all'Accordo.

Questa è una conseguenza –se così possiamo definirla – dell'ulteriore limite che ha contribuito ad incidere sull'efficacia e sul rigore del sistema di regole posto dall'Accordo: l'eccessiva elasticità e lo scarso carattere tassativo delle disposizioni. L'ampio numero di deroghe permetteva agli Stati di avanzare misure protezionistiche nell'interesse delle economie nazionali, senza andare incontro ad alcuna sanzione. Incisive eccezioni erano previste anche con riferimento a

¹⁰⁸ «*The conclusion of multilateral agreements has become the main device in the legal regulation of the relations between States*». Review of the Multilateral Treaty-Making Process, Addendum I, Observations of the International Law Commission, Report of the Secretary-General, at 16, U.N. Doc. A/35/312/Add.2 (Aug. 28, 1980).

quelli che erano i principi fondamentali del sistema, quali il principio di non discriminazione o il divieto di restrizioni quantitative.

Nonostante l'Accordo non prevedesse delle sanzioni volte a garantirne l'esecuzione¹⁰⁹ in caso di violazione, la prassi ha dimostrato come gli Stati non si siano mai sottratti all'applicazione delle disposizioni in materia commerciale.

In conformità con quanto previsto dal suo preambolo, il principale obiettivo del GATT è quello di contribuire all'innalzamento degli standard di vita, piena occupazione e crescita economica attraverso "reciprocal and mutual advantages on arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international commerce"¹¹⁰.

Il GATT è dunque finalizzato alla rimozione delle barriere tariffarie e non tariffarie di ostacolo agli scambi e di comportamenti non discriminatori.

Tuttavia, come abbiamo già opportunamente evidenziato, l'Accordo generale costituiva il capitolo IV della Carta dell'Avana e dunque si occupava limitatamente della politica commerciale internazionale, lasciando invece alla libera determinazione delle parti contendenti importanti settori connessi al commercio quali gli investimenti e la proprietà intellettuale, rimanendo sostanzialmente un documento incompleto.

La convinzione degli Stati che il GATT avrebbe avuto durata breve, limitata all'entrata in vigore della Carta dell'Avana e la conseguente applicazione dello stesso per mezzo di un Accordo provvisorio, spiega anche la scarsa istituzionalizzazione del sistema.¹¹¹

¹⁰⁹ «Indicatore» secondo Picone P. del carattere non vincolante dell'Accordo (Picone P., *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Jovene, 1973).

¹¹⁰ Benedek W., *General Agreement on Tariffs and Trade (1947 and 1994)*, in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, 2015.

¹¹¹ Jackson J.H., *The Puzzle of GATT. Legal Aspect of a Surprising Institution*, in *Journal of World Trade*, Kluwer Law International, 1967.

Essa era persino priva di una sua indipendenza economica: era infatti finanziata dall'*Interim Committee of the International Trade Organization* (ICITO), organo della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e l'occupazione, sussidiario del Comitato economico e sociale delle Nazioni Unite. Questa Commissione *ad interim*, nonostante il fallimento del tentativo di far entrare in vigore la Carta dell'Avana e di realizzare un sistema multilaterale di regolamento del commercio internazionale, rimase in vita rivestendo il ruolo del Segretariato, con poteri peraltro molto deboli.

L'unico organo previsto dall'Accordo generale era rappresentato dalle Parti Contraenti, composto dai rappresentanti degli Stati aderenti al GATT, che si riunivano in semplici conferenze per dare esecuzione alle disposizioni e assicurare il funzionamento dell'Accordo stesso. La mancanza di una solida struttura istituzionale e organizzativa di gestione del sistema ha determinato l'impossibilità di assimilare il GATT ad una vera e propria organizzazione dotata di personalità giuridica distinta da quella degli Stati.

Quando ormai divenne chiaro che la Carta dell'Avana non sarebbe mai entrata in vigore, e di conseguenza che l'ITO non sarebbe mai stato istituito, si decise di accrescere la struttura istituzionale del sistema e di attribuire alle Parti Contraenti, il compito di organizzare negoziati ("*rounds*") nell'ambito dei quali gli Stati avrebbero potuto assicurare efficacemente la realizzazione degli obiettivi propri del GATT e principalmente la progressiva liberalizzazione del commercio internazionale.

Nel 1960 venne istituito il Consiglio, un organo plenario e stabile a cui si finì per attribuire le funzioni principali del sistema, compresa quella di soluzione delle controversie. È destinato a riunirsi all'incirca dieci volte l'anno, accanto alle Parti Contraenti che continuano a tenersi con cadenza annuale.

Sempre nel corso degli anni '60 si giunse all'istituzione di un Direttore generale in sostituzione del Segretario dell'ICITO che assunse un importante ruolo di rappresentanza.

Il perseguimento degli obiettivi propri del GATT, volti alla eliminazione delle barriere tariffarie agli scambi commerciali internazionali, finì per evidenziare le debolezze intrinseche del sistema di cui abbiamo ampiamente parlato, consentendo agli Stati di avanzare pratiche protezionistiche a difesa dei rispettivi mercati nazionali¹¹².

Le difficoltà organizzative furono poi accentuate dal progressivo aumento del numero degli Stati contraenti, che passò da 23 a 123, mentre al Consiglio si affiancavano via via gruppi di lavoro permanenti (Committees) quali per esempio, il Comitato per il Commercio e lo Sviluppo o il Comitato tessile. La struttura portante del GATT è comunque rimasta pressoché invariata per tutta la durata della sua vigenza.

Già nei primi anni di esistenza dell'Accordo generale lo sforzo negoziale si concentrò soprattutto sulla riduzione dei dazi doganali, attraverso appunto conferenze periodiche denominate *round*. Il principale meccanismo che ha portato alla liberalizzazione del commercio internazionale è senza dubbio quello rappresentato dagli otto multilaterali negoziati commerciali ('MTN', *multilateral trade negotiation*): Ginevra, 1948; Annency, 1949; Torquay, 1950-51; Ginevra, 1956; *Dillon Round*, 1960-62; *Kennedy Round*, 1963-67; *Tokyo Round*, 1973-79; *Uruguay Round*, 1986-93.

Nei primi sei Round negoziali, oggetto dei negoziati è stato quasi esclusivamente la riduzione dei dazi doganali; i primi quattro determinarono riduzioni pari all'incirca al 35% delle limitazioni imposte al commercio internazionale. Il

¹¹² Ligustro A., *op. cit.*

Kennedy Round segnò un cambiamento rispetto ai round precedenti, da una parte si assisteva ad un nuovo metodo di negoziazioni¹¹³ e dall'altra tali negoziati si aprivano anche ad altre tipologie di barriere al commercio, non più limitate ai dazi, quali ad esempio quelle inerenti il settore dell'agricoltura. Al Kennedy Round presero parte oltre 60 paesi rappresentativi di circa il 75% del commercio mondiale¹¹⁴.

L'aumento considerevole del numero degli Stati aderenti rendeva più difficoltoso il raggiungimento di un accordo all'esito dei negoziati. La difficoltà di ampliare o modificare la disciplina contenuta nell'Accordo generale, indusse le Parti Contraenti a perseguire l'obiettivo di un'ulteriore liberalizzazione degli scambi attraverso la conclusione di accordi separati, detti Codici¹¹⁵. All'esito dei rounds negoziali che si susseguirono nella vita del GATT era possibile raggiungere degli accordi sulla disciplina di materie rimaste fuori dalla portata della disciplina generale.

Con il Tokyo Round si cominciò ad avvertire la necessità di concludere accordi, aprendo il GATT a nuovi settori, relativi a misure non tariffarie.

L'Uruguay Round, conclusosi nel 1994, è stato l'ultimo round organizzato nell'ambito del GATT in quanto l'accordo finale che ne è scaturito ha dato vita alla *World Trade Organization* realizzando una svolta nell'ambito del complesso sistema di trattati multilaterali sul commercio internazionale. Con la firma a Marrakech è stato sottoscritto il "*Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*" composto da una serie di documenti,

¹¹³ Il nuovo metodo di riduzione delle tariffe si applicava su intere categorie di prodotto velocizzando le trattative, diversamente da quanto avveniva con il metodo che riguardava il singolo prodotto.

¹¹⁴http://www.diss.uniroma1.it/moodle2/pluginfile.php/2232/mod_resource/content/1/cap9_PE_L_Mont_Nenci.pdf.

¹¹⁵ Sciso E., *op. cit.* p.281.

il fulcro è costituito proprio dall'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Prima di passare alla trattazione dell'Organizzazione e di analizzarne le peculiarità e differenza rispetto al sistema precedente, è opportuno procedere allo studio del sistema di soluzione delle controversie tra Stati in ambito commerciale durante la vigenza del GATT.

I limiti strutturali incontrati dal sistema basato sull'Accordo generale che abbiamo precedentemente descritto, hanno fortemente condizionato l'efficacia del meccanismo di risoluzione in esso delineato. "Le norme e le procedure previste in materia contenziosa rappresentano un aspetto essenziale dell'attuazione del diritto, in quanto mirano a garantire che il componimento dei conflitti tra Stati avvenga nel sostanziale rispetto del quadro delle regole di condotta stabilite nella normativa vigente".¹¹⁶ Il superamento pacifico delle controversie tra gli Stati rappresenta un presupposto essenziale nell'ambito di qualsiasi accordo multilaterale per l'attuazione delle finalità e il rispetto delle relative norme giuridiche.

La lacunosità e l'ampiezza delle regole poste nonché la scarsa istituzionalizzazione del sistema in grado di imporre l'applicazione delle stesse sono tutti elementi riscontrabili anche nel sistema contenzioso.

Ciò che emerge immediatamente dall'analisi dell'Accordo nella parte dedicata alla funzione contenziosa, è la preferenza per i metodi di soluzione delle controversie di carattere informale, in coerenza con la natura provvisoria del GATT.

¹¹⁶ Ligustro A., *op. cit.* p. 2.

È stato definito un sistema *power oriented*¹¹⁷ di composizione delle controversie per il prevalente ricorso a procedure di natura diplomatica, in contrapposizione ai sistemi definiti “ruled oriented” i quali invece prediligono il ricorso a procedure di carattere giudiziario o arbitrale.

In generale, una controversia che sorga tra due Stati parti di un accordo, in particolare quando si tratti di un’organizzazione a carattere economico¹¹⁸, può assumere una rilevanza multilaterale, nel senso che è spesso suscettibile di avere ripercussioni rilevanti su tutti gli altri Stati parti e di coinvolgere gli interessi della stessa organizzazione. Proprio questo coinvolgimento generale porta le parti ad attribuire la funzione contenziosa a organi in cui siano rappresentati tutti i governi degli Stati membri, competenti a gestire la vita dell’organizzazione e portatori dei suoi interessi, piuttosto che ad organi esterni come una corte arbitrale o un tribunale.

La *ratio* del costante ricorso a strumenti di natura diplomatica trova fondamento nell’esigenza di trovare delle soluzioni ai conflitti che rappresentino una sintesi degli interessi di tutti gli Stati coinvolti, o quantomeno della maggioranza di essi. Per comprendere appieno gli importanti vantaggi nel meccanismo di risoluzione delle controversie apportati nell’ambito dell’Uruguay Round, è essenziale considerare la storia di questo campo del diritto.

¹¹⁷ L’espressione è utilizzata in: Jackson J.H., *Government Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of GATT*, in *Journal of World Trade Law*, 1979, p. 1 ss.

¹¹⁸ Hexner E. P., *Interpretation by Public International Organizations of Their Basic Instruments*, in *The American Journal of International Law*, vol. 53, no. 2, 1959, pp. 341–370. L’autore mette a confronto il meccanismo di interpretazione previsto dagli accordi delle tre organizzazioni a carattere economico (FMI, BIRD, IFC) con le altre organizzazioni internazionali, rilevando come questa nel primo caso resti affidata alla giurisdizione esclusiva degli organi esecutivi della stessa organizzazione e non a tribunali esterni ad essa. L’obiettivo perseguito nell’ambito dei negoziati di Bretton Woods era quello di riservare delicate questioni politiche riguardanti l’interpretazione, nelle mani di esperti finanziari nell’interesse delle parti.

Il GATT contiene solo un numero limitato di disposizioni concernenti la soluzione delle controversie tra gli Stati, in particolare gli articoli XXII e XXIII¹¹⁹ riguardo lo svolgimento di consultazioni adeguate e la previsione della possibilità, se necessario, di sottoporre le questioni alle Parti Contraenti su una questione che non abbia ricevuto una soluzione soddisfacente per mezzo delle consultazioni. Il ricorso a questa procedura di conciliazione è limitato ai casi in cui una parte contraente considera *“that any benefit accruing to it directly or indirectly under the Agreement is being nullified or impaired”*¹²⁰.

Come si può notare, si realizza, nel GATT ma anche nelle organizzazioni economiche internazionali, «una commistione della funzione contenziosa con le normali attività di gestione delle organizzazioni stesse»¹²¹; infatti le Parti Contraenti, oltre ad essere l'unico organo previsto dall'Accordo e quindi preposto all'esercizio di tutte le attività di gestione del sistema, è chiamata a svolgere un'importante ruolo nella risoluzione delle controversie tra Stati. In realtà questo altro non è che una conseguenza scontata della mancata entrata in vigore della Carta dell'Avana: il GATT si è infatti trovato infatti a dover sostituire l'ITO nell'ambito delle competenze contenziose ad esso affidate.

Per entrare nello specifico del meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dal GATT '47 si deve partire dalla prima fase rappresentata dall'articolo XXII il quale, al primo paragrafo prevede l'obbligo per le parti di procedere a consultazioni, prevalentemente bilaterali, in tutti i casi in cui si ponga una questione relativa all'Accordo tale da profilare la possibilità di far sorgere un conflitto.

¹¹⁹Ma anche *"Understanding regarding notification, consultation, dispute settlement and surveillance"*, adottato il 28 novembre 1979 ha formalizzato le procedure di risoluzione delle controversie che si sono evolute attraverso la pratica consueta del GATT.

¹²⁰ Art. XIII dell'Accordo generale.

¹²¹ Ligustro A. op. cit. p. 99.

Secondo un'interpretazione estensiva e così come confermato da un emendamento apportato nell'ambito della Sessione di Revisione delle Parti Contraenti del 1955, si tratta di una disposizione di ampio respiro comprensiva non soltanto delle ipotesi di violazione diretta dell'Accordo, ma impone l'obbligo di procedere a consultazioni in tutti i casi in cui sorga una questione relativa all'applicazione dell'Accordo.

Le consultazioni sono assunte come strumento di soluzione delle controversie e considerate come condizione indispensabile per l'esperimento della conciliazione così come previsto dall'organizzazione¹²².

L'art. XXII era privo di disposizioni che regolassero precisamente il funzionamento di tali consultazioni, lasciando alle parti ampia discrezionalità nel raggiungimento di un'intesa. Se si considerano i limiti di cui abbiamo parlato con riferimento al GATT, tale circostanza non può che considerarsi come espressione delle lacune che caratterizzano il sistema nel suo complesso.

Il paragrafo 2 del medesimo articolo, sempre con estrema flessibilità stabiliva che nel caso in cui le parti non avessero trovato una soluzione soddisfacente nell'ambito delle consultazioni intercorse tra loro, su richiesta di una delle parti, le consultazioni potevano procedere su un piano multilaterale davanti alle Parti Contraenti¹²³.

¹²² Paragrafo 8 dell'*Understanding regarding notification, consultation, dispute settlement and surveillance* adottato il 28 Novembre 1979 "If a dispute is not resolved through consultations the contracting parties concerned may request an appropriate body or individual to use their good offices with a view to the conciliation of the outstanding differences between the parties. If the unresolved dispute is one in which a less-developed contracting party has brought a complaint against a developed contracting party, the less-developed contracting party may request the good offices of the Director-General who, in carrying out his tasks, may consult with the Chairman of the Contracting Parties and the Chairman of the Council".

¹²³ Art. XXII par. 2: "The Contracting Parties may, at the request of a contracting party, consult with any contracting party or parties in respect of any matter for which it has not been possible to find a satisfactory solution through consultation under paragraph 1".

L'importante funzione che qui l'organo assume nel quadro della soluzione delle controversie è assimilabile per certi versi alla mediazione in quanto diretta a ravvicinare le posizioni delle parti. Tuttavia non si tratta in questo caso di un organo terzo e imparziale, piuttosto di un organo della stessa organizzazione che come tale raccomanderà una soluzione che sia il risultato di un equilibrato bilanciamento: da una parte quindi nell'interesse degli Stati e dall'altra tale da non compromettere il buon funzionamento dell'organizzazione.

Ben più articolata è la seconda fase del meccanismo descritta dall'articolo XXIII, «Protezione delle concessioni e dei vantaggi».

Il paragrafo 1 prevedeva che, nel caso in cui una parte ritenesse annullato o compromesso un vantaggio direttamente o indirettamente derivante dalla partecipazione all'Accordo generale, oppure quando la realizzazione di uno degli obiettivi dell'Accordo risultasse compromessa¹²⁴, poteva attivare la procedura in esso contenuta. La procedura era a sua volta composta da due fasi, una bilaterale e una multilaterale. Come abbiamo detto sopra infatti le consultazioni bilaterali previste dall'articolo XXII rappresentano una condizione imprescindibile per sottoporre la questione alle Parti Contraenti; tuttavia sembra che, a differenza di queste ultime, le consultazioni bilaterali richieste dall'articolo XXIII abbiano un carattere più ufficiale richiedendo la presentazione di rimostranze e proposte scritte¹²⁵.

¹²⁴ Il paragrafo 1 disponeva: "If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or (c) the existence of any other situation, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it".

¹²⁵ Con la riforma di Montreal la disciplina relativa alle consultazioni bilaterali di cui agli articoli XXII e XXIII è stata unificata e l'esperimento di entrambe è stato ritenuto idoneo ad attivare la procedura di cui all'articolo XXIII par. 2.

La fase multilaterale della procedura contenziosa di cui al paragrafo 2 vedeva protagonista le Parti Contraenti, il cui intervento si rendeva necessario nel momento in cui le parti in causa non fossero riuscite a trovare una soluzione ragionevole. Le Parti Contraenti, di fronte ad una questione ad esse sottoposta, erano tenute a avviare un'inchiesta consultando eventualmente anche il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite; all'esito di tale indagine potevano o rivolgere agli Stati interessati delle raccomandazioni o pronunciarsi nel merito. Tale funzione attribuita all'organo, a differenza di quanto accadeva nell'articolo XXII, era apparentemente riconducibile all'esercizio di una competenza di tipo giudiziale, il cui giudizio era dotato di forza vincolante. Anche in questo contesto, la scarsa precisione delle disposizioni era tale da non prevedere alcun limite al potere da questo esercitato.

Come abbiamo precedentemente accennato, il presupposto per accedere a tale procedura conciliativa è l'esistenza di un comportamento di una parte contraente che abbia come effetto quello di annullare o arrecare un pregiudizio (*nullification o impairment*) ad un vantaggio commerciale di cui gode un'altra parte oppure di compromettere la realizzazione degli obiettivi del GATT.¹²⁶ Sul piano sanzionatorio rilevanti sono le conseguenze. Di fronte al mancato rispetto delle decisioni o raccomandazioni delle Parti Contraenti, queste ultime, laddove ritenessero che le circostanze fossero "*serious enough*" potevano autorizzare le parti contraenti a sospendere, nei confronti dello Stato convenuto, le concessioni commerciali giudicate adeguate alla situazione. La possibilità di applicare tali misure anche avverso attività lecite non contrastanti con le disposizioni dell'Accordo generale e la previsione dell'esistenza di circostanze

¹²⁶ Tre erano le situazioni riconducibili a tali comportamenti: le *violation-complaints* ovvero le violazioni dirette di una disposizione dell'Accordo; le *non-violation complaints* quando il comportamento tenuto non è direttamente confliggente con le norme dell'Accordo; in ultimo le *situation complaints* l'esistenza di qualsiasi altro comportamento.

sufficientemente gravi, ha limitato fortemente il ricorso ad esse da parte delle Parti Contraenti.

Si trattava tuttavia di una sanzione non proprio equa che contribuì a ridurre notevolmente nella prassi i casi di ricorso al meccanismo di soluzione di controversie di cui all'articolo XXIII da parte degli stessi Stati contraenti. Infatti nell'ipotesi di controversia tra Stati che abbiano un peso nettamente diverso nell'ambito del commercio internazionale, la sospensione di concessioni commerciali in favore della parte con un'economia forte non avrebbe avuto un grande impatto nei confronti di questa.

L'evoluzione della prassi applicativa del meccanismo di soluzione delle controversie ha rivelato delle peculiarità senz'altro rilevanti. Nell'ottica di una progressiva divisione dei poteri, iniziò a consolidarsi la consuetudine di delegare la conduzione dell'inchiesta ai sensi dell'articolo XXIII paragrafo 2, a commissioni istituite ad hoc che possono assumere la forma di *working parties* o *panels of experts* a seconda dei diversi casi¹²⁷.

Mentre i gruppi di lavoro erano costituiti dai rappresentanti dei governi degli Stati coinvolti e Stati terzi, i panels erano formati da individui indipendenti dalle parti in causa la cui imparzialità garantiva la maggiore efficacia della procedura.

Il compito dei panel era quello di procedere ad un esame della controversia e ricercare un accordo soddisfacente per entrambe le parti che ponesse fine ad essa; nel caso di fallimento della funzione conciliativa, il panel era tenuto a redigere un rapporto motivato in cui venivano esposte le considerazioni della causa e formulate proposte per il regolamento della controversia. Sulla base di questo rapporto le Parti Contraenti avrebbero dovuto, coerentemente con le competenze ad esse assegnate, formulare raccomandazioni o emettere una

¹²⁷ Ligustro A., *op. cit.*, p. 108. Come sostiene l'Autore, queste commissioni sono considerate più idonee a svolgere tale competenza rispetto alle Parti Contraenti.

decisione; in realtà ciò che emerge dalla prassi è una tendenza a conformarsi ai rapporti predisposti dai gruppi di esperti, facendo in questo modo ricadere su essi la decisione finale della controversia.

Dopo il primo caso del 1952 la prassi dei panel è divenuta consuetudine. Il caso pioniero deciso dal panel è *Treatment by Germany of Imports of Sardines*¹²⁸, che ha visto opporsi Norvegia e Germania in cui quest'ultima è stata a rimuovere la disuguaglianza competitiva tra prodotti il cui trattamento è regolato da un accordo tariffario tra le parti contraenti.

Prima del GATT '94, la più significativa codificazione del sistema di risoluzione delle controversie nel quadro dell'Accordo generale era *l'Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance* del 1979 ("1979 Agreement"). Tra il 1979 e l'Uruguay Round le Parti Contraenti intrapresero due azioni: la prima, nel 1982, hanno accettato una *Ministerial Declaration on Dispute Settlement Procedures*, in cui vengono affrontate, per la maggior parte della dichiarazione, questioni relative ai ritardi nei processi dei panel; due anni dopo le Parti Contraenti hanno adottato una disposizione che consentirebbe di istituire gruppi per la soluzione delle controversie (panel) con un ritardo minore¹²⁹.

L'intenzione delle Parti Contraenti di non legalizzare la procedura davanti ai panels è dimostrata da quanto previsto nell'allegato dell'Understanding del 1979: "At the Review Session (1955) the proposal to institutionalise the procedures of panels was not adopted by Contracting Parties mainly because

¹²⁸ Report of the Panel, *Treatment by Germany of Imports of Sardines*, (Oct. 31, 1952), GATT B.I.S.D. (1st Supp.) at 53 (1953).

¹²⁹ Vedi *Ministerial Declaration, Dispute Settlement Procedures*, Nov. 29, 1982, GATT BISD 29th Supp. 9, 13 (1983) e *Dispute Settlement Procedures*, Nov. 30, 1984, GATT BISD 31st Supp. 9 (1985).

they preferred to preserve the existing situation and not to establish judicial procedures which might put excessive strain on the GATT”¹³⁰.

Anche nella prima fase dell’Uruguay Round nel 1986, il meccanismo di soluzione di controversie del GATT rimase fortemente diplomatico; le parti hanno la possibilità di scegliere, nel senso che, per esempio, le parti contraenti del GATT ancora possiedono la libertà di decidere se accettare o meno la soluzione proposta dal panel, poiché l’adozione di un rapporto del panel presuppone un consenso positivo del Consiglio; nella precedente pratica di adozione delle decisioni “*by consensus*” una singola obiezione di una Parte Contraente era sufficiente per bloccare l’adozione di un rapporto del panel¹³¹.

L’adozione di un rapporto del panel con consenso positivo di tutte le Parti del GATT appare contestabile perché in una prospettiva giuridica l’articolo XXV paragrafo 4 il quale stabilisce che salvo disposizioni contrarie, le decisioni delle Parti Contraenti saranno adottate a maggioranza dei voti espressi¹³²; l’accordo generale inoltre non prevede alcuna eccezione a questo articolo.

In ogni caso, intorno agli anni 50, la prassi mostrava il costante ricorso delle Parti Contraenti alla pratica del consenso per l’adozione dei rapporti del panel. La Dichiarazione Ministeriale del 1982 ha chiarito questa procedura, statuendo che le stesse Parti Contraenti hanno affermato che “*consensus will continue to be the traditional method of resolving disputes.*”¹³³

Nel corso dell’incontro ministeriale, le Parti cercarono di adottare una proposta in base alla quale le parti della controversia non avrebbero avuto il diritto di

¹³⁰ Annex on the Customary Practice 1979 del GATT.

¹³¹ Kantchevski P. D., *The Differences between the Panel Procedures of the GATT and the WTO: The Role of GATT and WTO Panels in Trade Dispute Settlement*, vol. 3 in *International Law & Management Review*, 2006.

¹³² Nella versione originale “except as otherwise provided for in this Agreement, decisions of the Contracting Parties shall be taken by a majority of the votes cast.”

¹³³ Ministerial Decision on Dispute Settlement of 29 November 1982, L/5424, GATT BISD (29th Supp.)

votare nell'adozione del *report* del panel: venne introdotta la regola del “*consensus minus two*” per la loro adozione.¹³⁴ Tale regola non fu comunque risolutiva del problema in quanto ciascuno Stato, privato del diritto di voto perché parte in causa, avrebbe potuto convincere un'altra Parte del GATT per bloccare l'adozione del rapporto.

Da una parte Petersmann¹³⁵ sostenne che la maggior parte delle decisioni in materia di risoluzione delle controversie nell'ambito del vecchio GATT erano legalmente inammissibili; egli ritiene che il principio di diritto romano “*nemo debet esse iudex in propria causa*” è un principio generale di diritto ed è riconosciuto come principio generale di diritto internazionale. Dall'altra parte però, le regole procedurali del GATT hanno subito un'evoluzione negli anni, e, nonostante gli articoli XXII e XXIII fossero inizialmente poco chiari, le Parti Contraenti sempre più procedettero a legalizzare e codificare la pratica di risoluzione delle controversie del GATT.

A partire dal *Kennedy Round of Multilateral Trade Negotiations* tenutosi tra il 1962 e il 1967, molteplici decisioni e intese hanno codificato e integrato le regole procedurali di risoluzione delle controversie; i documenti più importanti tra le Parti erano senza dubbio l'*Understanding* del 1979 (di cui abbiamo accennato sopra) e il suo *Annex on the Customary Practice* del GATT. In questi documenti viene stabilito che ciascun panel era tenuto a organizzare le proprie procedure tenendo, con le parti in causa, degli incontri formali e invitando le stesse parti a presentare i propri punti di vista per iscritto o anche oralmente. È stato anche riconosciuta la possibilità a ciascuna Parte Contraente che avesse un interesse sostanziale nella questione, ma che non fosse direttamente coinvolta nella lite, e

¹³⁴ Rosine P., *An Unofficial Description of How a GATT Panel Works and Does Not*, 4 J. In *American Review of International Arbitration* pp. 53, 95–96, 1987.

¹³⁵ Petersmann E., *Strengthening GATT Procedures for Settling Trade Disputes*, 11 *World Economy* 1988.

quindi una terza parte, di essere ascoltata dal panel. Nel corso degli anni, i panels hanno cominciato gradualmente a seguire e a conformarsi alle precedenti conclusioni degli esperti, creando una sorta di prevedibilità del sistema¹³⁶.

Accanto alle difficoltà incontrate nell'istituzioni dei panels e nell'applicazione dei rapporti pronunciati da questi, si aggiunge la previsione di una procedura speciale nell'ambito del Tokyo Round Agreements. Questa procedura crea una sorta di "forum shopping": le Parti Contraenti possono scegliere di sottoporre una questione davanti al panel o davanti ad un Comitato Anti-Dumping.

In ogni caso, la maggiore debolezza del sistema del GATT stava nel fatto che, nel caso in cui non si fosse raggiunto un accordo nel corso del procedimento, le possibilità di risolvere la controversia erano fortemente ridotte. Ogni importante questione concernente la procedura di risoluzione delle controversie doveva essere decisa con il metodo del *consensus* positivo delle Parti Contraenti, di conseguenza senza l'approvazione dell'organo collegiale, i rapporti non avevano alcun valore giuridico. In questo modo le parti in causa, e più in particolare la parte soccombente, potevano ostacolare non soltanto l'adozione del rapporto ma la stessa istituzione del panel e l'autorizzazione di sanzioni; ciò è quanto è effettivamente emerso dalla prassi. Tale consuetudine si estese anche agli organi collegiale del GATT, conferendo alle parti una sorta di potere di veto nei confronti delle delibere di essi. La prassi del *consensus* era dunque suscettibile di determinare un blocco totale dell'intera procedura.

Nel 1980, le Parti Contraenti avvertirono la necessità di modificare e potenziare il sistema e i negoziati sulla risoluzione delle controversie erano al primo posto nell'agenda dell'Uruguay Round. Esse tentarono di risolvere i problemi associati alla pratica del *consensus*, adottando la *Decision on Improvements to the GATT*

¹³⁶ Kantchevski P. D., *op. cit.* p.83.

Dispute Settlement Rules and Procedure del 1989 (Decisione delle Parti Contraenti). Sebbene questo documento fosse adottato sulla base di un accordo provvisorio fino alla fine dell'Uruguay Round, esso costituì in realtà il fondamento giuridico dell'*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Dispute Settlement Understanding)* che entrò in vigore il 1 gennaio 1995. La decisione delle Parti Contraenti apportò delle considerevoli modifiche quali per esempio il diritto all'istituzione di un panel e la previsione di termini brevi per i procedimenti dinanzi a questi. Tuttavia a differenza di quanto previsto nel DSU mancava ancora un accordo sulla procedura da utilizzare per l'adozione dei rapporti dei panel e la previsione di una revisione d'appello di questi ultimi.

Sorprendentemente, a differenza di quanto si è portati a credere, l'ostruzionismo da parte degli Stati soccombenti all'adozione dei reports dei panel, non è stata una pratica diffusa; è stato concluso infatti, che il sistema di risoluzione delle controversie previsto dal GATT abbia portato a soluzioni soddisfacenti per le parti nella larga maggioranza dei casi. Tuttavia è opportuno sottolineare come questa statistica copra solamente le denunce effettivamente sottoposte ad esso.¹³⁷ Sicuramente un significativo numero di controversie non venne mai portato davanti al GATT perché il ricorrente sospettava che il convenuto avrebbe esercitato il suo diritto di veto per bloccare la procedura. Il rischio di questo veto ha contribuito ad indebolire considerevolmente il sistema. Inoltre lo stesso rischio si correva nel momento di adozione del rapporto del panel, con relative conseguenze negative sulla decisione, la quale ne risultava inevitabilmente influenzata. Alla luce di ciò non sembra inverosimile che le parti contraenti preferissero agire unilateralmente e direttamente nei confronti dell'altra parte

¹³⁷ https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c2s1p1_e.htm#txt4.

per far valere i propri diritti, anziché invocare il sistema di risoluzione delle controversie del GATT.¹³⁸ Il rapporto del panel infatti non entra a far parte del diritto del GATT se non dopo la sua adozione da parte dell'organo collegiale; se il report non viene adottato, le parti contraenti non hanno obbligo legale di adempiere alla raccomandazione del panel. Di conseguenza il GATT non pubblicherà ufficialmente il rapporto e questo non acquisirà alcun valore di precedente.

Il caso Japan – Agricultural Products¹³⁹ evidenzia le debolezze del sistema e le molteplici opportunità per le parti, in particolare per il convenuto, di ritardare il procedimento di risoluzione della controversia. Nell'ottobre del 1981 gli Stati Uniti e il Giappone hanno avviato delle consultazioni informali riguardanti le barriere agricole giapponesi. Come si ricorderà, il ricorso a mezzi diplomatici era di gran lunga favorito rispetto al ricorso alla legge. Nel luglio del 1983 gli Stati Uniti hanno ufficialmente sottoposto la richiesta per le consultazioni nell'ambito del GATT, ai sensi degli articoli XXII e XXIII, in materia di restrizioni agricole relative a tredici beni. Un anno dopo – e più di due anni dopo che gli USA hanno sollevato la questione delle violazioni del GATT – le parti sono riuscite a raggiungere un compromesso, fuori dalle azioni legali del GATT, e hanno firmato un accordo nel Luglio del 1984. Gli Stati Uniti accettarono di ritirare la denuncia per due anni, mentre il Giappone acconsentì a liberalizzare gli scambi su sei tipi di merci.

Eichmann osservò che da una parte la soluzione raggiunta al di fuori del quadro giuridico era il risultato dell'esercizio dell'influenza politica e commerciale di una parte, dall'altra la soluzione ha legittimato una pratica del GATT, a trimenti

¹³⁸ WTO Secretariat Publication, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2004.

¹³⁹ Report of the Panel, *Japan—Restrictions on Import of Certain Agricultural Products*, L/6253 (Nov. 18, 1987).

illegale, che ha causato danni a terzi. Di conseguenza le parti soccombenti erano quelle con minor peso economico e politico¹⁴⁰.

Il nuovo sistema di risoluzione delle controversie costituito nell'ambito della WTO, definito spesso come quasi – giudiziario, è basato principalmente sulla legge a differenza di quello precedente.

Si è animatamente discusso sulla natura obbligatoria o meno della procedura di cui al paragrafo 2 dell'articolo XXIII e della sostanziale perdita di poteri delle Parti Contraenti in favore dei *panel* incaricati a condurre le inchieste, ma la questione centrale della procedura di risoluzione delle controversie del GATT '47 riguardava il sostanziale inadempimento del rapporto adottato dai gruppi di esperti costituiti *ad hoc*. La sua mancata esecuzione raggiunse dei livelli tali da compromettere il corretto funzionamento e la credibilità della procedura.

Qualora gli Stati soccombenti non si fossero conformati alle prescrizioni contenute nelle raccomandazioni dei panel, l'unico modo affinché le parti contraenti lese potessero far valere i loro diritti era quello di azionare la procedura di cui all'articolo XXIII par.2. Ai sensi del suddetto articolo lo Stato ricorrente aveva la possibilità di richiedere, quale *extrema ratio*, l'autorizzazione all'adozione di contromisure nei confronti della parte inadempiente, consistenti generalmente nella sospensione unilaterale dei vantaggi e delle concessioni derivanti dalla partecipazione all'Accordo.

Nella prassi si è invero assistito ad una tendenza a non autorizzare l'adozione di contromisure nel caso di inadempimento, facendo cadere l'istituto in desuetudine. La desuetudine non può che essere ricondotta principalmente alla pratica del consensus, applicata quale regola generale deliberativa dell'organo collegiale del GATT anche nell'ambito del procedimento contenzioso. Come

¹⁴⁰Eichmann E. P., *Procedural Aspects of GATT Dispute Settlement: Moving Towards Legalism*, in *International Tax & Business Lawyer*, Vol. 8:38, p.48, 1990.

abbiamo visto infatti, lo Stato soccombente potrà esercitare il suo potere di veto bloccando l'adozione di tali misure, nonostante la consapevolezza della contrarietà delle proprie misure alle regole del GATT.

Il procedimento finora delineato è, come abbiamo avuto modo di constatare, particolarmente lacunoso ed elastico incidendo non poco sulla sua operatività. Nonostante tali limiti, il sistema di risoluzione delle controversie delineato nell'Accordo Generale ha senz'altro rappresentato un'importante novità nel settore del commercio internazionale ed è stato oggetto di una profonda evoluzione del GATT da accordo tariffario di breve durata a trattato ed organizzazione multilaterale di carattere permanente.

Volendo collocare questa tipologia di procedimento nell'ambito delle categorie tradizionalmente utilizzate per la composizione pacifica delle controversie¹⁴¹ la risposta non potrà essere immediata data la complessità del sistema. Per tali peculiarità si è quindi parlato di un procedimento di carattere misto o "ibrido" che da una parte tendevano ad avvicinarlo ad un procedimento di tipo conciliativo, dall'altra non escludevano la presenza di forti elementi di contatto con altri metodi di soluzione delle controversie. Nonostante questa complessità è stato comunque qualificato come un procedimento "essenzialmente conciliativo"¹⁴². Come sappiamo infatti, la conciliazione si caratterizza per essere affidata ad una commissione composta da individui indipendenti con il compito di condurre un'inchiesta sulla questione ad essa sottoposta e di formulare, sulla base dei risultati ottenuti, una proposta di risoluzione amichevole della

¹⁴¹ Ci riferiamo all'art. 33 della Carta delle Nazioni Unite, che offre un elenco dei diversi strumenti di soluzione pacifica delle controversie: "1. Le parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono, anzitutto, perseguirne una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso ad organizzazioni od accordi regionali, od altri mezzi pacifici di loro scelta. 2. Il Consiglio di Sicurezza ove lo ritenga necessario, invita le parti a regolare la loro controversia mediante tali mezzi".

¹⁴² Ligustro A., *op. cit.*, p. 122.

controversia, di per sé non vincolante per le parti in lite. Questo ruolo è sicuramente quello svolto dai *panel* nell'ambito del GATT ma che tende invece a differenziarlo dalla mediazione per il fatto di essere composto da persone dotate di particolari capacità tecniche e non da personalità politiche.

Come abbiamo visto, seppur a grandi linee, il procedimento ha subito nel tempo una profonda evoluzione che ha determinato una progressiva giurisdizionalizzazione del sistema. Tale processo evolutivo è culminato nel 1994 con l'istituzione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

7 Modifiche introdotte con l'istituzione dell'WTO

Il lungo e tortuoso processo di progressiva istituzionalizzazione e formalizzazione del sistema multilaterale di soluzione delle controversie commerciali tra Stati, avviatosi con l'Accordo generale del 1947, si è concluso con il *Final Act Embodyng the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* ("Final Act") redatto nel 1993 a Bruxelles dal Trade Negotiations Committee e sottoscritto a Marrakech il 15 aprile del 1994. Il miglioramento e il rafforzamento delle regole e procedure del sistema di soluzione delle controversie ha costituito un obiettivo fondamentale dell'Uruguay Round di fronte al costante interesse manifestato dagli Stati di predisporre un meccanismo efficace in grado di assicurare il rispetto e l'applicazione della normativa del commercio internazionale. Questa evoluzione è il compromesso, il punto di approdo di un lungo e complesso negoziato che ha visto opposte le superpotenze commerciali, in particolare Stati Uniti e Comunità Europea.

I tentativi di riforma del sistema contenzioso erano principalmente volti a superare quelli che erano i principali motivi di debolezza del sistema precedente

partendo però dallo stesso. Si tende quindi ad una maggiore istituzionalizzazione del procedimento e alla previsione di una normativa di dettaglio che permetta di superare le incertezze e le lacune che colpivano il sistema originario nonché termini perentori entro i quali dover compiere determinate attività processuali al fine di velocizzare lo svolgimento del procedimento contenzioso¹⁴³.

Un bene cenno a quelle che sono state le modifiche attuate nel corso degli anni durante la vigenza del GATT, è stato fatto. Ci occuperemo ora di capire in che modo il sistema di soluzione delle controversie è cambiato con l'istituzione di un organo permanente, al quale viene finalmente riconosciuta una giurisdizione obbligatoria, nell'ambito di una vera e propria organizzazione internazionale, l'Organizzazione Mondiale del Commercio.

L'Uruguay Round¹⁴⁴ fu l'ottavo negoziato multilaterale svoltosi nel secondo dopo guerra nel quadro del GATT ed anche qui l'obiettivo primario perseguito era la liberalizzazione del commercio internazionale. Prima di questo, il Tokyo Round costituì uno dei più significativi negoziati nella storia delle relazioni multilaterali commerciali¹⁴⁵ e un primo importante passo verso una progressiva giurisdizionalizzazione del sistema. I negoziati svolti nell'ambito del Tokyo Round portarono all'adozione di numerosi documenti di riforma, in particolare 11 furono gli Accordi conclusi entrati in vigore nel 1980. Questi accordi, nella forma

¹⁴³ Un importante contributo è rappresentato dal Trade Negotiations Committee Meeting at Ministerial Level del 1988, detto Montreal Understanding, il quale ha cambiato le basi per l'istituzione del panel da un consenso positivo a quello negativ. Mentre prima dunque il consenso era necessario per la costituzione di un panel, ora il consenso è necessario per non costituirne uno.

¹⁴⁴ L'Uruguay Round iniziò formalmente il 20 settembre del 1986 con l'adozione della Dichiarazione di Punta del Este nell'ambito della conferenza ministeriale delle Parti Contraenti.

¹⁴⁵ Dalla fine degli anni 50 alla nascita dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, i più importanti negoziati multilaterali svoltisi sotto gli auspici del GATT furono tre: il Kennedy Round, il Tokyo Round e l'Uruguay Round.

di *stand – alone treaties* cioè di carattere autonomo rispetto all'Accordo generale a integrazione di quest'ultimo¹⁴⁶.

L'Uruguay Round, a differenza del negoziato di Tokyo, fu sottoscritto da 111 Stati di cui la maggior parte appartenevano alla categoria dei paesi in via di sviluppo e la loro partecipazione fu molto importante per l'adozione del pacchetto di accordi concordati a conclusione dei negoziati.

Il 31 dicembre del 1995 si è assistito al definitivo superamento della frammentazione dell'ordinamento giuridico del commercio internazionale che caratterizzava il previgente sistema giuridico, ponendo fine al periodo transitorio che durava ormai da circa cinquant'anni.

L'Atto Finale dell'Uruguay Round venne stipulato a Ginevra il 15 dicembre del 1993. Nell'aprile del 1994 venne convocata a Marrakech una conferenza intergovernativa nella quale i risultati dei negoziati furono sottoposti ai governi delle parti contraenti del GATT affinché venissero definitivamente approvati, e infine entrò in vigore il 1° gennaio 1995.

Il *Final Act* è suddiviso in 3 parti: una breve introduzione nella Parte I; l'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio nella Parte II e alcune «Dichiarazioni e Decisioni dei Ministri» alla Parte III.

L'Accordo istitutivo dell'OMC rappresenta sicuramente il nucleo essenziale di tale documento in cui vengono delineati gli obiettivi dell'organizzazione e l'assetto istituzionale.

Uno dei principali limiti al funzionamento dell'Accordo era rappresentato dalla circostanza che esso regolamentava soltanto il commercio dei beni, intesi quali prodotti industriali, restando esclusi importanti settori quali quello agricolo, dei

¹⁴⁶ Questo creò non pochi problemi di *forum shopping* – a cui abbiamo già fatto riferimento sopra – consentendo il ricorso a procedimenti contenziosi speciali da applicare alle controversie che fossero sorte in applicazione dei codici settoriali adottati a conclusione del Round.

servizi e i diritti di proprietà intellettuale. L'Accordo istitutivo offre invece un quadro normativo più complesso ma allo stesso tempo completo essendo integrato da una serie di allegati volti a regolamentare numerosi ambiti del commercio internazionale. Esso comprende quattro allegati: l'Allegato 1 conteneva accordi specifici relativi alle tre grandi aree di intervento dell'OMC e quindi gli Accordi multilaterali sugli scambi di merci, che include anche il nuovo *General Agreement on Tariff and Trades* (GATT 1994), il *General Agreement on Trade in Service*(GATS) e l'*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS); l'Allegato 2 conteneva uno dei documenti giuridici più importanti della nostra analisi, il *Dispute Settlement Understanding* e infine l'accordo sulla "revisione delle politiche commerciali dei paesi membri" (*Trade policy Review Mechanism*). Il GATT 94 comprende lo stesso GATT 47 e una serie di accordi speciali adottati all'esito del Tokyo e Uruguay Rounds, tra cui i *memorandum* interpretativi i quali consentono di chiarire dubbi relativi all'applicazione delle disposizioni del GATT '47. Quest'ultimo ha poi aggiunto due Accordi, riportando due grandi settori del commercio nella disciplina del GATT 94, l'*Agreement on Agriculture* e l'*Agreement on Textiles and Clothing*. Con l'*Agreement on Agriculture* si poneva fine alla grandfather clause, che ammetteva eccezioni dal 1948, e si tentò di dare vita ad un sistema commerciale agricolo equo e *market – oriented*¹⁴⁷.

Diverso dal sistema *à la carte*¹⁴⁸ del Tokyo Round, che permetteva agli Stati di scegliere tra il meccanismo generale di applicazione delle controversie previsto dal GATT e le speciali procedure descritte nei vari accordi conclusi all'esito dei negoziati di Tokyo, è l'approccio seguito nell'Uruguay Round, "*take it or leave*

¹⁴⁷ Benedek W., *General Agreement on Tariffs and Trade (1947 and 1994)*, in *Max Plank Encyclopedia on Public International Law*, 2015.

¹⁴⁸ Espressione utilizzata da Petersmann, *The Dispute Settlement System of the World Trade and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948*, 1994.

it", secondo il quale deve esservi un'unica e uniforme appartenenza che copre tutti gli accordi, ad eccezione degli accordi plurilaterali in cui possono essere apposte riserve se previsto dagli stessi¹⁴⁹. Questo ha portato, in maniera quasi forzata, tutti i membri ad accettare il GATS e il TRIPS quale parti di un unico pacchetto. Coerentemente con questa impostazione l'accordo OMC non contiene più la grandfather clause che consentiva alle leggi nazionali di prevalere sul GATT, prevedendo invece l'obbligo per gli Stati di conformare il proprio diritto alle disposizioni degli accordi¹⁵⁰.

Più nello specifico il GATT 94 comprende le disposizioni dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1947 (ad esclusione del Protocollo di Applicazione Provvisoria) nonché gli atti giuridici adottati dagli organi del GATT 47, le intese relative all'interpretazione e applicazione del GATT 1994 e infine il Protocollo di Marrakech.

Come abbiamo avuto modo di accennare sopra, il risultato di maggior rilievo conseguito al termine dell'Uruguay Round è senza dubbio l'istituzione di un'autonoma e stabile organizzazione internazionale, la *World Trade Organization*, con il compito di predisporre un efficiente struttura istituzionale in grado di garantire il corretto funzionamento del sistema multilaterale. L'intenzione perseguita dagli Stati con l'istituzione della WTO è, oltre a quella di far fronte al deficit istituzionale del GATT, anche quella di portare a termine il progetto di istituire un'organizzazione internazionale del commercio, avviato con la Carta dell'Avana, il cui fallimento ha determinato la mancata costituzione dell'ITO.

¹⁴⁹ Si vuole superare la frammentazione tipica del GATT ed evitare il c.d. fenomeno dei "free riders" impedendo così agli Stati di accettare solo gli accordi maggiormente vantaggiosi e sottrarsi a determinati impegni.

¹⁵⁰ Articolo XVI, par. 4 «Each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements».

Principale scopo dell'organizzazione è dunque, ai sensi dell'art. II, quello di fornire una *"common institutional framework for the conduct of trade relations among its Members in matters related with WTO Agreements"*.

Quanto alle funzioni, l'art. III dell'Accordo istitutivo prevede innanzitutto che l'organizzazione deve favorire l'attuazione, l'amministrazione e il funzionamento dei WTO Agreements così come il perseguimento dei suoi obiettivi¹⁵¹.

*«The WTO shall have legal personality, and shall be accorded by each of its Members such legal capacity as may be necessary for the exercise of its functions.»*¹⁵² Alla luce di tale articolo e in considerazione degli elementi che caratterizzano l'Organizzazione, quali la partecipazione incondizionata dei membri agli accordi multilaterali, la previsione di un meccanismo di soluzione delle controversie nell'ambito del quale l'Organo preposto ha il potere di adottare decisioni vincolanti nei confronti degli Stati Membri e la possibilità di concludere accordi internazionali, è possibile riconoscere che siamo in presenza di un'organizzazione internazionale dotata di personalità giuridica, a differenza del GATT '47¹⁵³.

¹⁵¹ Articolo III "1. The WTO shall facilitate the implementation, administration and operation, and further the objectives, of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements, and shall also provide the framework for the implementation, administration and operation of the Plurilateral Trade Agreements. 2. The WTO shall provide the forum for negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations in matters dealt with under the agreements in the Annexes to this Agreement. The WTO may also provide a forum for further negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations, and a framework for the implementation of the results of such negotiations, as may be decided by the Ministerial Conference. 3. The WTO shall administer the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (hereinafter referred to as the "Dispute Settlement Understanding" or "DSU") in Annex 2 to this Agreement. 4. The WTO shall administer the Trade Policy Review Mechanism (hereinafter referred to as the "TPRM") provided for in Annex 3 to this Agreement. 5. With a view to achieving greater coherence in global economic policymaking, the WTO shall cooperate, as appropriate, with the International Monetary Fund and with the International Bank for Reconstruction and Development and its affiliated agencies.

¹⁵² Articolo VIII dell'Accordo istitutivo

¹⁵³ Di Stefano M., *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2001.

Per quanto riguarda la struttura istituzionale dell'organizzazione, è possibile notare immediatamente il carattere più accentuato rispetto al precedente sistema. Essa, al pari delle altre organizzazioni di carattere economico, è costituita da una Conferenza Ministeriale, che si riunisce in forma planario una volta ogni due anni ma può essere convocata in via straordinaria su iniziativa del Presidente, del Consiglio Generale o della maggioranza dei suoi membri. Il compito dell'organo è quello di favorire il perseguimento degli scopi dell'Organizzazione attraverso l'adozione di decisioni in merito a qualsiasi situazione che riguardi gli accordi commerciali multilaterali sottoscritti. Il Consiglio generale è invece un organo esecutivo a cui sono affidati i compiti proprio della Conferenza Ministeriale negli intervalli tra una riunione e l'altra, ha sede a Ginevra e anche in esso sono rappresentati tutti gli Stati membri dell'organizzazione. Il Consiglio si differenzia dalla Conferenza in quanto ad esso viene riconosciuto un ulteriore compito di fondamentale rilievo, quello di supervisionare sul meccanismo di risoluzione delle controversie agendo come *Dispute Settlement Body*. Assume invece la veste di *Trade Policy Review Body*, quando si debbano affrontare questioni relative alle politiche commerciali. Nel perseguimento dei suoi scopi il Consiglio intrattiene anche relazioni con altre organizzazioni internazionali, tra cui di particolare rilievo con il FMI e la Banca Mondiale con cui sono stati conclusi due accordi di collaborazione. L'articolo III par. 5 sancisce il principio della cooperazione tra OMC, FMI e la Banca Mondiale "with the view to achieving greater coherence in global economic policy-making"¹⁵⁴.

¹⁵⁴Nella formulazione originale dell'articolo III par. 5: "With a view to achieving greater coherence in global economic policy-making, the WTO shall cooperate, as appropriate, with the International Monetary Fund and with the International Bank for Reconstruction and Development and its affiliated agencies".

L'Accordo istitutivo disciplina il ruolo del Direttore generale, nominato dalla Conferenza dei Ministri e a capo del Segretariato di cui elegge i funzionari, a cui vengono affidate funzioni amministrative e di gestione nonché il compito di presentare il bilancio annuale di previsione e il rendiconto finanziario al Comitato di bilancio.

Al Consiglio Generale e alla Conferenza Ministeriale viene anche attribuito il potere esclusivo di interpretare le disposizioni dell'Accordo istitutivo e degli altri Accordi Multilaterali ai sensi dell'articolo XI par. 2¹⁵⁵.

La nascita della World Trade Organization ha rappresentato un momento fondamentale nella disciplina delle relazioni commerciali tra gli Stati contribuendo efficacemente anche al rafforzamento del meccanismo di risoluzione delle controversie come dimostrato anche dalla rinnovata architettura istituzionale. Il meccanismo di regolamentazione delle liti di carattere commerciale è delineato nell' *Understanding On Rules And Procedures Governing The Settlement Of Disputes* (DSU) e affidato ad un organo specifico, che come abbiamo visto sopra è il *Dispute Settlement Body* caratterizzato dalla sua terzietà e indipendenza rispetto alle parti in lite.

L'elemento centrale del processo di giurisdizionalizzazione del meccanismo, che si è concluso con la costituzione dell'Organizzazione, è rappresentato dalla giurisdizione obbligatoria del DSB¹⁵⁶.

¹⁵⁵L'articolo IX par. 2 dispone: "The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements. In the case of an interpretation of a Multilateral Trade Agreement in Annex 1, they shall exercise their authority on the basis of a recommendation by the Council overseeing the functioning of that Agreement. The decision to adopt an interpretation shall be taken by a three-fourths majority of the Members. This paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X"

¹⁵⁶ Si deve notare come la previsione di una giurisdizione obbligatoria sia da considerare rara nel diritto internazionale in quanto le controversie, come sappiamo, coinvolgono Stati sovrani. Difatti solo due trattati a carattere universale - il WTO Agreement e la United Nations Convention of the Law of the Sea of 1982 (UNCLOS) - prevedono una procedura obbligatoria per la soluzione delle controversie. Inoltre a differenza del WTO Agreement, l'UNCLOS esclude dalla sua giurisdizione

Gli Stati Membri della WTO hanno accettato in anticipo le decisioni del DSB, sulla base di quanto previsto dall'articolo 23 del DSU, che stabilisce che i membri rispettino e si avvalgano delle procedure e regole così come disciplinate nel documento qualora intendano ottenere un risarcimento per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi, annullamento o riduzione dei benefici derivanti dagli accordi. A differenza di quanto avveniva nel GATT '47 dunque, si riconosce priorità giuridica al meccanismo di soluzione delle controversie della WTO rispetto ad ogni altro strumento di composizione. Un rapporto dell'Appellate Body deve essere "*unconditionally accepted by the parties to the dispute*" ai sensi dell'articolo 17 par. 14 del DSU. Anche se questa disposizione fa riferimento solo ai rapporti dell'organo di appello si deve considerare applicabile anche con riferimento ai rapporti dei panels in forza dell'efficacia vincolante che deriva dalla decisione del DSB.

L'art. 23 preclude anche il ricorso ad azioni unilaterali per la soluzione delle controversie connesse con gli accordi. Questo significa che un'incoerenza di una misura commerciale con gli obblighi dell'OMC può essere determinata solo ricorrendo alla procedura prevista nel DSU¹⁵⁷.

Inoltre la giurisdizione obbligatoria del DSB con riferimento alla composizione delle controversie, influenza fortemente l'intero procedimento dinanzi ai *panels*.

obbligatoria una serie di controversie derivanti dall'interpretazione e applicazione della Convenzione. Questo a dimostrazione dell'unicità del sistema di risoluzione delle controversie nell'ambito dell'Organizzazione.

¹⁵⁷ Si noti come controversie che nascono da questioni commerciali da altri accordi internazionali di carattere commerciale, che coprono materie simili, possono essere presentate davanti ad altri *fora* internazionali. Una possibile sovrapposizione di questioni commerciali può verificarsi nel NAFTA e nei WTO Agreements, il NAFTA prevede che l'attore può scegliere a quale foro ricorrere. Una volta effettuata la scelta, la medesima questione non può essere portata davanti all'altro foro. In *Mexico – Soft Drink*, il Messico ha contestato la giurisdizione dei panels perché, dal suo punto di vista, la controversia riguardava una piccola parte di una più grande controversia tra Stati Uniti e Messico che era già stata sottoposta al North American Free Trade Agreement (NAFTA). Il panel ha tuttavia rilevato che ne l'oggetto ne la posizione delle parti nella controversia erano identici sotto il NAFTA e l'OMC.

La volontà e l'intenzione delle parti al processo dinanzi ai gruppi di esperti è essenziale in considerazione del fatto che il principale scopo del sistema del WTO è quello di trovare *"a positive solution to a dispute"* quindi di giungere ad una soluzione positiva della controversia *"mutually acceptable"* dalle parti, ed ecco perché il procedimento inizia comincia sempre con le consultazioni tra i Membri coinvolti. Il sistema incoraggia le parti a raggiungere una soluzione concordata reciprocamente, attraverso consultazioni bilaterali, durante ogni fase del processo davanti al panel e permette al denunciante di interrompere la procedura in ogni momento. Il DSU riconosce le consultazioni come una prima fase obbligatoria della procedura e devono essere condotte in buona fede.

Tuttavia una soluzione positiva non sempre è possibile, per questa ragione il nuovo meccanismo deve prevedere delle garanzie a tutela dei diritti dei Membri ai sensi degli Accordi OMC. A differenza di quanto abbiamo visto nel GATT, il nuovo meccanismo impedisce che il convenuto possa ostacolare il procedimento dinanzi al panel o bloccare l'adozione del suo rapporto.

Le parti possono inoltre fare ricorso a strumenti alternativi di soluzione delle controversie, disciplinati nel DSU. In ogni momento le parti possono volontariamente decidere di sottoporsi ai buoni uffici, alla conciliazione o alla mediazione. Questa opzione non è stata utilizzata molto di frequente, nonostante la dichiarazione fatta dal Direttore Generale della WTO¹⁵⁸ volta ad enfatizzare la sua prontezza di assistere i Membri nella soluzione delle controversie e descrivendo le procedure applicabili.

L'art. 25 dell'DSU prevede la possibilità di ricorrere ad un meccanismo alternativo, l'arbitrato, laddove vi sia la congiunta volontà delle parti.

¹⁵⁸ GC, Article 5 of the Dispute Settlement Understanding – Communication from the Director-General, WT/DSB/25, 17 July 2001.

Passando poi all'analisi della procedura vediamo come le disposizioni relative al meccanismo di risoluzione delle controversie della WTO siano senza dubbio più precise e dettagliate. Nel precedente sistema del GATT i panels erano istituiti dal Consiglio,¹⁵⁹ invece nella WTO i panels sono costituiti dal DSB. Il DSB è composto dai rappresentanti degli Stati membri ed ha il compito di assicurare il rispetto e l'applicazione delle regole e procedure del DSU. Ha inoltre l'autorità di istituire i panels, adottare i rapporti dei panels e dell'Appellate Body e supervisionare sulla loro attuazione da parte degli Stati a cui si rivolgono.

Il DSB è stato definitivo come il Consiglio Generale "*acting in another guise*"¹⁶⁰; il DSB è un organo speciale distinto da quest'ultimo poiché affronta esclusivamente la risoluzione di questioni controverse, ha una procedura e un Presidente differente e autonomo, inoltre diversi sono i rappresentanti degli Stati che li compongono.

Laddove le parti in causa non siano riuscite a risolvere amichevolmente la controversia attraverso le consultazioni, esse possono richiedere l'istituzione di un panel, un gruppo di tre – in alcuni casi di cinque – esperti, con il compito di valutare i fatti del caso alla luce delle disposizioni degli Accordi. Il ruolo del panel è quello di assistere e aiutare il DSB emettendo una raccomandazione dell'eventuale decisione ed eventualmente suggerisce le misure che possono essere adottate per ripristinare la situazione precedente. Il rapporto del panel alla luce dell'art. 15 del DSU sembra essere il risultato di una soluzione discussa nell'ambito di un confronto tra le parti secondo il principio del contraddittorio al fine di garantire una partecipazione attiva delle parti alla definizione della controversia. Infatti il panel dopo aver presentato le proprie considerazioni sulle

¹⁵⁹ "*The Council is empowered to act for the Contracting Parties, in accordance with normal GATT practice.*" Annex on the Customary Practice of the GATT del 1979

¹⁶⁰ Gallagher P., *Guide to Dispute Settlement, Kluwer Law International, 2002.*

questioni di fatto e di diritto alle parti, esamina le osservazioni di ciascuna di esse emettendo un successivo rapporto provvisorio sul quale le parti possono produrre nuove richieste¹⁶¹. Questa fase intermedia, detta *interim review stage*¹⁶², è stata fortemente criticata da parte della dottrina perché determinava un inutile prolungamento della procedura. In realtà tale fase rappresenterebbe il punto di forza del nuovo sistema grazie alla quale è possibile raggiungere delle soluzioni condivise da entrambe le parti.

L'istituzione di un panel nell'ambito del nuovo sistema è senza dubbio più semplice rispetto a quanto avveniva durante la vigenza del GATT. Attraverso la regola del *consensus* negativo (o "*reverse consensus*"), la WTO costituisce il panel senza i ritardi incontrati nel GATT. Infatti l'istanza poteva essere rigettata soltanto deliberando in tal senso all'unanimità e dunque con il consenso di tutti i membri, compresa la parte ricorrente. Di conseguenza, tranne nell'improbabile caso in cui anche la parte ricorrente concorra alla formazione del *consensus*, la decisione di istituire un panel sarà sempre possibile dal DSB (generalmente in occasione della seconda riunione). Le parti rivolgono la richiesta di un panel al presidente del DSB indicando se le consultazioni sono state tentate, le specifiche "*measures at issue*" e un breve riepilogo del fondamento giuridico della denuncia, allegando la violazione delle disposizioni degli Accordi, al fine di definire l'ambito della controversia e la giurisdizione del panel.

¹⁶¹ Questa possibilità è stata confermata nel rapporto del panel Australia –Measures Affecting Importation of Salmon, 1998. L'Australia richiese una revisione dell'intero rapporto poiché "a large part of the legal reasoning of the interim report was not based on an objective assessment of the matter before the Panel." Il panel rifiutò la richiesta e procedette ad una revisione esclusivamente "in light of the comments made by the parties which relate to 'precise aspects' of the interim report".

¹⁶² Distefano M., *op. cit.*

Già nel 1989 con la *Contracting Parties Decision*¹⁶³ si è riconosciuto il diritto dell'attore all'istituzione di un panel introducendo la regola del *consensus* negativo; tale diritto è stato riaffermato nella WTO.

L'art. XXIII del GATT '47 è rimasto invariato nel GATT '94. Anche in quest'ultimo sono contemplati tre tipologie di denunce: (i) *violation complaints*, (ii) *non - violation complaints*, (iii) *situation complaints*.

"Violation complaints" presuppone il mancato adempimento di obblighi da parte di un altro membro, che determina l'annullamento o la compromissione di un beneficio o che ostacoli il raggiungimento di un qualsiasi obiettivo. Per esempio che a causa della violazione uno Stato si veda compromesso un beneficio ad esso derivante dalla sua partecipazione all'organizzazione. "Non-violation complaints" presuppone l'esistenza di una misura adottata da un altro Membro che, anche se non in contrasto con le disposizioni del GATT 94 produce il medesimo risultato di annullare o compromettere un beneficio. Questa previsione consente di assicurare il corretto equilibrio tra le concessioni di cui godono i Membri della WTO. "Situation complaints" riguarda invece ogni situazione che determina un annullamento o una compromissione di un beneficio oppure che ostacoli il perseguimento di un obiettivo dell'accordo. Queste coprono dunque ogni situazione, azione o omissione, che non viola una disposizione degli accordi ed è stata prevista per eliminare ogni possibile ostacolo non tariffario al commercio.

L'adozione del rapporto del panel deve avvenire entro 60 giorni dalla data in cui è trasmesso al DSB, a meno che una parte della controversia non intenda adire l'Appellate Body per il riesame dello stesso. Anche per questo tipo di

¹⁶³ Si tratta dell'Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures, adottato con Decisione del 12 Aprile 1989. La decisione è stata concordata nell'Incontro Ministeriale a Montreal

deliberazione si applica la regola del consensus negativo e dunque un rapporto si considera approvato a meno che il DSB, all'unanimità, non decida di rigettarlo.

Tra le novità maggiori introdotte dal DSU, a cui abbiamo già precedentemente fatto riferimento, è la previsione di un secondo grado di giudizio dinanzi all'Appellate Body, a cui le parti possono fare ricorso per il riesame del rapporto emanato dal panel a conclusione della prima fase della procedura. Si tratta di innovazione significativa sia rispetto al precedente sistema di soluzione delle controversie del GATT '47 sia rispetto ai meccanismi previsti da altre organizzazioni internazionali. Secondo alcuni autori, la previsione di un grado di appello nel sistema del WTO è una conseguenza del cambiamento dalla regola del consensus positivo a quello negativo applicabile per l'adozione dei rapporti dei panel¹⁶⁴, considerato che il rapporto del panel poteva essere adottato quasi automaticamente attraverso la regola del reverse consensus, si era ritenuto prudente riconoscere ai Membri la possibilità di ottenere una revisione della decisione del panel prima che essa diventasse vincolante. Allo stesso tempo però si doveva fare in modo che questa revisione non determinasse un ulteriore allungamento dei tempi della procedura. Quello che ci si aspettava era un infrequente ricorso all'organo di appello, cosa che invece non è accaduta nella pratica. Nei primi anni quasi ogni rapporto del panel era oggetto di revisione; negli ultimi anni invece all'incirca due terzi dei rapporti sono stati appellati.

Come abbiamo visto, l'Organo di Appello è l'unico giuridicamente investito del potere di risolvere una controversia¹⁶⁵ e questo è dimostrato dalle sue caratteristiche istituzionali che consentono di assimilarlo ad un Tribunale

¹⁶⁴ Van den Bossche P., 'From afterthought to centrepiece: the WTO Appellate Body and its rise to prominence in the world trading system' in G Sacerdoti, A Yanovich, and J Bohanes (eds), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006.

¹⁶⁵ Distefano M., *op. cit.*

internazionale, il quale è “broadly representative” della membership dell’organizzazione.

La procedura dinanzi all’organo di secondo grado, ha inizio formalmente con l’invio di una richiesta di revisione da parte dell’appellante¹⁶⁶ al DSB. Solo le parti che abbiano partecipato al procedimento davanti al panel hanno diritto di proporre appello avverso il rapporto. I terzi possono partecipare all’appello come terzi partecipanti soltanto nel caso in cui fossero stati terze parti davanti al panel.¹⁶⁷

Nel corso dell’audizione orale, che si tiene 35-40 giorni prima dell’inizio dell’appello, le parti – appellante, appellato e terzo partecipante – formulano dichiarazioni orali su domanda della Divisione competente dopodiché questa potrà procedere ad interrogare direttamente le parti in causa e eventualmente i terzi. Dopo questa fase i tre membri della Divisione si consulteranno con gli altri quattro membri dell’Organo di Appello i quali congiuntamente saranno tenuti ad emettere un rapporto nel termine di 60 giorni dalla presentazione della domanda di revisione, salvo un eventuale impossibilità che sarà notificata al DSB. L’Appellate Body resta estraneo al procedimento decisionale del rapporto, affidato anche in questo caso al DSB che lo adotterà applicando la regola del consensus negativo.

Il riesame operato dall’Organo di Appello è limitato alle sole questioni di diritto, non è competente ad entrare nel merito della controversia ma deve limitarsi a giudicare il ragionamento giuridico seguito dai panels e quindi a valutare se i

¹⁶⁶ “Appellant” termine usato dall’Appellate Body, *Working Procedures for Appellate Review*, WT/AB/WP/1 (15 February 1996).

¹⁶⁷ Costa Rica ha proposto di consentire ad un Membro della WTO di conservare il suo diritto come terza parte nella fase di appello, indipendentemente dal fatto che questo Membro abbia o meno conservato il suo diritto come terza parte durante la fase dinanzi al panel. DSB, *Proposal by Costa Rica – Third Party Rights – Communication from Costa Rica, Revision*, TN/DS/W/12/Rev.1 (6 March 2003).

panels abbiamo interpretato e applicato correttamente le disposizioni degli accordi. Ai sensi del par. 6 dell'art. 17, infatti *“an appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel”*. Le questioni di fatto sono dunque in linea di principio escluse dal riesame in appello.

Non poche sono le difficoltà incontrate dall'Organo d'Appello in questo senso. Molto spesso l'esame sulla corretta interpretazione delle disposizioni da parte del panel finisce per coinvolgere anche questioni di fatto della controversia¹⁶⁸.

Oltre alla limitazione di cui all'articolo 17 par. 6, la portata del ricorso sarà determinata sulla base delle denunce effettuate dal ricorrente nell'atto di notifica.

Nei ricorsi concernenti la violazione di norme processuali, l'Organo dovrà accertarsi che il panel non abbia tenuto dei comportamenti tali da ledere i diritti di cui le parti beneficiano in virtù di quanto disposto dal DSU.

Il giudizio di appello, nei limiti in cui esso è possibile, si caratterizza per il fatto di ripristinare un equilibrio tra le parti di fronte ad una decisione nettamente orientata a favore di una di esse. È assimilabile ad una Corte di Cassazione nazionale garantendo la legittimità giuridica del rapporto del panel e l'uniformità dell'interpretazione degli accordi OMC¹⁶⁹.

8 Vincolatività delle decisioni

Un aspetto particolarmente delicato è quello che riguarda l'esecuzione delle decisioni adottate dagli organi della WTO in ambito contenzioso. La complessità

¹⁶⁸ Nel caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* del 1998, noto come “caso gamberetti”, l'Organo di Appello ha statuito che una misura adottata da un Membro, anche se in applicazione di una politica di conservazione delle risorse esauribili, deve essere ritenuta contraria agli accordi multilaterali se determina una restrizione agli scambi.

¹⁶⁹ Distefano M., *op. cit.*

di tale fase deriva soprattutto dal fatto che ci troviamo in presenza di un'organizzazione internazionale a carattere universale e che abbraccia un ampio spettro di settori. I panels e l'Appellate Body hanno dunque una competenza e una responsabilità maggiore rispetto al GATT '47 dovendo assicurare, con le proprie decisioni, il mantenimento degli equilibri tra i Membri in materia commerciale. Le controversie possono spaziare dalla protezione dei diritti di proprietà intellettuale, ai servizi fino alla tutela dell'ambiente, della salute e della sicurezza.

Nell'ambito dell'Uruguay Round, gli Stati si sono trovati a dover configurare un meccanismo di esecuzione che fosse il risultato di un giusto compromesso. Da una parte quindi evitare la previsione di un sistema che fosse eccessivamente stringente, rischiando di compromettere gli equilibri tra i Membri, dall'altra che non fosse troppo permissivo e che quindi non lasciasse troppi margini di discrezionalità agli Stati, rischiando di vanificare il ruolo degli organi.

Il DSU introduce per la prima volta nella storia del GATT/WTO un testo esplicito sull'attuazione dei risultati dei rapporti degli organi di risoluzione delle controversie.

La raccomandazione del panel non ha di per se forza vincolante e non determina dunque il sorgere di obbligazioni a meno che questa non sia adottata dal DSB.

Se dunque da una parte il ruolo del DSB nella soluzione delle controversie subisce un notevole incremento dal punto di vista quantitativo rispetto a quello delle Parti Contraenti nel GATT, dall'altra si è assistito ad una notevole riduzione di esso dal punto di vista qualitativo, limitandosi alla mera esecuzione delle decisioni adottate in seno ad altri organi¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Ligustro A., *op. cit.*

Come abbiamo ampiamente visto, nel meccanismo di soluzione delle controversie del GATT, i rapporti del panel venivano adottati mediante consensus positivo, e quindi l'adozione era subordinata al fatto che non vi fosse alcuna obiezione da parte dei Membri. Questo meccanismo consentiva però alla parte soccombente di bloccare il rapporto sfavorevole semplicemente rifiutando di prestare il proprio consenso. Una previsione del genere, era sufficiente di per sé di determinare una profonda debolezza del sistema del GATT. Il DSU ha previsto la regola opposta, quella del consenso negativo, secondo la quale il consenso di tutti gli Stati era necessario per il rigetto della delibera. Un rapporto del panel deve essere adottato entro 60 giorni dal DSB, a meno che la parte in causa non decida di proporre appello oppure nel caso in cui ovviamente il DSB rifiuti l'adozione dello stesso. Invece, un rapporto dell'Appellate Body deve essere adottato dal DSB e incondizionatamente accettato dalle parti della controversia entro 30 giorni, a meno che il DSB non decida "by consensus" di non adottarlo.

In caso di mancata esecuzione dei rapporti – sia del *panel* che dell'Organo di Appello – lo Stato attore potrà rivolgersi al DSB affinché lo autorizzi alla sospensione o compensazione delle concessioni nei confronti dello Stato inadempiente. Si è parlato di una procedura di *implementation*.

Tali misure sono previste dall'articolo 21 del DSU e sono ormai generalmente riconosciute come sanzioni tipiche della WTO¹⁷¹. Al fine di garantire l'effettiva esecuzione delle decisioni degli organi di soluzione delle controversie, l'articolo 21 e seguenti prevedono un dettagliato meccanismo di adempimento sotto la sorveglianza del DSB. L'esecuzione deve essere "*prompt*" o "*immediate*", ma il terzo paragrafo del suddetto articolo introduce un'eccezione a tale regola

¹⁷¹ Ad esempio Culot H., *Les sanctions dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Larcier, Bruxelles, 2014

prescrivendo che se non è possibile conformarsi immediatamente al rapporto, la parte può ottenere un *“reasonable period of time”* per conformarsi. La definizione di un periodo ragionevole è oggetto di una dettagliata disciplina che prevede tre differenti modalità per fissarne l’entità. Un determinato periodo di tempo può essere proposto dallo stesso Stato e accettato dal DSB. In questo caso però la regola di deliberazione applicata non è quella del consensus negativo bensì del consensus positivo rischiando quindi che la concessione di un simile periodo di tempo sia ostacolato dall’altra parte. In caso di mancata deliberazione, il tempo può essere fissato mediante accordo tra le stesse parti. Se anche questo accordo risulta irraggiungibile, il termine per l’adempimento viene fissato tramite arbitrato obbligatorio e vincolante. 25 sono stati gli arbitrati svolti ai sensi dell’articolo 21 par. 3 let. C e in quattro di questi l’arbitro non ha neanche dovuto fissare un periodo ragionevole perché le parti hanno raggiunto un accordo prima della conclusione del procedimento¹⁷².

L’obbligazione che sorge in capo allo Stato soccombente è quella di adottare le misure necessarie per porre fine alla violazione delle norme dell’Accordo. I reports degli organi OMC non contengono alcuna indicazioni circa le misure più appropriate da adottare per conformarsi alla legalità, ponendosi dunque in termini ambigui per non minare alla sovranità degli Stati.

Le parti possono non essere d’accordo circa le misure adottate per conformarsi al rapporto o ritenere che esse si conformino soltanto parzialmente. Quando questo accade, la parte ricorrente può richiedere l’istituzione di un panel, preferibilmente il panel *“originario”*¹⁷³, ai sensi dell’art. 21 par. 5, affinché proceda ad un esame delle misure adottate e determini se queste misure siano

¹⁷² Vedi the Awards of the Arbitrators in Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes; US – Softwood Lumber V; US – Line Pipe; and US – Zeroing (Japan).

¹⁷³ Vidigal V. G., *Re-assessing WTO Remedies: the Prospective and the Retrospective*, in *Journal of International Economic Law*, 2013

coerenti, oltre che con i rapporti del panel e dell'Organo di Appello, anche con le disposizioni degli accordi. Negli ultimi anni si è assistito ad un incremento della costituzione di panel a questo fine.

In questa fase di esecuzione è importante evidenziare l'importante ruolo di sorveglianza svolto dal DSB al fine di assicurare l'adempimento delle sue decisioni. L'art. 21 par. 3 prevede infatti che lo Stato debba già informare entro 30 giorni dall'adozione del rapporto, le sue intenzioni circa la possibilità di conformarsi o no. Il DSB è tenuto a inserire automaticamente nell'ordine del giorno la questione relativa all'adempimento del rapporto 6 mesi dopo la data in cui stato concesso il ragionevole periodo di tempo.

Nel caso in cui la parte soccombente non abbia adottato misure sufficienti per conformarsi pienamente alle raccomandazioni e decisioni adottate dal DSB, e in mancanza di un accordo di compensazione tra le parti, lo Stato leso dalla violazione può chiedere l'autorizzazione al DSB di imporre contromisure, definite come una 'suspension of concessions or other obligations'. Non si deve sottovalutare l'importanza dell'autorizzazione. Il DSU vieta qualunque azione unilaterale. La regola del reverse consensus si applica anche alla decisione del DSB di autorizzare le contromisure, il che significa che la parte lesa dovrebbe votare contro la sua stessa richiesta perché non venga approvata. Il ricorso alla regola del consensus negativo ha fatto sì che potesse riconoscersi un vero e proprio diritto, di carattere quasi automatico, alle contromisure, analogamente al diritto al panel o all'adozione del rapporto.

Il diritto di applicare contromisure non è però senza restrizioni. L'articolo 22.4 DSU richiede che 'the level of suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB shall be equivalent to the level of nullification or impairment'. Inoltre, l'articolo 22.3 richiede in linea di principio che le

contromisure siano adottate nello stesso settore oppure, laddove ciò non sia possibile, si ricorre alla cosiddetta *cross retaliation*, cioè la sospensione di concessioni o obblighi in settori diversi disciplinati nello stesso accordo in cui si è verificata la violazione. L'ammissibilità della *cross retaliation* è stato un argomento fortemente dibattuto in considerazione del fatto che le controversie nell'ambito di un'organizzazione internazionale non riguardano mai esclusivamente le parti in causa, ma vanno a toccare, anche se solo indirettamente, tutti i Membri della stessa. Ciò che viene contestato con riferimento a questo meccanismo è proprio la possibilità che esso possa penalizzare soggetti diversi da quelli a cui le misure si rivolgono. Il DSU, per far fronte a queste critiche, ha consentito l'istituto, subordinandolo però all'impossibile o inefficace attuazione del criterio della corrispondenza di settori. Il DSB ha il compito di assicurare questa proporzionalità tra misure e contromisure.

Un'altra importante questione riguarda la cessazione della sospensione di concessioni o altri obblighi. Il DSU non contiene delle regole esplicite con riferimento a tale problema ma prevede che l'adozione di simili contromisure debba avere una durata temporanea e che la sua applicazione sia limitata al mantenimento della violazione da parte dello Stato. Nel caso *EC – Hormones*¹⁷⁴, l'European Communities ha sostenuto di essersi conformata alle raccomandazioni e decisioni del DSB. Gli USA e il Canada al contrario, ritenevano che le misure da questa adottate non fossero sufficienti e rifiutarono di cessare la sospensione delle concessioni contro l'EC di cui il DSB aveva autorizzato l'adozione. L'European Communities ha optato per l'istituzione di un nuovo

¹⁷⁴ Canada – Continued Suspension Of Obligations in the EC – Hormones Dispute, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, WT/DS321/6 (14 January 2005); United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, WT/DS320/6 (14 January 2005).

panel che si pronunciasse sulla conformità o meno della sospensione delle concessioni da parte degli Stati controvertenti iniziando una nuova procedura di soluzione delle controversie.

Come abbiamo visto, la sospensione delle concessioni può essere autorizzata, solo se allo scadere del ragionevole tempo concesso alla parte, questa non si adegui alle raccomandazioni o decisioni degli organi dell'OMC. In tal caso, la parte lesa, prima di ricorrere al DSB per l'autorizzazione, può tentare di raggiungere un accordo su un'eventuale compensazione con la parte inadempiente. La parte lesa, prima che il periodo di tempo concesso sia scaduto, può richiedere di avviare delle negoziazioni al fine di ricercare un accordo sulla compensazione necessaria a controbilanciare il pregiudizio subito a causa della mancata esecuzione degli obblighi¹⁷⁵. La parte soccombente se da una parte ha il dovere di acconsentire e partecipare ai negoziati secondo buona fede, non è obbligata ad accettare la proposta di compensazione. Questi negoziati potrebbero però lasciare spazio a pratiche dilatorie, determinando un inutile prolungamento del procedimento in corso. Per questo è fissato un termine massimo di 20 giorni entro il quale deve raggiungersi un accordo pena la nullità delle negoziazioni stesse. Nella prassi peraltro, molto rari sono le ipotesi di accordi di compensazione¹⁷⁶.

¹⁷⁵ par. 2, art. 22: "If the Member concerned fails to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations and rulings within the reasonable period of time determined pursuant to paragraph 3 of Article 21, such Member shall, if so requested, and no later than the expiry of the reasonable period of time, enter into negotiations with any party having invoked the dispute settlement procedures, with a view to developing mutually acceptable compensation. If no satisfactory compensation has been agreed within 20 days after the date of expiry of the reasonable period of time, any party having invoked the dispute settlement procedures may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements".

¹⁷⁶Mocquart C., *Efficacité des sanctions et retraits des concession dans le système règlement des différends de l'OMC*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2003.

Gli accordi di compensazione devono essere ovviamente conformi alle disposizioni degli accordi OMC, dunque una parte non può accordare benefici che risulterebbero in contrasto con quanto consentito da tali documenti. La previsione dell'istituto della compensazione, nonostante lo scarso ricorso ad essa, ha rappresentato un elemento di svolta nel sistema multilaterale. Ancora una volta appare evidente la preferenza per la ricerca di soluzioni amichevoli dei conflitti e allo stesso tempo si pone come strumento a tutela dei paesi dotati di un minore peso economico con riferimento ai quali la sanzione della sospensione delle concessioni non rappresenterebbe un'efficace minaccia nei confronti degli stati più potenti.

Come abbiamo potuto delineare, il meccanismo di esecuzione delle decisioni predisposto dall'Organizzazione Mondiale del Commercio si articola in diverse fasi preliminari e obbligatorie affinché si possa procedere all'applicazione delle relative sanzioni. Queste fasi sono strumentali al perseguimento di finalità ben precise: da una parte evitare il ricorso ad azioni unilaterali precludendo agli Stati membri di farsi giustizia da soli ai danni di un equilibrio del sistema, dall'altra evitare il ricorso da parte degli Stati a misure ingiustificate. La funzione di sorveglianza attribuita al DSB risponde proprio all'esigenza di impedire che, di fronte ad una seppur riconosciuta violazione degli Accordi OMC, le parti lese possano adottare sanzioni sproporzionate rispetto al pregiudizio subito.

Più in generale, per concludere, il sistema di soluzione delle controversie introdotto dalla WTO è stato generalmente visto come un successo.¹⁷⁷ Si tratta di un meccanismo a cui si è fatto fortemente ricorso tanto da parte dei paesi sviluppati quanto da parte dei paesi in via di sviluppo, e le percentuali di regolamento e di conformità sono notevoli per un sistema internazionale di

¹⁷⁷Davey W.J., 'The WTO Dispute Settlement System: The First Decade' 2005 Journal of International Economic Law 8

risoluzione delle controversie. Il sistema, tuttavia, è ben lontano dalla perfezione, infatti mentre la conformità alle decisioni viene generalmente raggiunta, esso richiede spesso molto più tempo di quello previsto per produrre effettivi risultati. La non conformità prolungata si è verificata in molti casi di grande rilevanza, mettendo in discussione l'efficacia complessiva del sistema. Inoltre non sono mancate forti critiche da parte di accademici e dagli stessi Membri alla giurisprudenza prodotta dal sistema. Ogni considerazione relativa al sistema deve tenere conto dei limiti nei processi giudiziari nel WTO e del contesto in cui esso si trova ad operare. Infatti una conseguenza del successo generale del sistema di risoluzione delle controversie deve essere ravvisata nel fatto che gli Stati Membri cercano di realizzare in un processo giudiziario ciò che non sono stati in grado di raggiungere attraverso i negoziati.

Nel considerare i limiti dei processi giudiziari, può essere utile prima di tutto determinare il ruolo di tali processi nel sistema di soluzione delle controversie internazionali e cosa ci si aspetta raggiungere. Parlando in generale, si ricorre ad un processo giudiziario quando le altre forme di soluzione delle controversie non appaiono adeguate a risolvere il conflitto. A livello internazionale, queste altre forme sono tipicamente le consultazioni e i negoziati, la mediazione, l'inchiesta, la conciliazione e l'arbitrato. Le disposizioni del DSU riflettono sostanzialmente questi approcci generali alla risoluzione delle controversie internazionali: abbiamo visto come la condizione per accedere al processo sia l'esperimento di consultazioni tra le parti e inoltre la possibilità di chiedere in qualsiasi momento il ricorso ai buoni uffici, alla conciliazione o alla mediazione con il consenso degli Stati coinvolti. Si ricorda che l'articolo 3 par. 7 del DSU dispone che: *"(...) The aim of the dispute settlement mechanism is to secure a positive solution to a dispute. A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the*

covered agreements is clearly to be preferred. In the absence of a mutually agreed solution, the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements. The provision of compensation should be resorted to only if the immediate withdrawal of the measure is impracticable and as a temporary measure pending the withdrawal of the measure which is inconsistent with a covered agreement. The last resort which this Understanding provides to the Member invoking the dispute settlement procedures is the possibility of suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements on a discriminatory basis vis-à-vis the other Member, subject to authorization by the DSB of such measures". Inoltre le raccomandazioni e decisioni del DSB non possono aggiungere o diminuire i diritti e le obbligazioni riconosciuti dagli Accordi WTO. Le disposizioni manifestano una tensione tra il desiderio di promuovere soluzioni concordate reciprocamente e la volontà di far rispettare le norme concordate¹⁷⁸. Ci si deve chiedere dunque se il carattere di un processo giudiziario che dichiara da un lato chi sia il vincitore e dall'altro il perdente, sia in grado di raggiungere risultati reciprocamente accettabili. Il fatto poi che il sistema coinvolga gli Stati fa sorgere la più generale questione se i processi giudiziari siano in grado di risolvere dispute complesse tra Stati sovrani. In un sistema come la WTO, in cui il processo di definizione delle norme è lento e ponderato, preoccupazioni circa la misura in cui l'organo giurisdizionale può imporre obbligazioni non concordate dai membri sono inevitabili. Proprio il fatto che le parti siano Stati sovrani rappresenta un'importante limite ai processi

¹⁷⁸ Davey W. J., *The Limits of Judicial Processes*, in *The Oxford Handbook of International Trade Law* Edited by Daniel Bethlehem, Isabelle Van Damme, Donald McRae, and Rodney Neufeld, 2009.

giudiziali in ambito internazionale, non esistendo alcun modo per un tribunale internazionale – come il sistema di risoluzione delle controversie del WTO – per far valere i propri atti. Le preoccupazioni derivano dal fatto che gli Stati potrebbero astenersi dall’attuare le decisioni sfavorevoli in considerazione dell’importanza degli interessi coinvolti. Tuttavia la storia del “sistema WTO” ha dimostrato come attraverso esso è stato possibile risolvere con successo la maggior parte delle controversie e i pochi “*wrong cases*” non sono tali da compromettere la redditività nel suo complesso. Nei primi cinque anni di funzionamento del meccanismo, diverse dispute altamente controverse sono state sottoposte al sistema di risoluzione delle controversie dell’WTO e tutte sono state definitivamente risolte, ad eccezione di *Hormones case* e *Canada – Brazil aircraft case* in cui le parti nel primo caso riescono a raggiungere una sorta di accordo, nel secondo caso la controversia non ha potuto trovare una soluzione un’azione ritorsiva non potrebbe neanche essere significativa in considerazione della flessibilità dell’Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS Agreement). Nel momento in cui il sistema funziona con successo e in maniera soddisfacente, i rari casi in cui gli Stati non adempiono alle decisioni degli organi WTO non determinano una minaccia per il sistema né rappresentano un limite all’effettività del processo giudiziale. Di conseguenza la preoccupazione che gli Stati abbandonino il sistema a tutela della loro sovranità appare ormai irrilevante.

Per quanto riguarda invece la più ampia questione secondo la quale un sistema giuridico debba essere preferito rispetto ad un sistema basato sulle negoziazioni – un sistema *rules-oriented* anziché *power-oriented* – è oggetto di numerosi dibattiti. Non avrebbe senso condurre lunghi e ardui negoziati su norme

dettagliate per il commercio internazionale se manca poi un sistema che risolva controversie relative al significato di tali norme e che ne assicuri l'applicazione. Se però da una parte può riconoscersi che la sovranità degli Stati costituisca un limite all'efficacia di un sistema *rules-based*, la storia del sistema di risoluzione delle controversie della World Trade Organization ha dimostrato che i Membri quasi sempre si conformano alle decisioni emesse dagli organi contenziosi, soprattutto nell'interesse collettivo di preservare il funzionamento del sistema.

Conclusioni

Questa tesi ha analizzato il sistema di risoluzione delle controversie della World Trade Organization, nell'ambito del ruolo svolto dalle organizzazioni internazionali ai fini della risoluzione delle controversie tra Stati membri.

Preliminarmente, è stata svolta un'analisi generale dei procedimenti di risoluzione delle controversie internazionali, che sono volti ad assicurare il mantenimento di relazioni pacifiche tra gli Stati e ad evitare il ricorso alla forza armata.

L'argomentazione è stata avviata dalla definizione originaria di controversia internazionale, come riconosciuta dal diritto consuetudinario: "quel disaccordo su di un punto di diritto o di fatto, una contraddizione, ovvero un'opposizione di tesi giuridiche o di interessi tra due parti, che concerna un rapporto disciplinato dal diritto internazionale".

Sono quindi descritte le diverse tipologie di strumenti a disposizione degli Stati, il cui ricorso è sempre subordinato alla congiunta volontà delle parti, anche richiamati i casi di maggior rilievo: *(i)* i procedimenti di natura diplomatica, ai quali si fa maggiormente ricorso nella prassi, *(ii)* e quelli ad esito vincolante, con particolare riferimento al ruolo centrale ricoperto dalla Corte Internazionale di Giustizia.

Successivamente, nella seconda parte della tesi, viene discusso il ruolo delle organizzazioni internazionali nella risoluzione delle controversie tra gli Stati membri e i mezzi a cui si accorda preferenza negli accordi istitutivi.

Dopo lo svolgimento di breve disamina delle principali caratteristiche delle organizzazioni internazionali, nonché del loro contributo nell'ambito della Comunità internazionale, è approfondita la storia e la struttura del World Trade

Organization (WTO) – oggetto principale della tesi – nonché il meccanismo di risoluzione descritto nel *Dispute Settlement Understanding* (DSU).

Antecedente storico del WTO è il *General Agreement On Tariffs and Trade* (GATT '47), che rappresenta il primo tentativo storico di favorire lo sviluppo del commercio a livello mondiale abbattendo le barriere doganali interstatuali e regolamentare giuridicamente i rapporti commerciali tra gli stessi Stati. In effetti, è soprattutto nel settore economico e commerciale che, dopo la Seconda Guerra Mondiale, si manifestano quei fenomeni di multilateralismo istituzionalizzato, attraverso i quali le potenze vincitrici intendevano costruire il nuovo ordine internazionale. A Ginevra, il 15 dicembre del 1993, venne stipulato l'Atto Finale dell'Uruguay Round; e nell'aprile del 1994 venne convocata a Marrakech una conferenza intergovernativa nella quale i risultati dei negoziati furono sottoposti ai governi delle parti contraenti del GATT affinché venissero definitivamente approvati, e infine entrò in vigore il 1° gennaio 1995. Il *Final Act* è suddiviso in 3 parti: una breve introduzione nella Parte I; l'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio nella Parte II e alcune «Dichiarazioni e Decisioni dei Ministri» alla Parte III.

La WTO ha infatti previsto un complesso ma efficace sistema di risoluzione delle controversie tra Stati descritto nel *Dispute Settlement Understanding* (DSU), che rappresenta senza dubbio l'aspetto più caratteristico del sistema e che ne garantisce l'effettività. Alcuni esperti hanno affermato che il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione dovrebbe assurgere a modello per altre organizzazioni internazionali per le peculiarità che presenta. Si tratta infatti di un sistema di carattere arbitrale, che si incentra sul ruolo del *Dispute Settlement Body* (DSB), un organo a cui gli Stati fanno ricorso nel caso in cui subiscano delle

conseguenze pregiudizievoli dalla violazione del trattato da parte di un altro Stato.

Nucleo centrale del DSU è rappresentato dalla costituzione di un collegio arbitrale, il *panel* (gruppo di esperti). La richiesta di istituzione di un panel deve essere presentata al DSB, il quale può rigettare l'istanza solo deliberando all'unanimità, secondo la tecnica del *consensus negativo*. Norma di importanza fondamentale è l'art. 23 del Trattato, che sancisce il principio di esclusività del meccanismo di risoluzione predisposto dal DSU per tutte le controversie concernenti l'applicazione degli Accordi WTO escludendo la possibilità di procedere diversamente. Altro elemento caratterizzante la procedura è rappresentato dall'istituzione di un secondo grado di giudizio attraverso la previsione di un *Appellate Body*, destinatario dei ricorsi di riesame limitatamente ai c.d. *findings*, cioè le conclusioni del rapporto del *panel*. Si tratta di un giudizio di legittimità volto ad assicurare la corretta interpretazione e applicazione del Trattato, senza scendere nel merito della questione. Anche l'*Appellate Body* emetterà un rapporto all'esito del suo esame indicando i modi e i tempi in cui lo Stato dovrà adeguare il suo comportamento agli obblighi in esso imposti. Questo rapporto sarà sottoposto alla procedura del *consensus negativo*, al pari del rapporto del *panel*, il cui mancato rispetto da parte dello Stato soccombente giustificherà l'adozione di una serie di sanzioni, quali per esempio la sospensione di concessioni commerciali.

Nell'ambito del WTO si è parlato di un sistema "quasi-giurisdizionale", perché da una parte i *panel* svolgono una funzione assimilabile a quella esercitata dalle commissioni di conciliazione, dall'altra l'*Appellate Body* rappresenta un vero e proprio organo giurisdizionale permanente così avvicinando il sistema di risoluzione delle controversie ad un procedimento giudiziario.

Nella terza parte della tesi si approfondisce ulteriormente lo studio del sistema di risoluzione delle controversie della WTO. Viene anzitutto ri-considerato il funzionamento del meccanismo (di risoluzione) durante la vigenza del GATT '47, che costituisce il primo tentativo storico di “regolamentare giuridicamente i rapporti commerciali tra Stati su basi multilaterali”, entrato in vigore sulla base di un Protocollo di Applicazione Provvisorio il che ha fortemente inciso sulla debolezza del sistema in generale. Proprio partendo dai limiti dell'Accordo generale è descritta l'evoluzione che ha portato, all'esito dell'Uruguay Round, all'adozione dell'atto istitutivo della World Trade Organization. Sono analizzati il meccanismo di soluzione di controversie descritto nel DSU, l'importanza della costituzione di *panels*, ai quali viene devoluto il compito di svolgere accertamenti su questioni di fatto e di diritto relativi alle questioni ad essi sottoposte, e il ruolo del DSB e delle decisioni prese in seno ad esso. Particolare attenzione è rivolta alla novità rappresentata dal metodo di deliberazione, non più basato sul *consensus* positivo (come nel GATT) bensì su un *consensus* negativo, al fine di evitare pratiche ostruzionistiche del sistema da parte degli Stati membri, in particolare dello Stato soccombente. Di rilievo anche appare invece l'introduzione, per la prima volta, di un organo di appello, l'Appellate Body, per il riesame delle sole questioni di diritto. Da ultimo, sono proposte alcune considerazioni relative all'esecuzione dei rapporti dei *panels* e dell'*Appellate Body*, alla vincolatività delle decisioni assunte dall'organo e alle sanzioni che possono essere comminate nei confronti dello Stato inadempiente.

Si osserva che la storia del “sistema WTO” ha dimostrato come attraverso esso è stato possibile risolvere con successo la maggior parte delle controversie e che i pochi “*wrong cases*” non sono stati tali da compromettere la “redditività” del sistema nel suo complesso. In particolare, nei primi cinque anni di

funzionamento del meccanismo, diverse dispute altamente controverse sono state sottoposte al sistema di risoluzione delle controversie dell'WTO e tutte sono state definitivamente risolte (ad eccezione di *Hormones case* e *Canada – Brazil aircraft case*). Di conseguenza, nel momento in cui il “sistema” funziona con successo e in maniera soddisfacente, i rari casi in cui gli Stati non adempiono alle decisioni degli organi WTO non determinano una minaccia per il sistema ne rappresentano un limite all'effettività del processo giudiziale; e la preoccupazione che gli Stati abbandonino questo sistema a tutela della loro sovranità diventa elemento irrilevante.

Quanto, infine, alla più ampia questione, oggetto di numerosi dibattiti, secondo la quale un sistema giuridico debba essere preferito rispetto ad un sistema basato sulle negoziazioni – un sistema *rules-oriented* anzichè *power-oriented* –, non avrebbe senso condurre lunghi e ardui negoziati su norme dettagliate per il commercio internazionale se mancasse poi un sistema che risolva controversie relative al significato di tali norme e che ne assicuri l'applicazione. Se da una parte può riconoscersi che la sovranità degli Stati costituisca un limite all'efficacia di un sistema *rules-based*, la storia del sistema di risoluzione delle controversie della World Trade Organization ha dimostrato che i Membri quasi sempre si conformano alle decisioni emesse dagli organi contenziosi, soprattutto nell'interesse collettivo di preservare il funzionamento del sistema.

Riferimenti bibliografici

Arangio Ruiz G., *Controversie internazionali*, in Enciclopedia del diritto, X, Giuffrè, Milano 1962.

Atteritano A., *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale: il principio del rispetto della volontà delle parti*, Giuffrè Editore, 2009.

Baudenbacher C., *Judicialization: Can the European Model be exported to other parts of the World?*, in Texas International Law Journal, vol. 39:381, 2004.

Benedek W., *General Agreement on Tariffs and Trade (1947 and 1994)*, in Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2015.

Borghi P., *L'organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), gli Accordi Istitutivi, i principi fondamentali*, Università di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza, 2011.

Boyle A.E., *Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: problems of fragmentation and jurisdiction*, in International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, January 1997.

Cantoni S., *Giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia: casi scelti*, G. Giappichelli, Torino 2014.

Carbone S. M., Luzzatto M., Bariatti S., Ivaldi P., Queirolo I., Munari F., Fumagalli L., Nascimbene B., Schiano Di Pepe L., Frigo M., Santa Maria A., Condinanzi M., *Istituzioni di diritto internazionale*, G.Giappichelli Editore, 2016.

Charpentier J., Sierpinski B., *Le droit international entre développement et reconnaissance et « Le droit international de la reconnaissance » d'Emmanuelle JOUANNET*, Civitas Europa, vol. 30, no. 1, 2013

Conforti B., *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, Decima Edizione, 2014.

Culot H., *Les sanctions dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Larcier, Bruxelles, 2014

Del Vecchio A., *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

Del Vecchio A., *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci Editore, Bari, 2015.

Di Stefano M., *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2001

Di Vignano, A.T., *La controversia e l'accordo*, Rivista di studi politici internazionali, vol. 25, no. 2, 1958

Di Vignano, A.T., *Considerazioni sugli accordi risolutivi delle controversie internazionali*, in «Studi e comunicazioni di diritto internazionale e straniero della Università di Milano» vol. IV, 1952.

Dupuy P.M., *The Danger of fragmentation or unification of the International legal system and the International Court of Justice*, in N.Y.U. J. Int'l L.&Pol., 1999, vol.31.

Eichmann E. P., *Procedural Aspects of GATT Dispute Settlement: Moving Towards Legalism*, in *International Tax & Business Lawyer*, Vol. 8:38, p.48, 1990.

Forteau M., *Organisations internationales et sources du droit*, in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013.

Gallagher P., *Guide to Dispute Settlement*, Kluwer Law International, 2002.

Hexner E. P., *Interpretation by Public International Organizations of Their Basic Instruments*, in *The American Journal of International Law*, vol. 53, no. 2, 1959.

Leanza U., Caracciolo I., *Il diritto internazionale: Diritto per gli stati e diritto per gli individui*, Parte generale, Torino, G. Giappichelli Editore, Terza edizione, 2012.

Ligustro A., *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, CEDAM Padova, 1996.

Jackson J.H., *The Puzzle of GATT. Legal Aspect of a Surprising Institution*, in *Journal of World Trade*, Kluwer Law International, 1967.

Jackson J.H., *Government Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of GATT*, in *Journal of World Trade Law*, 1979.

Kantchevski P. D., *The Differences between the Panel Procedures of the GATT and the WTO: The Role of GATT and WTO Panels in Trade Dispute Settlement*, vol. 3 in *International Law & Management Review*, 2006.

Merrills J.G., *International dispute settlement*, Cambridge, 2011.

Morelli G., *Estinzione e soluzione di controversie internazionali*, in "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", 1950.

Morelli G., *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1987.

Mocquart C., *Efficacité des sanctions et retraits des concession dans le système règlement des différends de l'OMC*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2003.

Munari F., *Istituzioni di diritto internazionale*, pg. 242, Giappichelli editore, 2016.

Neri S., *Sull'Applicazione Provvisoria Dei Trattati Internazionali Non Ancora Ratificati*, in *Rivista Di Studi Politici Internazionali*, vol. 29, no. 4, pp. 588–591, 1962.

Pellet A., *Peaceful settlement of International Disputes*, in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

Petersmann E., *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, 1997.

Petersmann E., *Strengthening GATT Procedures for Settling Trade Disputes*, 11 *World Economy* 1988.

Quadri R., *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, 5, 1989.

Picone P., *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Jovene, 1973.

Rogoff M. A., Gauditz B. E., *The provisional application of international agreements*, in *Maine Law Review* VOL 39:29 1987.

Ronzitti N., *Rivista di diritto internazionale* - 4/1996.

Rosine P., *An Unofficial Description of How a GATT Panel Works and Does Not*, 4 J. In *American Review of International Arbitration* pp. 53, 95–96, 1987.

Sciso E., *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, Torino 2012.

Van den Bossche P., 'From afterthought to centrepiece: the WTO Appellate Body and its rise to prominence in the world trading system' in G Sacerdoti, A Yanovich, and J Bohanes (eds), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006.

Villani U., *La conciliazione nelle controversie internazionali*, Jovene Editore, Napoli, 1989.

Villani U., *La funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale e la sua incidenza sul diritto sostanziale*, in "La Comunità Internazionale Fasc. 1/2014", Editoriale Scientifica, 2014.

Virzo R., *Le organizzazioni internazionali e la soluzione delle controversie*, in "Diritto delle organizzazioni internazionali", a cura di Del Vecchio A., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

WTO Secretariat Publication, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2004.

Ziemblicki B., *The Controversies over the WTO Dispute Settlement System* (disponibile in: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/32203/0014.pdf>)