

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volumi 4/5 • 2017-2018

ISSN 2465-0927

Il caso *Taricco* e i controlimiti • Immigrazione e asilo
Interventi di Diritto internazionale pubblico
Interventi di Diritto dell'Unione europea

editoriale scientifica

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni

Giuseppe Bianco

Federico Casolari

Francesco Costamagna

Filippo Croci

Pasquale De Sena

Ester di Napoli

Ornella Feraci

Mauro Gatti

Lorenzo Gradoni

Nicole Lazzerini

Olivia Lopes Pegna

Diego Mauri

Alice Ollino

Giuseppe Pascale

Luca Pasquet

Cesare Pitea

Alice Riccardi

Pierfrancesco Rossi

Andrea Spagnolo

Enza Tramontana,

Seline Trevisanut

Susanna Villani

Daniela Vitiello

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

*Giacomo Biagioni, Giuseppe Bianco,
Federico Casolari, Francesco Costamagna,
Filippo Croci, Pasquale De Sena,
Ester di Napoli, Ornella Feraci,
Mauro Gatti, Lorenzo Gradoni,
Nicole Lazzerini, Olivia Lopes Pegna,
Diego Mauri, Giuseppe Pascale,
Alice Ollino, Luca Pasquet, Cesare Pitea,
Alice Riccardi, Pierfrancesco Rossi,
Andrea Spagnolo, Enza Tramontana,
Seline Trevisanut, Susanna Villani,
Daniela Vitiello.*

SOMMARIO

Dibattiti

1. Il caso Taricco e i controlimiti

- 5 LORENZO GRADONI | Il dialogo tra Corti, per finta
- 36 DANIELE GALLO | La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda *Taricco*
- 48 LUCIA SERENA ROSSI | Come risolvere la «questione Taricco»... senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE
- 58 LORENZO GRADONI | Incontro al limite

2. Immigrazione e asilo

- 90 GRAZIELLA ROMEO | «Don't Ask Why»: l'immigrazione dell'era (caotica) di Trump
- 97 GIULIA RAIMONDO | Visti umanitari: il caso *X e X contro Belgio*
- 118 PASQUALE DE SENA, FRANCESCA DE VITTOR | La “minaccia” italiana di “bloccare” gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale
- 124 GABRIELLA CARELLA | Il sonno della ragione genera politiche migratorie
- 142 DANIELA VITIELLO | Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'Aquarius
- 159 MARCELLO DI FILIPPO | Unione europea e flussi migratori, o del tramonto dello spirito comunitario: considerazioni a margine del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018

- 168 GRACY PELACANI | Il Tribunal Supremo condanna il Governo spagnolo per l'inadempimento dei suoi obblighi di ricollocazione, ma è bene non farsi illusioni
- 178 ANDREA SPAGNOLO | Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'accordo col Niger e il *Global Compact* sulle migrazioni

Interventi

1. Diritto internazionale pubblico

- 194 PIERFRANCESCO BRECCIA | Limiti alla libertà degli Stati di accesso allo spazio: il caso della Corea del Nord
- 200 LEONARDO BORLINI | La "minaccia" nordcoreana e la risposta del Consiglio di sicurezza: impotenza o inefficacia?
- 210 MIRKO SOSSAI | L'adozione del Trattato sul disarmo nucleare tra entusiasmo, perplessità e aperta opposizione
- 220 ANNA DI LIETO | La questione delle *Chagos* all'esame della Corte internazionale di giustizia
- 227 DANIELE AMOROSO | *Inutiliter data?* La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana
- 239 GIULIA BORGNA | Cala il sipario della Corte europea sulle violenze al G8 (ma non sulla tortura in Italia). Brevi spunti a margine dei casi *Azzolina* e *Blair*
- 251 VITO TODESCHINI | The Right to Life in Armed Conflict: Reflections on the Human Rights Committee's Draft General Comment 36
- 259 EMANUELE SOMMARIO | Stato d'emergenza in Turchia: prime risposte della Corte europea dei diritti umani
- 271 LUDOVICA CHIUSI | *Jesner et al. v. Arab Banck, PLC:*

4 Quaderni di SIDIBlog 4-5 (2017-2018)

- Closing the Door to Litigation against Foreign Corporations under the Alien Tort Statute?
- 278 DIEGO MAURI | «Laws... of Humanity?». Un resoconto (critico) del primo Gruppo di esperti sulle armi autonome
- 290 LUIGI DANIELE | Criminalizzazione delle lotte per la legalità internazionale: il caso del movimento «Boicottaggio, disinvestimento e sanzioni» (anche alla luce della recente risoluzione 2334 del Consiglio di sicurezza)
- 310 GIOVANNA ADINOLFI | Le misure USA per la protezione dei mercati nazionali dell'acciaio e dell'alluminio: un nuovo capitolo della crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio?
- 328 CHIARA MACCHI | «Foreign direct liability claims» in Europa: sviluppi recenti e sfide future
- 338 MARIO GERVASI | Prime riflessioni sulla dichiarazione statunitense di denuncia dell'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico

Diritto dell'Unione europea

- 351 CARLO TOVO | Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione
- 370 ALESSANDRO ROSANÒ | *The Battle of Evermore*, ovvero considerazione sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello Stato di diritto
- 384 FRANCESCO PALLANTE | Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte costituzionale
- 396 MAURO GATTI | La politica commerciale dopo il parere 2/15: verso accordi "EU-only" senza ISDS/ICS?

- 408 FRANCESCO MUNARI, CHIARA CELLERINO | EU Law is Alive and Healthy: the *Achmea* Case and a Happy Goodbye to Intra-EU Bilateral Investment Treaties
- 419 GIOVANNI ZACCARONI | *Ultra vires review* e applicazione orizzontale del principio di non discriminazione sulla base dell'età: una riflessione (a freddo) su *Dansk Industri*
- 430 GIULIA ROSSOLILLO | Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso *Coman*
- 442 DANIELA MARRANI | Dati personali e cybersicurezza: la decisione *Breyer* della Corte di giustizia
- 455 LUCA CALZOLARI | Preliminary Comments on the *Google* Case: Bridging the Transatlantic Digital Divide by Widening the Antitrust One
- 474 AMEDEO ARENA | Il requisito della cittadinanza italiana nell'accesso ai concorsi pubblici: brevi spunti di riforma alla luce della recente giurisprudenza
- 485 DANIELE DOMENICUCCI | *Alea iacta est*: il Tribunale condanna l'Unione europea a risarcire i danni causati dalla violazione del diritto alla durata ragionevole del processo

Le misure USA per la protezione dei mercati nazionali dell'acciaio e dell'alluminio: un nuovo capitolo della crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio?

GIOVANNA ADINOLFI (*)

1. La nuova politica commerciale americana: una sovrapposizione tra azioni unilaterali, bilaterali e multilaterali

La recente guerra commerciale tra la Cina e gli Stati Uniti prende le mosse dalla decisione di questi ultimi di ricorrere, per ragioni di sicurezza nazionale, a un aumento del 25% e del 10% dei dazi doganali applicati alle importazioni di taluni prodotti, rispettivamente, dell'[acciaio](#) e dell'[alluminio](#). Prefigurate in [due rapporti](#) del Dipartimento del Commercio del gennaio di quest'anno ed entrate in vigore il successivo 23 marzo, queste misure non colpiscono il Canada e il Messico,

(*) Università di Milano.

312 Interventi

secondo quanto previsto dai proclami del Presidente Donald Trump dell'8 marzo 2018, oltre ad Argentina, Australia, Brasile, Corea del Sud e Unione europea, in base alle intese con loro raggiunte in un momento successivo.

Già all'indomani dei proclami presidenziali, diversi partner commerciali degli Stati Uniti avevano risposto duramente, come l'[Unione europea](#) e il [Giappone](#). La reazione cinese è stata particolarmente forte: essa ha in primo luogo [contestato](#) la natura delle misure americane in seno all'Organizzazione mondiale del commercio, le quali non costituirebbero restrizioni fondate su motivi di sicurezza nazionale, legittimate in linea di principio dall'art. XXI del [GATT 1994](#), bensì misure di salvaguardia, la cui disciplina è contenuta nell'art. XIX GATT 1994 e nel relativo [Accordo ad hoc](#). Sulla base di quest'ultimo, allegando una violazione del diritto rilevante, la Cina ha quindi chiesto l'avvio di [consultazioni](#) con gli USA, invocato il suo diritto a [reagire](#) alle restrizioni in causa, secondo quanto disposto dall'art. 8, par. 2 e, da ultimo, presentato [ricorso](#) innanzi agli organi contenziosi dell'OMC. A fronte di queste iniziative, gli [Stati Uniti](#) hanno mantenuto ferma la giustificazione per esigenze di sicurezza nazionale, negando quindi che trovino applicazione le norme in materia di salvaguardia.

Questa vicenda è parte di una *escalation* nelle tensioni commerciali internazionali. Sul piano dei rapporti bilaterali, va infatti tenuto conto della [richiesta di consultazioni](#) di recente presentata dagli USA alla Cina per violazione dell'Accordo OMC relativo agli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale e della [decisione](#) di ricorrere alla *Section 301 del Trade Act del 1974* per aumentare del 25% i dazi applicati all'importazione di taluni prodotti cinesi, allo scopo di contrastare le pratiche anti-competitive messe in atto da quel

Paese a danno di produttori americani. La reazione cinese, anche in quest'ultimo caso, non ha tardato ad arrivare, con la minaccia di misure di [ritorsione](#) e l'introduzione, a sua volta, di un [reclamo](#) nei confronti degli Stati Uniti, per violazione del divieto di azioni unilaterali posto dall'art. 23 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie dell'OMC (*Dispute Settlement Understanding* – [DSU](#)).

In termini più generali, questi attriti si inseriscono in un disegno più ampio seguito dall'amministrazione americana, volto a recuperare un consistente *deficit* di bilancia commerciale (solo con la [Cina](#), pari a 375 miliardi di dollari), disegno al quale possono essere ricondotte, tra le altre, la decisione di ritirarsi dal trattato sulla [Trans-Pacific Partnership](#) del 2016 e la richiesta di avviare negoziati sia con il Canada e il Messico per una modifica del [NAFTA](#), sia con la [Corea del Sud](#) per una revisione dell'accordo di libero scambio entrato in vigore nel 2012.

Per quanto riguarda il sistema commerciale multilaterale, i provvedimenti dei primi mesi del 2018 sono un ulteriore segnale del forte conflitto aperto dagli USA nei confronti dell'OMC e, in particolare, del suo meccanismo di soluzione delle controversie. Alle dichiarazioni del Presidente [Trump](#), per il quale questo non terrebbe in adeguata considerazione gli interessi economici statunitensi, si aggiunge la [ferma posizione](#) assunta per l'elezione dei nuovi componenti dell'Organo di appello dell'OMC. Per tre dei sette giudici il mandato è già scaduto, e altri tre decadranno dalle proprie funzioni nei prossimi due anni, col rischio che si arrivi, in un breve volger di tempo, a una vera e propria paralisi istituzionale. Quello dell'OMC è, d'altro canto, un regime che già attraversa una forte crisi, testimoniata dalla situazione di [stallo](#) (se non di fallimento concreto) dei negoziati commerciali multilaterali

314 Interventi

avviati nel 2001 (c.d. *Doha Development Round*).

2. *La qualificazione giuridica dei provvedimenti relativi alle importazioni di acciaio e alluminio*

Concentrando la nostra analisi sulle nuove tariffe all'importazione di prodotti dell'acciaio e dell'alluminio, queste pongono una prima questione, relativa alla loro qualificazione giuridica nel quadro del sistema OMC. Uno dei suoi principi basilari è quello della c.d. protezione tariffaria esclusiva, in virtù del quale i dazi doganali costituiscono lo strumento principe per la tutela degli interessi commerciali. Tuttavia, precisi obblighi regolano sia le modalità di determinazione dei dazi (privilegiando la via del negoziato e prevedendo, solo in casi circoscritti e come *last resort*, l'azione unilaterale) sia la definizione del livello effettivo di imposizione tariffaria. Al testo del GATT 1994 è infatti allegata, per ogni Membro, una c.d. "lista di concessioni", in forza della quale è posto il divieto di subordinare l'accesso al mercato nazionale all'applicazione di tariffe superiori a quelle lì riportate (art. II, par. 1(b), GATT 1994). Il contenuto delle liste può essere modificato, ma sempre previo negoziato, e comunque su base non discriminatoria (art. XXVIII GATT 1994).

L'art. II non esclude che possano applicarsi dazi più elevati di quelli consolidati. Il par. 2(b), in particolare, fa salva la possibilità di ricorrere a c.d. dazi *anti-dumping* o a misure compensative. Trattasi di provvedimenti discriminatori, volti a colpire le importazioni che beneficiano di un ingiusto vantaggio competitivo, vuoi in ragione di strategie concorrenziali messe in atto delle imprese straniere, basate sull'applicazione nei mercati

esteri di prezzi di vendita inferiori rispetto al “valore normale” del bene interessato (*dumping*), vuoi perché lo Stato di esportazione, tramite sussidi pubblici, intende promuovere l’ampliamento dei mercati di sbocco di comparti produttivi nazionali considerati strategici. Il diritto dell’OMC propone a tale riguardo una disciplina particolarmente dettagliata, con l’intento di salvaguardare l’interesse degli Stati a contrastare pratiche anti-concorrenziali che possono risolversi in un grave danno per l’industria nazionale, senza che, tuttavia, risulti indebitamente compromessa la liberalizzazione degli scambi commerciali. L’art. II, par. 2(b), riflette questo difficile equilibrio, escludendo che possa ravvisarsi una violazione del precedente par. 1(b) a seguito di un incremento delle tariffe doganali deciso in conformità degli obblighi sostanziali e procedurali prescritti dagli accordi sui [dazi anti-dumping](#) e sulle [sovvenzioni e misure compensative](#).

Questo sembra essere stato il terreno sul quale si è mossa fino ad ora l’amministrazione statunitense nel contrastare l’aumento delle importazioni dei prodotti dell’alluminio e dell’acciaio. Nel [rapporto](#) del Dipartimento del Commercio dell’11 gennaio 2018, è infatti riportato che, a quella data, nel settore dell’acciaio erano in vigore complessivamente 164 dazi *anti-dumping* e misure compensative (28 dei quali nei confronti di esportatori cinesi). Con i provvedimenti adottati nel successivo mese di marzo, si è inteso dare un nuovo corso alla difesa degli interessi nazionali: «given the large number of countries from which the United States imports steel and the myriad of different products involved, it could take years to identify and investigate every instance of unfairly traded steel, or attempts to transship or evade remedial duties» (p. 28). La complessità delle procedure prescritte dagli accordi OMC induce a una ulteriore considerazione: «U.S. industry has already spent hundreds of millions of dollars in recent years on AD/CVD

316 Interventi

cases, with seemingly no end in sight to their outlays. Smaller steel manufacturers are financially unable to afford these types of cases, or are hesitant in light of possible market entry retaliation in foreign markets for finished steel products» (p. 29). In termini simili, le [conclusioni](#) relative ai prodotti dell'alluminio danno atto delle iniziative prese sul piano interno per l'applicazione di dazi *anti-dumping* (*Appendix D*), e in seno all'OMC con l'avvio di [consultazioni](#) politico-diplomatiche e la presentazione di un [ricorso](#) nei confronti della Cina per violazione dell'Accordo sulle sovvenzioni. Ciò nonostante, alla luce dell'impatto delle importazioni dei prodotti in causa sulla produzione nazionale, il Dipartimento del Commercio afferma l'opportunità di una maggiorazione delle tariffe doganali rilevanti.

Appare quindi evidente la scelta di perseguire una diversa strategia rispetto a quella passata, alla luce dei risultati insufficienti cui quella era giunta. Gli incrementi dei dazi decisi a marzo 2018 si pongono così in netto contrasto con le previsioni contenute nell'art. II, par. 1(*b*) GATT 1994, tantomeno possono giustificarsi alla luce delle eccezioni contemplate nel successivo par. 2(*b*): questa ultima considerazione non si spiega in virtù di una violazione degli obblighi sostanziali e procedurali in materia di dazi *anti-dumping* e misure compensative, bensì alla luce dell'intenzione degli Stati Uniti di agire al di fuori di quel contesto normativo.

Pur se non richiamato all'art. II, par. 1(*b*), GATT 1994, anche il successivo art. XIX, integrato dall'Accordo sulle misure di salvaguardia, può giustificare l'introduzione di nuove restrizioni commerciali. Le iniziative adottate dalla Cina in reazione ai nuovi dazi applicati dagli USA si muovono secondo questa prospettiva, adducendo come in realtà si sia qui in presenza di misure di salvaguardia, adottate illegittimamente.

Come sopra accennato, gli USA contestano una simile ricostruzione giuridica, invocando in modo particolare il fatto che essi non abbiano agito in base alle norme interne che danno attuazione all'accordo OMC sulle salvaguardie (la *Section 201 del Trade Act del 1974*), bensì ricorrendo alla *Section 232 del Trade Expansion Act del 1962*, la quale conferisce al Presidente il potere di adottare le misure ritenute necessarie per contrastare l'impatto sulla sicurezza nazionale delle importazioni di un particolare prodotto.

Una questione preliminare che sorge è quindi la definizione della natura degli incrementi tariffari entrati in vigore lo scorso 23 marzo e, in particolare, se essi debbano essere considerati alla stregua di misure di salvaguardia.

L'Accordo *ad hoc* del 1994 non contiene una espressa definizione di questo tipo di provvedimenti, ma si limita a rinviare all'art. XIX GATT 1994. Il par. 1(a) di questa disposizione conferisce ai Membri dell'OMC il diritto di sospendere l'applicazione di un obbligo, o di modificare o revocare una concessione tariffaria, se necessario a prevenire o rimediare a un grave pregiudizio sofferto dai produttori nazionali di un dato bene, sorto in seguito a un considerevole incremento delle importazioni, a sua volta determinato da un'evoluzione imprevista delle circostanze e dall'attuazione delle norme OMC oggetto della revoca, modifica o sospensione. Come osservato in [dottrina](#), la norma non chiarisce quali dei requisiti lì previsti contribuiscano ad offrire la definizione di misure di salvaguardia, e quali invece introducano dei parametri di legittimità. Elementi utili a risolvere la questione sono dedotti dal rapporto adottato dal *panel* costituito in occasione di una [recente controversia](#), ove viene affermato, per la prima volta, che le misure di salvaguardia costituiscono una sospensione, modifica o revoca

318 Interventi

di una concessione tariffaria o di un altro obbligo, il cui rispetto impedirebbe di adottare le misure necessarie a prevenire o rimediare un grave pregiudizio subito da produttori nazionali. In definitiva, la loro esistenza va accertata guardando alla natura del provvedimento (sospensione, modifica o revoca di un obbligo o di una concessione tariffaria) e al suo obiettivo (contrastare un grave pregiudizio sofferto dai produttori nazionali a causa di un aumento delle importazioni), «in a situation where all of the conditions for the imposition of a safeguard measure are satisfied» (par. 7.17). In questo esame, le intenzioni manifestate dal Membro interessato risultano irrilevanti. Nel caso di specie, l'Indonesia aveva notificato il provvedimento controverso alla luce dell'Accordo sulle misure di salvaguardia, perché adottato in base alla legislazione nazionale pertinente: questa circostanza, afferma il *panel*, non rileva. Alla luce di queste considerazioni, le *argomentazioni* addotte dalla Cina e dagli Stati Uniti circa la qualificazione giuridica dei provvedimenti statunitensi del marzo 2018 potrebbero, in linea di principio, essere trascurate.

Guardando piuttosto alla *natura* delle misure in causa, è indubbio che si tratti di un incremento dei dazi doganali, che risultano così ben superiori alle tariffe consolidate nella lista di concessioni USA e, quindi, vietati dall'art. II, par. 1(b), GATT 1994. Quanto al loro *obiettivo*, con l'applicazione della *Section 232* questo viene ricondotto dagli Stati Uniti alla tutela della sicurezza nazionale. Nei due proclami presidenziali si legge, infatti, che l'aumento delle importazioni è all'origine di un crollo della produzione nazionale, i cui volumi appaiono insufficienti a soddisfare la domanda interna (gli Stati Uniti, anzi, sarebbero divenuti, nei due settori dell'acciaio e dell'alluminio, «almost totally reliant on foreign producers»). L'analisi tuttavia non si ferma qui, ma richiama il rischio che il Paese non sia in grado di far fronte a esigenze di sicurezza

nazionale o di rispondere a una situazione di emergenza che richieda un aumento della produzione, da cui si afferma la necessità di una riduzione delle importazioni, così da permettere un aumento dell'80% della capacità produttiva interna.

Tuttavia, il contesto più generale nel quale si inserisce l'iniziativa statunitense solleva diversi dubbi. La questione della sovrapproduzione, a livello mondiale, dei prodotti dell'acciaio e dell'alluminio è sorta già da diverso tempo, ed è oggetto di un dialogo diplomatico sia in seno al [Consiglio OMC](#) sugli scambi di beni, sia nell'ambito del G20: la riunione di quest'ultimo del [settembre 2016](#) si è infatti conclusa con la decisione di istituire il [Global forum on steel excess capacity](#) e le considerazioni che sembrano aver spinto a questa iniziativa hanno carattere economico. Inoltre, i rapporti del Dipartimento del Commercio statunitensi che hanno preceduto i proclami presidenziali dello scorso 8 marzo muovono da un'approfondita analisi economica, e danno testimonianza, come sopra accennato, delle altre azioni fino ad allora condotte allo scopo di contrastare il considerevole incremento delle importazioni dei prodotti in causa provenienti dalla Cina.

Certamente, le autorità statunitensi rilevano la necessità di più elevati volumi di produzione, di modo che, allorquando insorga una situazione di emergenza, la capacità produttiva interna possa essere convertita nella realizzazione di materiali e prodotti destinati ad azioni di sicurezza. Tuttavia, da questa argomentazione emerge la piena consapevolezza che, grazie agli incrementi tariffari, la posizione competitiva dei produttori nazionali potrà migliorare rispetto ai concorrenti stranieri. L'intento perseguito appare così collegato a evidenti esigenze di protezione del mercato interno, cui le misure *anti-dumping* e compensative già adottate o oggetto di inchiesta istruttoria non

320 Interventi

sembrano offrire, a giudizio dell'amministrazione statunitense, una adeguata tutela. Ascrivere la finalità perseguita esclusivamente a questioni di sicurezza offrirebbe solo una visione parziale della vicenda. La preminenza di considerazioni di carattere economico porterebbe a collocare gli incrementi tariffari nel quadro dell'Accordo sulle misure di salvaguardia, e così ad affermarne l'illegittimità, a causa della palese violazione della complessa disciplina sostanziale e procedurale lì prescritta.

3. *Una legittima questione di sicurezza nazionale?*

Il rinvio a esigenze di sicurezza nazionale induce a verificare anche se una giustificazione dei provvedimenti in esame possa derivare dall'art. XXI GATT 1994. Inserita nel testo dell'Accordo generale già nel 1947, è questa una disposizione particolarmente controversa, la cui interpretazione non ha mancato di sollevare prese di posizione contrastanti. Particolarmente rilevante ai fini della nostra analisi è la sua lett. *b*), ove è conferito a ciascun Membro dell'OMC il diritto di adottare misure, altrimenti illecite, considerate necessarie alla protezione di interessi essenziali di sicurezza («its essential security interests»), ovvero relative a materiali fissili (lett. *b.i*), al commercio di armi, munizioni, strumenti di guerra e altri materiali destinati direttamente alle installazioni militari (lett. *b.ii*) o, infine, in situazioni di guerra o di altre emergenze nelle relazioni internazionali (lett. *b.iii*).

Limitando l'analisi che segue alla disposizione in ultimo richiamata, di recente essa è stata invocata dalla Russia nell'ambito di una [controversia](#) che la oppone all'Ucraina, e

fonda la [difesa](#) di [Arabia Saudita](#), [Bahrein](#) e [Emirati Arabi Uniti](#) nell'esame di legittimità dell'embargo commerciale introdotto da questi Paesi nei confronti del Qatar nell'estate 2017. I *panel* e l'Organo di appello potranno essere quindi chiamati a dipanarne i nodi interpretativi, nel rispetto dell'art. 3, par. 2, DSU, ove, tra le finalità del meccanismo di soluzione delle controversie, è annoverata anche quella di garantire le posizioni giuridiche soggettive dei Membri e di chiarire la portata del diritto OMC alla luce delle norme consuetudinarie sull'interpretazione del diritto internazionale. È su queste basi (e con un occhio inevitabilmente anche alle misure USA) che potrà decidersi, in primo luogo, se l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'art. XXI possa essere oggetto del giudizio degli organi contenziosi o se, diversamente, la sua semplice invocazione ad opera della parte convenuta privi gli stessi della competenza a pronunciarsi sul merito del reclamo. Nel caso prevalesse una interpretazione favorevole ai ricorrenti, la questione principale diverrebbe di tracciare i confini del margine di discrezionalità lasciato ai Membri dell'OMC per difendere i propri interessi di sicurezza nazionale attraverso misure di natura commerciale. Come è noto, la portata del c.d. *right to regulate* è stata oggetto di numerosi interventi in sede contenziosa, con riguardo a diverse questioni, quali la protezione dell'ambiente, la salvaguardia della vita e della salute umana o la tutela della moralità pubblica e dell'ordine pubblico. I ricorsi sopra menzionati forniscono un nuovo terreno di analisi, nel quale sono in gioco gli asseriti supremi interessi politici degli Stati.

La sindacabilità dell'art. XXI era stata discussa già [in seno al GATT](#), prima dell'entrata in vigore degli accordi OMC, e non sono lì mancate posizioni che negavano l'esistenza di un qualsiasi potere dell'Organizzazione multilaterale al riguardo. Le [motivazioni](#) addotte erano di vario ordine, e attenevano

322 Interventi

prevalentemente alla natura tecnica del GATT, contrapposta alle chiare finalità politiche delle misure contestate, e ad una lettura del testo dell'art. XXI che riconosce alla parte che lo invoca la più completa discrezionalità nel decidere circa la necessità di ricorrere a misure commerciali per tutelare interessi di sicurezza nazionale. In questo medesimo senso si sono orientati, in tempi più recenti, gli [Emirati Arabi Uniti](#) nel 2017 nella controversia che li oppone al Qatar: «the situation in the Gulf is very serious. At the core of the issue is the question of national security. However, these issues do not fall within the competence of [...] the WTO».

È questa, tuttavia, una posizione che non trova alcun sostegno nel sistema commerciale multilaterale odierno. L'entrata in vigore degli accordi OMC ha infatti determinato il definitivo riconoscimento ai Membri di questa Organizzazione di un "diritto al giudizio", secondo quanto dispone l'art. 6 DSU. Inoltre, la funzione dei *panel* è quella di condurre una valutazione oggettiva degli elementi di fatto e di diritto della questione ad essi sottoposta in base agli accordi pertinenti (art. 11 DSU), e il loro mandato (a meno che le parti non concordino diversamente) è di pronunciarsi in base alle disposizioni invocate dalle parti (art. 7, par. 2, DSU), quindi, eventualmente, anche in merito all'art. XXI GATT 1994. Infine, nessuno degli accordi OMC esclude dal sindacato degli organi giurisdizionali le controversie in cui siano in causa questioni di sicurezza nazionale.

Questa sembra essere anche il punto di vista degli Stati Uniti nell'ambito della controversia che oppone la Russia all'Ucraina. Con un considerevole mutamento di posizione rispetto al passato, quando, ad esempio, in occasione dell'adozione di un embargo commerciale nei confronti del Nicaragua, ebbero a [dichiarare](#) che «[i]t was not for GATT to approve or

disapprove the judgement made by the United States as to what is necessary to protect its national security interests», nelle [memorie orali](#) presentate in 25 gennaio 2018 gli Stati Uniti affermano invece la generale competenza del *panel* a pronunciarsi sul merito del ricorso presentato dall'Ucraina.

In tal modo la questione si sposta su di un diverso piano, ovvero quello dell'interpretazione dell'art. XXI, per accertare se esso consenta agli organi contenziosi di compiere una autonoma valutazione della legittimità della condotta contestata o, al contrario, imponga di fare esclusivo affidamento sulle argomentazioni addotte dalla parte convenuta.

A tale riguardo, nella prassi più recente si registrano posizioni fortemente contrapposte. Sempre nella controversia tra Ucraina e Russia, gli [Stati Uniti](#) escludono che il *panel* possa pronunciarsi sul merito della difesa addotta dal convenuto, dovendosi piuttosto limitare a prendere atto del fatto che sia stata invocata la clausola sulle eccezioni di sicurezza. Al contrario, l'[Unione europea](#) propone una lettura dell'art. XXI per la quale agli organi contenziosi è demandato di accertare che, pur nel rispetto del margine di discrezionalità conferito ai Membri (circoscritto alla definizione degli interessi di sicurezza nazionale e del relativo livello di protezione che si intende perseguire), siano rispettati i requisiti ivi prescritti.

La prassi precedente non offre elementi utili per dirimere la questione. Nel quadro del GATT 1947, l'art. XXI è stato invocato di rado nel corso dei procedimenti contenziosi, e nei soli due casi in cui è stato costituito, il *panel* non è giunto ad esaminare il merito della difesa invocata dallo Stato convenuto: per l'embargo commerciale introdotto dagli Stati Uniti ai danni del Nicaragua nel 1985, il [mandato](#) conferito al *panel* escludeva

324 Interventi

espressamente un esame di legittimità ai sensi dell'art. XXI, lett. *b.iii*; il *panel* costituito circa le sanzioni applicate a partire dal 1991 dall'allora Comunità economica europea contro la Jugoslavia non ha portato invece a termine il suo mandato. In seno all'OMC, questioni di sicurezza nazionale sono state sollevate solo in occasione del ricorso della Comunità europea nei confronti degli Stati Uniti riguardo alla legittimità del c.d. *Helms-Burton Act* ratificato dal Presidente Clinton nel 1996, volto a dare attuazione a un embargo "secondario" nei confronti di Cuba, e, successivamente, dal [Nicaragua](#) nei due reclami mossi da Colombia e Honduras, ma neanche in questi casi si è giunti a un giudizio di merito.

La questione in esame è stata presa in considerazione dalla dottrina, ma anche qui manca una uniformità di vedute, anzi emergono [tre diversi orientamenti](#): secondo un primo [approccio](#), l'esistenza delle condizioni previste dall'art. XXI sarebbe demandata esclusivamente allo Stato che vi ricorre, escludendo così la possibilità di una pronuncia di merito da parte dell'OMC (anche in adesione a quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel 1986 nel caso *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* – par. 222); per altra parte della [dottrina](#), pur nel rispetto del margine di discrezionalità ivi riconosciuto, l'art. XXI deve essere interpretato ed applicato alla luce del divieto di abuso di diritto e del principio di buona fede che ne è a fondamento; una [diversa interpretazione](#) afferma la più ampia autonomia dei Membri nel considerare se una data misura sia "necessaria" per la tutela dei suoi interessi di sicurezza nazionale, ma sottopone al controllo giurisdizionale il rispetto delle altre condizioni prescritte all'art. XXI (quali l'esistenza di un conflitto armato o di un'altra emergenza nelle relazioni internazionali, di interessi realmente inerenti la sicurezza e la loro natura "essenziale").

Il carattere *self-judging* dell'art. XXI, nel suo complesso, può essere in linea di principio escluso. A questa valutazione concorrono una serie di elementi: il testo della norma si limita a consentire una valutazione autonoma dei Membri solo riguardo alla necessità di ricorrere a misure altrimenti illecite per la tutela di interessi di sicurezza nazionale; in secondo luogo, se la prassi contenziosa non offre elementi utili di interpretazione, dai dibattiti occorsi in seno agli organi GATT, e oggi OMC, emerge come, ogni qualvolta l'art. XXI sia stato invocato, non sono mancate prese di posizione contrarie a escludere un controllo di legittimità delle misure adottate sulla sua base; quanto ai lavori preparatori, già all'epoca del negoziato della Carta dell'Avana era stato osservato (peraltro, dagli [Stati Uniti](#)) che «there must be some latitude [...] for security measures. It is really a question of balance. We have to got to have some exceptions. We cannot make it too tight, because we cannot prohibit measures that are needed purely for security reasons. On the other hand, we cannot make it so broad that, under the guise of security, countries will put on measures which really have a commercial purpose».

Particolarmente pertinente appare il richiamo, sopra ricordato, al principio di buona fede e al divieto di abuso di diritto ai fini dell'interpretazione del diritto OMC, ma anche quali norme e principi autonomi del diritto internazionale comunque vigenti fra i Membri. In questa prospettiva, essi rilevano non solo, come riconosciuto dall'[Organo di appello](#), con riferimento all'art. XX GATT 1994, relativo alle c.d. eccezioni generali, ma anche quando sia in causa l'applicazione del successivo art. XXI. La discrezionalità di cui beneficiano i Membri nel perseguire i propri interessi di sicurezza non può essere in definitiva esercitata tramite misure restrittive che comportino una compressione non ragionevole o sproporzionata del diritto degli altri Stati, avente pari forza normativa, di trarre vantaggio

326 Interventi

dal rispetto degli obblighi di liberalizzazione. In tal modo, il principio di buona fede concorre a definire l'equilibrio tra i diversi obiettivi del sistema commerciale multilaterale, il cui confine, evidentemente, non può che essere tracciato alla luce delle circostanze materiali che ricorrono in ciascun caso di specie.

Con riferimento ai controversi provvedimenti adottati nel marzo 2018 per una limitazione delle importazioni dei prodotti dell'acciaio e dell'alluminio, rimane fuori di dubbio l'autonomia degli Stati Uniti di determinare i propri interessi di sicurezza nazionale e le misure necessarie a una loro efficace tutela. Sorge tuttavia la necessità di stabilire se gli interessi invocati attengano realmente alla sicurezza, o invece abbiano un preminente carattere economico e commerciale. Come richiamato nel paragrafo precedente, diversi elementi inducono a dubitare che il reale intento perseguito riguardi una maggiore tutela della sicurezza, e che invece prevalga la necessità di offrire protezione a settori produttivi nazionali che soffrono di una forte concorrenza estera. Se il principio di buona fede e il divieto di abuso di diritto impediscono di invocare l'art. XXI per perseguire interessi lì non espressamente richiamati, queste considerazioni che portano ad escludere che le misure USA possono trovare un'adeguata protezione nel diritto OMC.

4. La sempre più profonda crisi del sistema commerciale multilaterale

L'OMC attraversa una profonda crisi. Per quanto attiene allo sviluppo del diritto materiale, lo stallo dei negoziati dei *Doha Development Round* è accompagnato da una ripresa delle

trattative per la conclusione di accordi preferenziali (possibile causa di una riduzione degli scambi commerciali regolati dal diritto OMC) e dalla “frammentazione” delle posizioni giuridiche dei suoi Membri (nonostante il c.d. principio dell’approccio globale di cui all’art. II, par. 2, dell’Accordo istitutivo) derivante, ad esempio, dai protocolli conclusi per l’adesione di Paesi quali Cina, Russia o Vietnam o dall’entrata in vigore solo tra alcuni di essi di [nuovi accordi multilaterali](#) o di [emendamenti](#) ad accordi multilaterali già vigenti. Parimenti rilevanti sono anche i negoziati avviati di recente al di fuori del contesto istituzionale dell’OMC per la conclusione di un accordo di sicuro rilievo, in termini di volume di interscambio interessato, quale il *Trade in Services Agreement*. Per quanto attiene alla soluzione delle controversie, solo una decina di anni fa considerata «[the jewel of the crown](#)», la possibile paralisi istituzionale, dovuta alla mancata nomina dei nuovi componenti dell’Organo di appello, diviene ancora più grave se si considera la portata sistemica di alcuni ricorsi presentati di recente, come le due controversie che oppongono Cina e Stati Uniti sopra menzionate o anche i reclami qui ricordati in cui sono sollevate questioni di sicurezza nazionale.

Il conflitto relativo alla legittimità delle restrizioni commerciali adottate dagli Stati Uniti alle importazioni dei prodotti dell’acciaio e dell’alluminio costituisce, in definitiva, un tassello di un mosaico particolarmente complesso. Per quanto attiene alla materia qui considerata, ovvero la legittimità delle misure USA, diversi elementi possono concorrere ad escluderla. Tuttavia, il confronto con i partner commerciali si è spostato, anche al di fuori nella procedura di soluzione delle controversie. Con alcune parti, come l’Unione europea, sono state infatti concluse intese volte a sospendere l’applicazione nei loro confronti dei provvedimenti in causa, in violazione del principio di non discriminazione, in particolare con la clausola

328 Interventi

della nazione più favorita codificata all'art. I GATT 1994. In un caso, l'intesa raggiunta rappresenta anche una aperta sfida a uno dei principali risultati che si riteneva erano stati conseguiti con l'entrata in vigore del diritto OMC. L'accordo di principio raggiunto con la [Corea del Sud](#) prevede infatti l'applicazione, da parte di quest'ultima, di una restrizione volontaria alle esportazioni dei prodotti dell'acciaio e dell'alluminio, in contrasto col divieto posto dall'art. 11, par. 1(b), dell'Accordo sulle misure di salvaguardia: ma questo è solo un ulteriore elemento di una già copiosa [prassi](#) che negli ultimi anni ha coinvolto anche altri Membri e che ha sollevato diversi profili di illegittimità. Dal canto suo, la Cina ha preferito riportare la questione nel quadro dell'Accordo sulle salvaguardie, seguendo prima la via della reazione su scala bilaterale, nell'esercizio del diritto di sospendere l'applicazione di obblighi o concessioni nei confronti degli USA, e solo successivamente la procedura di soluzione delle controversie.

In definitiva, questa prassi seguita su vari livelli (unilateralmente, sul piano dei rapporti bilaterali ma anche in seno all'OMC) concorre, nel suo complesso, a mettere in crisi la tenuta stessa del sistema commerciale multilaterale e la sua rilevanza nel proseguire a favorire e guidare la liberalizzazione degli scambi commerciali di beni e servizi.

23 aprile 2018