

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CL - Fascicolo 1 2018



STEM Mucchi Editore

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Ord. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università Di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” Di Roma

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Redazione

Dott.ssa Anna Acquaviva

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum

Dott. Matteo Carnì

Dott. Manuel Ganarin

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini

Elisa Baroncini

ATTACCO AI MAGNIFICI SETTE: IL BLOCCO NELLA COMPOSIZIONE DELL'ORGANO D'APPELLO DELL'OMC* GENESI E POSSIBILI SOLUZIONI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – SEZIONE PRIMA. COMPOSIZIONE, FUNZIONAMENTO E FUNZIONI DELL'ORGANO D'APPELLO DELL'OMC. – I.1. La composizione dell'Organo d'appello dell'OMC. – I.2. Il funzionamento dell'Organo d'appello. – I.3. L'oggetto della procedura d'appello. – I.4. La ricerca di equità e trasparenza nel processo, e di costante apertura e collegamento del diritto OMC al diritto espresso dalla Comunità internazionale. – I.5. Lo squilibrio tra l'efficienza decisionale del pilastro giurisdizionale e l'inefficienza del pilastro politico del sistema dell'OMC e le possibili cause del disagio degli Stati Uniti nel contenzioso ginevrino – SEZIONE SECONDA. LE DIFFICOLTÀ NELLA NOMINA DEI GIUDICI D'APPELLO CAUSATE DAGLI STATI UNITI. – II.1. Primi sintomi del disagio statunitense: il mancato rinnovo dei giudici di nazionalità statunitense dell'Organo d'appello. – II.2. L'opposizione al rinnovo del mandato di Seung Wha Chang: la motivazione degli Stati Uniti. – II.3. Le reazioni degli altri membri dell'Organo d'appello e dei precedenti giudici del Tribunale permanente dell'OMC: le lettere del 18 e 31 maggio 2016 al Presidente dell'Organo di risoluzione delle controversie. – II.4. Le reazioni degli altri Membri dell'OMC. – II.5. Altre tecniche dilatorie degli Stati Uniti: il rifiuto della proposta europea di procedere congiuntamente alla selezione di due membri in scadenza dell'Organo d'appello. – II.6. Lo scontro innescato dagli Stati Uniti sulla *Rule 15* delle *Working Procedures for Appellate Review*. – SEZIONE TERZA. POSSIBILI RIMEDI PER GARANTIRE LA COMPOSIZIONE COMPLETA DELL'ORGANO D'APPELLO O SCONGIURARNE LA PARALISI. – III.1. Le proposte di modifica delle *Working Procedures for Appellate Review*. – III.2. La nomina dei giudici d'appello con il voto a maggioranza in seno al Consiglio generale dell'OMC. – III.3. Una soluzione esterna all'OMC: il Trattato parallelo dei *Real Friends of Dispute Settlement*. – III.4. Il ricorso all'arbitrato di cui all'art. 25 dell'Intesa per la risoluzione delle controversie. – III.4.1. Considerazioni di natura istituzionale nell'unico lodo arbitrale ex art. 25 DSU: il caso IMRO sulla legge statunitense sul diritto d'autore. – III.4.2. L'arbitrato di cui all'art. 25 DSU quale rimedio temporaneo alla crisi dell'Organo d'appello: proposta di uno *standard arbitration agreement*. – 2. Conclusioni.

* Contributo sottoposto a valutazione.

1. Introduzione

Negli ultimi tempi, ed in particolare negli ultimi mesi, il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)¹ sta attraversando una crisi che va facendosi sempre più seria a causa dell'incapacità della *membership* del sistema multilaterale di trovare il *consensus* per il rinnovo dei giudici o la nomina dei nuovi componenti dell'Organo d'appello². Tale criticità si combina nega-

¹ L'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) (*World Trade Organization*, WTO) è l'ente intergovernativo preposto alla gestione degli Accordi multilaterali e plurilaterali del sistema mondiale degli scambi, creato a seguito dei negoziati dell'*Uruguay Round* (1986-1994). Il sistema dell'OMC è entrato in vigore il 1° gennaio 1995, a seguito della firma dei risultati finali dell'*Uruguay Round*, avvenuta a Marrakech il 15 aprile 1994, e conta, ad oggi, ben 164 Membri, tra i quali anche l'Unione europea, che è parte contraente originaria. Per i testi dell'Accordo istitutivo dell'OMC cfr. WORLD TRADE ORGANIZATION, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011. Le lingue ufficiali dell'OMC sono l'inglese, il francese e lo spagnolo. In questo nostro lavoro utilizzeremo per i testi OMC sia la versione inglese sia la traduzione non ufficiale italiana disponibile in allegato alla decisione dell'Unione europea che ha approvato gli Accordi di Marrakech: cfr. Decisione del Consiglio n. 94/800/CE del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'*Uruguay Round* (1986-1994), in GUCE L336/1 del 23 dicembre 1994. Per una presentazione del sistema dell'OMC cfr., *inter alia*, *The Oxford Handbook of International Trade Law*, a cura di D. BETHLEHEM, D. McRAE, Rodney NEUFELD, I. VAN DAMME, Oxford University Press, Oxford, 2009; S. CANTONI, *L'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio. Dal GATT 1947 al GATT 1994*, in *Neoliberismo internazionale e global economic governance: sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, a cura di A. COMBA, Torino, 2013, pp. 173-220; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM, P.C. MAVROIDIS, M. HAHN, *The World Trade Organization - Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2015; P.-T. STOLL, *World Trade Organization (WTO)*, Max Planck Encyclopedia of International Law, 2014; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2017; P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; *L'Organizzazione mondiale del commercio*, a cura di Gabriella VENTURINI, Milano, 2015.

² Sul Tribunale permanente di secondo grado dell'OMC cfr. C.-D. EHLERMANN, *Six Years on the Bench of the "World Trade Court" - Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 2002, pp. 605-639; Id., *Reflections on the Appellate Body of the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, pp.

tivamente con il considerevole aumento della mole di lavoro del Tribunale permanente dell'OMC: nel 2016, infatti, l'88% dei report dei *panels* è stato impugnato, un considerevole incremento rispetto alla media dei dieci anni precedenti, che si è attestata al 68%³. Di conseguenza, vi sono fondate preoccupazioni sulla possibilità di continuare ad esperire con efficacia la procedura d'appello e quindi giungere ad una spedita risoluzione delle dispute, secondo i principi, gli *standard* e le tempistiche richiesti dall'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie dell'OMC (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, d'ora innanzi: DSU)⁴.

695-708; J. LACARTE-MURÒ, *Launching the Appellate Body*, in *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO - The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, a cura di G. MARCEAU, CUP, Cambridge, 2015, pp. 476-481; D.P. STEGER, *The Founding of the Appellate Body*, in *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO - The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, a cura di G. MARCEAU, CUP, Cambridge, 2015, pp. 447-465; M. VELLANO, *L'Organo d'appello dell'OMC*, Napoli, 2001, nonché la bibliografia citata alla nota 4.

³ Cfr. per tali dati statistici WT/AB27, *Appellate Body - Annual Report 2016*, 16 May 2017, a p. 127, e U. SINGH BHATIA, *The Problems of Plenty, Challenging Times for the WTO's Dispute Settlement System*, Address by Ujal Singh Bhatia, Chairman of the Appellate Body, Release of the Appellate Body Annual Report 2016, 8 June 2017, documento disponibile al link https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/ab_08jun17_e.pdf.

⁴ Per il testo ufficiale inglese del DSU cfr. WORLD TRADE ORGANIZATION, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, cit. p. 354 ss.; il testo nella traduzione non ufficiale italiana è in GUCE L336 del 23 dicembre 1994, p. 234. Nel nostro lavoro useremo, per evitare eccessive ripetizioni e dunque un appesantimento del testo, sia l'abbreviazione 'Intesa' che l'abbreviazione 'DSU' al fine di indicare l'Accordo riservato dal sistema dell'OMC al meccanismo di risoluzione delle controversie. Per una presentazione generale del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, oltre ai testi citati *supra*, cfr. Y. GOUHUA, B. MERCURIO, Li YONGJIE, *WTO Dispute Settlement Understanding - A Detailed Interpretation*, Kluwer Law International, The Hague, 2005; *The WTO Dispute Settlement System, 1995-2003*, a cura di F. ORTINO, E.-U. PETERSMANN, Kluwer Law International, The Hague, 2004; *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Giorgio SACERDOTI, a cura di A. YANOVICH, J. BOHANE, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; P.-T. STOLL, *World Trade Organization, Dispute Settlement*, Max Planck Encyclopedia of International Law, 2014; WORLD TRADE ORGANIZATION, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

In questo nostro lavoro, dopo una breve presentazione della composizione e del funzionamento dell'Organo d'appello e dei tratti distintivi del suo mandato, si ricostruiranno le fasi della sua crisi, provocata dall'atteggiamento assunto dagli Stati Uniti per bloccare la conferma o la nuova elezione dei membri dell'Organo d'appello. Quindi, si presenteranno alcuni possibili rimedi per superare, anche se solo momentaneamente, l'*impasse* inflitta dall'amministrazione statunitense al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, indubbiamente il tipo di contenzioso più articolato che, sinora, la Comunità internazionale abbia saputo esprimere, le cui soluzioni alle dispute più delicate si sono sempre imposte alla costante attenzione di accademici, politici, diplomatici, funzionari, operatori economici e, più in generale, della società civile nel suo complesso.

Si intendono, così, prospettare alcune vie d'uscita provvisorie che consentano di guadagnare tempi e spazi per una soluzione diplomatica alla forte e complicata tensione che attualmente sta vivendo il Tribunale permanente dell'OMC, evitando di pregiudicare un meccanismo, quello della risoluzione delle controversie creato dal DSU, sul quale tutti i Membri OMC hanno fatto costante affidamento come elemento centrale per assicurare sicurezza e prevedibilità, nonché equità e giuridicità al sistema multilaterale degli scambi. Al 31 gennaio 2018, infatti, risultano presentati 538 reclami nel contenzioso ginevrino⁵, segno di indistinta fiducia nella *membership* del sistema multilaterale degli scambi. Particolare attenzione verrà data alla possibilità di ricorrere su base sistematica alla procedura arbitrale di cui all'art. 25 del DSU quale mezzo sostitutivo della procedura d'appello, poiché presenta caratteristiche capaci di garantire la primazia e l'unicità del sistema ginevrino unitamente ai suoi due gradi di giudizio senza implicare forzature sul consenso della *membership* dell'OMC riguardo all'approvazione ed al funzionamento di tale opzione di *appeal-arbitration*.

⁵ WT/DS538/1, *Pakistan - Anti-Dumping Measures on Biaxially Oriented Polypropylene Film from the United Arab Emirates, Request for Consultations by the United Arab Emirates*, 29 January 2018.

Una delle soluzioni prospettate per superare l'attuale crisi dell'Organo d'appello, quella di un Trattato degli 'Amici veri del sistema di risoluzione delle controversie' (*Treaty of Real Friends of Dispute Settlement*) potrà, peraltro, essere suscettibile di rappresentare, al tempo stesso, un meccanismo in grado di favorire un significativo coordinamento tra i diversi sistemi di risoluzione delle controversie dei sempre più numerosi accordi regionali, e tra questi ultimi e l'OMC. Va, infatti, sottolineato che, pur criticata e perfettibile, l'attività del Tribunale permanente dell'OMC ha espresso, esprime e può continuare ad esprimere un significativo contributo alla *governance* del commercio internazionale, come testimoniato, in particolare, dal costante riferimento alla giurisprudenza ginevrina da *panels* che sinora hanno operato negli accordi regionali⁶, e dalla sistematica preferenza, per gli Stati che pure sono parti di un accordo regionale di libero scambio⁷, a ricorrere al meccanismo multilaterale di risoluzione delle controversie, anziché far considerare la loro disputa ai tribunali arbitrali o ai mezzi diplomatici regionali⁸.

⁶ Ad esempio, nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'Accordo di libero scambio tra Stati Uniti, Repubblica dominicana ed America Centrale - *The Dominican Republic - Central America - United States Free Trade Agreement* (CAFTA-DR), firmato il 28 maggio 2004, ed entrato in vigore tra le varie parti contraenti a tappe tra il 2006 e il 2009. Per testo e dettagli sulle sue tempistiche si rinvia al sito dell'Organizzazione degli Stati Americani (http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/USA_CAFTA_e.ASP#DisputeSettlement); sono stati istituiti due *panels* arbitrali i cui *reports* citano ampiamente la giurisprudenza dell'OMC: si tratta dei casi *Dominican Republic - Central America - United State Free Trade Agreement, Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter Twenty in the Matter of Guatemala - Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR*, Final Report of the Panel, June 14, 2017; e CAFTA-DR/ARB/2014/CR-ES/18, *Costa Rica vs El Salvador - Tratamiento Arancelario a bienes originarios De Costa Rica, Informe Final del Grupo Arbitral*, 18 de noviembre de 2014.

⁷ Sugli accordi regionali di libero scambio (*Regional Trade Agreements*, RTAs) e il sistema dell'OMC cfr. E. BARONCINI, *The WTO Case-Law on the Relation Between the Marrakesh System and Regional Trade Agreements*, in *EuR Europarecht*, Beiheft 1 / 2017, *Europa im Umbruch*, a cura di P. HILPOLD, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 57-75, e la bibliografia ivi citata.

⁸ È stato calcolato che circa il 25% dei reclami presentati nel contenzioso dell'OMC potrebbero essere trattati nei meccanismi di risoluzione delle controversie predisposte dagli RTAs, eppure gli Stati mostrano chiaramente di preferire il sistema ginevrino. Dato fornito da G. MARCEAU, *Senior Counsel-*

SEZIONE PRIMA.
COMPOSIZIONE, FUNZIONAMENTO E FUNZIONI DELL'ORGANO
D'APPELLO DELL'OMC

I.1. *La composizione dell'Organo d'appello dell'OMC*

L'art. 17, par. 1 DSU stabilisce l'istituzione di un Organo d'appello competente a ricevere i ricorsi di impugnazione dei *reports* dei *panels* dell'OMC. L'Organo di risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*, d'ora innanzi: DSB) ha formato l'Organo d'appello nel febbraio 1995⁹, completando l'architettura istituzionale prevista dall'Intesa, e dando, così, vita ad uno dei pochi sistemi di contenzioso nella comunità internazionale che può avvalersi di una procedura di secondo grado di giudizio. Riguardo la composizione della *World Trade Court* – la quale, a differenza dei *panels* dell'OMC, che vengono formati di volta in volta, è, invece, un Tribunale internazionale permanente – l'art. 17, par. 1 prevede che l'Organo d'appello sia composto da sette giudici, indicati come «Members», dunque membri, dell'Organo d'appello. Rispetto alle caratteristiche che devono contraddistinguere i giudici del Tribunale permanente, l'art. 17, par. 3 DSU ne richiede l'autorevolezza, la competenza scientifica e l'indipendenza: «[l]'Organo d'appello comprende persone di riconosciuta autorevolezza, con un'esperienza dimostrata nei settori del diritto, del commercio internazionale e in generale per quanto riguarda gli argomenti degli accordi contemplati. Esse non hanno alcun legame con pubbliche amministrazioni». Inoltre, la disposizione richiamata stabilisce che la composizione del Tribunale permanente debba parimenti riflettere un'ampia rappresentatività geopolitica e culturale della *membership* dell'OMC, prevedendo che «[l]a composizione dell'Organo d'appello [debba riverberare],

lor presso la *Legal Affairs Division* dell'OMC, durante la Conferenza *Talking Disputes: The Peru - Agricultural Products Dispute*, Ginevra, 29 settembre 2015.

⁹ Cfr. WT/DSB/1, *Establishment of the Appellate Body - Recommendations by the Preparatory Committee for the WTO approved by the Dispute Settlement Body on 10 February 1995*, 19 June 1995.

nel complesso, quella dell'OMC». Anche la decisione del DSB per stabilire il Tribunale permanente sottolinea la determinante rilevanza che la scelta dei giudici ha per il prestigio e l'efficacia non solo della procedura d'appello ma dell'intero sistema dell'OMC: «[t]he success of the WTO will depend greatly on the proper composition of the Appellate Body, and persons of the highest calibre should serve on it»¹⁰.

I membri dell'Organo d'appello non devono risiedere permanentemente a Ginevra, e la maggior parte dei giudici non abita, effettivamente, nella città svizzera¹¹. L'art. 17, par. 3 DSU ha, però, cura di precisare che i membri del Tribunale permanente devono essere «a disposizione in qualsiasi momento e con un breve preavviso». Dunque, pur prevedendo un modello 'part-time' rispetto all'impegno richiesto ai giudici d'appello, il diritto primario dell'OMC ha cura di precisare che tale flessibilità non deve andare a discapito della rapidità ed efficacia della procedura di secondo grado. Tuttavia, tali caratteristiche istituzionali rivelano comunque che il modello dei negoziatori nel definire i tratti distintivi dell'Organo d'appello non era quello di creare una Corte mondiale simile, ad esempio, alla Corte internazionale di giustizia: ed infatti, mentre la Corte dell'Aja è istituita da un articolato Accordo internazionale *ad hoc*¹², il sistema dell'OMC dedica una sola disposizione dell'Intesa (appunto, l'art. 17 DSU) al suo Tribunale permanente – a differenza di quanto la stessa Intesa fa rispetto al primo grado di giudizio, dunque al *panel*, al quale riserva diverse disposizioni oltre ad un suo allegato¹³. Ciò perché, durante i negoziati dell'*Uruguay Round*, l'idea di creare l'Organo d'appello rispondeva semplicemente all'esigenza di offrire un modo di bilanciare la rinuncia, da parte dei singoli Membri dell'OMC, del diritto di bloccare con il loro ve-

¹⁰ WT/DSB/1, cit., par. 4.

¹¹ Cfr. P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, cit., p. 234.

¹² UNITED NATIONS, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946, disponibile al link <http://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html>.

¹³ Cfr. gli artt. 6-16 del DSU, e gli Allegati 3 (*Working Procedures*) e 4 (*Expert Review Groups*) dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie.

to l'adozione dei *reports* dei *panels*, che caratterizzava l'equilibrio istituzionale del sistema del GATT 1947, nella convinzione che il diritto di impugnazione sarebbe stato esercitato molto raramente dai Membri OMC, in quanto pochi sarebbero stati i '*bad reports*' resi da un collegio giudicante di primo grado¹⁴. La prassi ha, invece, rivelato una attuazione ed evoluzione della procedura d'appello dell'OMC completamente opposta rispetto a quanto previsto sino al 1995: la metodologia di lavoro è stata sviluppata con modalità che richiedono una più lunga presenza a Ginevra dei giudici per la trattazione di ogni singolo ricorso¹⁵, e il carico di lavoro è spesso stato consistente, con la conseguenza che, sovente, per i giudici del Tribunale permanente è stato praticamente impossibile dedicarsi ad altre attività.

Riguardo a nomina e durata del mandato, l'Intesa stabilisce che il DSB nomini i giudici conferendo un mandato quadriennale, rinnovabile per una sola volta¹⁶, e che la decisione di nomina e del rinnovo di un membro dell'Organo d'appello venga adottata dal DSB per *consensus*¹⁷, in particolare per *consensus* positivo, ponendo, così, in capo a ciascun membro dell'OMC un diritto di veto rispetto alla formazione del Tribunale permanente. Si tratta di un significativo contrappeso a favore del pilastro politico rispetto al grande potere dato al pilastro giurisdizionale con il *consensus* negativo (*reverse consensus*), in base al quale, come noto, il DSB, per rigettare un *report* di primo o secondo grado, oppure una richiesta di so-

¹⁴ Così D.P. STEGER, *The Founding of the Appellate Body*, cit., pp. 447-465.

¹⁵ Cfr. sul punto C.-D. EHLERMANN, *Six Years on the Bench of the "World Trade Court" - Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 2002, p. 609.

¹⁶ Cfr. l'art. 17, par. 2 DSU: «[i]l DSB designa le persone che fanno parte dell'Organo d'appello con un mandato di quattro anni, rinnovabile per ciascuna persona una volta».

¹⁷ Si veda l'art. 2, par. 4 DSU: «[q]uando le norme e le procedure della presente [l]Intesa prevedono che il DSB prenda una decisione, tale decisione viene presa all'unanimità». La nota 1 a tale paragrafo precisa a sua volta che «[u]na decisione del DSB relativa a una questione sottoposta al suo esame si considera presa all'unanimità *se nessuno dei membri* presenti alla riunione del DSB in cui si prende la decisione *si oppone formalmente* alla decisione proposta», consacrando, così, il meccanismo del consenso positivo.

suspensione di concessioni, necessita dell'allineamento sulla posizione contraria anche di quel Membro OMC che, invece, ha messo all'ordine del giorno l'approvazione quasi-automatica di una relazione di un *panel* o dell'Organo d'appello o di una misura di ritorsione. Ipotesi, questa, di ben difficile realizzazione, essendo molto più probabile, in caso di ripensamento del Membro OMC inizialmente interessato all'adozione di un *report* o di una sospensione di concessioni, che detto Membro proceda al ritiro della sua richiesta di inserimento dell'oggetto in questione nell'agenda di lavoro del DSB. Laddove, poi, nessuna delle parti in causa di una controversia trattata nel meccanismo dell'OMC fosse interessata a fare approvare il *report* di un *panel* o dell'Organo d'appello, accadrebbe semplicemente che nessun Membro OMC richiederebbe di includere nell'ordine del giorno dell'Organo di risoluzione delle controversie l'approvazione della relazione in questione. In tal caso si avrebbe certo un *report* di un organo giudicante ginevrino, ma questo rimarrebbe sospeso in una sorta di limbo giuridico, poiché, in quanto non adottato in assenza del formale passaggio politico-istituzionale dinanzi al DSB, sarebbe privo di carattere vincolante.

La nomina dei giudici d'appello, da parte dell'Organo di risoluzione delle controversie, attraverso il *consensus* positivo, è un meccanismo deliberativo cruciale, ed è proprio la caratteristica istituzionale del diritto di veto posto in capo ad ogni Membro dell'OMC che ha dato origine alla crisi del Tribunale permanente, la cui composizione e il cui funzionamento rischiano di essere compromessi o addirittura bloccati dall'atteggiamento non positivo che, negli ultimi due anni, purtroppo caratterizza marcatamente l'approccio degli Stati Uniti alle procedure di rinnovo e/o nomina dei membri del Tribunale permanente. Il DSB prende la decisione sui membri dell'Organo d'appello sulla base di una raccomandazione del Comitato di selezione (*Selection Committee*) formato dai Presidenti del Consiglio generale dell'OMC, del DSB, del Consiglio per il commercio di merci, del Consiglio per il commercio dei servizi, del Consiglio per i diritti di proprietà intellettuale e dal Direttore generale dell'OMC. Tale Comitato di selezione deci-

de sulla base delle candidature ad esso sottoposte dai Membri dell'OMC¹⁸.

I.2. Il funzionamento dell'Organo d'appello

Una volta nominati, i giudici dell'Organo d'appello devono osservare: a) le *Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (d'ora innanzi: *Rules of Conduct*, o Regole di condotta), approvate per *consensus* positivo dalla *membership* dell'OMC deliberando in quanto Organo di risoluzione delle controversie (DSB) nel dicembre 1996¹⁹ e valide anche per i *panelists*, gli arbitri e gli esperti coinvolti nelle varie fasi del contenzioso dell'OMC²⁰; nonché b) le *Working Procedures for Appellate Review* (d'ora innanzi: *Working Procedures*, o Procedure di lavoro), le quali, invece, come si considererà a breve, sono adottate dallo stesso Tribunale permanente e che, in particolare, sono state originariamente definite nel febbraio 1996 e, da ultimo, modificate nell'agosto 2010²¹. Entrambi i documenti sviluppano i principi dell'Intesa e attuano nel lavoro concreto dell'Organo d'appello le caratteristiche che devono possedere i componenti del Tribunale permanente e le modalità di funzionamento che devono contraddistinguere la procedura di impugnazione, secondo quanto predisposto sempre dal DSU. I giudici dell'OMC, pertanto, che non devono appartenere ad alcun governo, non devono essere affiliati di alcuna pubblica amministrazione, naturalmente esercitare le loro funzioni senza accettare o richiedere istruzioni da alcun altro ente, sia esso una organizzazio-

¹⁸ Cfr. P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, cit., pp. 234-235.

¹⁹ WT/DSB/RC/1, *Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, 11 December 1996.

²⁰ «These Rules shall apply, as specified in the text, to each person serving: (a) on a panel; (b) on the Standing Appellate Body; (c) as an arbitrator [...]; or (d) as an expert participating in the dispute settlement mechanism [...]» (*Rule IV*, par. 1, delle *Rules of Conduct*, in WT/DSB/RC/1, cit.).

²¹ Cfr. WT/AB/WP/6, *Working Procedures for Appellate Review*, 16 August 2010.

ne intergovernativa o non governativa (*non-governmental organization*, NGO), o qualunque altra fonte di natura privata²². Inoltre, durante lo svolgimento del loro incarico, i componenti del Tribunale permanente non possono accettare alcun lavoro o impiego, né intraprendere o mantenere alcuna attività professionale che sia incompatibile con i doveri e le responsabilità su di essi incombenti per la funzione giudicante della quale sono stati investiti²³. Ancora, i Membri dell'Organo d'appello devono essere indipendenti ed imparziali, evitare conflitti d'interesse diretti o indiretti rispetto alle cause trattate, e sono anche tenuti a rispettare le regole di confidenzialità dei procedimenti d'appello²⁴. Laddove i giudici di secondo grado non rispettino le *Rules of Conduct*, i Membri OMC che siano parti di una data controversia possono richiedere la destituzione di un membro dell'Organo d'appello. In tal caso, è chiamato a decidere lo stesso Tribunale permanente, che si esprimerà collegialmente sull'esistenza di una violazione sostanziale da parte di un suo giudice e sull'eventuale azione da intraprendere di conseguenza²⁵.

Il funzionamento dell'Organo d'appello è, per l'appunto, definito nelle già citate *Working Procedures for Appellate Review*. Considerato che, per quanto riguarda la procedura dinanzi al *panel* l'Intesa predispone direttamente diverse reg-

²² «A Member shall exercise his/her office without accepting or seeking instructions from any international, governmental, or non-governmental organization or any private source» (*Rule 2*, par. 3 delle *Working Procedures*, cit.).

²³ «During his/her term, a Member shall not accept any employment nor pursue any professional activity that is inconsistent with his/her duties and responsibilities» (Regola 2, par. 2, delle *Working Procedures*, cit.).

²⁴ «Each person covered by these Rules [...] shall be independent and impartial, shall avoid direct or indirect conflicts of interest and shall respect the confidentiality of proceedings of bodies pursuant to the dispute settlement mechanism, so that through the observance of such standards of conduct the integrity and impartiality of that mechanism are preserved» (sezione II delle *Rules of Conduct*, cit.).

²⁵ Cfr. la sezione VIII delle *Rules of Conduct*, cit., dedicata alle procedure sulle violazioni materiali delle regole di condotta (*Procedures Concerning Subsequent Disclosure and Possible Material Violations*), in particolare i parr. 14-17 di tale sezione, espressamente dedicati all'Organo d'appello (*Standing Appellate Body*).

ole su stabilimento, mandato, composizione, funzioni, procedure, diritti ed obblighi dei collegi giudicanti di primo grado, può stupire la scelta dei negoziatori dell'*Uruguay Round* di deferire interamente la definizione di tali aspetti strategici del funzionamento del Tribunale permanente direttamente allo stesso Organo d'appello. Infatti, l'art. 17, par. 9 DSU stabilisce che «[w]orking procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information». Dunque, sono unicamente i sette giudici a modellare le regole della loro attività, poiché l'Intesa fissa unicamente dei prerequisiti procedurali di consultazione di due figure istituzionali di vertice del sistema multilaterale, senza chiedere l'approvazione delle *Working Procedures* né al Presidente del DSB o al Direttore dell'OMC, né tantomeno alla *membership* dell'OMC rappresentata nel DSB. La considerevole autonomia così riconosciuta all'Organo d'appello, che ha fissato, come si vedrà, norme di strategica importanza per l'organizzazione dei lavori del giudizio di seconda istanza, può essere considerata una precisa scelta dei negoziatori di Marrakech di garantire l'indipendenza del Tribunale permanente, e di favorirne una operatività snella e dinamica. Lasciando direttamente in capo ai sette giudici tutto il potere di definire le modalità di svolgimento del procedimento d'appello, l'Intesa permette anche la possibilità di intervenire prontamente con opportune modifiche e/o integrazioni laddove la disciplina originariamente predisposta si dovesse rivelare inadeguata nella trattazione delle varie cause. La prima compagine dell'Organo d'appello procedette celermente alla predisposizione delle *Working Procedures*, poiché a tre settimane dalla loro prima riunione, i sette giudici riuscirono ad adottare le loro Regole di procedura, chiaro segnale sia del buon lavoro preparatorio fatto dal Segretariato dell'Organo d'appello sia della convergenza di vedute tra i sette originari componenti del Tribunale permanente²⁶.

²⁶ Nominati dal DSB nella riunione del 29 novembre 1995, i membri dell'Organo d'appello prestarono giuramento il 13 dicembre 1995 (*Swearing-in Ceremony of Appellate Body Members Completes Institutional Structu-*

Un primo elemento di originale connotazione del funzionamento dell'Organo d'appello è che detto Organo non tratta le controversie ad esso presentate in seduta plenaria (*en banc*), ma le decide in sezioni di tre membri ciascuna, come direttamente previsto dall'art. 17, par. 1 DSU²⁷ e dalla *Rule* 6, par. 1, delle *Working Procedures*²⁸. In base a tale ultima disposizione, i Membri di una sezione giudicante sono selezionati a rotazione per ciascun singolo caso, seguendo un criterio casuistico e prendendo in considerazione i principi di imprevedibilità ed opportunità, potendo ogni giudice sedere per ascoltare un appello anche laddove abbia la nazionalità di una delle parti in causa, poiché quest'ultima non rileva nella composizione del collegio giudicante²⁹, a differenza di quanto accade per i *panels* del primo grado di giudizio³⁰. I tre membri di ogni sezione dell'Organo d'appello individuano, poi, il Presidente di quella sezione. Le funzioni del Presidente di sezione, in base alla *Rule* 7, par. 2 delle *Working Procedures* includono, tra l'altro, il coordinamento della condotta complessiva della procedura del singolo appello, la presidenza di tutte le udienze e degli incontri necessari alla corretta ed efficace gestione del ricorso d'impugnazione, e, quindi, pure l'organizzazione relativa alla redazione del *report* dell'appello³¹.

re of WTO - Says Director-General R. Ruggiero, WTO News Press Releases PRESS/37, 3 December 1995); quindi, la versione originaria delle Regole di procedura fu adottata nel febbraio 1996 (cfr. WT/AB/WP/1, *Working Procedures for Appellate Review*, 15 February 1996).

²⁷ L'Organo d'appello «è composto da sette persone, tre delle quali si occupano di ogni singolo caso».

²⁸ «In accordance with paragraph 1 of Article 17 of the DSU, a division consisting of three Members shall be established to hear and decide an appeal».

²⁹ «The Members constituting a division shall be selected on the basis of rotation, while taking into account the principles of random selection, unpredictability and opportunity for all Members to serve regardless of their national origin» (Regola 6, par. 2 delle *Working Procedures*).

³⁰ «I cittadini dei membri i cui governi [...] sono parti della controversia o terzi ai sensi della definizione dell'articolo 10, paragrafo 2 non fanno parte del panel competente per quella controversia, salvo diversi accordi tra le parti della controversia» (art. 8, par. 3 dell'Intesa).

³¹ «Each division shall have a Presiding Member, who shall be elected by the Members of that division. The responsibilities of the Presiding Member shall include: (a) coordinating the overall conduct of the appeal proceeding;

Ciascuna sezione d'appello decide autonomamente il caso ad essa assegnato. Tuttavia, per garantire la coerenza e la rilevanza della giurisprudenza del Tribunale permanente dell'OMC, traendo il meglio dall'esperienza e dalle capacità individuali di ogni componente dell'Organo d'appello e dalla ricchezza collettiva della preparazione scientifica del collegio dei sette giudici, ogni divisione competente a trattare una controversia scambia considerazioni e opinioni anche con gli altri Membri dell'Organo d'appello. Tale scambio di vedute, che può durare due o tre giorni, deve aver luogo prima che la sezione giudicante sia giunta a conclusioni definitive sulle questioni oggetto dell'appello, il che comporta, peraltro, che ogni giudice riceva tutta la documentazione inerente a ogni ricorso presentato in appello³². Tale costante confronto tra i sette giudici del Tribunale permanente dell'OMC sicuramente conferisce spessore, alto livello e coerenza alla giurisprudenza d'appello del sistema multilaterale, limitando, così il numero di opinioni separate grazie ad una promozione di un principio sostanziale di collegialità – formalmente l'Organo d'appello non adotta *report* in seduta plenaria, ma, di fatto, discute collegialmente ogni controversia ad esso sottoposta. Ciascuna sezione giudicante deve compiere ogni sforzo per cercare di adottare per consensus il *report* d'appello. Se il *consensus* dovesse mancare, le decisioni saranno adottate a maggioranza e ogni componente potrà adottare una opinione separata che, come richiesto dall'art. 17, par. 11 DSU, dovrà rimanere anonima, sia che si tratti di opinione concorrente, sia che il giudice scriva, invece, una opinione dissenziente³³. Accanto al confronto su ogni procedimento d'appello, tutti

(b) chairing all oral hearings and meetings related to that appeal; and (c) coordinating the drafting of the appellate report» (*Rule 7*, parr. 1 e 2 delle *Working Procedures*).

³² «(2) The Members shall stay abreast of dispute settlement activities and other relevant activities of the WTO and, in particular, each Member shall receive all documents filed in an appeal. (3) In accordance with the objectives set out in paragraph 1, the division responsible for deciding each appeal shall exchange views with the other Members before the division finalizes the appellate report for circulation to the WTO Members» (Regola 4 delle *Working Procedures*, non a caso rubricata «Collegiality»).

³³ «Le opinioni espresse nelle relazioni dell'Organo d'appello dalle persone che ne fanno parte sono anonime».

i componenti del Tribunale permanente dell'OMC si riuniscono sistematicamente per discutere questioni di politica, prassi e procedura sul funzionamento e sulle questioni giuridico-politiche del diritto multilaterale degli scambi³⁴. Tale costante confronto tra i componenti dell'Organo d'appello, a livello di ogni singolo caso trattato, e per tutte le questioni generali rilevanti per il secondo grado di giudizio, ha naturalmente favorito sia la coerenza della giurisprudenza d'appello dell'OMC sia l'adozione per *consensus* dei *reports* d'appello di ciascuna sezione giudicante. Si tratta di un risultato promosso anche dalle *Working Procedures*, che alla *Rule* 3, par. 2 richiedono ai giudici del Tribunale permanente di compiere ogni sforzo per deliberare per *consensus*³⁵. Ad oggi, infatti, soltanto in sette decisioni di secondo grado un Membro ha espresso una opinione individuale – indicata nei vari *report* come «concurring statement»³⁶, «separate opinion»³⁷, «separate view»³⁸.

³⁴ «To ensure consistency and coherence in decision-making, and to draw on the individual and collective expertise of the Members, the Members shall convene on a regular basis to discuss matters of policy, practice and procedure» (Regola 4, par. 1 delle *Working Procedures*).

³⁵ «The Appellate Body and its divisions shall make every effort to take their decisions by consensus. Where, nevertheless, a decision cannot be arrived at by consensus, the matter at issue shall be decided by a majority vote» (*Rule* 3, par. 2 delle *Working Procedures*).

³⁶ APPELLATE BODY REPORT, *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos - Containing Products*, WT/DS135/AB/R, Report of the Appellate Body of 12 March 2001.

³⁷ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, Report of the Appellate Body of 3 March 2005 (US - Upland Cotton); APPELLATE BODY REPORT, *United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing")*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities, WT/DS294/AB/RW, Report of the Appellate body of 14 May 2009; APPELLATE BODY REPORT, *United States - Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea*, WT/DS464/AB/R, Report of the Appellate Body of 7 September 2016; APPELLATE BODY REPORT, *India - Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/AB/R, Report of the Appellate Body of 16 September 2016.

³⁸ APPELLATE BODY REPORT, *European Communities and Certain Member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, Report of the Appellate Body of 18 May 2011; APPELLATE BODY REPORT, *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, WT/DS353/AB/R, fns. 1118, 1130, and 1153.

L'Organo d'appello ha un Presidente, eletto tra i suoi componenti, che dura in carica un anno, il quale ha, tra le sue funzioni, quella di sovrintendere al funzionamento interno del Tribunale e ad ogni altro compito che possa essere eventualmente affidato a tale carica dai Membri dell'OMC³⁹.

L'Organo d'appello dispone, inoltre, di un proprio Segretariato, separato ed indipendente rispetto al Segretariato dell'OMC⁴⁰. Il Segretariato dell'Organo d'appello fornisce supporto amministrativo e scientifico – dunque, di consulenza giuridica – ai lavori del Tribunale permanente⁴¹.

I.3. *L'oggetto della procedura d'appello*

In base all'art. 17, par. 6 DSU, un appello può avere ad oggetto esclusivamente «[le] *questioni giuridiche* contemplate nella relazione del panel e ... [le] *interpretazioni giuridiche* sviluppate dal panel»⁴². Già in una delle sue prime decisioni, i giudici ginevrini avevano precisato che le questioni di fatto sono, quindi, escluse – quantomeno in linea di principio – dall'attività del Tribunale permanente, affermando che «[u]nder Article 17.6 of the DSU, appellate review is limited to appeals on *questions of law* covered in a panel report and le-

³⁹ «(1) There shall be a Chairman of the Appellate Body who shall be elected by the Members. (2) The term of office of the Chairman of the Appellate Body shall be one year. The Appellate Body Members may decide to extend the term of office for an additional period of up to one year. However, in order to ensure rotation of the Chairmanship, no Member shall serve as Chairman for more than two consecutive terms. (3) The Chairman shall be responsible for the overall direction of the Appellate Body business, and in particular, his/her responsibilities shall include: (a) the supervision of the internal functioning of the Appellate Body; and (b) any such other duties as the Members may agree to entrust to him/her» (*Rule 5 delle Working Procedures*).

⁴⁰ Così ha predisposto la decisione istitutiva dell'Organo d'appello, adottata nel giugno 1995: cfr. WT/DSB/1, cit., al par. 17.

⁴¹ Secondo quanto previsto dall'art. 17, par. 7 DSU, «L'Organo d'appello è dotato dell'opportuno sostegno amministrativo e giuridico necessario».

⁴² I corsivi nel testo sono nostri. Nella versione ufficiale in inglese del DSU, l'art. 17, par. 6 così recita: «[a]n appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel».

gal interpretations developed by the panel. *Findings of fact*, as distinguished from *legal interpretations* or *legal conclusions*, by a panel are, in principle, not subject to review by the Appellate Body»⁴³.

Se la distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto può, a volte, risultare semplice – «[t]he determination of whether or not a certain event did occur in time ad space is typically a question of fact»⁴⁴ – spesso tale qualificazione può essere molto complessa. L'Organo d'appello ha affrontato questo delicato aspetto della sua competenza cesellando una diversificazione tra parte in fatto e parte in diritto capace di mantenere una adeguata, ragionevole e dinamica capacità di revisione in capo ad esso. Infatti, i giudici ginevrini hanno precisato che le conclusioni («findings») di un *panel* relative all'applicazione di una regola giuridica ad un dato fatto o ad una serie di fatti sono conclusioni su questioni giuridiche (*issues of law*) che, pertanto, rientrano nella competenza dell'esame da parte del Tribunale permanente: «[t]he consistency or inconsistency of a given fact or set of facts with the requirements of a given treaty provision is [...] a legal characterization issue. It is a legal question»⁴⁵. Dunque, la determinazione sulla possibilità di qualificare due beni come «like products», come prodotti simili – i quali, pertanto, non potranno essere discriminati in base ai principi fondamentali dell'OMC – è una qualificazione giuridica, quindi suscettibile di essere oggetto di impugnazione: «[t]he determination of whether imported and domestic products are “like products” is a process by which legal rules have to be applied to facts»⁴⁶. Anche la ricostruzione della finalità, del *policy objective* perseguito da una misura oggetto di giudizio rappre-

⁴³ APPELLATE BODY REPORT, *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (EC - Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, par. 132; APPELLATE BODY REPORT, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC - Bananas III)*, WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997, par. 239 (i corsivi sono nostri).

⁴⁴ APPELLATE BODY REPORT, *EC - Hormones*, par. 132.

⁴⁵ APPELLATE BODY REPORT, *EC - Hormones*, par. 132.

⁴⁶ APPELLATE BODY REPORT, *Canada - Certain Measures Concerning Periodicals (Canada - Periodicals)*, WT/DS31/AB/R, adopted 30 July 1997, p. 22.

senta una qualificazione giuridica, suscettibile pertanto di impugnazione dinanzi all'Organo d'appello, come quest'ultimo ha statuito nel caso *EC - Seal Products*: «[i]n seeking to identify the objective of a measure, a panel may be faced with conflicting arguments by the parties as to the nature of the objective or the objectives pursued by a responding party through its measure. A panel should take into account the Member's articulation of the objective or the objectives it pursues through its measure, but it is not bound by that Member's characterizations of such objective(s). [...] Indeed, the panel must take account of all evidence put before it in this regard, including 'the texts of statutes, legislative history, and other evidence regarding the structure and operation' of the measure at issue. [...] A panel's identification of the "objective" of a measure is a *matter of legal characterization* subject to appellate review under Article 17.6 of the DSU»⁴⁷.

Accanto alla finalità di una misura nazionale oggetto di una procedura d'appello, anche, più in generale, il significato di una disciplina statale rientra nell'ambito del giudizio di impugnazione, e, parimenti, l'interpretazione che una corte o un'agenzia amministrativa nazionali diano di tale disciplina. Questo è stato precisato dal Tribunale permanente, ad esempio, nel caso *US - Countervailing and Anti-Dumping Measures (China)*, ove l'Organo d'appello ha dichiarato che «[a]lthough factual aspects may be involved in the individuation of the text and of some associated circumstances, an assessment of the meaning of a text of municipal law for purposes of determining whether it complies with a provision of the covered agreements is a legal characterization. Similarly, whether or when a domestic court ruling has been rendered and finalized, or what a writing by a recognized scholar contains, may involve factual aspects. However, the examination of the legal interpretation given by a domestic court or by a domestic administering agency as to the meaning of municipal law with respect to the measures be-

⁴⁷ APPELLATE BODY REPORTS, *European Communities - Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC - Seal Products)*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401, adopted 18 June 2014, par. 5.144, il corsivo è nostro.

ing reviewed for consistency with the covered agreements may be a legal characterization»⁴⁸.

In estrema sintesi, quindi, in base all'art. 17, par. 6 DSU, i giudici di secondo grado possono rivedere sia l'interpretazione delle disposizioni degli Accordi OMC compiute da un *panel*, sia l'applicazione delle regole multilaterali degli scambi ai fatti oggetto della causa. Ma occorre tenere in considerazione anche l'art. 11 DSU, il quale stabilisce che «[u]n panel [... debba compiere] una valutazione oggettiva della questione sottoposta al suo esame, ivi compresa una valutazione oggettiva dei fatti in questione». Pertanto, il Tribunale permanente potrà essere chiamato a stabilire se l'ente giudicante di primo grado abbia rispettato tale disposizione, ossia a verificare se lo '*standard of review*' in essa prescritto – la valutazione oggettiva dei fatti e la considerazione adeguata delle prove – sia stato adeguatamente applicato dal *panel*. Ha, infatti, ben chiarito l'Organo d'appello nella controversia *EC - Hormones* che «[w]hether or not a panel has made an objective assessment of the facts before it, as required by Article 11 of the DSU, is also a legal question which, if properly raised on appeal, would fall within the scope of appellate review»⁴⁹. Ed ancora, articolando ulteriormente la distinzione tra la revisione dell'attività di un *panel* ex art. 11 DSU oppure ex art. 17, par. 6 DSU, il Tribunale permanente ha più tardi statuito, nella causa *China - GOES*, che «[i]n most cases [...] the issue by a particular claim 'will either be on of application of the law to the facts or an issue of the objective assessment of facts, and not both'. The Appellate Body has found that allegations implicating a panel's appreciation of facts and evidence fall under Article 11 of the DSU. By contrast, '[t]he consistency of inconsistency of a given fact or set of facts with the requirements of a given treaty provision is [...] a legal characterization issue' and is therefore a legal question»⁵⁰.

⁴⁸ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Countervailing and Anti-Dumping Measures on Certain Products from China (US - Countervailing and Anti-Dumping Measures (China))*, WT/DS449/AB/R, adopted 22 July 2014, par. 4.101.

⁴⁹ *EC - Hormones*, par. 132.

⁵⁰ APPELLATE BODY REPORT, *China - Countervailing and Anti-Dumping Duties on Grain Oriented Flat-Rolled Electrical Steel from the United States*

I.4. *La ricerca di equità e trasparenza nel processo, e di costante apertura e collegamento del diritto OMC al diritto espresso dalla Comunità internazionale*

Abbiamo appena visto i tratti distintivi del mandato dell'Organo d'appello, come progressivamente precisati ed articolati dalla stessa giurisprudenza del Tribunale permanente. Infatti, sin dal suo primo *report*, il collegio giudicante di secondo grado del sistema multilaterale ha costantemente operato per costruire la propria reputazione nel panorama internazionale, cercando di curare, in stretta collaborazione con il Segretariato dell'Organo d'appello, ogni aspetto del procedimento di impugnazione.

A partire dalla definizione delle *Working Procedures for Appellate Review* alla conduzione delle udienze, dalla redazione dei *reports* promuovendo equità e di trasparenza alla continua attenzione ed apertura verso l'attività degli altri principali tribunali internazionali e dei principi espressi dalla Comunità internazionale, l'Organo d'appello ha sempre cercato di lavorare cessellando nella piena armonia i pilastri della procedura di secondo grado, quali l'onere della prova, il diritto a stare in giudizio, la possibilità, per un Membro OMC, di farsi rappresentare da propri consulenti o esperti giuridici privati, i parametri per la revisione (*'standards of review'*) del *report* di un *panel*⁵¹.

In particolare, vista la delicatezza dei temi trattati e la considerevole forza del pilastro giurisdizionale nel quadro istituzionale dell'OMC, capace di produrre, su base sistematica, *reports* vincolanti per la soluzione delle dispute commerciali, il Tribunale permanente ha voluto costruire un ruolo significativo per le parti terze in giudizio, ed ha interpretato l'Intesa in modo da poter considerare ammissibili gli *amici curiae*, pur nel silenzio sul punto del DSU, consentendo ad attori non statali e appartenenti alla società civile di proporre ricostruzioni e interpretazioni delle questioni sollevate in giudizio.

(*China - GOES*), WT/DS414/AB/R, adopted 16 November 2012, par. 183.

⁵¹ Cfr. D.P. STEGER, *The Founding of the Appellate Body*, cit., pp. 447-465.

Infatti, in base all'art. 17 par. 4 DSU, solo le parti in disputa di fronte al *panel* possono presentare appello, impugnando in tutto o in parte il *report* del primo grado di giudizio. Ma il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC permette ai Membri del sistema multilaterale, che non siano attore o convenuto in un procedimento, di intervenire comunque nel contenzioso come 'parti terze', presentando memorie che contengono valutazioni sull'oggetto della causa e sul diritto OMC che in merito ad essa venga in rilievo. In tal modo, ogni parte contraente degli Accordi di Marrakech può partecipare costruttivamente nell'interpretazione ed applicazione delle regole mondiali di liberalizzazione degli scambi operata in via giurisprudenziale. Tale partecipazione è di fondamentale importanza poiché il diritto del commercio internazionale, pur essendosi articolato e rafforzato in decine di accordi e centinaia di disposizioni dopo l'*Uruguay Round*, continua ad essere caratterizzato da principi generali e formulazioni generiche, da applicare ad una casistica praticamente infinita. Pertanto, la precisazione del diritto OMC attraverso i *report* dei giudici del sistema multilaterale è di massima rilevanza nella definizione della portata delle regole multilaterali che la *membership* del sistema di Marrakech deve rispettare, conferendo prevedibilità e certezza agli Accordi multilaterali e plurilaterali dell'OMC. Consapevoli della sfida senza precedenti che l'istituzione di un secondo grado di giudizio in un sistema di carattere universale avrebbe costantemente implicato, il Tribunale permanente ha predisposto le proprie Regole di procedura soffermandosi con attenzione alle modalità di partecipazione delle parti terze alle procedure d'appello, esaltandone il ruolo per l'armonico e condiviso sviluppo interpretativo del diritto e del sistema dell'OMC. Così, la *Rule 24* delle *Working Procedures* «encourages» i terzi a presentare memorie scritte ai giudici, nell'intento di «facilitate their positions being taken fully into account by the division hearing the appeal and in order that participants and other third participants will have notice of positions to be taken at the oral hearing»⁵². Inoltre,

⁵² *Rule 24*, par. 3

per l'ipotesi in cui una parte terza non riesca a produrre un documento, la *Rule* 24, par. 4 prevede la possibilità di notificare, al Segretariato dell'Organo d'appello, l'intenzione di partecipare all'udienza e di fare una dichiarazione orale in tale sede. Tale sistematica ricerca di approfondita conoscenza e confronto è resa al meglio dalla domanda fatta da un giudice d'appello nel caso *US - Underwear*, dove il Costarica aveva attaccato gli Stati Uniti per le loro misure di salvaguardia sui prodotti tessili e, per la prima volta, si poneva la questione di definire l'onere della prova nel processo dell'OMC. In quel caso l'unica parte terza ad intervenire fu l'India, ed allora quel giudice chiese: «[w]here are the other WTO Members in this case? We are dealing with an important procedural issue and would like to hear from them»⁵³.

Riguardo, invece, alla possibilità anche per soggetti non statali di presentare memorie come *amici curiae* (*amicus curiae submissions*), ossia per supportare – e, in definitiva, influenzare – la decisione di un ente giudicante dell'OMC suggerendo il loro punto di vista per l'interpretazione e l'applicazione proposta del diritto di Marrakech, pur non essendo né parti in giudizio né Membri dell'OMC, l'Organo d'appello ha superato il silenzio dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie su tale questione affermando che, in base all'art. 13 DSU, i *panels* hanno il «diritto di chiedere informazioni e consulenze tecniche a qualunque persona o organismo ritenga[no] opportuno», e, quindi, implicitamente, anche quello di andare a ricercare notizie e dati all'interno delle memorie spontaneamente presentate, appunto attraverso lo strumento giuridico dell'*amicus curiae*, da persone fisiche e giuridiche⁵⁴. In riferimento, invece, alla possibilità di accogliere memorie a titolo di *amicus curiae* da parte del Tribunale stesso, i giudici d'appello hanno fatto leva sull'art. 17, par. 9 del DSU e sulla *Rule* 16 delle *Working Procedures*, dunque sul potere loro attribuito dall'Intesa di organizzare il procedimento di secondo grado,

⁵³ Riportata in STEGER, pp. 459-460.

⁵⁴ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US - Shrimp)*, WT/DS58AB/R, adopted 6 November 1998, parr. 79-91.

considerato inclusivo della discrezionalità di stabilire se accogliere o meno le *amicus curiae submissions*⁵⁵.

L'approccio di massima attenzione, rispetto ed apertura alle considerazioni provenienti da tutta la *membership* dell'OMC come pure dai soggetti non statali interessati è, da subito, stato adottato anche, e più in generale, nei confronti di tutto il diritto espresso dalla Comunità internazionale. Infatti, l'Organo d'appello ha rifiutato con la massima decisione la ricostruzione del sistema OMC come un sistema giuridico chiuso e ripiegato su stesso, ma lo ha saldamente e costantemente collegato a tutte le altre norme e principi rilevanti del diritto internazionale: «the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law»⁵⁶. Riconoscendo che il diritto OMC è parte del diritto internazionale pubblico, il Tribunale permanente lo ha reso dinamico; nella costante ricerca di garantire il *due process*, un processo equo, e di coinvolgere i soggetti istituzionali e non nella continua messa a punto di principi e regole multilaterali, i giudici di secondo grado manifestano il chiaro intento di pervenire a soluzioni il più possibile informate e condivise.

I.5. *Lo squilibrio tra l'efficienza decisionale del pilastro giurisdizionale e l'inefficienza del pilastro politico del sistema dell'OMC e le possibili cause del disagio degli Stati Uniti nel contenzioso ginevrino*

Tutto ciò, però, non è bastato ad eliminare le tensioni tra il pilastro quasi-giudiziale e il pilastro politico dell'OMC, caratterizzati dal profondo divario dei diversi meccanismi decisionali. Nel contenzioso OMC, come già più volte sottolineato, vi-

⁵⁵ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom (US - Lead and Bismuth II)*, WT/DS138/AB/R, adopted 7 June 2000, par. 39.

⁵⁶ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US - Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, a p. 16.

ge la regola del *consensus* negativo per l'approvazione dei *reports* e della sospensione delle concessioni, che acquisiscono in modo pressoché automatico forza vincolante nel loro passaggio politico dinanzi al DSB, a meno che in seno a quest'ultimo non si raggiunga l'improbabile *reverse consensus* per rigettare *reports* e sospensioni. Invece, nel pilastro politico, la prima opzione decisionale è ancora quella del *consensus* positivo: «[l']OMC si attiene alla prassi delle decisioni adottate all'unanimità in vigore nel quadro del GATT 1947 [...]. Si considerava che l'organismo in questione abbia deciso all'unanimità su una questione sottoposta alla sua attenzione qualora nessun membro presente alla riunione in cui viene presa la decisione si opponga formalmente alla decisione proposta»⁵⁷. E solo laddove sia impossibile, per il Consiglio generale o la Conferenza ministeriale, o comunque, un organo politico comune dell'OMC, raggiungere detto consenso positivo, scatta l'opzione del voto a maggioranza⁵⁸, che, però, dal 1995 non è mai stata attivata dalla *membership* dell'OMC. Questa paralisi, e, dunque, notevole indebolimento, del pilastro politico ha portato al mancato utilizzo, in particolare, della competenza esclusiva ad adottare interpretazioni autoritative degli Accordi OMC e all'enorme difficoltà a modificare o introdurre nuove regole pattizie per gli scambi internazionali. Si è, così, sempre più accentuata la seria asimmetria tra l'efficienza decisionale della parte giudiziale e il blocco politico dell'OMC, incapace di produrre il diritto necessario a chiarire ed integrare le regole già vigenti del sistema, dunque a dare le risposte necessarie per la buona *governance* dell'economia mondiale. Nella fisiologica, prevedibile e normale impossibilità di non compiere errori, nonché di pervenire sempre a soluzioni valutate positivamente da tutti i soggetti politici del sistema multilaterale, i componenti dell'Organo d'appello avevano previsto e temuto una possibile involuzione del sistema, esprimendo il costante auspicio ad un rafforzamento della politica e della capacità

⁵⁷ Art. IX, par. 1 e nota 1 dell'Accordo istitutivo dell'OMC.

⁵⁸ «[Q]ualora risulti impossibile adottare una decisione all'unanimità, la decisione relativa alla questione in discussione viene posta ai voti» (art. IX, par. 1, dell'Accordo istitutivo dell'OMC).

decisionale degli organi politici comuni dell'OMC. In particolare, il giudice Claus-Dieter Ehlermann affermava al termine del suo mandato: «I am [...] convinced that all efforts should be deployed in the direction of strengthening the political decision-making capacity of the WTO. I am afraid that the results achieved during the Uruguay Round with respect to dispute settlement can only be sustained, in the long run, if political decision-making becomes easier and a true complement to judicial decision-making»⁵⁹.

Questa è una delle cause che hanno innescato il disagio degli Stati Uniti rispetto ai risultati e all'efficienza del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC. Infatti, Washington ha iniziato a collezionare diverse sconfitte nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC per quanto riguarda, in particolare, le misure di difesa commerciale contro la vendita sottocosto, più volte considerate dall'Organo d'appello come incompatibili con l'Accordo multilaterale relativo all'applicazione dell'art. VI dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (d'ora innanzi: Accordo *Anti-Dumping*⁶⁰; il suo titolo nella versione ufficiale inglese è *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 [Anti-Dumping Agreement*⁶¹)), a causa della pratica dello *zeroing*⁶². Detta pratica, però, nonostante le

⁵⁹ C.-D. EHLERMANN, *Six Years on the Bench of the "World Trade Court" - Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, cit., p. 635.

⁶⁰ In GUCE L336 del 23 dicembre 1994, p. 103.

⁶¹ Per il testo cfr. WORLD TRADE ORGANIZATION, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, cit., p. 147 ss.

⁶² Il calcolo del margine di *dumping* stabilisce la differenza tra il valore normale di un prodotto e il prezzo di esportazione di tale prodotto che, essendo venduto sottocosto sui mercati terzi rispetto al Paese di origine, sarà inferiore rispetto al prezzo normale. La differenza tra i due prezzi rappresenta l'ammontare massimo del dazio *antidumping* che può imporre il Membro dell'OMC che subisce il *dumping* sul proprio territorio. Spesso, in tali operazioni, le autorità nazionali effettuano una distinzione tra diversi modelli dello stesso prodotto. In tal caso, può capitare, per alcuni modelli, che il prezzo di esportazione sia superiore al valore normale del modello in questione. Nella pratica dello *zeroing*, allorché si proceda a fare la somma di tutti i margini di *dumping*, per quei modelli dove questo non si verifica, invece di inserire il

molteplici condanne continua ad essere applicata dalle autorità nordamericane per calcolare i dazi *antidumping*. Gli Stati Uniti, infatti, non hanno mai cercato di intervenire direttamente sul diritto OMC, proponendo l'adozione di una interpretazione autoritativa ex art. IX, par. 2, dell'Accordo istitutivo dell'OMC che precisasse il testo dell'Accordo *Anti-Dumping* secondo quanto auspicato dalle autorità nordamericane. Washington, infatti, ha sistematicamente preferito operare una critica dei *reports*, di primo grado o d'appello, sul punto.

Su un piano più generale, con l'entrata in vigore dell'OMC, gli Stati Uniti non hanno mantenuto la supremazia culturale, intellettuale, del sistema giuridico multilaterale. Infatti, la politica di trasparenza perseguita dal Segretariato dell'OMC rende accessibili su base sistematica tutti i *reports* e i documenti prodotti dagli organi ginevrini, e ciò ha reso possibile alla ricerca accademica in tutto il mondo un reperimento pronto e sistematico di tutte le fonti. Nel sistema del GATT 1947, invece, gli studiosi statunitensi erano avvantaggiati perché grazie al *Freedom of Information Act* (FOIA) del 1966⁶³ avevano agile accesso ai documenti del GATT 1947, mentre nel resto del mondo detti documenti erano per lo più considerati confidenziali, dunque, nella migliore delle ipotesi, accessibili in ritardo, con le conseguenti difficoltà, o addirittura impossibilità, di condurre indagini significative. Ora si sono moltiplicati gli esperti del sistema OMC, e sono di tutte le nazionalità.

valore reale, che diminuirebbe il margine complessivo, e dunque il dazio *anti-dumping* praticabile, si inserisce il valore di zero – da qui, il nome della prassi, per l'appunto, di *zeroing*. Questo modo di calcolo del margine di *dumping* è stato condannato dall'Organo d'appello, ad esempio, nei seguenti casi: APPELLATE BODY REPORT, *United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing")* (US - Zeroing (EC)), WT/DS294/AB/R, adopted 9 May 2006; APPELLATE BODY REPORT, *United States - Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews* (US - Zeroing (Japan)), WT/DS322/AB/R, adopted 23 January 2007.

⁶³ *The Freedom of Information Act* (FOIA), 5 USC § 552, disponibile al link ufficiale del Dipartimento di giustizia degli Stati Uniti <https://www.justice.gov/oip/foia-legislative-materials>. Il testo originario, adottato dal Congresso statunitense il 4 luglio 1996, si trova in P.L.89-487, 80 Stat. 250 (1966).

E, in particolare, i Paesi emergenti, *in primis* la Cina⁶⁴, ma anche i Paesi in via di sviluppo, in breve tempo hanno educato esperti nell'ambito delle loro amministrazioni nazionali, i quali hanno acquisito una conoscenza delle questioni OMC nonché una capacità di avvalersi del diritto multilaterale per promuovere i propri interessi ed obiettivi che ha notevolmente ridimensionato il predominio tecnico-scientifico del diritto degli scambi internazionali tradizionalmente detenuto da Washington. E dette nuove 'abilità' di Paesi emergenti e in via di sviluppo eccellono nelle strategie processuali sviluppate dinanzi al sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, di cui gli Stati Uniti sono stati probabilmente il massimo artefice durante l'*Uruguay Round*, ma che, ora, non vede più Washington sicura detentrica del primato della sua conoscenza.

SEZIONE SECONDA.

LE DIFFICOLTÀ NELLA NOMINA DEI GIUDICI D'APPELLO CAUSATE DAGLI STATI UNITI

II.1. *Primi sintomi del disagio statunitense: il mancato rinnovo dei giudici di nazionalità statunitense dell'Organo d'appello*

Nei primi otto anni di vigenza del sistema di Marra-kech, nella definizione della compagine dell'Organo d'appello dell'OMC si erano affermate due tipi di prassi. Da un lato,

⁶⁴ La Cina, dopo ben 15 anni di negoziati, è divenuta Membro dell'OMC l'11 dicembre 2001: cfr. WT/L/432, *Accession of the People's Republic of China*, Decision of 10 November 2001, 23 November 2001. Sul successo della Cina nel sistema dell'OMC, in particolare nel contenzioso ginevrino cfr. P. BLUSTEIN, *China Inc. in the WTO Dock - Tales from a System under Fire*, CIGI Papers No. 157, December 2017; W. JI, C. HUANG, *China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, 2011, pp. 1-37; Y. GUOHUA, *China in the WTO Dispute Settlement System: A Memoir*, *ivi*, 2015, pp. 1-18; K. THOMAS, *China and the WTO Dispute Settlement System: From Passive Observer to Active Participant?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2011, pp. 481-490.

pur potendo essere selezionato un giudice da qualunque Paese membro dell'OMC, di fatto gli Stati Uniti, l'Unione europea ed il Giappone hanno sempre potuto esprimere un esperto avente la loro cittadinanza tra i sette membri del Tribunale; inoltre, laddove vi fosse la disponibilità da parte del giudice in scadenza, il mandato di quest'ultimo veniva rinnovato in modo automatico⁶⁵. Questo secondo aspetto della prassi è stato disatteso nella primavera del 2007, allorché Merit Janow, il giudice statunitense che aveva iniziato il suo primo mandato nel 2003, non si candidò per la conferma ad un altro quadriennio quale membro dell'Organo d'appello. La Janow, docente della Columbia University, aveva fatto parte, tra l'altro, della divisione giudicante nel caso *US - Upland Cotton*⁶⁶, che aveva condannato il programma di sovvenzioni statunitensi per i coltivatori nordamericani del cotone, attaccato dal Brasile. In quel *report* d'appello, però, vi era una opinione separata che si discostava dalle conclusioni della maggioranza, argomentando che alcune sovvenzioni all'esportazione non violavano le regole dell'OMC dedicate ai sussidi pubblici⁶⁷. Nonostante le opinioni dissenzienti siano anonime, come si è visto⁶⁸, gli osservatori interni sostenevano che fosse proprio il giudice Janow l'autore della opinione separata. Ma, soprattutto, la docente della Columbia era componente della divisione giudicante nel caso *US - Zeroing*, politicamente molto delicato poiché relativo allo spinoso tema della prassi statunitense dello *zeroing* nel *dumping*. Il Tribunale permanente stabilì, questa volta all'unanimità, dunque sicuramente con il concorso del giudice Janow, che detta prassi fosse incompatibile con il diritto OMC⁶⁹. Allorché, al termine del suo primo mandato, il Presidente del

⁶⁵ Cfr. G.C. HUFBAUER, *WTO Judicial Appointments: Bad Omen for the Trading System*, Peterson Institute for International Economics, 13 June 2011.

⁶⁶ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Subsidies on Upland Cotton (US - Upland Cotton)*, WT/DS267/AB/R, adopted 21 March 2005.

⁶⁷ *US - Upland Cotton*, parr. 631-641.

⁶⁸ Cfr. il par. I.2.

⁶⁹ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (US - Zeroing)*, WT/DS294/AB/R, adopted 9 May 2006.

DSB annunciò che la Professoressa della Columbia non avrebbe presentato la sua ricandidatura, egli non diede alcuna spiegazione o motivazione sulla scelta del giudice statunitense durante la riunione dell'Organo di risoluzione delle controversie. Fonti dell'amministrazione statunitense, però, dichiararono che Washington non avrebbe sostenuto la conferma della Professoressa Janow perché non aveva fatto frequente ricorso alla possibilità di scrivere opinioni dissenzienti nelle cause in cui gli Stati Uniti erano stati attaccati e condannati⁷⁰.

La stessa dinamica, ma con qualche clamore trapelato in dottrina, ebbe luogo nel 2011, quando, ancora una volta, gli Stati Uniti non diedero seguito al rinnovo del mandato del giudice Jennifer Hillman poiché anche questa esperta nordamericana non avrebbe adeguatamente protetto le misure di difesa commerciale degli Stati Uniti, spesso oggetto di ricorso nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC. Ad avviso dell'Ufficio del Rappresentante degli Stati Uniti per il commercio (*United States Trade Representative*, USTR), infatti, la Hillman avrebbe potuto e dovuto redigere sistematicamente opinioni dissenzienti che, in modo articolato ed approfondito, sostenessero la compatibilità della disciplina statunitense – in particolare quella relativa al *dumping* – con le regole multilaterali degli scambi⁷¹.

Si sottolinea che neppure le motivazioni statunitensi alla base del mancato rinnovo del giudice Hillman hanno mai ufficialmente trovato spazio nei documenti dell'OMC. Nei processi verbali del DSB, infatti, non vi è alcun riscontro dell'auspi-

⁷⁰ Cfr. D. PRUZIN, *Merit Janow, Sole US Member of WTO Appellate Body to Step Down*, BNA INT'L Trade Daily, 23 May 2007; M. ELSIG, M.A. POLLACK, *Agents, Trustees and International Courts: The Politics of Judicial Appointments at the WTO*, in *European Journal of International Relations*, 2014, p. 406; J.L. DUNOFF, M.A. POLLACK, *The Judicial Trilemma*, in *American Journal of International Law*, 2017, pp. 267-268.

⁷¹ Su tale motivazione cfr. R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 71; M. ELSIG, M.A. POLLACK, *Trustees and International Courts: The Politics of Judicial Appointment at the World Trade Organization*, cit., p. 409; *USTR Blocks Hillman's Bid for Second WTO Appellate Body Term*, *US Inside Trade*, 26 May 2011.

cio del governo statunitense riguardo un maggiore attivismo dei giudici nordamericani per dimostrare la compatibilità delle misure di difesa commerciale degli Stati Uniti con le regole del sistema multilaterale degli scambi. Nei resoconti del DSB è stato unicamente riportato, nel maggio 2007 e nell'aprile del 2011, l'indisponibilità di Merit Janow e Jennifer Hillman a candidarsi per il secondo mandato⁷².

II.2. *L'opposizione al rinnovo del mandato di Seung Wha Chang: la motivazione degli Stati Uniti*

La tensione sull'attività dell'Organo d'appello è aumentata notevolmente nel maggio 2016, quando gli Stati Uniti si sono opposti formalmente al rinnovo del mandato del giudice sudcoreano Seung Wha Chang. Tale presa di posizione ha alzato i toni rispetto alle mancate riconferme di Merit Janow e Jennifer Hillman poiché gli episodi del 2007 e del 2011 riguardavano comunque un giudice di nazionalità statunitense (pur essendo i membri dell'OMC tenuti ad esercitare il loro mandato in piena indipendenza, anche rispetto allo Stato di cui hanno la cittadinanza, come già in precedenza rilevato) e, lo si è prima sottolineato, le motivazioni contrarie al loro se-

⁷² «On 10 December 2007, Ms. Merit Janow's first term of office would expire [...] with regard to Ms. Janow, [the Chairman] had been informed that she did not wish to be reappointed to the Appellate Body for a second term» (WT/DSB/M/232, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rappard on 22 May 2007*, 25 June 2007, par. 87). «The Chairperson [...] said that [...] a] s Members may have been aware, the first terms of office of two Appellate Body members, Ms. Lilia Bautista and Ms. Jennifer Hillman, would expire on 10 December 2011. In that regard, she recalled that under Article 17.2 of the DSU, "the DSB shall appoint persons to serve on the Appellate Body for a four-year term and each person may be reappointed once". [...] Ms Hillman had informed the Chairperson that she was not requesting the DSB to consider her for reappointment. Therefore, on behalf of all WTO Members, the Chairperson thanked [...] Ms. Hillman for [her] contribution to the work of the Appellate Body and wished [her] success in [her] future endeavours». WT/DSB/M/295, *Minutes of the Meeting of the Dispute Settlement Body Held in the Centre William Rappard on 21 April 2011*, 30 June 2011, par. 91.

condo mandato non erano mai approdate nei documenti ufficiali dell'OMC.

Con una dichiarazione resa nota il 12 maggio 2016⁷³, e successivamente presentata nella prima riunione utile del DSB, del 23 maggio 2016, gli Stati Uniti hanno annunciato di non poter sostenere la ricandidatura del Professor Chang, ponendo, così, il veto alla sua rielezione⁷⁴. Il corposo intervento del rappresentante statunitense nella riunione del 23 maggio 2016 dell'Organo di risoluzione delle controversie si può dividere in due parti: la prima, di carattere istituzionale, dedicata a contestare l'esistenza di una prassi di natura consuetudinaria per il rinnovo automatico di un giudice dell'Organo d'appello e a sottolineare il ruolo del Tribunale permanente nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC; la seconda, invece, di natura sostanziale, poiché incentrata su alcuni *reports* di secondo grado che avevano visto la sistematica partecipazione di Seung Wha Chang, ed in merito ai quali Washington aveva sviluppato una valutazione non positiva.

Riguardo le modalità per conferire il secondo mandato ad un giudice, gli Stati Uniti richiamano la lettera dell'art. 17.2 del DSU, il quale si limita a stabilire che un Membro dell'Organo d'appello «may be reappointed once». Quindi, vengono ricordati gli interventi di altri Membri OMC e di diversi Presidenti del DSB, che in occasioni precedenti⁷⁵ hanno ufficialmente e ripetutamente dichiarato «that reappointment was not automatic»⁷⁶. Dunque, gli Stati Uniti evidenziano come

⁷³ Cfr. *United States Blocks Reappointment of WTO Appellate Body Member*, in *American Journal of International Law*, 2016, pp. 573-579.

⁷⁴ Cfr. WT/DSB/M/379, *Minutes of the Meeting Held in the Center William Rappard on 23 May 2016*, 29 August 2016, a p. 13 ss.

⁷⁵ Cfr., ad esempio, WT/DSB/M/70, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rappard on 27 October and 3 November 1999*, 15 December 1999, pp. 34-35; WT/DSB/M/153, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rappard on 21 and 23 July 2003*, 24 September 2003, par. 99; WT/DSB/M/192, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rappard on 20 June 2005*, 15 July 2005, parr. 57 e 58; WT/DSB/M/339, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rappard on 25 November 2013*, 10 March 2014, parr. 1.1, 1.4 e 1.7; e WT/DSB/M/370, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rappard on 25 November 2015*, 12 February 2016, parr. 7.1, 7.5 e 7.9.

⁷⁶ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.2.

non vi sia nessun obbligo, scaturente dalla lettera dell'art. 17 del DSU, come pure dalla prassi del funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie, in base al quale, a fronte della disponibilità del giudice uscente, il rinnovo per il secondo mandato di quest'ultimo debba essere automatico. Ciò anche perché la scelta, nell'architettura istituzionale del contenzioso ginevrino, di definire la composizione dell'Organo d'appello sulla base del *consensus* positivo della *membership* dell'OMC indica l'importante responsabilità che l'Intesa riserva al pilastro politico del sistema multilaterale, anche quale meccanismo di bilanciamento rispetto al considerevole potere conferito all'attività del Tribunale permanente dell'OMC. Come noto, infatti, i *reports* dell'Organo d'appello vengono approvati praticamente in modo automatico dal DSB, e ai giudici di seconda istanza viene affidato il ruolo strategico di garantire il pieno rispetto del diritto OMC e lo sviluppo di una giurisprudenza che sia espressione dell'equilibrio scaturito dagli Accordi di Marrakech, per realizzare l'obiettivo del sistema di risoluzione delle controversie, dunque assicurare «a positive solution to a dispute», come richiesto dall'art. 3.7 del DSU⁷⁷.

Ricordando, poi, che per ben due volte l'Intesa sulla risoluzione delle controversie richiede ai *panels* e all'Organo d'appello di adottare *reports* che non amplino o riducano i diritti e gli obblighi contemplati dagli Accordi di Marrakech («in their findings and recommendations, the panel and the Appellate Body cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements»)⁷⁸, gli Stati Uniti procedono ad elencare le considerazioni di carattere sostanziale su alcune decisioni del Tribunale permanente alla luce delle quali hanno deciso di non sostenere la ricandidatura di Seung Wha Chang. Si tratta di quattro *reports* d'appello, di cui uno sull'applicazione dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (*General Agreement on Trade in Service, GATS*) e del relativo Allegato sui servizi finanziari (*Annex on Financial*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Cfr. gli artt. 3.2 e 19.2 del DSU.

Services)⁷⁹, ossia il caso *Argentina - Financial Services*⁸⁰, in cui gli Stati Uniti non erano né parte attrice né parte convenuta, ma semplicemente erano intervenuti quale parte terza durante il procedimento; un secondo contenzioso relativo all'Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie (*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*, Accordo SPS)⁸¹, ove Washington aveva presentato un ricorso contro l'India, vincendo la causa – è la disputa *India - Agricultural Products*⁸² –; e le ultime due decisioni, invece, che vertevano su diverse misure di difesa commerciale adottate dagli Stati Uniti contro svariati prodotti cinesi, provvedimenti attaccati da Pechino avvalendosi dell'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, Accordo SCM)⁸³ e del GATT, in entrambi i casi con esito positivo – sono i ricorsi *US - Countervailing and Anti-Dumping Measures (China)*⁸⁴, e *US - Countervailing Measures*⁸⁵. Le doglianze statunitensi nelle controversie selezionate riguardano la scelta dell'Organo

⁷⁹ Per il testo cfr. GUCE L336/190 del 23 dicembre 1994, e WORLD TRADE ORGANIZATION, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, cit., p. 286 ss.

⁸⁰ APPELLATE BODY REPORT, *Argentina - Measures Related to Trade in Goods and Services (Argentina - Financial Services)*, WT/DS453/AB/R, adopted on 9 May 2016.

⁸¹ La versione italiana dell'Accordo SPS è reperibile in GUCE L336/40 del 23 dicembre 1994, mentre quella in lingua inglese si trova in WORLD TRADE ORGANIZATION, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, cit., p. 59 ss.

⁸² APPELLATE BODY REPORT, *India - Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products (India - Agricultural Products)*, WT/DS430/AB/R, adopted on 19 June 2015.

⁸³ Il testo italiano è pubblicato in GUCE L336/156 del 23 dicembre 1994; quello ufficiale in lingua inglese appare in WORLD TRADE ORGANIZATION, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, cit., p. 231 ss.

⁸⁴ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Countervailing and Anti-Dumping Measures on Certain Products from China (US - Countervailing and Anti-Dumping Measures (China))*, WT/DS449/AB/R, adopted 22 July 2014.

⁸⁵ APPELLATE BODY REPORT, *United States - Countervailing Duty Measures on Certain Products from China (US - Countervailing Measures)*, WT/DS437/AB/R, adopted 16 January 2015.

d'appello di soffermarsi lungamente su alcune disposizioni del GATS e dell'Accordo SPS senza che questo fosse strettamente richiesto dalle argomentazioni formalmente sollevate dalle parti e necessario per la soluzione della disputa, e ciò sia nella redazione del *report* finale sia nella gestione delle udienze per discutere il singolo caso. Inoltre, il Rappresentante degli Stati Uniti ha manifestato la sua preoccupazione per l'approccio del Tribunale permanente all'attività delle autorità nazionali nella predisposizione delle misure di difesa commerciale, poiché la divisione giudicante in appello avrebbe, da un lato, introdotto autonomamente argomentazioni giuridiche non portate in giudizio dalle parti, e, dall'altro, avrebbe rivisto la disciplina nazionale sostituendosi al giudizio del legislatore nazionale ignorando, però, principi costituzionali cardine del sistema giuridico del Membro OMC convenuto in giudizio⁸⁶.

Anticipando una parte delle obiezioni che sarebbero state mosse nel successivo dibattito da quasi tutti gli altri Membri dell'OMC, gli Stati Uniti rimarcano che il pieno esercizio della funzione affidata al pilastro politico del sistema multilaterale nella selezione dei giudici d'appello implica ed impone l'attenta analisi dei *reports* del Tribunale permanente, con la conseguente attribuzione delle responsabilità per l'attività giudiziale svolta dai componenti della divisione giudicante che abbiano materialmente redatto la decisione finale. Dall'atteggiamento di ogni singolo giudice durante la fase orale della trattazione del caso, in particolare dalle domande rivolte alle parti, gli Stati Uniti rivendicano la possibilità, il diritto e il dovere di qualificare l'attività di quel giudice, che può sempre prendere le distanze dalla maggioranza della divisione giudicante «provid[ing] separate, individual views in a report»⁸⁷. Quindi, con un giudizio personale pesantissimo sul giudice sudcoreano, il Rappresentante statunitense afferma che «the appeals in which the member had participated indicated that he had not been willing to adhere to the proper role of the Appellate Body». Poi, le considerazioni del diplomatico proseguono pro-

⁸⁶ Cfr. WT/DSB/M/379, cit., parr. 6.4 - 6-6

⁸⁷ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.7.

prio incentrandosi sull'«adjudicative approach and proper role of the Appellate Body and the dispute settlement system»⁸⁸, evidenziando che la posizione degli Stati Uniti sull'attività del Tribunale permanente non era dovuta al risultato finale dei singoli *reports* considerati, ma a considerazioni ben più ampie, di carattere sistemico, sul funzionamento del meccanismo ginevrino di risoluzione delle controversie: «[t]he US position was based on the approach chosen by the Appellate Body in each appeal in which this member [Seung Wha Chang] had served and whether that approach accorded with the role that WTO Members had assigned to the Appellate Body in agreeing to the DSU»⁸⁹.

II.3. *Le reazioni degli altri membri dell'Organo d'appello e dei precedenti giudici del Tribunale permanente dell'OMC: le lettere del 18 e 31 maggio 2016 al Presidente dell'Organo di risoluzione delle controversie*

La presa di posizione senza precedenti, pubblica e istituzionale ha provocato reazioni politico-istituzionali altrettanto inedite. Infatti, prima gli altri sei membri dell'Organo d'appello, e quindi tutti i precedenti giudici ancora in vita del Tribunale permanente, hanno inviato due lettere al Presidente del DSB, affinché le comunicasse a tutta la *membership* dell'OMC, con l'obiettivo sia di compiere valutazioni in merito all'approccio statunitense, sia di indicare possibili vie d'uscita. Nella lettera dei giudici in carica, tra i cui firmatari spicca il Presidente dell'Organo d'appello, lo statunitense Thomas R. Graham, designato dall'amministrazione Obama, ossia la stessa compagine governativa che si opponeva alla rinomina del giudice sudcoreano, si manifesta innanzitutto la stima per Seung Wha Chang, per le sue qualità professionali e l'operato insieme ad essi svolto per assicurare il pieno rispetto del mandato riservato dall'Intesa di risoluzione delle contro-

⁸⁸ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.9.

⁸⁹ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.9.

versie all'Organo d'appello, e la qualità delle decisioni di secondo grado: «we have the highest respect for Mr Seung Wha Chang as a person and colleague of integrity, independence, and impartiality [... who] has worked hard together with us to maintain the quality of our reports and to foster constructive improvement of our operations»⁹⁰. Quindi, si esplicita la perplessità sull'accuratezza di alcune considerazioni poste dagli Stati Uniti alla base della loro iniziativa, nonché la preoccupazione dei rischi che detta iniziativa potrebbe implicare sugli equilibri tra ed i ruoli dei diversi attori della vita politico-istituzionale del sistema dell'OMC. Riguardo all'*accuracy*, i sei giudici osservano che nessun caso è il risultato della decisione di un singolo componente dell'Organo d'appello, e che, pertanto, le interpretazioni e le soluzioni raggiunte in una data controversia non possono essere attribuite ad un solo membro. I firmatari ricordano, infatti, le modalità con le quali un *report* viene discusso e definito in seconda istanza: gli appelli vengono considerati da tre giudici scelti a caso per costituire la Divisione che gestisce direttamente una data disputa. Mentre la sezione giudicante sviscera il caso, svolgendo le relative udienze, vi è sempre un intenso scambio di vedute, di natura formale, dunque obbligatoria e da svolgere in modo produttivo, tra i tre membri della Divisione e gli altri componenti dell'Organo d'appello che non fanno parte della sezione giudicante. Quindi, concludono con particolare enfasi gli scriventi, «[o]ur reports are reports of the Appellate Body»⁹¹. Ne consegue l'inappropriatezza, secondo i giudici del Tribunale permanente, di fondare la decisione di non sostenere la ricandidatura del Professor Chang in quanto singolo autore delle decisioni d'appello non valutate positivamente dagli Stati Uniti, poiché i *reports* del Tribunale permanente sono da attribuire, per l'appunto, a quest'ultimo in quanto organo collegiale, e non sono, invece, dei *reports* attribuibili ad un unico giudice di secondo grado. Sempre proseguendo sull'accu-

⁹⁰ *Communication to the Dispute Settlement Body from Current Appellate Body Members Dated 18 May 2016*, in WT/DS/27, *Appellate Body - Annual Report for 2016*, 16 May 2017, Annex 3, p. 102.

⁹¹ *Ibid.*

ratezza della presa di posizione nordamericana, i firmatari si soffermano sul mandato che l'Intesa sulla risoluzione delle controversie disegna per l'attività dell'Organo d'appello, e sul rapporto che definisce tra l'operato di quest'ultimo e i Membri dell'OMC, nella sede del DSB. In base agli artt. 3, par. 2, 17, e 19, par. 2 del DSU, il Tribunale permanente deve giudicare gli appelli e chiarire le disposizioni esistenti degli Accordi di Marrakesh senza ampliare o ridurre i diritti e gli obblighi codificati nel diritto OMC («without adding to or diminishing the rights and obligations provided in those agreements»)⁹². I sei giudici sottolineano quindi il loro massimo impegno ad attenersi a tale mandato, nell'ambito del quale sono chiamati a risolvere questioni molto complesse in una varietà di circostanze e su temi spesso inesplorati. La valutazione del loro operato è certo diritto del pilastro politico dell'OMC, codificato all'art. 17, par. 14 del DSU, in base al quale, i Membri dell'OMC possono esprimere le loro opinioni sui *reports* d'appello, in particolare esercitando tale diritto allorché una decisione di secondo grado venga presentata per l'approvazione al DSB. E sono proprio in questa interazione istituzionale il modo e la sede appropriati per il dialogo e il confronto tra il pilastro politico e il pilastro del contenzioso dell'OMC. Dunque, la scelta statutense di uscire da tale schema, prefigurato dall'Intesa sulla risoluzione delle controversie, collegando le proprie doglianze all'operato di un singolo giudice implica profili di mancata *accuracy*, di correttezza sotto il profilo della legittimità istituzionale, suscettibile di avere pesanti conseguenze sull'impianto complessivo del sistema OMC. Gli scriventi si dichiarano perciò «concerned about the tying of an Appellate Body member's reappointment to interpretations in specific cases, and even doing so publicly»⁹³. Infatti, «[t]he dispute settlement system depends upon WTO Members trusting the independence and impartiality of Appellate Body Members»; e tale fiducia rischia di essere pregiudicata «[l]inking the reappointment of

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

a member to specific cases», pur riconoscendo espressamente che «there is no right of reappointment»⁹⁴.

Proprio con l'affermazione dell'inesistenza di un diritto alla rielezione esordisce la lettera dei giudici emeriti dell'Organo d'appello, qualificando il rinnovo del mandato come una «political decision that is reserved exclusively for the Members of the WTO in their role as the WTO Dispute Settlement Body», ed osservando che l'Intesa sulla risoluzione delle controversie, nel contemplare la possibilità che ad un giudice venga confermato l'incarico («each person may be reappointed once»), ovviamente implica «also the possibility that a Member may *not* be reappointed»⁹⁵. Viene così confermata, e al massimo livello di esperti, la condivisione del convincimento espresso dagli Stati Uniti, nel senso che non esiste un diritto alla automatica riconferma di un giudice, poiché questo non emerge dalla lettera del diritto OMC, né si può parlare di una intervenuta prassi modificatrice, in quanto gli elementi riportati da Washington nella propria dichiarazione, già illustrati nel precedente paragrafo, e la ricostruzione operata nelle due lettere qui in esame – oltre, come si vedrà nel prossimo paragrafo, alle osservazioni del resto della *membership* dell'OMC nella discussione in seno al DSB – sostengono, con la più autorevole base dottrinale, il pieno ruolo politico dei Membri dell'OMC per la composizione dell'Organo d'appello. Tuttavia, riconosciuto il diritto ed il ruolo politico dei Membri dell'OMC nella rinomina dei componenti del Tribunale permanente, i giudici emeriti – che, naturalmente, includono tra i firmatari anche Merit E. Janow e Jennifer Hillman, ossia i due giudici di nazionalità statunitense a quanto pare non rinnovati per volere di Washington – scendono in campo nel modo più deciso contro l'esercizio inappropriato di tale diritto e di tale ruolo. La decisione politica sulla composizione del collegio dell'Organo d'appello «must never be made in such a way that could threaten to politicize the WTO dispute settlement and imperil the impartial independence of ev-

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Communication to the Dispute Settlement Body from Former Appellate Body Members Dated 31 May 2016*, in WT/DS/27, *Appellate Body - Annual Report for 2016*, 16 May 2017, Annex 3, p. 103, il corsivo è nostro.

ery Member of the Appellate Body that is required by the WTO Rules of Conduct». Questo perchè «[t]he continued impartial independence of the WTO Appellate Body is essential to upholding the rule of law in international trade»⁹⁶; anzi, e ancora di più, l'indipendenza e l'imparzialità del Tribunale permanente dell'OMC sono considerate dai firmatari «as a prerequisite to providing security and predictability for the rule-based multi-lateral trading system for the benefit of all of the Members of the WTO»⁹⁷. Ora, sotto un profilo 'wholly institutional', le critiche rivolte dagli Stati Uniti contro un singolo membro dell'Organo d'appello in quanto facente parte della sezione giudicante che ha prodotto *reports* valutati non positivamente da Washington rischia proprio di minare il sistema, ad avviso dei giudici emeriti. Ribadito che i *reports* vanno attribuiti all'Organo d'appello, e non sono dunque ascrivibili ad un singolo suo membro, gli scriventi enfatizzano i vent'anni di giurisprudenza di secondo grado, nei quali il Tribunale permanente ha costruito la propria imparzialità e indipendenza. Considerare l'essere parte di una Divisione che ha deciso un caso in modo non soddisfacente come base per decidere la riconferma di un giudice rischia di mettere in pericolo («jeopardy») «all of the accomplishments of the past generation in establishing the credibility of the WTO dispute settlement system». Per gli illustri giuristi, «[t]here must be no opening whatsoever to the prospect of political interference in what must remain impartial legal judgments in the WTO's rule-based system of adjudication»; e, quindi, riprendendo le parole di Julio Lacarte, ribadiscono con la massima determinazione il loro pensiero: «[t]his is a Rubicon that must not be crossed»⁹⁸.

Per evitare che l'Organo d'appello divenga «a creature of political favor, and be reduced to a mere political instrument»⁹⁹, per i giudici emeriti occorre semplicemente attenersi a quanto previsto dall'Intesa della risoluzione delle controversie, che all'art. 17, par. 3 indica i requisiti per poter essere giudice del

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

Tribunale permanente: i suoi componenti devono essere scelti dalla *membership* dell'OMC tra persone che siano «of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally».

Certo, l'Organo d'appello può compiere errori. Qualora non si arrivi al loro superamento nel meccanismo di sistematica valutazione e confronto fissato dall'Intesa sulla risoluzione delle controversie, ossia tramite le dichiarazioni rese dai Membri dell'OMC in seno al DSB in occasione dell'approvazione dei *reports* di secondo grado, secondo quanto previsto dall'art. 17, par. 14 del DSU, i giudici emeriti sottolineano che il sistema multilaterale è già stato dotato dell'«appropriate remedial act»¹⁰⁰ per porre rimedio alle decisioni d'appello lacunose, imprecise e/o incoerenti: si tratta delle interpretazioni autoritative previste dall'art. IX:2 dell'Accordo istitutivo dell'OMC, in base al quale la Conferenza ministeriale e il Consiglio generale dell'OMC hanno la competenza esclusiva ad adottare interpretazioni autoritative di tutti gli Accordi di Marrakech, potendo approvare detti fondamentali atti interpretativi anche con una maggioranza di tre quarti della *membership* ginevrina. Osservato che «[a]ny such legal interpretation would, of course, be binding in WTO dispute settlement»¹⁰¹, i firmatari non usano poi giri di parole per mettere in risalto l'immobilismo del pilastro politico, il quale, pur avendo, giustamente, espresso diverse doglianze, sia nell'ambito sia al di fuori dell'OMC, sull'operato del Tribunale permanente, non ha, però, mai fatto ricorso a tale suo potere, dunque all'adozione di una decisione vincolante con la quale precisare questa o quella disposizione di un Accordo multilaterale o plurilaterale: «[w]e observe that, to date, the Members of the WTO have not seen the need to take any such action»¹⁰². Indubbiamente, concludono i giudici emeriti con un forte richiamo alla più piena responsabilità dei Membri OMC, questi ultimi potrebbero

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

fare molto di più, se solo lo volessero, per assicurare «the impartial independence of the Appellate Body»¹⁰³. Il pilastro politico potrebbe rivedere l'Intesa sulla risoluzione delle controversie, sostituendo l'attuale sistema di rinnovo, per una sola volta, del mandato quadriennale di un componente dell'Organo d'appello, con un unico incarico di più lunga durata: «we recommend a single, longer-term for all Members of the Appellate Body»¹⁰⁴.

II.4. Le reazioni degli altri Membri dell'OMC

Trenta Membri OMC sono intervenuti nella seduta del 23 maggio 2016 per commentare la lunga e articolata dichiarazione del Rappresentante statunitense. Molto pragmatico risulta l'intervento di Singapore, che non si sofferma a valutare le considerazioni di Washington per motivare il proprio veto alla rinomina del Professor Chang, ma pone l'accento sull'esigenza di attivarsi in modo unitario per garantire l'agile funzionamento («smooth functioning»)¹⁰⁵ del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, e, dunque, per garantire la formazione al completo dell'Organo d'appello. Singapore invita, quindi, la *membership* dell'OMC a mettere da parte le divisioni e a trovare un *consensus* per andare avanti individuando speditamente nuovi candidati sulla base di criteri oggettivi¹⁰⁶.

Emblematico è l'intervento della Cina. Divenuta estremamente capace, in brevissimo tempo, nel padroneggiare il diritto OMC per tutelare e promuovere i propri interessi ed obiettivi – una delle ragioni, lo si è visto, del disagio statunitense di fronte all'approccio indipendente, da vera e propria Corte internazionale, che attualmente caratterizza l'attività giudiziale dell'Organo d'appello – la Cina loda il Tribunale permanente del sistema multilaterale degli scambi, sottolineando che «[t]he Appellate Body played a fundamental role in the WTO

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.26.

¹⁰⁶ *Ibid.*

dispute settlement mechanism, which was an important and central pillar of the multilateral trading system»¹⁰⁷. Pechino mette in risalto quanto rilevante sia garantire l'indipendenza e l'imparzialità dell'Organo d'appello per mantenere e rafforzare la sicurezza e la prevedibilità delle regole degli scambi internazionali codificate negli Accordi OMC, richiamando l'attenzione sul documento redatto dagli altri sei membri del Tribunale permanente, poiché «[t]he Appellate Body's voice should not be neglected»¹⁰⁸.

Le altre dichiarazioni dei Membri OMC sono in aperto contrasto con la posizione statunitense, e diverse parti contraenti propongono anche delle vie d'uscita alle difficoltà scaturenti dal doversi rapportare ad un Organo d'appello sotto organico. Naturalmente, la prima a schierarsi apertamente contro il veto statunitense, poiché «[it] would seriously undermine the independence and integrity of the Appellate Body»¹⁰⁹, è la Corea, il Paese di Seung Wha Chang. Seul non sostiene affatto che vi sia per i giudici di seconda istanza il diritto o il privilegio di essere riconfermati; ma afferma che, per garantire l'indipendenza e l'integrità del Tribunale permanente, elemento centrale del funzionamento ottimale del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, la mancata riconferma di un giudice possa avvenire solo per «compelling and legitimate reasons»¹¹⁰, e non, invece, essere fondata su critiche opinabili rivolte al singolo componente di un collegio giudicante, anche perché i *reports* di secondo grado vanno attribuiti all'Organo d'appello nel suo insieme, secondo il principio di collegialità.

Anche l'Unione europea concorda su questo aspetto. Osserva, infatti il Rappresentante europeo che, laddove vi sia la disponibilità del giudice uscente a ricandidarsi, «in order to ensure the independence of the Appellate Body, reappointments should be more or less automatic»¹¹¹. Parimenti il Messico sostiene che solo in circostanze limitate la riconferma di un gi-

¹⁰⁷ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.43.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.12.

¹¹⁰ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.11.

¹¹¹ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.14.

udice non dovrebbe aver luogo – «there were only limited circumstances in which reappointment would not take place»¹¹². Australia e Canada affermano che il «non-reappointment should only be exercised in exceptional circumstances»¹¹³, così come la Nuova Zelanda, ad avviso della quale «consensus should only be blocked in rare and exceptional circumstances»¹¹⁴. Riguardo poi a quale contenuto concreto dare alle *compelling and legitimate reasons* ed alle *limited circumstances* vengono in soccorso le considerazioni più puntuali del Brasile, il cui Rappresentante dichiara di aver sempre considerato che «if reappointments to a second mandate at the Appellate Body were not automatic, in view of Article 17.2 of the DSU, they should be understood as quasi-automatic. Only a specific set of objective circumstances could justify the non-reappointment, such as health conditions, malfeasance, a member's desire not to continue, etc.»¹¹⁵. Il Brasile suggerisce, quindi, di ampliare il mandato, rendendolo unico, estendendolo sino a 6 o 7 anni, poiché questo garantirebbe le migliori condizioni di indipendenza dell'attività giudiziale. Infine, Taiwan osserva che, viste le protratte difficoltà politiche nei negoziati del Doha Round, il pilastro giudiziale acquisisce ancora maggiore importanza, auspicando l'uso delle interpretazioni autoritative di cui all'art. IX dell'Accordo istitutivo dell'OMC per evitare scontri tra pilastro giurisdizionale e pilastro politico¹¹⁶.

Accanto all'importante precisazione sul modo in cui dovrebbe essere gestito il rinnovo di un giudice d'appello, ove la Corea prende nettamente le distanze dalla scelta di Washington, il Paese asiatico compie, però, alcune considerazioni che si allineano all'atteggiamento degli Stati Uniti. Infatti, Seul qualifica come legittima la richiesta nordamericana sulla necessità che l'Organo d'appello rimanga entro i confini del proprio mandato («within the boundary of its mandate») – «the request [...] was in itself legitimate»¹¹⁷. Analizzando le discussioni sui *reports* di

¹¹² WT/DSB/M/379, cit., par. 6.15.

¹¹³ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.33 e par. 6.41.

¹¹⁴ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.38.

¹¹⁵ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.16.

¹¹⁶ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.25.

¹¹⁷ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.12.

secondo grado in seno al DSB, nonché le svariate proposte di revisione dell'Intesa specificamente dedicate all'Organo d'appello, la Corea osserva che, da un lato, emerge una diversità di vedute riguardo all'oggetto ed ai limiti dell'attività giudiziale del Tribunale permanente, ma anche, dall'altro, l'esigenza comune alla *membership* del sistema multilaterale di definire con maggiore chiarezza e in modo condiviso il mandato dell'Organo d'appello. L'aspetto inaccettabile dell'approccio statunitense, sottolinea Seul, sta nell'imporre la propria prospettiva «on the role and jurisdiction of the Appellate Body» attraverso la rimozione di uno dei suoi giudici, dunque esercitando impropriamente il proprio diritto di veto, quando, invece, la portata della competenza del Tribunale permanente deve essere discussa, condivisa e approvata da tutti i Membri dell'OMC. Norvegia, Brasile, Canada e Islanda appoggiano il suggerimento coreano «to have systemic discussions on the institutional structure and role of the Appellate Body»¹¹⁸. Infatti, come afferma anche il Giappone, la definizione dei poteri dell'Organo d'appello e del suo rapporto con la *membership* dell'OMC è complessa questione istituzionale, che può essere legittimamente e realmente risolta solo «by WTO Members themselves»¹¹⁹.

Significative del livello di fiducia di cui gode il Tribunale permanente sono le dichiarazioni rese dai Paesi in via di sviluppo. Esse valorizzano il ruolo dell'Organo d'appello quale Corte mondiale del commercio, esprimendo preoccupazione per le implicazioni sistematiche della presa di posizione degli Stati Uniti, poiché «[t]he impartiality and independence of the Appellate Body were vital in a system governed by the rule of law»¹²⁰. Anche l'Argentina definisce l'Organo d'appello come «a key player in the establishment and consolidation of the dispute settlement system which, albeit subject to improvement, had demonstrated its efficiency and high quality legal expertise in resolving disputes among WTO Members»¹²¹.

¹¹⁸ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.29.

¹¹⁹ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.35.

¹²⁰ Così la dichiarazione del Messico, in WT/DSB/M/379, cit., par. 6.15.

¹²¹ WT/DSB/M/379, cit., par. 6.31.

II.5. Altre tecniche dilatorie degli Stati Uniti: il rifiuto della proposta europea di procedere congiuntamente alla selezione di due membri in scadenza dell'Organo d'appello

Essendo divenuta impossibile la conferma di Seung Wha Chang, nella riunione del DSB del 23 novembre 2016 i Membri dell'OMC trovarono l'accordo per nominare un altro giudice sudcoreano, Kyun Chong Kim, anche lui giurista esperto e docente di diritto del commercio internazionale¹²². Ma, nel frattempo, si profilavano altre due scadenze: quella del giudice Ricardo Ramirez Hernandez, che avrebbe completato il suo secondo mandato il 30 giugno 2017, e quella di Peter Van den Bossche, il componente del Tribunale permanente espresso dall'Unione europea, il quale avrebbe terminato le sue funzioni di giudice il 1° dicembre 2017. Per consentire l'avvicinarsi tra i membri in uscita e i nuovi componenti mantenendo la formazione al completo dell'Organo d'appello, razionalizzando e risparmiando tempo e risorse nei necessari adempimenti, il Presidente del DSB Xavier Carim, già nella riunione del 16 dicembre 2016, anticipava la sua proposta di procedere congiuntamente alla selezione dei candidati ad entrambi i due posti che di lì a poco sarebbero stati vacanti, pur essendovi una differenza di arco temporale di sei mesi tra le scadenze dei due mandati¹²³. Ciò riprendendo la prassi precedentemente osservata in seno all'OMC, che, per l'appunto, laddove la distanza di tempo tra le scadenze dei mandati di due giudici fosse consistita solo in alcuni mesi, aveva già visto, nel 2009, procedere alla selezione contemporanea dei futuri due giudici¹²⁴.

¹²² WT/DSB/M/389, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rap-pard on 23 November 2016*, 23 January 2017, par. 13.1 - 13.8. Si veda la biografia del Professor Kim nel sito ufficiale dell'OMC alla sezione *Appellate Body Members*, disponibile al link https://www.uto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.html.

¹²³ WT/DSB/M/390, *Minutes of Meeting Held in the Centre Wiliam Rap-pard on 16 December 2016*, 7 February 2017, par. 10.1.

¹²⁴ WT/DSB/M/391, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rap-pard on 25 January 2017*, 27 February 2017, par. 8.1.

Tuttavia, ben presto le cose iniziarono a complicarsi. Così, alla riunione del 20 febbraio 2017, in seno al DSB venne a mancare il *consensus* per procedere alla selezione congiunta¹²⁵, poiché «two delegations had expressed a preference for undertaking two independent processes»¹²⁶. Lo stesso scenario si ripropose il 21 marzo 2017, quando il Presidente del DSB nuovamente dichiarò di essersi consultato sull'importante tema con diverse delegazioni, «but unfortunately, it had not been possible to come to an agreement on the way forward»¹²⁷. La discussione iniziò ad animarsi tra i Membri dell'OMC, attraverso numerose prese di posizione ufficialmente presentate in seno all'Organo di risoluzione delle controversie, che convergevano nella preoccupazione di non riuscire ad avviare il processo di selezione per poi nominare tempestivamente i due giudici che avrebbero dovuto ricoprire «the Latin American vacancy» e «the European vacancy»¹²⁸. Mentre la Cina non perdeva occasione per auspicare la pronta risoluzione dell'*impasse*, affermando che Pechino «attached great importance to the functioning of the Appellate Body»¹²⁹, e, in quanto «major user of the WTO dispute settlement system [...] had a strong interest in ensuring the efficient and smooth operation of the Appellate Body»¹³⁰, il tempo passava con un persistente nulla di fatto che veniva puntualmente riportato dalla Presidenza del DSB all'apertura della trattazione del punto dell'ordine del giorno concernente la nomina dei nuovi membri dell'Organo d'appello¹³¹. Provando a muovere un po' le acque, il Messico ricordava che, in base all'art. 2, par. 1 dell'Intesa, il DSB, dun-

¹²⁵ WT/DSB/M/392, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rap-
pard on 20 February 2017*, 5 April 2017, par. 11.1-11.5.

¹²⁶ WT/DSB/M/392, cit., par. 11.1.

¹²⁷ WT/DSB/M/394, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rap-
pard on 21 March 2017*, 17 May 2017, par. 9.1.

¹²⁸ Così il Rappresentante del Guatemala esaltava la connotazione geo-
politica della composizione dell'Organo d'appello, in WT/DSB/M/394, cit., par.
9.5.

¹²⁹ WT/DSB/M/394, cit., par. 9.12.

¹³⁰ WT/DSB/M/396, *Minutes of Meeting Held in the Centre Wiliam Rap-
pard on 19 April 2017*, 20 June 2017, par. 6.9.

¹³¹ WT/DSB/M/396, cit., par. 6.1.

que tutta la *membership* dell'OMC, nelle forme di rappresentanza e funzionamento previste per l'importante organo politico comune del *Dispute Settlement Body*, ha la responsabilità di amministrare il meccanismo di risoluzione delle controversie, compito essenziale per il buon funzionamento del sistema multilaterale degli scambi, che naturalmente include il dovere di assicurare l'operatività del Tribunale permanente – secondo la più incisiva formula successivamente proposta dal Giappone «[a]ppointing a member of the Appellate Body was one of the important functions entrusted to the DSB under the DSU»¹³². Il Canada, invece, provava a suggerire che la denominazione delle figure istituzionali da eleggere come «Latin seat» e «EU seat» non era corretta. Pur essendo vero che l'art. 17, par. 3 del DSU stabilisce che la composizione dell'Organo d'appello debba essere pienamente rappresentativa della *membership* dell'OMC, non vi era alcun accordo nel pilastro politico nella definizione di aree geografiche che automaticamente e sistematicamente comportavano l'esclusione di alcuni paesi, i cui giuristi non avevano mai potuto svolgere la funzione di giudice d'appello¹³³. La posizione canadese sarebbe poi stata ripresa dal Giappone e dalla Svizzera, tutti Stati che esprimono ottimi esperti di diritto internazionale dell'economia, i quali, però, hanno poche *chances* di essere nominati componenti dell'Organo d'appello proprio a causa della loro nazionalità e della 'ripartizione' geopolitica che sinora ha caratterizzato la definizione del collegio giudicante di seconda istanza¹³⁴.

Si arriva, così, alla riunione del DSB del 19 giugno 2017, nella quale l'Unione europea presenta la propria proposta di avviare un procedimento unico per la selezione di entrambi i posti

¹³² WT/DSB/M/398, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rappard on 19 June 2017*, 13 September 2017, par. 9.14.

¹³³ WT/DSB/M/396, cit., par. 6.5.

¹³⁴ Cfr. le dichiarazioni rese dai diplomatici giapponese e svizzero in WT/DSB/M/397, *Minutes of Meeting Held in Centre William Rappard on 22 May 2017*, 18 August 2017, parr. 11.6 e 11.12.

vacanti dell'Organo d'appello¹³⁵, e gli Stati Uniti si svelano apertamente come uno dei due paesi contrari alla riunificazione delle due procedure: Washington sottolinea la necessità di poter disporre di maggior tempo a causa dell'insediamento della nuova amministrazione Trump e della conseguente nomina del nuovo *US Trade Representative* (USTR), ma, soprattutto, il Rappresentante statunitense dichiara di non essere nella posizione «to support the proposed decision to launch a process to fill a position on the Appellate Body that would only become vacant in December 2017»¹³⁶, chiarendo, però, la piena disponibilità a sostenere il *consensus* nell'altra proposta che nel frattempo si era definita, portata avanti dal Messico ed altri Paesi latino-americani, e che aveva ad oggetto esclusivamente la sostituzione di Ricardo Ramirez Hernández¹³⁷.

Un'altra fumata nera giunge all'incontro del DSB del 20 luglio 2017, durante il quale il Messico, per superare l'inedito avvistamento istituzionale che paralizzava la *membership* dell'OMC, propone un diverso approccio interpretativo rispetto alla prassi sino a quel momento osservata nell'applicare l'art. 17, par. 2 del DSU. Infatti, tale disposizione stabilisce unicamente che «[v]acancies shall be filled as they arise». Pertanto, essa pone un preciso obbligo in capo al DSB di nominare un giudice del Tribunale permanente «non appena si cre[i] un posto vacante»¹³⁸, ma, a differenza della prassi da sempre osservata, non richiederebbe una previa decisione dell'Organo di risoluzione delle controversie che metta in moto il processo di selezione scandendone le tappe. Per portare fuori dal guado una *membership* dell'OMC sempre più in difficoltà, il Paese centroamericano suggerisce, quindi, di considerare una prerogativa del Presidente del DSB quella di definire diretta-

¹³⁵ WT/DSB/W/597/Rev.1, *Appointment of Appellate Body Members - Proposal by the European Union*, 8 June 2017.

¹³⁶ WT/DSB/M/398, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rapoport on 19 June 2017*, 13 September 2017, par. 8.3.

¹³⁷ WT/DSB/W/596/Rev.1, *Proposal Regarding the Appellate Body Selection Process - Communication from Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Guatemala, Mexico and Peru*, 8 June 2017.

¹³⁸ Così recita la versione italiana dell'art. 17, par. 2 dell'Intesa.

mente le tappe del processo di selezione dei candidati all'Organo d'appello nonché l'avvio del medesimo, lasciando, quindi, al DSB unicamente il compito di decidere se approvare o respingere il candidato individuato al termine di detto processo: «nothing in the DSU required a DSB decision in order to initiate the process or to set the dates for the process [...] [i]n view of the foregoing, one possible interpretation was that the DSB did not have to take a decision to initiate the process, and that it was within the Chairman's prerogative to inform the DSB of the dates for the process [...] [a]lthough it would be the best to have a DSB decision on the matter, it would not appear a *sine qua non* condition»¹³⁹.

Tuttavia, l'«audace» proposta messicana¹⁴⁰ non viene coltivata; anzi, poco dopo la situazione era destinata a peggiorare ulteriormente, poiché, repentinamente e inaspettatamente, il 1° Agosto 2017, il neoeletto giudice sudcoreano Kim rassegnava le proprie dimissioni per poter accettare l'incarico di Ministro per il commercio con l'estero della Corea del Sud¹⁴¹.

II.6. *Lo scontro innescato dagli Stati Uniti sulla Rule 15 delle Working Procedures for Appellate Review*

Le dimissioni con effetto immediato di Hyun Chong Kim hanno creato una situazione giuridica senza precedenti. Infatti, la *Rule 14* delle Regole di Procedura dell'Organo d'appello stabilisce che le dimissioni di un giudice divengano efficaci solo 90 giorni dopo la loro formale presentazione al Presidente del Tribunale permanente, a meno che il DSB, in consultazione con l'Organo d'appello, non decida diversamente¹⁴².

¹³⁹ WT/DSB/M/399, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 20 July 2017*, 29 September 2017, par. 5.20.

¹⁴⁰ È il Canada ad avere definito la proposta messicana una «old proposal»: cfr. WT/DSB/M/399, cit., par. 5.21.

¹⁴¹ WT/DSB/73, *Resignation of Appellate Body Member - Communication from the Appellate Body*, 2 August 2017.

¹⁴² «(1) A Member who intends to resign from his/her office shall notify his/her intentions in writing to the Chairman of the Appellate Body who shall

Al tempo stesso, l'art. 17, par. 3 dell'Intesa richiede che i componenti dell'Organo d'appello non abbiano alcun legame con i governi («[t]hey shall be unaffiliated with any government»). Il Professor Kim è stato nominato Ministro per il Commercio della Corea del sud il 4 agosto 2017, dunque il mancato rispetto della *Rule* 14 è stato necessario per poter osservare il divieto di conflitto di interessi fissato dall'Intesa sulla risoluzione delle controversie.

Dunque, non solo si continuava a non trovare una via d'uscita su come procedere alla sostituzione dei due membri già in scadenza dell'Organo d'appello, ma, all'improvviso, si era materializzato un terzo vuoto d'organico. Durante la riunione del 31 agosto 2017, gli Stati Uniti svelano la loro nuova mossa per rendere evidente il loro disagio rispetto a certi aspetti della giurisprudenza del Tribunale permanente: Washington, infatti, inizia a mettere in discussione la legittimità del prolungamento dell'attività giudicante dei membri dell'Organo d'appello già scaduti nell'ambito dei ricorsi che erano stati loro assegnati durante la piena vigenza del loro incarico. In base alla *Rule* 15 delle Regole di Procedura, un giudice che abbia terminato il proprio mandato può continuare a far parte della divisione giudicante di una causa per completarne la trattazione posto che sia stato a ciò autorizzato dall'Organo d'appello, il quale notifica tale autorizzazione al DSB¹⁴³. La *ratio* di questa regola di gestione della transizione è evidentemente quella di evitare di ripetere istruttoria ed udienze di una data disputa laddove subentri un nuovo giudice in sostituzione del componente che nel frattempo ha completato il suo mandato, così da rispettare la rigida tempistica voluta dall'Intesa

immediately inform the Chairman of the DSB, the Director-General and the other Members of the Appellate Body. (2) The resignation shall take effect 90 days after the notification has been made pursuant to paragraph 1, unless the DSB, in consultation with the Appellate Body, decides otherwise» (*Rule* 14, *Working Procedures for Appellate Review*, in WT/AB/WP/6, cit.).

¹⁴³ «A person who ceases to be a Member of the Appellate Body may, with the authorization of the Appellate Body and upon notification to the DSB, complete the disposition of any appeal to which that person was assigned while a Member, and that person shall, for that purpose only, be deemed to continue to be a Member of the Appellate Body».

sulla risoluzione delle controversie, garantire qualità dei *reports* e coerenza nella giurisprudenza d'appello, e, al contempo, gestire al meglio le risorse sia professionali sia economiche. Tuttavia, gli Stati Uniti, che nei due decenni precedenti non avevano mai sollevato obiezioni rispetto alla *Rule 15* delle *Working Procedures*, ora ne rilevano l'illegittimità, poiché «[u]nder the DSU [...] the DSB had a responsibility to decide whether a person whose term of appointment had expired, should continue serving, as if a member of the Appellate Body, in any pending appeals»¹⁴⁴. Pertanto, il prolungamento dell'attività giudicante per il componente non più in carica dell'Organo d'appello non può essere deciso da quest'ultimo, ad avviso degli Stati Uniti, ma è una scelta che rientra nella competenza esclusiva e, dunque, nella piena discrezionalità dell'Organo di risoluzione delle controversie. Quindi, nel corso della stessa seduta, Washington rincara la dose: discutendo delle procedure per la selezione dei nuovi giudici per i posti vacanti, il Rappresentante statunitense afferma che la «first priority» del DSB, ad avviso di Washington, non è l'elezione dei nuovi componenti dell'Organo d'appello, bensì la decisione rispetto alla possibilità per i giudici ormai fuori ruolo di continuare a svolgere la loro attività nei casi loro assegnati prima della scadenza del loro mandato¹⁴⁵.

A nulla sono valsi i tentativi del Giappone di sottolineare che la nomina dei nuovi giudici e la permanenza dei giudici già scaduti nelle divisioni giudicanti d'appello erano due questioni distinte e da trattare disgiuntamente¹⁴⁶, e le dichiarazioni corali sulla necessità di preservare il sistema di risoluzione delle controversie procedendo immediatamente al ripristino della piena compagine dell'Organo d'appello¹⁴⁷. Neppure il riconoscimento da parte dei Paesi in via di sviluppo, attraverso la dichiarazione del Pakistan, della rilevanza assunta nel panorama della Comunità internazionale dal contenzio-

¹⁴⁴ WT/DSB/M/400, *Minutes of Meeting Held in the Center William Rap-
pard on 31 August 2017*, 31 October 2017, par. 5.5.

¹⁴⁵ Cfr. WT/DSB/M/400, cit., par. 7.3.

¹⁴⁶ Cfr. WT/DSB/M/400, cit., par. 5.11.

¹⁴⁷ Cfr. WT/DSB/M/400, cit., parr. 5.2- 7.15.

so ginevrino («good example of working multilateralism [...] an important chapter in the evolution of international justice»)¹⁴⁸, né, tantomeno, le considerazioni sulla grande fiducia nel meccanismo di risoluzione delle controversie da parte delle economie più deboli, le quali sempre più spesso sfidano in sede contenziosa le misure adottate dai Membri economicamente più forti ritenute incompatibili con il diritto OMC¹⁴⁹, hanno minimamente influito nel far desistere gli Stati Uniti dal loro atteggiamento di rottura. Tutt'al contrario, l'*escalation* di Washington è proseguita, incentrandosi, in primo luogo, sull'approvazione del *report* d'appello nella causa *EU - Fatty Alcohols (Indonesia)*¹⁵⁰. Infatti, questo *report* è stato reso pubblico e fatto circolare tra i Membri dell'OMC il 5 settembre 2017. Due componenti della sezione giudicante, però, sono proprio il giudice Kim, dimissionario, come si è appena sopra esposto, dal 1° agosto 2017, e il giudice Ramirez, il cui mandato è terminato il 30 giugno 2017. Pertanto, nella ricostruzione operata dagli Stati Uniti, al momento della presentazione del suddetto *report*, solo uno dei membri della divisione giudicante, l'esperta cinese Hong Zhao, poteva essere considerato «an Appellate Body member»¹⁵¹, venendosi, così, a creare una situazione del tutto inedita («unprecedented circumstances»)¹⁵². E, al momento dell'approvazione del *report* d'appello, nella riunione del DSB del 29 settembre, Washington articolò ulteriormente la sua posizione. Organo d'appello e Presidente del DSB, infatti, avevano dato la notizia che il *report* d'ap-

¹⁴⁸ Cfr. WT/DSB/M/400, cit., par. 5.6.

¹⁴⁹ «The system was being used not only by major trading nations, but increasingly by smaller and developing countries. Small economies had the opportunity to challenge measures from large economies, and Members had witnessed such challenges repeatedly. This high level of activity underscored the great measure of confidence that Members continued to place in the WTO dispute settlement mechanism» (dichiarazione resa dal Pakistan in WT/DSB/M/400, cit., par. 5.6).

¹⁵⁰ APPELLATE BODY REPORT, *European Union - Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Fatty Alcohols from Indonesia*, WT/DS442/AB/R, adopted on 29 September 2017.

¹⁵¹ WT/DSB/M/400, cit., par. 5.4.

¹⁵² *Ibid.*

pello oggetto delle attenzioni degli Stati Uniti, relativo ai dazi *antidumping* imposti dall'Unione europea su alcuni alcoli grassi e sulle loro miscele originari anche dell'Indonesia, era stato firmato il 31 luglio 2017, dunque il giorno precedente alle dimissioni del giudice sudcoreano, nell'evidente intento di sottolinearne la piena legittimità, in quanto la sottoscrizione non era avvenuta successivamente alla nomina a ministro del Professor Kim. Washington, tuttavia, non accetta questa ricostruzione: il Paese nordamericano sostiene che i paragrafi 1 e 5 dell'art. 17 del DSU richiedono che ogni controversia sia decisa da tre componenti, e che i detti tre componenti debbano avere il mandato conferito dal DSB non solo al momento della firma del *report*, ma anche in quello, successivo, della circolazione del *report* in questione. Il fatto che al momento della presentazione del *report* d'appello nel caso *EU - Fatty Alcohols (Indonesia)* –avvenuto, lo si ricorda nuovamente, il 5 settembre 2017 – solo uno dei membri giudicanti fosse a pieno titolo giudice di seconda istanza, ad avviso degli Stati Uniti integra l'ipotesi di violazione dell'art. 17, parr. 1 e 5. Dunque, conclude Washington, quel *report* «cannot be an “Appellate Body report” subject to the adoption procedures reflected in Article 17.14». In base a detto paragrafo 14, un *report* del Tribunale permanente viene adottato dal DSB ed accettato incondizionatamente dalle parti in disputa a meno che il DSB non decida per *consensus* di non adottare la relazione dell'Organo d'appello. Si tratta del famoso *consensus* negativo: tuttavia, nel presente caso, il meccanismo decisionale del *reverse consensus* non potrebbe operare poiché non si sarebbe in presenza di un «appellate Body report», in quanto due giudici su tre avevano esaurito il loro mandato al momento della presentazione del medesimo. Pertanto, ad avviso degli Stati Uniti, il *report* di secondo grado nella causa *EU - Fatty Alcohols (Indonesia)* deve essere adottato attraverso il *consensus* positivo, la regola generale applicabile alle decisioni del DSB in base all'art. 2, par. 4 dell'Intesa e all'art. IX, par. 1, nota 3 dell'Accordo istitutivo dell'OMC. Pur non approvando alcuni aspetti tecnici del *report*, e nonostante la presa di distanza sulla natura giuridica di 'report d'appello' del documento presentato, gli Stati

Uniti affermano la loro disponibilità a partecipare al *consensus* positivo per adottare il *report* in quanto entrambe le parti della disputa, Indonesia ed Unione europea, hanno dichiarato che l'adozione del *report* di secondo grado contribuirebbe significativamente a individuare una soluzione positiva della controversia, come richiesto dall'art. 3, par. 7 DSU¹⁵³.

Fatta questa premessa, al momento di dare il via alla nomina dei nuovi giudici, gli Stati Uniti rinnovano, con una dichiarazione lapidaria, la loro nuova strategia per bloccare la composizione a pieni ranghi del Tribunale permanente: «[i]n the US view, we cannot be considering launching a selection process to fill a vacancy if the person to be replaced continues to serve and decide appeals. We first would need appropriate action on the part of the DSB»¹⁵⁴.

Lo stesso scenario si ripete nella riunione del DSB del 23 ottobre 2017, per cui senza l'individuazione di una soluzione, basata su una decisione del DSB, che legittimi la prosecuzione dell'attività giudicante di un componente dell'Organo d'appello il cui mandato sia già scaduto, gli Stati Uniti confermano l'indisponibilità a concorrere al *consensus* positivo per avviare la procedura di selezione dei tre giudici mancanti¹⁵⁵. Altrettanto accade alla riunione del 22 novembre 2017¹⁵⁶; sino ad arrivare all'ultimo incontro del DSB, quello del 22 gennaio 2018, in cui Washington, ancora una volta, prosegue nella sua crociata contro la *Rule 15* delle Regole di Procedura, aumentando i

¹⁵³ Cfr. *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body*, Geneva, September 29, 2017, pp. 8-10, disponibile al sito ufficiale della Missione degli Stati Uniti a Ginevra presso l'OMC https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/2017/09/Sept29.DSB_Stmt_as-delivered.fin_public.pdf.

¹⁵⁴ *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body*, Geneva, September 29, 2017, p. 12.

¹⁵⁵ Cfr. *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body*, Geneva, October 23, 2017, p. 8, disponibile al link <https://geneva.usmission.gov/2017/10/24/statements-by-the-united-states-at-the-october-23-2017-dsb-meeting/>.

¹⁵⁶ *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body as delivered in Geneva on November 22, 2017*, disponibile al link <https://geneva.usmission.gov/2017/11/24/november-22-2017-dsb-meeting/>.

toni. Nel frattempo, infatti, Peter Van den Bossche, il giudice a suo tempo designato dall'Unione europea, ha terminato il suo mandato l'11 dicembre 2017; e l'Organo d'appello, applicando la *Rule 15*, lo ha autorizzato a proseguire la sua attività giudiziale nei cinque appelli che già lo vedevano come componente della divisione giudicante, con la conseguenza che l'ormai ex giudice europeo si ritrova ad avere più casi assegnati rispetto ai giudici ancora in carica del Tribunale permanente. Dinanzi a questo scenario, una volta di più, gli Stati Uniti sostengono che l'Organo d'appello -contrariamente a quanto disciplinato dalla *Rule 15*, mai contestata sino all'estate del 2017 – «simply does not have the authority to deem someone who is not an Appellate Body member to be a member», e sottolineano nuovamente che è il DSB, l'Organo (politico) di risoluzione delle controversie, ad avere la responsabilità, in base all'Intesa, di decidere «whether a person whose term of appointment has expired should continue serving»¹⁵⁷.

Lo Stato che con più fermezza va opponendosi all'atteggiamento degli Stati Uniti è – e non a caso, lo si è già sottolineato – la Cina. Pechino non solo sostiene la legittimità della *Rule 15*, ma richiama una delle principali funzioni del DSB rispetto all'Organo d'appello, ossia il dovere di procedere alla nomina dei giudici, poiché, in base all'art. 17, par. 2 DSU, «[v]acancies shall be filled as they arise». Ed esprime una valutazione molto negativa del blocco creato dagli Stati Uniti: così facendo, ad avviso della Cina, Washington non solo viene meno ai suoi obblighi in base all'Intesa, ma mette in pericolo l'intero sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: «by linking the initiation of selection processes and the alleged systematic concerns, the US fails to fulfil its obligation and is undermining the proper functioning of the dispute settlement system»¹⁵⁸. Inoltre, Pechino non manca di enfatizzare l'importanza e la

¹⁵⁷ *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body*, Geneva, January 22, 2018, p. 12, disponibile al link https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/2018/01/Jan22.DSB_Stmt_as-delivered.fin_public.pdf.

¹⁵⁸ THIRD WORLD NETWORK (TWN), *Continuing Impasse over AB Selection Process*, 2 February 2018.

rilevanza del contenzioso ginevrino: «the dispute settlement is one of the major functions of the WTO. And the Appellate Body is a critical component of such a mechanism [...] ensuring the integrity, independence and impartiality of the Appellate Body contributes immensely to the proper settlement of disputes between WTO Members, and ensures the stability of the application and predictability of the WTO rules»¹⁵⁹.

SEZIONE TERZA.

POSSIBILI RIMEDI PER GARANTIRE LA COMPOSIZIONE COMPLETA DELL'ORGANO D'APPELLO O SCONGIURARNE LA PARALISI

III.1. *Le proposte di modifica delle Working Procedures for Appellate Review*

Un primo tipo di rimedi si concentra sull'introduzione di modifiche alle *Working Procedures for Appellate Review*. Come già indicato, in base all'art. 17, par. 9 del DSU, la competenza ad adottare tali Regole di procedura ricade interamente sullo stesso Organo d'appello, che vi dà seguito coordinandosi con il Presidente del DSB e con il Direttore generale dell'OMC¹⁶⁰. Pertanto, laddove vi sia unità di intenti e compattezza nell'individuazione dei modi per raggiungere gli obiettivi comuni da parte dei giudici di seconda istanza, l'intervento sulle *Working Procedures* indubbiamente si presenta come la soluzione istituzionale più snella, rapida, e certa. A suggerire di percorrere tale agile via procedurale è Steve Charnovitz, il quale ha proposto due tipi di interventi sulle Regole di procedura dell'Organo d'appello. Durante la crisi della mancata

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ «Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information»; «[l]'Organo d'appello, in consultazione con il Presidente del DSB e con il Direttore generale, elabora delle procedure di lavoro, che sono comunicate ai membri per loro informazione» (art. 17, par. 9 del DSU).

conferma del giudice Chang nel 2016, il giurista statunitense ha suggerito l'inserimento, nella Sezione 2 della Parte I delle *Working Procedures*, di un ulteriore paragrafo ove sia chiaramente indicato che i giudici del Tribunale permanente non possono accettare incontri ed interviste con un Membro OMC a proposito della loro eventuale ricandidatura e rielezione. Tale precisazione completerebbe e darebbe maggiore spessore al dovere di esercitare l'attività del contenzioso in modo indipendente, come già richiamato dal par. 3 della *Rule 2* della Parte I, in base alla quale «[a] Member shall exercise his/her office without accepting or seeking instructions from any international, governmental, or non-governmental organization or any private source»¹⁶¹. L'inserimento proposto, in particolare, intende impedire il ripetersi di episodi che avevano contrassegnato la prassi recente dell'ufficio di Ginevra dello USTR, che avrebbe convocato nella propria sede «a sitting Appellate Body Member to discuss her reappointment»¹⁶².

Sempre lo stesso giurista nordamericano, a fronte dell'*escalation* operata dall'amministrazione Trump nel bloccare il processo di nomina dei giudici mancanti, collegandolo alle modalità per eventualmente autorizzare un giudice uscente o il cui mandato sia già scaduto a continuare a far parte della sezione giudicante di un appello ancora in corso, indica nuovamente la possibilità di trovare un sollecito rimedio apportando semplici modifiche alle *Working Procedures*. L'obiettivo di Charnovitz è disinnescare il meccanismo creato dagli Stati Uniti per disarticolare il sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC introducendo un nuovo paragrafo alla *Regola 20* delle *Working Procedures*. Basterebbe inserire in detta *Rule 20* un nuovo elemento che stabilisse, per l'ipotesi in cui tre o più giudici dell'Organo d'appello abbiano esaurito il loro

¹⁶¹ WT/AB/WP/6, *Working Procedures for Appellate Review*, 16 August 2010.

¹⁶² S. CHARNOVITZ, *The Obama Administration's Attack on Appellate Body Independence Shows the Need for Reforms*, 22 September 2016, in *IELP Blog*, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/09/the-obama-administrations-attack-on-appellate-body-independence-shows-the-need-for-reforms.html>.

mandato senza essere stati confermati o sostituiti, l'impossibilità, per il Tribunale permanente, di ricevere nuovi ricorsi. Pertanto, laddove la compagine giudicante del secondo grado di giudizio si ritrovasse a ranghi troppo ristretti, che pregiudicherebbero l'esercizio ottimale del procedimento d'appello, scatterebbe un diritto per il Tribunale di dichiarare anticipatamente che in tali, estreme, circostanze, «the “completion of the appeal” will occur automatically on the same day that any new appeal is lodged»¹⁶³. Quindi, il deposito di un appello, in presenza di un Tribunale incapace di operare perché privo dei propri membri, non potrebbe più essere esperito dalla parte soccombente in primo grado per rinviare *sine die* il completamento della procedura contenziosa – l'art. 16, par. 4 del DSU, infatti, stabilisce che l'adozione del *report* di un *panel*, impugnato, sia sospesa sino a quando la procedura d'appello non sia terminata – allontanando, così, la propria condanna, come pure la negativa prospettiva di essere oggetto di una misura di ritorsione da parte dello Stato vincente nel procedimento di primo grado dinanzi al *panel*.

Il divieto per un giudice in carica di incontrare o accettare interviste da parte di un Membro OMC non è suscettibile, a nostro avviso, di implicare profili di illegittimità. Al contrario, si tratta di un elemento normativo che più compiutamente tutela l'indipendenza dei giudici dell'Organo d'appello e, quindi, favorisce una migliore e più serena attività di giudizio eliminando indebite pressioni da parte degli Stati Membri dell'OMC attraverso «WTO-illegal ex parte communication with Appellate Body Members»¹⁶⁴.

¹⁶³ S. CHARNOVITZ, *How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration*, 3 November 2017, in *IELP Blog*, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/how-to-save-wto-dispute-settlement-from-the-trump-administration.html>. Cfr. anche A. LAWSON, *Academic Float Solution for WTO Appellate Body Turmoil*, 3 November 2017, in *Law360*, <https://www.law360.com/articles/981850/academic-floats-solution-for-wto-appellate-body-turmoil>; B. BASCHUK, *US Demands Exacerbate WTO Dispute Body Turmoil*, in *Bloomberg BNA International Trade Reporter*, 11 September 2017.

¹⁶⁴ S. CHARNOVITZ, *The Obama Administration's Attack on Appellate Body Independence Shows the Need for Reforms*, cit.

Il secondo tipo di intervento sulle *Working Procedures for Appellate Review*, invece, risulta problematico. Infatti, attraverso una Regola di procedura, adottata dal solo Organo d'appello e senza alcuna discussione o partecipazione di un organo politico dell'OMC, si andrebbe a ridurre significativamente – o addirittura ad eliminare – il diritto d'appello disciplinato come elemento centrale del contenzioso dell'OMC dall'Intesa sulla risoluzione delle controversie, che, all'art. 16, par. 4 DSU configura il diritto d'appello per ciascuna delle parti in disputa dinanzi ad un *panel*¹⁶⁵. Certo, non mancano figure molto autorevoli che, preoccupate delle sorti del meccanismo ginevrino per affrontare le dispute commerciali, hanno rilevantemente apprezzato questa seconda proposta di Charnovitz, considerandola «perfectly realistic [...] a perfectly logical way in order to ring the alarm bell if people have not understood what is going on»¹⁶⁶. Rimangono, tuttavia, le perplessità sulla legittimità di un simile intervento sul diritto d'appello: si tratta, infatti, di un cardine del meccanismo ginevrino di risoluzione delle controversie, che, a nostro avviso, non può essere riconsiderato semplicemente ricorrendo alle Regole di procedura del Tribunale permanente – in seno al quale, per-

¹⁶⁵ «Within 60 days after the date of circulation of a panel report to the Members, the report shall be adopted at a DSB meeting [...] *unless a party to the dispute formally notifies the DSB of its decision to appeal* or the DSB decides by consensus not to adopt the report. If a party has notified its decision to appeal, the report by the panel shall not be considered for adoption by the DSB until after completion of the appeal. This adoption procedure is without prejudice to the right of Members to express their views on a panel report» (il corsivo è nostro); «[e]ntro sessanta giorni dalla data in cui la relazione di un panel è stata distribuita ai membri, tale relazione viene adottata nel corso di una riunione del DSB [...], a meno che una parte della controversia notifichi formalmente al DSB la sua decisione di presentare appello o che il DSB decida all'unanimità di non adottare la relazione. Se una parte ha notificato la sua decisione di presentare appello, la relazione del panel non viene esaminata dal DSB al fine della sua adozione fino alla conclusione della procedura d'appello. La presente procedura di adozione lascia impregiudicato il diritto dei membri di esprimere le loro opinioni sulla relazione di un panel» (art. 16, par. 4 DSU).

¹⁶⁶ Dichiarazione di Pascal Lamy riportata da T. MILES, *WTO is Most Wor-rying Target of Trump's Trade Talk: Lamy*, in *Business News*, 14 November 2017.

altro, non è semplice ipotizzare la presenza di una sufficiente unità dei giudici per emendare in tal senso le regole sul funzionamento della loro attività.

III.2. *La nomina dei giudici d'appello con il voto a maggioranza in seno al Consiglio generale dell'OMC*

Il giurista olandese Pieter Jan Kuijper propone di disinnescare il blocco ricorrendo al Consiglio generale, l'Organo politico dell'OMC preposto a gestire, sintetizzandole in esso e su base sistematica, tutte le questioni del sistema multilaterale degli scambi. Infatti, il meccanismo di voto del DSB per la nomina dei giudici dell'Organo d'Appello, in base all'art. 2, par. 4 del DSU, come si è più volte sottolineato, è quello del *consensus* positivo. Si potrebbe, allora, superare il veto paralizzante degli Stati Uniti facendo transitare l'elezione dei membri dell'Organo d'appello al Consiglio generale, il quale, in base all'art. IX dell'Accordo istitutivo dell'OMC può ricorrere al voto a maggioranza laddove sia impossibile mantenere un approccio uniforme da parte dell'intera *membership* dell'OMC in riferimento all'approvazione di una data proposta di decisione.

Il passaggio dal *Dispute Settlement Body* al Consiglio generale potrebbe essere fondato, ad avviso di Kuijper, sul principio della clausola *rebus sic stantibus* espresso dal diritto dei trattati, codificato anche all'art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969¹⁶⁷. Il giurista olandese sotto-

¹⁶⁷ *Vienna Convention on the Law of the Treaties*, firmata a Vienna il 23 maggio 1969 ed entrata in vigore il 27 gennaio 1980, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, p. 331. In base all'art. 62, «1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless: (a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and (b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty [...] 3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for sus-

linea, in tale ottica, che il blocco dell'Organo d'appello – «[t]he ambush killing of the Appellate Body by the US»¹⁶⁸ – integra il requisito delle circostanze eccezionali necessario per avvalersi della clausola *rebus sic stantibus*. Infatti, oltre a privare il contenzioso OMC del secondo grado di giudizio, è facile profetizzare che tutto il meccanismo di risoluzione delle controversie ne risentirebbe, pregiudicando in modo molto serio uno dei pilastri sul quale negli anni novanta la Comunità internazionale ha rifondato, approfondito, ed ampliato il precedente sistema del commercio internazionale fondato sul GATT 1947. Laddove il blocco tanto paventato dovesse materializzarsi, secondo Kuijper la distruzione di tale capacità dell'OMC non potrebbe essere recuperata prima del trascorrere di una intera generazione. Una situazione di tale emergenza giustificerebbe, quindi, misure eccezionali, sventando la paralisi che ingesisterebbe il DSB attraverso il ricorso al Consiglio generale, e, dunque, operando in seno ad esso, con il voto a maggioranza, la nomina dei membri dell'Organo d'appello. Già in passato, peraltro, il Consiglio generale è stato investito di una spinosa questione in materia di contenzioso, quella dell'ammissibilità di *amici curiae* dinanzi agli organi giudicanti dell'OMC, allorché alcuni Stati – profondamente contrari all'approccio giurisprudenziale dell'Organo d'appello, che non aveva considerato il silenzio dell'Intesa sul punto come equivalente al divieto

pending the operation of the treaty». Nella versione italiana, «1. Un cambiamento fondamentale delle circostanze intervenuto rispetto alle circostanze esistenti al momento della conclusione di un trattato e che non era stato previsto dalle parti non può essere invocato come motivo di estinzione o di recesso, a meno che: (a) l'esistenza di tali circostanze non abbia costituito una base essenziale del consenso delle parti a vincolarsi al trattato; e che (b) tale cambiamento non abbia per effetto di trasformare radicalmente la portata degli obblighi che rimangono da adempiere in base al trattato [...] 3. Se, in applicazione dei precedenti paragrafi, una parte può invocare un mutamento fondamentale di circostanze come motivo di estinzione o recesso da un trattato, essa può ugualmente invocare detto mutamento come motivo di sospensione». Cfr. Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati adottata a Vienna 23 maggio 1969, ratificata con legge del 12 febbraio 1974, n. 112, in *GURI*, Suppl. Ord. n. 111, 30 aprile 1974.

¹⁶⁸ P.J. KUIJPER, *The US Attack on the WTO Appellate Body*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-44, p. 12.

di presentare e accogliere *amici curiae* – avevano calendarizzato nell'agenda del Consiglio generale la discussione sulla legittimità dell'approccio del Tribunale permanente a proposito dell'ammissibilità delle memorie degli 'amici della corte'¹⁶⁹.

In seno al Consiglio generale, come accennato, occorrerebbe attivare la cd 'nuclear option', l'opzione nucleare del voto a maggioranza, prevista dall'art. IX dell'Accordo OMC, ma, a tutt'oggi, mai applicata nella vita più che ventennale del sistema rifondato grazie all'*Uruguay Round*. L'elezione diretta dei membri dell'Organo d'appello sulla base di un voto a maggioranza qualificata del Consiglio generale dovrebbe naturalmente essere accompagnata dall'esplicita apertura ad ulteriori discussioni con gli Stati Uniti, come pure dall'impegno a considerare il transito all'organo comune dell'OMC di competenza generale come una misura eccezionale, adottata *una tantum*, per scongiurare il pericolo del malfunzionamento del Tribunale permanente e, più in generale, del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC.

Per avallare con la prassi la legittimità di tale via d'uscita, Kuijper ricorda che «[t]imes of emergency justify emergency measures, also in the law of international organizations»¹⁷⁰, riportando alcuni, fondamentali, episodi già vissuti dalla Comunità internazionale, come quello della Risoluzione *Uniting for Peace* dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che riconosceva a quest'ultima il potere di decidere, a maggioranza, in caso di minaccia o violazione della pace laddove il Consiglio di sicurezza fosse paralizzato dai veti incrociati, e dunque impossibilitato a svolgere la sua funzione di mantenere la pace e la sicurezza internazionali¹⁷¹.

La predisposizione di nominare i giudici d'appello attraverso un voto di maggioranza potrebbe innescare una pressione sufficiente a determinare il *consensus* pur di non sdoganare il voto a maggioranza nel pilastro politico dell'OMC. Questo è già accaduto in passato nel sistema multilaterale, anche se la

¹⁶⁹ WT/GC/M/60, *Special Session of the General Council of 22 November 2000*, 23 January 2001.

¹⁷⁰ P.J. KUIJPER, *The US Attack on the WTO Appellate Body*, cit., p. 12.

¹⁷¹ UNITED NATIONS, GA Res. 377(V), of 3 November 1950.

questione non presentava i livelli di massima sensibilità del blocco del Tribunale permanente. Infatti, di fronte alla possibilità ventilata dalla Georgia di impedire la formazione del *consensus* nel Consiglio generale per approvare l'adesione della Russia all'OMC, a causa delle fortissime tensioni tra Mosca e Tbilisi sulla penisola della Crimea, un semplice, ma chiaro, cenno al ricorso al voto per superare l'opposizione georgiana ha ben presto indotto lo Stato sulle rive del Mar nero a rivedere la severità della sua posizione¹⁷².

Indubbiamente, sarebbe comunque necessario stemperare i toni con gli Stati Uniti, ed evitare di ricorrere per la prima volta alla 'nuclear option' del voto a maggioranza unicamente in riferimento alla crisi nella composizione dell'Organo d'appello. Laddove si optasse per definire i giudici dell'OMC in seno al Consiglio generale, si potrebbe allora far di necessità virtù, procedendo all'adozione, a larghissima maggioranza, di una decisione di ampia portata, che elencasse una serie di atti che in futuro potrebbero essere adottati attraverso una 'super-qualified majority'. In tal modo, si apporterebbe un ulteriore contributo alla *governance* del sistema multilaterale degli scambi, evitando di far sentire isolati gli Stati Uniti, poiché la votazione a maggioranza dei membri dell'Organo d'appello sarebbe solo una delle ipotesi per le quali si potrebbe sistematicamente ricorrere al voto. Tale tecnica di semplificazione del meccanismo decisionale di una organizzazione internazionale, evitando di ricorrere ad una revisione del suo Trattato istitutivo, è già stata applicata positivamente, ad esempio, in seno all'OCSE, che faticava a proseguire nella sua attività sulla base del *consensus* a seguito del raddoppio della sua *membership* negli ultimi due decenni¹⁷³.

¹⁷² Cfr. F. HOFFMEISTER, *Institutional Aspects of Global Trade Governance from an EU Perspective*, in *The EU's Role in Global Governance*, a cura di B. VAN VOOREN, S. BLOCKMANS, J. WOUTERS, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 150-151.

¹⁷³ L'idea di replicare il modello OCSE nel sistema dell'OMC è stata lanciata nel contributo di P.J. KUIJPER, G. MARCEAU, *From Seattle to Doha From the Surreal to the Unreal - A Personal Account*, in *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rules of Law in the Multilateral Trading System*, a cura di G. MARCEAU, Cambridge University Press, Cam-

III.3. *Una soluzione esterna all'OMC: il Trattato parallelo dei Real Friends of Dispute Settlement*

Nel caso in cui all'interno della *membership* dell'OMC si preferisca non sdoganare il voto a maggioranza ma si voglia al tempo stesso mantenere il giudizio d'appello con le incisive caratteristiche dell'attuale contenzioso multilaterale, Kuijper suggerisce una soluzione esterna all'OMC, dunque la costruzione di un'alternativa giudiziale al di fuori del sistema ginevrino ma strettamente collegata a quest'ultimo. Naturalmente, per rappresentare una soluzione valida, tale Trattato parallelo deve essere sostenuto da un'ampia maggioranza di Membri OMC che includa anche le maggiori potenze commerciali. Esso potrebbe avere ad oggetto unicamente la procedura di impugnazione, oppure riprendere interamente l'impianto di giudizio dell'Intesa, alla quale dovrebbe essere fedele proprio per ridurre al minimo le discussioni e procedere speditamente con la definizione dell'accordo parallelo, che per accelerare i tempi potrebbe entrare in vigore nella formula della via provvisoria. Particolarmente delicata sarebbe la definizione dei membri del Tribunale d'appello che i *Real Friends of Dispute Settlement* andrebbero ad istituire: i – pochi – membri in carica dell'attuale Organo d'appello dell'OMC dovrebbero dimettersi ed essere nominati giudici della nuova istanza di giudizio. Per rendere più convincente e di peso la soluzione esterna all'OMC, essa potrebbe essere formulata in modo tale da creare un Tribunale d'appello competente a ricevere non solo le impugnazioni dei *panels* dell'OMC, ma anche quelle delle decisioni dei meccanismi di risoluzione delle controversie degli Accordi regionali. Riguardo al finanziamento del nuovo Appello, verrebbe compiuto stornando i fondi in precedenza destinati al Tribunale permanente dell'OMC, il quale, evidentemente, avrebbe già cessato la propria attività. Laddove, poi, vi fossero perplessità a proposito della compatibilità del Tratta-

bridge, 2015, p. 382. Per il documento dell'OCSE cfr. OECD, *Revised Resolution of the Council on a New Governance Structure for the Organization*, doc. C(2006)/78/Rev. 1, 10 February 2011.

to parallelo con la natura esclusiva del contenzioso ginevrino di cui all'art. 23 dell'Intesa, la soluzione esterna all'OMC potrebbe anch'essa trovare la propria giustificazione nella clausola *rebus sic stantibus*, dunque nelle circostanze eccezionali determinate dall'opposizione statunitense al tempestivo e pieno mantenimento della compagine dell'Organo d'appello¹⁷⁴.

III.4. *Il ricorso all'arbitrato di cui all'art. 25 dell'Intesa per la risoluzione delle controversie*

A nostro avviso, per superare il rischio del blocco del pilastro giurisdizionale ginevrino la soluzione non solo più immediata, ma anche più efficace, è il ricorso all'arbitrato di cui all'art. 25 del DSU. Infatti, la definizione di una procedura d'appello avvalendosi del mezzo alternativo di risoluzione delle controversie già codificato dalla stessa Intesa non desterebbe perplessità alcuna sotto il profilo della sua legittimità – purché, ovviamente, l'accordo di arbitrato stipulato rispetto a ciascuna causa corrisponda ai requisiti richiesti dall'Intesa sulla risoluzione delle controversie. Inoltre, si tratterebbe di un meccanismo suscettibile di essere approntato in tempi rapidi, poiché già predisposto dalla stessa Intesa, e configurabile in modo da rimpiazzare interamente le funzioni sinora svolte dall'Organo d'appello. *Last but not least*, il ricorso all'arbitrato di cui all'art. 25 DSU sarebbe un mezzo di grande supporto ad un approccio costruttivo e diplomatico all'*impasse* creata dagli Stati Uniti, poiché non isolerebbe questi ultimi dal rimedio prescelto per affrontare la crisi. Al contrario, Washington potrebbe e dovrebbe essere coinvolta a pieno titolo nella redazione di un modello di accordo di arbitrato ex art. 25 DSU da adottare su base sistematica dai Membri OMC desiderosi di preservare il meccanismo multilaterale delle dispute. Si potrebbero, così, guadagnare importanti spazi per sviluppare e allineare nuovamente le volontà politiche di tutti i Mem-

¹⁷⁴ P.J. KUIJPER, *The US Attack on the WTO Appellate Body*, cit., a p. 14.

bri OMC su un rinnovato, efficace e pienamente condiviso pilastro giurisdizionale dedito a dirimere i conflitti sul rispetto della liberalizzazione degli scambi mondiali.

Per esporre con chiarezza e completezza la soluzione arbitrale fondata sull'art. 25 DSU bisogna, in primo luogo, presentare la disciplina generale riservata a tale mezzo alternativo dall'Intesa sulla risoluzione delle controversie unitamente alle motivazioni della sua codificazione nel diritto primario dell'OMC¹⁷⁵, e, quindi, considerare l'unica controversia sinora introdotta nel meccanismo ginevrino avvalendosi del procedimento arbitrale oggetto della nostra analisi, ossia il caso *US - Section 110*, anche perché, nel lodo che ne è scaturito, gli arbitri hanno svolto un'importante analisi sulle caratteristiche istituzionali del mezzo alternativo di risoluzione delineato dall'art. 25 DSU¹⁷⁶.

La disposizione richiamata inquadra espressamente l'arbitrato come «expeditious», rapido, dunque come uno strumento che deve essere veloce e volto a 'facilitare' la soluzione delle controversie prescelte dai Membri OMC interessati¹⁷⁷. Il ricorso all'arbitrato di cui all'art. 25 si fonda sull'accordo delle

¹⁷⁵ In merito cfr. *Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, in WORLD TRADE ORGANIZATION, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 175; *Article 25 - Arbitration*, in Y. GOUHUA, B. MERCURIO, L. YONGJIE, *WTO Dispute Settlement Understanding - A Detailed Interpretation*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 301-304; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Arbitration at the WTO: A Terra Incognita to Be further Explored*, in *Law in the Service of Human Dignity - Essays in Honour of Florentino Feliciano*, a cura di S. CHARNOVITZ, D. P. STEGER, P. VAN DEN BOSSCHE, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 181-201; V. HUGHES, *Arbitration within the WTO*, in *The WTO Dispute Settlement System, 1995-2003*, cit., pp. 75-86.

¹⁷⁶ WT/DS160/ARB25/1, *United States - Section 110(5) of the US Copyrights Act*, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, Award of the Arbitrators, 9 November 2001.

¹⁷⁷ «Expedition arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties»; nella versione italiana non ufficiale: «[u]n arbitrato rapido nell'ambito dell'OMC, concepito come sistema alternativo di risoluzione delle controversie, può facilitare la soluzione di determinate controversie relative a questioni chiaramente definite da entrambe le parti» (Art. 25, par. 1 DSU).

parti in disputa, che devono definire congiuntamente le procedure da seguire. Dette procedure vanno notificate a tutta la *membership* dell'OMC «con un preavviso sufficiente rispetto all'effettivo inizio del processo arbitrale»¹⁷⁸. Gli altri Membri dell'OMC possono prendere parte all'arbitrato di cui all'art. 25 DSU, eventualmente come parti terze, ma solo se vi è l'accordo delle parti che hanno scelto di ricorrere alla procedura arbitrale. Attore e convenuto che si avvalgano di tale mezzo alternativo per la risoluzione di una controversia OMC devono assumere l'impegno a considerare vincolante il lodo arbitrale scaturente dalla procedura disciplinata dall'art. 25 DSU. Detto lodo arbitrale, inoltre, deve essere notificato all'Organo di soluzione delle controversie, come pure al Consiglio o al Comitato di ogni Accordo dell'OMC oggetto di interpretazione nella controversia, e dinanzi a detti organi ciascun Membro dell'OMC potrà sollevare qualsiasi questione collegata alla disputa, alla procedura prescelta, all'accordo arbitrale e allo svolgimento del relativo procedimento, come pure al contenuto del lodo, dunque all'interpretazione ed applicazione del diritto OMC¹⁷⁹. Inoltre, la decisione arbitrale scaturita dal procedimento *ad hoc* contemplato dall'art. 25 DSU deve essere monitorata ed eseguita applicando, naturalmente tenendo conto dei necessari distinguo, gli artt. 21 e 22 DSU¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Nella versione ufficiale inglese: «resort to arbitration shall be subject to mutual agreement of the parties which shall agree on the procedures to be followed. Agreements to resort to arbitration shall be notified to all Members sufficiently in advance of the actual commencement of the arbitration process» (Art. 25, par. 2 DSU).

¹⁷⁹ «Other Members may become party to an arbitration proceeding only upon the agreement of the parties which have agreed to have recourse to arbitration. The parties to the proceeding shall agree to abide by the arbitration award. Arbitration awards shall be notified to the DSB and the Council or Committee of any relevant agreement where any Member may raise any point relating thereto»; la versione italiana suona: «Gli altri membri possono diventare parti di un processo arbitrale solo previo accordo delle parti che hanno concordato di fare ricorso all'arbitrato. Le parti coinvolte nei procedimenti concordano di attenersi al lodo arbitrale. I lodi arbitrali sono notificati al DSB e al consiglio o al comitato di ogni accordo pertinente, presso i quali qualsiasi membro può sollevare qualsiasi questione ad essi relativa» (Art. 25, par 3 DSU).

¹⁸⁰ Come puntualizzato dall'art. 25, par. 4 DSU.

È importante rilevare e sottolineare che la presenza di una disposizione nell'Intesa sulla risoluzione delle controversie espressamente dedicata ad un arbitrato *ad hoc* nell'ambito dell'OMC è dovuta all'iniziativa dei negoziatori statunitensi durante l'*Uruguay Round*, i quali intendevano, inserendo tale opzione, offrire la possibilità ai Membri dell'OMC di avere una procedura più dinamica e celere rispetto al percorso ordinario consultazioni / *panel* / Organo d'appello, un mezzo alternativo che consentisse alle parti in disputa di 'guidare' in prima persona il deferimento della loro controversia a soggetti terzi ed indipendenti, riducendo i passaggi istituzionali senza, però, dover essere costretti ad uscire dal sistema OMC¹⁸¹. Pertanto, l'arbitrato previsto dall'art. 25 DSU non viene attivato da alcuna azione da parte del DSB, come, invece, è necessario per l'istituzione di un *panel*. Inoltre, la procedura qui considerata si distingue anche rispetto agli altri due tipi di arbitrati disciplinati dall'Intesa, ossia il cd «timeframe arbitra-

¹⁸¹ «2. A binding arbitration process (entailing no GATT Council or Code Committee approval) as an alternative means of dispute settlement for defined classes of cases, or by prior agreement of the disputing parties on an ad hoc basis. At present, all GATT disputes fall under essentially the same procedures, whatever the issue. One consequence is that issues that should be relatively simply and easily settled are taking too long and becoming too political because of procedures and practices designed for harder cases. It might be useful to provide for binding arbitration by a neutral body as a formally available technique of GATT dispute settlement. By binding, it is meant that the arbitrators' decision would not require approval by the GATT Council. A disputing party would still not be compelled to implement the arbitrators' decision, but a party failing to implement such a decision would have to pay compensation or accept retaliation. [...] Arbitration is a widespread and common form of dispute settlement in international trade. Many commodity and transportation contracts between firms normally provide for impartial arbitration by specialists in those fields. Arbitration provisions may also be found in a number of bilateral intergovernmental trade agreements and in air transport agreements. Binding arbitration should be available whenever both disputing parties agree, as an alternative to the normal dispute settlement process. In addition, there might be classes of disputes where binding arbitration should be required in lieu of the normal panel process. If arbitration proves workable and useful, use of the device might subsequently be expanded» (MTN.GNG/NG13/W/6, *Improved Dispute Settlement: Elements for Consideration - Discussion Paper Prepared by United States Delegation*, 25 June 1987, p. 2).

tion», di cui all'art. 21, par. 3, lett. c) dell'Intesa, richiesto dalla parte ricorrente di una disputa per definire il ragionevole periodo di tempo entro il quale lo Stato soccombente deve pienamente attuare le decisioni del DSB che adottano i *reports* di *panels* e Organo d'appello; e il «concessions arbitration», vale a dire l'arbitrato di cui all'art. 22, par. 6 dell'Intesa, sempre attivato unilateralmente, ma dal Membro OMC convenuto, il quale affida all'arbitro o al collegio di arbitri la verifica della legittimità del livello delle sospensioni richieste nonché dell'eventuale ricorso alla ritorsione incrociata scelta dal ricorrente per indurre lo Stato soccombente alla piena ottemperanza del diritto OMC. Infatti, sia per il *timeframe arbitration* sia per il *concessions arbitration* l'attivazione è unilaterale: ed, invece, lo si è visto, il ricorso alla procedura arbitrale dell'art. 25 DSU è congiunto, essendo «soggetto alla reciproca intesa tra le parti, che concordano le procedure da seguire»¹⁸².

Ancora, il lodo arbitrale che scaturisce dal mezzo alternativo di risoluzione delle controversie, pur dovendo essere notificato agli organi OMC, ha immediatamente natura vincolante per le parti, acquisendo tale forza direttamente dall'art. 25 DSU, congiuntamente all'accordo dei Membri OMC in disputa sul ricorso all'opzione arbitrale. Pertanto, a differenza di quanto accade per gli altri procedimenti di risoluzione delle controversie previsti dall'Intesa, ove i *reports* di *panels* ed Organo d'appello divengono vincolanti solo successivamente al passaggio dinanzi al DSB, la natura vincolante della decisione arbitrale ex art. 25 DSU non dipende dall'adozione o approvazione dell'Organo di risoluzione delle controversie. Ancora, a differenza delle altre procedure arbitrali contemplate dall'Intesa – appunto, gli arbitrati di cui agli artt. 21, par. 3, lett. c) e 22, par. 6 DSU – il ricorso al rimedio di cui all'art. 25 non richiede alcuna previa decisione da parte di un *panel* o dell'Organo d'appello dell'OMC. Il rimedio di cui all'art. 25 è stato, quindi, proprio concepito per consentire di instaurare un meccanismo arbitrale in seno al sistema OMC in ogni fase di una data disputa – dunque durante le consultazioni, la discussione di un caso dinanzi al *panel* o allo stesso Organo d'appel-

¹⁸² Così l'art. 25, par. 2 dell'Intesa.

lo, oppure il periodo di monitoraggio e esecuzione di un *report* OMC già approvato – ancorando detta opzione alla comune volontà delle parti in disputa.

Riguardo al diritto applicabile in un arbitrato ex art. 25 DSU, indubbiamente la scelta delle parti in disputa è limitata, anzi, essenzialmente è confinata al diritto OMC, poiché la procedura in oggetto è concepita per risolvere le controversie del sistema multilaterale e per far rispettare gli Accordi di Marrakech. Pertanto gli arbitri dovranno applicare i cosiddetti «covered agreements» (accordi contemplati), dunque gli Accordi OMC richiamati nell'Allegato 1 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie, formula che include l'Intesa stessa¹⁸³. Anzi, nell'ipotesi in cui le parti chiedano al collegio giudicante, nel loro accordo arbitrale, di applicare elementi di diritto che confliggano con i principi dell'OMC, gli arbitri dovrebbero valutare la legittimità di una tale scelta, alla luce, per l'appunto, della funzione che l'art. 25 DSU assegna all'arbitrato nell'ambito del contenzioso dell'OMC. Naturalmente, anche il lodo arbitrale scaturente dalla procedura di cui all'art. 25 dovrà essere coerente con il diritto OMC, come è espressamente sottolineato dall'art. 3, par. 5 DSU, in base al quale «[t]utte le soluzioni di questioni formalmente sollevate ai sensi delle disposizioni in materia di consultazione e di risoluzione delle controversie degli accordi contemplati [*covered agreements*], ivi compresi i lodi arbitrali, sono compatibili con tali accordi e non annullano né pregiudicano i benefici derivanti ad un Membro dai suddetti accordi, né impediscono il conseguimento dei loro obiettivi»¹⁸⁴.

Pertanto, i Membri che ricorrano all'arbitrato rapido e dinamico contemplato dall'art. 25 DSU rispettano appieno il

¹⁸³ Infatti, l'Allegato 1 al DSU, alla lettera b) richiama espressamente l'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie.

¹⁸⁴ Nella versione ufficiale inglese «[a]ll solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements, including arbitration awards, shall be consistent with those agreements and shall not nullify or impair benefits accruing to any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements».

principio di giurisdizione esclusiva dell'OMC di cui all'art. 23 DSU, ai sensi del quale «[n]el cercare di ottenere riparazione di una violazione di obblighi o di un altro annullamento o pregiudizio dei benefici previsti dagli accordi contemplati o di un impedimento al conseguimento di un obiettivo degli accordi contemplati, i membri utilizzano e rispettano le norme e procedure della presente Intesa»¹⁸⁵. Del resto, la medesima dispo-

¹⁸⁵ In base all'art. 23, par. 1 DSU, quindi, un Membro OMC che lamenti una violazione o comunque un annullamento dei vantaggi per esso scaturenti dal sistema multilaterale è obbligato a presentare e trattare ogni controversia relativa al rispetto del diritto OMC solo ed esclusivamente nell'ambito del contenzioso ginevrino, senza poter ricorrere ad alcun altro sistema, come è stato efficacemente considerato dal *panel* nel caso *US - Section 301 Trade Act*: «Article 23.1 is not concerned only with specific instances of violation. It prescribes a general duty of a dual nature. First, it imposes on all Members to "have recourse to" the multilateral process set out in the DSU when they seek the redress of a WTO inconsistency. In these circumstances, Members have to have recourse to the DSU dispute settlement system to the exclusion of any other system, in particular a system of unilateral enforcement of WTO rights and obligations. This, what one could call "exclusive dispute resolution clause", is an important new element of Members' rights and obligations under the DSU. Second, Article 23.1 also prescribes that Members, when they have recourse to the dispute settlement system in the DSU, have to "abide by" the rules and procedures set out in the DSU. This second obligation under Article 23.1 is of a confirmatory nature: when having recourse to the DSU Members must abide by all DSU rules and procedures» (PANEL REPORT, *United States - Sections 301-310 of the Trade Act of 1974 (US - Section 301 Trade Act)*, WT/DS152/R, adopted 27 January 2000, par. 7.43). L'art. 23 DSU assicura sia l'esclusività del sistema OMC rispetto ad altri tribunali internazionali come pure la tutela del sistema multilaterale dalle condotte unilaterali dei Membri. Recita, infatti, l'art. 23, par. 2, lett. a) che i Membri OMC «non concludono che si è verificata una violazione, che sono stati annullati o pregiudicati benefici o che è stato impedito il conseguimento di un obiettivo degli accordi contemplati se non facendo ricorso alla procedura di risoluzione delle controversie conformemente alle norme e procedure della presente intesa, e rendono ogni eventuale conclusione di questo tipo compatibile con le constatazioni contenute nella relazione del panel o dell'Organo d'appello adottata dal DSB o con un lodo arbitrale reso ai sensi della presente intesa». Si veda a tal fine il *report* del *panel* nella disputa *EC - Commercial Vessels*: «[i]t follows from [the] conception of Article 23.1 as a general obligation not to act unilaterally when seeking redress of a violation of an obligation under the WTO that the requirement to have recourse to the DSU is not limited to an "exclusive jurisdiction clause" [...] interpreted in light of its context and purpose, Article 23.1 not only ensures the exclusivity of the WTO *vis-à-vis* other

sizione, al par. 2, lett. a), richiama espressamente la possibilità per i Membri dell'OMC di risolvere una controversia con «un lodo arbitrale reso ai sensi della presente Intesa».

III.4.1. *Considerazioni di natura istituzionale nell'unico lodo arbitrale ex art. 25 DSU: il caso IMRO sulla legge statunitense sul diritto d'autore*

La prima ed unica controversia in cui le parti in disputa hanno fatto ricorso all'arbitrato disciplinato dall'art. 25 DSU è stato il cd caso IMRO (indicato anche come *US - Section 110*), nel quale la *Irish Music Organisation* (appunto, la 'IMRO'), unitamente al *Groupement européen des sociétés d'auteurs et compositeurs* (GESAC) avevano chiesto alla Commissione europea, avvalendosi della speciale procedura del Regolamento UE sugli ostacoli al commercio¹⁸⁶, di entrare in consultazioni con gli Stati Uniti ritenendo che la *Section 110(5)* del *Copyright Act* del 1976¹⁸⁷ violasse l'art. 9 dell'Accordo OMC sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, TRIPs)¹⁸⁸. Infatti, la legislazione statu-

international fora but also protects the multilateral system from unilateral conduct» (PANEL REPORT, *European Communities - Measures Affecting Trade in Commercial Vessels (EC - Commercial Vessels)*, WT/DS301/R, adopted 20 June 2005, par. 7.193).

¹⁸⁶ L'originario Regolamento sugli ostacoli al commercio (ROC) – Regolamento (CE) n. 3286/94 del Consiglio del 22 dicembre 1994 – è ora sostituito dal Regolamento (UE) 2015/1843 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2015, che stabilisce le procedure dell'Unione nel settore della politica commerciale comune al fine di garantire l'esercizio dei diritti dell'Unione nell'ambito delle norme commerciali internazionali, in particolare di quelle istituite sotto gli auspici dell'Organizzazione mondiale del commercio, in *GUUE* L272/1 del 16 ottobre 2015.

¹⁸⁷ *Copyright Act of 19 October, 1976*, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541.

¹⁸⁸ Tale disposizione, a sua volta, rinvia agli artt. da 1 a 21 della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 1971, che tutti i Membri OMC si impegnano ad osservare, essendo vincolati dall'Accordo TRIPs. Il testo della Convenzione di Berna, integrato con le varie revisioni, è disponibile sul sito ufficiale dell'Organizzazione mondiale per la pro-

nitense aveva notevolmente ampliato la lista dei locali pubblici che potevano trasmettere musica senza pagare le *royalties* ad autori, musicisti ed editori. Dalla originaria *homestyle exemption*, l'esenzione domestica per i gestori di negozi, bar, ristoranti e qualsiasi altro esercizio aperto al pubblico in locali di dimensioni limitate, con il *Fairness in Music Licensing Act* del 1998¹⁸⁹ si era arrivati alla cd *business exemption*, l'esenzione commerciale estesa persino ai grandi magazzini, che consentiva alla maggior parte degli operatori economici statunitensi di aumentare i profitti delle loro attività caratterizzando i locali attraverso la diffusione anche di musica europea, ma senza alcun pagamento dei diritti d'autore. Fallite le consultazioni e stabilito il *panel*, quest'ultimo rilevò l'illegittimità della *business exemption*¹⁹⁰. Il *report* del primo grado di giudizio non fu impugnato, ma Stati Uniti ed Unione europea non riuscivano ad accordarsi sulle modalità di esecuzione del *report* del *panel*. Si pensò, allora, di negoziare un accordo di compensazione, che risarcisse artisti ed editori europei del pregiudizio subito a causa della disciplina nordamericana, ma le posizioni di Stati Uniti ed Unione europea rimanevano distanti nella definizione del *quantum* del pregiudizio¹⁹¹.

Per definire il livello di annullamento o pregiudizio («the level of the nullification or impairment») dei benefici scaturiti dalle disposizioni violate, Washington e Bruxelles pensarono, quindi, di ricorrere all'arbitrato ex art. 25 DSU – così

prietà intellettuale (World Intellectual Property Organization, WIPO) al link http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698. L'Accordo TRIPs è in WORLD TRADE ORGANIZATION, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, cit., p. 321 ss., e, in traduzione italiana non ufficiale, è disponibile in GUCE L336/214 del 23 dicembre 1994.

¹⁸⁹ *Fairness in Music Licensing Act of 27 October 1998*, Pub.L. 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Congr., 2nd Session (1998).

¹⁹⁰ PANEL REPORT, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, Report of the Panel of 15 June 2000.

¹⁹¹ Sul caso IMRO cfr., più diffusamente, E. BARONCINI, *Il Treaty-Making Power della Commissione europea*, Napoli, 2008, p. 388 ss.; G.M. GROSSMAN, P. C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement Corner: United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: Would've or Should've? Impaired Benefits Due to Copyright Infringement*, in *World Trade Review*, 2003, pp. 233-249.

dando luogo ad un altro primato, ossia quello del primo caso in cui ad un *WTO adjudicating body* veniva affidato il compito di determinare il danno generato da una violazione di obblighi dell'Accordo TRIPs.

Sia prima sia successivamente al caso IMRO, la questione sottoposta al mezzo alternativo di risoluzione delle controversie, ossia il calcolo del pregiudizio subito per il mancato rispetto del diritto OMC, è sempre stata risolta, nel contenzioso ginevrino, ricorrendo all'arbitrato di cui all'art. 22, par. 6 DSU. Infatti, come si è già accennato, tale disposizione stabilisce che, laddove un Membro OMC contesti il livello e/o le modalità della sospensione delle concessioni richiesto al DSB per indurre la parte soccombente ad eliminare la violazione delle regole multilaterali sugli scambi accertata dagli organi giudicanti ginevrini, detto Membro debba sottoporre la questione ad arbitrato, che sarà svolto dal *panel* originale della controversia, laddove i componenti siano disponibili, oppure da un solo *panelist* o comunque dagli esperti indicati dal Direttore generale dell'OMC. La procedura arbitrale ex art. 22, par. 6 DSU deve essere conclusa entro sessanta giorni dalla scadenza del ragionevole periodo di tempo che la parte soccombente ha per intervenire nella prassi o nella disciplina nazionale ritenuta illegittima rendendola nuovamente coerente con il diritto OMC. Il *concessions arbitration* di cui all'art. 22, par. 6 DSU ha, quindi, tempi molto serrati sia per essere attivato sia per essere svolto, è avviato unilateralmente dallo Stato soccombente che ritenga illegittima la contromisura proposta dalla parte vincitrice, e vede le linee guida per la composizione del collegio giudicante direttamente fissate dall'Intesa, e rigorosamente accentrate in seno all'OMC.

Nella causa in oggetto, Stati Uniti ed Unione europea concordarono sull'opportunità di risolvere la controversia sul *quantum* del danno causato dalla violazione dei diritti d'autore «in the less confrontational context of an Article 25 proceeding»¹⁹². Si tratta di un approccio molto significativo poiché

¹⁹² WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC), *Awards of the Arbitrators, United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, Re-*

manifestava la piena convergenza di due tra i maggiori protagonisti del sistema multilaterale sulla natura fortemente diplomatica della procedura arbitrale di cui all'art. 25 DSU – una natura sottolineata anche in dottrina, ove è stato osservato che «Article 25 arbitration is probably the most diplomatic procedure among WTO adjudicating bodies since it was designed as “an alternative means of dispute settlement”»¹⁹³. Washington, infatti, aveva rimarcato nella sua memoria iniziale che la quantificazione del pregiudizio subito dai musicisti ed editori europei a causa della sua normativa incompatibile con i diritti di proprietà intellettuale avrebbe facilitato gli sforzi reciproci per individuare congiuntamente una soluzione positiva della controversia, e anche l'allora Commissario europeo per il commercio con l'estero Pascal Lamy aveva dichiarato, sulla stessa linea d'onda, che l'aver raggiunto un accordo per gestire la disputa ricorrendo alla procedura arbitrale di cui all'art. 25 DSU «instead of adopting a confrontational approach»¹⁹⁴, significava l'avvio di un dialogo costruttivo per poter risarcire gli artisti e gli editori dell'Unione europea.

L'autenticità della comune volontà di individuare un buon accordo compensativo ricorrendo all'arbitrato per la definizione del pilastro centrale di tale intesa, ossia la determinazione del *quantum* del pregiudizio causato dalla violazione del diritto OMC, trova costante conferma nello spirito di più che positiva collaborazione che emerge dalla condotta di Unione europea e Stati Uniti nei vari passaggi procedurali dell'arbitrato. Infatti, benché l'art. 25 DSU nulla disponga in riferimento alla composizione del collegio giudicante, nella comunicazione congiunta al Presidente del DSB del loro accordo di avvalersi dell'arbitrato nel caso IMRO, le parti non solo riprendono le regole che caratterizzano la composizione dei collegi giudicanti dell'OMC, richiedendo al Presidente di ver-

course to Arbitration under DSU Article 25 (WT/DS160/ARB25/1), 2001, p. 9.

¹⁹³ Così P. MONNIER, *Working Procedures before Panels, the Appellate Body and Other Adjudicating Bodies of the WTO*, in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002, p. 512.

¹⁹⁴ BBC NEWS, *Songwriters Win US Copyright Battle*, 26 July 2001, disponibile al link <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/1457947.stm>.

ificare la disponibilità dei *panelists* originari a fungere da arbitri nella nuova procedura, ma sollecitano anche l'intervento del Direttore generale per ricevere la più qualificata assistenza nella selezione di esperti per l'ipotesi in cui i membri del collegio giudicante di primo grado non fossero disponibili¹⁹⁵. Dunque, Stati Uniti ed Unione europea mostrano di aver colto appieno la natura del mezzo alternativo di risoluzione delle controversie di cui all'art. 25 DSU: facilitare ed accelerare l'esito positivo di una disputa sollevata in seno all'OMC, distaccandosi dalle «WTO mainstream dispute settlement procedures»¹⁹⁶, ma in perfetta armonia con il diritto di Marrakech, in quanto la procedura arbitrale in oggetto è concepita come elemento del sistema multilaterale degli scambi ed è volto a garantirne il suo rispetto. Al tempo stesso, scegliendo per la composizione del collegio giudicante le regole solitamente seguite per i *timeframe arbitrations* ed i *concessions arbitrations*, anziché definire nuove norme, le parti della disputa apportano il loro contributo per far operare la speciale procedura arbitrale in piena armonia con il contenzioso dell'OMC. Ancora, uno dei tratti distintivi dell'accordo di arbitrato del luglio 2001 notificato dalle due parti ai Membri dell'OMC conferma la determinazione di USA ed UE ad instaurare un procedimento pienamente inserito nel meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC. Infatti, le *Agreed Procedures and Timetable for Article 25 Arbitration* stabiliscono che «[t]he legal principles developed in former arbitration proceedings under Article 22 of the DSU, such as the allocation of the burden of proof between the parties, shall apply to this arbitration»¹⁹⁷. Infine, l'accordo arbitrale manifesta la piena fiducia negli arbitri, ai quali vengono dati ampi poteri per definire l'agenda

¹⁹⁵ Cfr. WT/DS160/15, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act - Recourse to Article 25 of the DSU*, 3 August 2001.

¹⁹⁶ Tale, efficace, definizione della sequenza consultazioni / possibile stabilimento di un *panel* / possibile ricorso all'Organo d'appello si trova in L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Arbitration at the WTO: A Terra Incognita to Be further Explored*, cit., pp. 181-201.

¹⁹⁷ Cfr. WT/DS160/15, cit., p. 2.

delle loro attività e le regole di funzionamento della procedura arbitrale¹⁹⁸.

Il Presidente del DSB aveva ricevuto riscontro positivo a far parte del collegio arbitrale solo da parte di uno dei *panelists* originari, ossia di Ian F. Sheppard, e quindi il Direttore Generale nominò due altri arbitri, ossia Margaret Liang e David Vivas-Eugui. Ovviamente, avendo le parti in disputa concordato di ricorrere alla procedura arbitrale speciale di cui all'art. 25 DSU, risulta difficile ipotizzare che una delle due avrebbe poi contestato la giurisdizione dell'arbitrato. Tuttavia, con una più che opportuna scelta istituzionale, il collegio giudicante ha esordito nella stesura del lodo arbitrale proprio con una analisi della sua competenza. Allineandosi con la giurisprudenza dell'Organo d'appello, espressa a partire dal caso *US - 1916*¹⁹⁹, come pure con quella dei tribunali internazionali²⁰⁰, gli arbitri ricordano che «it is a widely accepted rule that an international tribunal is entitled to consid-

¹⁹⁸ «The arbitrators shall develop a schedule and any additional working procedures as necessary», in WT/DS160/15, cit., p. 2.

¹⁹⁹ «We note that it is a widely accepted rule that an international tribunal is entitled to consider the issue of its own jurisdiction on its own initiative, and to satisfy itself that it has jurisdiction in any case that comes before it»: APPELLATE BODY REPORT, *United States - Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adopted 26 September 2000, par. 54, nota 30.

²⁰⁰ La Corte permanente di giustizia internazionale e della Corte internazionale di giustizia hanno costantemente affermato lo stesso principio, anche grazie a quanto espressamente stabilito dall'art. 36 dei rispettivi statuti: «[i]n the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court» (*Statute of the International Court of Justice*, San Francisco, 24 October 1945, in https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-3&chapter=1&clang=en). Per il *case-law* sul principio della *kompetenz-kompetenz* cfr. *Case Concerning the Administration of the Prince von Pless (Preliminary Objection)* (1933) P.C.I.J. Ser. A/B, No. 52, p. 15; Individual Opinion of President Sir A. McNair, *Anglo-Iranian Oil Co. Case (Preliminary Objection)* (1952) I.C.J. Rep., p. 116; Separate Opinion of Judge Sir H. Lauterpacht in *Case of Certain Norwegian Loans* (1957) I.C.J. Rep., p. 43; e Dissenting Opinion of Judge Sir H. Lauterpacht in the *Interhandel Case (Preliminary Objections)* (1959) I.C.J. Rep., p. 104. In dottrina cfr. I. F.I. SHIHATA, *The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction - Compétence de la compétence*, Springer, The Hague, 1965; S.G. OGBODO, *An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century*, in *Annual Survey of*

er the issue of its own jurisdiction on its own initiative»²⁰¹, e quindi sottolineano, sempre osservando la prassi internazionale, che anche i tribunali arbitrali applicano lo stesso principio della *kompetenz-kompetenz*²⁰². Pertanto, poiché «this is the first time since the establishment of the WTO that Members have had recourse to arbitration pursuant to Article 25 of the DSU»²⁰³, e poiché il mezzo alternativo non è stato stabilito dal DSB, ma il ricorso ad esso è semplicemente stato notificato alla *membership* dell'OMC – dunque, «[i]n the absence of a multilateral control over recourse to that provision»²⁰⁴ – gli arbitri ritengono doveroso interrogarsi sull'esistenza di una loro competenza a giudicare il caso ad essi sottoposto: «it is incumbent on the Arbitrators themselves to ensure that [Article 25 arbitration proceedings ... are] applied in accordance with the rules and principles governing the WTO system»²⁰⁵. Così, laddove vi fossero dubbi «as to the jurisdiction of the Arbitrators to deal with this dispute, we provide brief reasons for our conclusion that *we do have the necessary jurisdiction*»²⁰⁶.

Il collegio arbitrale osserva, quindi, che il testo dell'art. 25, par. 1 dell'Intesa indica chiaramente che la procedura arbitrale in esso disciplinata è quanto mai flessibile, essendo volta a «facilitare la soluzione di determinate controversie relative a questioni chiaramente definite da entrambe le parti». Pertan-

International & Comparative Law, 2012, p. 97 ss.; X. HANQIN, *Jurisdiction of the International Court of Justice*, Brill, Leiden, 2017.

²⁰¹ WT/DS160/ARB25/1, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, Award of the Arbitrators*, 9 November 2001, par. 2.1.

²⁰² Ad esempio, l'art. 23 delle Regole di arbitrato della Corte permanente di arbitrato recita che «[t]he arbitral tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement». Cfr. COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE, *Permanent Court of Arbitration Rules 2012*, Effective December 17, 2012, disponibile al link <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>. Sulle questioni di giurisdizione nella giurisprudenza internazionale in materia di investimenti cfr. G. ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Torino, 2017.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*, il corsivo è nostro.

to, i Membri dell'OMC possono avvalersi del mezzo alternativo di risoluzione delle controversie in oggetto anche per definire uno o più aspetti circoscritti del contenzioso che le contrappone nel meccanismo ginevrino, come, appunto, la sola definizione del livello di annullamento o pregiudizio dei benefici scaturenti dalle disposizioni violate: «Article 25 should be understood as an arbitration mechanism to which Members may have recourse *whenever necessary within the WTO framework*»²⁰⁷. L'oggetto assegnato agli arbitri ricorrendo alla procedura di cui all'art. 25 DSU – la definizione del *quantum* del pregiudizio – risulta proprio funzionale a individuare per le parti in disputa l'elemento centrale per eliminare le tensioni e così predisporre un accordo di compensazione, secondo quanto previsto dall'art. 22, par. 2 DSU, equilibrato e ragionevole. Ne consegue che «recourse to Article 25 arbitration in the present situation is fully consistent with the object and purpose of the DSU. Arbitration is likely to contribute to the prompt settlement of a dispute between Members, as commanded by Article 3.3 of the DSU»²⁰⁸. Proseguono ancora gli arbitri osservando che l'accordo di compensazione, benché non possa equivalere all'eliminazione della violazione del diritto OMC, ma solo offrire alla parte vincitrice della controversia un bilanciamento temporaneo dell'obbligazione, è comunque da preferire rispetto al ricorso ad ogni tipo di contromisura. Infatti, osserva correttamente il collegio arbitrale che «compensation [...] is always to be preferred to countermeasures of any sort, since it enhances trade instead of restricting or diverting it»²⁰⁹. E dunque un arbitro sul *quantum* del pregiudizio «[i]ndeed [...] may facilitate the resolution of a divergence in the context of a negotiation of compensations, thus paving the way to implementation without suspension of concessions or other obligations»²¹⁰.

Il collegio arbitrale arriva, quindi, a concludere nel senso della propria competenza a determinare il livello dei benefici dell'Unione europea che sono stati annullati o pregiudica-

²⁰⁷ WT/DS160/ARB25/1, cit., par. 2.4, il corsivo è nostro.

²⁰⁸ WT/DS16/ARB25/1, cit., par. 2.5.

²⁰⁹ WT/DS160/ARB25/1, cit., par. 2.6.

²¹⁰ WT/DS160/ARB25/1, cit., par. 2.5.

ti dalla violazione dello *US Copyright Act*. Molto importante è l'ulteriore annotazione fatta dagli arbitri per accompagnare l'affermazione della loro giurisdizione sul caso: essi, infatti, precisano che la loro conclusione sulla competenza è compiuta rimanendo sempre attenti a recepire gli orientamenti interpretativi del sistema dell'OMC sulla loro *jurisdiction*, ossia «pending further interpretation by the Members»²¹¹. Il Collegio giudicante mette, così, a disposizione delle parti in disputa uno strumento snello, dinamico, e diplomatico, avendo molta cura di collegarlo strettamente al sistema OMC. Dunque, la procedura arbitrale ex art. 25 DSU non deve esplicitare la propria autonomia isolandosi dal sistema OMC: al contrario, essa deve rimanere in costante contatto e in piena armonia con quest'ultimo. L'arbitrato di cui all'art. 25 DSU, infatti, è parte del sistema OMC, e, all'interno di esso, svolge la rilevante funzione, proprio grazie alla sua autonomia, di individuare dinamiche soluzioni per concorrere a dirimere le controversie del sistema multilaterale degli scambi²¹².

²¹¹ WT/DS160/ARB25/1, cit., par. 2.7.

²¹² Riguardo l'epilogo dell'arbitrato sul caso IMRO, il collegio giudicante ha riconosciuto all'Unione europea un pregiudizio pari a € 1.219.000 all'anno, di certo avvicinandosi molto di più al danno calcolato dagli Stati Uniti – i quali sostenevano che il pregiudizio avrebbe potuto attestarsi in una perdita annua di entrate come diritti d'autore tra i \$ 446.000 e i \$ 733.000 – rispetto all'indennizzo richiesto dall'Unione europea, che affermava di aver subito un pregiudizio annuo pari a \$ 25.486.974. A fine giugno del 2003, le due parti in disputa hanno notificato alla *membership* dell'OMC l'intesa provvisoria raggiunta proprio grazie al lodo arbitrale così ottenuto (cfr. WT/DS160/23, *United States - US Section 110(5) of the Copyright Act, Notification of a Mutually Satisfactory Temporary Arrangement*, 26 June 2003). In tale intesa, gli Stati Uniti si sono impegnati a corrispondere un'unica somma di \$ 3.3 milioni in un fondo appositamente creato per assistere i soggetti europei cui, in modo illecito, non erano state corrisposte le *royalties*.

III.4.2. *L'arbitrato di cui all'art. 25 DSU quale rimedio temporaneo alla crisi dell'Organo d'appello: proposta di uno standard arbitration agreement*

I tratti distintivi della procedura di cui all'art. 25 DSU rivelano una flessibilità sufficiente a impostare l'arbitrato in modo tale da riprendere i requisiti essenziali del processo d'appello codificati all'art. 17 DSU ed elaborati nelle Regole per le procedure di lavoro del giudizio di secondo grado, come proposto da un gruppo di giuristi esperti nel commercio internazionale²¹³. Il rispetto delle caratteristiche istituzionali fissate dall'Intesa e applicate dalle *Working Procedures* viene, inoltre, favorito e rafforzato dalla prassi del sistema OMC di far gestire i vari tipi di arbitrati contemplati dall'Intesa sulla risoluzione delle controversie direttamente dai Segretariati dell'OMC oppure dell'Organo d'appello dell'OMC, dunque da uffici e funzionari che ben conoscono le regole ed i principi che devono caratterizzare l'attività del Tribunale permanente dell'OMC – in particolare, nell'unico arbitrato ex art. 25 DSU sinora espletato, ossia nel caso IMRO che si è appena presentato, la gestione della procedura venne affidata al Segretariato dell'OMC. Peraltro, la preparazione tecnica e l'esperienza dello *staff* abituato a gestire i ricorsi di secondo grado dell'OMC è suscettibile di determinare un'ulteriore circostanza più che positiva, ossia l'omogeneità e la continuità tra le diverse controversie che si possono avvicendare ricorrendo alla procedura arbitrale di cui all'art. 25 DSU.

Aniché lasciare che le parti in disputa definiscano di volta in volta l'accordo di arbitrato *ad hoc*, l'intera *membership* dell'OMC – dunque, e naturalmente, anche gli Stati Uniti – potrebbero impegnarsi a redigere un modello *standard* di accordo di arbitrato ex art. 25 DSU atto a mantenere la procedura d'appello nonostante la fase di criticità del pilastro giurisdizionale del sistema multilaterale. Laddove emerga un conten-

²¹³ Sul punto cfr. S. ANDERSEN, T. FRIEDBACHER, C. LAU, N. LOCKHART, J.Y. REMY, I. SANDFORD, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, CTEI Working Papers CTEI-2017-17.

zioso tra due o più Stati, questi potrebbero avvalersi del modello di 'appeal-arbitration' preformulato.

In particolare, le parti in disputa dovrebbero stipulare l'accordo arbitrale *prima* che il *panel* notifichi loro l'*interim report*, poiché la conclusione posticipata alla circolazione di quest'ultimo sarebbe suscettibile di essere notevolmente influenzata – anzi, addirittura pregiudicata – dall'andamento del contenzioso nel primo grado di giudizio. Infatti, nella parte che si profila vincitrice si svilupperebbe la volontà di considerare soddisfacente il *report* del *panel*, rinunciando quindi all'appello; invece, e per converso, il Membro dell'OMC che vedesse vacillare la legittimità della propria disciplina in base all'analisi operata dai *panelists* ricercerebbe il ricorso in appello per ribaltare l'esito che va profilandosi nel primo grado di giudizio, o, comunque, per guadagnare tempo rispetto alla decisione che decreterebbe definitivamente l'incompatibilità della propria normativa o prassi con il diritto OMC, esponendolo anche ad eventuali contromisure.

Riguardo al contenuto di tale modello *standard* di accordo per un 'appeal-arbitration', esso dovrebbe sostanzialmente replicare i tratti distintivi dell'art. 17 dell'Intesa e delle *Working Procedures for Appellate Review*²¹⁴. Le parti contraenti, pertanto, potrebbero impegnarsi ad iniziare l'appello arbitrale entro 60 giorni dalla distribuzione del *report* del *panel* ai Membri dell'OMC, e il ricorso di impugnazione dovrebbe essere presentato e redatto seguendo la *Rule 20* delle *Working Procedures*²¹⁵, dunque indicare gli errori di diritto, più in generale le interpretazioni giuridiche del *report* del *panel* ritenute non corrette, elencare le disposizioni degli Accordi OMC

²¹⁴ WT/AB/WP/6, cit.

²¹⁵ «A Notice of Appeal shall include the following information: [...] (d) a brief statement of the nature of the appeal, including: (i) identification of the alleged errors in the issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel; (ii) a list of the legal provision(s) of the covered agreements that the panel is alleged to have erred in interpreting or applying; and (iii) without prejudice to the ability of the appellant to refer to other paragraphs of the panel report in the context of its appeal, an indicative list of the paragraphs of the panel report containing the alleged errors» (*Rule 20*, par. 2 delle *Working Procedures for Appellate Review*, in WT/AB/WP/6, cit.).

la cui interpretazione da parte del *panel* si ritiene errata, nonché i paragrafi del *panel report* che contengono gli errori di diritto lamentati nell'istanza per il procedimento di secondo grado. Un eventuale 'altro appello' ('other appeal') andrebbe configurato attenendosi alla *Rule* 23 delle Procedure di lavoro²¹⁶, e dunque la relativa comunicazione depositata entro 5 giorni dalla data della comunicazione presentata dal primo appellante, indicando le diverse questioni di diritto sviluppate dal *panel* che si ritengono errate. Il collegio arbitrale potrebbe sempre essere formato da tre arbitri, come tre sono i giudici di una Divisione giudicante dell'Organo d'appello; e gli arbitri potrebbero essere selezionati scegliendoli a caso da un *roster* di esperti, il quale dovrebbe sempre includere i giudici di secondo grado dell'OMC ancora in carica, nonché i componenti precedenti del Tribunale permanente. Inoltre, riguardo le tempistiche e le caratteristiche di comunicazioni e memorie, la condotta nelle udienze, le regole da individuare per affrontare circostanze eccezionali, il collegio arbitrale farebbe proprie le prescrizioni pertinenti delle Regole di procedura del Tribunale permanente²¹⁷, consentendo, in particolare, la partecipazione sistematica quali terzi partecipanti ('third participants') ai Membri OMC che già erano intervenuti quali parti terze dinanzi al *panel*²¹⁸.

Ancora, il mandato dell'*appeal-arbitration* dovrebbe essere definito sulla base dell'art. 17, parr. 6 e 12 del DSU, e dunque riguardare le questioni di diritto e le interpretazioni giuridiche sviluppate nel *report* del *panel*. Le conclusioni di quest'ultimo potranno essere confermate, oppure modificate o annullate dal collegio arbitrale formato in base all'art. 25 DSU, il quale applicherà il diritto OMC, che interpreterà in base ai criteri ermeneutici richiamati dall'Intesa, e quindi le regole consuetudi-

²¹⁶ «Within 5 days after the date of the filing of the Notice of Appeal, a party to the dispute other than the original appellant may join in that appeal or appeal on the basis of other alleged errors in the issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel» (*Rule* 23, par. 2 delle *Working Procedures for Appellate Review*, in WT/AB/WP/6, cit.).

²¹⁷ Si vedano le *Rules* 8-11, 16, 18, 19, 20-23 bis, 25, 27 e 30 delle *Working Procedures for Appellate Review*.

²¹⁸ Cfr. la *Rule* 24 delle *Working Procedures for Appellate Review*.

narie internazionali per l'interpretazione degli accordi. Il lodo arbitrale sarebbe da adottare a maggioranza, con la possibilità di redigere opinioni dissenzienti, sempre in forma anonima; e gli arbitri dovrebbero discutere ed avere uno scambio di opinioni con altri quattro membri del *roster* dal quale sono stati estretti a sorte, in modo da replicare anche nella procedura ex art. 25 DSU il costante confronto tra tutti i giudici dell'Organo d'appello, sul quale si impernia il principio di collegialità che caratterizza i *reports* del Tribunale permanente.

Come già evidenziato, il lodo del collegio arbitrale, in base all'art. 25 DSU, deve essere considerato immediatamente vincolante, non necessitando dell'approvazione pressoché automatica attraverso il passaggio formale dinanzi al DSB. Si pone, allora, la questione di coordinare i tempi con l'adozione del *report* del *panel*, poiché l'art. 25 DSU non prevede che il ricorso alla procedura arbitrale sospenda automaticamente l'adozione del *report* del *panel*. In questo caso il modello di accordo di *appeal-arbitration* collegherebbe l'acquisizione di forza vincolante del *report* del primo grado di giudizio con quella del lodo arbitrale prevedendo l'obbligo per il ricorrente di chiedere la sospensione del procedimento di primo grado successivamente alla comunicazione del *report* del *panel* alle parti ma prima che detto *report* venga distribuito a tutti i Membri dell'OMC, in base all'opzione consentita dall'art. 12, par. 12 del DSU²¹⁹. Il primo appellante della procedura arbitrale dovrebbe allegare al suo ricorso in appello il *report* del *panel*. Quindi, gli arbitri dovrebbero a loro volta allegare detto *report* al loro lodo arbitrale, che incorporerà il giudizio di primo grado così come confermato, modificato o rigettato dal collegio arbitrale d'appello²²⁰.

²¹⁹ «Il panel può sospendere i suoi lavori in qualsiasi momento a richiesta della parte che ha sporto reclamo per un periodo non superiore ai dodici mesi»; «[t]he panel may suspend its work at any time at the request of the complaining party for a period not to exceed 12 months».

²²⁰ Per i vari aspetti dell'accordo istitutivo del collegio arbitrale ex art. 25 DSU cfr. diffusamente S. ANDERSEN, T. FRIEDBACHER, C. LAU, N. LOCKHART, J.Y. REMY, I. SANDFORD, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, cit.

2. Conclusioni

Quanto sta accadendo nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC impone un forte e positivo impegno del pilastro politico per ricercare una risposta diplomatica condivisa. Il disagio manifestato dagli Stati Uniti va, innanzitutto, compreso, e, per superare la crisi, occorre valutare opzioni che tengano conto dei motivi espressi dal Paese nordamericano. La chiusura di Washington, infatti, certo non è totale, poiché, nonostante il blocco nella nomina dei giudici d'appello, Washington continua ad introdurre ricorsi²²¹, ed anche a richiedere di intervenire come parte terza nei procedimenti che, pur riguardando altri Membri dell'OMC, hanno ad oggetto questioni complesse e cruciali, quali la possibilità di riconoscere alla Cina lo *status* di economia di mercato²²².

Si è già sopra evidenziata la nostra preferenza per il rimedio dell'*appeal-arbitration* di cui all'art. 25 DSU, poiché si tratta di un mezzo alternativo già contemplato dall'Intesa stessa, dunque legittimo, e anche perché, nella redazione di un eventuale modello di arbitrato, permetterebbe di coinvolgere gli Stati Uniti. Inoltre, la *membership* dell'OMC potrebbe definitivamente uscire dalla sua latitanza e lavorare ad integrazioni e modifiche del DSU, ridisegnando l'oggetto dell'Organo d'appello e il suo rapporto con i *panels*, e lavorando anche ad una ridefinizione del mandato dei giudici. Sotto quest'ultimo profilo, una soluzione positiva ed efficace per garantire l'indipendenza del Tribunale permanente potrebbe essere quella di estendere detto mandato a 6 o 7 anni, eliminando la possibilità del suo rinnovo. In questo modo, infatti, un giudice d'appello avrebbe un lasso di tempo ragionevole per conoscere il sistema ed apportarvi il contributo; inoltre, non

²²¹ Da ultimo cfr. WT/DS531/1, *Canada - Measures Governing the Sale of Wine in Grocery Stores (second complaint)*, Request for Consultations by the United States, 2 October 2017.

²²² Cfr. *European Union - Measures Related to Price Comparison Methodologies* (DS516), Third Party Submission of the United States of America, November 21, 2017, disponibile sul sito dell'USTR al link <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.3d.Pty.Su.pdf>.

potendo ricandidarsi, non sarebbe condizionato dalle valutazioni compiute da questo o quel Membro dell'OMC, e dunque eserciterebbe la sua attività giudiziale al riparo da interferenze governative.

ELISA BARONCINI, Attacco ai magnifici sette: il blocco nella composizione dell'Organo d'appello dell'OMC. Genesi e possibili soluzioni

Negli ultimi tempi, ed in particolare negli ultimi mesi, il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) sta attraversando una crisi che va facendosi sempre più seria a causa dell'incapacità della *membership* del sistema multilaterale di trovare il *consensus* per il rinnovo dei giudici o la nomina dei nuovi componenti dell'Organo d'appello. Tale criticità si combina negativamente con il considerevole aumento della mole di lavoro del Tribunale permanente dell'OMC: nel 2016, infatti, l'88% dei *reports* dei *panels* è stato impugnato, un considerevole incremento rispetto alla media dei dieci anni precedenti, che si è attestata al 68%. Di conseguenza, vi sono fondate preoccupazioni sulla possibilità di continuare ad esperire con efficacia la procedura d'appello e quindi giungere ad una spedita risoluzione delle dispute, secondo i principi, gli *standard* e le tempistiche richiesti dall'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie dell'OMC (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, d'ora innanzi: DSU).

In questo nostro lavoro, dopo una breve presentazione della composizione e del funzionamento dell'Organo d'appello e dei tratti distintivi del suo mandato, si ricostruiscono le fasi della sua crisi, provocata dall'atteggiamento assunto dagli Stati Uniti per bloccare la conferma o la nuova elezione dei membri dell'Organo d'appello. Quindi, si presentano alcuni possibili rimedi per superare, anche se solo momentaneamente, l'*impasse* inflitta dall'amministrazione statunitense al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, indubbiamente il tipo di contenzioso più articolato che, sinora, la Comunità internazionale abbia saputo esprimere, le cui soluzioni alle dispute più delicate si sono sempre imposte alla costante attenzione di accademici, politici, diplomatici, funzionari, operatori economici e, più in generale, della società civile nel suo complesso.

Si intendono, così, prospettare alcune vie d'uscita provvisorie che consentano di guadagnare tempi e spazi per una soluzione diplomatica alla forte e complicata tensione che attualmente sta vivendo il Tribunale permanente dell'OMC, evitando di pregiudicare un meccanismo, quello della risoluzione delle controversie creato dal DSU, sul quale tutti i Membri OMC hanno fatto costante affidamento come elemento centrale per assicurare sicurezza e prevedibilità, nonché equità e giuridicità al sistema multilaterale degli scambi.

Parole chiave: OMC, Organo d'appello, indipendenza dei giudici, questioni di diritto, arbitrato.

ELISA BARONCINI, Attack to the Magnificent Seven: the Blockage in the Composition of the WTO Appellate Body. Genesis and possible solutions

In particular in the last months, the WTO dispute settlement mechanism (DSM) is going through a crisis which is becoming more and more serious. In fact, because of the positive consensus rule which characterizes decision-making within the Dispute Settlement Body (DSB), the United States are exercising their veto power in appointing and reappointing the judges of the WTO Appellate Body. Currently only four (out of seven) judges are left in charge of dealing with appeal cases, and this at a time when the WTO DSM is under a heavy case-load.

In the present work we will briefly present the composition and functioning of the WTO Appellate Body, therefore we will deal with the mandate of the World Trade Court. We will reconstruct the different stages of the crisis of the Permanent Tribunal, trying to explain the reasons of the US uneasiness with the dispute settlement mechanism. We will then propose some provisional remedies, in order to gain time and political space to suggest a definitive diplomatic solution to the current crisis of the WTO Appellate Body, which is one of the greatest achievement of the modern International Community and for the development of international law, and has thus to be preserved against the threat of blockage and disappearance.

Key words: WTO, Appellate Body, independence of judges, issues of law and legal interpretations, arbitration.

INDICE DEL FASCICOLO 1 2018

Miscellanea

Arnaldo Morace Pinelli, Il revirement della Cassazione
in tema di assegno divorzile: in attesa delle Sezioni Unite 3

Francesco D'Agostino, Pluralismo difficile..... 25

Elisa Baroncini, Attacco ai magnifici sette: il blocco nella
composizione dell'Organo d'appello dell'OMC..... 35

Antonello Blasi, L'attività internazionale della Santa Sede
attraverso Concordati e Accordi con ordinamenti non di
tradizione cristiana: i Paesi africani 123

Manuel Ganarin, L'avvicendamento delle codificazioni
canoniche nella continuità della tradizione disciplinare
della Chiesa. L'apporto delle interpretazioni autentiche
per modum legis 157

Fatti e giudizi

Giuseppe Dalla Torre, Il XVI Congresso internazionale
di Diritto canonico a cent'anni dalla promulgazione del
Codex iuris canonici..... 187

Recensioni..... 193

ARCHIVIO GIURIDICO “*Filippo Serafini*”

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell’*Archivio Giuridico* è stata, sin dall’inizio, quella di essere visto in Italia e all’estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, ‘estratto’ degli articoli in formato elettronico pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli ‘estratti’, a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@mucchieditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell’Archivio Giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.