

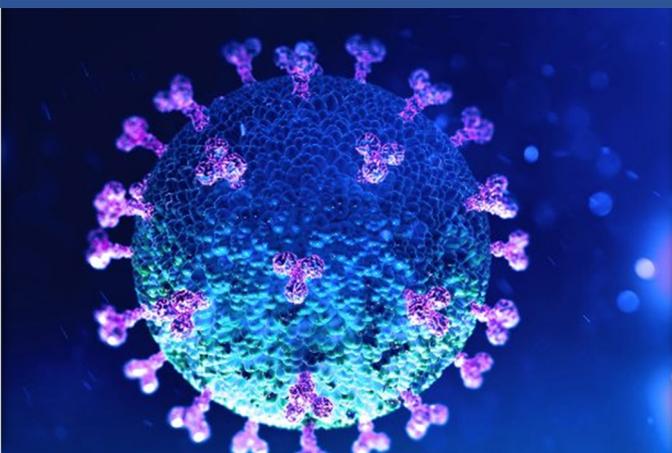


# **Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione Una prospettiva italiana**

a cura di

**Pia Acconci**

**Elisa Baroncini**





**Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su  
commercio, investimenti e occupazione  
Una prospettiva italiana**

**a cura di**

**Pia Acconci ed Elisa Baroncini**



Questo volume è stato sottoposto a una procedura di valutazione anonima da parte di due *referees*.

Dipartimento di Scienze giuridiche Direttore Michele Caianiello Università di Bologna  
Via Zamboni 27/29 40126 Bologna

CC BY 4.0 International

ISBN – 9788854970243  
DOI – 10.6092/unibo/amsacta/6440

Editing dei contributi, impaginazione, copertina e quarta di copertina: dott. Francesco Paolo Cunsolo, dott. Gian Maria Farnelli

Immagine di quarta di copertina: Carta di Frederick de Wit, sec. XVIII, Museo di Palazzo Poggi, Sistema Museale di Ateneo, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna. Si ringraziano il Presidente del Sistema museale d'Ateneo, prof. Roberto Balzani, e la dott.ssa Cristina Nisi, dei Servizi tecnico-museali dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Prima edizione: luglio 2020



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union

La pubblicazione del presente volume rientra tra le attività di divulgazione dei risultati delle attività del Modulo Jean Monnet (Programma Erasmus+) su “EU Investment Law” (EUIL) finanziato dall’Agenzia Esecutiva per l’Istruzione, gli Audiovisivi e la Cultura (EACEA) dell’Unione Europea (project number 600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE), di cui è coordinatore scientifico la prof.ssa dr. Pia Acconci (2018-2021). I contenuti riflettono le opinioni degli autori. La Commissione non ne è responsabile ad alcun titolo.

This book is published as an implementing activity of Jean Monnet Module (Program Erasmus+) on “EU Investment Law” (EUIL) with the support of the Erasmus+ Program of the European Union under the Jean Monnet Action (2018-2021) coordinated by prof. dr. Pia Acconci (project number 600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE). The contents reflect the views only of the authors. The Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.



Con la collaborazione di ILA Italy - Sezione italiana dell’International Law Association



Con la collaborazione del Gruppo di interesse della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) sul diritto internazionale dell’economia (DIEcon)

## INDICE

Elenco degli autori.....	V
Nota delle curatrici .....	XVII
Prefazione .....	1
<i>Pia Acconci</i>	
Considerazioni introduttive.....	7
<i>Attila Tanzi</i>	
Covid-19 e restrizioni al commercio internazionale: il dialogo ( <i>soft</i> ) tra OMS e OMC.....	23
<i>Donato Greco</i>	
<i>Quo Vadis</i> WTO after the Covid-19 Crisis? .....	47
<i>Giorgio Sacerdoti</i>	
<i>A tale of two crises</i> : quali risposte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio alla pandemia da Covid-19? .....	63
<i>Giovanna Adinolfi</i>	
<i>Immuni</i> dal diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio? Le app di tracciamento dei contatti e dei contagi nel contesto multi-plurilaterale.....	87
<i>Gianpaolo Maria Ruotolo</i>	
Le fragilità delle catene di fornitura globali di fronte all'emergenza da Covid-19 .....	103
<i>Carla Gulotta</i>	
Sicurezza alimentare e commercio internazionale ai tempi del Covid-19 .....	123
<i>Ilaria Espa</i>	
L'incidenza del Covid-19 sul settore agroalimentare nel quadro dell'OMC e dei controlli sugli investimenti esteri diretti .....	135
<i>Francesco Cazzini</i>	
Temporal Limits to Trade and Investment Measures Coping with a Sanitary Emergency under International Law.....	153
<i>Lorenza Mola, Stefano Saluzzo</i>	
Il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea e la protezione delle attività strategiche europee nel contesto dell'emergenza da Covid-19 .....	183
<i>Antonino Ali</i>	

L'effetto del Covid-19 sull'accesso degli investimenti stranieri: le recenti modifiche introdotte nel regime di "golden power" .....	193
<i>Maria Rosaria Mauro</i>	
Obblighi positivi dello Stato nell'emergenza sanitaria e diritto internazionale degli investimenti .....	225
<i>Gian Maria Farnelli</i>	
L'impatto del Covid-19 sui diritti degli investitori stranieri: le misure di contenimento dell'epidemia come espressione del "power to regulate" dello Stato ospite.....	239
<i>Giuliana Lampo</i>	
L'impatto del Covid-19 sui contratti commerciali transnazionali alla luce delle "force majeure" e "hardship clauses" .....	265
<i>Agostina Latino</i>	
Sviluppo sostenibile e investimenti diretti esteri dopo l'emergenza Covid-19: quale ruolo per i contratti di investimento? .....	293
<i>Sondra Faccio</i>	
L'emergenza Covid-19: l'approccio dell'Unione Europea alle restrizioni all'esportazione e al rinnovamento della "governance" degli scambi internazionali per gli "healthcare products" .....	311
<i>Elisa Baroncini</i>	
Gli effetti della pandemia sul mercato interno europeo: l'azione degli Stati e la risposta dell'Unione.....	341
<i>Paola Mariani</i>	
La libera circolazione dei prodotti farmaceutici e sanitari all'interno dell'Unione Europea. Riflessioni a margine della pandemia da Covid-19 .....	355
<i>Luca Pantaleo</i>	
Sovereign Financing During the Covid-19 Pandemic: the Debt Implications of Italy's Socio-Economic Measures for 2020 and the Response of the European Union .....	369
<i>Emma Luce Scali</i>	
La <i>Common Response Investment Initiative</i> : politica di coesione dell'Unione Europea e tutela del lavoro nell'emergenza Covid-19 .....	389
<i>Alessandro Perfetti</i>	
European Solidarity in the Age of Covid-19: The SURE Instrument.....	403
<i>Ilja Pavone</i>	

INDICE

Emergenza sanitaria e <i>Maritime Labour Convention</i> : alla ricerca dei “core rights” del lavoratore marittimo.....	419
<i>Elisa Ruozzi</i>	
Elenco delle abbreviazioni.....	439



## ELENCO DEGLI AUTORI

PIA ACCONCI è professore ordinario di diritto internazionale nella Facoltà di Scienze della Comunicazione dell'Università degli studi di Teramo. Dal 1/9/2018 titolare del Modulo Jean Monnet su "EU Investment Law" (EUIL) presso l'Università degli studi di Teramo (600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE). Membro del collegio docenti del Ph.D. dell'Università Commerciale L. Bocconi in "Legal Studies" curriculum in "International Law and Economics" (dal XXIX ciclo). Titolare di contratti di docenza e seminari in numerose università italiane e straniere. Relatore a diversi convegni scientifici italiani e internazionali. Co-coordinatore del Gruppo di interesse della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell'Unione Europea (SIDI) sul "Diritto internazionale e dell'Unione Europea in materia di salute" (da dicembre 2016). Membro fondatore del Gruppo di interesse SIDI sul "Diritto internazionale dell'economia". Membro fondatore dell'Interest Group dell'European Society of International Law (ESIL) su "International Health Law" (dal 2016). Coordinatore del gruppo di lavoro su "Rural Sustainability and Food Security", Italian Branch dell'ILA (da ottobre 2014). Membro del Comitato ILA su "Global Health Law" (da aprile 2015). Insignita dell'indennità di "eccellenza nella ricerca" dall'Università Commerciale L. Bocconi (2002). Dottore di ricerca in "Diritto Internazionale dell'Economia" presso l'Università degli studi di Bergamo, consociata con l'Università degli studi di Torino e l'Università Commerciale L. Bocconi (1997). Tra i suoi interessi di ricerca vi sono diritto delle organizzazioni internazionali, tutela della salute, sicurezza alimentare, diritto internazionale dell'economia, in particolare diritto internazionale e dell'Unione Europea in materia di investimenti, rilevanza degli interessi non economici nel diritto del commercio internazionale e trattamento delle imprese multinazionali. Ha pubblicato vari articoli e due libri - *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti stranieri* (Padova, Cedam, 2002) e *Tutela della salute e diritto internazionale* (Padova, Cedam, 2011), nonché curato la pubblicazione di *La*

*responsabilità sociale d'impresa in Europa* (Napoli, ESI, 2009). È co-editor con G. Sacerdoti, M. Valenti, A. De Luca di *General Interests of Host States in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2014) e con D. Donat Cattin, G. Palmisano, A. Marchesi, V. Santori di *International Law and the Protection of Humanity. Essays in Honour of Professor Flavia Lattanzi* (Brill Academic Publishers, 2017).

GIOVANNA ADINOLFI è professore di diritto internazionale presso l'Università degli studi di Milano. I suoi interessi di ricerca si concentrano sul diritto internazionale dell'economia, in particolare nell'ambito delle relazioni commerciali e monetario-finanziarie, su scale universale e regionale. Autrice di tre monografie e numerosi articoli e contributi in volume. È membro del Comitato dell'International Law Association "Sustainable Development and the Green Economy in International Trade", per il quale coordina il sottocomitato su "Mutual supportiveness between trade and environment". Nel 2018-2019 è stata consulente dell'Organizzazione Mondiale del Commercio per il progetto "Trade and Natural Disaster", per il quale ha preparato lo studio su "Natural Disasters and Trade Research Study II - A legal mapping. Natural disasters, WTO Agreements and other legal instruments".

ANTONINO ALÌ è professore associato di diritto internazionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento. È stato ricercatore nell'Università statale di Milano e nell'Università di Ginevra, Svizzera. Ha lavorato nel Gabinetto dell'Avvocato Generale, poi Giudice della Corte di giustizia dell'Unione Europea, Antonio La Pergola. Insegna presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento i corsi di "European Union Law", "Sicurezza nazionale e dell'Unione Europea" e "Sanzioni dell'Unione Europea e tutela giurisdizionale" e il corso di "National and European Security Law" presso l'"International Master in Security, Intelligence and Strategic Studies" (IMSIS - Glasgow, Dublin, Prague and Trento). È docente nel Corso Executive "Affari Strategici" della Luiss, Roma.

ELISA BARONCINI è professore associato di diritto internazionale nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, dove insegna diritto internazionale e “International Trade and Investment Law”. È Co-Chair dell’“Interest Group on International Economic Law” della European Society of International Law e membro fondatore e Coordinatore del Gruppo di interesse sul “Diritto internazionale dell’economia” della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell’Unione Europea (SIDI). Dichiarata idonea alle funzioni di professore di prima fascia nel settore concorsuale 12 E/1 (Diritto internazionale) nell’agosto 2018, è stata Visiting Fellow presso l’Istituto Universitario Europeo, ed è Associate Research Fellow del Leuven Centre for Global Governance Studies. Ha insegnato diritto internazionale dell’economia e relazioni esterne dell’Unione Europea in diversi atenei stranieri. Membro e coordinatore di diversi progetti di ricerca italiani ed internazionali, relatore in diversi convegni nazionali e internazionali, ha anche conseguito il Certificate del Centre for Studies and Research in International Law della Hague Academy of International Law per il lavoro svolto sulla fase diplomatica del sistema di risoluzione delle controversie dell’OMC. Attualmente lavora su crisi dell’Organo d’appello e processo di riforma dell’OMC, trasparenza nel diritto internazionale dell’economia, e partecipazione del Parlamento Europeo e della Commissione alla conclusione di accordi internazionali da parte dell’Unione Europea.

FRANCESCO CAZZINI si è dottorato nel gennaio 2020 in “Diritto Internazionale” presso l’Università degli studi di Milano La Statale, con una tesi dal titolo *Food Trade and Standards in the SPS Agreement: Necessity and Legitimacy in a Cooperation Frame*. Presso la medesima Università si è laureato nell’aprile 2016 con una tesi dal titolo *Sustainable Food - A European and International Perspective*. Dopo la laurea ha collaborato per uno studio legale di Bruxelles, occupandosi di diversi aspetti del diritto dell’Unione. I suoi temi di ricerca riguardano diverse aree del diritto internazionale, quali fonti del diritto, organizzazioni internazionali, sostenibilità, diritto del commercio e indicazioni geografiche. Come dottorando

ha trascorso diversi periodi di studio e ricerca all'estero, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Leiden, l'Accademia di Diritto Internazionale dell'Aia e all'ULB (Centre de droit international). È stato relatore in vari convegni sia in Italia che all'estero. Francesco collabora inoltre con uno studio legale milanese in diverse aree del diritto agroalimentare e commerciale.

ILARIA ESPA è assistant professor di diritto internazionale dell'economia presso l'Istituto di diritto dell'Università della Svizzera italiana (USI), senior research fellow presso il World Trade Institute (WTI) dell'Università di Berna e docente a contratto presso il Dipartimento di Scienze e Politiche Ambientali dell'Università degli studi di Milano La Statale. Vincitrice di una borsa Marie Curie per i suoi studi post-dottorali presso il WTI (Commissione Europea, 2013-2015), dove ha assunto anche il ruolo di coordinatrice scientifica della Scuola di Dottorato (2015-2017), è titolare di un dottorato in "Diritto Internazionale dell'Economia" (Università L. Bocconi, 2013) ed è stata Visiting Scholar presso la Columbia Law School nel 2012. I suoi interessi scientifici riguardano il diritto (internazionale ed europeo) dell'economia, il diritto e le politiche (internazionali ed europei) dell'ambiente e dell'energia, con particolare attenzione alla gestione sostenibile delle risorse naturali e dei cambiamenti climatici, e le loro reciproche interconnessioni. Vincitrice del Premio SIDI 2013, ha recentemente pubblicato i volumi *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals: Testing the Adequacy of WTO Disciplines* (Cambridge University Press, 2015) e *International Trade in Sustainable Electricity: Regulatory Challenges in International Economic Law* (Cambridge University Press, 2017), oltreché numerosi articoli in prestigiose riviste internazionali di settore tra cui *Journal of International Economic Law*, *World Trade Review*, *Journal of World Trade*, *Journal of World Investment and Trade* e *Trade, Law & Development*. È membro di numerose associazioni professionali e accademiche e svolge regolarmente attività di consulenza per agenzie governative, organizzazioni internazionali e organizzazioni non governative.

SONDRA FACCIO è assegnista di ricerca presso la Scuola di Studi Internazionali dell'Università degli studi di Trento dove si occupa del progetto “La politica commerciale dell'UE nelle guerre civili e in altri casi di sovranità contestata: una prospettiva di diritto internazionale”. Tra le sue pubblicazioni più recenti vi sono *The Interplay between Investment Law and the Duty of Non-Recognition in Situations of Contested Sovereignty*, *It.YIL*, 2019; con Pertile *Access to Water in Donbass and Crimea: Attacks against Water Infrastructures and the Blockade of the North Crimea Canal*, *RECIEL*, 2020; *New Developments in Proceedings Involving Venezuela: Interim President Guaidó Intervenes Before US Courts*, *Kluwer Arbitration Blog*, novembre 2019; con Pertile *What we Talk about When we Talk about Jerusalem? The Duty of Non-Recognition and the Prospects for Peace after the US Embassy's Relocation to the Holy City*, *LJIL*, 2020, in corso di pubblicazione.

GIAN MARIA FARNELLI (dottore di ricerca, Università di Verona, 2014) è ricercatore a tempo determinato di tipo B presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna (2019-in corso). È stato assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna (2015-2018) e Visiting Scholar presso il Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law di Heidelberg (2012). È assistente editoriale della rivista telematica “Questions of International Law”. Ha partecipato in qualità di assistente di ricerca a contenzioso interstatale in tema di diritto del mare e contenzioso degli investimenti. Ha pubblicato in lingua italiana e inglese in tema di diritto del mare, terrorismo internazionale, diritto dell'ambiente, diritto dell'immunità, diritto delle acque e diritto del processo internazionale.

DONATO GRECO è dottorando di ricerca in “Diritto Internazionale”, iscritto al terzo anno di corso (a.a. 2019-20) presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Napoli Federico II. È attualmente impegnato a scrivere una tesi sul valore del “soft law” nel diritto internazionale dell'economia sotto

la guida dei professori Massimo Iovane e Fulvio M. Palombino. A gennaio 2019 ha preso parte ai corsi invernali dell'Accademia di Diritto internazionale dell'Aia, da cui ha tratto particolare beneficio per le sue ricerche. A settembre 2019 risulta vincitore di borsa dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, per la partecipazione a un ciclo seminariale dal titolo *Il ritorno della "guerra giusta"*, volto ad approfondire la regolazione dell'uso della forza nella teoria e nella prassi del diritto internazionale moderno e contemporaneo. Nei tre anni di corso ha avuto l'occasione di approfondire tematiche legate al sistema delle fonti giuridiche e all'interpretazione dei trattati, alla cooperazione intergovernativa in materia di salute pubblica, all'adattamento del diritto interno agli obblighi internazionali di origine pattizia, nonché alla tutela dei diritti fondamentali, con particolare riferimento alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

CARLA GULOTTA è professore associato di diritto internazionale e docente di diritto internazionale dell'economia, diritto dell'Unione Europea e "International Trade Law" presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Co-Direttore del Master di I Livello Sostenibilità in "Diritto, Finanza e Management" dell'Università Milano-Bicocca; Responsabile del Modulo di "International Law and Compliance" nell' "Executive Master in Management of Research Infrastructures-EMMRI". Membro del Collegio dei Docenti del Dottorato in "Scienze Giuridiche" dell'Università Milano-Bicocca. Membro dei gruppi d'interesse SIDI sul "Diritto internazionale dell'Economia" e sul "Diritto Internazionale e dell'Unione Europea in materia di salute". Membro del Comitato scientifico del Centro di Ricerca in Economia e Regolazione dell'Industria, dei Servizi e del Settore Privato – CESISP; membro del Comitato di redazione della rivista "Diritto del Commercio Internazionale". Iscritta all'Albo dell'Ordine degli Avvocati di Milano. Le sue principali aree di ricerca sono commercio internazionale, investimenti internazionali, responsabilità sociale e sostenibilità, diritti sociali e diritto alla salute. Monografie più recenti: *La partecipazione nell'impresa nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 2018; *Il sostegno alle esportazioni nel diritto internazionale*, Milano, 2015.

GIULIANA LAMPO ha conseguito cum laude la laurea in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II nel 2017, discutendo, col professor Fulvio M. Palombino, una tesi dal titolo *Ordine pubblico e arbitrato commerciale internazionale*. Attualmente è dottoranda in “Diritto Internazionale” al primo anno di corso (a.a. 2019/2020) presso la medesima Università. La sua ricerca – condotta sotto la guida del Dott. Giovanni Zarra – si incentra sulle implicazioni del finanziamento da parte di terzi nell'arbitrato internazionale. Sino ad oggi ha avuto modo di approfondire tematiche relative all'arbitrato in materia di investimenti, prevalentemente di diritto processuale, nonché all'adattamento del diritto interno al diritto internazionale pattizio.

AGOSTINA LATINO, Ph.D. in “Diritto Internazionale”, è professore aggregato - ricercatore universitario confermato a tempo indeterminato della Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Camerino dove insegna tutela internazionale dei diritti umani, diritto dell'Unione Europea e diritto delle migrazioni. È altresì titolare di insegnamenti presso la Luiss-Guido Carli di Roma (diritto internazionale), l'Università Milano Bicocca (diritto degli scambi internazionali) e la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli studi di di Teramo (diritto internazionale privato e processuale). Nei suoi studi si è occupata principalmente di diritti della persona umana, diritto internazionale dell'economia e delle politiche dell'Unione Europea.

MARIA ROSARIA MAURO è professore ordinario di diritto internazionale presso l'Università degli Studi del Molise (Dipartimento Giuridico), dove insegna anche diritto internazionale privato. Dal 2007 è docente di diritto internazionale dell'economia presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma (Dipartimento di Giurisprudenza). Nella stessa Università ha insegnato diritto internazionale (Dipartimento di Economia e Finanza), diritto internazionale dell'economia e dell'ambiente (Dipartimento di Scienze Politiche) e “International Organization and Human Rights”

(Dipartimento di Scienze Politiche). Ha scritto il manuale *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali* (Napoli, 2019) e le monografie *Il principio di giurisdizione penale universale e la giustizia penale internazionale* (Padova, 2012), *Il principio della giurisdizione penale universale nel diritto interazionale* (Roma, 2008) e *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti* (Torino, 2003). Inoltre, è autrice di numerosi saggi e articoli in italiano, inglese e spagnolo e ha curato diverse opere collettanee. Dal 2000 al 2005 ha lavorato, in qualità di “esperto di diritto commerciale internazionale: contrattualistica internazionale”, presso il Ministero del Commercio con l’Estero (attuale Ministero dello Sviluppo Economico – Commercio Internazionale).

PAOLA MARIANI è professore associato di diritto internazionale nell’Università Commerciale L. Bocconi dove insegna diritto internazionale privato e diritto dell’Unione Europea. È autrice di libri e articoli pubblicati in riviste italiane ed europee (tra cui, “Revue générale de droit international public”, “European Journal of Legal Studies” ed “European Law Review”). Di recente ha scritto una monografia e alcuni articoli sulla Brexit, specificamente sulle implicazioni del recesso di uno Stato membro dall’Unione Europea sotto il profilo del diritto internazionale e delle future relazioni commerciali tra UE e Regno Unito. La sua attività di ricerca attuale si concentra sulla politica commerciale comune dell’UE nel contesto europeo dopo la Brexit. L’obiettivo principale della ricerca è discutere gli attuali modelli di accordi commerciali conclusi dall’UE nella regione europea e valutare la loro replicabilità nelle future relazioni con il Regno Unito e la Svizzera in uno scenario dominato dal declino dell’ordine economico internazionale basato sul multilateralismo e dalla crisi delle democrazie liberali.

LORENZA MOLA è professoressa associata di diritto internazionale e membro del collegio docenti del dottorato in “Diritto, Istituzioni e Mercato” presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Torino. Ha conseguito il titolo di dottorato in “Diritto Internazionale dell’Economia” presso l’Università Commerciale L.

Bocconi. È autore di una monografia sulla *Sicurezza nazionale nel diritto internazionale degli investimenti* (2010). Membro del Comitato scientifico del Master in “International Trade Law” della Turin School of Development dal 2014. Vi ricopre l’incarico di direttore scientifico dal 2018. Membro di associazioni scientifiche nazionali e internazionali nel settore del diritto internazionale, e di relativi gruppi di lavoro, i suoi principali campi di ricerca sono il diritto internazionale degli investimenti, il diritto internazionale dei diritti umani economici e sociali, e il diritto delle relazioni esterne dell’Unione Europea.

ILJA RICHARD PAVONE ha ottenuto il dottorato di ricerca in “Ordine Internazionale e Diritti Umani” presso l’Università La Sapienza di Roma. È ricercatore presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche (sede di Roma), dove coordina l’unità di ricerca in tema di “Biodiritto Internazionale, Europeo e Nazionale”. È membro dei coordinating committees degli ESIL Interest Groups su “International Biolaw” e su “Peace and Security”. Insegna diritto dell’ambiente presso l’Università La Tuscia di Viterbo. In passato ha insegnato nelle università di Roma (La Sapienza), Macerata, Siena, Venezia (Venice International University). Ha svolto diversi periodi di ricerca all’estero in qualità di Visiting Scholar presso università ed enti di ricerca, tra cui la Queensland University (Brisbane, Australia) e il Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Germania). È autore di diverse pubblicazioni scientifiche nel settore del diritto internazionale e del diritto dell’Unione Europea con particolare riferimento ai temi della bioetica, dell’ambiente, del diritto sanitario e del diritto animale. È membro del Comitato Scientifico della rivista “The Future of Science and Ethics” pubblicata dalla Fondazione Umberto Veronesi e del Comitato Editoriale della rivista “Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto”.

ALESSANDRO PERFETTI è dottore di ricerca in “Istituzioni Internazionali, Sovranazionali ed Europee” (Università degli studi di Teramo) e specialista in diritto europeo. È docente di Tecnica della progettazione europea presso la Facoltà di Scienze Politiche

dell'Università degli studi di Teramo. Nello stesso Ateneo è titolare dei corsi di diritto dell'Unione Europea nell'ambito della Scuola di specializzazione per le Professioni Legali e presso la Scuola di specializzazione in Diritto Amministrativo. I suoi interessi scientifici includono il diritto commerciale europeo, quello doganale, gli investimenti esteri, la sicurezza alimentare, la responsabilità sociale di impresa, la politica di coesione e la tutela della salute pubblica. Su questi temi ha pubblicato vari articoli e contributi a opere collettanee. Da anni coniuga l'attività accademica con quella professionale nel settore della consulenza in favore di enti pubblici in materia di politiche europee e in quello dell'euro-progettazione, svolgendo una fervida attività formativa rivolta a funzionari pubblici, imprenditori e giovani in formazione.

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO è professore associato di diritto dell'Unione Europea nell'Università degli studi di Foggia, dove insegna anche diritto internazionale privato, diritto del commercio internazionale, diritto delle organizzazioni internazionali e diritto internazionale ed europeo dei dati. Abilitato alle funzioni di professore ordinario di diritto internazionale. Dottore di ricerca in "Diritto Internazionale" presso l'Università degli studi "Federico II" di Napoli, è avvocato abilitato al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori. Attualmente è iscritto nel registro speciale dei professori universitari a tempo pieno. È stato Visiting presso il King's College di Londra e l'Institute of Advanced Legal Study (IALS) dell'University of London. Membro del collegio dei docenti del dottorato in "Scienze Giuridiche" dell'Università degli studi di Siena, è titolare di incarichi di docenza in master e corsi di dottorato di numerose università italiane, per l'UNESCO e l'UNICRI. È stato consulente del Ministero dell'Interno per la Scuola internazionale per la prevenzione e il contrasto al crimine organizzato. È socio di International Law Association (ILA), European Society of International Law (ESIL), Società Italiana di Diritto Internazionale e dell'Unione Europea (SIDI), Associazione italiana studiosi di diritto dell'Unione Europea (AISDUE), Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo (DPCE) ed Internet Society (ISoc). È autore di due monografie e di numerosi contributi in materia di

diritto internazionale e dell'Unione Europea, molti dei quali sono reperibili all'indirizzo [gianpaolomariaruotolo.academia.edu](mailto:gianpaolomariaruotolo.academia.edu).

ELISA RUOZZI è professore associato presso l'Università degli studi di Torino dove insegna, fra gli altri, diritto internazionale dell'economia. I suoi attuali interessi di ricerca vertono sulla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, sul diritto del mare e sulla tutela internazionale dei diritti umani. Elisa Ruozzi si è laureata in Scienze Internazionali e Diplomatiche presso l'Università degli studi di Torino, ha ottenuto il Master in "Droit international économique" presso l'Université Paris I Panthéon Sorbonne e il dottorato di ricerca in "Diritto Internazionale dell'Economia" presso l'Università Commerciale L. Bocconi. Nel 2013 è stata Visiting Researcher presso la Tsinghua University e nel 2019 ha ricoperto il ruolo di Visiting Professor presso il Centre for Transnational Legal Studies di Londra, dove ha insegnato "Environmental Litigation e Transnational Labour Law". È inoltre parte di un progetto di ricerca in materia di transizione energetica finanziato attraverso il Programma Horizon 2020 della Commissione Europea.

GIORGIO SACERDOTI è professore emerito nell'Università Commerciale L. Bocconi, Milano, già ordinario dal 1994 al 2013; cattedra Jean Monnet di diritto europeo (dal 2004). In precedenza professore nelle Università di Milano, Bergamo, Bari e Urbino. International Fellow, Aspen Institute. Professeur visiteur all'Institut des Hautes Etudes Internationales dell'Università di Parigi e in varie università straniere. Docente all'Accademia in Diritto internazionale dell'Aja (1994). È stato Direttore in Bocconi del Dottorato in "Diritto Internazionale dell'Economia". Co-editor dell'"Italian Yearbook of International Law". Membro dell'Editorial Advisory Board del "Journal of World Investment & Trade". Avvocato. Arbitro ICSID (Banca Mondiale). Già vicepresidente del Comitato OCSE sulla lotta alla corruzione internazionale (1995-2001). Membro dell'Organo d'Appello dell'Organizzazione Mondiale del Commercio negli anni 2001-2009 (presidente nel 2006/2007). F. Braudel Senior Fellow all'Istituto Universitario Europeo (2012).

STEFANO SALUZZO è attualmente ricercatore di diritto internazionale presso l'Università del Piemonte Orientale. Ha conseguito il dottorato presso l'Università degli studi di Palermo con una tesi in materia di relazioni esterne dell'Unione Europea. È stato Visiting Researcher presso il Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law e la Brussels School of International Studies della Kent University, nonché docente di diritto dei conflitti armati sempre presso la Kent University. È autore di una monografia dal titolo *Accordi internazionale degli Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi* e la sua attività di ricerca si concentra in particolare sulle relazioni esterne dell'Unione Europea, sul diritto delle organizzazioni internazionali e sul diritto del commercio internazionale.

ATTILA M. TANZI è professore ordinario di diritto internazionale all'Università di Bologna, Associate Member di 3VB Chambers, London. È stato Visiting Professor presso Queen Mary University of London (2014-2016), Université Paris II-Panthéon Assas (2018) l'Università di Vienna (2018-2019). External Scientific Fellow presso il Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law (2020). Fornisce pareri a governi e organizzazioni internazionali su questioni di diritto internazionale. È stato avvocato e arbitro in controversie interstatali e di investimenti. Attualmente, è un membro della Corte permanente di arbitrato e Conciliatore presso la Corte di conciliazione e arbitrato dell'OSCE. È Chairman dell'Implementation Committee della Convenzione UNECE del 1992 sulla protezione e uso dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali (dal 2013). È stato Chairman del Legal Board della stessa convenzione (2004-2012) e Chairman del Compliance Committee del Protocollo UNECE del 1999 su acqua e salute (2007-2010). Ha pubblicato in francese, inglese, italiano e spagnolo su vari temi di diritto internazionale, tra cui la responsabilità degli Stati, le immunità giurisdizionali, il diritto degli investimenti stranieri, il diritto dell'ambiente e il diritto internazionale delle acque.

## NOTA DELLE CURATRICI

Il presente volume nasce grazie alle attività del Modulo *Jean Monnet* “EU Investment Law” (EUIL) di cui è coordinatrice scientifica Pia Acconci, in collaborazione con il Gruppo di interesse sul “Diritto Internazionale dell’Economia” della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell’Unione Europea (SIDI), di cui è co-coordinatrice Elisa Baroncini, e con l’*ILA Italy* - Sezione italiana dell’*International Law Association* (ILA). Esso propone a studenti, accademici, amministratori di enti pubblici e organismi privati chiavi di lettura variegata delle modalità di risposta alle emergenze sanitarie collettive e alle crisi economiche transnazionali.

La sua realizzazione ha visto il fondamentale supporto di AlmaDL, la Biblioteca digitale dell’Ateneo di Bologna, che, attraverso il servizio AMS Acta, consente di pubblicare prontamente, digitalmente e in open access. Altrettanto prezioso è stato l’accurato lavoro di impaginazione e definizione delle copertine del Dott. Francesco Cunsolo e del Dott. Gian Maria Farnelli. A loro e ad Alma DL esprimiamo la nostra gratitudine, come pure al Sistema museale dell’Ateneo di Bologna per l’uso della Carta di Frederick de Wit nella quarta di copertina. Ringraziamo inoltre i servizi di comunicazione dei nostri rispettivi Atenei per la promozione dell’opera e infine tutti gli organi della SIDI e dell’*ILA Italy* per il patrocinio.

Pia Acconci

Elisa Baroncini

*Teramo e Bologna, luglio 2020*



## PREFAZIONE

Pia Acconci

L'emergenza sanitaria internazionale generata dalla nuova malattia infettiva Covid-19 ha minato gli scambi transnazionali e gli investimenti all'estero, nonché peggiorato il tasso di disoccupazione in molti Stati tanto economicamente avanzati quanto in via di sviluppo. Il lungo periodo di quarantena istituito dai governanti di numerosi Stati – col corollario della chiusura di molte attività produttive e sospensione dell'erogazione di servizi, alcuni anche di pubblica utilità – è considerato la causa principale di quest'altra emergenza. È diffuso inoltre il timore che i provvedimenti nazionali di quarantena, ripercuotendosi negativamente sul sistema economico mondiale, possano provocare una recessione sistemica di portata equiparabile a quella avvenuta un secolo fa circa, successivamente alla nota epidemia di “influenza spagnola”, con culmine nel 1929. Esiste tuttavia una differenza significativa tra quel momento storico e quello attuale. Questa differenza scaturisce principalmente da due fenomeni consolidatisi con l'accettazione pressoché generalizzata del processo di liberalizzazione nella vita di relazione internazionale: l'interdipendenza economica e l'intensificazione delle forme di coordinamento e cooperazione.

Sotto entrambi i profili, le organizzazioni internazionali hanno assunto una posizione importante mediante l'adozione di molteplici atti volti a indirizzare le azioni degli Stati membri aventi per oggetto i rapporti economici transnazionali, onde mitigare conflitti di interesse derivanti dalla diversificazione normativa tipica del diritto internazionale, ossia dall'eterogeneità, quanto a portata e natura, delle norme applicabili ad ambiti di cooperazione materiale distinti. Merita segnalare che si è intensificata anche la stipulazione di trattati internazionali in materia di commercio internazionale e protezione degli investimenti stranieri, nonché, nel corso dell'ultimo decennio, la conclusione di trattati internazionali di portata regionale volti all'istituzione di forme più accentuate di cooperazione e liberalizzazione nei rapporti economici tra parti contraenti e all'attenuazione dei conflitti tra norme nazionali derivanti, in

particolare, dalle diversità tra standard tecnici e tradizioni culturali. Tali trattati di nuova generazione ampliano la rilevanza della salvaguardia di interessi non economici, quali ambiente, salute e talvolta occupazione, nel quadro della disciplina internazionale in materia di scambi, servizi e investimenti, seppure a titolo di deroga. Già il *General Agreement on Trade and Tariffs* (GATT) del 1947 e i trattati sul commercio internazionale amministrati dall'Organizzazione Mondiale del Commercio sin dal 1995 contemplano deroghe tese a rendere flessibile il proprio ambito di applicazione e giustificare quindi una parte contraente, qualora questa abbia la necessità di adottare, in maniera proporzionata e non discriminatoria, provvedimenti unilaterali per la tutela di un interesse non economico di natura pubblica, quale preservazione delle risorse naturali, patrimonio artistico-culturale ovvero salute.

Il diritto dell'Unione Europea include anch'esso un sistema di deroghe per la tutela di interessi analoghi nella disciplina del funzionamento del mercato interno, sin dalla nascita della Comunità Economica Europea col Trattato di Roma del 1957. La rilevanza della tutela di interessi sociali si è estesa con l'approfondimento istituito dai vari Trattati di riforma di quel Trattato succedutisi fino a quello di Lisbona del 2007, in particolare con l'integrazione dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile quali obiettivi strumentali dell'Unione. Questa rilevanza si è ampliata, per quanto concerne la struttura delle norme e il loro ambito materiale di applicazione, a seguito della conclusione dei trattati internazionali su commercio e investimenti di nuova generazione segnalati in precedenza. Siffatto ampliamento si è verificato invero soprattutto nel quadro della disciplina del trattamento degli investimenti stranieri. La tutela della salute rientra sovente tra gli interessi non economici così salvaguardati sulla base di disposizioni specifiche.

Tale carattere innovativo mira infatti alla prevenzione dei conflitti e delle difficoltà interpretative sperimentate da taluni giudici e/o arbitri nella soluzione di controversie sorte dalla pretesa di Stati e/o privati investitori di esigere l'applicazione nel corso dello stesso procedimento di norme internazionali di origine pattizia relative a materie diverse, quali potrebbero essere le norme sulla protezione dei diritti della persona e quelle sul trattamento di investimenti stranieri.

Alcuni Stati economicamente avanzati, come Australia, Canada, Germania e Stati Uniti, hanno favorito siffatto riorientamento delle norme internazionali pattizie in materia di investimenti stranieri dopo essersi trovati convenuti davanti a tribunali arbitrali a seguito dell'adozione di provvedimenti normativi nazionali di carattere non discriminatorio per la tutela di un interesse pubblico, tra cui quelli già richiamati, ossia ambiente, patrimonio artistico-culturale e salute. È così che numerosi trattati internazionali di nuova generazione si riferiscono all'esercizio del "right to regulate" dello Stato ospite di investimenti stranieri in relazione a tali interessi in quanto «legitimate public objectives».

L'Unione Europea ha anch'essa contribuito al suddetto rinnovamento di prospettiva per quanto concerne le norme internazionali pattizie in materia di investimenti diretti all'estero. Nell'esercizio della propria competenza in materia – attribuitele nel quadro della politica commerciale comune per la prima volta col Trattato di riforma concluso a Lisbona nel 2007 – la Commissione Europea ha seguito un approccio innovativo. Questo ha esteso la portata non solo di tale politica comune dell'Unione, ma anche degli accordi internazionali da essa conclusi in materia con l'inclusione talvolta, per esempio, di una clausola sullo sviluppo sostenibile riferibile specificamente all'applicazione delle norme in materia di investimenti.

La posizione proattiva – sotto i profili sia procedurale sia materiale – assunta dalla Commissione Europea nell'esercizio della nuova competenza attribuitele dal Trattato di Lisbona è stata una delle ragioni principali per le quali ho incentrato il progetto per la partecipazione al bando *Jean Monnet* del 2018 sull'attivazione di un Modulo di insegnamento e ricerca dedicato al diritto dell'Unione Europea in materia di investimenti (*EU Investment Law*, EUIL). Ho congegnato tale progetto per elaborare e proporre una sistemazione del quadro normativo e politico in siffatta materia, partendo dal dibattito sui conflitti tra norme internazionali relative a settori distinti sorti a causa dell'interazione tra interessi eterogenei nel corso di procedimenti arbitrali istituiti sulla base di trattati internazionali in materia di investimenti. In virtù della diversificazione normativa internazionale, questi conflitti sono risultati un rischio ulteriore tanto per gli operatori del commercio e gli investitori quanto per gli Stati nella fase attuale di turbolenza del processo di liberalizzazione e

interdipendenza causata tanto dalle scelte di carattere protezionistico effettuate da alcuni Stati quanto dall'instabilità dei mercati transnazionali. L'emergenza sanitaria Covid-19 ha amplificato tale turbolenza provocando timori e aspettative negative, là dove le strategie di mitigazione del rischio e l'esigenza dell'individuazione di risposte comuni a problemi comuni macroscopici richiederebbero un clima internazionale foriero, nella misura del possibile, di certezze e prevedibilità.

Quest'opera collettanea trae origine dal desiderio di rendere pubbliche le riflessioni maturate nel corso di due *webinar* relativi agli "effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e strumenti finanziari transnazionali" da me organizzati, in collaborazione col Gruppo di interesse sul "diritto internazionale dell'economia" della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell'Unione Europea (SIDI) e dell'*Italian Branch* dell'*International Law Association*, quali azioni di attuazione del Modulo *Jean Monnet* su *EU Investment Law*, rispettivamente i giorni 9 e 11 maggio 2020, durante il periodo di quarantena istituito dal Presidente del Consiglio dei Ministri in Italia. I partecipanti a questi *webinar* hanno esaminato quali norme internazionali potessero risultare applicabili per la sorveglianza e la prevenzione dei pregiudizi cagionati dall'emergenza sanitaria all'andamento dei flussi di scambio transnazionali, degli investimenti all'estero e del mercato del lavoro. Al fine di contribuire alla circolazione delle idee e alla costruzione di prospettive di rinnovamento della "normalità" in un momento storico ancora di emergenza, ho accolto volentieri la proposta gentile della collega professoressa Elisa Baroncini di collaborare, per la pubblicazione delle riflessioni emerse durante tali *webinar*, curando un'opera collattanea fruibile anch'essa gratuitamente attraverso il *web* in tempi rapidi. Questo genere di pubblicazione soddisfa peraltro gli obiettivi di pubblicità e divulgazione del Modulo *Jean Monnet*. Allo scopo di comunicare più diffusamente quanto realizzato finora per la realizzazione del progetto del Modulo, l'opera raccoglie anche i contributi di alcuni studiosi specialisti di diritto internazionale e dell'Unione Europea in materia di rapporti economici transnazionali. Questi avevano partecipato a precedenti eventi organizzati presso l'Università degli studi di Teramo. Si tratta dei contributi di Agostina Latino, Lorenza Mola in collaborazione con Stefano Saluzzo, Luca Pantaleo, Elisa Ruoizzi ed Emma Luce

Scali. Tali contributi arricchiscono l'opera grazie ad approfondimenti relativi agli effetti dell'emergenza sanitaria sulle transazioni di prodotti farmaceutici nel mercato interno dell'Unione Europea e alla rilevanza della sicurezza nazionale quale clausola di eccezione all'applicazione delle norme internazionali e dell'Unione in materia di investimenti. Altri di questi scritti estendono la portata dell'opera mediante l'esame degli effetti dell'emergenza sanitaria sotto profili ulteriori, come quello relativo alle norme applicabili al diritto dei contratti internazionali, ai rapporti di lavoro transnazionali nel settore marittimo e alla politica di bilancio dell'Italia in quanto Stato membro dell'Unione.

Dall'opera emerge che l'emergenza sanitaria ha posto in risalto l'importanza delle clausole di eccezione e deroga contemplate nel diritto dell'Unione Europea, negli accordi internazionali in materia di scambi e investimenti, nonché nel diritto internazionale generale. Quest'emergenza ha reso peraltro più flessibile l'applicazione di tali norme generando tuttavia il rischio di una dilatazione del ricorso all'unilateralismo. Le attività delle organizzazioni internazionali e dell'Unione Europea sono risultate così preminenti per il coordinamento delle azioni eterogenee degli Stati membri. L'emergenza ha rinnovato, d'altra parte, interrogativi sul ruolo delle numerose organizzazioni e finanche sulla loro attendibilità quali protagoniste della vita di relazione internazionale in grado di guidare gli Stati membri nella reazione e prevenzione di emergenze di carattere vuoi sociale vuoi economico e finanziario. In virtù della portata senza precedenti delle emergenze, alcuni Stati hanno espresso critiche e/o perplessità sull'operato di organizzazioni internazionali che hanno plasmato tale vita negli ultimi decenni, come, da un lato, l'Organizzazione Mondiale del Commercio e l'Unione Europea e, dall'altro, l'Organizzazione Mondiale della Sanità. Tra queste l'Unione ha dimostrato, per la verità, capacità reattive suscettibili di rinvigorirne l'importanza. La Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, è riuscita a congegnare e, in parte, attivare azioni diverse nel quadro di una "Common Response" sostenendo il funzionamento del mercato interno e il sistema economico degli Stati membri più colpiti dall'emergenza, quali l'Italia, favorendo anche iniezioni di liquidità. Quest'opera collettanea intende sostenere tale genere di sviluppi in quanto contributo indispensabile alla ripresa e alla ricerca di "nuove

normalità". Ringrazio pertanto tutte le autrici e gli autori per l'incoraggiamento tramite il lavoro di studio e ricerca realizzato.

Ai colleghi dell'Università degli studi di Teramo professori Andrea Ciccarelli, Pietro Gargiulo e Alessandra Gianelli un ringraziamento speciale per il consueto apporto scientifico anche nell'organizzazione di numerose attività del Modulo *Jean Monnet*. Ai professori Giorgio Sacerdoti e Attila M. Tanzi la mia gratitudine per il sostegno nei momenti più impegnativi di organizzazione dei *webinar* e di quest'opera collettanea.

## CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Attila Tanzi

Come noto, l'emergenza derivante dalla pandemia di Covid-19 ha avuto effetti dirompenti sul commercio internazionale ed investimenti stranieri. I *webinar* del 9 e 11 maggio 2020 su “[g]li effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e strumenti finanziari transnazionali” organizzato dall'Università di Teramo (modulo *Jean Monnet* “EU Investment Law”), dalla sezione italiana dell'*International Law Association* e dal Gruppo di interesse sul Diritto Internazionale dell'Economia della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell'Unione Europea (SIDI) e cofinanziato dal Programma *Erasmus+* dell'Unione Europea, di cui il presente volume raccoglie i contributi, ha costituito una preziosa e tempestiva occasione di confronto tra studiosi ed esperti di queste due branche del diritto internazionale. In particolare, il dibattito si è concentrato sulle ipotesi di contenzioso internazionale relativo alle risposte dei Governi alla diffusione della pandemia.

Il parametro di riferimento iniziale non poteva che essere rappresentato dal diritto alla salute <sup>(1)</sup>. La tutela di tale diritto nel contesto dell'interesse generale in una emergenza sanitaria può risultare come causa escludente l'illiceità di misure lesive di diritti economici scaturenti in ambedue le branche del diritto internazionale in considerazione. Ciò, sulla base del diritto internazionale generale, con speciale riguardo a “force majeure” e

---

<sup>(1)</sup> Art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociale e culturali. *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, par. 33. Nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il diritto alla salute, pur se non menzionato espressamente, gode di una tutela trasversale desumibile da un'interpretazione sistematica della Convenzione. In questo senso, NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018. Sul punto si vedano, *inter alia*, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Thematic Report on Health-Related Issues in the Case-Law of the European Court of Human Rights* [s.l.], 2015; FARNELLI, *Proporzionalità ed emergenza sanitaria da Covid-19 nei parametri CEDU*, *La Comunità Internazionale*, 2020, vol. LXXV, I p. 105 ss.

stato di necessità <sup>(2)</sup>, così come del diritto convenzionale. È questo il caso delle declinazioni pattizie – caso per caso – delle regole generali menzionate, quali le c.d. clausole di salvaguardia della sicurezza nazionale contenute in un numero crescente di accordi internazionali in materia di diritto degli investimenti stranieri <sup>(3)</sup>, o l’art. XX del GATT <sup>(4)</sup>. A fronte dell’ammissibilità in via di principio di misure di compressione di diritti economici, il dibattito si è articolato concentrandosi sulle ipotesi di applicazione dei limiti generali o speciali in questione, così come dei relativi contro-limiti dell’arbitrarietà e discriminatorietà, operanti egualmente nel diritto degli investimenti, come del commercio internazionale. In tale contesto, speciale attenzione è stata rivolta alla tendenza crescente verso la tutela delle economie nazionali mediante forme di “screening” degli investimenti stranieri, di protezione degli assetti societari nazionali, o di limiti all’importazione, ma anche alla esportazione in settori merceologici strategici per lo Stato in questione.

---

<sup>(2)</sup> Sulle due circostanze escludenti, codificate dalla Commissione di diritto internazionale agli articoli 23 e 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, Yearbook of the Int. Law Commission, 2001, vol. II, part two, pp. 76-78, 80-84*), si vedano in generale HENTREI, SOLEY, *Force Majeure*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, aprile 2011, reperibile nel sito <https://opil.ouplaw.com>; TANZI, *Necessity, State of, ibid.* Circa la rilevanza di tali argomenti nell’attuale situazione di emergenza sanitaria, si vedano JEPHOTT, PADDEU, *Covid-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I-II, EJIL: Talk!*, 17 marzo 2020, reperibile nel sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org)

<sup>(3)</sup> Sul punto, si veda LOZANO CONTRERAS, *Sectorialization or Fragmentation of International Law: the State of Necessity and Emergency Clauses in BITs*, in *New Trends in International Economic Law: from Relativism to Cooperation* Jiménez Piernas *et al.* (a cura di), Ginevra, 2018, p. 129. Più in generale si veda DESIERTO, *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, Leiden, 2012. Sulla rilevanza delle clausole di emergenza nell’attuale emergenza sanitaria, si vedano PADDEU, PARLETT, *Covid-19 and Investment Treaty Claims, Kluwer Arbitration Blog*, 20 marzo 2020, reperibile nel sito <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>.

<sup>(4)</sup> Per un recente commento alla disposizione, si veda KOUL, *Guide to the WTO and GATT*, Singapore-New Delhi, 2018, pp. 341-353. Sulla rilevanza dell’art. XX GATT nell’attuale emergenza sanitaria, si veda ADINOLFI, *Il ruolo delle politiche commerciali a fronte della pandemia da Covid-19: brevi riflessioni alla luce del diritto OMC*, *SIDI Blog*, 20 aprile 2020, reperibile nel sito <http://www.sidiblog.org>.

Si possono identificare quattro ambiti normativi internazionali interagenti tra loro, comprese le due branche del diritto internazionale dell'economia qui in considerazione, in cui l'azione statale di reazione ad una emergenza sanitaria può in astratto comportare una responsabilità internazionale dello Stato.

Il primo attiene al diritto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, con particolare attenzione agli obblighi derivanti dal Regolamento Sanitario Internazionale del 2005 (RSI) <sup>(5)</sup>. Il quadro giuridico in questione, e il tasso di osservanza dello stesso da parte dei singoli Stati, possono rilevare, caso per caso, ai fini della interpretazione ed applicazione delle norme convenzionali in materia di diritto internazionale dell'economia sulla base dell'art. 31.3.c della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Tra gli obblighi in questione, si segnalano quelli di monitoraggio nazionale e notificazione entro ventiquattro ore dal rinvenimento di casi riconducibili a specifiche malattie infettive tra cui risulta espressamente la *Severe Acute Respiratory Syndrome* (SARS) <sup>(6)</sup>. A ciò si aggiunge il diritto-dovere per gli Stati di adottare misure necessarie a contenere la diffusione epidemica.

Non si può non rilevare una significativa ambiguità nei rapporti tra il Regolamento stesso e gli obblighi derivanti da altre fonti internazionali e attinenti alla medesima materia. Da un lato, esso richiede che le misure di contenimento sanitario siano adottate nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali <sup>(7)</sup>; dall'altro, viene espressamente fatta salva la potestà legislativa e regolamentare degli Stati membri in materia di salute pubblica <sup>(8)</sup>. Si ricava da tali disposizioni una volontà di bilanciamento tra diversi ordini di norme e fonti giuridiche, senza stabilire una priorità. Ciò lascia un margine di discrezionalità all'interprete tale da ridurre ai minimi termini la forza normativa delle disposizioni in questione.

---

<sup>(5)</sup> World Health Organization, *International Health Regulations 2005*<sup>2</sup>, Ginevra, 2008.

<sup>(6)</sup> *Ibid*, art. 6, par. 1. Per un'analisi della relazione fra rapporto fra il nuovo ceppo di coronavirus (SARS-CoV-2) e la malattia respiratoria da esso provocata (Covid-19), si veda il portale *online* del Ministero della Salute ([www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it)).

<sup>(7)</sup> Art. 3, par. 1.

<sup>(8)</sup> Art. 3, par. 3.

L'ambiguità si accentua all'art. 57 del Regolamento <sup>(9)</sup>. Per un verso, si dispone l'obbligo di interpretazione complementare e compatibile del medesimo strumento rispetto ad altri accordi internazionali, su un piano di parità; per altro verso, nella medesima disposizione è prevista una sorta di clausola di subordinazione del Regolamento, esplicitando che quest'ultimo non pregiudica i diritti e gli obblighi derivanti da altri accordi internazionali.

Il Regolamento dispone un meccanismo di soluzione delle controversie tra Stati membri e tra uno o più di questi e l'Organizzazione che potrebbe in teoria produrre prassi interpretativa. Infatti, oltre all'obbligo di perseguire in buona fede una soluzione negoziata, l'art. 56 prevede la possibilità per le Parti di sottoporre di comune accordo la controversia al Direttore Generale dell'OMS <sup>(10)</sup>. Sembra tuttavia difficile ipotizzare che, nello scenario geopolitico attuale, possano raggiungersi simili livelli di consenso comune.

Controversie aventi ad oggetto eventuali responsabilità dell'OMS possono essere sottoposte da uno Stato membro all'organo assembleare dell'Organizzazione, dando luogo a una forma di soluzione delle controversie di natura stragiudiziale e che si integra con una sorta di controllo sociale istituzionalizzato, all'insegna di un modello ideale di multilateralismo. Tuttavia, analogamente a quanto rilevato in tema di controversie tra Stati membri, nell'epoca degli unilateralismi forti e del multilateralismo debole, va considerata la difficile prospettiva che simile formula venga esperita con fiducia. Si ricorderà come, proprio nei giorni in cui si prepara la presente pubblicazione, lo Stato che ha assunto la posizione maggiormente critica dell'operato dell'OMS per la gestione dell'emergenza sanitaria Covid-19, gli Stati Uniti, ha preferito non attivare tale meccanismo, optando per l'accertamento

---

<sup>(9)</sup> Art. 57, par. 1, secondo cui «States Parties recognize that the IHR and other relevant international agreements should be interpreted so as to be compatible. The provisions of the IHR shall not affect the rights and obligations of any State Party deriving from other international agreements».

<sup>(10)</sup> L'art. 56, par. 3, dispone inoltre che «[a] State Party may at any time declare in writing to the Director-General that it accepts arbitration as compulsory with regard to all disputes concerning the interpretation or application of [the] Regulations to which it is a party or with regard to a specific dispute in relation to any other State Party accepting the same obligation». Tuttavia tale dichiarazione è stata presentata da un esiguo numero di Stati, che non ricomprende la Cina.

unilaterale dei propri diritti e l'adozione di conseguenti misure di tipo sanzionatorio <sup>(11)</sup>.

Il secondo ambito normativo internazionale indirettamente di rilievo, sulla base delle considerazioni sopra esposte in tema di interpretazione sistemica delle norme attinenti al diritto internazionale dell'economia, è quello della tutela dei diritti umani. Ovviamente, nel nostro contesto nazionale particolare rilevanza assumono gli standard trasversali di diritto alla salute e i parametri di derogabilità di altri diritti in tempo di emergenza sanitaria, di cui alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed ai Patti ONU del 1966 <sup>(12)</sup>. Oggetto di derogabilità per motivi che includono la tutela della sanità pubblica, infatti, risultano diritti e libertà che, oltre al diritto di proprietà, possono incidere su commercio internazionale ed investimenti stranieri. Fra questi rilevano le libertà di

---

<sup>(11)</sup> Per una breve ricostruzione delle misure adottate dal Governo statunitense nei confronti dell'Organizzazione mondiale della sanità, si vedano HOFFMAN, VASQUEZ, *Trump Announces End of US Relationship with World Health Organization*, CNN, 29 maggio 2020, reperibile nel sito <https://edition.cnn.com/>.

<sup>(12)</sup> Sull'impatto che le misure di contenimento adottate dagli Stati – o le loro omissioni – possono avere sulla tutela dei diritti umani, si vedano, *ex multis*, COCO, DE SOUZA DIAS, *Part I-III: Due Diligence and Covid-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, *EJIL:Talk!*, 24-25 marzo 2020, reperibile sul sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); FOUAD, *The Legal Duty to Cooperate amid Covid-19: A Missed Opportunity?*, *EJIL:Talk!*, 22 aprile 2020, reperibile nel sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); MILANOVIC, *Viral Misinformation and the Freedom of Expression: Part I-III*, *EJIL:Talk!*, 13-14 aprile 2020, reperibile nel sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); STUBBINS BATES, *Covid-19 Symposium: Article 2 ECHR's Positive Obligations—How Can Human Rights Law Inform the Protection of Health Care Personnel and Vulnerable Patients in the Covid-19 Pandemic?*, *OpinioJuris*, 1 aprile 2020, reperibile nel sito <http://opiniojuris.org>; TAMMONE, *“Nous sommes en guerre”: la lotta globale alla pandemia alla prova del Patto internazionale sui diritti civili e politici*, *SIDIBlog*, 27 marzo 2020, reperibile sul sito [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org); PONTA, *Human Rights Law in the Time of the Coronavirus*, *ASIL Insights*, 20 aprile 2020, reperibile nel sito [www.asil.org](http://www.asil.org); SPADARO, *Do the Containment Measures Taken by Italy in relation to Covid-19 Comply with Human Rights Law?*, *EJIL:Talk!*, 16 marzo 2020, reperibile nel sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); MCGREGOR, *Contact-tracing Apps and Human Rights*, *Ejil:Talk!*, 30 aprile 2020, reperibile nel sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); DELLA MORTE, *La tempesta perfetta Covid-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, *SIDIBlog*, 30 marzo 2020, reperibile nel sito [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org); PELLICONI, *Covid-19: Italy Is Not a “Place of Safety” Anymore. Is the Decision to Close Italian Ports Compliant with Human Rights Obligations*, *EJIL:Talk!*, 23 aprile 2020, reperibile nel sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); FARNELLI, *op. cit.*, p. 97 ss.

circolazione, riunione e associazione, oltre al diritto di godere della proprietà e di libera impresa, che rientrano fra i diritti che sono stati maggiormente oggetto di compressione dalle misure di contenimento adottate dagli Stati <sup>(13)</sup>. Come anticipato, la prassi di interpretazione e applicazione della derogabilità di diritti e libertà in questione, prevista specificamente in alcune delle disposizioni prescrittive dei diritti in questione, od in termini generali, come all'art. 15 CEDU o all'art. 4 del Patto sui Diritti Civili e Politici, può incidere sulla interpretazione ed applicazione di analoghe derogabilità in ambito di diritto economico.

Avendo riguardo al diritto internazionale degli investimenti, il dibattito che si è sviluppato nelle ultime settimane circa l'impatto delle misure di contenimento della pandemia su investitori stranieri <sup>(14)</sup> ha identificato ipotesi di violazione dello standard del "fair and equitable treatment" e della piena sicurezza e protezione, nonché casi di espropriazione indiretta e forme di requisizione <sup>(15)</sup>. Ciò rende possibile ipotizzare l'avvio di un lungo filone di contenzioso arbitrale, analogo a quello scaturito dalla crisi finanziaria argentina del 2001.

In questo frangente, sarà significativa l'analisi dell'interpretazione fornita dagli Stati convenuti dei diversi trattati

---

<sup>(13)</sup> Sul punto, si veda recentemente FARNELLI, *Proporzionalità ed emergenza sanitaria da Covid-19 nei parametri CEDU*, *La Comunità Internazionale*, 2020, vol. LXXV, p. 105 ss.

<sup>(14)</sup> Sulle conseguenze dell'emergenza sanitaria sugli investimenti internazionali, si vedano BENEDETTELLI, *Could Covid-19 Emergency Measures Give Rise to Investment Claims? First Reflections from Italy*, *Global Arbitration Review*, 26 marzo 2020, reperibile nel sito <https://globalarbitrationreview.com>; HAILES, *Epidemic Sovereignty? Contesting Investment Treaty Claims Arising from Coronavirus Measures*, *EJIL:Talk!*, 27 marzo 2020, reperibile nel sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); BOHMER, *Changes to Mexico's Electricity Regulation in light of Pandemic Prompt Threats of Investment Arbitration Claims*, *IAReporter*, 18 maggio 2020, reperibile nel sito [www.iareporter.com](http://www.iareporter.com); RICCI, *Gli investitori stranieri potrebbero fare causa agli Stati che hanno attivato misure d'emergenza anti covid*, *Linkiesta*, 20 maggio 2020, reperibile nel sito [www.linkiesta.it](http://www.linkiesta.it); OSTROVE, BROWN DE VEJAR, SANDERSON, *Covid-19 – a Legitimate Basis for Investment Claims?*, *DLA Piper*, 16 aprile 2020, reperibile nel sito [www.dlapiper.com](http://www.dlapiper.com).

<sup>(15)</sup> Si rileva come tali azioni, pur potendo dare luogo a controversie specifiche in quanto derivanti dalla specifica emergenza, rientrano comunque nei canoni tradizionali del contenzioso degli investimenti.

di investimento, e specificamente delle clausole di sicurezza nazionale, forza maggiore e stato di necessità. In termini più generali, si porrà una occasione di verifica dell'ambito di applicazione, rispetto a stati emergenziali, delle c.d. dottrine del "regulatory freedom" <sup>(16)</sup>, della proporzionalità <sup>(17)</sup>, e della loro declinazione nella cultura giuridica pubblicistica statunitense, tramite i c.d. "police powers" <sup>(18)</sup>. Su tali aspetti sarà di particolare interesse verificare se avrà ulteriore sviluppo il dialogo fra tribunali arbitrali di investimento e Corte dei Diritti dell'Uomo <sup>(19)</sup>, o piuttosto un contenimento all'insegna della piena reciproca autonomia giurisprudenziale.

Avendo riguardo al sistema giuridico del commercio internazionale, si aprono principalmente due ipotesi di contenzioso dell'Organizzazione Mondiale del Commercio <sup>(20)</sup>, nell'auspicabile ipotesi di ripresa del funzionamento del relativo meccanismo di soluzione delle controversie <sup>(21)</sup>. Una prima ipotesi attiene a potenziali controversie relative a misure restrittive all'importazione, ma anche all'esportazione, come nel caso di presidi medici e sanitari prodotti all'interno dello Stato, adottate anche dal Governo italiano

---

<sup>(16)</sup> Si veda per tutti RAJPUT, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, L'Aja, 2018.

<sup>(17)</sup> Sul punto, si vedano per tutti BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford, 2015; HENCKELS, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, 2015.

<sup>(18)</sup> Sul punto, si veda tra gli altri TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, 2014.

<sup>(19)</sup> Uno degli ambiti dove un simile dialogo potrebbe svilupparsi maggiormente riguarda la rilevanza del principio di proporzionalità nella valutazione della liceità delle misure regolamentari nazionali.

<sup>(20)</sup> Sull'impatto del Covid-19 sul Sistema OMC, si vedano AATREYA, *Are Covid-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?*, *EJIL:Talk!*, 25 aprile 2020, reperibile nel sito [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); ADINOLFI (G.), *Il ruolo*, cit.; PINCHIS-PAULSEN, *Covid-19 Symposium: Thinking Creatively and Learning from Covid-19 – How the WTO Can Maintain Open Trade on Critical Supplies*, *Opinio Juris*, 2 aprile 2020, reperibile nel sito <https://opiniojuris.org>; *WTO Disputes: Antidumping, Subsidies and Safeguards* Vermulst, Graafsma (eds.), Londra, 2002.

<sup>(21)</sup> Circa l'attuale stato di paralisi a causa del reiterato ostruzionismo da parte dell'amministrazione statunitense Trump alla nomina di due nuovi giudici dell'Organo d'Appello (*Members reiterate joint call to launch selection process for Appellate Body members*, 22 novembre 2019, reperibile nel sito [www.wto.org](http://www.wto.org)).

(<sup>22</sup>). La seconda ipotesi è relativa alla erogazione di sussidi governativi, o altre forme di incentivazione, a beneficio di attività economiche nazionali che potrebbero comportare una distorsione della concorrenza sul mercato internazionale.

Circa la prima ipotesi, come noto, l'art. XX dell'Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio (GATT 1947) prevede che non costituisca illecito ostacolo al commercio internazionale di beni o servizi qualsiasi misura restrittiva adottata in quanto «necessary to protect human [...] health», purché «such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade». Circa la seconda ipotesi, va ricordato a titolo introduttivo come l'Accordo OMC del 1994 su sovvenzioni e misure compensative (<sup>23</sup>) proibisce solo aiuti di Stato relativi alla produzione ed esportazione di specifiche categorie di beni e servizi. Per considerare una categoria di servizi particolarmente significativa per il nostro paese, come il turismo, eventuali aiuti di Stato o altre misure generalizzate, come sgravi fiscali, rivolti a questo settore, non ricadrebbero quindi nella nozione di sussidi usata dall'accordo e, pertanto, risulterebbero leciti.

In prospettiva di futuri contenziosi sia in ambito OMC che di investimenti stranieri, il nesso di causalità tra le misure contestate e l'emergenza sanitaria assumerà un ruolo determinante. Ciò con particolare riguardo alla distinzione tra la "Fase 1" dell'emergenza e

---

(<sup>22</sup>) Per quanto concerne l'Italia il divieto era previsto dalle ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile 639 del 25 febbraio 2020, *Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* (G.U. 26 febbraio 2020 n. 48) e 641 del 28 febbraio 2020, *Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, (G.U. 28 febbraio 2020 n. 50), la cui efficacia è cessata a seguito dell'emanazione dell'ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile 667 del 22 aprile 2020, *Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* (G.U. 24 aprile 2020 n. 107).

(<sup>23</sup>) *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, Marrakech, 15 aprile 1994; in vigore dal 1° gennaio 1995.

la successiva “Fase 2”, nonché tra emergenza sanitaria ed emergenza economica conseguente alla prima.

Ciascuno degli ambiti normativi indicati può essere analizzato e scomposto sulla base di tre filoni di indagine trasversali, ciascuno dei quali corrispondente a diverse peculiarità di contenzioso che potranno essere generate dalla emergenza sanitaria.

Innanzitutto, il quadro dei potenziali fatti controversi – in termini di azioni od omissioni delle autorità statali – si caratterizza per significativa ampiezza e complessità, comprendendo strumenti legislativi, misure di regolamentazione e, in futuro, pronunce giudiziarie. Questo scenario viene ulteriormente ampliato laddove si aggiungessero alle misure di reazione all'emergenza sanitaria, quelle economicamente protettive paventate da alcuni Governi per far fronte alla crisi economica derivante dall'emergenza in questione.

Come già accennato ed emerso dal dibattito svoltosi sinora *online*, tra le varie misure suscettibili di dar luogo a possibile contenzioso internazionale rientrano la sospensione delle sole attività economiche ritenute non essenziali (potendo quindi dare origine a controversie circa l'appartenenza di una data attività economica alle categorie essenziali o non essenziali per l'interesse nazionale); la previsione di incentivi economici esclusivamente a favore di imprese operanti in determinati settori; misure di incentivazione o aiuto a favore delle sole industrie nazionali; potenziamento dei meccanismi di “golden share”; campagne di acquisto di prodotti nazionali (le c.d. “buy national campaigns”, talvolta evocate nel dibattito pubblico); forme di requisizione, ad esempio di immobili da destinare a strutture sanitarie; blocchi all'esportazione di prodotti sanitari; sospensione delle rate di prestiti e mutui; calmierazione dei prezzi per determinati servizi pubblici; sospensione di alcuni procedimenti civili, penali e amministrativi, con conseguente possibile violazione del diritto di accesso alla giustizia.

Ciascuna delle ipotesi indicate può assumere rilevanza per differenti sistemi di contenzioso, sia internazionali – quali corti dei diritti umani e tribunali arbitrali in materia di investimenti – che di diritto interno, spesso concatenati o concorrenti. Questa intersezione fra giudici nazionali e corti sovranazionali risulta palese ad esempio nel caso delle corti a tutela dei diritti umani, poiché l'accesso al tribunale internazionale è subordinato all'esaurimento dei ricorsi

interni. Non può infine tacersi come fra gli attori del sistema di contenzioso internazionale rientri anche l'arbitrato internazionale di tipo commerciale, qualora lo Stato, direttamente o attraverso una società pubblica, sia parte di un contratto commerciale internazionale con un soggetto privato straniero.

La terza caratteristica concerne la natura trasversale delle possibili difese degli Stati convenuti di cui è stato fatto cenno in apertura in base al diritto internazionale, tanto generale che pattizio<sup>(24)</sup>.

I relatori dei *webinar* hanno approfondito nei loro contributi al presente volume le diverse fattispecie di responsabilità internazionale generate dall'emergenza sanitaria. I profili in tema di protezione dei diritti umani vengono affrontati limitatamente alla possibilità di violazione degli stessi derivanti dalla fragilità delle catene globali di produzione e approvvigionamento, con particolare riguardo ai settori dei dispositivi di protezione individuale e dei prodotti elettromedicali.

Va evidenziato, come i contributi del presente volume non solo illustrano con pregevole analisi giuridica i profili di liceità, o meno, delle misure emergenziali nazionali e internazionali, ma altresì presentano utili spunti per una piattaforma progettuale su alcune "policy" auspicabili nel caso di non auspicabili future situazioni. Come anticipato da Pia Acconci nella prefazione, il volume include anche i contributi di studiosi che non hanno partecipato ai *webinar*. Qui mi piace proporre alcune riflessioni sull'analisi dei contributi di chi vi ha partecipato, avendo vivo il ricordo delle loro interessanti relazioni.

La prima parte di questo volume, corrispondente in parte alla prima giornata dei *webinar* coordinata da Pia Acconci e introdotta da Giorgio Sacerdoti, ospita i contributi dei relatori che si sono concentrati sul tema del commercio internazionale e di come questo sia stato colpito dal Covid-19.

Il contributo di Donato Greco fornisce una panoramica del Regolamento OMS del 2005, evidenziando il delicato bilanciamento fra salute pubblica e libertà del commercio internazionale. In particolare, fra le procedure previste dal Regolamento per fronteggiare una minaccia di sanità pubblica, vengono poste in

---

<sup>(24)</sup> Vedi *supra*, teso a note 2-4.

evidenza le raccomandazioni temporanee del DG <sup>(25)</sup>. Queste ultime vengono approfondite unitamente al diritto degli Stati membri dell'OMS di adottare ulteriori misure sanitarie, al fine di identificare se gli Stati abbiano o meno adempiuto i propri obblighi derivanti dal Regolamento.

I due contributi successivi si concentrano direttamente sul diritto del commercio internazionale in senso proprio. Giovanna Adinolfi analizza la risposta dell'OMC all'emergenza sanitaria rappresentata dalla diffusione del Covid-19. Il contributo evidenzia la natura delle politiche commerciali che sono state intraprese in risposta alla pandemia e, altresì, quelle che verosimilmente potranno essere perseguite nella fase della successiva ricostruzione economica. Si argomenta come tali misure possano comportare un inasprimento delle tensioni commerciali a cui l'OMC, al momento, non sarebbe probabilmente in grado di far fronte in maniera efficace. In quest'ultima ottica, sono suggeriti alcuni stimolanti spunti di "policy" al fine di rendere il sistema economico internazionale maggiormente resiliente a emergenze sanitarie della portata di quella attuale.

Fra le misure adottate dai governi nazionali vi è l'uso di applicazioni telematiche per la geolocalizzazione degli individui al fine di tracciare i contatti di contagio. Le problematiche giuridiche connesse all'utilizzo di questi strumenti sono analizzate nel contributo di Gianpaolo Maria Ruotolo, con particolare riferimento agli obblighi derivanti, nel quadro dell'OMC, dall'Accordo sugli appalti pubblici e dall'Accordo generale sui servizi.

Il contributo di Carla Gulotta presenta una articolata analisi critica di come il Covid-19 abbia evidenziato le fragilità delle catene globali di produzione e approvvigionamento. Specifica attenzione è rivolta al settore dei dispositivi di protezione individuale e dei

---

<sup>(25)</sup> Ai sensi dell'art. 12, par. 2, del RSI, «[i]f the Director-General considers, based on an assessment under these Regulations, that a public health emergency of international concern is occurring, the Director-General shall consult with the State Party in whose territory the event arises regarding this preliminary determination. If the Director-General and the State Party are in agreement regarding this determination, the Director-General shall, in accordance with the procedure set forth in Article 49, seek the views of the Committee established under Article 48 (hereinafter the "Emergency Committee") on appropriate temporary recommendations».

prodotti elettromedicali. L'analisi verte su come tali fragilità possano comportare la violazione di alcuni diritti umani. In questa prospettiva, si ipotizza un auspicabile rafforzamento della regionalizzazione del commercio internazionale che, riconducendo le catene di fornitura a un più ridotto ambito regionale, possa rendere le produzioni locali maggiormente resilienti rispetto a crisi economiche come quella attuale.

Altri contributi hanno ad oggetto il commercio dei prodotti agroalimentari. Ilaria Espa illustra l'impatto che la pandemia ha avuto sulla sicurezza alimentare. In particolare, il contributo analizza, in relazione agli strumenti normativi OMC applicabili, le misure restrittive all'esportazione di prodotti agroalimentari adottate da numerosi Stati. Francesco Cazzini, riprendendo il tema degli effetti del Covid-19 sul mercato agroalimentare, si concentra sulle misure adottate all'interno del sistema OMC per garantire le catene di fornitura di tali beni. Quest'ultimo contributo analizza infine gli effetti del Regolamento UE 2019/452 <sup>(26)</sup> su questo settore di mercato. A seguito di scelte editoriali delle curatrici, sono inseriti in questa parte del volume anche i contributi relativi al diritto internazionale e dell'Unione Europea in materia di investimenti presentati nella seconda giornata dei *webinar* che ho avuto il piacere di coordinare.

L'intervento di Antonio Ali si concentra sul tema del controllo degli investimenti esteri diretti e della protezione delle attività strategiche alla luce del Regolamento UE 2019/452 e degli orientamenti della Commissione Europea del marzo 2020 <sup>(27)</sup>. Questi due strumenti hanno posto le basi per alcuni provvedimenti adottati dal Governo italiano sul "golden power", oggetto dell'articolato contributo di Maria Rosaria Mauro. L'indagine ripercorre nel dettaglio l'evoluzione normativa che ha portato

---

<sup>(26)</sup> Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che "istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione" (*G.U.U.E.* 21 marzo 2019 *L* 79, p. 1 ss.).

<sup>(27)</sup> Comunicazione della Commissione, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da Stati terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del Regolamento (UE) 2019/452 (Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)* (*G.U.U.E.* 26 marzo 2020 *CI* 99, p. 1 ss.).

all'attuale assetto di questo peculiare strumento di controllo pubblico dell'economia. L'analisi si snoda attorno alla estensione dell'ambito applicativo del "golden power" nel quadro delle misure di risposta al Covid-19, in un'ottica di protezione degli interessi strategici nazionali e del sistema economico interno nel contesto dell'emergenza.

Il contributo di Gian Maria Farnelli si concentra sulla portata degli obblighi positivi degli Stati nel quadro del diritto internazionale degli investimenti in una situazione di emergenza sanitaria. In particolare, vengono inquadrati i profili di possibile responsabilità internazionale degli Stati nei confronti degli investitori stranieri in caso di mancata attuazione di tali obblighi, con specifico riferimento alla riduzione del valore dell'investimento e allo standard della piena sicurezza e protezione. Il contributo di Giuliana Lampo affronta l'opposta faccia della medaglia, ovvero il tema di come gli Stati possano giustificare la liceità delle misure adottate, qualora queste inficino la posizione degli investitori stranieri, principalmente sotto il profilo della profittabilità dell'investimento. Vengono delineati due diversi canali di legittimazione, rispettivamente afferenti al diritto internazionale degli investimenti e ai principi generali sulla responsabilità degli Stati.

L'analisi di Sondra Faccio va a identificare alcune possibili linee direttrici su cui potrà incanalarsi la "governance" degli investimenti internazionali a seguito dell'emergenza sanitaria in cui si pone in evidenza la necessità – ancor più in epoche emergenziali - di bilanciare i diritti economici degli investitori con la tutela di interessi pubblicistici dello Stato nazionale. A fronte della considerazione per cui i flussi di investimento estero costituiscono un importante canale di approvvigionamento dell'economia nazionale, si dà conto di come gli Stati avvertano l'esigenza di ridurre forme di investimento, anche straniero, che possano ripercuotersi negativamente sulla sicurezza e sul benessere della popolazione nazionale. Il contributo si concentra sui contratti di investimento come strumento di bilanciamento fra gli interessi privati dell'investitore straniero e quelli pubblicistici dello Stato di investimento e affronta, infine, i profili di liceità internazionale della legislazione nazionale in materia di "zone economiche speciali".

La seconda giornata dei *webinar* è stata dedicata ai temi degli investimenti e dell'occupazione al tempo dell'emergenza sanitaria, con riguardo anche all'approccio dell'Unione Europea relativamente all'impatto del Covid-19 sul commercio internazionale. La riflessione, indicativa dell'efficace lavoro di coordinamento delle curatrici, portando l'analisi sul piano europeo, riprende le indicazioni emerse dai contributi della prima parte, nel senso dell'importanza della dimensione regionalistica.

Il contributo – di Elisa Baroncini – costituisce una riflessione cerniera tra i diversi piani concentrandosi, nel quadro giuridico dell'Unione Europea, sulle conseguenze della pandemia di Covid-19 sulla regolamentazione internazionale del commercio. In particolare, prendendo le mosse dalla recessione economica cui il Covid-19 ha dato avvio, analizza la disciplina emergenziale adottata dalla Commissione Europea e le possibili modalità di collaborazione fra quest'ultima e gli altri attori del commercio internazionale (primi fra tutti, il G-20 e l'OMC). Per quanto concerne il quadro del mercato interno europeo, Paola Mariani affronta il tema della legittimità delle misure adottate da alcuni Stati membri dell'Unione nei confronti dell'Italia, quali restrizioni alle esportazioni e importazioni, a seguito della diffusione in Italia del virus, fornendo un inquadramento giuridico della comunicazione della Commissione Europea che ha portato alla riapertura delle frontiere interne dell'Unione <sup>(28)</sup>.

In linea con il “focus” sulla dimensione regionale di questa parte del volume, Alessandro Perfetti illustra i due Regolamenti di risposta dell'UE alla pandemia, rispettivamente, *Coronavirus Response Investment Initiative* <sup>(29)</sup> e sulla *Coronavirus Response Investment Initiative Plus* <sup>(30)</sup>. Il lavoro presenta un'analisi puntuale delle

---

<sup>(28)</sup> Comunicazione della Commissione, *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne* (G.U.U.E. 15 maggio 2020 C 169, p. 30 ss.).

<sup>(29)</sup> Regolamento (UE) 2020/460 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020 che “modifica i Regolamenti (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013 e (UE) n. 508/2014 per quanto riguarda misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di Covid-19 ([i]niziativa di investimento in risposta al coronavirus)” (G.U.U.E. 31 marzo 2020 L 99, p. 5 ss.).

<sup>(30)</sup> Regolamento (UE) 2020/558 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che “modifica i Regolamenti (UE) n. 1301/2013 e (UE) n. 1303/2013

misure adottate dalla Commissione Europea nel quadro delle politiche di coesione dell'Unione Europea per garantire il mantenimento dei livelli occupazionali.

Ilja Pavone sviluppa l'analisi di Perfetti in materia occupazionale, concentrandosi sul Regolamento del Consiglio noto come SURE (*Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)<sup>(31)</sup>.

Si può ritenere la tempestiva pubblicazione in formato elettronico del presente volume un meritorio stimolo a) per meglio comprendere il quadro giuridico di gestione della emergenza nella sua prima fase; b) i possibili contenziosi che ne potranno derivare e le possibili forme di difesa per gli Stati convenuti nei diversi contesti normativi internazionali; c) le linee di indirizzo normativo internazionale, regionale e nazionale per fare fronte nella seconda e terza fase, relative ai tentativi di far fronte alle conseguenze economiche e sociali della prima fase emergenziale.

---

per quanto riguarda misure specifiche volte a fornire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta all'epidemia di Covid-19" (*G.U.U.E.* 24 aprile 2020 *L* 130, p. 1 ss.).

<sup>(31)</sup> Adottato con Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020 che "istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19" (*G.U.U.E.* 20 maggio 2020 *L* 159, p. 1 ss.).



## COVID-19 E RESTRIZIONI AL COMMERCIO INTERNAZIONALE: IL DIALOGO (*SOFT*) TRA OMS E OMC

Donato Greco

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La frammentazione normativa del diritto internazionale: tra salute e commercio. – 3. Prospettive di ricomposizione I: il RSI tra tutela della salute pubblica e stabilità dei traffici commerciali. – 3.1. Il bilanciamento tra salute pubblica e commercio internazionale del RSI. – 4. Prospettive di ricomposizione II: l'OMC come foro presso cui giustiziare le restrizioni del commercio internazionale disposte in violazione del RSI? – 5. Prospettive di ricomposizione III: gli atti dell'OMS nel diritto e nella giurisprudenza dell'OMC. – 6. Conclusioni.

1. In queste pagine ci si propone di delineare possibili forme di ricomposizione tra la tutela della salute pubblica e le ragioni del commercio internazionale. In prima istanza, tali valori vanno senz'altro ricondotti, a livello internazionale, rispettivamente all'Organizzazione Mondiale della Sanità e all'Organizzazione Mondiale del Commercio, che rappresentano due settori autonomi di un ordinamento internazionale frammentato. Se, dunque, la presente indagine non può che assumere questo quadro istituzionale disarticolato come l'orizzonte di analisi da cui partire, d'altra parte essa cerca di definire delle modalità di interazione tra salute e commercio, che coinvolgono i due sistemi ordinamentali.

Tale processo di integrazione presenta una natura "soft" (informale) in un duplice verso. Da un lato, infatti, esso si serve di atti di "soft law" <sup>(1)</sup>, i quali, riuscendo a superare i confini propri delle regolazioni convenzionali, rappresentano lo strumento che più e meglio di ogni altro può lavorare per la convergenza di valori diversi e il dialogo tra sistemi settoriali, così contribuendo a costruire la coerenza del diritto internazionale <sup>(2)</sup>. Dall'altro lato, le

---

<sup>(1)</sup> CHINKIN, *Normative Development in the International Legal System, in Commitment and Compliance: the Role of Non-binding Norms in the International Legal System* Shelton (ed.), Oxford, 2003, pp. 21-42, THÜRER, *Soft Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009.

<sup>(2)</sup> FASTENRATH, *Relative Normativity in International Law*, *European Journal of Int. Law*, 1993, pp. 305-340; SAVARESE, *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Napoli, 2018, vol.

prospettive di ricomposizione prese in considerazione presentano un carattere “soft” nel senso che si concretizzano al di fuori di un quadro istituzionale integrato ed in ragione di istanze materiali, le cui esigenze di tutela – di fatto – avvicinano le due organizzazioni.

Se le ipotesi di lavoro sono costruite alla luce della prassi pregressa, l’analisi prende le mosse dall’attuale crisi sanitaria determinata dalla pandemia di Covid-19, per provare a delineare possibili scenari futuri. Infatti, l’occasione per ricostruire le modalità con cui salute e commercio possono coordinarsi viene dalle restrizioni dei traffici commerciali internazionali, che molti Stati hanno introdotto per ragioni sanitarie, nel periodo compreso tra gennaio e giugno 2020.

In questo quadro la ricerca si articola in tre momenti. In primo luogo, si intende vagliare la legittimità delle limitazioni al commercio nel contesto del diritto internazionale della salute pubblica, che si mostra permeabile alle esigenze di tutela di beni giuridici diversi rispetto a quello della sanità (§§ 3 e 3.1). In secondo luogo, si prova a verificare se le misure restrittive che dovessero risultare illecite nel contesto del Regolamento sanitario internazionale del 2005 (RSI) <sup>(3)</sup> possano essere fatte valere, *mutatis mutandis*, nell’ambito dell’OMC (§ 4). Infine, si mettono in luce le aperture che il diritto del commercio internazionale presenta nei confronti delle ragioni della salute pubblica, che, a livello normativo, si traducono nel riconoscimento del valore degli atti prodotti dall’OMS e, a livello giurisprudenziale, in un diffuso ricorso a tali fonti (§ 5).

2. La presente indagine si colloca nel più generale contesto della frammentazione del diritto internazionale (“fragmentation”). Come è noto, con il concetto di frammentazione normativa ci si riferisce alla suddivisione del diritto internazionale in una pluralità di ordinamenti giuridici – settoriali, universali o regionali –, che si

---

4, pp. 91-120, secondo cui il «diritto debole» può favorire il raggiungimento di una risposta condivisa e prevedibile circa il contenuto delle obbligazioni che vincolano i diversi attori della società internazionale (pp. 119-120).

<sup>(3)</sup> WHA, *Revision of the International Health Regulations*, 23 maggio 2005, *WHA Official Records*, 2005, vol. 58, p. 3 ss.

strutturano attorno alla tutela di un bene giuridico fondamentale <sup>(4)</sup>. Da tale articolazione disorganica sorge la possibilità di un conflitto tra i diversi regimi normativi, in quanto sugli Stati membri di più d'uno di essi gravano obblighi pattizi che possono rivelarsi incompatibili se non in astratto, quanto meno in concreto. Di fronte a una tale evenienza, in mancanza di meccanismi normativi – come, ad esempio, clausole di compatibilità o subordinazione <sup>(5)</sup> – capaci di sciogliere l'antinomia in radice, consentendo un'integrazione armonica tra i diversi sistemi, gli Stati si trovano esposti al rischio di dover scegliere a quale obbligo adempiere e quale altro disattendere, incorrendo in un illecito. Questo dilemma si è plasticamente materializzato nel corso dell'emergenza sanitaria legata alla pandemia di Covid-19, esplosa a livello mondiale dalla fine di gennaio 2020. In questo periodo, infatti, gli Stati si sono trovati dinanzi al paradosso di dover, da un lato, tutelare i diritti umani alla vita e alla salute, senza, dall'altro, violare le libertà fondamentali degli individui, i diritti degli investitori stranieri o gli obblighi derivanti dal diritto del commercio internazionale. Il paradosso, in realtà, è solo apparente e non fa altro che riflettere la complessità di un ordinamento giuridico che, come il diritto internazionale contemporaneo, riconosce valori differenti, anche potenzialmente confliggenti.

Sorge, dunque, la necessità di operare un bilanciamento. Nelle pagine seguenti, l'analisi si incentrerà su tre modelli di possibile integrazione tra il settore del diritto internazionale della salute

---

<sup>(4)</sup> *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Rapporto del gruppo di studio della Commissione di diritto internazionale completato da Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006; *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, adottata dalla Commissione di diritto internazionale alla sua cinquantottesima sessione, nel 2006, e presentata all'Assemblea Generale come parte della relazione della Commissione riguardante il lavoro di quella sessione (UN Doc. A/61/10, par. 251), *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2006, vol. II, part Two.

<sup>(5)</sup> Cfr. art. 30, par. 2, Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 23 maggio 1969, United Nations, *Treaty Series*, 1980, vol. 1155, p. 331 ss. Sul requisito della «stessa materia» richiesto dall'articolo si veda VIERDAG, *The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions*, *British Yearbook of Int. Law*, 1988, vol. 59, pp. 75-111, 100.

pubblica e quello dell'OMC, prendendo a pretesto il modo in cui i due sistemi considerano le restrizioni al commercio internazionale introdotte dagli Stati durante la pandemia di Covid-19.

3. Di fronte alla mancanza di un meccanismo normativo che si preoccupi di coordinare organicamente il sistema del diritto internazionale della salute pubblica con quello dell'OMC, un primo modello alternativo di integrazione può essere rintracciato nel riconoscimento, da parte del RSI, di valori giuridici ad esso originariamente estranei. Infatti, l'esigenza di un bilanciamento tra tutela della salute e stabilità dei traffici internazionali di persone e merci ha trovato positivo riconoscimento nel Regolamento, che, assieme alla Costituzione dell'OMS <sup>(6)</sup>, costituisce la principale fonte del diritto internazionale della salute pubblica <sup>(7)</sup>.

Di tale strumento normativo va subito sottolineata una particolarità: diversamente dalle fonti istitutive di altri settori dell'ordinamento internazionale, che si strutturano attorno alla tutela di un unico bene giuridico, il RSI, pur essendo preordinato in via principale alla tutela della salute, non adotta un approccio partigiano o integralista, bensì pluralistico, mostrando aperture verso le ragioni profonde di altri sistemi ordinamentali <sup>(8)</sup>. A tale riguardo, bisogna osservare che, se i diritti umani trovano riconoscimento all'art. 3 RSI <sup>(9)</sup>, dedicato ai principi che devono guidare l'esecuzione del Regolamento, la stabilità dei traffici internazionali ricade tra gli scopi istituzionali dell'articolato. L'art. 2 RSI, infatti, riconosce espressamente l'esigenza di un coordinamento tra le esigenze sanitarie e quelle commerciali, laddove prevede che la tutela delle prime avvenga con il minore sacrificio possibile delle seconde, ovvero «con modalità che siano commisurate ai rischi per la salute

---

<sup>(6)</sup> *Constitution of the World Health Organization*, New York, 22 luglio 1946, *United Nations Treaty Series*, 1948, vol. 14, 185 ss.

<sup>(7)</sup> Per un riferimento sistematico alla materia si vedano ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011; BURCI, TOEBES, *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham-Northampton, 2018; NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018.

<sup>(8)</sup> GOSTIN, *Global Health Law*, Cambridge (Mass)-London, 2014, p. 183.

<sup>(9)</sup> Art. 3, par. 1, RSI, secondo cui «[t]he implementation of these Regulations shall be with full respect for the dignity, human rights and fundamental freedoms of persons».

pubblica e evitino inutili interferenze con il traffico e il commercio internazionale»<sup>(10)</sup>.

Si tratta di un programma istituzionale che gli Stati, in sede di revisione del RSI, hanno voluto sancire per diverse ragioni. In primo luogo, quando, nel 1995, l'Assemblea mondiale della sanità ha conferito incarico al Direttore Generale di attivarsi per rivedere il Regolamento<sup>(11)</sup>, l'OMC era appena nata e, dunque, nel processo di riforma, completatosi dieci anni più tardi, certamente hanno influito le esigenze di coerenza tra i due sistemi. In secondo luogo, si voleva evitare che, come in passato è spesso accaduto, durante una crisi sanitaria prevalessesse l'irrazionalità e misure dettate dall'emotività o dal panico potessero pregiudicare gravemente l'economia di Stati che, colpiti da un'epidemia, già si trovano in grande difficoltà. A queste considerazioni se ne aggiunge una terza più generale – tutta interna alle ragioni della salute pubblica –, per cui le restrizioni al commercio vulnerano la capacità di risposta degli Stati che ne siano destinatari, i quali rischiano di non disporre dei mezzi necessari a fronteggiare la crisi sanitaria e di trovarsi, per giunta, in una grave depressione economica<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Art. 2 RSI, secondo cui «[t]he purpose and scope of these Regulations are to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks, and which avoid unnecessary interference with international traffic and trade».

<sup>(11)</sup> WHA, *Revision and Updating of the International Health Regulations*, WHA48.7, 12 maggio 1995.

<sup>(12)</sup> Cfr. WHO, *Updated WHO Recommendations for International Traffic in relation to Covid-19 Outbreak, Covid-19 Travel Advice*, 29 febbraio 2020, in cui si afferma «WHO continues to advise against the application of travel or trade restrictions to countries experiencing Covid-19 outbreaks. In general, evidence shows that restricting the movement of people and goods during public health emergencies is ineffective in most situations and may divert resources from other interventions. Furthermore, restrictions may interrupt needed aid and technical support, may disrupt businesses, and may have negative social and economic effects on the affected countries». Durante l'epidemia di Ebola in Africa occidentale (2014-2015) tale posizione è stata reiterata più volte e da più parti. Cfr. WHO, *Statement on the 2nd meeting of the IHR Emergency Committee Regarding the 2014 Ebola Outbreak in West Africa*, 22 settembre 2014; *Statement on the 4th Meeting of the IHR Emergency Committee Regarding the 2014 Ebola Outbreak in West Africa*, 21 gennaio 2015; Consiglio di sicurezza ONU, risoluzione n. 2177, 18 settembre 2014, S/RES/2177 (2014).

In questo quadro, allora, è possibile concludere che la prima prospettiva di ricomposizione tra il diritto internazionale della salute pubblica e quello del commercio internazionale si concretizzi sul piano valoriale, dei beni giuridici tutelati. Il primo, infatti, protegge la salute, cercando di minimizzare le interferenze con il commercio; il secondo intende garantire le ragioni del commercio, prevedendo, però, una serie di deroghe per motivi sanitari. Tale assetto rende OMS e OMC sistemi non semplicemente autonomi, ma piuttosto complementari.

3.1. Una volta definito l'impianto generale del RSI, è necessario rilevare che l'art. 2 RSI si limita a riconoscere la necessità di un bilanciamento tra salute pubblica e commercio internazionale. Il compito di trovarlo, però, viene affidato alla cooperazione dell'art. 43 RSI – che riconosce e condiziona la libertà degli Stati di adottare misure sanitarie aggiuntive rispetto a quelle indicate dall'OMS – con diversi atti dell'Organizzazione, *in primis* con le raccomandazioni temporanee del Direttore Generale. A ben vedere si tratta di una forma di interazione funzionale tra una norma di “hard law”, legittimata a pretendere obbedienza da parte degli Stati, con uno strumento di “soft law”, che costituisce un fattore mite, flessibile, dinamico, di celere adozione e aggiornamento, capace di adattarsi al contesto e al continuo mutare delle circostanze.

Con specifico riferimento alle raccomandazioni temporanee, occorre rilevare che, secondo la definizione di cui all'art. 1 RSI, esse costituiscono un parere non vincolante da applicare limitatamente nel tempo e in base al tipo di rischio, in risposta ad un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, in modo da evitare o ridurre la diffusione internazionale di malattie e minimizzare l'interferenza con la circolazione di persone e merci. Ai sensi dell'art. 15 RSI, infatti, dopo che abbia dichiarato lo stato emergenziale *ex art.* 12 RSI, il Direttore Generale ha facoltà di adottare raccomandazioni temporanee, al fine di garantire un approccio uniforme e coordinato alla minaccia sanitaria da parte degli Stati membri.

Nel definire il contenuto delle raccomandazioni temporanee, il Direttore Generale, ai sensi dell'art. 17 RSI, è tenuto a considerare l'opinione degli Stati più direttamente interessati, il parere del Comitato di emergenza, gli standard internazionali, le eventuali iniziative di altre organizzazioni internazionali e le conoscenze

scientifiche disponibili. Inoltre, egli deve prediligere quelle misure che non restringano le libertà personali e la circolazione di persone o merci più di quanto farebbero misure alternative capaci di garantire lo stesso livello di protezione. Si tratta di un test di necessità che sostanzialmente riflette quello previsto da alcune disposizioni dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1994 – tra cui, in particolare, l'art. XX, lett. b) <sup>(13)</sup> –, per verificare la legittimità di misure restrittive del commercio di beni. Ciò risulta ancora più vero, se si tiene conto del fatto che l'art. 42 RSI esige che le misure sanitarie adottate sulla base del Regolamento siano applicate in modo non discriminatorio, in linea con l'analogo obbligo contenuto nello “chapeau” dell'art. XX GATT <sup>(14)</sup>.

All'art. 18, par. 2, il RSI contiene un elenco aperto delle misure che l'OMS può raccomandare, ordinate secondo il grado di impatto sul traffico internazionale. Si va dalla semplice verifica della nota di carico e del percorso, alle ispezioni, al trattamento sanitario delle merci, all'isolamento o quarantena, fino ad ipotesi ben più drastiche come la confisca e la distruzione dei prodotti, o il rifiuto di partenza o ingresso (“travel/trade ban”).

Nel contesto dell'attuale emergenza sanitaria occorre evidenziare che non è mai stata consigliata l'introduzione di limitazioni ai traffici internazionali: «[l]'OMS continua a dare parere contrario all'applicazione di restrizioni di commerci e trasporti nei confronti dei paesi più colpiti dal contagio» è la formula di rito che, pressoché inalterata, ha accompagnato non solo le raccomandazioni

---

<sup>(13)</sup> Art. XX (b) GATT, secondo cui «[s]ubject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (b) necessary to protect human, animal or plant life or health». L'Organo d'Appello ha chiarito che il giudizio sulla necessità delle misure costituisce un'«operazione olistica», che richiede di considerare tre elementi: (i) un apprezzamento e un bilanciamento degli interessi coinvolti, (ii) l'idoneità della misura a raggiungere lo scopo a cui è preordinata e (iii) il grado di incidenza che essa ha sul commercio internazionale. Cfr. rapporto dell'Organo d'Appello, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, 17 dicembre 2007, WT/DS332/AB/R, p. 71, par. 178.

<sup>(14)</sup> Art. 42 RSI, secondo cui «[h]ealth measures taken pursuant to these Regulations shall be initiated and completed without delay, and applied in a transparent and non-discriminatory manner».

temporanee e successivi aggiornamenti<sup>(15)</sup>, ma anche i diversi *travel advice* rilasciati dall'Organizzazione a partire dal 10 gennaio 2020<sup>(16)</sup>.

Ciononostante, bisogna riconoscere che, in continuità con quanto accaduto in precedenti occasioni, gli Stati non hanno mostrato un elevato grado di osservanza delle raccomandazioni dell'OMS. In effetti, si tratta di una fragilità strutturale, più volte rilevata sia dalla stessa organizzazione sia dalla dottrina<sup>(17)</sup>. A questo dato si aggiunge un secondo elemento di criticità. Nonostante le raccomandazioni costituiscano un tassello centrale nella *governance* dell'emergenza sanitaria, esse, quando non ne siano del tutto sguarnite, presentano spesso un corpo motivazionale estremamente sintetico. A tale riguardo preme sottolineare che, se è vero che l'efficacia normativa degli atti di *soft law* riposi quasi integralmente sulla loro intrinseca forza persuasiva, l'OMS non sembra fare un uso avveduto di tali strumenti.

---

<sup>(15)</sup> Cfr. WHO, *Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 gennaio 2020; *Updated WHO Recommendations for International Traffic in relation to Covid-19 Outbreak*, cit.; *Statement on the Third Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Coronavirus Disease (Covid-19)*, 1 maggio 2020.

<sup>(16)</sup> Cfr. WHO *Advice for International Travel and Trade in relation to the Outbreak of Pneumonia Caused by a New Coronavirus in China*, 10 gennaio 2020; *Updated WHO Advice for International Traffic in relation to the Outbreak of the Novel Coronavirus 2019-nCoV*, 24 gennaio 2020; *Updated WHO Advice for International Traffic in relation to the Outbreak of the Novel Coronavirus 2019-nCoV*, 27 gennaio 2020; *Key Considerations for Repatriation and Quarantine of Travellers in relation to the Outbreak of Novel Coronavirus 2019-nCoV*, Covid-19 Travel Advice, 11 febbraio 2020.

<sup>(17)</sup> Sul punto si veda ACCONCI, *Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) alla diffusione del Covid-19*, SIDIBlog, 9 aprile 2020, [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org). Per l'OMS, cfr. *International Health Regulations (2005): Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005), Report by the Director-General*, A73/14, 12 maggio 2020, dove si dà atto che, alla data del 28 marzo 2020, 136 sono gli Stati che hanno comunicato l'adozione di provvedimenti sanitari aggiuntivi, ai sensi dell'art. 43 RSI. Per quanto riguarda l'OMC, invece, alla data del 9 giugno 2020 sono pervenute 154 notifiche connesse alla pandemia di Covid-19, di cui 41 sono misure sanitarie o fitosanitarie. Cfr. *WTO members' notifications on Covid-19*, [www.wto.org](http://www.wto.org).

Quanto poi all'art. 43 RSI, bisogna rilevare che, al par. 1, esso reca una formulazione rassicurante – al negativo –, per cui il Regolamento non preclude la libertà degli Stati di adottare misure sanitarie ulteriori rispetto a quelle indicate dall'OMS («additional health measures»). La disposizione, comunque, già pone due condizioni, laddove esige che, da un lato, le misure aggiuntive debbano comunque garantire lo stesso o un più elevato livello di protezione della salute rispetto a quelle raccomandate e, dall'altro, non siano più restrittive della circolazione di persone e merci di quanto lo sarebbero misure alternative disponibili <sup>(18)</sup>. Anche in questo passaggio risuona l'eco del “test” di necessità richiesto dall'art. XX GATT.

È però il successivo par. 2 a circoscrivere nettamente il campo della discrezionalità statale, introducendo una serie di parametri alternativi, su cui gli Stati devono basare la decisione di introdurre misure aggiuntive. Nell'ordine, si tratta di (a) principi scientifici, (b) evidenze scientifiche disponibili e, ove queste manchino, l'informazione fornita dall'OMS e dalle altre organizzazioni internazionali rilevanti, nonché (c) ogni altro parere espresso dalla stessa organizzazione sanitaria <sup>(19)</sup>. La struttura della disposizione qui ricorda molto quella che in diritto penale si chiamerebbe norma penale in bianco, in quanto, per valutare la legittimità delle misure, è necessario prendere in considerazione parametri esterni alla fattispecie «incriminatrice», la cui determinazione è rimessa alla potestà normativa di altre fonti.

---

<sup>(18)</sup> Secondo l'art. 43, par. 1, dei RSI, «[t]hese Regulations shall not preclude States Parties from implementing health measures, in accordance with their relevant national law and obligations under international law, in response to specific public health risks or public health emergencies of international concern, which: (a) achieve the same or greater level of health protection than WHO recommendations; [...]. Such measures shall not be more restrictive of international traffic and not more invasive or intrusive to persons than reasonably available alternatives that would achieve the appropriate level of health protection».

<sup>(19)</sup> Art. 43, par. 2, RSI, secondo cui «[i]n determining whether to implement the health measures referred to in paragraph 1 of this Article [...], States Parties shall base their determinations upon: (a) scientific principles; (b) available scientific evidence of a risk to human health, or where such evidence is insufficient, the available information including from WHO and other relevant intergovernmental organizations and international bodies; and (c) any available specific guidance or advice from WHO».

Dunque, con specifico riferimento all'efficacia delle raccomandazioni temporanee del Direttore generale dell'OMS – ma analogo discorso può valere per le raccomandazioni permanenti *ex art. 16 RSI* <sup>(20)</sup>, i “travel advice” e gli altri atti dell'Organizzazione –, se esse, quali atti di “soft law”, non possono vincolare gli Stati parte a (non) tenere una determinata condotta, non di meno possono venire in rilievo come parametro di legittimità nel definire la portata normativa degli obblighi derivanti dall'art. 43 RSI. Di tale disposizione, infatti, essi contribuiscono a definire i contorni, in virtù dell'interazione funzionale che si produce per effetto del rinvio operato dal par. 2, lett. b) e c), dello stesso articolo, sul modello di una “referral clause”.

In questo contesto, anche per quanto si avrà modo di dire più avanti, sia consentita un'ulteriore notazione. Se poco sopra è stata messa in luce la sintonia degli articoli 42 e 43 RSI con l'art. XX GATT, adesso può essere interessante notare come l'art. 43, nel regolare la libertà degli Stati di introdurre misure aggiuntive, rifletta la struttura essenziale dell'art. 2 dell'Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie dell'OMC (Accordo SPS) <sup>(21)</sup>. Tale disposizione, infatti, indica le obbligazioni fondamentali delle parti contraenti, prevedendo che le misure sanitarie necessarie a proteggere la vita o la salute umana (limitandoci a quanto rileva in questa sede) debbano essere fondate, nell'ordine, su principi

---

<sup>(20)</sup> Le «raccomandazioni permanenti» si distinguono da quelle temporanee per il contesto in cui vengono adottate, non dovendo necessariamente seguire una dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale. Ai sensi dell'art. 1 RSI, anch'esse consistono in un parere non vincolante emanato dall'OMS, ai sensi dell'art. 16, per rischi in atto e specifici per la sanità pubblica, riguardante appropriate misure sanitarie, di applicazione ordinaria o periodica, necessarie ad evitare o ridurre la diffusione internazionale di malattie e minimizzare l'interferenza con il traffico internazionale.

<sup>(21)</sup> «Members shall ensure that any sanitary or phytosanitary measure is applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health, is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence, except as provided for in paragraph 7 of Article 5», art. 2, par. 2, *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*, Marrakesh, 15 aprile 1994, Marrakesh Agreement Annex 1A, *United Nations Treaty Series*, 1995, vol. 1867, p. 493 ss. Sul rilievo dell'Accordo SPS nel contesto della pandemia di Covid-19 si vedano VON BOGDANDY, VILLARREAL, *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, 26 marzo 2020, *MPIL Research Paper*, 2020, n. 7, p. 21.

scientifici, evidenze scientifiche o, in mancanza, sul principio precauzionale inglobato all'art. 5, par. 7, dello stesso Accordo<sup>(22)</sup>. Quest'ultimo, in assenza di evidenze scientifiche, autorizza gli Stati membri a basare l'adozione provvisoria delle misure sanitarie sull'informazione pertinente disponibile, compresa quella fornita dalle organizzazioni internazionali rilevanti, tra cui, trattandosi di salute pubblica, certamente rientra l'OMS.

Alla luce di quanto esposto, con riguardo all'attuale emergenza sanitaria da Covid-19, non essendovi prove scientifiche né atti dell'OMS che possano validare limitazioni del commercio internazionale, dovrebbe ragionevolmente dedursi che quelle introdotte da un gran numero di Stati siano misure illegittime ai sensi dell'art. 43 RSI<sup>(23)</sup>.

4. Una volta delineata l'illiceità delle misure sanitarie che restringano i traffici commerciali, occorre domandarsi in che sede questa possa essere fatta valere. A tale riguardo, occorre riconoscere che la fragilità dei rimedi approntati dall'art. 56 RSI rende piuttosto improbabile il raggiungimento di una soluzione per loro tramite. La disposizione, infatti, al par. 1, si limita a prevedere come

---

(22) Secondo la definizione di cui all'Allegato A, par. 1, Accordo SPS una misura sanitaria è – per quanto rileva in questa sede – una misura volta a proteggere la vita e la salute umana da rischi derivanti da additivi, contaminanti, tossine o organismi patogeni negli alimenti, nelle bevande o nei mangimi, da malattie trasportate da animali, piante o loro derivati o dall'ingresso, dallo stabilimento o dalla diffusione di parassiti.

(23) HABIBI, NEGRI *et al.*, *Do Not Violate the International Health Regulations during the Covid-19 Outbreak*, *The Lancet*, 2020, vol. 395, pp. 664-666, [www.thelancet.com](http://www.thelancet.com). Nello stesso senso rispetto all'interpretazione dell'art. 43 RSI, ma con riferimento all'emergenza di Ebola in Africa occidentale (2014-2015), si veda TEJPAN, HOFFMAN, *Canada's Violation of International Law during the 2014-16 Ebola Outbreak*, *Canadian Yearbook of Int. Law*, 2017, vol. 54, pp. 366-383. *Contra*: VILLARREAL, *The (not-so) Hard Side of the IHR: Breaches of Legal Obligations*, *Global Health Law Groningen*, 26 febbraio 2020, reperibile *online*; poi ancora ID., *Covid-19 Symposium: «Can They Really Do That?» States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of Covid-19*, part I and II, *Opinio Juris*, 31 marzo 2020, [opiniojuris.org](http://opiniojuris.org). In realtà, in questi contributi lo stesso Villareal riconosce che l'art. 43 RSI contiene un obbligo giuridico, mentre il suo scetticismo si concentra piuttosto sulle limitate possibilità di accertamento di un'eventuale violazione, le stesse rilevate anche da noi in questa sede.

obbligatorio l'esperimento del ricorso a uno dei tradizionali mezzi diplomatici di soluzione delle controversie. In caso di esito negativo, ai sensi del par. 2 le parti in causa "possono" sottoporre la lite al Direttore generale per un ulteriore tentativo di conciliazione. Da ultimo, il par. 3 dell'art. 56 RSI prevede la possibilità di sottoporre la controversia alla Corte permanente di arbitrato (CPA), qualora le parti così convengano rispetto ad una specifica vertenza o quando le stesse abbiano preventivamente accettato la giurisdizione della Corte, attraverso un'apposita dichiarazione indirizzata al Direttore Generale dell'OMS. Ad oggi, comunque, non risulta che alcuno Stato membro abbia fatto pervenire una tale accettazione, mentre rispetto alla possibilità di istituire un arbitrato *ad hoc*, ci si limita a osservare che si tratta di una soluzione mai percorsa in occasione di precedenti emergenze sanitarie, durante le quali pure si sono registrate violazioni dell'art. 43 RSI.

Questo dato, se certamente costituisce un elemento di debolezza nell'architettura del RSI, in via collaterale produce l'effetto di favorire la ricomposizione e il dialogo del diritto internazionale della salute pubblica con quello del commercio internazionale. Come già accaduto in passato, infatti, gli Stati potrebbero affidare le proprie rivendicazioni al ben più solido sistema di soluzione delle controversie predisposto dall'OMC<sup>(24)</sup>. Ovviamente, con questo non si vuole far intendere che si tratterebbe della stessa identica questione giuridica: cambiando il quadro normativo, uno Stato dovrebbe necessariamente riarticolare se non il "petitum" quanto meno la "causa petendi". La portata di tale considerazione, però, può in concreto rivelarsi meno restrittiva, se solo si tiene conto del fatto che, da un lato, la misura sanitaria impugnata, dal punto di vista oggettivo, resterebbe la stessa nelle due ipotesi e, dall'altro, l'impianto normativo del RSI è per diversi aspetti sovrapponibile a quello di obbligazioni fondamentali dei trattati OMC<sup>(25)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> In tal senso si vedano GOSTIN, *op. cit.*, p. 297; VON BOGDANDY, VILLARREAL, *op. cit.*, p. 21. Più in generale, HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, *European Journal of Int. Law*, 2016, vol. 27, n. 1, pp. 9-77.

<sup>(25)</sup> Un'ipotesi di indagine analoga a quella qui perseguita viene delineata da Huang con riferimento non all'OMC, ma alla Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (MARPOL 73/78). Cfr. HUANG, *Can Trade Dispute Resolution Mechanisms Enhance State Compliance with*

A titolo esemplificativo, basti pensare a quanto accaduto nel contesto dell'epidemia di influenza aviaria (H5N1). Nel caso *India – Agricultural Products* (2015) <sup>(26)</sup>, tra Stati Uniti e India, l'Organo d'Appello ha confermato le conclusioni del *panel*, secondo cui il paese asiatico aveva introdotto misure sanitarie restrittive delle importazioni di prodotti agricoli derivati da pollami provenienti da paesi colpiti dall'influenza aviaria, in violazione dell'Accordo SPS. *Inter alia*, è stato accertato che le misure fossero incompatibili con l'art. 3, par. 1, dell'Accordo, poiché non erano basate su nessuno standard internazionale rilevante (nel caso di specie si trattava del capitolo 10.4 del Codice per la salute degli animali terrestri, predisposto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità Animale) <sup>(27)</sup>.

Un secondo esempio viene dalla riunione del Comitato dell'OMC per le misure sanitarie e fitosanitarie, tenutasi il 25 giugno 2009 nel contesto della pandemia di influenza suina (H1N1) <sup>(28)</sup>. In quella sede gli Stati esportatori di maiali vivi e carne suina sostenevano l'illegittimità dei divieti di importazione, poiché disposti in assenza di adeguate evidenze scientifiche. A tal fine, gli stessi richiamaivano due dichiarazioni congiunte di OMS ed altre organizzazioni internazionali rilevanti quali prove per escludere la trasmissibilità dell'influenza suina attraverso il consumo di carne di maiale <sup>(29)</sup>.

Tale episodio è esemplificativo dell'importanza del Comitato in caso di contenzioso, in considerazione del fatto che – ai sensi

---

*International Health Regulations? Insights from MARPOL 73/78, ASIL Insights*, 2020, vol. 24, n. 8.

<sup>(26)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *India – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, 19 giugno 2015, WT/DS430/AB/R. Per un approfondimento si vedano BOWN, HILLMAN, *Bird Flu, the OIE, and National Regulation: The WTO's India – Agricultural Products Dispute*, *World Trade Review*, 2016, vol. 15, n. 2, pp. 235-257.

<sup>(27)</sup> Rapporto del *panel*, *India – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, 19 giugno 2015, WT/DS430/R, p. 104, par. 7.253, p. 107, par. 7.263, e p. 108, paragrafi 7.271-7.274.

<sup>(28)</sup> *Members Discuss Trade Responses to H1N1 Flu*, 25 giugno 2009, [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>(29)</sup> *Joint FAO/WHO/OIE Statement on Influenza A(H1N1) and the Safety of Pork*, 7 maggio 2009; *Joint FAO, OIE, WHO and WTO Statement on A(H1N1) Virus*, 2 maggio 2009.

dell'art. 12, par. 2, Accordo SPS – esso costituisce un foro volto a facilitare consultazioni e negoziazioni tra gli Stati membri rispetto a specifiche dispute <sup>(30)</sup>. Peraltro, il Comitato ha competenza anche in materia di armonizzazione (articoli 3, par. 5, e 12, par. 4, Accordo SPS), promuovendo l'adozione di misure sanitarie omogenee, conformemente a standard, linee guida e raccomandazioni stabiliti dalle organizzazioni internazionali rilevanti. Tali elementi appaiono ancora più significativi, se si tiene conto del fatto che una sede diplomatica come quella rappresentata dal Comitato può offrire uno strumento di soluzione flessibile, complementare a quello giurisdizionale.

In questo quadro è ragionevole immaginare che eventuali contese circa la legittimità di misure sanitarie restrittive del commercio internazionale, varate dagli Stati durante l'attuale pandemia di Covid-19, possano essere affrontate nell'ambito dell'OMC, dinanzi al Comitato per le misure sanitarie e fitosanitarie o al meccanismo di risoluzione delle controversie.

5. Un ulteriore profilo di convergenza tra i due sistemi ordinamentali, rilevante anche nell'attuale emergenza sanitaria, può essere individuato nell'apertura verso gli atti dell'OMS, che il sistema dell'OMC mostra di avere, tanto sul piano normativo quanto a livello giurisprudenziale.

Con riguardo al primo aspetto, bisogna osservare che esiste una forma di interazione funzionale tra atti dell'OMS – quali raccomandazioni, rapporti, codici o linee guida – e specifiche disposizioni dei trattati OMC, come l'Accordo SPS <sup>(31)</sup>. Gli esempi sono vari e in questa sede ci si limita a citarne solo qualcuno.

---

<sup>(30)</sup> A proposito delle funzioni mediatrici del Comitato è opportuno ricordare che il 9 luglio 2014 esso ha introdotto un nuovo procedimento volontario di consultazione, diretto a promuovere e facilitare la risoluzione di specifiche questioni riguardanti l'Accordo SPS. Cfr. Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, *Procedure to Encourage and Facilitate the Resolution of Specific Sanitary and Phytosanitary Issues Among Members in Accordance with Article 12.2*, decisione del 9 luglio 2015, G/SPS/61, 8 settembre 2014.

<sup>(31)</sup> Per un riferimento in materia si vedano SCOTT, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: A Commentary*, Oxford, 2009; WOLFRUM, STOLL, SEIBERT-FOHR, *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, 2007, vol. 3; PREVOST, *Balancing trade and health in the SPS Agreement: the development dimension*, Oisterwijk,

In primo luogo, occorre richiamare all'attenzione l'art. 3 dell'Accordo SPS, che disciplina l'armonizzazione delle politiche sanitarie degli Stati in campo commerciale, dando esecuzione ad uno degli scopi principali del trattato, dichiarato sin dal Preambolo: sviluppare l'impiego di misure sanitarie e fitosanitarie omogenee tra gli Stati membri, sulla base di standard, linee guida e raccomandazioni stabiliti dalle organizzazioni internazionali rilevanti. È chiaro, infatti, che le imprese esportatrici si trovano di fronte alla difficoltà di dover adattare i propri prodotti alle misure sanitarie degli Stati importatori, che non solo possono fissare livelli di tutela diversi, ma, anche qualora tutti dovessero scegliere uno stesso livello, potrebbero continuare a differenziarsi le misure individuate come idonee a garantirlo. Tale circostanza evidentemente costituisce un ostacolo all'accesso ai mercati internazionali, di qui l'esigenza di un'armonizzazione.

L'art. 3 dell'Accordo SPS prende in considerazione tre ipotesi alternative, tra le quali gli Stati possono liberamente scegliere. La prima ipotesi, prevista al par. 1, impone agli Stati di “basare” le proprie misure sanitarie su standard, linee guida e raccomandazioni stabiliti dalle organizzazioni internazionali rilevanti<sup>(32)</sup>. Una misura sanitaria per basarsi su uno standard internazionale non deve necessariamente recepire tutti gli elementi, ma è sufficiente che ne adotti alcuni e non ne contraddica lo scopo<sup>(33)</sup>. In altri termini, la misura deve trovare supporto nello standard<sup>(34)</sup>.

---

2009; CAZZINI, *Food Trade and Standards in the SPS Agreement: Necessity and Legitimacy in a Cooperative Frame*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano La Statale, a.a. 2019-2020.

<sup>(32)</sup> Art. 3, par. 1, Accordo SPS, secondo cui «[t]o harmonize sanitary and phytosanitary measures on as wide a basis as possible, Members shall base their sanitary or phytosanitary measures on international standards, guidelines or recommendations, where they exist, except as otherwise provided for in this Agreement, and in particular in paragraph 3».

<sup>(33)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, 13 febbraio 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, pp. 65-67, paragrafi 163-165.

<sup>(34)</sup> A tale riguardo bisogna riconoscere che residuano dubbi interpretativi non tanto sul fatto che oggettivamente ricorra un'interazione funzionale tra l'art. 3, par. 1, e gli standard internazionali, quanto sull'effettiva portata di tale interazione. Se in entrambi i procedimenti di *EC – Hormones* il *panel* ha riconosciuto l'obbligo degli Stati di scegliere misure che riflettano il livello di tutela garantito dagli standard internazionali, l'Organo d'Appello ha offerto un'interpretazione meno

La seconda opzione, contemplata al par. 2 <sup>(35)</sup>, è più impegnativa per gli Stati, in quanto richiede loro di conformare le proprie politiche sanitarie agli standard, linee guida e raccomandazioni predisposti dalle organizzazioni internazionali rilevanti, nel senso che gli atti interni devono adattarsi *in toto* allo standard internazionale <sup>(36)</sup>. Come contropartita di un obbligo più gravoso, gli Stati vengono incentivati a ricorrere a questo modello di armonizzazione, poiché esso garantisce alle loro misure sanitarie una presunzione di conformità non solo all'Accordo SPS, ma anche al GATT <sup>(37)</sup>. L'ultima ipotesi, invece, permette agli Stati membri di discostarsi dagli standard citati, optando per misure sanitarie che garantiscano un più elevato livello di tutela, ma a condizione che tale scelta sia supportata da una giustificazione scientifica <sup>(38)</sup> o sia diretta conseguenza del livello di tutela prescelto dallo Stato a seguito di una valutazione del rischio, ai sensi dell'art. 5, par. 1-8, Accordo SPS.

---

onerosa dell'articolo, a tal fine invocando anche il principio ermeneutico "in dubio mitius". Cfr. rapporto del *panel*, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, 13 febbraio 1998, (WT/DS48/R/CAN) p. 209, paragrafi 8.75-8.76 (WT/DS26/R/USA), p. 179, paragrafi 8.72-8.73. *Contra*: rapporto dell'Organo d'Appello, *EC – Hormones*, cit., pp. 65-67, paragrafi 163-165. Sulla questione è tornato il Panel in *US – Animals*, chiarendo che, se l'art. 3, par. 1, non impone agli Stati di adottare lo standard internazionale in blocco – obbligo riconducibile al successivo par. 2 –, esso impone loro quanto meno di non contraddirlo. Cfr. rapporto del *panel*, *United States – Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina*, 31 agosto 2015, WT/DS447/R, pp. 106-107, paragrafi 7.239, 7.241.

<sup>(35)</sup> Art. 3, par. 2, Accordo SPS, secondo cui «[s]anitary or phytosanitary measures which conform to international standards, guidelines or recommendations shall be deemed to be necessary to protect human, animal or plant life or health, and presumed to be consistent with the relevant provisions of this Agreement and of GATT 1994».

<sup>(36)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *EC – Hormones*, cit., p. 68, par. 170.

<sup>(37)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *EC – Hormones*, cit., p. 38, par. 102; rapporto dell'Organo d'Appello, *US/Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, 14 novembre 2008, WT/DS320/AB/R, WT/DS321/AB/R, p. 223, par. 532.

<sup>(38)</sup> Alla nota 2 dell'art. 3, par. 3, Accordo SPS viene precisato che sussiste una giustificazione scientifica, quando, a seguito di un esame dell'informazione scientifica disponibile, uno Stato membro ritenga che gli standard, le linee guida e le raccomandazioni rilevanti non siano sufficienti ad assicurare il livello di protezione sanitaria o fitosanitaria prescelto.

Le organizzazioni internazionali i cui standard, linee guida e raccomandazioni possono venire in rilievo nel contesto dell'Accordo SPS – e in particolare dell'art. 3 – sono indicate al par. 3 dell'Allegato A (“Definizioni”). Questo, alle lett. a-c), richiama, nell'ordine, la Commissione per il *Codex Alimentarius*, l'Organizzazione mondiale della sanità animale e il Segretariato della Convenzione internazionale per la protezione delle piante. Posto che la Commissione per il *Codex Alimentarius* è stata istituita, nel 1963, per iniziativa congiunta di FAO e OMS, quest'ultima può venire in rilievo anche autonomamente, ai sensi della successiva lett. d), per tutte le questioni sanitarie e fitosanitarie non rientranti nelle materie coperte dalle organizzazioni già citate<sup>(39)</sup>.

In secondo luogo, un ulteriore esempio di interazione funzionale nel contesto dell'Accordo SPS va individuato nell'art. 5, par. 1, che impone agli Stati di basare le proprie misure sanitarie su una valutazione del rischio che tenga conto delle tecniche sviluppate dalle organizzazioni internazionali rilevanti. Da ultimo, è opportuno un richiamo all'art. 5, par. 7, che ingloba il principio precauzionale nell'Accordo SPS. Esso prevede che, nel caso in cui le evidenze scientifiche siano insufficienti, gli Stati possano basare le proprie politiche sanitarie sull'informazione disponibile, compresa quella offerta dalle organizzazioni internazionali rilevanti, tra cui, come si è detto, rientra l'OMS. In questo senso, la disposizione costituisce

---

<sup>(39)</sup> Se bisogna senz'altro riconoscere un ruolo di primo piano alle cd. «three sisters», ovvero le organizzazioni internazionali espressamente citate nell'Accordo SPS, a noi sembra che l'OMS, quale massima autorità internazionale nel campo della salute pubblica, possa venire in rilievo ai sensi della lett. d) dell'Allegato A, par. 3, disposizione che, altrimenti, non avrebbe un campo di applicazione autonoma e sarebbe *inutiliter data*. Inoltre, un riferimento in senso positivo può essere individuato nei rapporti dei *panel* nei seguenti casi: *EC – Hormones*, cit., p. 19, par. 4.16, ed *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, 5 aprile 2001, WT/DS135/R, pp. 437-438, par. 8.188. A tale riguardo si veda anche BOYLE, *Soft Law in International Law-Making*, in *International Law*<sup>5</sup> Evans (ed.), Oxford, 2018, pp. 119-137. A p. 127 l'autore afferma: «[r]esolutions of treaty bodies help to ensure a common understanding of what a treaty requires and may provide the detailed rules and technical standards required for implementation by the parties. Non-binding WHO and FAO standards may thus become 'international standards, guidelines or recommendations' for the purpose of judging compliance with the WTO Sanitary and Phytosanitary Agreement».

una “eccezione qualificata” <sup>(40)</sup> o una “valvola di sicurezza temporanea” <sup>(41)</sup> rispetto alle stringenti obbligazioni di cui agli articoli 2, par. 2, e 5, par. 1, Accordo SPS.

Passando adesso a trattare del piano giurisprudenziale, occorre rilevare che il sistema di risoluzione delle controversie dell’OMC tradizionalmente ha mostrato una certa deferenza nei confronti dell’autorità, insieme normativa e scientifica, degli atti dell’OMS. Nello specifico, ci si riferisce a quell’insieme di strumenti che, in base alle circostanze, compaiono sotto il nome di raccomandazioni, linee guida, rapporti, programmi, principi e criteri: in questa sede il *nomen iuris* assume un rilievo piuttosto relativo. Se esula dallo scopo della presente indagine ricostruire in modo esaustivo il variegato impiego che di tali fonti è stato fatto da parte della giurisprudenza dell’OMC, ci si limita a tracciare delle linee di tendenza che possano aiutare a immaginare scenari futuri, nel caso in cui dal contesto della pandemia di Covid-19 dovesse trarre origine nuovo contenzioso.

Ebbene, a seguito di un’analisi del ricco patrimonio giurisprudenziale disponibile, due sembrano essere le direttrici fondamentali che guidano il ricorso alle fonti prodotte dall’OMS da parte dei *panels* e dell’Organo d’Appello. In primo luogo, esse vengono richiamate come evidenze scientifiche ai fini del test di necessità di una specifica misura rispetto all’art. XX (b), GATT, quando, cioè, uno Stato intenda giustificare restrizioni commerciali – per lo più delle importazioni – con l’esigenza di tutelare la vita o la salute umana, animale o vegetale. Già durante la vigenza dell’Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1947 (GATT 1947), in *Thailand – Cigarettes* (1990) – dove gli Stati Uniti lamentavano l’incompatibilità delle restrizioni delle importazioni di tabacchi da parte thailandese –, il *panel* ha affidato una consulenza ad esperti dell’OMS e ha utilizzato alcune risoluzioni della stessa Organizzazione <sup>(42)</sup>, per accertare la

---

<sup>(40)</sup> Rapporto dell’Organo d’Appello, *Japan – Measures Affecting Agricultural Products*, 19 marzo 1999, WT/DS76/AB/R, p. 21, par. 80.

<sup>(41)</sup> Rapporto dell’Organo d’Appello, *US/Canada – Continued Suspension*, cit., pp. 284-285, par. 678.

<sup>(42)</sup> Rapporto del *panel*, *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, 7 novembre 1990, DS10/R, p. 16, par. 56, p. 20, par. 73, p. 23, par. 80. Quest’ultimo chiarisce «[t]he Panel then examined further the resolutions of the WHO on smoking which the WHO made available».

sussistenza dei presupposti della deroga generale di cui all'art. XX, lett. b), GATT.

A circa dieci anni di distanza, e dopo l'istituzione dell'OMC, *EC – Asbestos* (2001) <sup>(43)</sup> offre un secondo esempio: la disputa tra Canada e Unione Europea verteva sulla legittimità delle limitazioni del commercio di amianto e derivati, introdotte da un decreto francese. Nel valutare la loro possibile giustificazione sulla base dell'art. XX (b) GATT, il *panel* ha fatto ricorso, tra l'altro, ai criteri sulla salute ambientale relativi al crisolito (fibra di amianto), predisposti dall'OMS <sup>(44)</sup>. Nel 2007, in *Brazil – Retreaded Tyres* <sup>(45)</sup>, il giudizio aveva a oggetto le restrizioni delle importazioni di pneumatici riciclati provenienti dall'UE, adottate dal Brasile al fine di salvaguardare la vita e la salute dei suoi cittadini dal rischio di contrarre dengue e febbre gialla, due malattie infettive altamente pericolose e diffuse in diverse aree dell'America meridionale. In questo quadro, numerosi atti dell'OMS sono stati presi in considerazione per giudicare la sussistenza dei presupposti dell'eccezione *ex art.* XX (b) GATT e, in particolare, per accertare l'effettiva gravità della situazione locale e il nesso di causalità tra l'impiego di pneumatici riciclati e la diffusione di dengue e febbre gialla, i cui vettori – per lo più insetti – trovano nei copertoni di gomma un ambiente favorevole in cui proliferare <sup>(46)</sup>.

In secondo luogo, le fonti prodotte dall'OMS vengono generalmente richiamate per valutare la legittimità di misure

---

<sup>(43)</sup> Rapporto del *panel*, *EC – Asbestos*, cit., p. 372, par. 5.584, pp. 437-438, par. 8.188. Secondo il *panel*, «the risk posed by chrysotile is recognized internationally, which in itself may justify the taking of measures to restrict its use. On the other hand, we find that the substitute fibres examined in the context of this case (PVA, cellulose and glass) are not classified by the WHO at the same level of risk as chrysotile» (pp. 445-446, par. 8.220).

<sup>(44)</sup> WHO, IPCS, *Environmental Health Criteria (203) on Chrysotile*, Geneva, 1998.

<sup>(45)</sup> Rapporto del *panel*, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, 17 dicembre 2007, WT/DS332/R, p. 155 ss., par. 7.57 ss.

<sup>(46)</sup> WHO, *Yellow Fever*, dicembre 2001 e aprile 2002, [www.who.int](http://www.who.int); WHO, *Guidelines for Treatment of Dengue Haemorrhagic Fever in Small Hospitals*, WHO Regional Office for South-East Asia, New Delhi, 1999; WHO, *Dengue and Dengue Haemorrhagic Fever*, 2002, [www.who.int](http://www.who.int); TADEU MORAES FIGUEIREDO, *Dengue in Brazil: Past, Present and Future Perspective*, *WHO Dengue Bulletin*, 2003, vol. 27, [www.who.int](http://www.who.int); WHO, *International Travel and Health*, gennaio 2005; WHO, *World Malaria Report 2005*, WHO e UNICEF, 2005.

sanitarie e fitosanitarie rispetto all'Accordo SPS. Qui emerge una duplice linea di tendenza: da un lato, infatti, il ricorso a tali atti è motivato da esigenze interpretative, poiché questi sono evidentemente capaci di fornire definizioni attorno a cui si registra un ampio consenso internazionale. Dall'altro lato, essi vengono in rilievo come standard internazionali sulla base dei quali verificare la compatibilità delle misure sanitarie con le obbligazioni derivanti dall'Accordo SPS.

Sul primo versante possiamo citare *EC – Biotech* (2006)<sup>(47)</sup>, in cui Stati Uniti, Canada e Argentina eccepivano l'illegittimità delle restrizioni alla commercializzazione di prodotti agricoli geneticamente modificati, varate dall'UE. Per chiarire il significato ordinario dei concetti di «disease», «disease carrying organisms» e «disease causing organisms» di cui all'Allegato A, par. 1, lett. a), dell'Accordo SPS, il *panel* ha utilizzato le definizioni contenute nelle *Health Guidelines for Vegetation Fire Events*<sup>(48)</sup>. Allo stesso modo, nel già menzionato caso *India – Agricultural Products* (2014)<sup>(49)</sup>, lite peraltro sorta nel contesto della pandemia di influenza aviaria, gli Stati Uniti contestavano le misure con cui il paese asiatico aveva ristretto l'importazione di prodotti ad uso agricolo derivati da pollami allevati in Stati colpiti dalla malattia. Ebbene, anche in questo caso, il *panel* ha impiegato diverse fonti dell'OMS<sup>(50)</sup>, sia per definire l'influenza aviaria sia per stabilire se essa potesse rappresentare una «disease» ai fini dell'Accordo SPS, in particolare, dell'Allegato A, par. 1, lett. a), c): tra le fonti citate figura anche un “travel advice”<sup>(51)</sup> analogo ai molti che sono stati pubblicati dall'OMS nel contesto dell'attuale pandemia di Covid-19.

---

<sup>(47)</sup> Rapporto del *panel*, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, 21 novembre 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, p. 389, par. 7.277.

<sup>(48)</sup> Cfr. Allegato C delle *Health Guidelines for Vegetation Fire Events* Schwela, Goldammer, Morawska Orman Simpson (eds.), WHO, Geneva, 1999.

<sup>(49)</sup> Rapporto del *panel*, *India – Agricultural Products*, cit., p. 19-20, par. 2.6, p. 79, par. 7.149.

<sup>(50)</sup> WHO, *Influenza*, [www.who.int](http://www.who.int); WHO, *Human infection with avian influenza A(H7N9) virus – update*, Emergencies preparedness, response, 20 luglio 2013, [www.who.int](http://www.who.int).

<sup>(51)</sup> WHO, *Avian Influenza in Humans, International Travel and Health*, 23 gennaio 2014, [www.who.int](http://www.who.int).

Sul secondo versante, quando, cioè, gli atti dell'OMS forniscano standard internazionali rilevanti nel contesto dell'Accordo SPS, un esempio viene dal caso *EC – Hormones* (1998), in cui Stati Uniti e Canada contestavano la legittimità del divieto di importazione e commercializzazione di carni contenenti certi tipi di ormoni, istituito dall'UE. Nel decidere se le misure sanitarie europee fossero “basate” su standard internazionali e, come tali, compatibili con gli obblighi derivanti dagli articoli 3, par. 1, e 5, par. 1, Accordo SPS, oltre agli standard contenuti nel *Codex Alimentarius* sono stati richiamati diversi rapporti del *Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives* (JECFA) <sup>(52)</sup>. In chiusura di questo itinerario sulla giurisprudenza rilevante dell'OMC preme un richiamo al caso *US – Animals* (2015) <sup>(53)</sup>, in cui il *panel* ha dovuto verificare se le restrizioni disposte dagli Stati Uniti nei confronti delle importazioni di carne bovina dall'Argentina rispettassero l'Accordo. Nello specifico, le misure erano volte a evitare la commercializzazione di carne potenzialmente infetta dalla sindrome “bocca-mani” e, proprio per valutare il livello di sicurezza garantito dai sistemi di vaccinazione utilizzati in Argentina, si è fatto ricorso a standard elaborati dall'ufficio panamericano dell'OMS <sup>(54)</sup>.

6. All'esito di questa indagine è possibile trarre alcune considerazioni conclusive. Queste pagine non sono dirette a offrire una rappresentazione irenistica dello scenario internazionale, in cui salute pubblica e commercio internazionale – così come i due sistemi dell'OMS e dell'OMC – siano scevri di ogni sorta di tensione. Al

---

<sup>(52)</sup> Rapporto del *panel*, *EC – Hormones*, cit. Con riguardo al JECFA è stato specificato che «[i]t was founded in 1955 by FAO and WHO with the intention of giving guidance to these organizations and their member governments on the matter of chemical substances added to food, essentially for whatever reason» (par. 26) e che «[t]he technical and scientific analysis of veterinary drugs, food additives and some other substances in foods and beverages is not undertaken by the Codex Commission itself but independently by the Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JECFA). The JECFA is composed of independent scientists who serve in their individual capacities as experts, not as representatives of their governments or organizations» (par. 2.14).

<sup>(53)</sup> Rapporto del *panel*, *US – Animals*, cit., p. 161, par. 7.470.

<sup>(54)</sup> PANAF-TOSA è un'istituzione scientifica regionale dell'Organizzazione Panamericana della Sanità e dell'OMS, istituita nel 1951 al fine di sviluppare un programma di controllo ed eradicazione della sindrome “bocca-mani”.

contrario, l'analisi parte proprio con l'assumere la possibilità di un conflitto tra quei valori e tra le due organizzazioni. Tuttavia, sulla base dell'esperienza maturata in circostanze simili, a noi sembra che la crisi internazionale determinata dalla pandemia di Covid-19 metta in evidenza la necessità di un coordinamento tra i due sistemi, che, sin dalla loro origine, hanno mostrato di tutelare esigenze complementari e strettamente connesse. Se bisogna prendere atto del fatto che, allo stato, tale integrazione a livello istituzionale è assente, nella prassi, già da diverso tempo, sono in atto tentativi che, pur dispiegandosi in un substrato informale per la gran parte, promuovono un coordinamento tra salute pubblica e commercio internazionale, e dei rispettivi sistemi settoriali.

In tal senso, occorre innanzitutto considerare che il diritto internazionale della salute pubblica, dopo la riforma del RSI nel 2005, ha fatto propria anche la necessità di garantire l'apertura dei traffici internazionali e la loro stabilità. Il Regolamento, infatti, affida il compito di trovare un bilanciamento tra i due beni giuridici, in circostanze concrete, all'interazione funzionale tra fonti di "soft law" – come le raccomandazioni e i pareri dell'OMS – e l'art. 43 RSI, che circoscrive in modo significativo la discrezionalità degli Stati di adottare misure sanitarie che impattino sul commercio internazionale.

In secondo luogo, se bisogna riconoscere come un *vulnus* nell'architettura del RSI la fragilità dei mezzi di risoluzione delle controversie che lo stesso contempla per garantire l'effettività degli obblighi assunti dalle parti, tale circostanza, per una sorta di eterogenesi dei fini, avvicina il diritto internazionale della salute pubblica all'OMC, in cui gli Stati possono trovare un ben più solido sistema giurisdizionale (nonostante la crisi che l'Organo d'Appello sta attualmente attraversando) <sup>(55)</sup>. Infatti, riarticolarlo le proprie richieste al diverso quadro normativo del diritto del commercio internazionale, gli Stati possono disporre di un foro alternativo – sia diplomatico sia giurisdizionale –, presso cui far valere istanze di

---

(55) Sulla crisi dell'Organo d'Appello, cfr. SACERDOTI, *The Challenge of Re-establishing a Functioning WTO Dispute Settlement System, Modernizing the World Trade Organization. A CIGI Essay Series*, 20 aprile 2020, [www.cigionline.org](http://www.cigionline.org); ID., *Solving the WTO Dispute Settlement System Crisis. An Introduction*, *Journal of World Investment & Trade*, 2019, vol. 20, n. 6, pp. 785-791.

giustizia che, altrimenti, resterebbero inaudite. Infine, un ulteriore profilo di ricomposizione intersistemica deriva dalle aperture che il diritto dell'OMC mostra di avere, in particolare nel contesto dell'Accordo SPS, nei confronti degli atti di "soft law" prodotti dall'OMS. Tale impostazione ha trovato riflesso nella giurisprudenza dell'OMC, che, in più occasioni, ha valorizzato raccomandazioni e pareri dell'organizzazione sanitaria, per valutare tanto l'osservanza delle obbligazioni fondamentali derivanti dall'Accordo SPS quanto ai fini del test di necessità *ex art. XX (b) GATT*.

Se c'è da augurarsi che nel prossimo futuro la pandemia si traduca in un'occasione di avanzamento, mettere in luce tali tendenze può rivelarsi utile a coltivare le ragioni dell'integrazione internazionale, anche con gli strumenti attualmente disponibili, in attesa che il processo istituzionale progredisca.



## *QUO VADIS* WTO AFTER THE COVID-19 CRISIS?

Giorgio Sacerdoti

SUMMARY: 1. Introductory Remarks. - 2. The Reaction of the WTO to the Covid-19 Economic and Trade Crisis. - 3. The WTO at Bay before the Covid-19 Crisis. - 4. Challenges to Multilateralism through the Blockage of the WTO Dispute Settlement System. – 5. Concluding Remarks.

1. The global spread of the Covid-19 pandemics has brought as immediate response the introduction of national restrictive measures to international trade which has been favoured by a progressive mistrust in the benefits of globalization and reliance on national solutions, although incapable to resolve problems which have an inherent global dimension. Although public interest exceptions in the WTO Agreement may allow such limitations, the need of multilateral cooperation has been broadly recognized also as a method. The negative impact of the sanitary emergency on international growth, economic development and trade, aggravates the existing crisis of the WTO and of the multilateral trade system. One the one hand, shortcoming of existing rules to tackle new dimensions of trade, such as e-commerce, is not being addressed by negotiations. On the other hand, the attack of the Trump administration to the WTO in general and to the dispute settlement system specifically, has not found an adequate forward-looking response by other WTO members notwithstanding their declared trust in multilateral solutions. The US-China rift, that goes well beyond bilateral trade, economic and technological competition, aggravates the risks of fragmentation and paralysis of the multilateral cooperative trading system, which remains in any case a precious common good of the international community.

2. The unexpected global spreading of the Covid-19 pandemic in early 2020 has given a blow to world trade and has imperiled multilateralism even beyond the damage previously inflicted to the latter by the Trump Administration's pursuit of unilateralism (protectionism) and bilateralism in US trade relations, disregarding

WTO obligations and compliance with its rule-based dispute settlement system <sup>(1)</sup>.

The WTO has signaled that the volume of international trade in merchandise may plunge in 2020 by between 13% and 32% <sup>(2)</sup>. This retreat has been amplified by travel bans and fall of the transportation facilities available for the movement of both persons and goods <sup>(3)</sup>. According to IMF forecasts world production (GDP) may decline by 3% on average (up to 7,5% as to the eurozone) in 2020 with scant perspective that any 2021 recovery may fill the loss <sup>(4)</sup>.

At the same time, in order to increase the domestic availability of medical supplies many countries introduced immediate export bans when they realized the lack of domestic availability and production of these supplies and their dependence on foreign sources <sup>(5)</sup>. As a consequence, self-sufficiency in the production of many key goods and primary products has been advocated, especially with a view to ensure food security (notably by developing countries) thus reducing reliance on international trade but putting international cooperation at risk. Disruption of production due to the paralysis of factories and border closing because of fear of the pandemic has led

---

<sup>(1)</sup> See the WTO website with a link to relevant information and statistical data: Covid-19 and world trade, «[t]he Covid-19 pandemic represents an unprecedented disruption to the global economy and world trade, as production and consumption are scaled back across the globe» [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/covid19\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm).

<sup>(2)</sup> [https://www.wto.org/english/news\\_e/pres20\\_e/pr855\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/pres20_e/pr855_e.htm), *Trade set to plunge as Covid-19 pandemic upends global economy*, 8 April 2020. The prediction is that sectors relying most on global value chains, such as electronic and automotive products, will be hit hardest, and that exports from North America and Asia will suffer the most.

<sup>(3)</sup> <https://www.iata.org/en/programs/safety/health/diseases/government-measures-related-to-coronavirus/>.

<sup>(4)</sup> See IMF, *World Economic Outlook*, April 2020.

<sup>(5)</sup> [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/rese\\_03apr20\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf); World Custom Organization, *List of national legislations of countries that adopted temporary export restrictions on certain categories of critical medical supplies in response to Covid-19* (<http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/activities-and-programmes/natural-disaster>). Only 13 Member on 46 which have introduced such restrictions have notified these restrictions to the WTO under the 2012 *Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions* (QR Decision) (<http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/activities-and-programmes/natural-disaster/list-of-countries-coronavirus.aspx>).

to calls to reshoring manufacturing in industrialized countries that had relied on global value chains and offshoring, especially in China.

A parallel development has been the increase of controls on dual-use technological exports and on the acquisition of domestic firms by foreign investors, mainly in the US and in Europe, based on a more expansive definition of strategic industries <sup>(6)</sup>.

Some of these trade-restrictive measures may be short term, so that once the pandemic has been tamed export restrictions such as those on medical supplies and protective devices may be lifted <sup>(7)</sup>. Other restrictions and policies are most likely here to stay. They are supported by a less benign view of the benefits of globalization and of the operation of markets. There has been a widespread call for a more robust role for governments (“the State”) as the protectors of last instance of the well-being of their people.

Against this inward-looking involution, influential personalities, such as French President Emmanuel Macron, former US Treasury Secretary Henry Paulson and Bill Gates <sup>(8)</sup>, have raised their voices advocating more multilateralism, concerted action and cooperation in order to tackle global problems such as health security and assistance to vulnerable developing countries, which require maintaining trade flows <sup>(9)</sup>. The negative experience of unilateral beggar-your-neighbour protectionist responses of the

---

<sup>(6)</sup> See Communication from the EU Commission, *Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe’s strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*, 25 March 2020, C(2020) 1981 final,

[https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc\\_158676.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158676.pdf). See also UNCTAD, *Investment Policy Responses to the Covid-19 Pandemic, Investment Policy Monitor*, Special Issue No.4, May 2020.

<sup>(7)</sup> [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/igo\\_15apr20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/igo_15apr20_e.htm), *IMF and WTO heads call for lifting trade restrictions on medical supplies and food*.

<sup>(8)</sup> See Emmanuel Macron, *Interview to Financial Times*, 16 April 2020; PAULSON, *Save Globalisation to Secure the Future. The World Will Be a Very Dangerous Place if We Do Not Fix Multilateral Institutions*, *Financial Times*, 17 April 2020; GATES, *The first modern pandemic. The scientific advances we need to stop Covid-19*, 23 April 2020, <https://www.gatesnotes.com/Health/Pandemic-Innovation>.

<sup>(9)</sup> See also the contributions collected in the timely ebook by BALDWIN, EVENETT (eds.), *Covid-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won’t Work*, London, 2020, [www.cepr.org](http://www.cepr.org).

1930s to the 1929 crisis has been evoked as an example not to be followed. Organizations such as the WHO, WTO and IMF should see their roles enhanced rather than being sidelined. In fact, bodies as diverse as the EU, the G-7 and G-20 have expressed themselves, with different tones and determination, in favour of strengthening global cooperation <sup>(10)</sup>. On 2 April 2020 the UN General Assembly approved resolution 74/270 on *Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (Covid-19)* calling for «international cooperation» and «multilateralism» in the fight against Covid-19 <sup>(11)</sup>. Meeting global challenges such as those stemming from climate change (global warming), protecting the environment, meeting sustainable development goals, ensuring basic needs and respecting fundamental rights for all should not be relegated in a second place. To the contrary, ensuring health and appropriate sanitary conditions worldwide has to be added to the list since viruses know no border.

3. The Covid-19 economic and trade crisis has hit the WTO at a moment in which the organization was certainly not in good health. The respect of its rules has reached a low level, due to recourse to unilateral measures and bilateral agreements in disregard of multilateral obligations; the dispute system is half paralyzed due to the demise of the *Appellate Body* at the end of 2019; proposals to update or “modernize” WTO rules, including by negotiating agreements in sectors up to now not effectively covered, which were put, at least nominally, on the multilateral agenda in the last 2017 WTO Ministerial Conference in Buenos Aires (e-commerce, data circulation and protection, outlawing subsidies to illegal fishing) are going nowhere. The cancellation of the Ministerial Conference, to be held in June 2020 in Kazakhstan and now postponed to 2021 because of the pandemic, has avoided a public showing that «the

---

<sup>(10)</sup> See *G20 leaders issue pledge to do ‘whatever it takes’ on coronavirus*, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/26/>; Press Release by Presidents Michel and von der Leyen after the G7 Leaders’ videoconference on Covid-19, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/16/press-release>. Groups of WTO members have also tabled proposals in the same direction at the WTO General Council in April 2020, notably with a view to ensure open and predictable trade in agricultural and food products (WT/GC/208).

<sup>(11)</sup> See also “International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face Covid-19”, Res/74/274 of 20 April.

king is naked». The little impetus that might have subsisted at the beginning of 2020 to tackle some of these issues and discuss proposals tabled by a number of members to improve the functioning of the WTO has dissolved due to the pandemic and the ensuing paralysis of WTO activity. It is difficult to anticipate whether, once the crisis will have hopefully been surmounted, a collective effort will develop to resolve the conflicts between divergent national trade policies that have undermined respect and trust in multilateral rules.

Regional free trade agreements (FTAs) do not seem to be an alternative, notwithstanding the sustained pace in which they are being negotiated and concluded, the most recent being the one between the EU and Mexico in April 2020. Opposition against the further opening of trade relations, even limited to bilateral and regional relationships, has been voiced by a variety of different domestic interests. Their influence has led to political difficulties that are hampering the ratification of CETA between EU-Canada and have delayed the entry into force of USMCA in North America. Moreover, the globality of supply chains tend to show that regionalization is only a partial response since those chains extend over the whole earth. From an economic and commercial point of view, regional trade cannot replace global trading relations between geographically distant economies which have grown exponentially in recent decades, notwithstanding the recent calls for reshoring and diversification <sup>(12)</sup>. On the other hand FTAs, possibly because reciprocal liberalization is more “tailor-made”, are more resilient and less exposed to breaches than multilateral rules. It is to be expected that human and social rights and sustainable development conditionality will be increasing in FTAs, making them more acceptable to public opinion in the North and more attentive to the pursue of non-trade objectives <sup>(13)</sup>.

4. Looking at the pre-pandemic context, let us recall the situation concerning both the application of substantive rules and the

---

<sup>(12)</sup> About one third of Italy’s interchange is with countries outside Europe, while 60% is within the EU, [https://www.mise.gov.it/images/stories/commercio\\_internazionale/osservatorio\\_commercio\\_internazionale/statistiche\\_import\\_export/completo.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/commercio_internazionale/osservatorio_commercio_internazionale/statistiche_import_export/completo.pdf).

<sup>(13)</sup> See *France and Netherlands Jointly Call for Tougher EU Trade Conditions*, *Financial Times*, 4 May 2020.

functioning of the WTO, on the one hand, and the paralysis of the dispute settlement system as of the beginning of 2020.

The challenge to the multilateral rule-based system started in 2018 with the United States (US) turning its back on a 70-year old support of multilateralism in principle and practice. The major features of the “trade wars” launched by the US administration on a multiplicity of fronts have been, firstly, the unilateral increase of US import custom duties on steel and aluminium from all sources, invoking the security exception of Article XXI GATT, with the threat of imposition of extra duties on car imports (notably from the EU), also to be based on the same exception. Secondly, the introduction of a 10% surcharge on imports from China worth \$250 billion, with a threatened increase to 25% (which materialized in May 2019) should China not be amenable to a bilateral agreement acceptable to the US concerns as to investments, protection of industrial property (against “technology thefts”), subsidies and the role of State-owned-enterprises (matters in part beyond the purview of WTO rules).

The current US Administration has focused its trade policy on the protection of US domestic enterprises, “bringing back” manufacturing jobs in the US and rebalancing the US trade deficit in the import-export of goods <sup>(14)</sup>. Under this policy, major trading partners are induced to (re)negotiate bilateral “deals”, even if this entails renouncing previously agreed commitments, under the threat of unilateral limitations of their products’ access to the US market through “punitive tariffs”, irrespective of existing bilateral, regional and multilateral obligations. Trade relations and negotiations are not viewed as a win-win exercise any more, but as a zero-sum-game where the advantages gained by other countries indicate that, due to

---

<sup>(14)</sup> See the US 2018 Trade Policy Agenda envisages “a new era in American trade policy” (Office of the United States Trade Representative, *2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report* (March 2018), (<https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20FINAL.PDF>)). The Agenda places significant importance on US sovereignty and the leverage that the US market offers in trade negotiations based on five major pillars: supporting US national security; strengthening US trade laws; negotiating “better” trade deals; reforming the multilateral trading system; and aggressively enforcing US trade laws.

previous “negative” agreements, the US has suffered losses that must be redressed.

As a consequence of these tariff increases, the additional tariffs on exports from the US introduced as a response by a number of target countries, and a creeping introduction of various restrictions by other countries, expansion of world trade stalled in 2018-2019<sup>(15)</sup>. Uncertainty as to the opening of existing markets and the stability of the world trade regime has led to disruption of international value chains: offshoring and delocalization is being replaced by reshoring and decoupling.

The US has shown a similar attitude towards its regional agreements in force: the withdrawal from the not-yet-in force TPP; renegotiation of KORUS limiting previously agreed access for Korean trucks into the US; replacement of NAFTA by a new agreement (USMCA) concluded in October 2018 but whose entry into force has been delayed by opposition in the US Congress until mid-2020. USMCA has subjected to a number of stringent conditions (such as minimum wages for Mexican automotive workers and more restrictive rules of origin) the previously NAFTA-based preferential market access to the US market for Canada and Mexico. It has also reduced the protection previously afforded to regional investors by Chapter 11 of NAFTA, both in substance and as to the availability of investor-state arbitration of disputes (which has been cancelled altogether in US-Canada relations).

As to the WTO, besides its attacks on the functioning of the dispute settlement system (DSS), specifically the *Appellate Body*, the US has addressed its criticisms to specific shortcomings it perceives in the operation of the WTO and to the inadequacy of existing agreements in covering current issues<sup>(16)</sup>. The US has

---

<sup>(15)</sup> See the WTO Director General Report of 12 December 2019 showing trade restrictions by WTO members having reached an historically high level while international trade volumes and value have decreased for the first time since the 1950s, [https://www.wto.org/english/news\\_e/news19\\_e/dgra\\_12dec19\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/dgra_12dec19_e.htm).

<sup>(16)</sup> The Working Paper of the Peterson Institute of March 2020 by BOWN, KEYNES, *Why Trump Shot the Sheriffs: the End of WTO Dispute Settlement 1.0*, <https://www.piie.com/publications/working-papers/why-trump-shot-sheriffs-end-wto-dispute-settlement-10> - aims at explaining why «although the creation of the WTO resolved some concerns about American unilateralism in the short term, its system of handling disputes turned out to be politically unsustainable». However, the same authors' research shows (*Why Did Trump End the WTO's Appellate*

refrained however from engaging with other members in order to seek agreement on mutually acceptable reforms based on its own proposals.

The US has raised the issue of non-compliance by many WTO members with various obligations of transparency, such as promptly notifying subsidies, and the lack of remedies and sanctions to enforce these obligations. In this respect, the US and other WTO members have proposed sanctions to members “with notification delays” in the form of suspension of certain participation rights<sup>(17)</sup>. As to the second aspect, the US has especially pointed out the shortcomings in the existing discipline on subsidies in dealing with overcapacity in the steel industry in China and as to the rules of conduct for State-owned-enterprises (SOE). The US has also attacked the current practice of self-designation of WTO members as developing countries, entitled as such to a special and differential treatment in various respects. The US has proposed replacing this practice with objective criteria which would exclude any important participant to world trade and all members of the G-20 (such as China, India, Brazil) from this status. No formal negotiations however have been triggered yet by these mostly informal proposals.

On the other hand, in a number of official statements, within and outside the WTO, the EU and the generality of the other members have restated their confidence in multilateralism as a method and a framework, and in the WTO as a forum of negotiation, implementation and for solving disputes<sup>(18)</sup>.

---

*Body? Tariffs*, <https://www.piie.com/blogs/trade-and-investment-policy-watch/why-did-trump-end-wtos-appellate-body-tariffs>, of 4 March 2020) that less than 5% of US import were protected by American trade remedies in 2019, less than half of which were challenged at the WTO.

<sup>(17)</sup> *Procedures to Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements under WTO Agreements*, Communication from Argentina, Costa Rica, the European Union, Japan, and the United States (2018), JOB/GC/204, JOB/CTG/14; and *[p]rocedures to Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements under WTO Agreements*, Communication from the United States (2017) JOB/GC/148, JOB/CTG/10. On this issue see BORLINI, *Crisis Looming in the Dark: Some Remarks on the Reform Proposals on Notifications and Transparency*, *Questions of Int. Law*, Zoom-out 63 (2019), Bocconi Legal Studies Research Pape, SSRN No. 3525423, 23 February 2020.

<sup>(18)</sup> See, for instance, the final communiqué of the meeting held in Ottawa in October 2018 among Australia, Brazil, Canada, the EU, Japan, Kenya, Korea, Mexico, New Zealand, Norway, Singapore and Switzerland)

The EU initiated high-level political bilateral contacts with the US in mid-2018 on industrial tariffs also as a way to avert the Damocle's sword of US extra tariffs on cars. The results have been however inconclusive, also because the US aims rather for easier access of its agricultural products into the EU market. In response to the US critiques at the functioning of the WTO, the EU has tabled a *concept paper* with proposals for the “modernisation” of the WTO, most of which would not require amendments of the WTO Agreements<sup>(19)</sup>. These proposals focus on “updating the rule books” on international trade to capture today’s global economy (including resorting to plurilateral agreements); strengthening the monitoring role of the WTO, transparency and notification obligations; and overcoming the deadlock on the AB.

While these initiatives have not led to any outcomes, the US managed to conclude with China a “phase 1” agreement in January 2020 to resolve some of the bilateral trade frictions<sup>(20)</sup>. The criticisms of the US to certain structural restrictions by China in respect of access to the Chinese market by exporters and investors have been thereby only partially resolved by an engagement by China to reform in the medium-term certain restrictive practices (such as practices related to intellectual property protection and joint-venture requirements). The thrust of the agreement has been

---

[www.canada.ca/en/global-affairs/news/2018/10/joint-communique-of-the-ottawa-ministerial-on-wto-reform.html](http://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2018/10/joint-communique-of-the-ottawa-ministerial-on-wto-reform.html). The participants reaffirmed their «clear and strong support for the rules-based multilateral trading system and stress[ed] the indispensable role that the WTO plays in facilitating and safeguarding trade», including «the dispute settlement system as a central pillar of the WTO». The participants undertook to have «their officials continue to engage in discussions to advance ideas to safeguard and strengthen the dispute settlement system», «to reinvigorate the negotiating function of the WTO», and to «strengthen the monitoring and transparency of members’ trade policies». See also Canada’s Discussion paper on *Strengthening and modernizing the WTO* (21 September 2018) [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=248327&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=248327&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True).

<sup>(19)</sup> See *European Commission presents comprehensive approach for the modernisation of the WTO*, 18 September 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_5786](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_5786).

<sup>(20)</sup> See *US-China Economic and Trade Agreement*, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements>, 15 January 2020.

rather “mercantilistic”: China undertaking to renew its massive buying of US agricultural products (soya, pork) against a partial lifting of US additional duties on Chinese exports (with some reduction of the Chinese additional duties introduced in response) <sup>(21)</sup>.

What has not been resolved by these bilateral negotiations is the criticism of the US (and other WTO members) to China because of its widespread use (or abuse) of subsidies to and through its state-owned enterprises (SOEs) which distort international competition and are not adequately dealt with by the special provisions of China’s Access Protocol to the WTO (a criticism that China of course rejects) <sup>(22)</sup>. Reform of substantive provisions of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM) had been advocated in a joint statement of the United States, the European Union and Japan in January 2020 <sup>(23)</sup>. The proposals include broadening the concept of state-owned enterprises and sidelining the current AB restrictive interpretation of the term “public body” in the ASCM — another ground of complaint by the US against the AB.

Even ruling out further liberalization of trade in goods and services, which protectionist and populist sectors of public opinion reject, it is difficult to envisage even modest focused reforms through majority voting or plurilateral agreements, since leaving out important players would defeat the very purpose of the exercise. On the other hand, reform of important rules (such as the obligations on SOE’s, relaxing anti-dumping disciplines, or expanding the

---

<sup>(21)</sup> The EU has immediately expressed its reservations as to the WTO-consistency of such a bilateral deal, see *EU trade commissioner criticises US-China trade deal*, FT, 17 January 2020.

<sup>(22)</sup> The massive State aid granted by most countries to their enterprises to cope with the impact of the Covid-19 crisis is weakening the call for more market-orientation by China. As to the EU, see the Commission’s relaxation of Article 107 TFEU disciplines under the “Temporary Framework for State Aid Measures in the Covid-19 Outbreak” from 31 March to 31 December 2020, COM (2020) 1863 of 19 March 2020.

<sup>(23)</sup> *Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union*, Office of the US Trade Representative (14 January 2020), online press release <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/january/joint-statement-trilateral-meeting-trade-ministers-japan-united-states-and-european-union>.

availability of the security exception) would require some give-and-take (“do ut des”) within multilateral, multi-sector negotiations, something that the prevailing confrontational climate does not favor.

At the beginning of 2020 the WTO appears thus to be on the verge of paralysis, risking irrelevance and of being sidestepped by bilateral agreements that are not compatible with the principles of multilateralism. The announced resignation of Mr. Azevedo from his position as Director-General effective September 2020 will not help. Valuable proposals notwithstanding <sup>(24)</sup>, for the time being it appears unlikely that the WTO will be able to soon regain its institutional role as a rule settler, permanent negotiation forum, implementation watchdog and effective adjudicator on a global scale. Temporary export restrictions introduced on the trade of personal protective devices, medical equipment and pharmaceuticals by a number of countries during the pandemic have added tensions, although their legitimacy may be justified in principle under the various public interest exceptions found in Article XI.2, XX (a) and (b) of GATT (no one having invoked the security exception of Art. XXI) <sup>(25)</sup>. Unilateral import or export restrictions are however not a long term answer for resolving global problems.

5. As to the *dispute settlement system*, the persistent abusive blockage by the US of the selection process for appointing the members of the WTO *Appellate Body* has brought about the latter’s demise in December 2019 when just one AB member remained in office. As a consequence, the AB is for all purposes inoperative or non-existing. The US goes on withholding its consent to the launching of the selection process for new members that more than 120 WTO members propose at each monthly DSB meeting.

---

<sup>(24)</sup> See Centre for International Governance, *Modernizing the WTO*, April 2020, <https://www.cigionline.org/articles/modernizing-world-trade-organization>.

<sup>(25)</sup> See AATREYA, *Are Covid-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?*, *EJIL:Talk!*, 25 April 2020, <https://www.ejiltalk.org/are-covid-19-related-trade-restrictions-wto-consistent/>; GLÖCKLE, *Export Restrictions under Scrutiny – the Legal Dimensions of Export Restrictions on Personal Protective Equipment* *EJIL:Talk!*, 7 April 2020, <https://www.ejiltalk.org/export-restrictions-under-scrutiny-the-legal-dimensions-of-export-restrictions-on-personal-protective-equipment/>.

Irrespective of this latest development, the DSS was surely not meant to cope with a high number of acrimonious and sensitive disputes involving most major trading nations such as those introduced in 2018-2019, with no hope of final resolution, involving, for example, US restrictions where the US has invoked the security exception of Article XXI GATT <sup>(26)</sup>. This situation is not an indication of a healthy dispute settlement system. On the contrary, it hints at a crisis of the system, equipped to decide a limited number of disputes and issue decisions which would be normally complied with in good faith. It was not meant to operate in the context of widespread disrespect of substantive and procedural rules, such as resorting to unilateral measures and countermeasures without following the DSU procedures first <sup>(27)</sup>.

Appeals against first instance panel decisions can still be made but in the absence of an appeal adjudicator, disputes remain pending and successful petitioners cannot obtain redress against breaches hampering their access to foreign markets. The whole dispute settlement system and its rule-based binding adjudication risk becoming irrelevant, weakening in turn respect for, and trust in, the multilateral trading rules by WTO members, possibly the ultimate objective of the Trump administration. The US has consistently refused to engage in negotiations notwithstanding the availability of other members to take into account the US “systemic concerns” as to AB operations, although they do not share the US view that the

---

<sup>(26)</sup> See the cases brought separately by China, India, the EU, Canada, Mexico, Norway, Russia, Switzerland and Turkey against the US in 2018-2019 (DS 544, 547, 548, 550, 551, 552, 554, 556 and 564, respectively). Some of these WTO members have adopted trade restrictions against the US as countermeasures under Article 8 of the Safeguards Agreement, having considered the US measures to be in reality disguised safeguards. The US has in turn challenged these countermeasures as unjustified, claiming that its own measures are bona fide security-based, starting proceedings against Canada, China, the EU, Mexico and Turkey (DS 557, 558, 559, 560 and 561 respectively).

<sup>(27)</sup> For a critical legal evaluation of both the US measures (“black lies”) and the countermeasures by targeted countries, labelled as a response of dubious legality under the WTO (“white lies”), see WEILER, *Black Lies, White Lies and Some Uncomfortable Truths in and of the International Trading System*, *EJIL:Talk!*, 25 July 2018, [www.ejiltalk.org/black-lies-white-lies-and-some-uncomfortable-truths-in-and-of-the-international-trading-system/](http://www.ejiltalk.org/black-lies-white-lies-and-some-uncomfortable-truths-in-and-of-the-international-trading-system/).

AB has engaged in improper “judicial activism”<sup>(28)</sup>. Reforming the appellate stage in a way that may satisfy the US without debilitating the whole WTO rules-based impartial DSS which has by and large for a quarter of a century ensured the respect for the multilateral trading system appears problematic.

In order to try to reach an agreement the General Council at the end of 2018 appointed as a “facilitator” the senior New Zealand ambassador David Walker, currently chairman of the DSB. His report (October 2019) includes compromise proposals which address the mostly procedural “concerns” raised by the US and would tackle them without impairing the operations of the AB<sup>(29)</sup>.

Even Walker’s modest (“quick-fix”) proposals have not been taken into consideration by the US as a basis for negotiations<sup>(30)</sup>. The stranglehold on the AB is liable in turn to also paralyze the panel phase, since panel reports appealed “in the void” cannot be adopted by the DSB. Disputes would remain unresolved and breaches would not be sanctioned<sup>(31)</sup>. The whole WTO system of reciprocal rights and duties risks becoming unenforceable. The view has been thereby reinforced that such paralysis of the binding WTO rules-based DSS

---

<sup>(28)</sup> The criticism expressed by the US to various practices of the AB at almost all DSB meetings in 2018-2019 have been assembled in a lengthy report of USTR in February 2020, see <[https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf)>.

<sup>(29)</sup> WTO General Council, *Agenda item 4 – Informal process on matters related to the functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand)*, 15 October 2019, WT/GC/222.

<sup>(30)</sup> The proposal addresses as follows the issue raised by the US – transitional rules for outgoing AB members (who could complete a case only if the hearing has taken place within their term); – 90-day deadline (to be extended only with the consent of the litigants or in case of force majeure); – municipal law (to be considered as an issue of fact not re-viewable on appeal); – “advisory opinions” (the AB shall not address issues not raised by the parties or not necessary to resolve the dispute); – precedent (dispute settlement proceedings do not create precedent, and previous reports should be taken into account to the extent they are relevant in a subsequent dispute); – “overreach” (panels and AB cannot add or diminish WTO members rights as stipulated in Articles 3(2) and 19(2) DSU; panels and the AB shall interpret the Anti-Dumping Agreement in accordance with its Article 17(6)(ii).

<sup>(31)</sup> Since the Appellate Body has decided before its paralysis in December 2019 to issue reports only on the three pending appeals in which the hearing had taken place before 11 December 2019, ten other appeals have remained pending.

is precisely an objective of the current US administration. In the present situation no authority will be able to review and sanction any such WTO non-compliant measures. Moreover, the US's criticisms to the interpretation by the AB of certain WTO Agreement which are politically sensitive for the US administration (notably in the field of trade remedies, such as the anti-dumping and ASCM Agreements) should be addressed by clarification or amendments to the provisions at issue by the WTO members rather than through attacks to the adjudicators because of their interpretation.

An alternative interim solution has been proposed by the EU and accepted by other 19 WTO members in March 2020 <sup>(32)</sup>. This *Multi-party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA) envisages an alternative «appeal arbitration» between the participants within the DSS. The scheme is based on the option laid down in Article 25 of the Dispute Settlement Understanding (DSU), to opt for arbitration instead of the regular dispute settlement proceedings but still within the WTO DSS. According to the MPIA, arbitration for the appeal phase would be resorted to at the end of the panel stage in lieu of appeal to the AB by virtue of specific bilateral agreements between the signatories in dispute as long as the AB is inoperative.

However, even if accepted by the bulk of WTO members, this mechanism would leave out the US and result in a fragmented regime in which the US would loosen itself from the compliance obligations stemming out of the WTO dispute settlement system.

Renouncing independent rule-based adjudication and going back to the GATT system, where ad hoc panel reports did not establish a consistent jurisprudence and were little more than advisory opinions or non-binding conciliation proposals, would not be effective within a complex multilateral system comprising many agreements and participants. Nor would such an approach be consistent with the carrying out of international trade under a legally predictable framework, as the current “trade wars” *a contrario* demonstrate.

The first reality check will be the fate of pending appeals: will appellants renounce to them, possibly against some negotiated

---

<sup>(32)</sup> EU Press Release 15 April 2020 on <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/15/council-approves-a-multi-party-interim-appeal-arbitration-arrangement-to-solve-trade-disputes/> (with text attached).

compensation with the winning party? Will the parties agree on arbitration, or will they wait to see whether the AB stalemate will be resolved? Or will they appeal future panel reports “into the void” to a non-operative Appellate Body thus frustrating rule-based resolution of the disputes <sup>(33)</sup>?

Changes – even substantial ones – of the DSS rules would be possible without amending the complex of the WTO Agreements and with no need of cumbersome domestic parliamentary ratification <sup>(34)</sup>.

The real issue is of course substance. Assuming rejection of the AB by the US persists, would WTO members accept abolishing appellate review, thus living with possibly contradictory panel decisions? Would such a situation, which would be similar to that of the much-criticized investment arbitration system under bilateral investment treaties (BITs), be acceptable within a multilateral framework such as that of the WTO, with or without a partial MPIA in force as a second best? Can one seriously envisage replacing the AB and its rules-based adjudicatory function with a looser form of non-binding review, such as by a committee of non-independent ambassadors or experts? Wouldn't this mean throwing the baby out with bathwater (in a context where the bathwater is not really dirty) bowing to US pressure?

---

<sup>(33)</sup> The EU has announced that in such a case by an opposing party in a with dispute the EU, it would resort immediately to countermeasures, relying on general international law principles in the area of State responsibility, see *Commission reinforces tools to ensure Europe's interests in international trade*, 12 December 2019, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2091&title=Commission-reinforces-tools-to-ensure-Europes-interests-in-international-trade> (*Proposal for a Regulation amending Regulation (EU) No 654/2014 of the European Parliament and of the Council concerning the exercise of the Union's rights for the application and enforcement of international trade rules*).

<sup>(34)</sup> There are two avenues to this end, should there be political will. First, minor changes to any WTO agreement (including the DSU) are possible through majority-adopted “authoritative” binding interpretations by the Ministerial Conference and the General Council under Article IX (2) of the WTO Agreement. This could be a proper instrument to adopt Ambassador Walker's proposals, as possibly revised, preferably by consensus. Secondly, the DSU itself can be amended through a facilitated procedure set forth in a Ministerial Decision taken within the Uruguay Round negotiations in 1993, which allows DSU modifications by the WTO Ministerial Conference.

A fundamental requirement of any revision should in any case be that of preserving the compulsory, impartial, rule-based, enforceable nature of the WTO DSS of which the appellate review is an integral element. Also in case of emergencies, such as the Covid-19 pandemic, a functioning multilateral system is a barrier against unchecked unilateralism while allowing the protection of paramount health imperatives, but without sacrificing the principles of international cooperation <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Covid-19 related export restrictions have been notified to the WTO by a number of countries in accordance with the 2012. See *Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions*, WTO Information Note on Export Prohibition and Restrictions of 23 April 2020, available on [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/export\\_prohibitions\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf).

*A TALE OF TWO CRISES:*  
QUALI RISPOSTE DELL'ORGANIZZAZIONE MONDIALE  
DEL COMMERCIO  
ALLA PANDEMIA DA COVID-19?

Giovanna Adinolfi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le misure commerciali adottate nella fase di risposta alla pandemia. – 3. La protezione tariffaria quale strumento per la ricostruzione delle economie nazionali. – 4. Quale spazio per le politiche commerciali ai fini di una maggiore resilienza? – 5. Considerazioni conclusive.

1. La lotta alla pandemia da Covid-19 è destinata ad avere ripercussioni sulle politiche commerciali nazionali e potrà essere all'origine di particolari tensioni in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio <sup>(1)</sup>. Questo breve contributo si propone di analizzare gli strumenti di cui questa organizzazione dispone per limitare il loro impatto. L'attenzione è dedicata in particolare alle misure di restrizione o liberalizzazione delle importazioni che sono state adottate e che potranno essere messe in atto dagli Stati alla luce dell'attuale crisi sanitaria, regolate nel sistema OMC dagli articoli II e XI del *General Agreement on Tariffs and Trade* del 1994 (GATT 1994). Non si intende con ciò sottovalutare l'importanza di altri ambiti di intervento, come ad esempio quello degli aiuti di Stato, anch'essi oggetto di specifica disciplina nel sistema commerciale multilaterale. Essi richiederebbero tuttavia un'analisi puntuale, che rischierebbe di essere sacrificata nei limiti del presente lavoro <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> L'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e gli altri Accordi ad esso allegati sono pubblicati in WTO, *The WTO Agreements. The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization and its Annexes*, Cambridge, 2017.

<sup>(2)</sup> Per alcuni cenni si rinvia ad ADINOLFI, *Il ruolo delle politiche commerciali a fronte della pandemia da Covid-19: brevi riflessioni alla luce del diritto OMC*, Sidiblog, 20 aprile 2020, [www.sidiblog.org/2020/04/20/il-ruolo-delle-politiche-commerciali-a-fronte-della-pandemia-da-covid-19-brevi-riflessioni-alla-luce-del-diritto-omc/](http://www.sidiblog.org/2020/04/20/il-ruolo-delle-politiche-commerciali-a-fronte-della-pandemia-da-covid-19-brevi-riflessioni-alla-luce-del-diritto-omc/).

L'analisi che segue tiene conto delle tre fasi delle strategie di "disaster risk management", lungo le quali si articolano gli interventi degli Stati per far fronte a situazioni di disastro, incluse le emergenze sanitarie <sup>(3)</sup>. In particolare, la fase di "risposta" si riferisce al periodo immediatamente successivo all'evento catastrofico, e include gli interventi volti a far fronte alle esigenze immediate della popolazione. Nel corso dell'attuale pandemia, la risposta è stata concentrata, tra l'altro, sul rafforzamento dei sistemi sanitari nazionali e sull'approvvigionamento dei dispositivi medici e sanitari indispensabili alla cura e a limitare la diffusione del Covid-19. La successiva fase di "ricostruzione" mira a ristabilire l'ordinato svolgimento della vita economica e sociale. A partire da marzo 2020, questa ha richiesto massicci interventi di sostegno all'occupazione e alla produzione nazionale per contrastare una inevitabile recessione economica. Infine, le misure incentrate sulla "resilienza" mirano a rafforzare la capacità di uno Stato di far fronte a futuri disastri. Adottate preventivamente, esse riducono la vulnerabilità agli eventi catastrofici, con l'effetto di limitarne l'impatto in termini di perdite di vite umane e danni economici e materiali. Nella situazione odierna, appare necessario rafforzare la capacità di risposta a una seconda ondata di diffusione del coronavirus SARS-CoV-2 e, in termini più generali, a future emergenze sanitarie di portata pari a quella degli ultimi mesi.

Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo di questo contributo, le misure di politica commerciale possono costituire un importante strumento di "disaster risk management". La partecipazione all'OMC da parte di 164 Stati spinge ad analizzare la loro compatibilità con gli obblighi di liberalizzazione e non discriminazione previsti dagli accordi conclusi a Marrakech nell'aprile 1994 ed entrati in vigore il 1° gennaio 1995. Nel corso dell'analisi, non si potranno trascurare le numerose tensioni cui il sistema commerciale multilaterale è sottoposto, sorte ben prima dello scoppio della pandemia, determinate da numerosi fattori: il

---

<sup>(3)</sup> In termini generali, per le definizioni che seguono nel testo, così come quelle di disastro e "disaster risk management", si veda *Report of the open-ended intergovernmental expert working group on indicators and terminology relating to disaster risk reduction*, 1° dicembre 2016, A/71/644.

fallimento dei negoziati del “Doha Round” avviato nel 2001 <sup>(4)</sup>, la guerra commerciale tra gli Stati Uniti e la Cina <sup>(5)</sup>, la crisi del meccanismo di soluzione delle controversie <sup>(6)</sup>, le dimissioni del Direttore Generale comunicate nel maggio 2020, con più di un anno di anticipo rispetto alla scadenza del mandato <sup>(7)</sup> e, infine, le minacce di un possibile recesso degli Stati Uniti dall'OMC <sup>(8)</sup>. In questo quadro già complesso, una risposta economica alla crisi sanitaria orientata anche a una maggiore protezione commerciale rischierebbe di minare gravemente la tenuta del sistema commerciale multilaterale e la capacità dell'OMC di giocare quel ruolo che le era stato assegnato alle sue origini di promuovere condizioni di stabilità e certezza del diritto nelle relazioni commerciali internazionali.

Quale ulteriore premessa, preme sottolineare la natura dell'OMC di “member-driven organization”. Con questa espressione si intende far riferimento ai limiti strutturali che questa organizzazione incontra nell'indirizzare le politiche commerciali nazionali, limiti che derivano dal quadro normativo e istituzionale disegnato dagli accordi di Marrakech. In primo luogo, va ricordato che, sul piano sostanziale, le “regole del gioco” del commercio internazionale sono definite dagli Stati tramite la conclusione di accordi volti alla riduzione degli ostacoli agli scambi e

---

<sup>(4)</sup> Si vedano DUPONT, ELSIG, *Persistent Deadlock in Multilateral Trade Negotiations: the Case of Doha*, in *The Oxford Handbook on The World Trade Organization* Daunton et al. (eds.), Oxford, 2012, p. 587 ss.

<sup>(5)</sup> Per una cronologia degli eventi, BOWN, KOLB, *Trump's Trade War Timeline: An Up-to-Date Guide*, Peterson Institute for International Economics, Updated 13 March 2020, [www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/trump-trade-war-china-date-guide](http://www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/trump-trade-war-china-date-guide).

<sup>(6)</sup> *Ex multis*, BARONCINI, *Il funzionamento dell'Organo d'appello dell'OMC: bilancio e prospettive*, Bologna, 2018; MC DOUGALL, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, *Journal of World Trade*, 2018, vol. 52, n. 6, p. 867 ss.; MAROTTI, *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*, Torino, 2019, p. 227 ss.; PETERSMANN, *How Should WTO Members React to their WTO Crises?*, *World Trade Review*, 2019, p. 503 ss.; SACERDOTI, *The Stalemate concerning the Appellate Body of the WTO: Any Way out?*, *Questions of Int. Law*, 2019, *Zoom-out* 63, p. 37 ss., [www.qil-qdi.org/the-stalemate-concerning-the-appellate-body-of-the-wto-what-way-out](http://www.qil-qdi.org/the-stalemate-concerning-the-appellate-body-of-the-wto-what-way-out).

<sup>(7)</sup> [www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/dgra\\_14may20\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news20_e/dgra_14may20_e.htm).

<sup>(8)</sup> [www.hawley.senate.gov/sites/default/files/2020-05/Hawley-WTO-Resolution.pdf](http://www.hawley.senate.gov/sites/default/files/2020-05/Hawley-WTO-Resolution.pdf). Per un commento, si veda LESTER, *Voting on WTO Withdrawal*, 23 June 2020, [www.cato.org/blog/voting-wto-withdrawal](http://www.cato.org/blog/voting-wto-withdrawal).

l'eliminazione dei trattamenti discriminatori. Di contro, l'attività normativa dell'OMC è circoscritta ad alcune limitate ipotesi, precisamente individuate. La funzione principale di questa organizzazione risiede piuttosto nella soluzione delle controversie. Tuttavia, questa è affidata all'iniziativa dei suoi membri e non anche all'OMC, la quale manca di legittimazione attiva innanzi agli organi contenziosi. La procedura di accertamento vincolante del diritto si conclude con l'obbligo per la parte convenuta di rimuovere la misura illecita e, quale estrema *ratio*, con la possibilità per il ricorrente di applicare contromisure. Al di là della crisi attuale dell'Organo d'Appello, nella prassi non sono mancati casi in cui la soluzione dei conflitti è stata ricercata al di fuori del procedimento contenzioso prescritto ben al di là dei limiti previsti <sup>(9)</sup>, ovvero tramite la conclusione di intese *contra legem*, con le quali le parti hanno convenuto l'adozione di misure in contrasto col diritto OMC <sup>(10)</sup>. Infine, terza funzione dell'OMC è il controllo delle politiche commerciali nazionali, esercitato periodicamente tramite il *Trade Policy Review Mechanism* e, su base continua, in seno ai consigli e comitati cui partecipano tutti i membri e che sovrintendono all'applicazione degli accordi multilaterali. Questi strumenti possono costituire un importante foro di confronto riguardo a

---

<sup>(9)</sup> In base all'art. 3, par. 7 dell'*Understanding on Rules and Procedures concerning the Settlement of Disputes*, «a solution mutually acceptable by the parties and consistent with the covered agreements is clearly to be preferred».

<sup>(10)</sup> Si vedano TANCREDI, *EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope or Manoeuvre'?*, *European Journal of International Law*, 2004, pp. 933, 955-959 e 961; NORPOTH, *The Mutually Agreed Solution Between Indonesia and the United States in US – Clove Cigarettes: A Case of Efficient Breach (or Power Politics)?*, in *International Economic Law. Contemporary Issues* Adinolfi et al. (eds.), Heidelberg, 2017, p. 129 ss. Sul ricorso agli accordi di limitazione volontaria delle esportazioni per la soluzione delle controversie si vedano TANCREDI, *Il perdurante ricorso agli accordi di limitazione volontaria delle esportazioni come strumento di protezione commerciale, Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*. Liber Amicorum in onore di Paolo Picone Ligustro, Sacerdoti (a cura di), Napoli, 2011, p. 451 ss.; ID., *Still Going "Grey" After All These Years? Export Restraint Agreements and the WTO*, in *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law*. Liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann Cremona et al. (eds.), Leiden-Boston, 2013, p. 297 ss.

specifiche misure commerciali, evitando così la presentazione di ricorsi formali innanzi agli organi contenziosi <sup>(11)</sup>.

L'analisi che segue è così strutturata. Il paragrafo 2 mira a inquadrare nell'alveo del diritto OMC i provvedimenti di restrizione commerciale che sono stati adottati nella fase di risposta all'emergenza sanitaria. La legittimità di eventuali misure di limitazione delle importazioni adottate allo scopo di sostenere la ripresa delle attività produttive gravemente colpite dalla crisi è presa in considerazione nel successivo paragrafo 4. Il rafforzamento della capacità di risposta a crisi sanitarie e il ruolo che a tal fine possono avere le misure commerciali è oggetto specifico del paragrafo 5. L'ultima parte del lavoro offre alcune considerazioni conclusive.

2. Nel tentativo di dare un'immediata risposta alle esigenze nazionali nel corso della pandemia da Covid-19, numerosi membri dell'OMC hanno adottato restrizioni alle esportazioni. Alla base di questi provvedimenti vi è l'intento di riservare al consumo domestico beni la cui offerta sul mercato nazionale appare insufficiente per soddisfare la domanda. Secondo un rapporto preparato dal Segretariato dell'OMC, alla data del 23 aprile 46 membri hanno notificato l'introduzione di limitazioni alle esportazioni, amministrare tramite dei veri e propri divieti o regimi di autorizzazione <sup>(12)</sup>. I prodotti maggiormente interessati da queste restrizioni sono i presidi medici e sanitari; quattordici membri li hanno estesi ai prodotti alimentari. Sino al 29 maggio, sono state notificate ben 196 misure da parte di 79 Stati, l'Unione Europea e l'Unione Economica Euroasiatica. Novantatré di queste impongono limiti alle esportazioni <sup>(13)</sup>.

L'analisi economica ha messo in evidenza gli effetti negativi di queste restrizioni, sia per gli Stati che vi abbiano fatto ricorso (che

---

<sup>(11)</sup> Si vedano LANG, SCOTT, *The Hidden World of WTO Governance*, *European Journal of International Law* 2009, p. 575 ss.; HORN, MAVROIDIS, WIJKISTRÖM, *In the Shadow of the DSU: Addressing Specific Trade Concerns in the WTO SPS and TBT Committees*, *Journal of World Trade*, 2013, p. 729 ss.; HOLZER, *Addressing Tensions and Avoiding Disputes: Specific Trade Concerns in the TBT Committee*, WTO Staff Working Papers ERSD-2018-11.

<sup>(12)</sup> WTO, *Export Prohibitions and Restrictions. Information Note*, 23 April 2020.

<sup>(13)</sup> L'elenco è reperibile nel sito [www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/trade\\_related\\_goods\\_measure\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_related_goods_measure_e.htm).

potrebbero sperimentare un aumento dei prezzi dei beni in questione sui rispettivi mercati) sia per gli Stati terzi (in particolare, laddove questi manchino della capacità produttiva necessaria a soddisfare il fabbisogno nazionale) <sup>(14)</sup>. Due ragioni inducono a escludere che esse saranno oggetto di reclami innanzi agli organi contenziosi. Da un lato, si tratta di misure generalizzate, cui hanno fatto ricorso molti membri, i quali, in taluni casi, prevedono delle deroghe, escludendo ad esempio dalla sfera di operatività del divieto le esportazioni verso taluni Stati terzi, condotte nel quadro di operazioni commerciali che soddisfino criteri predeterminati o destinate a supportare operazioni di assistenza umanitaria <sup>(15)</sup>. In secondo luogo, in caso di reclamo, la situazione di stallo del meccanismo contenzioso rischia di far cadere nel vuoto un eventuale giudizio di illegittimità pronunciato in primo grado: sarà infatti sufficiente che il membro convenuto presenti ricorso all'Organo d'Appello per impedire che si giunga a un giudizio di merito definitivo, e così che sorga l'obbligo di revoca della misura illecita <sup>(16)</sup>.

Ciò nonostante, preme comunque sottolineare che il diritto OMC riconosce un certo margine di manovra all'interno del quale le misure in esame possono essere considerate conformi agli accordi multilaterali. Nel caso di provvedimenti destinati ad essere applicati su base temporanea, quali la maggior parte delle limitazioni alle

---

<sup>(14)</sup> BALDWIN, EVENETT (eds.), *Covid-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work*, London, 2020; EVENETT, *Tackling Covid-19 together. The Trade Policy Dimension*, Global Trade Alert, 23 March 2020, [www.globaltradealert.org/reports/5](http://www.globaltradealert.org/reports/5); HOEKMAN, FIORINI, YILDIRIM *Export Restrictions: A Negative-Sum Policy Response to the Covid-19 Crisis*, EUI Working Paper RSCAS 2020/23, April 2020.

<sup>(15)</sup> Ad esempio, si vedano le restrizioni introdotte dall'Unione Europea rispettivamente con Regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione del 14 marzo 2020 che “subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione all'esportazione” (*G.U.U.E.* 15 marzo 2020 *L* 77/I, p. 1 ss.); Regolamento di esecuzione (UE) 2020/426 della Commissione del 19 marzo 2020 che “subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione all'esportazione” (*G.U.U.E.* 20 marzo 2020 *L* 84/I, p. 1 ss.); Regolamento di esecuzione (UE) 2020/568 della Commissione del 23 aprile 2020 che “subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione all'esportazione” (*G.U.U.E.* 24 aprile 2020 *L* 129, p. 7 ss.).

<sup>(16)</sup> PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect? What Choice to Make?* (July 7, 2019), [ssrn.com/abstract=3415964](https://ssrn.com/abstract=3415964).

esportazioni qui considerate, interviene infatti la “carve-out clause” posta dall’art. XI, par. 2 GATT 1994, a norma della quale il divieto di restrizioni quantitative di cui al precedente par. 1 «shall not extend to ... a) export prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or to relieve critical shortages of foodstuffs or other products essential to the exporting contracting party». Come affermato dall’Organo d’Appello, questa disposizione autorizza limitazioni all’esportazione di «absolutely indispensable or necessary products» per i quali sussistono «deficiencies in quantity that are crucial, that amount to a situation of decisive importance, or that reach a vitally important or decisive stage, or a turning point»<sup>(17)</sup>.

In realtà, la dottrina non è concorde nel leggere nella norma in esame una clausola che esclude, nella circostanza indicata, l’applicazione del GATT 1994. Non mancano infatti autori che la considerano alla stregua di una eccezione all’art. XI, par. 1<sup>(18)</sup>, con la conseguenza che azioni che ricadono nella sua sfera di operatività devono soddisfare l’ulteriore requisito di non discriminazione posto dal successivo art. XIII, par. 1 GATT 1994, dando applicazione, nella misura del possibile, ai principi che sottendono il ricorso a restrizioni alle importazioni (art. XIII, par. 5). La finalità principale dell’art. XIII è ridurre al minimo l’impatto dei divieti e delle restrizioni commerciali, «by attempting to approximate ... the trade shares that would have occurred» in loro assenza<sup>(19)</sup>: è questo il parametro principale di legittimità dei regimi di limitazione degli scambi introdotti a seguito della pandemia da Covid-19, in particolare dell’amministrazione delle deroghe relative alle operazioni commerciali.

Nel caso le restrizioni all’esportazione siano adottate su base permanente, la loro giustificazione può essere dedotta dalle norme del GATT 1994 in tema di eccezioni generali (art. XX) o di sicurezza (art. XXI). Può qui farsi riferimento, in particolare, alla lett. b) dell’art. XX, relativa all’adozione di misure necessarie a tutelare, *inter alia*, la vita e la salute umana, e alla successiva lett. j) per le misure essenziali all’acquisto o distribuzione di beni per i quali si

---

<sup>(17)</sup> Rapporto dell’Organo d’Appello, *China – Raw Materials*, paragrafi 326 e 324.

<sup>(18)</sup> WOLFRUM, *Article XI. General Elimination of Quantitative Restrictions*, in *WTO – Trade in Goods Wolfrum et al.* (eds.), Leiden, Boston, 2011, p. 281 ss., p. 290.

<sup>(19)</sup> Rapporto del *panel*, *EC – Bananas III (Ecuador)*, par. 7.68

registri una limitata capacità di offerta sul mercato nazionale <sup>(20)</sup>. I criteri più rigorosi posti da queste due disposizioni potrebbero indurre la parte convenuta, in caso di reclamo, di addurre quale giustificazione del proprio provvedimento l'art. XI, par. 2, lett. a).

L'art. XX, lett. b) impone infatti di dimostrare che la misura oggetto del ricorso sia stata adottata con l'intento di salvaguardare la vita e la salute umana (circostanza inconfutabile nel caso di restrizioni all'esportazioni di dispositivi medici e sanitari nella situazione attuale) e che essa sia «necessaria» al perseguimento di tale scopo. Secondo una giurisprudenza oramai consolidata, la valutazione di necessità deve essere condotta in base a un «process of weighing and balancing» che tenga conto di taluni fattori, incluso il contributo della misura interessata al perseguimento dell'obiettivo in causa, l'importanza di quest'ultimo e gli effetti sui flussi di interscambio commerciale <sup>(21)</sup>. A questi elementi, deve poi aggiungersi la verifica della sussistenza di misure alternative che possano essere realisticamente adottate e che, pur perseguendo il medesimo livello di tutela della salute e della vita umana, comportino una più contenuta limitazione degli scambi commerciali <sup>(22)</sup>. Tuttavia, come affermato dall'Organo d'Appello, «[t]he more vital or important the interests or the values that are reflected in the objective of the measure, the easier it would be to accept a measure as necessary» <sup>(23)</sup>.

La lett. j) dell'art. XX si riferisce invece a misure «essenziali», da individuare anche applicando il test di necessità sopra indicato <sup>(24)</sup>, a far fronte a una carenza di offerta sul mercato nazionale di un dato bene rispetto alla sua domanda <sup>(25)</sup>, come nel caso qui considerato. Questa clausola si presta a giustificare provvedimenti introdotti su base temporanea, che debbono quindi essere revocati una volta che vengano a mancare le motivazioni che avevano

---

<sup>(20)</sup> PAUWELYN, *Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits under International Trade Agreements* (30 aprile 2020), [ssrn.com/abstract=3579965](https://ssrn.com/abstract=3579965).

<sup>(21)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *Korea – Various Measures on Beef*, par. 164.

<sup>(22)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *Brazil – Retreated Tyres*, par. 156.

<sup>(23)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *Colombia – Textiles*, par. 5.7.

<sup>(24)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *India – Solar Cells*, paragrafi 5.62-5.63.

<sup>(25)</sup> *Ivi*, paragrafi 5.65-5.71.

condotto alla loro adozione, e a condizione che a tutti i membri dell'OMC «are entitled to an equitable share of the international supply» del bene interessato. È qui richiesta la possibilità che altri membri possono accedere a una parte «equa» dell'offerta sui mercati internazionali. Il giudizio di equità è di ordine qualitativo, e alla sua soddisfazione può presumersi concorrano molteplici fattori, quali il fabbisogno nazionale, la capacità di approvvigionamento tramite importazioni da altri Stati terzi, o le condizioni economiche alle quali questi ultimi potrebbero concretamente verificarsi.

Quale ulteriore requisito di legittimità, lo “chapeau” dell’art. XX prevede che provvedimenti fondati sulle successive lett. *b)* e *j)* debbano essere applicati in modo da non costituire una discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata degli scambi. La prassi mostra come nella maggior parte delle controversie aventi ad oggetto misure giustificate dalla parte convenuta in base alla clausola sulle eccezioni generali, profili di responsabilità internazionale siano stati accertati proprio in ragione del mancato rispetto dei requisiti posti dallo “chapeau”. Secondo la giurisprudenza dell’Organo d’Appello, questa codifica nel sistema OMC il principio dell’abuso del diritto <sup>(26)</sup>: il perseguimento di interessi generali diversi da quello della liberalizzazione degli scambi in tanto è legittimo in quanto non richieda misure che diano luogo danno a trattamenti discriminatori o il cui effetto sia ostacolare gli scambi commerciali.

Prendendo ad esempio le restrizioni alle esportazioni introdotte dall’Unione Europea nel marzo 2020, revocate a partire dal successivo 26 maggio 2020 <sup>(27)</sup>, dalla loro sfera di operatività erano esclusi diversi Stati, in considerazione del fatto che le loro reti di approvvigionamento sono strettamente connesse a quelle dell’Unione Europea. Secondo l’Organo d’Appello, «analysing whether discrimination is “unjustifiable” will usually involve an analysis that relates primarily to the cause or rationale of the discrimination» <sup>(28)</sup>: «[t]he assessment of whether discrimination is arbitrary or unjustifiable should be made in the light of the objective of the measure» <sup>(29)</sup>. Di conseguenza, profili di illegittimità sorgono

---

<sup>(26)</sup> Rapporto dell’Organo d’Appello, *US – Shrimp*, par. 158.

<sup>(27)</sup> *Supra* nota 15.

<sup>(28)</sup> Rapporto dell’Organo d’Appello, *Brazil – Retreated Tyres*, par. 229.

<sup>(29)</sup> *Ibid.*, para. 227.

quando le motivazioni alla base di eventuali trattamenti discriminatori «bear no rational connection» con la finalità perseguita o ne metterebbero a rischio la realizzazione <sup>(30)</sup>. Le difficoltà di giustificare fondatamente il favore accordato ad alcuni Stati terzi non sorgono se la fonte di legittimità delle restrizioni alle esportazioni viene invece ricercata, oltre che nell'art. XI, par. 2, lett. a) GATT 1994 (interpretato alla stregua di una “carve-out clause”) nel successivo art. XXI, lett. b) (iii), relativo all'adozione di misure considerate necessarie alla protezione di interessi essenziali di sicurezza in tempo di guerra o in caso di altre emergenze nelle relazioni internazionali. Come già affermato nella giurisprudenza, «the existence of an emergency in international relations is an objective state of affairs», che si riferisce «to a situation of ... general instability engulfing or surrounding a state» <sup>(31)</sup> (quale l'attuale pandemia). Inoltre, se la discrezionalità dello Stato interessato è limitata nel definire gli interessi di sicurezza nazionale che intende tutelare <sup>(32)</sup>, ampia è invece per la determinazione della necessità delle misure adottate a tale scopo <sup>(33)</sup>.

3. Spostando l'attenzione alla fase di ricostruzione post-pandemia, le politiche commerciali potrebbero giocare un ruolo importante. Ciò a maggior ragione considerando la grave crisi che è destinata ad attraversare l'economia mondiale. In questo contesto, non può escludersi un aumento delle barriere doganali all'importazione, allo scopo di limitare la competitività e sostenere la produzione nazionale in settori ritenuti strategici ai fini della ripresa economica.

L'analisi economica potrà mettere in evidenza i limiti di questi provvedimenti, come ad esempio fatto in tempi recenti per le misure commerciali adottate dall'amministrazione Trump nei confronti della Cina. Sul piano giuridico, il margine di manovra riconosciuto dal diritto OMC appare limitato. Ciò in considerazione del già

---

<sup>(30)</sup> *Ibid.* e rapporto dell'Organo d'Appello, *United States – Tuna Products (Article 21.5)*, par. 7.136.

<sup>(31)</sup> Rapporto del *panel*, *Russia – Traffic in Transit*, paragrafi 7.77 e 7.76.

<sup>(32)</sup> *Ibid.*, par. 7.134.

<sup>(33)</sup> *Ibid.*, par. 7.146. Questo medesimo approccio interpretativo è stato seguito anche nel successivo rapporto del *panel* in *Saudi Arabia – Protection of IPR*, par. 7.241 ss.

accennato divieto di restrizioni quantitative all'importazione di cui all'art. XI, par. 1 GATT 1994 e della pari inibizione, prevista all'art. II, par. 1, lett. *b*) GATT 1994, ad applicare dazi all'importazione superiori a quelli consolidati nella lista di concessioni allegata al GATT 1994 da ciascun membro. Sorge così la necessità di verificare se tali norme conoscano delle deroghe che possano essere legittimamente invocate. Ricorrono a tale riguardo tre disposizioni, la cui efficacia appare tuttavia contenuta.

L'art. IX, paragrafi 3 e 4, dell'Accordo istitutivo dell'OMC dispone che in circostanze eccezionali, diverse da quelle prese in considerazione da altre clausole di deroga, il Consiglio generale dell'Organizzazione possa autorizzare un membro a sospendere temporaneamente l'applicazione di uno degli obblighi su di esso gravanti (inclusi i divieti di cui agli artt. II, par. 1, lett. *b*) e XI, par. 1 GATT 1994) con una decisione adottata per *consensus* o, qualora questo non sia raggiunto, a maggioranza dei tre quarti dei membri. Il carattere temporaneo delle deroghe così accordate garantirebbe, in linea di principio, il ristabilimento delle preesistenti condizioni di competitività entro tempi certi e predeterminati, fatta salva la possibilità che la deroga sia rinnovata. La difficoltà principale di questa procedura risiede tuttavia nella necessità che il Consiglio generale si pronunci per *consensus*. In generale, nella prassi dell'OMC si registra una certa riluttanza alla manifestazione del voto nel processo decisionale. Peraltro, non sono mancati casi in cui deroghe motivate dall'esigenza di supportare un'economia nazionale gravemente colpita da un disastro sono state adottate a distanza di tempo rispetto alla data di richiesta, e solo a termine di un acceso dibattito in seno all'Organizzazione<sup>(34)</sup>. Pur trattandosi di situazioni in cui il membro interessato intendeva accordare un trattamento preferenziale a favore di uno Stato terzo colpito da una calamità naturale (in deroga quindi all'obbligo di trattamento della nazione più favorita di cui all'art. I, par. 1 GATT 1994), questa prassi rende comunque testimonianza di una resistenza ad autorizzare una modifica dei livelli di imposizione tariffaria suscettibile di alterare, anche solo temporaneamente, le condizioni di accesso a un mercato nazionale, pur in presenza di gravi difficoltà per il membro

---

<sup>(34)</sup> ADINOLFI, *Natural Disasters and Trade. Study II. A Legal Mapping*, Geneva, 2019, p. 56 ss.

beneficiario. Può presumersi che difficoltà simili sorgerebbero qualora la richiesta di deroga riguardi l'introduzione di un maggior livello di protezione a vantaggio dei produttori nazionali del membro in causa.

Una norma specifica riguardo possibili misure che possono essere adottate a seguito di un disastro è contemplata all'art. XVIII, sez. A GATT 1994. In base ad essa, derogando agli obblighi procedurali previsti al successivo art. XXVIII, i paesi in via di sviluppo sono legittimati a modificare o revocare una concessione tariffaria prevista dalle rispettive liste di concessioni qualora ciò risulti auspicabile ai fini dello stabilimento di una particolare attività produttiva (par. 7, lett. a). Il margine di manovra accordato può essere esercitato, tra l'altro, anche per mettere in atto provvedimenti volti alla ricostruzione di una industria che abbia subito gravi danni a causa di ostilità belliche o in conseguenza di un disastro naturale<sup>(35)</sup>. Nel testo dell'accordo manca una definizione di «disastro naturale», e parimenti mancano nella prassi elementi utili a chiarirne la portata. La norma gemella di cui al par. 13 dell'art. XVIII (che autorizza, in termini più generali, l'adozione di misure idonee a incidere sulle importazioni) è stata invocata solo in tre occasioni<sup>(36)</sup>, in una delle quali il provvedimento in causa (l'introduzione di un regime di restrizioni all'importazione) è stato giustificato anche alla luce delle gravi calamità naturali che avevano colpito il paese interessato<sup>(37)</sup>. Per via interpretativa, può ritenersi che l'art. XVIII, paragrafi 7, lett. a) e 13 si riferiscano a situazioni in cui eventi esogeni, che sfuggono al controllo dell'industria interessata, creino difficoltà materiali di portata e gravità tali da impedire l'attività produttiva, quali sono gli effetti della crisi sanitaria del 2020 per alcuni membri dell'OMC.

Sempre riguardo alla protezione tariffaria, rimane inoltre salva la possibilità di rinegoziare concessioni riportate nella lista allegata da ciascun membro al GATT 1994, seguendo la procedura prevista all'art. XXVIII. Questa appare particolarmente complessa e richiede

---

<sup>(35)</sup> Si veda la nota aggiuntiva all'art. XVIII, paragrafi 2, 3, 7, 14 e 22.

<sup>(36)</sup> WTO doc. WT/COMTD/39 del 24 luglio 2002 (*Application of Article XVIII, Section C of GATT 1994. Background note*).

<sup>(37)</sup> WTO doc. G/C/7 del 6 gennaio 2002 (*Notification under Section C of Article XVIII of the General Agreement on Tariff and Trade 1994 and the Decision of 28 November 1979 on Safeguard Action for Development Purposes. Bangladesh*).

l'avvio di trattative e consultazioni con diversi attori, ovvero i membri coi quali il dazio consolidato sottoposto a modifica era stato originariamente concordato, quelli portatori di un «interesse principale» all'esportazione del prodotto in causa e, infine, i membri che vantino un «interesse sostanziale» alla concessione. Tali trattative sono volte a definire nuovi trattamenti tariffari, non meno favorevoli di quelli preesistenti e comunque fondati su un criterio di reciprocità e mutui vantaggi. L'accordo finale può anche prevedere il ricorso a misure di compensazione ad opera della parte che ha invocato l'art. XXVII, per una riduzione delle barriere all'importazione in altri settori, da estendersi a tutti i membri dell'OMC in ossequio all'obbligo di trattamento della nazione più favorita. In mancanza di un accordo, i dazi consolidati possono essere modificati unilateralmente, fatta salva la possibilità per le altre parti di revocare o modificare a loro volta concessioni sostanzialmente equivalenti al pregiudizio subito.

In definitiva, l'ambito di applicazione delle norme OMC che potrebbero giustificare un aumento degli ostacoli alle importazioni per sostenere la ripresa dell'attività economica nazionale è circoscritto. L'art. XVIII, sez. A, GATT 1994 è rivolto esclusivamente ai paesi in via di sviluppo e meno avanzati; le disposizioni relative all'adozione di deroghe generali di cui all'art. IX dell'accordo istitutivo e alla modifica delle liste di concessioni di cui all'art. XXVIII GATT 1994 richiedono che vengano esperite procedure particolarmente complesse che non soddisfano la necessità di intervenire prontamente per soddisfare gli interessi in gioco. In definitiva, se non possono essere escluse nuove spinte protezionistiche unilaterali, esse rischierebbero di contribuire a un ulteriore inasprimento nelle relazioni commerciali internazionali. Fintantoché la crisi dell'Organo d'Appello non troverà una soluzione, eventuali conflitti non potranno risolversi nel quadro della procedura di accertamento vincolante del diritto prevista dagli accordi OMC <sup>(38)</sup>. Sorge allora il quesito di come l'Organizzazione

---

<sup>(38)</sup> Una soluzione alla situazione di *impasse* è stata trovata da alcuni membri, che hanno aderito al *Multi-party Interim Appeal Arbitration Arrangement* notificato all'OMC in WTO doc. JOB/DSB/1/Add.12 del 30 aprile 2020. In dottrina, ANDERSEN *et al.*, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, Centre for Trade and Economic Integration Working Papers, *CTEI Working Paper 2017-17*; BACCHUS, *Saving the WTO's Appeals*

potrebbe intervenire per evitare o al meglio limitare un ulteriore indebolimento del sistema commerciale multilaterale.

Come sopra accennato, una delle tre funzioni di questa organizzazione riguarda il controllo sulle politiche commerciali nazionali. Questo si fonda su tre pilastri fondamentali: i numerosi obblighi di notifica e trasparenza previsti dagli accordi OMC; il *Trade Policy Review Mechanism*, per effetto del quale la politica commerciale di ciascun membro è sottoposta periodicamente a un esame complessivo da parte del Segretariato e in seno al Comitato per l'esame delle politiche commerciali cui partecipano tutti i membri; le riunioni dei numerosi consigli e comitati in cui si articola la struttura organizzativa dell'OMC, anch'essi a composizione plenaria e in seno ai quali può essere condotto un esame di specifici provvedimenti, favorendo un confronto tra le parti interessate che, al di là dei suoi esiti, favorisce lo scambio di informazioni e, di tal guisa, una maggiore trasparenza. Esula dai limiti del presente lavoro una valutazione dell'efficacia di questi strumenti, già oggetto di un'ampia letteratura in dottrina<sup>(39)</sup>. Preme solo sottolineare alcuni elementi: le possibili misure di restrizione commerciale qui considerate non sono oggetto di pari obblighi di notifica<sup>(40)</sup>; questi ultimi non sono oggetto di puntuale adempimento da parte dei membri; il Segretariato non dispone di poteri preordinati a indurre gli Stati al rispetto degli obblighi qui considerati. Nel contesto attuale, sono state adottate talune iniziative di certo rilievo, quale la pubblicazione sul sito dell'OMC delle misure adottate per far fronte

---

*Process*, CATO Institute Blog Post, 12 ottobre 2018, [www.cato.org/blog/saving-wtos-appeals-process](http://www.cato.org/blog/saving-wtos-appeals-process).

<sup>(39)</sup> A tale riguardo, si veda l'ampia analisi e i riferimenti in BORLINI, *A Crisis Looming in the Dark: Some Remarks on the Reform Proposals on Notifications and Transparency*, *Questions of Int. Law*, 2019, *Zoom-out* 63, p. 83 ss. V. anche, WTO, *Transparency – Why It Matters in Times of Crisis. Information Note*, 7 aprile 2020.

<sup>(40)</sup> Per quanto riguarda le restrizioni quantitative, tali obblighi sono stati introdotti dal Consiglio Generale con la *Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions* (WTO doc. G/L/59/Rev.1, 3 luglio 2012); diversamente, per le misure di protezione tariffaria, gli obblighi di trasparenza concernono esclusivamente i dazi consolidati nella lista di concessioni e quelli, eventualmente di valore inferiore, applicati in ossequio all'obbligo di trattamento della nazione più favorita. Nessuna disposizione concerne invece la trasparenza nell'applicazione di dazi più elevati di quelli consolidati, a meno che non rientrino nelle ipotesi di cui all'art. II, par. 2.

alla pandemia da Covid-19, raccolte sulla base delle notifiche ricevute dagli stessi membri o di fonti di informazione ufficiale dei governi nazionali. Su queste basi, l'avvio di un dialogo costante in seno agli organi dell'OMC sulla portata di tali provvedimenti e i loro effetti sull'interscambio commerciale può, in linea di principio, impedire che sorgano controversie commerciali o comunque ribadire l'assunto che le politiche di “beggar thy neighbour” sono destinate ad avere effetti nocivi sulle economie degli Stati interessati, incluso quello che vi ricorra <sup>(41)</sup>. Certo, armi spuntate se confrontate con le funzioni conferite all'OMC dagli accordi del 1994 e la cui efficacia rischia di essere ben limitata se si prendono in considerazione le posizioni mercantiliste assunte da alcuni membri, ulteriormente rafforzate in questi ultimi mesi <sup>(42)</sup>.

4. La pandemia da Covid-19 ha dato prova del fatto che situazioni che pregiudicano gravemente la salvaguardia della salute e della vita umana, possono riguardare simultaneamente tutti gli Stati. Pur nella sua specificità, non è questo un elemento di novità: il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale è divenuto un obiettivo prioritario della comunità internazionale all'indomani delle guerre mondiali del secolo scorso; la natura di “common concern of humankind” dei cambiamenti climatici <sup>(43)</sup> richiede che tutti gli Stati adottino azioni dirette a contenere gli effetti dell'aumento della temperatura terrestre sull'ambiente e sulla

---

<sup>(41)</sup> BERDEN, FRANCOIS, ERIXON, *From Smoot-Hawley to 'America First' and 'Strategic Sovereignty'*, 26 giugno 2020, [voxeu.org/article/smoot-hawley-america-first-and-strategic-sovereignty](https://voxeu.org/article/smoot-hawley-america-first-and-strategic-sovereignty). Si veda anche WOLFE, *Exposing Governments Swimming Naked in the Covid-19 Crisis with Trade Policy Transparency (and Why WTO Reform Matters More than Ever)*, in *op. cit.* Baldwin, Evenett (eds.), p. 165 ss.

<sup>(42)</sup> «The United States should not attempt to wall itself off from the rest of the world in response to the current pandemic, but it should reinforce its determination to maintain and grow its manufacturing base. Trade policy alone cannot do that. But as part of a broader suite of tax and regulatory policies designed to encourage investment in the United States, reforms to the rules of trade can play an important role». Cfr. LIGHTIZER, *How to Make Trade Work for Workers Charting a Path Between Protectionism and Globalism*, *Foreign Affairs*, luglio/agosto 2020, [www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-09/how-make-trade-work-workers](https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-09/how-make-trade-work-workers).

<sup>(43)</sup> Si veda il primo alinea del preambolo alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992, 1771 UNTS 107.

vita economica e sociale. Da qui la necessità di una risposta coordinata, trovata nel primo caso tramite il conferimento al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite dei poteri di cui al capitolo VII della Carta di San Francisco, ricercata nel secondo caso tramite un faticoso processo negoziale, di cui l'Accordo di Parigi del 2015 costituisce solo l'ultima tappa.

La cooperazione internazionale in materia di tutela della salute rientra nel mandato dell'OMS, la quale interviene tramite gli strumenti suoi propri, quali le Regolamentazioni internazionali sanitarie del 2005<sup>(44)</sup>. Al di là della loro efficacia, oggetto di ampio dibattito<sup>(45)</sup>, rimane il fatto che questi strumenti non tengono conto delle numerose e complesse esigenze, diverse da quelle strettamente sanitarie, che sorgono in caso di epidemie o pandemie. Da qui la necessità che in seno ad altre istituzioni intergovernative si apra un confronto allo scopo di definire, nell'ambito del mandato di ciascuna, se e in quale modo l'esercizio delle funzioni loro conferite possa facilitare la risposta a situazioni di particolare gravità

Il sistema commerciale multilaterale conosce già, sul piano sul diritto positivo, delle previsioni per le quali la regolazione degli scambi commerciali è strumentale al perseguimento di interessi generali, propri della comunità internazionale. Ai sensi dell'art. XXI, lett. c) GATT 1994 i membri dell'OMC sono infatti legittimati a dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza della Nazioni Unite, assunte ai sensi dell'art. 41 della Carta di San Francisco, che impongono l'applicazione di un embargo commerciale nei confronti di uno Stato ritenuto responsabile di una minaccia della pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione: in tal caso, gli obblighi di liberalizzazione e di non discriminazione arretrano di fronte all'interesse preminente della salvaguardia della sicurezza internazionale. Il dibattito intorno ai problemi dello sviluppo economico, avviato in seno alle Nazioni Unite dalla fine degli anni cinquanta del XX secolo, ha avuto delle ripercussioni nel sistema commerciale multilaterale come regolato dal GATT sin dal 1947, per effetto delle quali i principi di non

---

<sup>(44)</sup> Al riguardo, si veda il contributo di Donato Greco nel presente volume.

<sup>(45)</sup> *Ex multis*, BURCI, *The Outbreak of Covid-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations Fit for Purpose?*, *EJIL:Talk!*, 27 February 2020, [www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose](http://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose).

discriminazione e reciprocità hanno conosciuto dei temperamenti allo scopo di facilitare la partecipazione agli scambi internazionali dei paesi in via di sviluppo e meno avanzati <sup>(46)</sup>. La lotta ai cambiamenti climatici ha portato al centro dell'attenzione la questione dell'opportunità di adottare in seno all'OMC una deroga generale che autorizzi il ricorso a misure commerciali considerate appropriate, le c.d. "carbon adjustment measures" <sup>(47)</sup>. La pandemia da Covid-19 pone per il diritto OMC una sfida per certi aspetti simile a quelle appena ricordate, e solleva il quesito di quali passi sarebbero opportuni affinché la regolazione degli scambi commerciali tenga conto delle esigenze specifiche che gli Stati si trovano a dover affrontare in caso di emergenze sanitarie globali, o comunque tali da compromettere la loro capacità di risposta.

È questo l'auspicio che emerge dalla *Sendai Framework on Disaster Risk Reduction* approvata nel 2015 dalle Nazioni Unite, ove è posto l'accento sulla necessità di approntare anche nuovi strumenti giuridici allo scopo di rafforzare la capacità degli Stati di limitare l'impatto di disastri naturali o causati dall'uomo, incluse le emergenze sanitarie, in termini di perdite di vite umane e di danni materiali ed economici <sup>(48)</sup>. È anche in quest'ottica che possono essere lette alcune recenti proposte avanzate nella dottrina o da alcuni attori internazionali <sup>(49)</sup>.

La concentrazione della produzione di prodotti medicali in un numero limitato di Stati ha come conseguenza che, su scala mondiale, il fabbisogno nazionale per la maggior parte degli altri Stati è soddisfatto tramite le importazioni. Laddove queste siano gravate da dazi doganali, i sistemi sanitari nazionali si trovano a sostenere un costo aggiuntivo, che potrebbe risultare particolarmente gravoso in situazioni di emergenza sanitaria in cui la domanda

---

<sup>(46)</sup> Per tutti, PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 449 ss.

<sup>(47)</sup> *Ex multis*, BACCHUS, *The Case for a WTO Climate Waiver. Special Report*, Centre for International Governance Innovation, 2017.

<sup>(48)</sup> Assemblea Generale delle Nazioni Unite, UN Doc. A/RES/69/283, 3 giugno 2015. In dottrina, si vedano TOSCANO, RIVALTA, *Disaster Risk Reduction in light of the Covid-19 Crisis: Policy and Legal Considerations*, *Questions of Int. Law*, 2020, *Zoom-out* 70, p. 37 ss.

<sup>(49)</sup> Si veda il *Concept paper* presentato dalla Commissione Europea *Trade in Healthcare Products*, 1 June 2020, [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_20\\_1042](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1042).

interna aumenta considerevolmente. Proprio a fronte di ciò, come risposta immediata alla pandemia da Covid-19 taluni membri dell'OMC hanno unilateralmente sospeso la riscossione delle tariffe doganali all'importazione di beni considerati essenziali <sup>(50)</sup>. Sul piano multilaterale, alcuni risultati in questo senso sono stati raggiunti nel quadro dell'accordo sul commercio di prodotti farmaceutici concluso nel 1994 (c.d. *Pharma Agreement*), in base al quale dodici futuri membri dell'OMC si impegnavano ad abrogare i dazi e gli altri oneri doganali, come definiti all'art. II, par. 1, lett. b) GATT 1994, applicati all'importazione di medicinali e loro componenti <sup>(51)</sup>. Ad oggi l'accordo conta sette parti contraenti, seppur per gli altri membri i livelli di imposizione tariffaria all'importazione dei medesimi beni sono particolarmente bassi <sup>(52)</sup>. Tuttavia, un considerevole vantaggio in termini di celerità di risposta in caso di emergenze potrebbe essere conseguito per effetto dell'adesione al *Pharma Agreement* di tutti i membri dell'OMC: un regime generale di revoca degli oneri doganali creerebbe condizioni di maggior certezza giuridica e consentirebbe che il vantaggio generale in termini di minori costi a carico del sistema sanitario sarebbe permanente, e non subordinato all'approvazione di atti emergenziali successivi allo scoppio di epidemie o pandemie.

La discussione in corso prende in esame l'opportunità di estendere il regime di franchigia doganale anche all'importazione di altri prodotti rivelatisi indispensabili nel contesto dell'attuale pandemia. Il riferimento è in particolare a taluni dispositivi medici, quali i presidi per la respirazione e la ventilazione polmonare, e ai c.d. dispositivi di protezione individuale. Gli scambi di taluni di questi beni, in particolare di quelli a elevata tecnologia, ricadono nella sfera di operatività dell'*Information Technology Agreement* (ITA) del 1996 e dell'*ITA Extension* del 2012, in virtù del quale i

---

<sup>(50)</sup> Ad esempio, si veda Decisione (UE) 2020/491 della Commissione del 3 aprile 2020 relativa all'esenzione dai dazi doganali all'importazione e dall'IVA concesse all'importazione delle merci necessarie a contrastare gli effetti della pandemia di Covid-19 nel corso del 2020 (*G.U.U.E.* 3 aprile 2020 L 103I, p. 1 ss.).

<sup>(51)</sup> GATT doc. L/7430 del 25 marzo 1994.

<sup>(52)</sup> WTO, *Trade in Medical Goods in the Context of Tackling Covid-19. Information Note*, 3 aprile 2020, p. 7. Si veda anche la Comunicazione della Commissione Europea, *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640, 11 dicembre 2019, p. 5.

membri che vi hanno aderito si sono impegnati a revocare i dazi doganali applicati all'importazione di prodotti della tecnologia dell'informazione in ossequio all'obbligo di trattamento della nazione più favorita. Sulla scorta di questi elementi, ma anche del *Pharma Agreement*, potrebbe valutarsi l'opportunità di concordare su scala multilaterale l'abolizione delle tariffe all'importazione di beni che appaiono indispensabili in caso di emergenze sanitarie. La definizione dell'ambito di applicazione materiale di tale accordo può avvenire in coordinamento con l'OMS. Nel corso della pandemia da Covid-19 questa ha infatti predisposto una lista di beni essenziali per l'assistenza sanitaria <sup>(53)</sup>: l'elaborazione di documenti simili con riguardo a fattispecie generali potrebbe costituire un utile punto di partenza del negoziato multilaterale.

La sospensione o revoca dei dazi e degli altri oneri doganali è tuttavia solo una parte della soluzione del più complesso problema di agevolare le forniture dall'estero. Le importazioni possono infatti essere ostacolate anche da altre misure di natura regolamentare. Tra queste rientrano le normative inerenti alle operazioni di sdoganamento, oggetto in seno all'OMC del *Trade Facilitation Agreement* (TFA) entrato in vigore nel 2017 e che conta, a questa data, 151 contraenti. Suo obiettivo è facilitare le procedure doganali e, a tal fine, le parti che vi hanno aderito si sono impegnate, pur nell'esercizio di un certo margine di manovra, ad adottare regolamentazioni nazionali particolarmente dettagliate <sup>(54)</sup>. Per un verso, l'attuazione sul piano interno di tali obblighi può avere effetti positivi anche in situazioni di emergenza, qualora le amministrazioni pubbliche si riforniscano sui mercati esteri dei prodotti medici e sanitari necessari tramite tradizionali operazioni commerciali. Al contempo, talune disposizioni del TFA prevedono una semplificazione delle procedure doganali anche con riferimento a operazioni di diversa natura, così prendendo in considerazione

---

<sup>(53)</sup> La lista è stata preparata in cooperazione con l'Organizzazione mondiale delle dogane ed è reperibile nel sito <http://www.wcoomd.org/en/media/newsroom/2020/april/who-wco-list-of-priority-medicines-and-an-updated-joint-wco-who-hs-classification-list.aspx>.

<sup>(54)</sup> Si segnalano HAMANAKA, *WTO Agreement on Trade Facilitation: Assessing the Level of Ambition and Likely Impacts*, *Global Trade and Customs Journal* 2014, p. 341 ss.; GRAINGER *et al.*, *Customs and Humanitarian Logistics*, *Global Trade and Customs Journal*, 2019, p. 159 ss.

particolari necessità che sorgono in situazioni di crisi <sup>(55)</sup>. Se gli effetti positivi di un adeguato recepimento del TFA negli ordinamenti interni possono quindi non essere trascurabili, nell'esercizio delle sue funzioni l'OMC potrebbe esercitare un ruolo proattivo in tal senso. Ad esempio, promuovendo, in seno agli organi competenti, lo scambio di informazioni su "normative practices" introdotte allo scopo di facilitare le procedure doganali in situazioni di emergenza nazionale od orientando anche verso questo medesimo obiettivo l'assistenza tecnica agli Stati che ne facciano richiesta. Anche in tal caso può essere auspicabile uno stretto coordinamento con altre istituzioni internazionali competenti, come l'Organizzazione Mondiale delle Dogane, o che promuovono l'adozione di normative nazionali relative specificamente dedicate alla gestione dell'assistenza internazionale in situazioni di crisi, quale la Federazione Internazionale delle Società della Croce Rossa e della Luna Crescente.

Ulteriori ostacoli all'importazione possono derivare dall'applicazione di quegli assetti normativi volti ad assicurare, in termini generali, che i beni immessi sul mercato nazionale non pregiudichino alcuni interessi collettivi, quali il mantenimento dell'ordine pubblico, la tutela dell'ambiente o della vita e della salute umana. I prodotti farmaceutici e i presidi medici e sanitari sono oggetto specifico di numerose regolazioni tecniche, volte a garantirne l'efficacia e la sicurezza nell'utilizzo. Tali normative possono tuttavia costituire delle barriere all'importazione qualora siano state adottate dagli Stati sulla base di approcci regolatori non uniformi. Nel diritto OMC questi profili sono regolati nell'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi, il quale impone il rispetto di requisiti sostanziali e procedurali allo scopo di impedire che, nel perseguimento degli obiettivi sopra ricordati, le regolamentazioni tecniche contravvengano al divieto di discriminazione (art. 2, par. 1)

---

<sup>(55)</sup> A titolo di esempio, si veda l'art. 10, par. 9.1 sul regime di ammissione temporanea, che viene di norma applicato all'immissione in uno Stato colpito da un disastro di beni non di consumo immediato, che possono essere riutilizzati (come ad esempio previsto agli articoli 205-252 del Codice Doganale dell'Unione Europea, in Regolamento (UE) 952/2013 del 9 ottobre 2013, come successivamente emendato, e al capo 4 e all'art. 221 del Regolamento di attuazione (UE) 2015/2446 del 28 luglio 2015, come successivamente modificato).

o costituiscano una barriera ingiustificata al commercio (art. 2, paragrafi 2 e 3). Pur non prevedendo l'armonizzazione delle normative nazionali, l'Accordo intende promuoverne la convergenza disponendo che esse debbono essere fondate sugli standard internazionali rilevanti (art. 2, par. 4) e conferendo una presunzione di legittimità in caso di «conformità» rispetto a questi ultimi (art. 2, par. 5). Al fine di facilitare il commercio dei prodotti qui considerati, può essere rilevante rafforzare la cooperazione in materia regolamentare che ha luogo sotto l'egida dell'OMC, tramite la discussione, in seno al comitato competente, degli standard internazionali rilevanti o di c.d. “specific trade concerns” relativi ai diversi approcci di regolazione seguiti dai membri, al fine di verificare se essi costituiscano realmente degli ostacoli al commercio. Il coordinamento con gli organismi regolatori esistenti a livello universale, regionale o sub-regionale appare anche in tal caso di certo rilievo, così come un'attività di assistenza tecnica volta a promuovere il ricorso agli standard internazionali quale base delle normative nazionali<sup>(56)</sup> e sostenere la partecipazione del più elevato numero possibile di membri agli “standard-setting bodies” competenti nelle singole materie.

Infine, come sopra ricordato, in situazioni di emergenza anche le restrizioni alle esportazioni sono considerate uno strumento essenziale per far fronte ai bisogni della popolazione. Benché si tratti di misure legittime ai sensi del GATT 1994, in virtù dei loro potenziali effetti negativi per gli Stati terzi<sup>(57)</sup> può apparire opportuno sottrarne la adozione all'esclusiva discrezionalità dei singoli Stati. Su queste premesse si basa la proposta di istituire in seno all'OMC un consesso *ad hoc* che faciliti lo scambio di informazioni tra i membri interessati o al cui interno gli stessi possano discutere sull'opportunità di tali restrizioni in situazioni di emergenza di carattere globale, o anche solo geograficamente circoscritto<sup>(58)</sup>. Sul piano sostanziale, nel suo *Concept paper* dell'11

---

<sup>(56)</sup> In generale, su questo tema si veda WTO, *Technical Barriers to Trade*, Geneva, 2014, p. 23 ss.

<sup>(57)</sup> Si vedano i riferimenti *supra* nota 14.

<sup>(58)</sup> PINCHIS-PAULSEN, *Covid-19 Symposium: Thinking Creatively and Learning from Covid-19 – How the WTO can Maintain Open Trade on Critical Supplies*, 2 aprile 2020 [opiniojuris.org/2020/04/02/covid-19-symposium-thinking-creatively-](https://opiniojuris.org/2020/04/02/covid-19-symposium-thinking-creatively-)

giugno 2020 la Commissione Europea ha proposto l'elaborazione di taluni requisiti, anche non vincolanti, cui le restrizioni alle esportazioni potrebbero essere uniformate, ispirati a principi generali di proporzionalità, necessità, equità e solidarietà internazionale <sup>(59)</sup>.

5. Già prima dello scoppio della pandemia da Covid-19 l'Organizzazione Mondiale del Commercio attraversava una profonda crisi che interessava le sue funzioni di foro negoziale per la conclusione di nuovi accordi commerciali e di meccanismo di soluzione delle controversie. L'attuale emergenza sanitaria si inserisce quindi in un contesto già particolarmente complesso, e rischia di compromettere ulteriormente la tenuta del sistema commerciale multilaterale e la capacità dell'OMC di garantire la certezza e la stabilità del diritto nei rapporti commerciali internazionali. Da qui la necessità di arginare le spinte protezionistiche che potrebbero essere messe in atto nei prossimi mesi al fine di sostenere la ripresa economica delle attività colpite dalla pandemia, le quali andrebbero ad aggiungersi alle politiche di protezione commerciale messe in atto negli Stati Uniti dall'amministrazione del Presidente Trump e alle reazioni nel medesimo senso adottate dai loro partner, *in primis* la Cina, ma anche l'Unione europea e altri Stati. Al contempo, sorge anche l'urgenza di ridefinire il quadro normativo attuale affinché esso il diritto OMC tenga in debito conto che le emergenze sanitarie di portata globale costituiscono un "common concern of humankind" e che le misure commerciali sono uno degli strumenti per farvi fronte. Alla luce di queste considerazioni, gli sforzi vanno indirizzati all'avvio di negoziati per l'abolizione degli ostacoli al commercio di beni essenziali, nel senso quindi di una maggiore liberalizzazione coerente con le finalità fissate dagli accordi di Marrakech. Come accennato, sotto l'egida dell'OMC sono state concluse trattative settoriali, quali quelle sul commercio dei prodotti della tecnologia dell'informazione o dei medicinali; iniziative simili sono state avviate anche per quanto riguarda gli scambi dei c.d. "environmental

---

and-learning-from-covid-19-how-thewto-can-maintain-open-trade-on-critical-supplies/.

<sup>(59)</sup> *Supra* nota 49, p. 4 ss.

goods”, seppur non abbiano finora portato ad alcun esito. La crisi attuale può stimolare l’apertura di un tavolo negoziale per i medicinali e i presidi medico-sanitari, che possa preludere alla ripresa delle consultazioni in altri ambiti.

Parallelamente, se il diritto OMC non esclude la legittimità di talune misure di restrizione commerciale, gli strumenti di controllo sulle politiche nazionali possono essere rafforzati. Ciò in base alla considerazione che, in contesti quali quello attuale, la limitazione delle importazioni o delle esportazioni può produrre immediati effetti pregiudizievoli per gli altri membri, rispettivamente in termini di ripresa dell’attività economica o di capacità di rispondere in modo efficace alle esigenze della popolazione in caso di grave rischio alla salute e alla vita delle persone.

La natura dell’OMC di “member-driven organization” fa dipendere le evoluzioni qui auspiccate dall’iniziativa dei suoi membri, minata dalle gravi tensioni che attraversano la comunità internazionale sul piano non solo dei rapporti commerciali, ma anche, e soprattutto, nel quadro della ridefinizione di un nuovo equilibrio tra potenze. Va tuttavia ricordato che non è qui in gioco l’estensione del mandato dell’OMC, bensì l’esercizio delle funzioni conferitele originariamente. Il ruolo del Segretariato può essere cruciale in tal senso, ma richiede che in tempi celeri sia eletto il nuovo Direttore Generale. Nuovamente, si ricade nelle mani della volontà politica degli Stati.



*IMMUNI* DAL DIRITTO DELL'ORGANIZZAZIONE  
MONDIALE DEL COMMERCIO? LE APP DI  
TRACCIAMENTO DEI CONTATTI E DEI CONTAGI NEL  
CONTESTO MULTI-PLURILATERALE

Gianpaolo Maria Ruotolo

SOMMARIO: 1. Le app di tracciamento come uno dei possibili strumenti, anche giuridici, di lotta alla pandemia. – 2. La procedura per l'adozione di *Immuni*, la app italiana di tracciamento, e il regime plurilaterale sugli appalti pubblici. – 3. Gli impegni di liberalizzazione degli appalti assunti dall'Italia nel contesto OMC e *Immuni*. 4. *Immuni*... dal GATS? Conclusioni.

1. Già da qualche tempo i c.d. “big data” <sup>(1)</sup> e l'intelligenza artificiale <sup>(2)</sup> sono utilizzati per migliorare la qualità dei servizi nel

---

<sup>(1)</sup> «Big data refers to datasets whose size is beyond the ability of typical database software tools to capture, store, manage, and analyze. This definition is intentionally subjective and incorporates a moving definition of how big a dataset needs to be in order to be considered big data — i.e., we don't define big data in terms of being larger than a certain number of terabytes (thousands of gigabytes). We assume that, as technology advances over time, the size of datasets that qualify as big data will also increase. Also note that the definition can vary by sector, depending on what kinds of software tools are commonly available and what sizes of datasets are common in a particular industry. With those caveats, big data in many sectors today will range from a few dozen terabytes to multiple petabytes (thousands of terabytes)». Così McKinsey Global Institute, *Big Data: the Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity*, giugno 2011. Si veda anche il rapporto stilato nel 2014 dal *Council of Advisors on Science and Technology* (PCAST) della Presidenza degli Stati Uniti, *Big data and Privacy: A Technological Perspective*, reperibile *online*. Va detto che è difficile tracciare una definizione di *big data* che ne guidi l'analisi giuridica che trovi una condivisione diffusa, dal momento che differenti sono gli approcci con i quali tali il tema è studiato e che hanno condotto all'individuazione dei confini della categoria. Per una ricostruzione delle differenti prospettive, si vedano DELLA MORTE, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018; FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, p. 44 ss.; HOEREN, *Big Data and the Legal Framework for Data Quality*, *International Journal of Law and Information Technology*, 2017, p. 26 ss.; RUOTOLO, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 97 ss.

<sup>(2)</sup> Per promuovere lo sfruttamento dell'intelligenza artificiale da parte delle organizzazioni internazionali e degli Stati, in particolare per facilitare il

settore pubblico e privato. In particolare, per quanto concerne il primo, essi, difatti, possono essere favorevolmente sfruttati da Stati e organizzazioni internazionali per programmare e valutare attività e interventi, e rappresentare quindi un importante strumento di “governance”: l’ambito sanitario è da sempre, in questo senso, uno dei più coinvolti (si veda, ad esempio, con riguardo all’ordinamento internazionale, il caso del progetto *Global Pulse* delle Nazioni Unite) <sup>(3)</sup>.

Neppure il tracciamento delle epidemie umane mediante tali strumenti è una novità: applicazioni per seguire il movimento dei contagi sono già state efficacemente utilizzate in occasione di pandemie influenzali <sup>(4)</sup> e, ancora di più, nel caso di Ebola <sup>(5)</sup>. Sotto il profilo della sperimentazione, poi, segnaliamo come nel Regno Unito, poco prima dell’esplosione della pandemia, la BBC4 avesse lanciato, assieme all’Università di Cambridge, un programma che provava a tracciare il modo in cui si sarebbe potuto muovere un virus “simulato” mediante una app (“Pandemic”) installata sugli

---

perseguimento dei *Sustainable Development Goals* delle Nazioni Unite, l’International Telecommunications Union (ITU) ha indetto proprio nel 2020 l’*AI for Good Global Summit* che, a causa della pandemia, sta avendo luogo in forma di webinar: cfr. [aiforgood.itu.int](http://aiforgood.itu.int). Sulle applicazioni IA specificamente relative alla pandemia, si vedano D’AGOSTINO PANEBIANCO, *Covid-19: AI Supports the Fight, but Reduces Rights and Freedoms, Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 247 ss.

<sup>(3)</sup> Il progetto *Global Pulse*, avviato nel 2009 dal Segretariato generale delle Nazioni Unite, mira a promuovere lo sviluppo e l’adozione su grande scala di un approccio innovativo ai *big data*, al fine di utilizzarli alla stregua di un bene pubblico mediante il quale individuare le migliori strategie possibili di sviluppo sostenibile e azioni umanitarie: i dati, difatti, possono rappresentare uno strumento per acquisire una migliore comprensione delle variazioni del benessere umano, finanche registrando in tempo reale il “feedback” alle azioni poste in essere dalle Nazioni Unite. Cfr. [www.unglobalpulse.org](http://www.unglobalpulse.org).

<sup>(4)</sup> FUJIBAYASHI, TAKAHASHI, TANEI, UEHARA, YOKOKAWA, NAITO, *A New Influenza-Tracking Smartphone App (Flu-Report) Based on a Self-Administered Questionnaire: Cross-Sectional Study*, *JMIR Mhealth Uhealth*. 2018;6(6): e136.

<sup>(5)</sup> VILLARREAL, *Public International Law and the 2018-2019 Ebola Outbreak in the Democratic Republic of Congo*, *EJIL: Talks!*, reperibile online.

smartphone di gruppi di volontari <sup>(6)</sup>. Ne fu tratto anche un documentario, ora disponibile *online*, intitolato *Contagion* <sup>(7)</sup>.

In occasione della drammatica pandemia di SARS-CoV-2, molti Stati hanno quindi adottato, promosso e diffuso applicazioni informatiche per il tracciamento di contatti e contagi: il Governo cinese, in collaborazione con la società della app di pagamento *Alipay*, ha implementato un software, in uso in oltre duecento città, che consente ai cittadini di verificare se sono entrati in contatto con persone che hanno contratto l'infezione <sup>(8)</sup>; a Singapore è stata diffusa *TraceTogether* <sup>(9)</sup> ed è stato sviluppato, mediante uno strumento *open source*, *BlueTrace*, un protocollo di tracciamento dei contatti mediante protocollo Bluetooth <sup>(10)</sup>; in Colombia è disponibile *CoronApp*, sviluppata dal Governo e già scaricata da oltre 1,5 milioni di utenti <sup>(11)</sup>; la Repubblica Ceca ha lanciato *eRouška* (“mascherina digitale”) un software di tracciamento sviluppato da alcuni programmatori locali, che si sono ispirati a quello utilizzato a Singapore <sup>(12)</sup>; il 13 aprile 2020 la Macedonia del Nord ha lanciato *StopKorona!* <sup>(13)</sup>, ed è così divenuta il primo paese dei Balcani occidentali a dotarsi di una app di tracciamento del Covid-19; il Ghana ha lanciato *GH Covid-19 Tracker App*, sviluppata in concerto da Ministero della Comunicazione e della Tecnologia e Ministero della Salute, che si basa su tecnologie di geolocalizzazione per fornire informazioni dettagliate sulle persone che si sono trovate in contesti o posizioni predefinite e individuate come a rischio di contagio <sup>(14)</sup>; la Norvegia, ancora, si è dotata di *Smittestopp*, sviluppata dal Governo utilizzando tecnologia

---

<sup>(6)</sup> [www.bbc.co.uk/programmes/articles/3pYGfsq0NKB1bNkrqgYJl4h/about-bbc-pandemic](http://www.bbc.co.uk/programmes/articles/3pYGfsq0NKB1bNkrqgYJl4h/about-bbc-pandemic).

<sup>(7)</sup> Il documentario è reperibile all'indirizzo [www.youtube.com/watch?v=RmGiDUczhqQ](http://www.youtube.com/watch?v=RmGiDUczhqQ).

<sup>(8)</sup> TANGERMANN, *In China, This Coronavirus App Pretty Much Controls Your Life. Technology now plays a critical role in containing the pandemic*, *Futurism.com*, 16 aprile 2020, reperibile *online*.

<sup>(9)</sup> [www.tracetoegether.gov.sg](http://www.tracetoegether.gov.sg).

<sup>(10)</sup> [bluetrace.io](http://bluetrace.io).

<sup>(11)</sup> [coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/aislamiento-saludable/coronapp.html](http://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/aislamiento-saludable/coronapp.html).

<sup>(12)</sup> [erouska.cz](http://erouska.cz).

<sup>(13)</sup> [stop.koronavirus.gov.mk](http://stop.koronavirus.gov.mk).

<sup>(14)</sup> ARHINFUL, *Bawumia Launches Covid-19 Tracker App*, *CNR – Citi News Room* del 13 aprile 2020.

Bluetooth e GPS <sup>(15)</sup>, e in Israele il Ministero della Salute ha lanciato il 22 marzo 2020 *HaMagen* (“scudo”) <sup>(16)</sup>, una app di tracciamento dei contatti che tiene traccia della posizione di un utente utilizzando uno standard detto *Location API* (una libreria *Java* per la realizzazione di applicazioni “location-based”) <sup>(17)</sup> e quindi la confronta con i movimenti noti di coloro a cui è stata diagnosticata l’infezione da Coronavirus.

Sono in via di adozione applicazioni analoghe in Regno Unito, dove, alla fine di marzo 2020, l’amministratore delegato di NHSX, l’ente governativo competente per il settore informatico del “National Health Service”, ha dichiarato che è in via di completamento un’app di tracciamento, la cui opportunità è stata suggerita al Governo da un gruppo di esperti che ritiene che la stessa possa «svolgere un ruolo critico» nell’allentamento del “lockdown” <sup>(18)</sup>. App simili sono previste in Irlanda, in Francia (*StopCovid*) <sup>(19)</sup>, in Australia e Nuova Zelanda (che stanno prendendo in considerazione di utilizzare il medesimo protocollo *BlueTrace* di Singapore), in Austria e Svizzera. La Russia ha addirittura pensato di introdurre un’app di *geofencing* (un meccanismo che consente di creare una sorta di “recinto virtuale”) per i pazienti con diagnosi di Covid-19 che vivono a Mosca, progettata per garantire che costoro non escano di casa <sup>(20)</sup>.

Quanto all’Italia si parla già da un po’ di *Immuni*, un’app prevista dall’art. 6 del decreto legge 28 del 30 aprile 2020, “[m]isure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l’introduzione del sistema di allerta Covid-19”, ma non ancora operativa. Tutte queste applicazioni

---

<sup>(15)</sup> [helsenorge.no/coronavirus/smittestopp](https://helsenorge.no/coronavirus/smittestopp).

<sup>(16)</sup> [www.gov.it/en/departments/news/hamagenapp](http://www.gov.it/en/departments/news/hamagenapp).

<sup>(17)</sup> [www.mokabyte.it/2007/02/locationapi/](http://www.mokabyte.it/2007/02/locationapi/).

<sup>(18)</sup> PARKER, FRASER, ABELER-DÖRNER, *Ethics of Instantaneous Contact Tracing Using Mobile Phone Apps in the Control of the Covid-19 Pandemic*, *Journal of Medical Ethics*, 4 maggio 2020, reperibile online.

<sup>(19)</sup> [techcrunch.com/2020/04/08/france-is-officially-working-on-stop-covid-contact-tracing-app/?guccounter=1](https://techcrunch.com/2020/04/08/france-is-officially-working-on-stop-covid-contact-tracing-app/?guccounter=1).

<sup>(20)</sup> [www.zerounoweb.it/techtarget/searchdatacenter/geofencing-a-cosa-serve-e-perche-aiuta-a-incrementare-la-sicurezza-del-byod/](http://www.zerounoweb.it/techtarget/searchdatacenter/geofencing-a-cosa-serve-e-perche-aiuta-a-incrementare-la-sicurezza-del-byod/).

hanno sollevato dubbi di legittimità in merito alla tutela della riservatezza delle persone e al trattamento dei loro dati <sup>(21)</sup> e alcune di queste sono state adottate come “second best” meno invasivo dopo che gli Stati avevano provato ad utilizzare meccanismi di tracciamento dei contagi differenti. Paradigmatico, in questo senso, il caso di Israele, il cui Governo aveva provato a percorrere una strada diversa, bloccata però dall’Alta Corte di Giustizia di Israele. Con una decisione del 26 aprile 2020 quest’ultima ha infatti stabilito che il monitoraggio dei portatori di Coronavirus posto in essere da parte del servizio di intelligence per gli affari interni israeliano (Shin Bet) facendo uso di dati telefonici e delle transazioni delle carte di credito – strumenti che stando al diritto israeliano possono essere utilizzati legittimamente solo nel corso di operazioni antiterrorismo – al fine di avvisare e mettere in quarantena le persone che si sono trovate nel raggio di due metri, per almeno dieci minuti, da qualcuno infetto dal virus, non potesse proseguire, a meno che tale pratica non trovasse titolo in una legge, non avesse insomma il beneplacito della Knesset. La tecnica di tracciamento utilizzata, a giudizio della Corte, violava difatti il diritto alla “privacy”: «la scelta di utilizzare l’organizzazione di sicurezza preventiva dello Stato per monitorare coloro che non cercano di danneggiarlo, senza il di loro consenso, pone grandi dubbi di legittimità e devono quindi essere compiuti sforzi per trovare un’altra alternativa adeguata». Il Collegio ha però concesso al Governo di estendere provvisoriamente tale monitoraggio per alcune settimane, a condizione che il processo legislativo iniziasse tempestivamente e ha altresì richiesto che l’adottanda normativa consenta ai giornalisti il diritto di proteggere le loro fonti, impedendo che i dati dei loro telefoni cellulari vengano consegnati allo Shin Bet.

In questo breve scritto, quindi, proveremo a leggere le app di tracciamento dei contagi e, in particolare, le procedure che hanno condotto alla loro adozione alla luce del diritto dell’Organizzazione Mondiale del Commercio al fine di comprendere se le stesse siano rispettose degli obblighi commerciali multi e plurilaterali.

---

<sup>(21)</sup> Cfr. CIRONE, *L’App italiana di contact tracing alla prova del GDPR: dall’habeas data al ratchet effect il passo è breve?*, *SidiBlog*, 13 maggio 2020 e DELLA MORTE, *La tempesta perfetta Covid-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, *SidiBlog*, 30 aprile 2020, reperibili online.

Ci concentreremo, a tal fine, sul caso italiano, con la consapevolezza che le considerazioni così sviluppate (o quanto meno il “metodo” che utilizzeremo) potrebbero essere estese, *mutatis mudandis*, anche agli altri.

2. *Immuni*, la app italiana per il tracciamento dei contagi, è stata introdotta con il decreto legge 28 del 30 aprile, e subito ha provocato le reazioni dell’opinione pubblica e degli esperti, alcuni dei quali, in particolare, hanno invocato la necessaria nazionalità di software e relativi “server” <sup>(22)</sup>.

La app è stata selezionata all’esito di una “fast call for contribution” indetta il 24 marzo 2020 e chiusa appena due giorni dopo, il 26 marzo 2020, rivolta a privati, società ed enti, diretta, appunto, ad individuare le migliori soluzioni digitali e tecnologiche disponibili per il monitoraggio “attivo” del rischio di contagio, in vista dell’adozione, a livello nazionale, di tali soluzioni e tecnologie.

L’ordinanza n. 10/2020 del 26 marzo del Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica Covid-19 <sup>(23)</sup>, quindi, dispone di «procedere alla stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d’uso sul software di contact tracing e di appalto di servizio gratuito con la società Bending Spoons S.p.a.» <sup>(24)</sup>, la quale, così si legge nell’ordinanza, «esclusivamente per spirito di solidarietà e, quindi, al solo scopo di fornire un proprio contributo, volontario e personale, utile per

---

<sup>(22)</sup> Si veda, ad esempio, in tal senso, DE MINICO, *La App Immuni e la democrazia*, *Il Sole 24 ore*, 22 aprile 2020, reperibile on-line all’indirizzo [www.ilsole24ore.com/art/la-app-immuni-e-democrazia-ADu4mzL](http://www.ilsole24ore.com/art/la-app-immuni-e-democrazia-ADu4mzL).

<sup>(23)</sup> Reperibile all’indirizzo [www.governo.it/sites/new.governo.it/files/CSCovid19\\_Ord\\_10-2020\\_txt.pdf](http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/CSCovid19_Ord_10-2020_txt.pdf). In merito alla procedura utilizzata, CLARIZIA, SCHNEIDER, *Luci e ombre sulla procedura di selezione di “Immuni”, l’app del governo di tracciamento del contagio da Covid-19, IRPA – Osservatorio sullo Stato digitale* del 19 aprile 2020, reperibile *online* affermano che «non appare chiaro l’iter procedimentale utilizzato. La stipula del contratto, infatti, è presentata nell’ordinanza del Commissario Straordinario come conclusione della fast call indetta dai Ministeri dello Sviluppo Economico, della Salute e per l’Innovazione Tecnologica della Salute. Tuttavia, il Commissario straordinario non è mai citato negli atti della procedura e la fast call non prevedeva che le soluzioni tecnologiche sarebbero state acquisite a titolo gratuito».

<sup>(24)</sup> [bendingspoons.com/spa.html](http://bendingspoons.com/spa.html).

fronteggiare l'emergenza da Covid-19 in atto, ha manifestato la volontà di concedere in licenza d'uso aperta, gratuita e perpetua, al Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 e alla Presidenza del Consiglio dei ministri, il codice sorgente e tutte le componenti applicative facenti parte del sistema di contact tracing già sviluppate, nonché, per le medesime ragioni e motivazioni e sempre a titolo gratuito, ha manifestato la propria disponibilità a completare gli sviluppi informatici che si renderanno necessari per consentire la messa in esercizio del sistema nazionale di contact tracing digitale».

Cerchiamo di valutare il procedimento in parola alla luce del sistema normativo dell'OMC.

Ricordiamo che tale sistema contempla un Accordo sugli appalti pubblici (*Government Procurement Agreement, GPA*), recentemente rivisto (“revised” GPA) <sup>(25)</sup>, il quale non è ricompreso nel novero dei c.d. Accordi commerciali multilaterali, coperti cioè da quel principio di “single undertaking” che ne impone il rispetto a tutti i membri dell'OMC, ma necessita, invece, di una ratifica *ad hoc* (siffatti accordi, nel sistema in parola, sono detti “multilaterali”) <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Ricordiamo che sebbene il “revised” GPA è entrato in vigore per la maggior parte degli Stati che avevano ratificato il testo precedente, il quale resta in vigore per i membri che non hanno ratificato la nuova versione: pertanto, le due versioni dell'Accordo coesisteranno fino a quando tutte le parti non saranno vincolate dall'Accordo rivisto. I rapporti tra due parti che siano vincolate ognuna a una versione differente dell'Accordo sono regolati dal testo del 1994.

<sup>(26)</sup> Il c.d. “revised” GPA, entrato in vigore il 6 aprile 2014, espande la copertura del GPA originale e apporta una serie di miglioramenti alle sue disposizioni. Sull'Accordo sugli appalti pubblici dell'OMC si vedano BROWN-SHAFFI, *Promoting Good Governance, Development and Accountability: Implementation and the WTO*, Basingstoke, 2011; PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 267 ss.; SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione Mondiale del Commercio e nella Comunità Europea*, Napoli, 2001. Specificamente sul “revised” GPA si vedano ANDERSON, MÜLLER, *The Revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development*, *Georgetown Journal of International Law*, 2017, p. 949 ss.; IANNIELLO-SALICETI, *Gli appalti pubblici*, in *L'Organizzazione Mondiale del Commercio* Venturini (a cura di), Milano, 2015, p. 249 ss.; LA CHIMIA, *Cui bono? Scope, Rationales and Consequences of the Exemption for Development Procurement in the Revised Text of the GPA, Trade, law and development*, 2015, p. 156 ss. Per i rapporti tra il GPA e l'ordinamento italiano, si veda LIGUSTRO, *Commentario all'art. 16. Contratti e*

Al fine di consentire di adattare ancor di più gli obblighi internazionali di liberalizzazione delle procedure di appalto pubblico alle esigenze dei singoli Stati, tali obblighi si applicano, anche nei confronti di quelli che abbiano provveduto a ratificare l'Accordo GPA, comunque, solo ed esclusivamente alle procedure bandite dagli Enti nazionali appaltanti previsti in un elenco specifico predisposto dal ratificante, ai soli beni e servizi esplicitamente da questo previsti, e nell'ambito di soglie economiche predeterminate dallo stesso.

Con riguardo al contesto così determinato, quindi, l'Accordo GPA, in applicazione del principio generale di non discriminazione, estende, in buona sostanza, all'ambito degli appalti le regole fondamentali degli scambi di merci: obbligo del trattamento generalizzato della nazione più favorita e trattamento nazionale.

Una corretta gestione delle procedure ad evidenza pubblica gioca un ruolo essenziale nella gestione delle emergenze sanitarie: non a caso, nella recente prassi delle limitazioni agli scambi internazionali indotte dalla pandemia, il Vice-Direttore generale dell'OMC, in un discorso pronunciato il 1° aprile 2020, ha auspicato che «[g]overnments in advanced countries should ensure that procurement regulations do not hinder foreign sourcing, make product standards freely available, and expedite approvals of imported supplies. They also need to keep supply chains open and support poor countries hit by Covid-19», nella consapevolezza che «suspend all national public procurement regulations and state-required localisation measures (may) frustrate the cross-border sourcing of essential medical supplies»<sup>(27)</sup>.

Ricordiamo pure che l'Accordo GPA, come quasi tutti gli Accordi amministrati dall'OMC, contempla una clausola di eccezione generale, la quale permette agli Stati che pur si sono vincolati a liberalizzare sul piano internazionale certe procedure di appalto pubblico, di derogare a siffatti vincoli per proteggere interessi superiori, come quelli di sicurezza nazionale (con riguardo, ad esempio, all'approvvigionamento di armi e munizioni), o per tutelare, tra gli altri beni, la vita o la salute delle persone, degli

---

*concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali*, in *Codice dei contratti pubblici* Ferrari, Morbidelli (a cura di), Piacenza, 2017, p. 119 ss.

<sup>(27)</sup> [www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/ddgaw\\_01apr20\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news20_e/ddgaw_01apr20_e.htm).

animali o delle piante, a condizione che tali misure non siano applicate in modo tale da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra membri o una restrizione mascherata al commercio internazionale (art. III “revised” GPA) <sup>(28)</sup>.

La portata della clausola, analoga ad altre contenute in altri Accordi dell’OMC, tutte ispirate all’art. XX del GATT <sup>(29)</sup>, è stata chiarita dalla prassi applicativa che, in buona sostanza e in estrema sintesi, ha sancito come essa debba esser volta ad evitare discriminazioni e restrizioni surrettizie agli scambi <sup>(30)</sup>.

3. Ora, se si vanno a sfogliare le liste di impegni assunti dall’Italia con riferimento all’Accordo sugli appalti pubblici dell’OMC si nota che:

- 1) tutti i Ministeri, nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri, rientrano nell’elenco degli enti centrali i cui acquisti sono coperti dall’Accordo stesso (“purchasing bodies”) <sup>(31)</sup>;
- 2) per quanto concerne l’ambito di applicazione materiale, sebbene in tali elenchi non siano ricompresi i servizi “sanitari” in senso stretto, vi sono citati, però, i “telecommunications services” e i “computer and related services” <sup>(32)</sup> e, con riguardo agli appalti di

---

<sup>(28)</sup> Art. III (“Security and General Exceptions”): «[n]othing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information that it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures: necessary to protect public morals, order or safety; necessary to protect human, animal or plant life or health; necessary to protect intellectual property; or relating to goods or services of persons with disabilities, philanthropic institutions or prison labour».

<sup>(29)</sup> Cfr. PICONE, LIGUSTRO, *Diritto*, cit., p. 321 ss.

<sup>(30)</sup> Cfr. il *WTO Analytical Index*, reperibile on-line all’indirizzo [www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/ai17\\_e/ai17\\_e.htm](http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm).

<sup>(31)</sup> Cfr. il punto 12 dell’*Annex 1*, reperibile all’indirizzo [www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_app\\_agree\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm).

<sup>(32)</sup> Si veda in tal senso l’*Annex 5* che contiene le c.d. *coverage schedules*, reperibile all’indirizzo [www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_app\\_agree\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm).

beni, i “telecommunication equipment” e ogni “transmission apparatus”<sup>(33)</sup>;

3) per entrambe le categorie di servizi e di beni la soglia minima di valore determinata dall'Italia perché l'appalto rientri nell'ambito di applicazione del GPA è di 130.000 diritti speciali di prelievo (circa 160.000 euro).

Con riferimento all'applicabilità degli obblighi commerciali plurilaterali alla procedura di affidamento dello sviluppo di *Immuni* indetta a livello governativo, quanto detto *sub* 1) non dà luogo a dubbi interpretativi: i soggetti istituzionali italiani che l'hanno avviata e gestita, tutti di rango ministeriale, rientrano tra quelli tenuti – qualora si ravvisi la contemporanea presenza delle altre condizioni – al rispetto degli obblighi di liberalizzazione internazionale degli appalti.

Per quanto concerne il punto 2), al fine di individuare il regime normativo plurilaterale applicabile alla app, è necessario risolvere un problema di “qualificazione”: *Immuni*, e tutti i software analoghi, costituiscono un bene, seppur “liquido”, o un servizio?

Quella della distinzione tra beni e servizi in ambito digitale, è una questione che, nel contesto OMC, si è già posta nella prassi: mentre alcuni membri, tra cui gli Stati Uniti, sono da sempre propensi a qualificare esplicitamente *tutte* le transazioni digitali come scambi di merci, al fine di promuoverne una liberalizzazione più spinta mediante la loro sottoposizione a un apparato normativo più definito ed evoluto quale quello dell'Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio (GATT) e dell'intero sistema degli scambi di merci, altri, tra cui l'Unione europea, tendono a considerarle invece alla stregua di servizi, anche al fine di sottoporle al sistema “à la carte” dell'Accordo generale sui servizi (GATS; cfr. *infra*, par. succ.).

Quanto alla dottrina, essa appare abbastanza univocamente orientata nel ritenere applicabili le norme GATT al commercio elettronico “indiretto” (che si verifica nel caso dell'acquisto on-line di prodotti che vengono poi consegnati materialmente) e, invece, quelle del GATS a tutti i servizi digitali che non implicino il download di materiali o la ricezione di oggetti fisici, come quelli

---

<sup>(33)</sup> Si veda in tal senso l'*Annex 4*, al medesimo indirizzo cit. nella nota precedente.

offerti, ad esempio, da un motore di ricerca o dai servizi di prenotazione di voli e soggiorni <sup>(34)</sup>.

Su questo punto il *panel* del caso *US – Gambling* ha chiarito che la modalità della fornitura transfrontaliera (art. I, lett. a) GATS) comprende *tutti i possibili mezzi di fornitura* di un servizio dal territorio di uno Stato membro dell’OMC al territorio di un altro; pertanto *ogni* impegno di accesso al mercato assunto relativamente a *tale modalità* implica, se non diversamente specificato, il diritto per i fornitori di tutti i membri di recapitare un servizio attraverso ogni mezzo possibile, ivi compresi quelli informatici <sup>(35)</sup>; a giudizio del *panel*, infatti, questa appare l’unica interpretazione compatibile con il detto principio di neutralità tecnologica, ampiamente condiviso tra i membri <sup>(36)</sup>.

Ebbene, alla luce delle considerazioni appena svolte, ci pare di poter considerare le app in esame alla stregua di servizi e quindi coperte dai relativi obblighi di liberalizzazione: ciò potrebbe, almeno in astratto, impedire, ove non altrimenti giustificata, ogni rigida “nazionalità” di app e *server*, però, come dicevamo, invocata da alcuni <sup>(37)</sup>.

In merito al punto 3), poi, bisogna cercare di comprendere se un appalto “gratuito”, come quello relativo a *Immuni* e molti altri suoi

---

<sup>(34)</sup> Per una ricostruzione della prassi, ci permettiamo di rinviare a RUOTOLO, *La disciplina multilaterale del commercio digitale, Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 1887 ss.

<sup>(35)</sup> [www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds285\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm).

<sup>(36)</sup> L’idea di elaborare norme giuridiche neutrali, applicabili cioè indipendentemente dal contesto tecnologico in cui una data fattispecie si realizza e, in particolare, dal mezzo di comunicazione attraverso il quale essa viene posta in essere, si è sviluppata soprattutto nel contesto del diritto della proprietà intellettuale, specie statunitense. Sul ruolo che tale principio gioca nel sistema OMC sia con riguardo all’interpretazione di obblighi preesistenti sia in fase negoziale, si veda PENG, *Renegotiate the WTO Schedules of Commitments: Technological Development and Treaty Interpretation*, *Cornell International Law Journal* 2012, p. 403 ss.

<sup>(37)</sup> Nel caso di *Immuni*, il *server* che verrà utilizzato sarà gestito da SOGEI, una Società di informatica di proprietà ministeriale. Sul rapporto tra regimi regionali (e nazionali) di *data protection*, da considerare alla stregua di barriere non tariffarie, e sistema commerciale multilaterale, anche solo per ulteriori rinvii, si veda RUOTOLO, *The EU data protection regime and the multilateral trading system: where dream and day unite*, *QIL – Questions of international law, Zoom-in 51*, 2018, p. 5 ss., reperibile *online*.

omologhi esteri, possa, malgrado questo, rientrare nell'ambito di applicazione dell'Accordo GPA, sotto il profilo del valore<sup>(38)</sup>.

Ebbene, a noi pare che ciò non possa essere escluso aprioristicamente e questo perché i dati che verranno raccolti tramite l'app potrebbero costituire un asse patrimoniale di grande rilievo: ora, pur volendo tralasciare la nota questione della legittimità del conferimento di dati come corrispettivo di servizi<sup>(39)</sup>, la rilevanza economica dei “*big datasets* in quanto tali” è dimostrata, tra l'altro, dal modo in cui si atteggia il diritto della concorrenza che, con riguardo alla loro raccolta, da ultimo, individua un mercato rilevante autonomo rispetto ad altri<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> In merito alla gratuità dell'affidamento e alla sua compatibilità con il regime interno degli appalti sollevano dubbi anche CLARIZIA, SCHNEIDER, *Luci e ombre*, cit., secondo cui «il Commissario straordinario ha sottoscritto con la Bending Spoons S.p.A., titolare dell'app, un contratto di concessione gratuita della licenza d'uso sul software di contact tracing e di appalto di servizio gratuito. È compatibile la gratuità con la configurazione del rapporto in termini di appalto, contraddistinto dalla necessaria onerosità e sinallagmaticità delle prestazioni? Il rapporto sembrerebbe piuttosto configurabile come una sponsorizzazione (se si valorizza il ritorno di immagine e la possibilità di acquisire vantaggi nella fase di sviluppo e attuazione dell'app), ovvero una donazione (nei limiti della possibilità di donazione di cosa futura)».

<sup>(39)</sup> Cfr. DE FRANCESCO, *Il “pagamento” mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo* Cuffaro, D'Orazio, Ricciuto (a cura di), Torino, 2019, p. 1381 ss.; GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione” della privacy*, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 418 ss.

<sup>(40)</sup> Si pensi, ad esempio, al caso della concentrazione tra Facebook e WhatsApp. È il caso di ricordare come la Commissione Europea avesse originariamente autorizzato, senza apporvi condizioni, la concentrazione conseguente all'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, ritenendo che l'operazione non sollevasse criticità concorrenziali dal momento che, per quanto riguarda il mercato dei servizi di messaggistica, il Messenger di Facebook e WhatsApp non sono tra loro in concorrenza diretta e che il medesimo mercato è caratterizzato da un alto dinamismo e dalla presenza di numerose altre applicazioni analoghe, idonee a mantenere alto il livello della concorrenza. Successivamente, però, la Commissione ha sanzionato Facebook per aver automaticamente acquisito in blocco, in seguito alla fusione, le informazioni contenute negli account Whatsapp, di cui pure è legittimamente proprietaria, ed averle sommate a quelle provenienti dagli account del social network già in suo possesso, raccogliendo così una enorme mole di dati da poter trattare in maniera aggregata e assumendo quindi una posizione di dominio sul mercato della raccolta di dati: ciò è conseguenza di un

Insomma, la procedura di adozione dell'app *Immuni* da parte del Governo italiano, a quanto ci consta, ci pare possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'Accordo GPA dell'OMC. L'esclusione assoluta di operatori stranieri dalla stessa, nonché dalle distinte fasi di raccolta, archiviazione, trattamento dei dati così raccolti, potrebbe essere giustificata, quindi, solo se disposta nel rispetto dei parametri previsti dall'eccezione generale di cui all'art. III "revised" GPA di cui abbiamo detto.

4. Concludiamo ora con alcune osservazioni relative all'inquadramento delle app di tracciamento della pandemia, e, in particolare, quella italiana (ma anche in questo caso le considerazioni sono *lato sensu* applicabili agli omologhi stranieri), nel contesto del sistema multilaterale degli scambi di servizi.

Come già ricordato, il sistema del GATS ha natura "à la carte": in esso, accanto a un nucleo di norme di portata generale applicabile a tutti i membri e relativo al trattamento generalizzato della nazione più favorita, alle c.d. regolamentazioni interne, e all'obbligo di trasparenza (articoli da II a XV GATS), troviamo i più penetranti obblighi di trattamento nazionale (art. XV GATS) e accesso al mercato (art. XVII GATS), che vincolano però esclusivamente i membri dell'OMC che li hanno esplicitamente accettati con riguardo a specifici settori e modalità di fornitura ("modes of supply"), indicati nelle rispettive "schedules of commitments".

Ora, dal momento che, come pure abbiamo già ricordato, il panel del caso *US – Gambling* ha chiarito che la modalità della fornitura transfrontaliera (quella in cui non è previsto lo spostamento né del fornitore né del fruitore del servizio, essendo quest'ultimo a "viaggiare") è idonea a ricomprendere "tutti i possibili mezzi di fornitura di un servizio" dal territorio di uno Stato membro dell'OMC al territorio di un altro, ivi compresi quelli digitali, ogni impegno di accesso al mercato assunto relativamente a tale modalità implica, se non diversamente specificato, il diritto per i fornitori di "tutti" i membri di poter offrire tale servizio..

---

mutato approccio all'individuazione del mercato rilevante, e una particolare attenzione relativa a quello della raccolta dei dati, individuato e distinto da altri. Cfr. [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_17\\_1369](http://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369).

Per quanto concerne, poi, le restrizioni agli scambi di servizi digitali, ricordiamo pure come l'Organo d'Appello dell'OMC, sempre nella controversia *US – Gambling*, abbia chiarito che le misure nazionali che comportano un divieto “assoluto” di fornire un determinato servizio con strumenti digitali, equivalgono a dei «contingenti numerici con limite zero», una forma di restrizione quantitativa che non ammette alcun fornitore straniero su un determinato mercato (restrizione che è vietata, in particolare, dall'art. XVI, par. 2, lett. a) GATS, relativo all'accesso al mercato).

Quindi, al fine di comprendere se vi fosse (anche) un obbligo di liberalizzazione internazionale nel caso del servizio (che sarà) offerto da *Immuni* ai sensi di queste disposizioni, è necessario procedere a verificare le liste di impegni assunti dall'Italia nel contesto GATS.

Esse evidenziano l'esistenza di obblighi di liberalizzazione in materia di “health related and social services” e di “telecommunications services” <sup>(41)</sup>. Qualora tra questi si dovesse ritenere ricompreso il tipo di servizio offerto da *Immuni* (come a noi pare), la sua esclusione dagli obblighi di liberalizzazione potrebbe essere giustificata, come già per gli appalti, dalla clausola di tutela della salute e della vita di persone, animali e piante (che, nel sistema GATS, è contenuta nell'art. XIV).

Questa clausola, però, come abbiamo visto accadere con riguardo al suo omologo nel GPA, impone agli Stati di non applicare le eccezioni alla liberalizzazione «in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services».

In particolare sarà possibile verificare *in concreto* le modalità di raccolta e di gestione dei dati da parte della app di tracciamento (e i riflessi “commerciali” in senso ampio di tali attività, specie della seconda) solo nel momento in cui *Immuni* inizierà ad operare e ne saranno resi noti i particolari.

Un'ultima considerazione: leggere i comportamenti statali nella prospettiva del diritto OMC e in particolare, guardare un appalto pubblico quale quello che abbiamo esaminato, attraverso il prisma del regime commerciale plurilaterale, anche se nel caso di specie lo

---

(41) Si veda [www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/serv\\_commitments\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_commitments_e.htm).

stesso risulta coperto da una clausola di deroga, lungi dal rappresentare un mero esercizio di stile, potrebbe contribuire al rispetto di quel principio di trasparenza di grande rilevanza nel sistema dell'OMC <sup>(42)</sup> e a limitare in qualche modo la ridotta rilevanza contemporanea del sistema commerciale multi-plurilaterale <sup>(43)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Cfr. ARROWSMITH, *Transparency in Government Procurement – The Objectives of Regulation and the Boundaries of the WTO*, *Journal of World Trade*, 2003, p. 283 ss.; CHARNOVITZ, *Transparency and Participation in the World Trade Organization*, *Rutgers Law Review*, 2004, p. 927 ss.; MAVROIDIS, WOLFE, *From Sunshine to a Common Agent: the Evolving Understanding of Transparency in the WTO*, *European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2015/01, reperibile *online*.

<sup>(43)</sup> Al riguardo ci permettiamo di rinviare a RUOTOLO, *La crisi di legittimazione dei sistemi internazionali di soluzione delle controversie economiche nel contesto della “crisi” delle organizzazioni internazionali*, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020 (in corso di pubblicazione).



## LE FRAGILITÀ DELLE CATENE DI FORNITURA GLOBALI DI FRONTE ALL'EMERGENZA DA COVID-19

Carla Gulotta

SOMMARIO: 1. Le criticità delle catene globali di approvvigionamento evidenziate dall'emergenza sanitaria. – 2. La cooperazione internazionale come risposta all'interruzione delle catene globali di approvvigionamento di beni essenziali. – 3. Tendenza alla verticalizzazione delle catene di approvvigionamento e ritorno dell'impresa multinazionale. – 4. Le conseguenze sociali dell'interruzione delle catene globali di fornitura: nuove ragioni per mettere fine a vecchi abusi delle libertà economiche? – 5. Accorciamento delle catene di approvvigionamento e rafforzamento del processo di regionalizzazione. – 6. Regionalizzazione delle catene di fornitura, aiuto allo sviluppo e ruolo dell'Organizzazione mondiale del commercio. – 7. Riflessi positivi della segmentazione delle catene globali del valore sulla lotta al cambiamento climatico.

1. La crisi sanitaria in corso ha messo in evidenza le notevoli criticità del modello organizzativo delle catene globali di produzione e approvvigionamento.

Messe alla prova dalla pandemia, esse hanno dimostrato la propria inadeguatezza sotto il profilo della sostenibilità economica (l'imprevista interruzione dei flussi internazionali di scambio ne ha infatti determinato il fermo produttivo per impossibilità di approvvigionarsi di materie prime e prodotti intermedi, con perdite ingenti a singole imprese che hanno contribuito alle riduzioni del PIL a livello macroeconomico) e sociale (l'Organizzazione Internazionale del Lavoro ha segnalato la perdita del lavoro e la mancanza di tutele sanitarie per i molti lavoratori informali occupati nei livelli della catena più lontani dal vertice), arrivando talora a mettere a rischio la capacità degli Stati di continuare ad assicurare ai propri cittadini il diritto alla salute e il diritto al cibo (interruzioni della filiera farmaceutica e dei presidi di protezione individuale e della filiera agro alimentare).

L'evoluzione diacronica della crisi consente di distinguere una prima fase, nella quale la diffusione del contagio in Cina ha causato interruzioni nella catena di approvvigionamento delle imprese straniere dipendenti dall'invio di materie prime e semilavorati da quello Stato.

La seconda fase - il cui inizio è identificabile con l'estensione del contagio al continente europeo, apparentemente iniziata in Lombardia - ha fatto emergere un secondo profilo di criticità, costituito dalla forte dipendenza dall'estero di molti Stati per l'approvvigionamento di materiali sanitari necessari per la cura e il contenimento della malattia.

L'estendersi geografico del contagio - che oggi minaccia il Sud America, l'India e il fragile continente africano - e il protrarsi nel tempo dell'emergenza hanno progressivamente aggravato le ripercussioni economiche delle interruzioni delle catene di fornitura globali e fatto emergere il rischio di violazione di fondamentali diritti umani lungo le stesse.

L'intervento si propone di dare conto delle prime iniziative avviate nella comunità economica internazionale per fronteggiare queste criticità e di avviare una riflessione sul prevedibile ripensamento delle catene globali di produzione e approvvigionamento e su come il sistema di regole del commercio internazionale potrà indirizzare o assecondare tale processo. La sfida sarà quella di saper cogliere l'opportunità di intervenire su uno dei modelli organizzativi della produzione internazionale oggi prevalenti per correggere una prassi di abuso delle libertà economiche di cui la pandemia ha esacerbato i riflessi negativi - già noti - sui diritti sociali, ma ha anche, forse per la prima volta, messo a nudo le pesanti ricadute negative in termini di perdita di solidità e di resilienza dell'impresa.

2. La scioccante scoperta fatta da molti Stati della incapacità del sistema produttivo nazionale di assicurare alla cittadinanza i dispositivi di protezione individuale - maschere facciali, guanti monouso, visiere e indumenti protettivi per il personale sanitario- e gli strumenti di cura necessari al trattamento della malattia - essenzialmente respiratori e ventilatori polmonari - ha da subito indotto a misure di monitoraggio delle catene di fornitura nel settore medico-farmaceutico <sup>(1)</sup>, all'introduzione di procedure di

---

<sup>(1)</sup> La *Food and Drug Administration* degli Stati Uniti ha chiesto alle imprese del settore medico farmaceutico una *valutazione* della propria catena di produzione e approvvigionamento, anche per prevenire la penuria sul mercato nazionale di farmaci destinati alla cura di patologie diverse: si veda lo *Statement* del *Commissioner of Food and Drugs* Stephen M. Hahn M.D., *Coronavirus (Covid-*

autorizzazione o di provvedimenti volti a vietare l'esportazione di questi prodotti per assicurarne la disponibilità alla popolazione <sup>(2)</sup>.

Un secondo approccio è consistito nel facilitare l'importazione di materiale medico sanitario e di prodotti alimentari attraverso una semplificazione delle procedure doganali. Questa tipologia di interventi ha ricompreso misure tra loro molto diverse, come la creazione di corsie preferenziali per l'importazione; la concessione di proroghe nel pagamento dei diritti di dogana, il coordinamento tra imprese del settore e l'amministrazione per prevenire ritardi <sup>(3)</sup>.

Alle misure diversificate adottate nell'immediato dai singoli Stati, è seguito un tentativo di coordinamento a livello internazionale - regionale da parte delle principali organizzazioni intergovernative, dalle quali si è levato un univoco "richiamo alla cooperazione e alla solidarietà".

L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite si è espressa in questo senso sia per fare fronte ai profili sanitari dell'emergenza, sia, in prospettiva, per superare la crisi economica da questa generata, con una prima risoluzione il 2 aprile e con una seconda risoluzione il 20 aprile 2020 <sup>(4)</sup>.

---

19) *Supply Chain Update*, 27 febbraio 2020, <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/coronavirus-covid-19-supply-chain-update>.

<sup>(2)</sup> Secondo i dati diffusi dall'*International Trade Center* (ITC) il 2 aprile 2020 le misure di restrizione all'esportazione ammontavano a sessanta, mentre al 18 giugno ben novantacinque Stati risultano avere adottato misure restrittive. Nell'Unione Europea l'autorizzazione all'esportazione di dispositivi di protezione individuale è stata introdotta tra il 15 marzo e il 24 aprile. Analoghe misure restrittive risultano in vigore negli Stati Uniti al 18 giugno (<https://macmap.org/en/covid19>).

<sup>(3)</sup> Un'ampia disamina dei provvedimenti di questo tipo è contenuta in SELA, YANG, ZAWACKI, *Trade Facilitation Best Practices Implemented in Response to the Covid-19 Pandemic. Trade and Covid-19 Guidance Note*, World Bank, Washington, DC, 2020, consultabile all'indirizzo <http://documents.worldbank.org/curated/en/824081587487261551/pdf/Trade-and-COVID-19-Guidance-Note-Trade-Facilitation-Best-Practices-Implemented-in-Response-to-the-COVID-19-Pandemic.pdf>.

<sup>(4)</sup> Cfr. le risoluzioni adottate dall'Assemblea Generale dell'ONU *Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (Covid-19)*, A/RES/74/270 del 3 aprile 2020, specie ai paragrafi 5 e 8, e *International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face Covid-19*, A/RES/74/274, nel sito dell'Organizzazione.

I Direttori Generali dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO) e dell'Organizzazione Mondiale del Commercio a fine marzo hanno fatto appello ai governi affinché le chiusure delle frontiere nazionali non comportino interruzioni delle catene di approvvigionamento alimentari <sup>(5)</sup> e l'esortazione è stata accolta dall'Unione Europea e altri ventuno membri dell'OMC, che in sede di Comitato sull'agricoltura del Consiglio Generale dell'OMC si sono impegnati in tal senso <sup>(6)</sup>. A fronte della previsione da parte del Segretariato dell'OMC di un calo dei volumi di scambio internazionali di merci compreso tra il 13 e il 32% per l'anno in corso, i ministri per il commercio e gli investimenti del G-20, richiamandosi al principio di solidarietà internazionale, hanno dichiarato l'obiettivo di lavorare collettivamente affinché le catene globali di fornitura - che attualmente rappresentano circa due terzi di tali scambi - possano continuare a funzionare anche durante la crisi, assicurando comunque trasparenza, proporzionalità e temporaneità delle eventuali misure restrittive <sup>(7)</sup>.

L'Unione Europea ha abbinato provvedimenti di facilitazione delle procedure doganali all'introduzione di un meccanismo comune di licenze all'esportazione di dispositivi di protezione individuale per superare l'*impasse* causato dalle restrizioni all'esportazione adottate, in un primo momento, da alcuni Stati membri (Francia e Germania inclusi) <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Il testo della dichiarazione, diffusa il 31 marzo 2020, è reperibile nel sito [https://www.who.int/news-room/detail/30-03-2020-joint-statement-by-qu-dongyu-tedros-adhanom-ghebreyesus-and-roberto-azevedo-directors-general-of-the-food-and-agriculture-organization-of-the-united-nations-\(fao\)-the-world-health-organization-\(who\)-and-the-world-trade-organization-\(wto\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-03-2020-joint-statement-by-qu-dongyu-tedros-adhanom-ghebreyesus-and-roberto-azevedo-directors-general-of-the-food-and-agriculture-organization-of-the-united-nations-(fao)-the-world-health-organization-(who)-and-the-world-trade-organization-(wto)). Si veda anche il comunicato congiunto del direttore generale dell'Organizzazione mondiale del commercio e del presidente del Fondo Monetario Internazionale, nel sito dell'OMC.

<sup>(6)</sup> Si veda la Dichiarazione *Responding to the Covid-19 pandemic with open and predictable trade in agricultural and food products*, WT/GC/208 G/AG/30 del 22 aprile 2020.

<sup>(7)</sup> Cfr. G20 Trade and Investment Ministerial Statement, 30 marzo 2020 <http://www.g20.utoronto.ca/2020/2020-g20-trade-0330.html>.

<sup>(8)</sup> Per una ricognizione delle misure adottate dai singoli Stati si rimanda alla banca dati dell'ITC di cui alla precedente nota 2.

Focalizzando l'attenzione sulle catene di fornitura globale delle maschere facciali di protezione, l'OCSE, tuttavia, ha dovuto riconoscere che «free trade and trade facilitation» non bastano ad assicurare la continuità degli approvvigionamenti e ha quindi esortato gli Stati a iniziative di coordinamento e solidarietà ma anche a stipulare «upstream agreements with companies for rapid conversion of assembly lines during crises (with possible government incentives and co-ordination); and supportive International trade measures» <sup>(9)</sup>. La cooperazione internazionale, dunque, non è ritenuta sufficiente, da sola, a garantire la disponibilità dei beni essenziali, dovendosi accompagnare a misure statali di politica industriale e di incentivazione e al supporto economico delle istituzioni finanziarie internazionali.

Le soluzioni ravvisate per prevenire o limitare le conseguenze legate alla discontinuità delle catene di fornitura di beni essenziali, la cui scarsità può compromettere diritti fondamentali come la salute pubblica o il diritto al cibo non si prestano, del resto, ad essere semplicemente estese alle filiere commerciali della generalità dei settori economici (dall'arredamento all'abbigliamento, alla infinità degli altri comparti dell'industria e dell'artigianato). Se è vero, infatti, che la cooperazione tra Stati al fine di lasciare canali aperti per i commerci transfrontalieri di specifiche forniture sanitarie o alimentari di prima necessità costituisce una risposta efficace all'emergenza, estendere il modello agli scambi commerciali in genere significherebbe impedire *tout court* ogni intervento preventivo implicante limitazioni alla circolazione di merci e/o persone per contenere l'epidemia, mentre la prassi ha mostrato che nell'attuale emergenza anche gli Stati inizialmente più tiepidi rispetto a misure di chiusura delle frontiere hanno finito per accettare come inevitabili provvedimenti di interruzione dei collegamenti aerei o via terra. L'impatto di tali misure ha certamente colpito soprattutto i movimenti delle persone, ma anche i trasferimenti internazionali di merci ne hanno risentito. Di fronte alla constatazione della inevitabilità dei danni economici causati dalla discontinuità delle catene di fornitura, al di là delle misure specifiche volte ad assicurare l'accesso ai beni essenziali, gli interventi pubblici si sono, dunque,

---

<sup>(9)</sup> OECD, *The Face Mask Global Value Chain in the Covid-19 Outbreak: Evidence and Policy Lessons*, 4 maggio 2020, p. 2.

per lo più indirizzati verso misure di sostegno economico: dagli incentivi statali all'importazione, agli aiuti finanziari per la ripresa economica, con particolare attenzione in Italia e in Europa a sostenere i redditi da lavoro <sup>(10)</sup>.

3. Venendo a considerare gli effetti che la pandemia potrà avere sulla futura configurazione dei flussi commerciali globali, una prima considerazione attiene alla ineludibilità di una ridefinizione della struttura organizzativa interna delle catene globali di fornitura. Le forti perdite subite dai mercati finanziari costituiscono un'importante dimostrazione di sfiducia da parte degli investitori nell'attuale modello di produzione globale <sup>(11)</sup>.

È prevedibile, dunque, che il mondo delle imprese introdurrà dei cambiamenti per ovviare alla fragilità economica mostrata dalle catene globali del valore. Quelli che vengono ritenuti più probabili riguardano una diversificazione dei fornitori di materie prime e semi-lavorati, l'incremento delle scorte di magazzino, ma anche una maggiore "integrazione verticale delle catene di approvvigionamento", in quanto idonea a consentire una migliore coordinazione tra i diversi livelli organizzativi e a preservare così la redditività dell'impresa <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Rinvio, per l'analisi delle misure adottate a sostegno dell'economia europea e globale in conseguenza della pandemia agli altri contributi di questo volume e in particolare ai lavori di Sacerdoti e Adinolfi per quanto attiene al sistema multilaterale e ai contributi di Ali, Baroncini, Mariani e Perfetti per il quadro europeo.

<sup>(11)</sup> Già a febbraio le perdite in valore azionario delle società americane con catene del valore fortemente dipendenti dalla Cina ammontavano al 5%, secondo dati diffusi da S&P e riportati in *The New Coronavirus Could Have a Lasting Impact on Global Supply Chains. Multinationals Have Failed to Take Seriously the Risk of Disruption*, *The Economist*, 15 febbraio 2020.

<sup>(12)</sup> La tendenza all'integrazione verticale e alla concentrazione geografica delle catene del valore globali trova conferma nello studio di PISCH, *Managing Global Production: Theory and Evidence from Just-in-Time Supply Chains*, CEP Discussion Paper No. 1689 del 20 aprile 2020. Non mancano, peraltro, analisti finanziari che argomentando dall'andamento delle politiche imprenditoriali successive alla crisi del 2007-2008, ritengono al contrario che una volta superata l'emergenza molte imprese torneranno ai precedenti sistemi organizzativi. Cfr. *Business Resilience. Hanging Together*, *The Economist*, 16-22 maggio 2020, pp. 57-58.

Esaminata nella sua dimensione giuridica, l'ultima tendenza evolutiva qui prospettata comporterebbe, per certi versi, un ritorno al passato, riportando in auge la vecchia "impresa multinazionale", che sembrava destinata sempre più a sfaldarsi in una moltitudine di rivoli contrattuali più o meno formalizzati. Rispetto al passato, tuttavia, queste imprese si troverebbero assoggettate a un controllo più penetrante della società civile e della stessa comunità internazionale. A partire dalle prime esperienze di moralizzazione delle imprese multinazionali degli anni settanta del novecento, focalizzate sul solo strumento volontaristico del codice di condotta, si è infatti sviluppata una fitta rete di iniziative volte a consentire ai consumatori di conoscere e valutare la responsabilità delle imprese operanti sui mercati internazionali nei confronti di tutti coloro che in qualche modo vengono ad essere interessati dall'esercizio della loro attività economica. Questa evoluzione ha il suo giro di boa nel 2008, con la pubblicazione del cosiddetto "framework" del Rappresentante speciale del Segretario Generale dell'ONU John Ruggie in tema di impatto delle attività d'impresa internazionali sui diritti umani, che concretizza la condotta dovuta dalle imprese ("due diligence") nell'espletamento di una procedura di identificazione, minimizzazione ed eventuale riparazione delle violazioni. Tale approccio, recepito nel 2011 dai "Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani e nella nuova edizione delle "Linee guida dell'OCSE per le imprese multinazionali", costituisce ormai lo standard condiviso a livello internazionale anche da organizzazioni private e parti sociali <sup>(13)</sup>.

Nei confronti delle imprese multinazionali, inoltre, la comunità internazionale sta attivando strumenti vincolanti di trasparenza e si sta progressivamente aprendo a prospettive di un intervento sempre più incisivo dello Stato di origine dell'impresa per garantire il rispetto, da parte di questa, dei diritti fondamentali e dell'ambiente ovunque l'attività sia localizzata. Queste linee di tendenza verranno con ogni probabilità accelerate in conseguenza dell'attuale emergenza sanitaria.

---

<sup>(13)</sup> Sul contributo che l'adozione di una prospettiva di responsabilità sociale può fornire alle imprese nell'affrontare l'attuale crisi si veda FASCIGLIONE, *Pandemia, imprese e diritti umani. L'applicazione dei Principi guida ONU su impresa e diritti umani al tempo del Covid-19*, SidiBlog, 20 aprile 2020.

4. Causando la discontinuità delle filiere e arrivando così a coinvolgere anche i lavoratori e i consumatori degli Stati da cui queste sono dirette, la pandemia ha amplificato la nota criticità delle catene di fornitura globali costituita dalla scarsa tutela dei lavoratori impegnati ai loro livelli più bassi e, più in generale, delle comunità che ne ospitano i siti produttivi <sup>(14)</sup>.

Il Direttore Generale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, Guy Ryder, ha denunciato come «[t]he Covid-19 crisis has revealed the extent of decent work deficits worldwide: the devastating consequences of gaps in social protection coverage, including for part-time, temporary and self-employed workers; the precarious situation of many micro-, small and medium enterprises; and the weaknesses of global supply chains, including the consequences for those who work across those chains» <sup>(15)</sup>. Nel settore del tessile e dell'abbigliamento, dove l'organizzazione in catene globali di produzione e approvvigionamento caratterizza fortemente il mercato internazionale, la gravità delle conseguenze della pandemia ha indotto alcuni grandi marchi dell'abbigliamento e i loro rivenditori ad assumersi l'impegno di pagare i lavori eseguiti, mantenere aperte le linee di comunicazione con i fornitori e, ove possibile, intervenire economicamente in loro aiuto, riconoscendo la necessità di promuovere la realizzazione di sistemi di protezione sociale per il futuro, non sapendosi ancora «in what form, scope and scale garment value chains will resume operations, and when manufacturing may resume in safe working conditions. We do know that many manufacturers in the industry are not resilient enough to survive this crisis» <sup>(16)</sup>. Di particolare interesse è la tipologia dell'approccio. Per affrontare il problema della sicurezza dell'occupazione e del lavoro lungo le catene globali del valore (nel caso specifico nel settore del tessile e dell'abbigliamento) si

---

<sup>(14)</sup> Cfr. ILO, *The Effects of Covid-19 on Trade and Global Supply Chains*, ILO Policy Brief, giugno 2020,

<sup>(15)</sup> Dichiarazione del Direttore Generale dell'OIL ai *Virtual Spring Meetings* della Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale *We need a human-centred response to Covid-19 through global solidarity*, 16 aprile 2020, [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS\\_741927/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS_741927/lang--en/index.htm).

<sup>(16)</sup> *Covid-19: Action in the Global Garment Industry*, 22 aprile 2020, p. 2, reperibile nel sito [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/statement/wcms\\_742371.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/statement/wcms_742371.pdf).

riconosce come necessario l'intervento coordinato di tutte le parti interessate, individuate nelle imprese committenti, in quelle dei fornitori lungo la filiera, delle organizzazioni imprenditoriali e dei sindacati internazionali, dei governi, dei donatori, delle istituzioni finanziarie e delle organizzazioni attive nell'aiuto allo sviluppo <sup>(17)</sup>. Si tratta dunque, ancora una volta, di una cooperazione internazionale ma realizzata tra soggetti privati, sotto l'egida dell'OIL e con la consapevolezza della necessità di un intervento pubblico perché gli obiettivi possano essere raggiunti. Nell'immediato, l'iniziativa prevede l'istituzione di un gruppo di lavoro, ospitato e convocato dall'OIL e coordinato dalle stesse parti sociali, l'*International Organization of Employers* (IOE) e l'*International Trade Union Confederation* (ITUC) con la funzione di elaborare le misure attuative degli impegni presi.

Va rilevato che per le imprese del settore dell'abbigliamento la pandemia ha anche comportato ingenti danni economici per riduzione della domanda, in conseguenza del confinamento a casa dei consumatori disposto in un gran numero di Stati. Tale effetto - apparentemente non compensato da un corrispondente aumento delle vendite tramite piattaforme digitali - sta comportando le prime contrazioni alle reti di distribuzione globali, con conseguenze economiche negative che, in questo caso, vengono a toccare direttamente i dipendenti dei punti vendita in tutti i paesi, anche avanzati, di presenza del marchio, ingenerando un circolo vizioso che viene in qualche modo ad uniformare gli effetti negativi della crisi per tutti i lavoratori coinvolti nel ciclo produttivo-distributivo delle imprese interessate <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> Per l'elenco delle organizzazioni e imprese aderenti ad oggi si veda [https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS\\_744285/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS_744285/lang-en/index.htm).

<sup>(18)</sup> Fonti di stampa attestano la decisione del Gruppo Inditex, proprietario del marchio Zara, di chiudere 1200 punti vendita e riferiscono di una situazione di forte crisi anche per le imprese titolari dei marchi H&M e Uniqlo. Le grandi multinazionali della moda si starebbero orientando verso un potenziamento delle reti di vendita online, sebbene nel periodo di confinamento anche il canale del commercio elettronico risulti aver subito rallentamenti. Cfr. CASADEI, *Inditex (Zara) chiude 1.220 negozi. Il coronavirus accelera il focus sul digitale*, 11 giugno 2020, [https://www.ilsole24ore.com/art/inditex-zara-chiude-1200-negozi-coronavirus-accelera-focus-digitale-ADLVH9W?refresh\\_ce=1](https://www.ilsole24ore.com/art/inditex-zara-chiude-1200-negozi-coronavirus-accelera-focus-digitale-ADLVH9W?refresh_ce=1); CAIELLI, *La frenata del fast fashion. Da H&M a Zara e Uniqlo, il modello da ripensare*, 28

L'estremizzazione delle conseguenze negative della scarsa formalizzazione dei rapporti di lavoro lungo le catene globali del valore causata dalla pandemia sollecita la comunità internazionale a una riconsiderazione del modello delle catene globali di produzione e approvvigionamento così come sono venute a costruirsi negli ultimi decenni. L'attuale punto di arrivo sembra riflettere, infatti, non tanto l'esercizio di quella facoltà di abuso della forma transnazionale dell'impresa teorizzata in passato <sup>(19)</sup>, quanto un abuso dello stesso modello economico su cui poggia la liberalizzazione del commercio internazionale concepita nel secondo dopoguerra e realizzata, essenzialmente, attraverso il sistema GATT-OMC. La teoria ricardiana dei vantaggi comparati che ne è alla base <sup>(20)</sup> è stata interpretata nella prassi in modo da divergere progressivamente dagli obiettivi del sistema multilaterale espressi nel preambolo del GATT, in base al quale le relazioni commerciali tra gli Stati devono essere condotte «with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand». La specializzazione di uno Stato nella produzione di un particolare bene per l'esportazione non può, dunque, fondarsi esclusivamente sul minor costo del lavoro, raggiunto a discapito delle condizioni di vita di chi – di norma in un paese in via di sviluppo - lo produce o contribuisce a farlo, e allo stesso tempo determinando una drammatica perdita di posti di lavoro negli Stati di origine delle imprese all'inizio della filiera <sup>(21)</sup>, salvo disattendere completamente il preambolo sopra richiamato. Eppure proprio questo è successo: la concentrazione dell'industria tessile in uno Stato come il Bangladesh non è causalmente riconducibile a nessuna ragione se non all'offerta di lavoro a un costo che è il più basso al mondo, ad eccezione dello

---

maggio 2020, [https://www.corriere.it/economia/moda-business/20\\_maggio\\_28/frenata-fast-fashion-hm-zara-uniqlo-modello-ripensare-f53a4e64-a0d1-11ea-bedb-9a92490f6ea3.shtml?refresh\\_ce-cp](https://www.corriere.it/economia/moda-business/20_maggio_28/frenata-fast-fashion-hm-zara-uniqlo-modello-ripensare-f53a4e64-a0d1-11ea-bedb-9a92490f6ea3.shtml?refresh_ce-cp).

<sup>(19)</sup> Cfr. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, terza edizione, Milano, 2008, p. 482.

<sup>(20)</sup> Per un'ampia esposizione della quale si rinvia a KRUGMAN, OBSTFELD, MELITZ, *Economia internazionale 1*, quinta edizione, Milano, 2012, p. 33 ss.

<sup>(21)</sup> Sui lavoratori degli Stati industrializzati come nuovi “discontents” della globalizzazione si veda STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents Revisited. Anti-Globalization in the Era of Trump*, London, 2017, specie *Introduction* e pp. 1-97.

Sri Lanka <sup>(22)</sup>, ottenuto al prezzo di condizioni lavorative ben rappresentate dal drammatico crollo del Rana Plaza <sup>(23)</sup>.

Le inedite circostanze causate dall'emergenza sanitaria globale potrebbero mettere in moto un meccanismo virtuoso di correzione dell'attuale modello delle catene globali del valore su una molteplicità di piani diversi: gli strumenti previsti dal sistema GATT-OMC già consentono agli Stati di adottare misure volte a impedire o a rendere meno vantaggioso economicamente lo scambio internazionale di merci prodotte in violazione dei diritti fondamentali dei lavoratori. Sotto questo profilo vengono in rilievo gli effetti giustificativi delle eccezioni generali *ex art. XX* del GATT '94, ma anche un approccio all'interpretazione e all'applicazione delle regole orientato dai principi contenuti nei preamboli del GATT '94 e del trattato istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio. Si arriverebbe in tal modo a dare spazio a valori quali la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori già in sede di rilevazione della similarità tra prodotti o dell'applicazione di misure quali i dazi "antidumping" <sup>(24)</sup>.

La lotta al lavoro informale e privo di tutela lungo le catene globali del valore si avvantaggerebbe notevolmente, inoltre, della conclusione del trattato su imprese transnazionali e diritti umani attualmente oggetto di negoziato da parte dell'*Open-ended Intergovernmental Working Group* istituito nel 2014 nel quadro delle Nazioni Unite <sup>(25)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Si vedano i dati pubblicati da Sheng Lu, Università del Delaware (<https://shenglufashion.com/2018/03/04/wage-level-for-garment-workers-in-the-world-updated-in-2017/>).

<sup>(23)</sup> Cfr. International Labour Office, *Bangladesh Move towards Employment Injury Insurance: The Legacy of Rana Plaza* ([https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_632364.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_632364.pdf)).

<sup>(24)</sup> Un primo, significativo passo in questa direzione è rappresentato dalla modifica apportata nel 2017 al Regolamento "antidumping" dell'Unione Europea, che consente ora di tenere conto della distorsione dei costi salariali nel mercato di origine ai fini della determinazione del valore normale dei prodotti importati (si veda l'art. 2, par. 6 *bis*, lettera b) del Regolamento n. 2016/1036, come modificato dal Regolamento n. 2017/2321 del 12 dicembre 2017 (*G.U.U.E.*, L 338 del 19 dicembre 2017, p. 1 ss.).

<sup>(25)</sup> Si veda il rapporto relativo alla quinta sessione negoziale, tenutasi a Ginevra nei giorni 14-18 ottobre 2019 (*fifth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with*

Una ben più immediata via di intervento è offerta ai membri della comunità internazionale dallo strumento della diligenza dovuta (*due diligence*), fino ad oggi utilizzato soltanto in casi residuali dal legislatore europeo e da alcuni (pochi) legislatori nazionali per obbligare le imprese a prendere in considerazione i rischi di impatto particolarmente nocivo dell'attività aziendale sui diritti dei terzi. Questo istituto, rivitalizzato in tempi relativamente recenti dal già richiamato schema di intervento del Rappresentante speciale del Segretario Generale dell'ONU John Ruggie in tema di impatto delle attività d'impresa internazionali sui diritti umani, potrebbe essere utilizzato per richiedere alle imprese di includere nella propria valutazione preventiva dei rischi anche quello di una improvvisa interruzione dei canali di scambio internazionali (logistica e trasporti). Ciò si tradurrebbe, per le imprese, nel dovere di effettuare un preventivo bilanciamento, nella costruzione delle rispettive catene di fornitura, tra economicità e sicurezza della produzione. Una posizione non distante da quella qui espressa è stata recentemente manifestata dal presidente del Comitato per il commercio internazionale del Parlamento europeo, Bernd Lange: «[w]e need a binding supply chain law that ensures the sustainability and crisis resistance of the value creation process. It should oblige companies to carefully examine their human rights' and environmental risks and their susceptibility to crises and to take appropriate measures to prevent and mitigate such risks»<sup>(26)</sup>.

Un'accelerazione in questo senso da parte degli Stati più avanzati e della stessa Unione Europea – la Commissione dovrebbe pubblicare una proposta nel 2021 - è fortemente auspicabile, considerato che le disastrose condizioni economiche venutesi a determinare in seguito alla pandemia potrebbero comportare un ulteriore inasprimento delle pratiche di sfruttamento del lavoro da parte di imprese disperatamente decise a non fallire, nei confronti di

---

*respect to human rights*). Il testo dell'ultima versione del trattato è accessibile nel sito

([https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIG\\_WG\\_RevisedDraft\\_LBI.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIG_WG_RevisedDraft_LBI.pdf)).

<sup>(26)</sup> LANGE, *International Trade after the Corona-crisis – Business as Usual or Systemic Change?*, 28 aprile 2020, ([https://bernd-lange.de/uploads/bernd\\_lange/2020/International-trade-after-the-corona-crisis-Bernd-Lange-EN-27042020.pdf](https://bernd-lange.de/uploads/bernd_lange/2020/International-trade-after-the-corona-crisis-Bernd-Lange-EN-27042020.pdf)).

una forza lavoro resa ancora più inerme dall'aumento dei livelli di povertà. Non a caso, proprio nel pieno della crisi conseguente alla pandemia un centinaio di investitori internazionali, rappresentanti capitali per cinque trilioni di dollari, hanno chiesto ai governi l'introduzione per legge di obblighi di "due-diligence" a carico delle imprese sull'assunto della inefficacia del solo approccio volontaristico a impedire violazioni dei diritti umani <sup>(27)</sup>. La maggiore resilienza mostrata dalle imprese socialmente responsabili nel fronteggiare l'emergenza non è certamente estranea alle ragioni alla base di tale iniziativa <sup>(28)</sup>.

5. Il secondo cambiamento verso cui con ogni probabilità si indirizzeranno le imprese è quello di un "accorciamento delle catene globali del valore", in modo da consentire un miglior controllo da parte dell'impresa al vertice e di ridurre i rischi di improvvise interruzioni negli approvvigionamenti. Se da un lato ciò potrebbe rafforzare la tendenza alla regionalizzazione dell'economia internazionale, la riconduzione delle catene di produzione all'interno di aree geopolitiche omogenee avrebbe come corollario quello di rendere il tessuto produttivo locale meno esposto in futuro a shock analoghi a quello causato dal Covid-19.

In una situazione in cui la scienza prospetta come possibili ciclici ritorni del contagio l'adozione di politiche economiche volte a preservare la continuità delle imprese sembra rientrare nelle competenze dello Stato <sup>(29)</sup>.

Nella politica industriale dell'Unione Europea l'obiettivo di sviluppare una catena di fornitura interna per alcuni prodotti sensibili, in quanto decisivi per la futura autosufficienza tecnologica

---

<sup>(27)</sup> Per il testo della dichiarazione, [https://investorsforhumanrights.org/sites/default/files/attachments/2020-04/The%20Investor%20Case%20for%20mHRDD%20-%20FINAL\\_3.pdf](https://investorsforhumanrights.org/sites/default/files/attachments/2020-04/The%20Investor%20Case%20for%20mHRDD%20-%20FINAL_3.pdf).

<sup>(28)</sup> Cfr. Investors Alliance for Human Rights, *Investor Toolkit on Human Rights. Executive Summary*, New York, maggio 2020, p. 3, <https://investorsforhumanrights.org/sites/default/files/attachments/2020-05/Executive%20Summary%20-%20Investor%20Toolkit%20on%20Human%20Rights%20-%20May%202020.pdf>

<sup>(29)</sup> Secondo Bernd Lange, «[i]t seems clear that the consequences of the Corona pandemic will lead to a longer-term change in the role of the State, the role of the EU in globalization» (*op. cit.* p. 8).

e alimentare dell'Unione, è coltivato da tempo attraverso iniziative specifiche, quali l'organizzazione di una filiera europea delle batterie, l'elaborazione di piani relativi ai settori delle infrastrutture digitali strategiche (creazione di un'infrastruttura digitale "end-to-end"), della difesa, dell'agricoltura, mentre la pandemia ha esteso questo progetto alla filiera farmaceutica <sup>(30)</sup>.

Anche a questo proposito il sistema multilaterale degli scambi fornisce già ai membri dell'OMC una pluralità di strumenti che possono legittimare simili scelte di politica economico commerciale, a partire dal ricorso alle misure di salvaguardia per il settore agroalimentare, alle eccezioni generali, a quelle per motivi di sicurezza. Ma mentre gli istituti richiamati sembrano idonei a coprire misure limitate ai settori medico-farmaceutico, agroalimentare o a comparti comunque ritenuti strategici per l'economia interna, una politica più generale volta a sottrarre almeno una soglia minima del tessuto imprenditoriale nazionale o regionale al rischio di fallire di fronte a possibili nuove crisi di questa portata sembra potersi fondare su "incentivi" al contenimento delle filiere attraverso un "calibrato utilizzo di misure di sostegno alla produzione, rimodulazione delle concessioni tariffarie e regole di origine", che rendano attrattivo per le imprese l'esecuzione nel paese/regione di origine di alcune fasi del ciclo di produzione o distribuzione.

6. La regionalizzazione delle catene del valore già rientra, in ogni caso, nei piani di più di una organizzazione di integrazione economica e corrisponde in parte all'attuale mappa della produzione globale, nella quale si evidenzia una intensificazione delle catene di fornitura comprese nelle aree dell'Asia-Pacifico, Europa-Mediterraneo e delle Americhe <sup>(31)</sup>.

La rilocalizzazione all'interno del territorio degli Stati delle catene produttive relative ai beni ritenuti sensibili per l'economia europea già compare, come si è rilevato, nella nuova politica industriale dell'Unione Europea e in un discorso recente il Commissario al Commercio, Phil Hogan, pur ribadendo l'intenzione

---

<sup>(30)</sup> Commissione Europea, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM (2020)102 def., Bruxelles, 10 marzo 2020, p. 14.

<sup>(31)</sup> Cfr. ESCAITH, MARTÌ, *Global Value Chains and Rules of Origin*, Ginevra, 21 settembre 2016, consultabile nel sito [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/roi\\_e/marti\\_escaith22916.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/roi_e/marti_escaith22916.pdf).

dell'Unione di mantenere aperti i propri mercati, ha qualificato come “open strategic autonomy” il modello cui si ispirerà la riforma della politica comune del commercio e degli investimenti del dopopandemia <sup>(32)</sup>.

Anche l'Unione Africana, dal canto suo, promuove da tempo la creazione di catene del valore interne al territorio complessivo degli Stati membri nella strategia di sviluppo economico del continente. L'*African Continental Free Trade Agreement* più volte cita questo traguardo nel preambolo e nelle norme relative agli obiettivi del Trattato base e dei Protocolli sulla libera circolazione di merci e servizi <sup>(33)</sup>. L'importanza della regionalizzazione delle filiere nel continente africano è stata, del resto, ribadita proprio in occasione dello scoppio della pandemia dalla Commissione Economica per l'Africa delle Nazioni Unite <sup>(34)</sup>. La capacità mostrata da alcune imprese africane di riconvertire e aumentare così la produzione di beni essenziali per fare fronte all'emergenza sanitaria ha mostrato che l'industria locale ha le potenzialità per risalire nel posizionamento lungo le catene di fornitura e questo è un dato significativo sia per una ridefinizione del ruolo delle imprese africane nelle catene globali del valore sia rispetto all'obiettivo di costruire filiere regionali <sup>(35)</sup>.

Tuttavia, nell'attuale contesto, il processo di regionalizzazione rischia di trasformarsi in un colpo durissimo alle economie dei paesi in via di sviluppo. «In the face of the corona pandemic, textile companies are turning to exactly what their supply chains are

---

<sup>(32)</sup> HOGAN, *Introductory Remarks at OECD Global Forum on Responsible Business Conduct*, 19 maggio 2020, [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/hogan/announcements/introductory-remarks-commissioner-phil-hogan-oecd-global-forum-responsible-business-conduct\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/hogan/announcements/introductory-remarks-commissioner-phil-hogan-oecd-global-forum-responsible-business-conduct_en).

<sup>(33)</sup> Cfr. il preambolo e l'art. 3, lett. g) dell'*African Continental Free Trade Area Agreement* (AfCFTA); l'art. 2, par. 2, lett. e) del Protocollo sul commercio di merci; il preambolo e l'art. 3, par. 2, lett. d) del Protocollo sul commercio di servizi, tutti pubblicati nel sito <https://www.tralac.org/>.

<sup>(34)</sup> UN Economic Commission for Africa, *Covid-19 in Africa: Protecting Lives and Economies*, Addis Ababa, aprile 2020, p. 29.

<sup>(35)</sup> Cfr. CHAYTOR, OGO, *Recovery from the Economic Impacts of the Covid-19 Pandemic in Africa: What Role for Trade?*, *TralacBlog*, 7 aprile 2020 (<https://www.tralac.org/blog/article/14491-recovery-from-the-economic-impacts-of-the-covid-19-pandemic-in-africa-what-role-for-trade.html>).

designed for: outsourcing costs and economic risk and shifting responsibility for it»<sup>(36)</sup>. In altri termini, molte società ai vertici delle filiere hanno interrotto i loro contratti di fornitura “abbandonando” i piccoli fornitori locali e costringendoli a chiudere e a licenziare i dipendenti.

Perché l’ipotizzata tendenza alla regionalizzazione delle catene del valore venga a connotarsi positivamente in una prospettiva di aiuto allo sviluppo è necessario che le istituzioni finanziarie internazionali come la Banca mondiale, la *International Finance Corporation* (IFC) o la Banca Europea degli Investimenti siano pronte finanziare operazioni di investimento volte a mantenere in vita la micro/piccola imprenditoria manifatturiera locale, eventualmente “spezzando” le lunghe catene di fornitura delle imprese occidentali in segmenti autonomi, capaci di contribuire al trasferimento di tecnologie e know-how, e così allo sviluppo, delle economie dei paesi che attualmente ospitano i livelli più bassi delle filiere. Più che di un accorciamento delle catene globali di produzione e approvvigionamento dunque, occorrerebbe porsi l’obiettivo di una segmentazione delle stesse in cicli di produzione e distribuzione completi, capaci di rimodularsi sulle esigenze degli specifici mercati geografici di riferimento. Il cambiamento auspicato necessiterebbe di una stretta cooperazione tra imprese, istituzioni finanziarie e governi.

Una simile evoluzione, inoltre, non dovrebbe necessariamente corrispondere a un indebolimento del ruolo del sistema multilaterale degli scambi. È infatti presumibile che un processo di ridefinizione delle catene di produzione globali significativo quale quello ipotizzato potrebbe attuarsi in modo sistematico soltanto all’interno di un contesto macroeconomico favorevole, determinato dalla corrispondenza delle nuove catene regionali ad aree di integrazione economica corrispondenti.

In questo scenario l’Organizzazione Mondiale del Commercio si troverebbe nella posizione di svolgere una funzione importante quale autorevole sede internazionale di negoziato e confronto tra i suoi membri e garante della trasparenza dei sistemi regionali e della loro conformità ai principi che ne determinano la compatibilità con il sistema multilaterale del commercio. Proprio il meccanismo

---

<sup>(36)</sup> Cfr. LANGE, *op. cit.*, p. 5.

procedurale di notifica ed esame collettivo degli accordi di integrazione economica, rafforzato nel 2006 al fine di accentuare la trasparenza dell'interrelazione tra il livello multilaterale e quello regionale degli scambi internazionali (*Transparency Mechanism*) offre oggi all'OMC la sede ideale per attestarsi come centro di coordinamento indispensabile del nuovo rapporto tra le due dimensioni del commercio internazionale certamente destinate a coesistere negli anni a venire <sup>(37)</sup>.

7. Non può non farsi accenno, da ultimo, al fatto che una rimodulazione delle catene del valore globali avrebbe rilessi positivi sulla lotta al cambiamento climatico, una delle grandi sfide del nostro tempo. Un effetto negativo connesso allo sviluppo di catene di fornitura attraverso il territorio di più Stati è costituito, infatti, dalla movimentazione delle merci tra Stati distanti, considerata la forte incidenza del trasporto sulle emissioni di CO<sub>2</sub>.

La *ratio* del trattato istitutivo dell'OMC e del GATT, identificabile nella più ampia liberalizzazione degli scambi internazionali e nella promozione del commercio a livello globale, rischia di costituire un ostacolo all'adozione di misure efficaci nella lotta al cambiamento climatico. Gli sforzi dell'Unione Europea per delineare una politica ambientale che disincentivi lo scambio di prodotti ottenuti a costo di elevate emissioni di CO<sub>2</sub> attraverso la misurazione della loro impronta ecologica sono lontani dal tradursi in regole vincolati di applicazione generale. Un'etichettatura che evidenzia l'impronta ecologica dei prodotti per indirizzare il consumo, infatti, trova un ostacolo proprio nella quota elevata della produzione di CO<sub>2</sub> imputabile ai trasporti. Si rischierebbe di penalizzare i prodotti in base alla distanza del luogo di produzione. Allo stesso modo, non sembra prossimo a comporsi il dibattito sull'introduzione di un prelievo alle frontiere esterne dell'Unione per l'aggiustamento dell'impatto ambientale delle importazioni europee, sebbene il progetto rientri tra le azioni contemplate dal *Green Deal* europeo dell'attuale Commissione <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> Consiglio Generale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, *Transparency Mechanism Decision* del 14 dicembre 2006, WT/L/671.

<sup>(38)</sup> Cfr. Commissione Europea, *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640 def. dell'11 dicembre 2019, p.5.

Sebbene un'opportuna valorizzazione del richiamo allo sviluppo sostenibile contenuto nel preambolo del Trattato istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio consentirebbe di far evolvere il sistema multilaterale degli scambi in chiave di compatibilità con obiettivi di sostenibilità ambientale, in ogni caso, la ridefinizione delle catene di produzione e approvvigionamento con orizzonti geograficamente più ridotti potrebbe comunque costituire un contributo nella lotta al cambiamento climatico <sup>(39)</sup>. Senza volerne enfatizzare l'importanza – anche in considerazione dei dati diffusi dal Programma per l'Ambiente delle Nazioni Unite sull'incidenza pressoché nulla della diminuzione del traffico e della produzione industriale durante i mesi di confinamento dovuti alla pandemia sui livelli globali di CO<sub>2</sub> <sup>(40)</sup> – si tratterebbe di un ulteriore strumento da aggiungere alla comunque necessaria riconversione energetica da fonti fossili a fonti rinnovabili. Del resto, il tema del peso negativo del trasporto sull'impatto ambientale dei prodotti già costituisce uno dei fattori cui le imprese attribuiscono rilevanza per aumentare la propria competitività sui mercati, considerata la maggiore sensibilità ecologica dei consumatori. «The amount of CO<sub>2</sub> emissions (then) plays a greater role in production decisions than a few cents of labour cost advantage. It is clear that the consequences of climate change will continue to put a strain on supply chains» <sup>(41)</sup>. Una scelta responsabile delle imprese, opportunamente incentivata dagli Stati, volta a “ridisegnare” le catene di approvvigionamento globale in segmenti capaci di rispondere alle esigenze di mercati geograficamente più contenuti, ma integrati all'interno del sistema di regole dell'OMC, non solo apparirebbe del tutto legittima, ma costituirebbe una buona pratica in grado di fare evolvere l'ordinamento verso più elevati standard di sostenibilità climatica.

---

<sup>(39)</sup> Sull'importanza della funzione interpretativa del preambolo in senso ecologista si vedano BARONCINI, BRUNEL, *A WTO Safe Harbour for the Dolphins. The Second Compliance Proceedings in the US – Tuna II (Mexico) case*, *World Trade Review*, April 2020, p. 196 ss.

<sup>(40)</sup> UNEP, *Record global carbon dioxide concentrations despite Covid-19 crisis*, 11 maggio 2020, (<https://www.unenvironment.org/news-and-stories/story/record-global-carbon-dioxide-concentrations-despite-covid-19-crisis>).

<sup>(41)</sup> LANGE, *op. cit.*, p. 2.

Una recente analisi, pur riconoscendo che le catene globali del valore si prestano – metaforicamente e sotto il profilo economico - a diffondere il contagio da Covid-19 («supply chain contagion»), in quanto l'interruzione delle attività d'impresa in Stati come Germania, Stati Uniti, Cina e Giappone andrà necessariamente a riverberarsi sui consumatori e le imprese di tutte le maggiori economie, conclude che riportare in patria le catene di fornitura sarebbe un errore. «Since they supply chains were internationalised to improve productivity, their undoing would do the opposite»<sup>(42)</sup>.

Il dramma collettivo della pandemia, riportando in primo piano nelle relazioni internazionali il valore della solidarietà, potrebbe indurci a non considerare più la produttività come l'obiettivo ultimo, ma a ricercare un nuovo punto di equilibrio tra interessi economici dell'impresa e diritti fondamentali dell'individuo e dell'ambiente. Per raggiungere questo nuovo traguardo è probabile che il sistema organizzativo delle catene globali di produzione e approvvigionamento venga ad essere modificato. È importante che la comunità internazionale e in particolare l'Unione Europea non restino estranee a questo processo, ma che al contrario si impegnino ad indirizzarlo affinché l'obiettivo di una maggiore resilienza e solidità delle imprese, che potrebbe passare *anche* attraverso una maggiore concentrazione proprietaria e geografica delle stesse, sia raggiunto rispettando le regole di un sistema multilaterale degli scambi che in settant'anni di vita si è dimostrato capace di rispondere alle mutate esigenze economiche degli Stati e che già dispone al suo interno degli strumenti per accompagnare la transizione ad un sistema economico adatto ad affrontare l'attuale emergenza, così come la crisi climatica globale.

---

<sup>(42)</sup> BALDWIN, TOMIURA, *Thinking Ahead about the Trade Impact of Covid-19*, in *Economics in the Time of Covid-19* Baldwin, Weder di Mauro (eds.), Londra, 2020, p. 59 ss., a p. 68.



## SICUREZZA ALIMENTARE E COMMERCIO INTERNAZIONALE AI TEMPI DEL COVID-19

Ilaria Espa

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Covid-19 e sicurezza alimentare. – 3. Presupposti ed effetti delle restrizioni all'esportazione di materie prime alimentari. – 4. La disciplina OMC in materia di restrizioni all'esportazione di materie prime alimentari. – 4.1. Regole sostanziali. – 4.2. Regole in materia di trasparenza. – 5. Conclusioni.

1. La pandemia da Covid-19 è innanzitutto un'emergenza sanitaria internazionale, ma è apparso sin da subito chiaro come le sue ricadute economiche siano destinate a raggiungere proporzioni "bibliche" <sup>(1)</sup>. Pressati dall'urgenza di contrastare la crisi sanitaria, da un lato, e contenerne l'impatto economico, dall'altro, i governi nazionali hanno fatto crescente ricorso a strumenti di politica commerciale di stampo protezionistico. Tali strumenti hanno prevalentemente interessato, perlomeno in un primo momento, i settori più immediatamente collegati alla crisi da Covid-19 – si in pensi, in particolare, alla proliferazione di restrizioni all'esportazione di presidi sanitari essenziali <sup>(2)</sup>. Da qualche tempo, tuttavia, si assiste a un aumento costante dell'utilizzo di tali misure restrittive in settori non direttamente interessati dalla gestione della crisi, come quello dell'agricoltura, con possibili importanti ricadute in termini di sicurezza alimentare.

Alla luce di tale contesto, il presente contributo si propone di indagare l'impatto della pandemia da Covid-19 sulla sicurezza alimentare, focalizzandosi su quanto e su come tale impatto sia amplificato dalla recente proliferazione di restrizioni all'esportazione di prodotti alimentari adottate nel quadro dell'attuale emergenza. Verrà fornito un inquadramento giuridico di tali misure alla luce del diritto dell'Organizzazione Mondiale del

---

<sup>(1)</sup> DRAGHI, *Draghi: We Face a War Against Coronavirus and Must Mobilise Accordingly*, *Financial Times*, 25 marzo 2020.

<sup>(2)</sup> Per una trattazione generale degli strumenti adottati dagli Stati per gestire le conseguenze più immediate della crisi da Covid-19, si rinvia al contributo di Giovanna Adinolfi nel presente volume.

Commercio e si metteranno in evidenza le maggiori criticità della disciplina rilevante in materia. Verranno infine presentate le più importanti iniziative di riforma attualmente in discussione volte ad arginare i limiti più evidenti delle regole multilaterali applicabili, analizzandole criticamente sotto il profilo delle loro ricadute in termini di sicurezza alimentare e alla luce della più generale crisi dell'OMC.

2. Al contrario di molte precedenti pandemie <sup>(3)</sup>, la pandemia da Covid-19 non ha avuto un impatto diretto apprezzabile sui livelli di produzione agricola: l'incidenza della mortalità non interessa principalmente le fasce della popolazione che si trovano nella fase più intensa e produttiva della propria vita lavorativa e, a differenza della febbre suina o dell'influenza aviaria, per esempio, la diffusione del coronavirus sembra almeno per il momento non aver alcun impatto diretto sul bestiame <sup>(4)</sup>.

Ciononostante, il legame tra l'attuale pandemia e sicurezza alimentare non deve essere sottostimato. Da un lato, perché la pandemia da Covid-19 si è abbattuta in un momento storico già delicato sotto il profilo della sicurezza alimentare: è infatti da almeno cinque anni che, anziché diminuire, aumenta il numero di persone malnutrite nel mondo – per un totale di oltre 800 milioni secondo gli ultimi dati pubblicati dal Programma alimentare mondiale <sup>(5)</sup>. Tra queste, quelle che rischiano di soffrire la fame in maniera ancora più profonda si attestano intorno ai 135 milioni <sup>(6)</sup>, in controtendenza rispetto all'obiettivo proclamato dalla comunità internazionale di eliminare la fame nel mondo <sup>(7)</sup>. È in questo quadro

---

<sup>(3)</sup> Un esempio classico è l'influenza Spagnola del 1918. Si vedano, tra gli altri, MARTIN, GLAUBER, *Trade Policy and Food Security*, in *Covid-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work* Baldwin e Evenett (eds.), Londra, 2020, p. 89.

<sup>(4)</sup> Ci si aspetta, tuttavia, un impatto sulla produzione di prodotti come la frutta e la verdura e sulla produzione e lavorazione di prodotti animali che richiedono la presenza di team che lavorano a stretto contatto. *Ibid.*

<sup>(5)</sup> Programma Alimentare Mondiale, *2020 Global Report on Food Crises*, <https://www.wfp.org/publications/2020-global-report-food-crises>.

<sup>(6)</sup> *Ivi*, p. 2.

<sup>(7)</sup> Cfr. l'obiettivo n. 2 dei *Sustainable Development Goals (SDGs)* «Zero Hunger». Per una trattazione esaustiva dei target e degli indicatori relativi all'obiettivo n. 2, oltreché una disamina sui progressi raggiunti finora rispetto alla

già tetro, le cui cause sono molteplici e complesse<sup>(8)</sup>, che si inserisce la pandemia da Covid-19. Recentemente, il Direttore esecutivo del Programma alimentare mondiale, David Beasley, ha lanciato l'allarme durante un briefing in seno al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, denunciando che a causa del Covid-19 altri 130 milioni di persone potrebbero essere portate sull'orlo della fame entro la fine del 2020 per un totale di 265 milioni di persone<sup>(9)</sup>. Secondo Beasley, la pandemia rischia anche di diventare la peggiore catastrofe umanitaria globale dal secondo dopoguerra trasformandosi in una c.d. pandemia di fame<sup>(10)</sup>.

Dall'altro lato, perché questi scenari sottostimano gli effetti dell'impatto economico della crisi sanitaria sulle prospettive di insicurezza alimentare – effetti che sono ancora incerti e difficili da inquadrare numericamente, ma potenzialmente esplosivi ove si consideri la maggiore vulnerabilità delle comunità stanziate negli Stati già particolarmente esposti al rischio dell'insicurezza alimentare (pensiamo a Stati come l'Etiopia, la cui ricchezza dipende largamente dal settore turistico, o come il Sud Sudan, dove il petrolio rappresenta il 98,8% delle esportazioni totali)<sup>(11)</sup>. Definendo il suo discorso brutale ma necessario, Beasley ha chiesto maggiore collaborazione per scongiurare il verificarsi degli scenari più apocalittici: lo spettro della carestia in circa tre dozzine di Stati; la morte di circa trenta milioni di persone che dipendono

---

realizzazione di tale obiettivo, si veda Nazioni Unite, *Sustainable Development Goals Report 2019*, <https://unstats.un.org/sdgs/report/2019/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019.pdf>, p. 24 ss.

<sup>(8)</sup> Non è questa la sede per un'analisi esaustiva di tali cause, che vanno dagli effetti dell'invasione di locuste in Africa all'esistenza di numerosi focolai di guerra (*inter alia* in Siria e Yemen) e di crisi (*inter alia*, in Sud Sudan, Burkina Faso, Repubblica Democratica del Congo, Etiopia, Libano), dalla maggiore frequenza di catastrofi naturali ai cambiamenti climatici. Si veda Programma Alimentare Mondiale, *WFP Chief Warns of Hunger Pandemic as Covid-19 Spreads (Statement to UN Security Council)*, 21 aprile 2020 <https://www.wfp.org/news/wfp-chief-warns-hunger-pandemic-covid-19-spreads-statement-un-security-council>.

<sup>(9)</sup> *Ibid.*

<sup>(10)</sup> *Ibid.*

<sup>(11)</sup> Cfr. ESPA, *Covid-19 e sicurezza alimentare: verso una "pandemia di fame"?* Plusvalore, 28 aprile 2020 <https://www.rsi.ch/rete-due/programmi/cultura/plusvalore/COVID-19-e-sicurezza-alimentare-verso-una-pandemia-di-fame-12891443.html>.

direttamente dagli aiuti internazionali alimentari per la propria sussistenza. Significativamente, il Direttore Esecutivo del Programma Alimentare ha sottolineato come sia vitale non soltanto contrastare la carenza di finanziamenti, ma anche garantire la catena degli approvvigionamenti in un momento storico in cui le restrizioni all'esportazione, non soltanto di forniture mediche essenziali ma anche di beni alimentari, sembrano proliferare <sup>(12)</sup>.

3. La lotta alla pandemia da Covid-19 è coincisa con una "escalation" nell'utilizzo di misure di restrizione all'esportazione che, come detto, hanno dapprima interessato quasi squisitamente i settori più direttamente collegati alla crisi per poi diffondersi, un po' in sordina, anche al settore dell'agricoltura <sup>(13)</sup>. Secondo i più recenti dati disponibili, sono diciotto gli Stati che risultano applicare questo tipo di misure, primariamente nella forma di restrizioni quantitative formali quali divieti integrali ma anche, seppur in numero minore, quote all'esportazione (normalmente amministrate attraverso sistemi di licenze non automatici), prezzi minimi all'esportazione e, più raramente, dazi all'esportazione <sup>(14)</sup>. I beni interessati da queste restrizioni sono perlopiù materie prime alimentari chiave come riso, grano, granturco; meno frequentemente, altri prodotti come oli da cucina e uova <sup>(15)</sup>.

Sebbene il numero di Stati coinvolti sia significativamente più basso rispetto al numero di Stati (46) che hanno applicato tali misure restrittive nel settore dei presidi sanitari essenziali <sup>(16)</sup>, l'utilizzo di

---

<sup>(12)</sup> Programma Alimentare Mondiale, *op. ult. cit.*

<sup>(13)</sup> Il settore dell'agricoltura non è nuovo a ondate di restrizioni all'esportazione, il cui utilizzo riflette fattori ciclici tipici delle dinamiche dei mercati internazionali delle materie prime alimentari. Per una disamina esaustiva delle precedenti ondate, sia consentito rinviare a ESPA, *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals: Testing the Adequacy of WTO Disciplines*, Cambridge, 2015, pp. 11-22. Significativamente, questa sembra essere la prima volta in cui l'ondata sia determinata sia «derivata», ossia causata dall'effetto domino determinatosi a seguito della proliferazione di tali misure nel settore sanitario. Cfr. OMC, *Export Prohibitions and Restrictions: Information Note*, 27 aprile 2020, p. 8.

<sup>(14)</sup> Si veda il *Covid-19 Food Trade Policy Tracker* dell'*International Food Policy Research Institute* (IFPRI) (<https://www.ifpri.org/project/covid-19-food-trade-policy-tracker>).

<sup>(15)</sup> *Ibid.*

<sup>(16)</sup> Si veda Organizzazione Mondiale delle Dogane, *List of National Legislation of Countries that Adopted Temporary Export Restrictions on Certain Categories*

tali misure nel settore dell'agricoltura presente particolari criticità poiché la produzione di materie prime alimentari è fortemente concentrata geograficamente. Per esempio, la Russia è il grande paese esportatore di grano e ha imposto quote all'esportazione che sono state esaurite a metà maggio; lo stesso dicasi per l'Ucraina e il Kazakistan che, insieme alla Russia, sono responsabili di circa un terzo di tutte le esportazioni mondiali<sup>(17)</sup>. Similarmente, nel caso del riso, i primi cinque esportatori sono responsabili del 75% delle esportazioni (il primo paese esportatore è l'India, che conta individualmente per il 25% delle esportazioni mondiali): tra questi, il Vietnam (responsabile di circa il 16% dell'offerta mondiale) ha annunciato un divieto totale in marzo, seguito poi dall'annuncio di un sistema di quote per tutto il 2020<sup>(18)</sup>.

L'obiettivo classicamente dichiarato di tali misure è proteggere i consumatori nazionali da possibili carenze dell'offerta interna e, quindi, da possibili innalzamenti di prezzo di tali materie prime proprio per esigenze di sicurezza alimentare<sup>(19)</sup>. Le recenti crisi alimentari del 2007-2008 e del 2010-2011, tuttavia, dimostrano che tali effetti possono valere al massimo nel breve periodo ma vengono più che controbilanciati da: (i) il c.d. effetto boomerang delle restrizioni all'esportazione, secondo cui la disponibilità del prodotto sottoposto a restrizione finisce per diminuire sul mercato interno a motivo della riduzione del prezzo ivi determinata; (ii) il c.d. effetto domino, secondo cui l'introduzione di restrizioni all'esportazione in un paese esportatore spinge altri Stati esportatori a fare lo stesso nel tentativo di mantenere a loro volta bassi i prezzi interni, fino a che in definitiva l'offerta internazionale diminuisce al punto da determinare una spirale di aumento del prezzo che rende inutili le restrizioni e, in ultima analisi, incide negativamente sulla prospettive di sicurezza alimentare<sup>(20)</sup>.

---

*of Critical Medical Supplies in Response to Covid-19*,  
<http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/activities-and-programmes/natural-disaster>.

<sup>(17)</sup> MARTIN, GLAUBER, *op. cit.*, p. 96.

<sup>(18)</sup> *Ivi*, pp. 96-97.

<sup>(19)</sup> Com'è noto, le fasce più vulnerabili della popolazione sono quelle che in media spendono di più per l'acquisto di cibo rispetto al loro livello di reddito. ESPA, *op. cit.*, p. 14.

<sup>(20)</sup> OMC, *cit.*, p. 8.

Secondo recenti studi, l'effetto cumulativo delle restrizioni all'esportazioni applicate durante le crisi alimentari verificatesi a partire dalla seconda metà degli anni 2000 è stato responsabile del 40% dell'aumento dei prezzi del riso, del 20% di quello del granturco e del 10% di quello del grano <sup>(21)</sup>. Stando ai caratteri dell'attuale trend nel settore, sembrano esistere tutte le premesse perché uno scenario di questo tipo possa ripresentarsi ancora oggi, specialmente ove si pensi che gran parte delle restrizioni attualmente in vigore sono adottate da quei paesi che, in qualità di grandi esportatori, sono capaci di influenzare l'offerta internazionale (e quindi il prezzo) delle materie prime soggette a restrizione in danno degli Stati a basso reddito dipendenti dall'importazione di tali prodotti (c.d. *Low-Income, Food-Import-Dependent Countries* o LIFIDC) e degli sforzi delle organizzazioni umanitarie impegnate sul fronte degli aiuti alimentari.

4. L'utilizzo di restrizioni all'esportazione di materie prime agricole è disciplinato dal diritto OMC ai sensi dell'Accordo generale sulle tariffe e sul commercio (di seguito Accordo GATT) e dell'Accordo sull'agricoltura (*Agreement on Agriculture* – di seguito AoA). Tali accordi pongono regole tanto sostanziali quanto in materia di trasparenza, la cui attuazione è cruciale per garantire la minimizzazione delle possibili ricadute delle restrizioni all'esportazione di materie prime alimentari in termini di sicurezza alimentare, in un contesto già messo a dura prova dal Covid-19.

4.1 Com'è noto, le restrizioni quantitative del tipo descritto sono di per sé contrarie all'art. XI:1 GATT, che sancisce uno dei caposaldi dell'Accordo GATT: l'obbligo di abolizione generale delle restrizioni quantitative. Tale obbligo è formulato in modo ampio e omnicomprendente:

Nessuna Parte contraente istituirà, o manterrà, su l'importazione di un prodotto originario del territorio di un'altra Parte contraente, la esportazione, o la vendita a scopo d'esportazione, di un prodotto destinato al

---

<sup>(21)</sup> ANDERSON, NELGEN, *Trade Barrier Volatility and Agricultural Price Stabilization, World Development*, 2011, vol. 40, pp. 36-48.

territorio di un'altra Parte, dei divieti o delle restrizioni diversi dai dazi doganali, tasse o altre imposizioni, ancorché attuati sotto forma di contingenti, licenze d'importazione o d'esportazione o in qualunque altra maniera <sup>(22)</sup>.

Tuttavia, com'è noto, le restrizioni all'esportazione di prodotti alimentari (o di altri prodotti «essenziali») possono godere dell'esenzione di cui all'art. XI:2 (a), a condizione che siano applicate «temporaneamente» per prevenire o rimediare a situazioni di «contingenza critica» <sup>(23)</sup>. Tale clausola è stata invocata a più riprese contestualmente all'introduzione di restrizioni all'esportazione di forniture mediche essenziali fino a che è parso quasi automatico che dovesse/potesse essere invocata anche con riferimento all'adozione di tali misure, quand'anche applicate nel settore agricolo, nel quadro della pandemia da Covid-19.

Ciononostante, e al contrario di quanto rilevato nei precedenti contributi con riferimento alle restrizioni all'esportazione applicate nei settori più direttamente colpiti dalla crisi sanitaria <sup>(24)</sup>, è lecito presumere che le misure oggetto di indagine non passino il test dell'art. XI:2 (a) GATT per mancanza del requisito fondante la clausola di esenzione, ossia l'esistenza di una situazione di «contingenza critica» <sup>(25)</sup>. Il motivo fondamentale è che non esiste allo stadio attuale nessuna prospettiva concreta di perturbazione della produzione – e, quindi, dell'offerta – riconducibile a dinamiche proprie dell'industria alimentare, perlomeno nei maggiori Stati di produzione: le giacenze non destano particolare preoccupazione perché si attestano attorno ai livelli medi registrati nelle ultime

---

<sup>(22)</sup> Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza OMC rilevante, si rinvia a ESPA, *op. cit.*, pp. 169-179.

<sup>(23)</sup> Per una disamina puntuale delle condizioni poste dall'art. XI, 2(a), GATT, anche alla luce della giurisprudenza OMC, si veda *ivi*, pp. 180-184.

<sup>(24)</sup> Cfr. il contributo di Giovanna Adinolfi nel presente volume.

<sup>(25)</sup> È inoltre verosimile supporre che, perlomeno in un certo numero di casi, potrebbe inoltre venire a mancare il requisito della temporaneità delle misure. Benché sia prematuro svolgere questo tipo di considerazioni allo stadio attuale, la storia delle recenti crisi alimentari ci insegna che, quand'anche originariamente intese come temporanee, le restrizioni all'esportazione sono durate più a lungo del previsto – e, in più di un terzo dei casi, permangono tuttora (OMC, *op. cit.*, pp. 7-8).

decadi e rimangono sostanzialmente più alte dei livelli del 2008; le prospettive di produzione di beni alimentari primari sono buone per il 2020 e non sembrano poter risentire in modo sostanziale della crisi da Covid-19 nella misura in cui, perlomeno nei grandi paesi esportatori, si tratta di produzioni meccanizzate e non pregiudicate dalle misure di distanziamento sociale giacché avvengono in aree sconfiniate <sup>(26)</sup>.

Si tratta, in altre parole, di un classico caso in cui è l'imposizione delle restrizioni di per sé stessa a rischiare di creare un problema sotto il profilo della sicurezza alimentare, a motivo dell'impatto di tali misure su quantità e prezzi nei mercati internazionali oltretutto sulle catene degli approvvigionamenti.

4.2 Sebbene non sembri verosimile che tali misure, nel contesto emergenziale attuale, vengano contestate dinanzi agli organi contenziosi OMC <sup>(27)</sup>, la prospettiva di una loro verosimile illegittimità ai sensi della disciplina applicabile rende ancora più cruciale il monitoraggio di tali misure e quindi la questione della trasparenza. Tale esigenza è tanto più essenziale nel caso in cui misure di restrizione all'esportazione vengano applicate a materie prime alimentari proprio per le possibili ricadute in termini di sicurezza alimentare riconducibili all'adozione di tali misure, non tanto per lo Stato che le adotti quanto piuttosto per quelli che le subiscano <sup>(28)</sup>.

È in questa chiave che, ove le misure di restrizione all'esportazione siano adottate, in principio legittimamente, nel settore dell'agricoltura, si attiva l'art. 12:1 dell'Accordo

---

<sup>(26)</sup> Lo stesso dicasi per il caricamento, la spedizione e lo scarico. MARTIN, GLAUBER, *op. cit.*, p. 95. Come già detto *supra*, è verosimile che la crisi da Covid-19 abbia un impatto sulla produzione di prodotti come la frutta e la verdura e sulla produzione e lavorazione di prodotti animali che richiedono la presenza di team che lavorano a stretto contatto. Si tratta tuttavia di prodotti attualmente non sottoposti a restrizioni all'esportazione.

<sup>(27)</sup> Questo tanto più in un momento in cui il meccanismo di soluzione delle controversie versa in una situazione di profonda crisi. Si veda ESPA, *The (WTO and) Appellate Body Crisis: What Ways Forward?*, Brief per il Ministero Affari Esteri, forthcoming; SACERDOTI, *The WTO Dispute Settlement System in 2019: the Case Law of The Appellate Body Before Its Demise*, *Italian Yearbook of International Law*, 2020, forthcoming.

<sup>(28)</sup> OMC, *op. cit.*, p. 9.

sull'agricoltura. In virtù di tale articolo, qualunque misura di restrizione all'esportazione autorizzata ai sensi dell'art. XI:2(a) GATT deve essere adottata nel rispetto di determinati obblighi di notifica e consultazione:

1. Se qualche paese membro adotta un nuovo divieto o restrizione delle esportazioni di alimenti in conformità con il paragrafo 2(a) dell'art. XI del GATT 1994, esso dovrà osservare le seguenti condizioni:

(i) il paese membro che introduce il divieto o la restrizione delle esportazioni dovrà dare la dovuta considerazione agli effetti di questo divieto o restrizione sulla sicurezza alimentare dei paesi membri importatori;

(ii) prima di introdurre un divieto o restrizione delle esportazioni il paese membro dovrà informare per iscritto, ed il più presto possibile, il Comitato sull'agricoltura, fornendo informazioni quali la natura e la durata di tale misura, e dovrà discutere con qualunque altro paese membro importatore che ne faccia richiesta ed abbia un interesse sostanziale nella sua qualità di importatore, qualsiasi aspetto delle misure in questione. Il paese membro che introduce tale divieto o restrizione dovrà fornire a tale paese membro, su richiesta, le necessarie informazioni.

2. Quanto previsto da questo articolo non si applica ai paesi membri in via di sviluppo, a meno che la misura non sia introdotta da parte di un paese membro in via di sviluppo esportatore netto dello specifico alimento in questione.

È chiaro dal dettato di questa disposizione che si tratta di obblighi di notifica e consultazione formulati in termini piuttosto blandi nella misura in cui: (i) non si prevedono termini certi entro cui notificare la misura, bensì ci si limita a prevedere l'obbligo per lo Stato membro di procedere « il più presto possibile»; (ii) l'obbligo di consultazione rimane vincolato all'esplicita richiesta da parte di uno Stato membro importatore; (iii) non è previsto alcun obbligo di

procedere a una revisione della misura in caso di fallimento delle consultazioni.

Alla luce delle debolezze dell'art. 12.1 AoA, non sorprende che il sistema delle notifiche ivi previsto sia rimasto quasi completamente disatteso dai membri OMC nonostante i numerosi appelli rivolti da più parti, incluso il Segretario Generale dell'Organizzazione <sup>(29)</sup>. Significativamente, la stessa OMC ha in effetti riconosciuto in un documento interno prodotto dal Segretariato che soltanto tre notifiche sono state depositate in ottemperanza all'art. XI:2 (a) GATT, rispettivamente dalla Repubblica del Kirghizistan, dalla Macedonia e dalla Thailandia <sup>(30)</sup>. L'Organizzazione ha inoltre ammesso di rifarsi a fonti esterne compilate e aggiornate da altre organizzazioni o organismi internazionali per monitorare la situazione attuale <sup>(31)</sup>. In altre parole, l'OMC non appare in grado di monitorare internamente il rispetto delle sue stesse disposizioni attraverso i meccanismi all'uopo previsti dalla disciplina OMC rilevante in materia di trasparenza.

Tali lacune nel sistema di notifiche non caratterizzano unicamente la disciplina delle restrizioni all'esportazione (di prodotti agricoli). Tuttavia, nel caso di specie risultano particolarmente problematiche ove si pensi che (i) si tratta di misure non soltanto slegate dalle immediate necessità dell'emergenza sanitaria, ma anche verosimilmente contrarie alle regole attuali OMC; (ii) si tratta di misure suscettibili di contribuire per larga parte ad accentuare un deterioramento delle condizioni di sicurezza alimentare oltreché generare pericolose interruzioni nelle catene di approvvigionamento anche nel settore agricolo <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> *Ivi*, pp. 9-10.

<sup>(30)</sup> Si vedano, rispettivamente, WTO doc. G/AG/N/KGZ/8 (2020), WTO doc. G/AG/N/MKD/26 (2020), WTO doc. G/AG/N/THA/107 (2020) e WTO doc. G/AG/N/THA/107/Add.1 (2020).

<sup>(31)</sup> Tra queste, figurano organizzazioni internazionali come come l'Organizzazione Mondiale delle Dogane e l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, piattaforme inter-agenzia come l'"Agricultural Market Information System", creata sotto l'egida del G-20 sulla scorta della crisi alimentare del 2010-2011 e iniziative di respiro scientifico e/o accademico come il *Covid-19 FOOD Trade Policy TRACKER* dell'IFPRI e *Global Trade Alert* dell'Università di San Gallo.

<sup>(32)</sup> MARTIN, GLAUBER, *op. cit.*, p. 97.

5. La presente analisi ha inteso dimostrare come l'attuale proliferazione di restrizioni all'esportazione di materie prime alimentari non sia figlia di una carenza di regole OMC sufficientemente stringenti sul piano sostanziale, ma sia senz'altro stata resa possibile dalla debolezza dell'attuale sistema di notifica e, più in generale, delle regole OMC in materia di trasparenza applicabili. Tale debolezza ha contribuito a far sì che questo tipo di misure passasse relativamente inosservato nel contesto dell'attuale emergenza nonostante le evidenti ricadute sul piano della sicurezza alimentare.

Alla luce di tali considerazioni, l'auspicio è che la crisi attuale rinvigorisca le prospettive di riforma perlomeno delle regole OMC a tutela della trasparenza. In questo senso, è da segnalare che per quanto attiene nello specifico alla disciplina delle restrizioni all'esportazione nel settore agricolo si potrebbe trarre ispirazione dalle numerose proposte di riforma avanzate sulla scorta della crisi alimentare della fine degli anni 2000 da parte di numerosi organismi, dall'OMC stessa all'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura, al G-20. Tali progetti contengono spunti interessanti nell'ottica di un rafforzamento del meccanismo previsto ai sensi dell'art. 12.1 AoA nella misura in cui prevedono, *inter alia*, l'introduzione di: (i) un obbligo di notifica preventiva; (ii) un obbligo di dimostrare che l'introduzione di tali misure non abbia effetti apprezzabili sugli aiuti alimentari destinati agli Stati LIFIDC; (iii) un obbligo di consultazione, in tutti i casi, con contestuale obbligo di sospensione dell'introduzione della misura oltreché di ricorso obbligatorio ad arbitrato in caso di fallimento di tali consultazioni operato da un c.d. comitato permanente di esperti<sup>(33)</sup>. Benché tali iniziative siano sfortunatamente rimaste lettera morta sinora, "rispolverarle" nel contesto dell'emergenza Covid-19 non è scontato ma nemmeno azzardato nella misura in cui offrirebbe una solida base di partenza per agire sul piano della trasparenza – trasparenza che, come è già stato sostenuto in questo volume<sup>(34)</sup>, è forse il risultato più concretamente tangibile che l'OMC può ancora

---

<sup>(33)</sup> Per una disamina esaustiva di tali proposte, sia consentito rinviare a ESPA, *Export Restrictions*, cit., pp. 17-22.

<sup>(34)</sup> Si veda, in particolare, il contributo di Giovanna Adinolfi in questo stesso volume.

– e quindi a maggior ragione deve – svolgere per scongiurare una crisi di legittimità che è ormai dietro l’angolo. Se l’Organizzazione fallirà nell’obiettivo di garantire benefici tangibili nella gestione di rigurgiti protezionistici che hanno un impatto sui paesi più vulnerabili e sulle prospettive di sicurezza alimentare delle comunità ivi stanziare, sarà ancora più vicina alla sua obsolescenza <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Si vedano, in particolare, i contributi di Giorgio Sacerdoti e di Giovanna Adinolfi in questo stesso volume.

## L'INCIDENZA DEL COVID-19 SUL SETTORE AGROALIMENTARE NEL QUADRO DELL'OMC E DEI CONTROLLI SUGLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI

Francesco Cazzini

SOMMARIO: 1. Il quadro generale. – 2. Il ruolo degli attori non economici. – 3. Le reazioni degli Stati membri dell'OMC. – 4. Nuove prospettive nel diritto internazionale degli investimenti. – 4.1. La rilevanza del Regolamento (UE) 2019/452 sul settore agroalimentare. – 4.2. *Golden power*, un menu "à la carte". – 5. Conclusioni.

1. Prima di affrontare alcune delle questioni poste nell'ambito del diritto del commercio internazionale e degli investimenti in relazione ai prodotti agroalimentari e al Covid-19, è utile illustrare brevemente quali indicazioni di carattere generale è possibile dedurre sullo stato dell'attuale sistema agroalimentare globale, anch'esso travolto dalla pandemia. Riflessioni di questo tipo sono state oggetto di un rapporto recentemente pubblicato dall'*International Panel of Experts on Sustainable Food Systems* (IPES-Food) <sup>(1)</sup>, denominato «Covid-19 and the crisis in food systems: Symptoms, causes, and potential solutions» <sup>(2)</sup>. Il primo aspetto messo in rilievo nel rapporto riguarda la stretta correlazione esistente tra un'agricoltura di tipo estensivo e la perdita di "habitat" per la fauna, condizione utile per far emergere e diffondere un virus. Una zoonosi si verifica come il risultato di complesse dinamiche che mettono in relazione gli ecosistemi umani e naturali e, oltre ad essere influenzata dalla produzione agricola, dipende anche dall'allevamento animale <sup>(3)</sup>. Infatti, la probabilità che una epidemia

---

<sup>(1)</sup> Si tratta di un gruppo di esperti indipendenti che dal 2015 opera con l'obiettivo di promuovere una transizione verso sistemi alimentari sostenibili in tutto il mondo. Tra i membri del *panel* di esperti si annovera Olivier De Schutter, *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite per il diritto al cibo dal 2008 al 2014.

<sup>(2)</sup> Reperibile nel sito *web* [http://www.ipes-food.org/\\_img/upload/files/COVID-19\\_CommuniqueEN.pdf](http://www.ipes-food.org/_img/upload/files/COVID-19_CommuniqueEN.pdf).

<sup>(3)</sup> L'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura (*Food and Agriculture Organization of the United Nations*, FAO) ha più volte messo in luce questi rischi, proponendo cambiamenti nella direzione degli obiettivi fissati dall'*Agenda 2030* per lo Sviluppo Sostenibile. A tal proposito si veda, FAO, *World Livestock: Transforming the Livestock Sector Through the Sustainable Development Goals*, 2018.

emerge è aumentata dal confinamento di un numero elevato di animali in spazi ristretti, dalla riduzione della diversità genetica e dalla frammentazione degli “habitat” naturali attraverso l’espansione della produzione zootecnica <sup>(4)</sup>. Sebbene sia ipotizzabile che anche in futuro potremmo non essere in grado di individuare con certezza l’origine effettiva del SARS-CoV-2 e i passaggi che lo hanno portato a diffondersi, possiamo affermare dunque che un ruolo l’abbia giocato l’attuale modello produttivo agroalimentare diffusosi a livello globale.

Altra questione centrale sollevata nel rapporto è l’impatto della pandemia sulle catene di approvvigionamento, sulla loro resilienza e sulle vulnerabilità riscontrate <sup>(5)</sup>. Sebbene non si siano ancora verificate diffuse criticità nelle catene di approvvigionamento alimentare o un’estrema volatilità dei prezzi dei prodotti, alcuni effetti sono già riscontrabili. In particolare, le catene alimentari - sia lunghe che brevi - si stanno rivelando vulnerabili rispetto a vari fattori di tipo logistico. Per le lunghe catene alimentari, che dipendono da complessi flussi di lavoratori e altri *input* di produzione, le criticità maggiori sono dovute dalle restrizioni agli spostamenti di lavoratori stagionali che ogni anno attraversano le frontiere per fornire manodopera nelle imprese agricole. Il Covid-19 ha messo in luce quindi la situazione precaria dei lavoratori agricoli e alimentari, e di conseguenza la precarietà dell’approvvigionamento globale.

Nelle catene di approvvigionamento brevi, invece, le vulnerabilità sono aumentate a causa delle chiusure e delle restrizioni nei mercati, basate sull’alta percezione di rischio contagio correlata a queste aree, dovuto ad esempio all’alta densità di persone e alla scarsa capacità di imporre adeguate misure di igiene e di distanziamento sociale. Questa tendenza preoccupa maggiormente

---

<sup>(4)</sup> IPES-Food, *Too big to feed: Exploring the impacts of mega-mergers, consolidation and concentration of power in the agri-food sector*, 2017, p. 67 ss.

<sup>(5)</sup> Considerazioni del medesimo avviso sono state espresse da diversi esperti del settore durante i recentemente organizzati «Trade Dialogues on Food». Nell’ambito della più ampia iniziativa «Trade Dialogues», l’Organizzazione Mondiale del Commercio ha ideato questi eventi con l’obiettivo di incoraggiare un dibattito sul ruolo del commercio internazionale nella sicurezza alimentare. Esperti di governi, organizzazioni non governative, del mondo accademico e di imprese sono invitati a discutere diversi temi di attualità del commercio alimentare.

rispetto ai mercati territoriali ubicati in diversi paesi in via di sviluppo, poiché rappresentano il principale luogo di approvvigionamento dove la maggior parte della popolazione locale si procura il cibo.

La terza questione meritevolmente evidenziata dal rapporto è quella legata alla condizione di centinaia di milioni di persone che vivono perennemente sull'orlo della fame, della malnutrizione e della povertà estrema, e sono quindi particolarmente vulnerabili agli effetti di una recessione globale causata dalla pandemia. A tal proposito si può dunque parlare di insicurezza alimentare, problema che ha indotto diversi Stati ad adottare misure restrittive all'esportazione di prodotti alimentari così da tutelare la propria popolazione <sup>(6)</sup>.

Questi e ulteriori fattori delineano l'evidente fragilità dell'attuale sistema globale del commercio alimentare, crisi già presente nel 2008 e mai terminata <sup>(7)</sup>. Nel corso degli ultimi decenni la vulnerabilità del sistema si è manifestata rispetto a diversi fattori quali le perturbazioni climatiche, le crisi economiche, quale quella occorsa nel 2008 che determinò considerevoli oscillazioni nell'aumento dei prezzi delle materie prime <sup>(8)</sup>, come altre epidemie, come ad esempio l'Ebola <sup>(9)</sup> o la Peste suina africana <sup>(10)</sup>.

Il Covid-19 ha messo a nudo problemi preesistenti ed evidenziato come il cibo non sia una merce come le altre. Infatti, già negli anni successivi al 2008, Olivier De Schutter sosteneva che il commercio alimentare dovesse essere ripensato intorno all'idea del cibo come diritto - non solo come merce. Egli teorizzava inoltre la necessità di restituire il potere decisionale alle comunità locali, investendo in pratiche agro-ecologiche per la salute umana e

---

<sup>(6)</sup> Per una trattazione esaustiva sull'argomento si rinvia al contributo di Ilaria Espa all'interno del presente volume.

<sup>(7)</sup> FAO, *The State of Food Insecurity in the World*, 2009.

<sup>(8)</sup> FAO, *Agri-food markets and trade policy in the time of Covid-19*, policy brief, 2020, p. 4.

<sup>(9)</sup> FAO, *Impact of the Ebola virus disease outbreak on market chains and trade of agricultural products in West Africa*, reperibile nel sito <http://www.fao.org/3/a-i5641e.pdf>.

<sup>(10)</sup> A tal proposito si veda [http://www.fao.org/ag/againfo/programmes/en/empres/ASF/2019/Situation\\_update\\_2019\\_09\\_26.html](http://www.fao.org/ag/againfo/programmes/en/empres/ASF/2019/Situation_update_2019_09_26.html).

dell'ambiente e allontanandosi dalla dipendenza dalle importazioni di cibo <sup>(11)</sup>.

All'interno di questo quadro generale sono state adottate diverse misure sul fronte del diritto del commercio internazionale e degli investimenti, non senza una serie di interventi anteriori e concomitanti da parte di organizzazioni internazionali e altri attori rilevanti nel settore, i quali hanno principalmente fornito garanzie dal punto di vista tecnico-scientifico circa l'assenza di rischi legati al consumo di prodotti agroalimentari.

2. Secondo lo stato dell'arte in campo medico-scientifico, il Covid-19 non è un virus a trasmissione alimentare. Ovviamente questo non esclude che i cibi possano comunque divenire fonti di contaminazione secondaria, così come altri tipi di superfici. Tale posizione è pressoché unanimemente condivisa tra i principali attori coinvolti in ambito di "food safety", quali, a livello internazionale l'Organizzazione Mondiale della Sanità (*World Health Organization*) e la FAO <sup>(12)</sup>, a livello di Unione Europea la *European Food Safety Authority* (EFSA) <sup>(13)</sup>, sul fronte istituzionale l'Istituto federale tedesco per la valutazione dei rischi

---

<sup>(11)</sup> Assemblea generale delle Nazioni Unite, UN Doc. A/HRC/25/57, *The transformative potential of the right to food*, 24 gennaio 2014. In particolare si è dibattuto sulla necessità di una maggiore democraticità dei sistemi alimentari, anche alla luce delle possibilità di ripensamento offerte dal Covid-19: PETETIN, *The Covid-19 Crisis: an Opportunity to Integrate Food Democracy into Post-Pandemic Food Systems*, *European Journal of Risk Regulation*, 2020, vol. XI, p. 326 ss.

<sup>(12)</sup> OMS e FAO, *Covid-19 and food safety: guidance for food businesses: interim guidance*, 2020, pp. 1-2.

<sup>(13)</sup> Marta Hugas, direttrice scientifica di EFSA, ha affermato che «[I]e esperienze fatte con precedenti focolai epidemici riconducibili ai coronavirus, come il coronavirus della sindrome respiratoria acuta grave (SARS-CoV) e il coronavirus della sindrome respiratoria mediorientale (MERS-CoV), evidenziano che non si è verificata trasmissione tramite il consumo di cibi. Al momento non ci sono prove che il coronavirus sia diverso in nessun modo», reperibile nel sito <https://www.efsa.europa.eu/it/news/coronavirus-no-evidence-food-source-or-transmission-route>.

(*Bundesinstitut für Risikobewertung, BfR*,) <sup>(14)</sup>, e in ambito nazionale, tra i vari, dal Ministero della salute italiano <sup>(15)</sup>.

Queste dichiarazioni, oltre ad aver chiarito come allo stato attuale non vi sia alcuna evidenza scientifica in merito alla trasmissione di Covid-19 attraverso il consumo di alimenti, hanno richiamato l'attenzione sull'indispensabile ruolo delle buone pratiche igieniche da osservare durante la manipolazione e la preparazione degli alimenti. In questo senso ha particolare rilievo l'attività svolta dalla *Codex Alimentarius Commission (Codex)* <sup>(16)</sup> e gli standard da questa adottati, punto di riferimento per la “food safety” nel commercio alimentare globale <sup>(17)</sup>. Essi, infatti, poiché fondati su dati scientifici e sensibili al tema della gestione del rischio, contribuiscono a garantire al contempo la trasparenza del sistema del commercio internazionale e la protezione della salute dei consumatori.

Aldilà delle funzioni di monitoraggio, facilitazione nella cooperazione e armonizzazione che a diverso titolo vengono svolte da OMS, FAO e *Codex*, in ultima analisi la “food safety” viene

---

<sup>(14)</sup> Istituto federale tedesco per la valutazione dei rischi (BfR), *Can the new type of coronavirus be transmitted via food and objects?*, FAQ, 27 maggio 2020, reperibile nel sito <https://www.bfr.bund.de/cm/349/can-the-new-type-of-coronavirus-be-transmitted-via-food-and-objects.pdf>.

<sup>(15)</sup> Decreto del Ministero della salute, *Emergenza da coronavirus: sanità pubblica veterinaria e sicurezza alimentare*, allegato 1, 2 marzo 2020.

<sup>(16)</sup> Per una trattazione esaustiva su funzioni, aspetti istituzionali e sugli standard da essa adottati si veda: MASSON-MATTHEE, *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards*, L'Aia, 2007.

<sup>(17)</sup> Tra gli strumenti di *soft law* quali linee guida e codici di condotta maggiormente correlati agli effetti del Covid-19 sul commercio alimentare si possono segnalare: *General Principles of Food Hygiene* (CXC 1-1969); *Code of Hygienic Practice for Meat* (CXC 58-2005); *Principles for Food Import and Export Inspection and Certification* (CXG 20-1995); *Guidelines for the Design, Operation, Assessment and Accreditation of Food Import and Export Inspection and Certification Systems* (CXG 26-1997); *Guidelines for Design, Production, Issuance and Use of Generic Official Certificates* (CXG 38-2001); *Guidelines for Food Import Control Systems* (CXG 47-2003); *Guidelines on the Application of General Principles of Food Hygiene to the Control of Viruses in Food* (CXG 79-2012); *Principles and guidelines for the exchange of information between importing and exporting countries to support the trade in food* (CXG 89-2016). Per una ricognizione sul ruolo della *Codex* e su altri profili di “food safety” nel contesto del Covid-19 si veda BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare prima e dopo il Coronavirus*, *Federalismi*, 2020, vol. 20, p. 47 ss.

garantita primariamente dall'attività svolta dalle competenti autorità nazionali che operano in tale ambito. La pandemia in corso rappresenta ovviamente una sfida senza precedenti anche per le attività che tali autorità continuano a portare avanti, siano esse di routine o richieste dal periodo eccezionale, in conformità alle normative nazionali e alle raccomandazioni internazionali <sup>(18)</sup>. In particolare, le difficoltà che le autorità nazionali si trovano ad affrontare derivano da diversi fattori, quali: le ridotte capacità operative del proprio personale; la diminuita capacità di analisi dei laboratori alimentari poiché riassegnati ai test clinici per il Covid-19; l'aumento del rischio per l'integrità delle catene di approvvigionamento derivante dalle frodi alimentari e la necessità di rispondere alle pressioni da parte di opinione pubblica, industria alimentare e consumatori. Date queste criticità, OMS e FAO hanno sviluppato delle linee guida per le competenti autorità nazionali <sup>(19)</sup> al fine di fornire indicazioni per assicurare efficaci programmi di ispezione e controllo di "food safety" che siano in grado di contenere i rischi di tipo sanitario e di ridurre le gravi limitazioni al mercato causate dalle misure adottate a livello nazionale. Secondo queste linee guida, le competenti autorità nazionali sono prima di tutto chiamate a cooperare e collaborare tra loro, necessità mai sentita così urgentemente come nel periodo attuale <sup>(20)</sup>. In secondo luogo, viene indicato come prioritario il mantenimento in funzione dei programmi nazionali di controllo che garantiscono la salubrità degli alimenti, attraverso diversi tipi di azioni che, in ogni caso, devono avere un approccio basato sul rischio <sup>(21)</sup>. Queste azioni consistono in misure temporanee che prevedono modalità operative alternative quali lo scambio elettronico di dati al posto di certificati e attestati ufficiali cartacei che dovrebbero accompagnare le partite di animali

---

<sup>(18)</sup> Tra le funzioni svolte vi rientrano ad esempio la certificazione e il controllo delle merci importate ed esportate, il monitoraggio e la sorveglianza delle catene di approvvigionamento, il campionamento e l'analisi degli alimenti e la comunicazione con altri attori istituzionali e i consumatori.

<sup>(19)</sup> OMS, FAO, *Covid-19 and food safety: guidance for competent authorities responsible for national food safety control systems: interim guidance*, 22 aprile 2020.

<sup>(20)</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>(21)</sup> *Ibid.* pp. 2-3.

destinati alla produzione di alimenti <sup>(22)</sup> e autorizzazioni a effettuare test e analisi per laboratori alimentari privati accreditati. Infine, sono previste sospensioni ed esenzioni temporanee per certe attività ritenute non indispensabili <sup>(23)</sup>, tenendo sempre comunque conto dell'impossibilità di compromettere la sicurezza degli alimenti, la salute del consumatore e il commercio internazionale.

3. Gli effetti del Covid-19 sul commercio internazionale sono tutt'ora difficilmente inquadrabili nel loro complesso <sup>(24)</sup>, sia in termini di conseguenze a breve che a lungo termine <sup>(25)</sup>. Le diverse

---

<sup>(22)</sup> L'UE ha recentemente notificato (G/SPS/N/EU/389) nell'ambito del Comitato OMC sulle misure sanitarie e fitosanitarie l'adozione di misure di questo tipo rispetto ai c.d. controlli ufficiali.

<sup>(23)</sup> Riguardo alle esenzioni temporaneamente ammissibili, l'etichettatura degli alimenti è sicuramente l'esempio principe, poiché trattasi di attività di per sé particolarmente complessa per gli operatori economici, resa oggi ancor più onerosa a causa degli effetti del Covid-19. In questa fase infatti alcuni ingredienti potrebbero non essere disponibili, così come le forniture dei materiali di imballaggio degli alimenti viste le interruzioni dei trasporti o delle importazioni. In questo senso si vedano le esenzioni concesse dalla *Food and Drug Administration* lo scorso maggio, *Temporary Policy Regarding Certain Labeling Requirements During the Covid-19 Public Health Emergency: Minor Formulation Changes and Vending Machines*.

<sup>(24)</sup> CARREÑO, DOLLE, MEDINA, BRANDENBURGER, *The Implications of the COVID-19 Pandemic on Trade*, *European Journal of Risk Regulation*, 2020, vol. XI, p. 402. Seppur sia inevitabile una certa incertezza nell'identificare l'impatto complessivo del Covid-19 sul commercio dei prodotti agroalimentari, anche alla luce del fatto che determinate tendenze sono più facilmente individuabili limitatamente a determinati tipi di prodotti, catene di approvvigionamento e aree geografiche, una serie di iniziative hanno cercato di raccogliere dati e indicazioni in merito. Tra le più importanti rilevano il progetto promosso dall'Istituto Internazionale di Ricerca sulle Politiche Alimentari (*International Food Policy Research Institute*, IFPRI), denominato *Covid-19 Food Trade Policy Tracker*, il *database Covid-19 Trade Policy Database: Food and Medical Products*, creato dalla *partnership* tra il programma di *governance* globale del *Robert Schuman Centre for Advanced Studies* dell'Istituto Universitario Europeo, l'iniziativa *Global Trade Alert* dell'Università di San Gallo e dall'Unità di commercio e integrazione regionale del Gruppo della Banca Mondiale e il *Food Outlook* sviluppato dalla Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE).

<sup>(25)</sup> GRUSZCZYNSKI, *The Covid-19 Pandemic and International Trade: Temporary Turbulence or Paradigm Shift?*, *European Journal of Risk Regulation*, 2020, vol. XI, pp. 337-342.

misure di contrasto adottate dagli Stati, in particolar modo quelle che prevedono restrizioni alle esportazioni, pongono ben più di un interrogativo circa la loro legittimità ai sensi della normativa OMC, considerato che i prodotti agroalimentari sono sicuramente tra quelli maggiormente coinvolti insieme a quelli ad uso medico <sup>(26)</sup>. Visto il susseguirsi di queste restrizioni, e poiché da parte degli Stati è stata riconosciuta la centralità strategica del settore nell'attuale periodo emergenziale, si sono susseguite una serie di dichiarazioni e proposte col fine di mitigare le conseguenze del Covid-19 sul commercio e sui mercati agroalimentari. Uno dei primi importanti appelli è arrivato, in data 31 marzo, tramite la dichiarazione congiunta di Qu Dongyu, Tedros Adhanom Ghebreyesus e Roberto Azevedo, rispettivi direttori generali di FAO, OMS e OMC, cui ha fatto seguito, in data 21 aprile, un'altra dichiarazione congiunta, diramata in questo caso in occasione del vertice straordinario dei ministri dell'agricoltura del G-20, da parte di FAO, Fondo Internazionale per lo Sviluppo Agricolo (*International Fund for Agricultural Development*, IFAD), Banca Mondiale e Programma Alimentare Mondiale (*World Food Program*, WFP). In entrambe le circostanze l'accento è stato posto sull'importanza di ridurre al minimo l'impatto potenziale della pandemia sull'approvvigionamento alimentare, di garantire informazioni sui livelli di produzione, consumo e prezzi degli alimenti e di trovare un impegno diffuso per la cooperazione da parte degli Stati.

Per quanto riguarda invece gli Stati membri dell'OMC, tra la quindicina di dichiarazioni e proposte avanzate sino ad ora in risposta al Covid-19, diverse riguardano il commercio di prodotti agroalimentari. In particolare, una presa di posizione comune è arrivata da parte di una serie di Stati, tra cui UE e Stati Uniti ma non Cina ed India, che rappresentano rispettivamente il 67% e il 60% delle esportazioni e importazioni globali di prodotti agroalimentari. Essi si sono impegnati a «[n]ot to impose agriculture export restrictions and refrain from implementing unjustified trade barriers», nell'adottare «emergency measures related to agriculture and agri-food products designed to tackle Covid-19 [that] must be

---

<sup>(26)</sup> Per una disamina completa si veda: PAUWELYN, *Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits Under International Trade Agreements*, 2020, p. 1 ss., reperibile nel sito <https://ssrn.com/abstract=3579965>.

targeted, proportionate, transparent, and temporary» e nel «[t]o engage in a dialogue to improve our preparedness and responsiveness to regional or international pandemics, including multilateral coordination to limit unjustified agriculture export restrictions, in particular at the WTO»<sup>(27)</sup>.

Dall'insieme di appelli, dichiarazioni e proposte descritti emerge un quadro in cui è possibile individuare due distinti gruppi di misure che gli Stati membri dell'OMC hanno adottato e stanno adottando in riferimento al commercio di prodotti alimentari. Se da un lato riscontriamo diverse restrizioni alle esportazioni, ed è su queste che si è concentrata la maggiore attenzione, dall'altro, circa due terzi delle misure adottate complessivamente e notificate<sup>(28)</sup>, dunque non solo limitatamente al settore agroalimentare, riguardano regolamentazioni e standard, e quindi ostacoli tecnici e misure sanitarie e fitosanitarie. Le notifiche sono state presentate ai sensi dell'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (TBT) e dell'Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (SPS), in particolare in base alle disposizioni in materia di notifica di emergenza/urgenza degli Accordi TBT e SPS<sup>(29)</sup>. Le misure notificate rientrano in quattro categorie principali, e per l'area agroalimentare vanno considerate le procedure alternative per consentire il controllo della conformità a distanza o per via elettronica dei prodotti e alcuni temporanei allentamenti dei requisiti tecnici richiesti.

Nel primo caso le procedure elettroniche e da remoto, soprattutto nell'area sanitaria, consistono nell'accettazione di copie o documenti digitali invece di originali, nell'implementazioni di firme elettroniche e nella creazione di siti web dedicati per le verifiche documentali. Resta ovviamente da vedere se l'uso di processi elettronici o da remoto sarà prorogato oltre la pandemia, sulla base delle esperienze già sperimentate.

---

<sup>(27)</sup> Comitato sull'Agricoltura, *Responding to the Covid-19 Pandemic with Open and Predictable Trade in Agricultural and Food Products*, WT/GC/208/Rev.2, G/AG/30/Rev.2, 29 maggio 2020, par. 1.6.

<sup>(28)</sup> Questa approssimazione è desumibile dalla nota informativa divulgata dal Segretariato dell'OMC in data 20 maggio, e si riferisce alle notifiche ricevute sino alla data del 8 maggio 2020.

<sup>(29)</sup> Ai sensi dell'Accordo TBT – articoli 2.10, 2.12, 5.7 e 5.9 dell'Accordo SPS – art. 7 e allegato B, par. 2 e 6.

Altri membri dell'OMC hanno invece temporaneamente allentato alcuni aspetti della normativa tecnica per alcuni prodotti alimentari, pur garantendo la tutela della salute. L'area più interessata è quella dell'etichettatura, dove si può segnalare l'esempio della Svizzera <sup>(30)</sup>, la quale sta allentando i requisiti di etichettatura dei prodotti alimentari per sei mesi, per rispondere alla carenza di alcuni ingredienti e di materiale d'imballaggio derivante dagli effetti della pandemia.

Ovviamente tutte queste misure adottate in una fase di emergenza dovranno dimostrarsi conformi alle disposizioni degli Accordi SPS e TBT, ed essere potenzialmente essere sottoposte a valutazioni circa la loro necessità, effetto discriminatorio, adozione di una base scientifica e armonizzazione con gli standard internazionali.

Il contributo offerto dalle organizzazioni internazionali <sup>(31)</sup>, FAO e OMS su tutte, è stato cruciale nel dare il via all'adozione di misure economiche che permettessero di garantire il funzionamento delle catene di approvvigionamento e del sistema nel suo complesso. Anche a tal fine, FAO e OMS hanno richiamato l'importanza nel mantenere adeguati standard sanitari per prevenire o limitare l'insorgere di nuove pandemie. In questo senso, sebbene diverse critiche siano state rivolte alla Cina e alle condizioni sanitarie presenti nei c.d. "wet market", si è già messo in luce il ruolo svolto dal tipo di modello di sistema produttivo alimentare diffusosi a livello globale.

Per quanto invece riguarda l'OMC, essa è chiamata, tanto nella fase emergenziale che nel proseguo, a svolgere un ruolo delicato di controllo sull'attività degli Stati per poter garantire la tenuta del sistema del commercio internazionale di prodotti agroalimentari. Sicuramente sarà essenziale richiedere agli Stati maggiore trasparenza nelle politiche commerciali, con correlato rispetto degli obblighi di notifica previsti in particolare dagli Accordi SPS e TBT. Relativamente a quest'aspetto è importante l'attività svolta dai diversi comitati che fanno parte dell'architettura dell'OMC, a

---

<sup>(30)</sup> Comitato sulle barriere tecniche al commercio, notifica G/TBT/N/CHE/246.

<sup>(31)</sup> Sul tema si veda: ACCONCI, *The Contribution of International Organizations to Food Security and Safety through a Healthy Environment*, in *Environmental Health in International and EU Law: Current Problems and Legal Responses* Negri (ed.), Torino-Abingdon-on-Thames, 2019, p. 198 ss.

maggior ragione in un sistema che vede investito da una profonda crisi il principale strumento di controllo, l'Organo d'Appello<sup>(32)</sup>. Un monitoraggio attento dovrà investire anche il ruolo svolto dagli attori privati, viste alcune deroghe concesse e constatate alcune incapacità di gestione da parte di organizzazioni e istituzioni pubbliche. Infine, anche alla luce degli errori commessi in passato durante la crisi alimentare esplosa nel 2008, l'OMC è chiamata ad una più ampia cooperazione con le altre organizzazioni internazionali così da meglio gestire e mitigare gli impatti del Covid-19 sul settore agroalimentare nel lungo periodo.

4. Il settore agroalimentare si è rivelato centrale e strategico anche in riferimento agli investimenti esteri diretti viste le recenti disposizioni normative in tale ambito. Gli interventi dei legislatori nazionali e del legislatore europeo si inseriscono in una prospettiva in parte nuova rispetto alla portata dei controlli e delle limitazioni agli investimenti nei confronti di soggetti stranieri, sollevando alcuni dubbi di tipo interpretativo. Se da un lato, infatti, si tratta di un settore già ampiamente regolamentato<sup>(33)</sup> e diffusamente oggetto di trattazione in dottrina<sup>(34)</sup>, in particolare è dibattuto il rapporto tra

---

(32) Sull'argomento si segnalano SACERDOTI, *The Stalemate Concerning the Appellate Body of the WTO: Any Way Out?, Questions of Int. Law*, 2019, Zoom-out 63, p. 37 ss.; PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, *Journal of Int. Economic Law*, 2019, vol. 22, p. 297 ss.; BARONCINI, *The EU Approach to Overcome the WTO Dispute Settlement Vacuum: Article 25 DSU Interim Appeal Arbitration as a Bridge Between Renovation and Innovation*, in *A Post-WTO International Legal Order -Utopian, Dystopian and Other Scenarios* Lewis, Nakagawa, Neuwirth, Picker, Stoll (eds.), Berlino-Heidelberg, 2020, p. 115 ss.

(33) Attraverso Faostat e OECD Data è possibile avere un quadro aggiornato degli accordi bilaterali di investimento in ambito agricolo e alimentare attualmente in vigore.

(34) Si vedano, senza pretesa di esaustività, COTULA, VERMEULEN, LEONARD, KEELEY, *Land Grab or Development Opportunity? Agricultural Investment and International Land Deals in Africa*, FAO, IIED, IFAD, 2009, p. 87 ss.; DE SCHUTTER, *How Not to Think of Land-grabbing: Three Critiques of Large-scale Investments in Farmland*, *Journal of Peasant Studies*, 2011, vol. XXXVIII, p. 249 ss.; VON BERNSTORFF, *Who Is Entitled to Cultivate the Land? Sovereignty, Land Resources and Foreign Investments in Agriculture in International Law*, in *Natural Resources Grabbing: an International Law Perspective*, Legal Studies on Access and Benefit-sharing Romanin Jacur, Bonfanti, e Seatzu (eds.), Leiden, 2015, vol. IV, p. 55 ss.; ACCONCI, *The Regulatory Approach of the European*

diritto degli investimenti e “food security”<sup>(35)</sup>, dall’altro il riferimento alla “food security” nel contesto europeo e la volontà del Governo italiano di accordare un’ampia tutela nei confronti delle proprie aziende dell’agroalimentare sono fattori che forniscono spunti per riflessioni sino ad oggi poco sviluppate.

Si è assistito infatti ad una diffusa volontà tra i diversi Stati membri dell’UE<sup>(36)</sup> di estendere anche al settore agroalimentare l’insieme di misure volte a salvaguardare gli assetti di imprese ritenute strategiche e di interesse nazionale. Gli interventi dei legislatori nazionali si inseriscono nel più ampio contesto del Regolamento (UE) 2019/452 (Regolamento) del 19 marzo 2019, il quale istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell’UE.

4.1 Il riferimento testuale alla “food security”, all’art. 4, par. 1 lett. c) del Regolamento, pone una questione interpretativa circa la sua nozione e di conseguenza circa la portata applicativa del Regolamento alle imprese del settore agroalimentare. L’art. 4 nel suo

---

*Union to International Investment Law and Land Use in Non-EU States, in Problems and progress in land, water and resources rights at the beginning of the third millennium* Fiamingo (ed.), Pavia, 2016, p. 97 ss.

<sup>(35)</sup> Si segnalano MIHALACHE-O’KEEF, Li, *Modernization vs. Dependency Revisited: Effects of Foreign Direct Investment on Food Security in Less Developed Countries*, *Int. Studies Quarterly*, 2011, vol. LV, p. 71 ss.; MANCIAUX, *Les règles du droit des investissements internationaux s’opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire?*, *Revue int. de droit économique*, 2012, vol. XXVI, p. 49 ss.; CORDES, BULMAN, *Corporate Agricultural Investment and the Right to Food: Addressing Disparate Protections and Promoting Rights-Consistent Outcomes*, *UCLA Journal of Int. Law & Foreign Affairs*, 2016, vol. XX, p. 87 ss.

<sup>(36)</sup> Oltre all’Italia, Germania, la cui normativa di riferimento è costituita dal *Foreign Trade and Payments Act* (AWG) e dal *Foreign Trade and Payments Ordinance* (AWV), e Spagna, la cui normativa rilevante è rappresentata dal *Real Decreto 664/1999 sobre inversiones exteriores* del 23 aprile, dalla *Ley 19/2003 sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* del 4 luglio e dal *Real Decreto 494/2020 por el que se modifica el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso* del 28 aprile, contengono riferimenti al settore agroalimentare nella proprie legislazioni di controllo sugli investimenti esteri diretti.

complesso prevede un elenco, di carattere non esaustivo secondo quanto indicato dal considerando numero 12, di fattori che possono essere presi in considerazione nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, al fine di migliorare la trasparenza e di orientare gli Stati membri e la Commissione nell'applicazione del Regolamento.

Il Regolamento inquadra la sicurezza alimentare, da intendersi appunto come “food security” e non come “food safety”, accezione desumibile dalla versione in lingua inglese dello stesso, e quindi in termini generali come capacità di garantire l'accesso ai prodotti agroalimentari, all'interno dalla più ampia categoria della sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici <sup>(37)</sup>. Se è pacifico considerare le imprese agroalimentari come fattore produttivo critico che possa incidere sulla sicurezza e sull'ordine pubblico durante la fase emergenziale causata dal Covid-19, così non è in periodi ordinari, così come problematica risulterebbe l'inclusione di tutte le attività economiche rientranti nel settore all'interno del perimetro applicativo della norma.

Da un punto di vista testuale il Regolamento non offre nessuno spunto chiarificatore, non essendo previsto nessun altro riferimento alla “food security” al suo interno. Parimenti non vi sono riferimenti nei successivi orientamenti adottati dalla Commissione lo scorso marzo <sup>(38)</sup>.

Prendendo invece in considerazione il procedimento che ha portato all'adozione del Regolamento, i pareri espressi dal Comitato europeo delle regioni e dalla Commissione per i problemi economici e monetari forniscono dei parametri utili, seppur non esaustivi e non concordanti tra loro, nel ricostruire l'intento di includere il riferimento alla “food security”. Il parere del Comitato europeo delle

---

<sup>(37)</sup> Il testo del Regolamento recita, nella versione italiana: «c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare»; e nella versione inglese: «c) supply of critical inputs, including energy or raw materials, as well as food security».

<sup>(38)</sup> Comunicazione della Commissione, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del Regolamento (UE) 2019/452 (Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)* (2020/C 99 I/01).

regioni <sup>(39)</sup> mette in luce i possibili effetti negativi che alcuni accordi commerciali bilaterali, in particolare con Australia e Nuova Zelanda, potrebbero causare su determinati settori agricoli, evidenziando come l'agricoltura sia la principale o unica attività che garantisce occupazione, approvvigionamento alimentare, nonché preservazione delle aree rurali e degli equilibri ecologici in molte aree della UE <sup>(40)</sup>. Il parere della Commissione per i problemi economici e monetari <sup>(41)</sup> esprime invece in modo più esplicito la necessità di comprendere la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare, ed in particolare gli investimenti a favore di terreni agricoli e di altri beni agricoli <sup>(42)</sup>, tra i fattori da considerare per determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico di uno Stato membro. Entrambi i pareri rimarcano la grande importanza che il settore agricolo riveste per l'UE sotto molteplici profili, non solo economici, e le ambiziose proposte per la politica agricola comune per il periodo 2021-2027 ne rimarcano la rilevanza anche nelle prospettive future. Emerge inoltre come il tema della tutela delle imprese agroalimentari, sempre più assetti strategici, rilevi non solo in termini di investimenti da parte di soggetti paesi terzi, ma, più in generale, in termini di capacità concorrenziale nei confronti di paesi agricoli esportatori con i quali l'UE possa essere legata da accordi commerciali <sup>(43)</sup>.

Seppur sia indiscutibile l'importanza generalmente riconosciuta alle imprese agroalimentari nel quadro dell'UE, così come la consapevolezza di dover garantire strumenti di tutela adeguati per competere sui mercati internazionali, il riferimento alla "food security" così come previsto nel Regolamento non fornisce un parametro normativo chiaro dal quale sia possibile desumere entro

---

<sup>(39)</sup> Parere del Comitato europeo delle regioni - Pacchetto sul commercio (2018/C 247/06).

<sup>(40)</sup> *Ibid.* par. 17.

<sup>(41)</sup> Parere della Commissione per i problemi economici e monetari destinato alla Commissione per il commercio internazionale sulla proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea, COM (2017)0487 – C8-0309/2017 – 2017/0224 (COD).

<sup>(42)</sup> *Ibid.* emendamenti 9 e 35.

<sup>(43)</sup> Oltre agli accordi in fase di negoziazione con Australia e Nuova Zelanda, l'accordo commerciale con effetti potenzialmente maggiori sul settore agroalimentare europeo è quello con il Mercosur.

quali termini verrà esercitato il controllo sugli investimenti esteri diretti nel settore agroalimentare <sup>(44)</sup>. È doveroso in ogni caso osservare come l'art. 4 del Regolamento si riferisca a «[fa]ttori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione», dal carattere non tassativo, e la Commissione dovrà essere in grado di esercitare una certa discrezione in un difficile esercizio di bilanciamento tra libertà di investimento e spazi di intervento del potere pubblico nel mercato, in un settore frammentato e diversificato come quello agroalimentare.

4.2 Sul fronte normativo italiano, l'art. 15 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. “Decreto liquidità”, ha previsto modifiche significative alla disciplina della c.d. «golden power», con l'estensione al settore agroalimentare, coerentemente con le previsioni dell'art. 4, par. 1, lett. c, del Regolamento. Si tratti sicuramente di una novità di un certo rilievo, che riflette la volontà (anche) del legislatore italiano di accordare a tale settore questo particolare regime di protezione, già previsto per altri ambiti strategici per gli interessi nazionali, quali ad esempio difesa, trasporti, telecomunicazioni ed energia, in caso di acquisizione o di investimenti nei confronti di aziende italiane da parte di soggetti stranieri. In sintesi <sup>(45)</sup>, con l'espressione golden power si fa riferimento agli speciali poteri di controllo che possono essere esercitati dal Governo qualora vi siano operazioni di investimento da parte di soggetti esteri in settori considerati di importanza strategica per gli interessi nazionali. Tali poteri consistono nel dettare specifiche condizioni o veti all'acquisito di partecipazioni nonché nell'impedire l'adozione di determinate delibere societarie, atti e operazioni, con l'obiettivo di salvaguardare assetti strategici. Pur ponendosi dunque in linea con la normativa europea in materia di controllo degli investimenti esteri, tale estensione presenta non pochi dubbi interpretativi soprattutto, come per il Regolamento, ove si consideri l'ambito applicativo.

---

<sup>(44)</sup> Si può inoltre rilevare come il riferimento alla *food security* sia stato a più riprese inserito e poi espunto, per essere infine ovviamente ricompreso nella versione definitiva, durante le diverse letture dei lavori preparatori del Regolamento, a conferma dell'incertezza che pervade tale riferimento.

<sup>(45)</sup> Per una trattazione esaustiva si rinvia al contributo di Maria Rosaria Mauro al presente volume.

Nel testo del decreto liquidità l'ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina sulla golden power al settore agroalimentare avviene solo mediante il rinvio al Regolamento. Nessun tipo di precisazione viene fatta nel testo del decreto, né tantomeno nella relazione illustrativa né in quella tecnica dello stesso. Inoltre, l'inclusione del settore agroalimentare non pare inserirsi in una strategia di tutela a medio o lungo termine del Governo italiano. Infatti, dall'analisi della normativa nazionale in materia <sup>(46)</sup> non emerge mai la volontà di voler considerare il settore agroalimentare tra il novero di attività economiche che possono essere soggette alla disciplina della golden power.

Qualche indicazione, invece, è desumibile dallo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in materia di poteri speciali (178), il quale, all'art. 11, prevede una disposizione riguardante «[b]eni e rapporti in tema di approvvigionamento di fattori produttivi e nel settore agroalimentare». Tale articolo, alle lettere c) e d,) fa rientrare tra i beni e i rapporti soggetti alla disciplina «le attività economiche di rilevanza strategica e l'approvvigionamento di fattori produttivi critici della filiera agroalimentare» e «il Sistema Informativo Agricolo Nazionale e il sistema dei controlli agroalimentari, anche ai fini della sicurezza alimentare».

Infine, le ultime disposizioni rilevanti sono contenute nella legge di conversione 5 giugno 2020, n. 40, del “Decreto liquidità”, la quale, all'art. 17, specifica che «fino al 31 dicembre 2020, per i[l] settor[e] agroalimentare [...] le disposizioni [...] si applicano anche per perseguire l'ulteriore finalità della tutela del mantenimento dei livelli occupazionali e della produttività nel territorio nazionale».

Dal quadro normativo sin qui delineato, ovviamente ancora suscettibile di modifiche sino all'adozione di testi definitivi, l'estensione della disciplina golden power al settore agroalimentare sembra rispondere più alla logica di una volontà generale di ampliamento dei poteri del Governo durante la fase emergenziale causata dal Covid-19, e seguente fase critica da un punto di vista economico, a tutela delle imprese italiane, che non una mirata

---

<sup>(46)</sup> D.l. 15 marzo 2012, n. 21 (convertito con modificazioni dalla legge n. 56 dell'11 maggio 2012); d.l. 25 marzo 2019, n. 22 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 41 del 20 maggio 2019) e il d.l. 21 settembre 2019, n. 105 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 18 novembre 2019).

attenzione per lo specifico settore. Nel cercare di definire quale sia l'area all'interno della quale ci possa essere l'intervento protettivo del Governo nel mercato, bisognerà considerare la rilevanza dell'operatore economico target dell'investimento, e di riflesso la sua capacità di incidere sulla "food security". Poiché un'interpretazione estensiva della nozione di "food security" potrebbe portare a un intervento eccessivo dello Stato negli investimenti esteri, e al contrario una restrittiva si tramuterebbe in lettera morta e mancanza di efficacia della previsione normativa, la rilevanza di un'impresa dovrebbe essere presa in considerazione rispetto alla sua effettiva capacità di incidere sulla "food security" e in ragione della capacità occupazionale, al di là del tipo di produzione e dal ruolo svolto nella filiera.

5. Non vi è nessun dubbio sul fatto che il Covid-19 abbia colpito in modo significativo tutti gli aspetti della produzione e del commercio di prodotti agroalimentari, un sistema che già presentava diverse problematiche al suo interno. Nella fase emergenziale il settore alimentare e agricolo è stato riconosciuto come «infrastruttura critica», e su di esso si sono riversati particolari attenzioni, investimenti, attività di coordinamento e interventi normativi a vari livelli.

Nell'ambito dell'OMC la risposta degli Stati membri alla pandemia si è focalizzata nel complesso verso tre macro-aree, quella della regolamentazione tecnica e la sicurezza alimentare, nella duplice dimensione di "food safety" e "food security". Quest'ultimo aspetto, che si è concretizzato in divieti temporanei alle esportazioni di alcuni prodotti, non deve tuttavia far dimenticare l'estesa risposta normativa dei membri OMC sul fronte regolamentare sia tecnico che sanitario, anch'esso meritevole di attenzione e non scevro di risvolti critici e di necessari interventi da parte dell'OMC.

Nel settore degli investimenti, alle istanze di tutela delle imprese agroalimentari non hanno corrisposto quadri normativi chiari, tanto a livello europeo quanto a livello nazionale italiano. Sarà interessante osservare come nei prossimi mesi agiranno in tal senso la Commissione e il Governo italiano e come verrà intesa la nozione di "food security".

Alcuni Stati stanno già elaborando ambiziose riforme normative per innescare il passaggio a sistemi alimentari e agricoli sostenibili,

prime su tutte l'UE con la *Farm to Fork Strategy*. Questi programmi di riforma sono ora più che mai rilevanti, poiché la crisi determinata dal Covid-19 ha dimostrato che i governi possono e devono intervenire per correggere le distorsioni del mercato. Le misure per garantire la sufficienza, la sostenibilità, la sicurezza e l'integrità degli alimenti appaiono ora più strettamente legate che mai.

## TEMPORAL LIMITS TO TRADE AND INVESTMENT MEASURES COPING WITH A SANITARY EMERGENCY UNDER INTERNATIONAL LAW

Lorenza Mola – Stefano Saluzzo\*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Temporariness of International Measures Under International Law. – 3. Temporariness of Derogations in Human Rights Law. – 4. The Temporal Scope of Emergency Trade Measures on Quantitative Restrictions. – 5. The Temporality of Emergency Measures in International Investment Law. – 6. Conclusive Remarks.

1. Governments' response to the Covid-19 pandemic has mostly been adopted under state-of-emergency legislation. In this scenario, a remarkable number of States affected by the spreading of the Covid-19 have resorted to measures partly departing from their international commitments. International trade and investment law have been particularly involved in the process, with most countries adopting export or import restrictions and pieces of legislation potentially affecting foreign investors.

In the context of international trade, measures have been imposed especially on medical goods, with the aim to cope with the severe shortage brought by the emergency. Restrictions are primarily concerned with pharmaceuticals, medical equipment and personal protection products. When one considers that exports and imports of medical products account for the 5% of global trade, the relevance and the impact of these measures become quite self-evident <sup>(1)</sup>. Moreover, such restrictions have produced a considerable backlash on the availability of medical goods for countries not possessing a domestic production and having to rely on imports. To date, it would appear that at least 80 countries and customs territories have

---

(\*) The entire contribution has been jointly coordinated and agreed by the Authors. However, Lorenza Mola is the author of Sections 2 and 5; Stefano Saluzzo is the author of Sections 3 and 4.

<sup>(1)</sup> WTO, *Trade in Medical Goods in the Context of Tackling Covid-19 – Information Note*, 3 April 2020, pp. 2-3.

introduced trade restrictions or prohibitions as a result of the Covid-19 pandemic <sup>(2)</sup>.

As regards foreign investment, governments have adopted measures directed to domestic industries in the health sector and other sectors considered critical in relation to the crisis. Governments' intervention has pursued a double goal: ensuring domestic capacities of countering the pandemic by facilitating and incentivizing investments, and protecting domestic health and security interests by strengthening control over foreign investment. Measures such as State aid to certain sectors or State companies, the nationalization or acquisition of equity shares in airlines and other companies, broadened FDI screening mechanisms, mandatory production and confiscation of health-related goods, temporary occupation or requisition of factories, the relaxation of IPRs protection in relation to technologies may all affect foreign investment which finds protection under a State's international law obligations <sup>(3)</sup>.

The adoption of measures to face the challenges of the pandemic outbreak have already raised numerous questions regarding the requirements for their legitimacy and potential justifications under international law <sup>(4)</sup>. The purpose of the present contribution is not

---

<sup>(2)</sup> World Customs Organization, *List of national legislation of countries that adopted temporary export restrictions on certain categories of critical medical supplies in response to Covid-19*, accessible through this link: [www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/activities-and-programmes/natural-disaster/list-of-countries-coronavirus.aspx](http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/activities-and-programmes/natural-disaster/list-of-countries-coronavirus.aspx)

<sup>(3)</sup> UNCTAD, *Investment Policy Responses to the Covid-19 Pandemic. Investment Policy Monitor*, Special Issue No. 4, May 2020, accessible on this link [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf).

<sup>(4)</sup> In addition to the contributions in this collection, see GLÖCKLE, *Export Restrictions under Scrutiny – the Legal Dimensions of Export Restrictions on Personal Protective Equipment*, 7 April 2020, available on *EJIL:Talk!* ([www.ejiltalk.org/export-restrictions-under-scrutiny-the-legal-dimensions-of-export-restrictions-on-personal-protective-equipment/](http://www.ejiltalk.org/export-restrictions-under-scrutiny-the-legal-dimensions-of-export-restrictions-on-personal-protective-equipment/)); ADINOLFI, *Il ruolo delle politiche commerciali a fronte della pandemia da Covid-19: brevi riflessioni alla luce del diritto OMC*, 20 April 2020, available on *SIDIBlog* ([www.sidiblog.org/2020/04/20/il-ruolo-delle-politiche-commerciali-a-fronte-della-pandemia-da-covid-19-brevi-riflessioni-alla-luce-del-diritto-omc](http://www.sidiblog.org/2020/04/20/il-ruolo-delle-politiche-commerciali-a-fronte-della-pandemia-da-covid-19-brevi-riflessioni-alla-luce-del-diritto-omc)); LAVRANOS, *The Investment Treaty Implications of Covid-19 Responses by States*, 30 June 2020, available on *Arbitration Blog*

to address the whole set of issues linked to trade and investment measures. It rather focuses on the temporal element or the duration of adopted measures in these two fields of international law. The research will try to understand to what extent measures adopted during an emergency have to present a temporary nature and what role the temporal element plays in the assessment of their legitimacy. In order to do so, the article analyses the existing international legal framework on both trade and investments and the related practice of international judicial organs or arbitral tribunals.

Temporariness is posited as an inherent component of the response to an emergency. It is generally rooted in constitutional clauses on emergency powers and in the principle of proportionality, basically meaning that «emergency measures cannot last longer than the emergency itself»<sup>(5)</sup>. To investigate more on the “international law of emergency”, so to say, the conceptual framework for the analysis may be deduced through a row of questions. Provided that the first question on whether a temporary requirement exists under international law is answered positively, the following questions would concern whether and how temporariness is qualified: whether the duration of the measures at stake is self-judged, or which margin of discretion is left to States, and which parameters are employed to assess the legality of the measures taking the temporal dimension into account<sup>(6)</sup>.

The choice of conducting a parallel analysis of trade and investment regimes is prompted not only by the wide coverage of the response to the pandemic, but also by the growing space for convergence between these two sets of rules, especially as far as derogations and exceptions are concerned<sup>(7)</sup>. This assertion regards both the grounds for legitimacy of emergency measures and the

---

([www.arbitrationblog.practicallaw.com/the-investment-treaty-implications-of-covid-19-responses-by-states/](http://www.arbitrationblog.practicallaw.com/the-investment-treaty-implications-of-covid-19-responses-by-states/)).

<sup>(5)</sup> Venice Commission, *Emergency Powers*, CDL-STD (1995)012, Strasbourg, 1995. See, among many, GROSS, NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, 2006, Ch. 5.

<sup>(6)</sup> For example, in the instant case of Covid-19, determinations made at the international level, especially by the World Health Organization.

<sup>(7)</sup> See KURTZ, *The WTO and International Investment Law. Converging Systems*, Cambridge, 2016, p. 168 ff. See also, more generally, SUNGJOON, KURTZ, *Convergence and Divergence in International Economic Law and Politics*, *European Journal of Int. Law*, 2018, p. 169.

standard of review that may be exercised in the context of dispute settlement. Thus, the temporal element of the concerned measures will be addressed in a two-fold perspective: the express or implied requirement of measures' temporariness and the margin of discretion left to States in determining the duration of the emergency.

The contribution is structured as follows. A first part is devoted to frame the analysis by addressing the concepts that may be relevant in a discourse of international law on emergency measures (especially that of necessity in the context of circumstances precluding wrongfulness) (para. 2) and by overviewing the temporal requirements of derogations in human rights law (para. 3). The second part focuses specifically on defenses of emergency measures in international trade and investment law (paragraphs 4 and 5 respectively). The final part draws some conclusive remarks on the role of the temporal element in measures adopted to face the emergency of Covid-19 (para. 6).

2. At a first sight, in the law and practice on international trade and investment, and in the respective literature, the temporal component of emergency measures has been mostly left implicit, while it has received more attention in the human rights sphere<sup>(8)</sup>.

Two considerations might help develop our conceptual framework. The first concerns the "referent" of "temporariness"<sup>(9)</sup>. A distinction may be drawn between "factual" and "legal" temporariness. The former idea points to the circumstances, i.e., the facts and events which determine the emergency: the limited duration in time of an emergency may be identified with the period occurring from the emergence of a threat and/or the impact of a peril, to the dilution of the intensity of the danger and/or the disappearance of its effects. As the impact of an emergency may extend temporally beyond the existence of the danger entailing it (in the Covid-19 case, the virus may disappear at a certain point in time but some health consequences on humans affected by the virus may still be in place afterwards), and may concern other spheres than the one(s) directly affected by the emergency (notably in the Covid-19 case, the

---

<sup>(8)</sup> See Section 3 below.

<sup>(9)</sup> ODGEN, RICHARDS, *The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*, New York/Harcourt, 1923.

economy as a whole), a distinction also stands out between the “scientific” and the “political” evaluation of the time over which an emergency and its effects take place. This leads to the idea of “legal temporariness” as encompassing the temporal limitations which are foreseen, or required, by law. The issue is how “legal temporariness” must be identified with respect to the factual one.

The second consideration pertains to the international legal sources where temporariness may come into play as a parameter for the legality of States’ conduct in times of emergency. State-of-emergency measures are seen through the prism of extraordinariness, as States formally adopt them under special circumstances by departing from “ordinary” legal regimes, though in contemporary law being still subject to the rule of law<sup>(10)</sup>. Indeed, this does not necessarily imply that measures adopted by a State under an emergency contrast with the State’s primary international obligations. Certainly, however, emergency measures are (to be) intended of temporal application, i.e., that they will (have to) be superseded by the ordinary regime – be it the one previously in force or a new one. Thus, be they adopted in line or in contrast with international obligations, the temporal element of the measures counts for State responsibility under international law.

Within the realm of defences, the element of temporariness may seem inherent to any defence, by virtue of the principles of necessity and proportionality. With respect to treaty law, this view is reflected in the Convention on Facilitation of International Maritime Traffic, which states *expressis verbis* that «[n]othing in the Convention shall be interpreted as precluding a contracting Government from applying *temporary* measures necessary to preserve public morality, order and security or *to prevent the introduction or spread of diseases or pests* affecting public health, animals or plants»<sup>(11)</sup>. It

---

<sup>(10)</sup> See DE WILDE, *Locke and the State of Exception: towards a Modern Understanding of Emergency Government*, *European Constitutional Law Review*, 2010, pp. 249-267.

<sup>(11)</sup> Article 5, para. 1 (italics added). Signed at London on 9 April 1965; *UNTS*, vol. 591, p. 26. Quoted in ILC, Study prepared by the Secretariat, “*Force majeure*” and “*Fortuitous Event*” as *Circumstances Precluding Wrongfulness: Survey of State Practice, International Judicial Decisions and Doctrine*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1978, vol. II, part one, para. 98, and in AGO, *Eighth Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1980, vol. II, part one, para. 148.

cannot go unnoticed that the temporality of a measure has been considered to distinguish “exceptions” from “derogations”, at least in the field of human rights: to mention Trapp’s words, «[t]here is ... a temporal distinction between exceptions to qualified rights and derogations. An exception carves out a space for governmental action from the rights protection which space can exist on a permanent basis provided that the balancing of the interests at stake does not shift. A derogation, by contrast, is intended to be a temporary measure to respond to a specific crisis which has arisen. ... Derogations are meant to be *exceptional* and *temporary*»<sup>(12)</sup>. Indeed, the carve out of permissible conduct through “exceptions” extends *ratione temporis* as long as «the balancing of the interests at stake does not shift»: the difference between exceptions and derogations thus rests on their respective indeterminacy and necessary limitation in time. This consideration grasps the distinction between the temporal component of measures taken in ordinary times, which may for example be assessed through the evaluation of the necessity and proportionality of “exceptions”, and the temporal dimension of emergency-related measures. This consideration grasps the distinction between the temporal component of measures taken in ordinary times, which falls under the assessment of the necessity and proportionality of “exceptions”, and the temporal element of emergency-related measures, as a distinct and explicit requirement of “derogations”. This also help address the question whether “exceptions” and “derogations” may be gathered in the same legal ground in a “genus-species” relationship in the light of the respective temporal component, that is to say, more concretely, if a traditional general exception clause in a treaty may provide coverage to both. On the contrary, the aforementioned different premises do not seem relevant to distinguish the way “exceptions” and “derogations” operate, (arguably, respectively) as justifications of the legal order permitting conduct and as excuses of otherwise unlawful conduct<sup>(13)</sup>.

Moving to defences under customary law, temporariness is also a distinguishing feature of the invocation of the state of necessity

---

(12) TRAPP, *Human Rights Exceptions*, in *Exceptions in International Law* (Bartels, Paddeu eds.), Oxford, 2020, p. 313.

(13) See PADDEU, *Justification and Excuse in International Law. Concept and Theory of General Defences*, Cambridge, 2018, p. 3.

under customary law, along the lines of the ICJ in *Gabčíkovo-Nagymaros* whereby «[a]s soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives»<sup>(14)</sup>. The temporal dimension of “circumstances precluding wrongfulness” is altogether addressed by the International Law Commission (ILC)’s Draft Articles 2001 on State responsibility in Article 27, subparagraph (a). The provision envisages the issue of «compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists», i.e. «the question of what happens when a condition preventing compliance with an obligation no longer exists or gradually ceases to operate» as it «gradually lessen and allow[s] for partial performance of the obligation»<sup>(15)</sup>. As is evident, although Article 27 is a «without prejudice provision» and «does not answer questions about *how* to resume performance of an obligation»<sup>(16)</sup>, it does tell, or at least suggest, *when* to do it. By comparing the ICJ’s and the ILC’s formulations, one may notice that both envisage that “legal temporariness” must be sequential to “factual temporariness”. However, they differ on the way they identify the sequencing connection: the ICJ shapes it quite strictly (“as soon as” the state of necessity “ceases to exist”), suggesting that only one specific point in time will be relevant, while the ILC expresses it more vaguely (“once”) and contemplates that it can be established parallelly to a gradual downturn of the curve of danger. Noting that Article 27 is an across-the-board, without-prejudice provision<sup>(17)</sup>, one may speculate that the temporary component of the state of necessity is

---

<sup>(14)</sup> *Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)* (Judgment), I.C.J. Reports, 1997, p. 7, para 101. In his Eight Report on State responsibility (*supra* footnote 11), Roberto Ago, listing the features of state of necessity as a circumstance precluding wrongfulness, envisaged the «necessarily temporary nature of this ‘justification’ depending on the continuance of the feared danger» (para. 33).

<sup>(15)</sup> ILC, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, Yearbook of the Int. Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 86.

<sup>(16)</sup> CRAWFORD, *State Responsibility: the General Part*, Cambridge, 2013, p. 282 (italics added).

<sup>(17)</sup> And indeed, within the ILC works on responsibility, temporariness seemed not necessarily shape the design of *force majeure*. Study prepared by the Secretariat (*supra* footnote 11), para. 14, footnotes 25-27, but see also para. 533.

as specific and strict as drawn by the ICJ<sup>(18)</sup>. This is in line with the refusal of broad, self-judged invocation of necessity by States under post-modern international law, which allows States to recur to this defence only upon very strict conditions (a conception reflected by the ILC Draft Article 25)<sup>(19)</sup>.

Within the ILC's works on State responsibility, a conceptual distinction was also outlined across primary law on treaties and secondary law on responsibility, between the temporary or definitive impossibility to perform a treaty obligation implying suspension or termination respectively, on the one side, and the intrinsically temporary effects of circumstances precluding wrongfulness, on the other side<sup>(20)</sup>. It was recurrently noted that non-performance of an international obligation is temporarily justified insofar as the facts justifying the preclusion of wrongfulness do not also justify the termination of the obligation, but only its suspension. These aspects were exemplarily put forward by the Special Rapporteur Ago in his Eight Report on State responsibility (1980) in respect of the state of necessity, when he observed that «once the peril had been averted through the adoption of the conduct not in conformity with the international obligation, any subsequent persistence in that conduct would again become wrongful, even if its wrongfulness had been precluded during the preceding period. Compliance with the international obligation which was infringed must, in so far as this is still materially possible, immediately resume»<sup>(21)</sup>.

On a final note, that temporariness is an inherent component of a state of emergency, at least at the current state of development of legal theory and international law, may also be implicitly derived *a contrario* by the paradoxical and dubitative argument that is advanced by several authors when addressing the invocation to

---

<sup>(18)</sup> The possibility of suspending an obligation «for the shortest possible period, during the continuance of an admitted over-ruling necessity» was emphasized by the UK envoy to the US during the Caroline incident in 1837, see CRAWFORD, *State Responsibility* (*supra* footnote 16), p. 310.

<sup>(19)</sup> See DESIERTO, *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, The Hague, 2012.

<sup>(20)</sup> This difference is expressed, for example, in the Study by the Secretariat (*supra* footnote 11), at paragraphs 14 and 76.

<sup>(21)</sup> AGO, *Eighth Report* (*supra* footnote 11), para. 14.

permanence and normalization of the response to terrorist threats, especially within the human rights legal field <sup>(22)</sup>.

3. The field of international human rights law (IHRL) and the practice developed therein has extensively contributed to the definition of a conceptual framework of States' measures adopted to cope with emergency situations <sup>(23)</sup>. The majority of international treaties on human rights provides specific grounds on the basis of which it is legitimate to adopt derogatory measures in time of emergency <sup>(24)</sup>. Most renowned examples are Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Article 15 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Both these provisions allow for temporary derogation of certain human rights (except for the so-called absolute rights), provided that certain requirements are met. Some of them relate to the concept of emergency and the extent to which the national measures can be

---

<sup>(22)</sup> See, e.g., DYZENHAUS, *The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be Normalized?*, in *Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* Daniels, Macklem, Roach (eds.), Toronto, 2001, pp. 21-37; GREEN, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, Oxford, 2018; PANDOLFI, *From Paradox to Paradigm: the Permanent State of Emergency in the Balkans*, in *Contemporary States of Emergency: The Politics of Military and Humanitarian Interventions* Fassin, Pandolfi (eds.), New York, 2010, pp. 153-172.

<sup>(23)</sup> See CRIDDLE, *Protecting Human Rights during Emergencies – Delegation, Derogation and Deference*, in *Human Rights in Emergencies* (Criddle ed.), Cambridge, 2016, p. 32 ff.; REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, Cambridge, 2017, p. 111 ff.

<sup>(24)</sup> In such contexts, the distinction between limitations and derogations is worth mentioning. While the first deal with the necessary balance between individual fundamental rights and general collective interests, the latter exclusively concerns the partial or absolute suspension of rights for the time of the emergency. In other words, while the first type of measures has an inherent structural nature (based on their permanent duration), the second type produce its consequences on a contingent basis, for as long as the emergency requires. See DE SCHUTTER, *International human rights law: cases, materials, commentary*, Cambridge, 2010, p. 288. Limitations and derogations also differ as regards the requirement for their legitimacy. See *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, UN Doc. E/CN.4/1984/4, Annex, 28 September 1984, principles 1–14.

considered strictly necessary to respond to the exceptional situation<sup>(25)</sup>.

As to the temporal scope of such measures, practice and case-law are not indicative of a specific and autonomous requirement of temporariness. Under the ICCPR, the State has the duty to specify the duration of derogatory measures, but this is connected with the more general obligation of communication of the measures concerned<sup>(26)</sup>. Accordingly, for instance, when adopting derogations to the ICCPR, State are expected to make «an official proclamation of the existence of the public emergency» and to notify the adopted provisions to UN Secretary-General, by which they will also detail «the effective date of the imposition of the state of emergency and the period for which it has been proclaimed»<sup>(27)</sup>.

The temporal scope of derogatory measures is more often taken into consideration within the “strict necessity” requirement. In certain instruments, the link between the measures’ scope of application *ratione materiae* (the emergency) and *ratione temporis* is expressed in clear terms.

This is the case of the American Convention on Human Rights, whose Article 27 states that «[i]n time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and “for the period of time strictly required by the exigencies of the situation”». In the *Miskito Indians* case on forced relocation, the Inter-American Commission confirmed that as soon as the emergency is over, derogatory measures have to be terminated and the situation before the emergency must be re-established. Measures going beyond the

---

<sup>(25)</sup> See SOMMARIO, *Derogation from Human Rights Treaties in Situations of Natural or Man-Made Disasters*, in *International Disaster Response Law* de Guttry, Gestri, Venturini (eds.), The Hague, 2012, p. 323 ff.

<sup>(26)</sup> See e.g. Article 15(3) ECHR: «[a]ny High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefore. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed».

<sup>(27)</sup> *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation*, para. 45(c).

duration of the emergency will entail a responsibility for the violation of derogation clauses <sup>(28)</sup>.

The same principle was upheld also by the European Commission on Human Rights in the early case *De Becker v. Belgium*, where it is stated that «Article 15, paragraph 3 [of the ECHR], clearly means that the measures of derogation which it provides for are only justified in the circumstances defined in paragraph 1, with the result that if they remain in force after those circumstances have disappeared they represent a breach of the Convention» <sup>(29)</sup>. In this context, it is quite relevant that the ECHR does not impose a strict temporal requirement for the existence of an emergency <sup>(30)</sup>. The European Court of Human Rights (ECtHR) has never «explicitly incorporated the requirement that the emergency be temporary, although the question of the proportionality of the response may be linked to the duration of the emergency» <sup>(31)</sup>. While the ECtHR has always been somewhat reluctant to address the temporal element of derogations, the Council of Europe has criticized prolonged and undetermined derogations for exceeding what is “strictly required” <sup>(32)</sup>. This, however, did not imply that the derogation could no longer be justified.

In relation to the ICCPR, the Human Right Committee has also highlighted the relevance of the temporal element within the necessity test in its *General Comment* n. 29: «[a] fundamental

---

<sup>(28)</sup> Inter-American Commission of Human Rights, *Report on the situation of human rights of a segment of the Nicaraguan population of Miskito origin*, 29 November 1983, p. 117, para. 14.

<sup>(29)</sup> European Commission of Human Rights, *De Becker v. Belgium*, Report of 8 January 1960, para. 271.

<sup>(30)</sup> Note, however, that in the wake of the Covid-19 pandemic, most States derogating from ECHR obligations have also specified the duration of their measures. See ISTREFI, *To Notify or Not to Notify: Derogations from Human Rights Treaties*, 18 April 2020 ([www.opiniojuris.org/2020/04/18/to-notify-or-not-to-notify-derogations-from-human-rights-treaties/](http://www.opiniojuris.org/2020/04/18/to-notify-or-not-to-notify-derogations-from-human-rights-treaties/)).

<sup>(31)</sup> ECtHR, *A. and Others v. United Kingdom*, Application no. 3455/05, 19 February 2009, para. 178.

<sup>(32)</sup> The Council of Europe’s position related to derogations made by Turkey after the failed “coup d’état” of 2016. See Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Resolution 2209 (2018): State of emergency – proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention of Human Rights*, 24 April 2018, para. 4. See also Venice Commission, *Emergency Powers* (*supra* footnote 5).

requirement for any measures derogating from the Covenant, as set forth in article 4, paragraph 1, is that such measures are limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation. This requirement relates *to the duration*, geographical coverage and material scope of the state of emergency and any measures of derogation resorted to because of the emergency»<sup>(33)</sup>.

However, in contrast with the ECtHR's practice, the HRC also made clear that, in order to be legitimate, derogations must be temporary<sup>(34)</sup>.

Although one can argue that a temporal limit is inherent to the very structure of derogations from human rights in times of emergency<sup>(35)</sup>, the assessment of this limit may vary depending on the applicable legal framework and the margin of discretion left to the State in determining the existence and the duration of an emergency. Deferential approaches towards the State's authorities will generally accept derogations lasting for a long period of time or even lacking any specific indication as to their duration. On the other hand, a more "independent" scrutiny will likely take into account the temporariness of a derogatory measure, whether expresses or implied in the measure itself.

In both cases, however, derogatory measures cannot escape an evaluation regarding their duration, even when the latter is considered as one of the elements of the necessity assessment.

4. As outlined in our introduction, measures of export restrictions or prohibitions of medical products have been widely adopted throughout the world in the wake of the pandemic. Such measures raise the issue of their compatibility with international trade obligations, especially with rules provided by the WTO framework. This question will be here addressed from one specific

---

<sup>(33)</sup> Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency*, adopted at the Seventy-second Session of the Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, para. 4.

<sup>(34)</sup> *Ibid.*, para. 2, according to which «[m]easures derogating from the provisions of the Covenant must be of an exceptional and temporary nature».

<sup>(35)</sup> For a comprehensive discussion see. ISTREFI, SALOMON, *Entrenched Derogations from the European Convention on Human Rights and the Emergence of Non-Judicial Supervision of Derogations*, *Austrian Review of Int. and European Law*, 2019, pp. 14-16.

angle, that is the temporal scope of emergency measures required by WTO law.

Quantitative restrictions are generally forbidden by Article XI GATT 1994. Under Article XI:1

No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.

The prohibition of quantitative restrictions set forth by Article XI has been construed following quite a strict approach. There is no need for the complainant to demonstrate the adverse trade effects of the challenged measure nor the protectionist intent behind it <sup>(36)</sup>.

Article XI:2(a) specifies that the prohibition of quantitative restrictions does not extend to «export prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs or other products essential to the exporting contracting party» <sup>(37)</sup>. Although the exception is generally considered as

---

<sup>(36)</sup> See MAVROIDIS, *Trade in Goods. The GATT and Other Agreements Regulating Trade in Goods*, Oxford, 2007, p. 55. In the *Argentina – Hides and Leather* case, the WTO Panel has nonetheless established the need for a causal link between the challenged measures and the reduced level of imports. Moreover, the burden of proofs should be higher for *de facto* quantitative restrictions. See WTO Panel, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, 16 January 2001, paragraphs 11.21-11.22.

<sup>(37)</sup> Quantitative restriction measures are required to be non-discriminatory under Article XIII GATT, thus imposing an MFN obligation (VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*<sup>3</sup>, Cambridge, 2013, p. 492). Article XIII:2 also imposes a duty in the administration of restrictions to minimize their impact «by attempting to approximate under such measures the trade shares that would have occurred in the absence of the regime». See WTO Panel Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECU, 22 May 1997, para. 7.69.

covering only agricultural products<sup>(38)</sup>, almost every country having adopted export restrictions of medical goods during the pandemic has made reference to Article XI:2(a) to support the legitimacy of such measures<sup>(39)</sup>.

The limited temporal scope of export restrictions covered by this exception is expressed in clear terms in the provision itself. The requirement that permitted restrictive measures are adopted temporarily is further strengthened by obligations relating to transparency and notification. According to the 2012 Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions, Members are expected to notify every two years every restrictive measure in place, both on import and export of goods. Notifications shall include a general description of the adopted measures, the national legal basis, the date of entry into force and the date they cease to be in force<sup>(40)</sup>.

The temporal limit to Article XI exceptions is also a corollary of the material requirements identified in para. 2(a). In order to be justified under the exception clause, the products covered by the restriction must not only be essentials but also in “critical shortage”. When the latter requirement is missing, a measure cannot be considered as being temporarily applied<sup>(41)</sup>. Indeed, measures covered by the exception under Article XI:2(a) are measures taken to «bridge a passing need»<sup>(42)</sup>. Thus, one may argue that the limited temporal scope of export prohibitions or restrictions is an inherent character of the permitted measure itself.

---

<sup>(38)</sup> See BUTTON, *The Power to Protect. Trade, Health and Uncertainty in the WTO*, Oxford/Portland, 2004, p. 21, according to whom Article XI:2(a) does not concern health protection. The exception should be read in conjunction with the obligations set forth by the WTO Agreement on Agriculture. See PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 297.

<sup>(39)</sup> WTO Secretariat, *Export Prohibitions and Restrictions – Information Note*, 23 April 2020, p. 5.

<sup>(40)</sup> WTO Council for Trade in Goods, *Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions*, G/L/59/rev.1, 3 July 2012.

<sup>(41)</sup> WTO Panel, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394-DS395-DS398/R, 5 July 2011, paragraphs 7.345-7.346.

<sup>(42)</sup> WTO Appellate Body, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394-DS395-DS398/AB/R, 30 January 2012, para. 323.

The determination of the “essentiality” and “critical shortage” requirements of a certain good is not left entirely to member States’ discretion. In the *China – Raw Materials* case, both the Panel and the Appellate Body identified quite a strict standard of review of whether the challenged measures were adopted in order to respond to a critical shortage<sup>(43)</sup>. The Appellate Body stated that Article XI refers to those deficiencies that are crucial and that reach a vitally important or decisive stage<sup>(44)</sup>. Moreover, it expressly linked this requirement to the temporal scope of quantitative export prohibitions:

[...] the characteristics of the product as well as factors pertaining to a critical situation, may inform the duration for which a measure can be maintained in order to bridge a passing need in conformity with Article XI:2(a). Inherent in the notion of criticality is the expectation of reaching a point in time at which conditions are no longer "critical", such that measures will no longer fulfil the requirement of addressing a critical shortage<sup>(45)</sup>.

While the duration of export prohibitions or restrictions is to be determined by the competent national authorities, it seems that for such measures to comply with Article XI GATT it is not sufficient that they are simply envisaged as temporary measures. Their duration can be scrutinized by taking into account the nature of the emergency and the necessity of quantitative restrictions addressing the critical shortage. Moreover, the aim to “prevent” future critical shortages could not be invoked to impose undetermined restrictions or prohibitions. The preventive character of such measures is still to

---

<sup>(43)</sup> On export restrictions in the context of natural resources see ESPA, *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals - Testing the Adequacy of WTO Disciplines*, Cambridge, 2015.

<sup>(44)</sup> *Ibid.*, paragraphs 324-325. In this sense «the kinds of shortages that fall within Article XI:2(a) are more narrowly circumscribed than those falling within the scope of Article XX(j)».

<sup>(45)</sup> *Ibid.*, para. 328.

be read together with the world “temporarily” and can only be justified when reacting to specific and concrete warning signals <sup>(46)</sup>.

In contrast to the Article XI:2(a) exception, other grounds in the GATT allowing derogations from trade commitments do not encompass an explicit temporal requirement. This is the case of general exceptions regulated by Article XX. Subject to the requirements of the *chapeau*, members can adopt derogatory measures necessary to protect certain public policy interests, among which “human, animal or plant life or health” is expressly mentioned. It is worth recalling that Article XX(b) on the protection of health is the alternative legal basis member States have invoked to justify export restrictions of medical goods in the context of the pandemic <sup>(47)</sup>. The relevance of this provisions raises a two-fold question, regarding the construction of the temporal element and its relationship with the exception under Article XI:2(a).

As to the first question, lacking an express temporal requirement, the assessment of the duration of an emergency measure within Article XX may be conducted within the necessity test. Considerations as to the measure’s time framework have been addressed when evaluating the contribution of the measure to the attainment of the specific objective it pursues among those listed in Article XX. The identification of the objective is certainly relevant in determining the temporal dimension of a legitimate measure. For instance, in the *Brazil – Retreaded Tyres* case, the Appellate Body recognized that

In the short-term, it may prove difficult to isolate the contribution to public health or environmental objectives of one specific measure from those attributable to the other measures that are part of the same comprehensive

---

<sup>(46)</sup> HOWSE, JOSLING, *Agricultural Export Restrictions and International Trade Law: A Way Forward*, International Food and Agricultural Trade Policy Council, 2012, p. 18.

<sup>(47)</sup> WTO Secretariat, *Export Prohibitions and Restrictions* (*supra* footnote 39), p. 5. Export restrictions could also be justified under Article XX(j) when they are «essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply». However, besides the difference with the factual circumstances triggering the applicability of Article XI:2(a), such measures have to comply with the principle that «all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products».

policy. Moreover, the results obtained from certain actions – for instance, measures adopted in order to attenuate global warming and climate change, or certain preventive actions to reduce the incidence of diseases that may manifest themselves only after a certain period of time – can only be evaluated with the benefit of time<sup>(48)</sup>.

Demonstrating the necessity of a measure by means of a prospective projection in the future might be unavoidable when dealing with long-term objectives. In certain cases, depending on the objective pursued at national level, «a substantial period of time, perhaps years, may have to elapse before the effects attributable to implementation of a given measure may be observable»<sup>(49)</sup>.

Although this construction is strictly linked to the predictable effects of a given measure, it also sheds some light on how to evaluate the temporariness of measures under Article XX. This assessment will depend not only on the specific objective invoked by the adopting member State, but also – and more directly – by the factual circumstances lying behind that objective. Thus, one might argue that the circumstances of a sanitary emergency, although triggering the applicability of Article XX(b) on the protection of human health, will determine a different assessment of the challenged measures from the one conducted on measures adopted to fight climate change. And this will inevitably reflect upon the relevance of a defined temporal framework and the legitimacy of exceptional measures as to their necessity.

As to the relationship between Article XX and Article XI:2(a), the two exceptions can be considered as mutually exclusive. In the context of exhaustible natural resources, the Appellate Body held that

---

<sup>(48)</sup> WTO Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007, para. 151.

<sup>(49)</sup> WTO Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, 21. See more recently WTO Appellate Body Report, *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431-432-433/AB/R, 7 August 2014, para. 5.98.

Members can resort to Article XX of the GATT 1994 as an exception to justify measures that would otherwise be inconsistent with their GATT obligations. By contrast, Article XI:2 provides that the general elimination of quantitative restrictions shall not extend to the items listed under subparagraphs (a) to (c) of that provision. This language seems to indicate that the scope of the obligation not to impose quantitative restrictions itself is limited by Article XI:2(a). Accordingly, where the requirements of Article XI:2(a) are met, there would be no scope for the application of Article XX, because no obligation exists <sup>(50)</sup>.

Member States cannot invoke indistinguishably Article XI:2(a) and Article XX <sup>(51)</sup>. When a measure imposing quantitative restrictions is fully compliant with requirements under Article XI:2(a) there would be no need to add a further layer of justification under Article XX <sup>(52)</sup>. Accordingly, Article XX shall be invoked in two instances: firstly, when a measure adopted to protect health does not qualify as a quantitative restriction; and secondly, when a measure of quantitative restriction (such as export prohibitions) does not meet the parameters of Article XI:2(a).

This in turn has a relevance also for our present discussion: export restrictions not temporally contained will constitute a violation of Article XI, which may be justified under the less restrictive standard of Article XX as to the temporal requirement. Although States may be inclined to invoke Article XX instead of Article XI:2(a), it is worth recalling that some of the features of

---

<sup>(50)</sup> WTO Appellate Body, *China — Raw Materials* (*supra* footnote 42), para. 334. For a critique on the application of Article XX in the *China – Raw Materials* case see BARONCINI, *The Applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol in the Appellate Body Report of the China-Raw Materials case: Suggestions for a Different Interpretative Approach*, *China-EU Law Journal*, 2013, p. 1 ff. Note that the Appellate Body was here questioning the concern of the Panel that «if Article XI:2(a) is not interpreted as confined to measures of limited duration, Members could resort indistinguishably to either Article XI:2(a) or to Article XX(g) to address the problem of an exhaustible natural resource».

<sup>(51)</sup> WTO Appellate Body, *China — Raw Materials* (*supra* footnote 42), para. 333.

<sup>(52)</sup> The reach of the two provisions is different. See ESPA, *Export Restrictions* (*supra* footnote 43), p. 182.

general exceptions under the GATT can place upon members more burdensome obligations. First of all, the *chapeau* of Article XX imposes additional conditions: the measure must be applied so as not to constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or so as to constitute a disguised restriction on international trade <sup>(53)</sup>. Secondly, the proportionality test inherent in the Article XX compliance assessment entail the duty of member States to choose less restrictive measures when available, thus potentially impairing their capacity to enact absolute export prohibitions <sup>(54)</sup>. Finally, the open-textured tests of Article XX have always left much space for judicial discretion, entailing a lower degree of certainty and predictability <sup>(55)</sup>.

A final remark must be made on Article XXI, allowing members to adopt measures necessary for the protection of their essential security interests taken in time of war or other emergency in international relations. Given the wording of the exception, measures imposed to face the Covid-19 pandemic seem to fall outside the scope of Article XXI, as they are not strictly related to a situation of crisis or tension in international relations <sup>(56)</sup>.

5. Within international investment law, the temporality of an activity, a conduct, or an act comes into relevance for a plurality of determinations: the definition of an investment by contrast with purely commercial transactions <sup>(57)</sup>; the delimitation of the concept

---

<sup>(53)</sup> MAVROIDIS, *Trade in Goods* (*supra* footnote 36), pp. 260-261.

<sup>(54)</sup> WTO Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135/AB/R, 5 April 2001, para. 172.

<sup>(55)</sup> HARRIS, MOON, *GATT Article XX and Human Rights: What do We Know from the First 20 Years*, *Melbourne Journal of International Law*, 2015, p. 25.

<sup>(56)</sup> This seems also confirmed by the interpretation given in the *Russia – Traffic in Transit* case by a Panel, according to which «[a]n emergency in international relations would, therefore, appear to refer generally to a situation of armed conflict, or of latent armed conflict, or of heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state. Such situations give rise to particular types of interests for the Member in question, i.e. defence or military interests, or maintenance of law and public order interests». See WTO Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS/512/R, 5 April 2019, para. 7.76.

<sup>(57)</sup> *MCI power group v Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, *Award*, 31 July 2007, para. 139: «[a]ccording to Ecuador, in the Seacoast Contract the

of expropriation with respect to temporary takings<sup>(58)</sup>; the assessment of the compatibility of a measure with a substantial standard of treatment, notably with reference to the concepts of reasonableness and proportionality of governmental action<sup>(59)</sup>; and, what has prompted the most interesting considerations from the perspective addressed in this paper, the review of the legality of government defences, especially when it comes to measures taken in extraordinary times<sup>(60)</sup>.

As regards treaty law, exception clauses in international investment agreements tend not to express any temporary requirement. In this regard, as will be briefly reviewed below, the temporary dimension of emergency measures has been given relevance when considered inherent to the operation of the defence in extraordinary times, or included in the analysis of the necessity requirement of the measures at stake. Recent international investment agreements increasingly contain clauses concerning general exceptions (also relating to health), and national-security-

---

requirements of duration and shared risk do not exist. It is in fact a supply contract of uncertain duration, conceived as a response to a temporary emergency. ... given that this transaction is purely commercial, it is excluded from the Jurisdiction of ICSID».

<sup>(58)</sup> E.g., *Cargill v Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/Z, *Award*, 18 September 2009, para. 515, where the Tribunal concluded that «the Claimant has failed to prove that customary international law has evolved to include a claim for temporary expropriation»; *Ulysseas v Ecuador*, UNCITRAL Arbitration Rules, 12 June 2012, *Final Award*, paragraphs 145 ff.; *Burlington v Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, decision on liability, 14 December 2012, para. 505, also quoting *Motorola Inc. v. Iran National Airlines Corporation and The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. Claims Tribunal, *Award*, 28 June 1988, para. 59 (Exh. EL-154).

<sup>(59)</sup> See *Burlington v Ecuador*, para. 505: «Ecuador's intervention was necessary, adequate, proportionate under the circumstances, and meant to be temporary». See the claimants' claim in *Abaclat v Argentina*, ICSID Case No ARB/07/5, decision on jurisdiction and admissibility, 4 August 2011, at para. 320: «(i) [t]he violation by Argentina of its obligations under Article 2(2) BIT to accord Claimants fair and equitable treatment, by ignoring any concept of *proportionality* in responding to its *temporary financial crisis* and continuing to impose through arbitrary legislative and other regulatory actions an *unjust excessive burden* on Claimants *long after* the abatement of any issues» (italics added).

<sup>(60)</sup> BURKE-WHITE, VON STADEN, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, *Vanderbilt Journal of Int. Law*, 2008, p. 307

related exceptions. Quite interestingly, the recent Morocco Model BIT introduces «measures adopted to react to a situation which presents effects resulting from *force majeure* or from an unforeseen external event», within the General Exceptions Article, together with measures pursuing such public interests as health, public morals, and culture. This clause excerpts the covered measures from the scope of the obligation to pay compensation, provided that they are adopted in good faith, are non-discriminatory and of general application (“chapeau”) <sup>(61)</sup>. A separate Article provides for “[e]xceptions concerning security” by way of the “classical”, US-led formulation, according to which nothing in the treaty shall be construed to preclude a party from applying measures (that it considers) necessary for the protection of its own essential security interests <sup>(62)</sup>.

As regards arbitral practice, arguably the early 2000s Argentina financial crisis has provided a reference experience to identify and outline the international legal framework on the protection of foreign investments in times of emergency. The body of arbitral decisions and doctrinal analyses which have been prompted by the Argentine crisis have extensively addressed the issue of the legitimate reaction of a State in circumstances presenting an immediate threat. They have singled out the legal grounds for emergency measures departing from international obligations of investment treatment, finding such grounds in treaty clauses (namely security exceptions where included in the applicable treaty, as Article XI of the US-Argentina BIT), and/or in the customary international norm on state of necessity as a circumstance precluding wrongfulness <sup>(63)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Text (in French) accessible at this link: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download>

<sup>(62)</sup> VANDEVELDE, *United States Investment Treaties, Policy and Practice*, Deventer/Boston, 1992.

<sup>(63)</sup> Broadly, three main approaches have been adopted on the relation between the treaty exception on security and the customary excuse of state of necessity: one approach construes the treaty exception as *lex specialis* to the general norm; another approach conflates the two; a third approach distinguishes their functions, seeing the treaty exception as a provision on non-precluded measures, thus excluding the covered State conduct from the scope of application of the treaty, while the customary defence as an excuse to a wrongful conduct preventing State responsibility or its effects to arise. Across *all* approaches, however, one may note

Before presenting our investigation into this body of decisions and studies, a world of caution is needed as to whether the analyses emerging therefrom fit the current Covid-19 crisis. They certainly offer some hints for understanding the legal framework applying to the protection of foreign investment in a Covid-19 like situation, in two regards: the circumstances prompting States to adopt measures in both cases, the Argentine financial crisis and the Covid-19 emergency, consisting of a threat or existence of a peril; the wide notion of “essential security interests” which has been adhered to within international investment law from the Argentine experience, to identify the scope *ratione materiae* of the two legal defences above. However, it must also be observed that not all investment measures that States have introduced or applied during the Covid-19 crisis serve the aim of preventing or reacting to an immediate threat to the health of the population and the implications its directly ensuing from such threat. Some measures, especially FDI screening, are also and especially meant to strategically preserve the capacity of the sanitary system to react to future threats, or to avoid the predatory foreign acquisition of strategic assets which have suffered pauperization in the context of the Covid-19 crisis and which relate not necessarily with the capacity to face a health emergency but with national security more generally <sup>(64)</sup>.

---

that the treaty exception or some elements thereof have been construed with, or without looking at the customary standard for the purposes of the interpretation of the treaty clause.

For presenting our discussion we adopt to the third legal construction, firstly drawn by the *Continental Casualty Company v Argentina* Tribunal (ICSID Case No ARB/03/09, *Award*, 5 September 2008, paragraphs 162-168) and the *CMS Gas Transmission Company v Argentina* Annulment Committee (ICSID Case No. ARB/01/8, decision on annulment, 25 September 2008, para. 129 ff.). See among many others KURTZ, *Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis*, *International Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 325.

<sup>(64)</sup> These considerations partly owe to the OECD *Webinar on Investment Screening in times of Covid-19 – and beyond* which took place on 25 June 2020. See, in this vein, European Commission, Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe’s strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation), C(2020) 1981 final, 25 March 2020; ROBERT-CUENDET, *Filtrage des investissements directs étrangers*

Arbitral tribunals and scholars confronted with the Argentine financial crisis have considered the temporal qualification and application of emergency measures depending on the way they have construed the two, treaty and customary, “necessity defences” from the viewpoint of State relief of responsibility, liability, and/or the duty to pay compensation<sup>(65)</sup>. Accordingly, the temporal element has contributed to identify the measures that can be covered by the emergency-related defences, in the light of the time they have been adopted. It has been determinant in discriminating between lawful or unlawful application of those measures over time, with the turning point being set somewhere “around” the decrease of the emergency circumstances. It has thus also helped distinguish the legal regimes applicable to the period of validity of emergency measures and to the subsequent period when their effects may continue to be felt. And different implications have been drawn as regards the obligation to compensate in connection to the crisis.

When a security exception treaty clause has been construed as rendering the relevant treaty inapplicable to measures coping with an emergency, two implications have been drawn. Noting that the disadvantageous restructuring of the treasury bills (LETES) by Argentina took place when the financial situation “was evolving towards normality”, the *Continental Casualty* Tribunal implied that only those measures taken within a period of “grave and imminent peril”<sup>(66)</sup> can be shielded from the application of the relevant treaty<sup>(67)</sup>. In the literature, this “legitimizing effect” of the timing of adoption of emergency measures has been pinpointed, for example, by Eisenhut<sup>(68)</sup>. In addition, some arbitral practice has found that

---

*dans l’UE et Covid-19: vers une politique commune d’investissement fondée sur la sécurité de l’Union*, *European Papers*, 2020, p. 1 ff., [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu).

<sup>(65)</sup> See decisions in footnote 63.

<sup>(66)</sup> Quoting ILC Draft Article 25.

<sup>(67)</sup> *Continental Casualty Company* (*supra* footnote 63), para. 221-222. In this sense, Anne-Marie Slaughter acting as a witness in *El Paso* said that Article XI was «a temporary opt-out provision of the treaty as a whole». See *El Paso Energy International Company v Argentina*, ICSID Case No ARB/03/15, Anne-Marie Slaughter, witness, para. 88.

<sup>(68)</sup> EISENHUT, *Sovereignty, National Security and International Treaty Law: the Standard of Review of International Courts and Tribunals with Regard to ‘Security Exceptions’*, *Archiv des Völkerrechts*, 2010, vol. 48, No. 4, pp. 431-466, 441.

also the effects, whether temporary or permanent, of the emergency measures, which continue to be felt once the crisis is over, fall under the treaty carve-out on grounds of security <sup>(69)</sup>.

Those tribunals addressing the customary plea of necessity in line with ILC Draft Articles have consistently stressed that to be covered, breaches must be temporary. The *CMS* Tribunal found that «compliance with the obligation would re-emerge as soon as the circumstance precluding wrongfulness no longer existed» <sup>(70)</sup>. The *EDF* Tribunal observed that «even if Respondent's conduct might be excused under the State of Necessity Defence, Respondent remains obligated to return to the pre-necessity *status quo* when possible» <sup>(71)</sup>. Accordingly, the Tribunal noted that the investor's economic equilibrium should have been re-established by the concessionaire through timely efforts to raise tariffs to a reasonable level; but because the adjustment took effect only after the claimant investors had decided to withdraw their investment, the Tribunal concluded that the breach could not be kept temporary <sup>(72)</sup>. Similarly, outside the Argentine context and more recently, the *Union Fenosa v. Egypt* Tribunal has found an obligation of resumption of the previous situation (the gas supply to the investor's plant) after the cease of the Egyptian revolution by 2015, under the customary state of necessity. This and the other mentioned tribunals have also referred to ILC Draft Article 27(a) in support of their construction <sup>(73)</sup>.

---

<sup>(69)</sup> *Continental Casualty Company* (*supra* footnote 63), Decision on Annulment, 16 September 2011, para. 126. See, on a different note, José E. Alvarez in his Separate opinion to the *Sempra* Award (*Sempra Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, 28 September 2007), stressing that «the underlying principles of law that Article XI of the US-Argentine BIT was intended to encompass are time-sensitive [and] permit only temporary circumscribed and proportional relief from international legal obligations while the 'imminent' or existing threat persists» (para. 68).

<sup>(70)</sup> *CMS* (*supra* footnote 63), Decision on the Merits, 12 May 2005, para. 382.

<sup>(71)</sup> *EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/23, Award, 11 June 2012, para. 1177.

<sup>(72)</sup> *Ibid.*, paragraphs 914, 1171, 1178.

<sup>(73)</sup> *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/14/4, para. 8.47.

Once established that the temporal limits of the emergency situation affect the legitimacy or the justification of the measures meant to address it, investment tribunals have not showed deference towards the respondent State's own determination as to the end of the emergency or towards the State's decision to maintain or extend emergency legislation. Quite the opposite, irrespective of the formal, temporal scope of national emergency laws, arbitral tribunals have themselves identified the factual end of the emergency, and aligned the legal temporariness requirement to it. To establish when the emergency was over, tribunals have relied upon evidence brought before them by the parties, by witnesses, and as contained in domestic documents or international organizations' reports, and/or have conducted their own analysis of the facts<sup>(74)</sup>. Some tribunals have highlighted political events<sup>(75)</sup>, while others have given relevance to the decreasing intensity and spread of the repercussions of the crisis disregarding persistent effects or aftershocks<sup>(76)</sup>. It results that, while sharing the approach of an objective review, arbitral tribunals knowing of the Argentine financial crisis have fixed the end of the emergency at different moments, with some

---

<sup>(74)</sup> See the *EDF Tribunal* (*supra* footnote 71), at para. 913: «[t]he imbalance of [the investor's] economic equilibrium ... persisted beyond the end of the third quarter 2002, when economic indicators in Argentina showed a stable trend toward recovery». The *LG&E Tribunal* stressed its reliance upon evidence brought before it, encompassing all major economic indicators, capital outflows, unemployment, poverty and indigency rates, prices of pharmaceuticals, shortage of basic supplies at hospitals, fraction of the population under the minimum amount of food (*LG&E v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/1, decision on liability, 3 October 2006). As another example, the *El Paso Tribunal* (*supra* footnote 67, *Award*, 31 October 2011) made recourse to statistics from the Economic Commission for the Latin America and the Caribbean.

<sup>(75)</sup> Such as the replacement of transition authorities and the beginning of a period of institutional stabilization in Argentina with the election of President Kirchner on 26 April 2003, in the *LG&E* decision on liability (*supra* footnote 74), paragraphs 70, 227-228.

<sup>(76)</sup> *CMS* (*supra* footnote 63), decision on the merits, 12 May 2005, para. 249: «[t]he Tribunal does not wish to imply that the crisis in Argentina is fully over, because aftershocks are still felt in the economy, particularly in the social sector, but the repercussions are no longer as intense or widespread».

tribunals setting a specific date, others referring to a certain period<sup>(77)</sup>.

Finally, moving to the consequences of the invocation of these defences, specifically on the obligation to pay compensation - a long-debated issue in relation to defences under international law<sup>(78)</sup> -, one may observe diverging voices in the international arbitration and the literature under consideration too, on whether and how a State should compensate damages incurred by foreign investors as a consequence of the emergency measures. The general stance found in the investment field is that the temporally circumscribed relief of responsibility under a treaty clause on non-precluded measures implies a parallel preclusion of liability<sup>(79)</sup>. However, with reference to the temporary operation of the treaty carve-out, some authors have suggested that some form of indemnity for damages incurred during a crisis is due “in certain cases”<sup>(80)</sup>, and others have seen a question arising as to the period for which liability should be deemed precluded<sup>(81)</sup>. The latter issue may be connected to the effects of emergency measures which are still felt once the emergency is over; in this case, whether the carve-out is crafted so

---

<sup>(77)</sup> Temporal delimitation is relevant for calculating damages for breaches not falling under the scheme of temporary exclusion of wrongfulness, or from breaches arising from conduct exceeding the carve-out period under a treaty exception. See, for example, the *Mobil* Tribunal in a recently disclosed decision: «damages might be awarded for measures taken during the state of emergency and not cancelled when the state of emergency has ceased to exist or taken when such state had ceased to exist» (*Mobil Exploration v Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/16, 10 April 2013, para. 1058). While the *LG&E* Tribunal fixed a specific date (the day after 26 April 2003 – see *supra* footnote 74), Professor Antonio Remiro Brotons in his Separate Opinion to the *Mobil* Award observes that certain flexibility should be applied when defining the end of the state of emergency because it is too simple to set a fixed date to put an end to a period of factual emergency.

<sup>(78)</sup> PADDEU, *Justification and Excuse* (*supra* footnote 13), p. 78.

<sup>(79)</sup> DESIERTO, *The Modern International Law of Necessity with and beyond Economics: a Response to Alan Sykes on Investment Treaty Making and Interpretation*, *Houston Journal of Int. law*, 2016, pp. 715-754, 731 ff.

<sup>(80)</sup> ALVAREZ-JIMÉNEZ, *The Interpretation of Necessity Clauses in Bilateral Investment Treaties After the Recent ICSID Annulment Decisions*, *Yearbook of International Investment Law and Policy 2010-2011* Sauvart (ed.), 2012, pp. 419, 420.

<sup>(81)</sup> BURKE-WHITE, VON STADEN, *Investment Protection* (*supra* footnote 60), p. 386.

as to catch the effects of the emergency over time or not may be determinant for identifying non-compensable damages<sup>(82)</sup>. Arbitral tribunals having applied the customary norm on state of necessity or otherwise referred to it to, have pointed to ILC Draft Article 27 (b) according to which the invocation of a circumstance precluding wrongfulness is without prejudice of «the question of compensation for any material loss caused by the act in question». Different approaches may be detected in this regard, too. Some tribunals have interpreted the “without prejudice” element of the provision so as to affirm that compensation is due<sup>(83)</sup>. Some voices have suggested that, alongside the temporary respite from responsibility under the customary plea of necessity, the right to compensation for damages suffered during the emergency could be conceived as actionable, although not during the emergency, at some point in the future<sup>(84)</sup>. Some others have identified a break (and a resumption) of the duty to compensate in parallel with the time when the circumstance precluding wrongfulness (no longer) operates, exempting the State and thus leaving on the investors the burden of the damages suffered during the emergency<sup>(85)</sup>.

6. While a gap in the literature exists on the specific topic, from our analysis of trade and investment law and dispute settlement practice temporariness emerges to be an element of emergency measures as well as a requirement thereof under international law. In certain fields, such as human rights law, temporal limits to emergency measures are based on explicit provisions or on a consistent body of case-law, demonstrating the existence of a proper principle of temporariness. However, even in trade and investment law, the temporal scope of emergency measures has received due consideration and has shaped the limits to national authorities’

---

<sup>(82)</sup> See the *Continental Casualty Company* Annulment Committee (supra footnote 63).

<sup>(83)</sup> *CMS* (supra footnote 63), Decision on the Merits, 12 May 2005, paragraphs 388-394.

<sup>(84)</sup> As argued by the Claimant in *CMS*. See KENT, HARRINGTON, *The Plea of Necessity Under Customary International Law: A Critical Review in Light of the Argentine Cases*, in *Evolution of Investment Treaty Law and Arbitration* Brown, Miles (eds.), Cambridge, 20112, pp. 46, 262.

<sup>(85)</sup> *LG&E* (supra footnote 74), paragraphs 262-266.

discretion. In such regimes, temporariness allows to circumscribe the specific measures directed to counter an emergency crisis from other measures departing from international commitments but having less compelling temporal limits, to identify the relevant defences, and to refine their legal standard of review.

In the international trade domain, a temporal limit is expressly provided for certain measures such as export restrictions under Article XI:2(a) GATT. The provision thus allows a more thorough review of the temporal scope of such measures, which are intended to be inherently linked to an emergency situation. At the same time, such a strict requirement also implies that when the emergency (the “critical shortage”) is over, restrictions or prohibitions have to be withdrawn. As States have realised that access to medical products might be essential also for future health crisis, one might wonder whether such measures will be maintained for the future. However, from the perspective of trade commitments, in order to be legitimate they will have to be adjusted to other requirements, namely those provided by the general exceptions, where the temporal limit can be shaped differently. The temporal element of export restrictions thus becomes a distinctive feature, necessary to qualify a measure under Article XI:2(a). Lacking a precise temporal delimitation – even by means of indefinite renewals – the restrictions and prohibitions imposed during the Covid-19 emergency will need to be justified in the pursue of a more general, long-term objective, which will in turn require States to adopt less restrictive measures when available. More importantly, States will be required to pay due regard to the interests of other countries and to guarantee the access to medical goods on the global market.

Within the investment field, a temporary requirement is usually not expressly provided for measures adopted by governments under the applicable treaties. It has sometimes alluded to, within the assessment of reasonableness and proportionality of a measures under substantive standards of treatment. However, it has been clearly distinguished under the treaty security exception when invoked in times of emergency and under the customary plea of necessity. This defences are susceptible to cover a situation like the current Covid-19 emergency given the broad interpretation of the notions of “essential security interests” and of “necessity” which has emerged in international investment arbitration. At the same time,

left apart all other requirements enshrined in these defences, the temporal element may by itself circumscribe the scope of these defences in regard to the measures in response of the Covid-19 crisis. The objective attitude of international arbitral tribunals towards this requirement has shaped the international legal standard on temporariness of emergency measures as one that goes beyond procedural limits placed upon States, does not refer (solely) to a declaration of emergency under domestic law, even when found constitutionally legitimate, and does not necessarily rely upon ‘legislative emergency’ (i.e., the period from the enactment to the abrogation of the emergency law <sup>(86)</sup>) <sup>(87)</sup>.

The objective attitude seen above certainly emphasizes the potential role to be played by international organizations and internationally coordinated responses <sup>(88)</sup>. It triggers the question of the margin of appreciation left to States to assess that the emergency does not persist. This would especially be relevant if emergency measures were intended, under international law, to be able to cover not only the reaction to an immediate threat but also to avert the effects over time of that threat, if not also to prevent the return of the crisis <sup>(89)</sup>. This would also be relevant in front of those measures that

---

<sup>(86)</sup> *Ibid.*, para. 228.

<sup>(87)</sup> See *CMS* (*supra* footnote 63), decision on the merits, 12 May 2005, para. 217: «... the Tribunal is persuaded that the state of necessity under domestic law does not offer an excuse if the result of the measures in question is to alter the substance or the effects of contractually acquired rights. This is particularly so if the application of such measures extends beyond a strictly temporary period». In the previous paragraph, the Tribunal said that «more than five years have lapsed since the adoption of the first measures in 2000. Delays can be explained ... However, if delays exceed a reasonable period of time the assumption that they might become permanent features of the governing regime gains in likelihood».

<sup>(88)</sup> See e.g., on the case of Ebola, ACCONCI, *The Reaction to the Ebola Epidemic within the United Nations Framework: What Next for the World Health Organization?*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2015, p. 405 ff.

<sup>(89)</sup> This argument was put forward by Argentina in the *Mobil* dispute, but rejected by the tribunal as falling under the applicable BIT security exception clause. See Professor Antonio Remiro Brotons in his Separate Opinion to the *Mobil* Award (*supra* footnote 77), para 73. In his opinion, «Argentina urges the Tribunal to analyze whether the emergency measures were necessary to prevent a return to the crisis. Argentina argues that the duty to fulfill treaty obligations does not imply restoring the system in force before the crisis but to comply with treatment standards in the new context, which requires analyzing the new factual circumstances».

will take some time to become effective and will have an impact on the supply chain in the longer term. It is too soon to prospect whether some measures adopted under the Covid-19 emergency will be claimed to be maintained as a *dorénavant* permanent, structural component of a government trade and investment policy. However, would this happen to be the case, their legitimacy under international law would probably have to be based and reviewed differently than in relation to the emergency context, with significant implications on the burden of their adverse impact to be borne by the State concerned.

## IL CONTROLLO DEGLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI NELL'UNIONE EUROPEA E LA PROTEZIONE DELLE ATTIVITÀ STRATEGICHE EUROPEE NEL CONTESTO DELL'EMERGENZA DA COVID-19

Antonino Ali

SOMMARIO: 1. La pandemia del Covid-19: un acceleratore di processi in atto o latenti. – 2. Il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea e il Regolamento 2019/452. – 3. La Comunicazione della Commissione sugli investimenti esteri diretti ai tempi del Covid-19. – 4. Le restrizioni di capitali, i motivi di interesse generale e la sicurezza economica dello Stato. – 5. Considerazioni conclusive: deterrenza vs. legalità.

1. Gli shock esogeni in economia vengono riassorbiti in un tempo relativamente breve. La pandemia del Covid-19, pur potendo essere classificata come un evento di questo tipo, ha determinato delle conseguenze che vanno ben oltre il breve periodo e che si sono trasmesse al sistema economico nel suo complesso. Il Covid-19 ha determinato l'accelerazione di una serie di fenomeni preesistenti che si stavano sviluppando o erano latenti a livello economico. Vi è stata un'accelerazione di un fenomeno che da più parti è descritto come quello di de-globalizzazione, nel senso che la globalizzazione sta assumendo contorni diversi rispetto a quelli finora conosciuti nel corso degli ultimi decenni. Non è forse un caso che il sistema WTO, che è stato il "driver" per un certo tipo di globalizzazione, soffra oggi una crisi pesante rispetto alle sue regole e, in particolare, a ciò che per tanto tempo è stato il suo fiore all'occhiello: il sistema di soluzione delle controversie. Si assiste, inoltre, all'accorciamento o allo snellimento delle "lunghe" catene di valore globale e si assecondano alcune tendenze verso la regionalizzazione dell'economia mondiale. Di conseguenza, appaiono sempre più evidenti alcuni segnali di "on-shoring": il riavvicinamento "a casa" (o nelle vicinanze) delle società e degli stabilimenti produttivi. Inoltre, si registra l'accelerazione della guerra commerciale tra Stati Uniti e Cina e la sua evoluzione in guerra commerciale tecnologica, in guerra strategica, cioè di lungo periodo (due attori opposti e

conflittuali). Questi fenomeni non sono il frutto di qualche decisione estemporanea, ma applicazione concreta delle teorie dell'*incumbent* o della deterrenza strategica.

La pandemia si è manifestata in un momento in cui i flussi di investimenti esteri diretti erano al secondo livello più basso registrato dal 2010 all'indomani della crisi finanziaria globale del 2008. Alla fine del 2019, prima del manifestarsi del Covid-19, il debito delle imprese era a livelli record e lo stock di obbligazioni societarie non finanziarie era ai massimi storici alla fine del 2019. La situazione debitoria delle imprese potrebbe avere delle conseguenze non solo sulla capacità delle aziende di sopravvivere alla crisi di Covid-19, ma anche sulla struttura delle società <sup>(1)</sup>. L'obiettivo dichiarato sembra essere quello di rendere le società più resilienti a shock traumatici quali gli effetti economici della pandemia.

È in questo quadro che si prevede un netto calo degli investimenti esteri come conseguenza della pandemia e delle conseguenti interruzioni dell'offerta, della contrazione della domanda e delle prospettive pessimistiche degli attori economici. In questo senso, così come segnalato, la diminuzione degli investimenti accelera il declino dei flussi di investimenti esteri diretti (IED) già presente nel corso degli ultimi cinque anni. Si presume che i flussi di investimenti – che rappresentano, peraltro, una quota significativa dell'economia mondiale - diminuiranno di oltre il 30% nel 2020 <sup>(2)</sup>. A fine del mese di febbraio 2020, con la diffusione del virus, vi è stato un crollo dei corsi azionari sui mercati mondiali e un aumento della volatilità con un'ampiezza che non si vedeva dalla crisi finanziaria dei “subprimes” e dalla successiva crisi del debito sovrano.

---

<sup>(1)</sup> Il sostegno alle consociate estere, il perseguimento di nuovi investimenti, la cessione di attività estere, la diffusione geografica e settoriale delle loro attività, la diversificazione delle loro reti di fornitori, l'accorciamento delle loro catene di fornitura e la distanza tra fornitori e clienti.

<sup>(2)</sup> Si veda in questo senso OECD, *Foreign Direct Investment Flows in the Time of Covid-19*, 4 May 2020 ([https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=129\\_129922-gkr56na1v7&title=OECD-Investment-Policy-Responses-to-COVID-19](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=129_129922-gkr56na1v7&title=OECD-Investment-Policy-Responses-to-COVID-19)) e *OECD Investment Policy Responses to COVID-19*, 4 June 2020, [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=129\\_129922-gkr56na1v7&title=OECD-Investment-Policy-Responses-to-COVID-19](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=129_129922-gkr56na1v7&title=OECD-Investment-Policy-Responses-to-COVID-19).

2. Come noto, la crescita esponenziale degli investimenti (e in particolar modo di quelli cinesi) in Europa nell'ultimo decennio ha generato serie preoccupazioni in diversi Stati membri UE <sup>(3)</sup>. In una lettera del febbraio 2017 i ministri dell'economia di Francia e Germania e il ministro dello sviluppo economico italiano sottolineavano le acquisizioni di aziende europee nei settori tecnologici da parte di investitori extracomunitari e la mancanza di reciprocità per gli investitori europei nei paesi di origine di questi investimenti in Europa. Veniva così presentata dalla Commissione una proposta di un regolamento per coordinare i meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti negli Stati membri. La metà circa degli Stati membri era dotata di una normativa per il controllo degli IED, ma con un grado di armonizzazione ridotto. Nel marzo 2019 è stato così adottato il Regolamento UE che istituisce un quadro per lo "screening" degli IED nell'Unione (2019/452) (nel prosieguo "Regolamento IED") sulla base dell'art. 207 del Trattato UE (la politica commerciale comune dell'UE). La normativa UE disciplina il coordinamento dei meccanismi di "screening" nazionali con l'obiettivo di controllare gli investimenti esteri diretti da parte di Stati terzi <sup>(4)</sup>. Il Regolamento non limita il diritto di ciascuno Stato membro di decidere se controllare o meno un particolare investimento estero diretto né impone l'adozione di un meccanismo di controllo.

---

<sup>(3)</sup> Il flusso di IED cinesi nell'UE ha raggiunto un record nel 2016. Nel 2017-2019 vi è stato un brusco calo a livelli precedenti al 2015. Cfr. *Foreign Direct Investment Screening. A Debate in light of China-EU FDI Flows*, EU Parliamentary Briefing, maggio 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS\\_BRI\(2017\)603941\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI(2017)603941_EN.pdf). Tra il 2000 e il 2019 le principali operazioni di IDE in Cina hanno riguardato Regno Unito, Germania, Italia e Francia, si vedano KRATZ, HUOTARI, HANEMANN, *Rebecca Arcesati, Chinese FDI in Europe: 2019 Update, A Report by Rhodium Group (RHG) and the Mercator Institute for China Studies (MERICS)*, aprile 2020, [https://www.merics.org/sites/default/files/2020-05/MERICS-Rhodium%20Group\\_COFDI-Update-2020\\_3.pdf](https://www.merics.org/sites/default/files/2020-05/MERICS-Rhodium%20Group_COFDI-Update-2020_3.pdf).

<sup>(4)</sup> Si veda NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening, Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019. Con riferimento ai meccanismi di screening in Italia, DONATIVI, *Golden Powers. Profili di diritto societario*, Torino, 2019; Dipartimento informazioni per la sicurezza, *Golden Power*, dicembre 2019.

3. In attesa che il Regolamento cominci ad essere applicato a partire dall'11 ottobre 2020, il 25 marzo 2020 la Commissione ha adottato la Comunicazione “[o]rientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti diretti esteri e la libera circolazione dei capitali provenienti da Stati terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell’applicazione del Regolamento UE 2019/452 (Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)”. La “Guida” è stata adottata per far fronte alle preoccupazioni sollevate da più parti in relazione ai rischi connessi all’indebolimento dell’apparato finanziario/economico negli Stati membri dell’UE e a possibili operazioni predatorie volte all’acquisizione di società operanti in settori strategici <sup>(5)</sup>.

L’obiettivo principale è, infatti, quello di tutelare “assets” (definiti strategici) operanti nei settori della sanità, della ricerca medica, della biotecnologia e delle infrastrutture, ma anche quelli che sono altrimenti essenziali per la sicurezza e l’ordine pubblico europeo. La Commissione ha ritenuto opportuno intervenire in quanto sollecitata dalle preoccupazioni sollevate da più parti che soggetti esterni all’UE - compresi i governi nazionali stranieri – avrebbero potuto considerare lo shock economico conseguente alla pandemia un momento opportuno per acquisire aziende e attività critiche nell’UE a prezzi sottovalutati, in considerazione dell’attuale vulnerabilità economica dell’UE <sup>(6)</sup>.

Nella “Guida” la Commissione esorta gli Stati membri a fare pieno uso di tutti i meccanismi di screening degli IED pertinenti per evitare che possano avvenire «tentativi di acquisizione, tramite investimenti diretti esteri, di aziende della filiera dell’assistenza sanitaria (ad esempio per la fabbricazione di dispositivi medici o di

---

<sup>(5)</sup> Si veda, ad esempio, la lettera inviata il 25 marzo 2020 al Presidente dell’Unione Europea dai capi di Governo di Belgio, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Portogallo, Slovenia e Spagna in cui si afferma «[w]e also need to make sure that essential value chains can fully function within the EU borders and that no strategic assets fall prey of hostile takeovers during this phase of economic difficulties. First and foremost, we will put all our efforts to guarantee the production and distribution of key medical equipment and protections, to deliver them in an affordable and timely manner where they are most needed».

<sup>(6)</sup> Viene portato ad esempio il (presunto) tentativo del Governo statunitense di acquisire CureVac, una società tedesca di biotecnologia che potrebbe svolgere un ruolo importante nella ricerca di un vaccino Covid-19.

protezione) o di settori correlati, quale quello degli istituti di ricerca (ad esempio lo sviluppo di vaccini)».

Tuttavia, la Commissione sottolinea che la questione relativa al controllo degli IED (spettante agli Stati membri) va ben oltre il settore sanitario e riguarda, più in generale, le capacità strategiche dell'UE in senso lato che possono essere minacciate a seguito della volatilità e della diminuzione di valore dei titoli presenti nei mercati azionari europei. Come già affermato in una precedente comunicazione del 13 marzo 2020, la Commissione evidenzia l'importanza di «evitare che la crisi attuale porti alla perdita di beni e tecnologie critiche». In buona sostanza si evidenzia, da un lato, il rischio di una perdita di risorse e tecnologie nel settore sanitario e, dall'altro, quello più generale e, non meno rilevante, della perdita di attività strategiche essenziali per la sicurezza dell'Europa. La Commissione, pertanto, esorta gli Stati membri ad utilizzare dei meccanismi nazionali di “screening” per tenere conto dei rischi «per le infrastrutture sanitarie critiche, per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici e per altri settori critici».

Lo scopo della “Guida” appare quello di fornire non solo un quadro in relazione al controllo degli IED nel caso di un'emergenza sanitaria, ma anche di ribadire e di meglio esplicitare gli obblighi del Regolamento IED.

*In primis*, viene rimarcato che il Regolamento riguarda investimenti che «stabiliscono o mantengono legami durevoli e diretti tra investitori di paesi terzi, compresi le entità statali, e le imprese che esercitano un'attività economica in uno Stato membro» senza limiti di soglia o di settore. Gli investimenti cd. di portafoglio sono di regola esclusi, in quanto non comportano un'influenza effettiva sulla gestione della società; tuttavia, una partecipazione qualificata potrebbe sollevare egualmente dei problemi di sicurezza o di ordine pubblico.

Il Regolamento IED lascia in capo agli Stati membri la responsabilità dello screening degli IED, ma prevede un meccanismo per coordinare le operazioni di controllo a livello degli Stati membri. La Commissione può emettere un parere se ritiene che l'investimento sia suscettibile di incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in più di uno Stato membro. In altri termini, viste le interdipendenze nel mercato europeo, gli Stati membri devono coordinarsi tra loro e con la Commissione quando gli IED

possono avere effetti sul mercato unico. Gli Stati membri sono esortati a fare pieno uso degli strumenti a loro disposizione in base al diritto UE e ad utilizzare anche quelli eventualmente già disponibili in base al diritto nazionale. Se un particolare IED può avere un effetto negativo sul mercato interno dell'UE, la "Guida" incoraggia anche la cooperazione tra gli Stati membri. Spetta in ogni caso agli Stati la decisione sul se utilizzare o meno il meccanismo di "screening".

Tuttavia, se il Regolamento in maniera sotterranea incoraggiava gli Stati ad avere un meccanismo di "screening", adesso nella Comunicazione l'invito è ancora più esplicito <sup>(7)</sup>. Si richiede agli Stati che «non dispongono di un meccanismo di controllo, o i cui meccanismi di controllo non riguardano tutte le operazioni pertinenti» di istituire «un meccanismo di controllo completo». In attesa della creazione di un procedimento di controllo gli Stati dovranno avvalersi «di tutte le altre opzioni disponibili per far fronte ai casi in cui l'acquisizione o il controllo di una determinata impresa, infrastruttura o tecnologia comporti un rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico nell'UE, compresi i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche e per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici». Si può ritenere che con l'espressione "opzioni disponibili" la Commissione abbia inteso far riferimento alle altre disposizioni dell'ordinamento interno degli Stati o dell'UE che pur non essendo "un meccanismo di *screening*", tuttavia possano essere funzionali alla salvaguardia dei medesimi interessi. Un esempio è costituito dai diritti speciali detenuti dallo Stato in alcune società (cd. "golden share") che, pur non essendo dei meccanismi di controllo, costituiscono delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali e, pertanto, devono essere necessarie e proporzionate per il conseguimento di obiettivi legittimi di politica pubblica.

In base all'art. 4 – «[f]attori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione» – e del *considerando* n. 13 del Regolamento IED, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione gli effetti (anche potenziali) di un IED a livello di infrastrutture critiche, di tecnologie, dell'approvvigionamento dei fattori produttivi, dell'accesso a informazioni sensibili e della libertà e del pluralismo dei media. Si

---

<sup>(7)</sup> Comunicazione, p. 2.

tratta di una lista ampia e con clausole che consentono agli Stati membri «valutazioni discrezionali e [...] apprezzamenti che presentano un ampio margine di opinabilità»<sup>(8)</sup>. Come è stato, opportunamente sottolineato i meccanismi di cooperazione tra Stati membri e Commissione europea cercano di “ammortizzare” la discrezionalità attraverso la sua condivisione<sup>(9)</sup>.

4. Una questione centrale che viene sollevata nella Comunicazione è quella relativa alla compatibilità delle misure introdotte dagli Stati con la libera circolazione dei capitali. Come noto, l'art. 63 TFUE vieta le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e terzi. Le restrizioni alla circolazione dei capitali devono essere «adeguate, necessarie e proporzionate al conseguimento dei legittimi obiettivi di ordine pubblico».

È molto interessante sottolineare che la Commissione evidenzia che motivi di interesse generale non dovrebbero essere di carattere esclusivamente economico. In altri termini, come evidenziato dalla Corte di giustizia<sup>(10)</sup>, «motivi di natura puramente economica, connessi alla promozione dell'economia nazionale o al buon funzionamento di quest'ultima, non possono servire come giustificazione di un ostacolo a una delle libertà fondamentali garantite dai trattati». Questa precisazione è particolarmente importante alla luce del fatto che in maniera sempre più esplicita le questioni di sicurezza economica dello Stato trovano spazio nei documenti politici dei governi degli Stati e dietro lo schermo della sicurezza economica si celano spesso delle misure meramente protezionistiche.

A prescindere da i meccanismi di screening nazionali anche il diritto UE consente di limitare per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza (art. 65 TFUE) e tra questi vi è sicuramente «la tutela della sanità pubblica che figura tra i motivi imperativi di interesse pubblico che possono giustificare restrizioni alle libertà di

---

<sup>(8)</sup> Si veda CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in Napolitano, cit., p. 118.

<sup>(9)</sup> Sempre CLARICH, *loc. cit.*

<sup>(10)</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 21 dicembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, EU:C:2016:972, punto 72).

circolazione garantite dai Trattati»<sup>(11)</sup>. La Commissione sottolinea, inoltre, che «la protezione dei consumatori, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale e il conseguimento degli obiettivi di politica sociale» potrebbero risultare pertinenti in situazioni di emergenza<sup>(12)</sup>.

Il novero degli interessi pubblici che possono essere presi in considerazione nel caso di operazioni predatorie condotte da attraverso IED non è, dunque, limitato e nel caso di movimenti di capitali in provenienza da Stati extra-UE i motivi giustificazione posso essere interpretati in maniera più ampia di quanto non accada per quelli che avvengono all'interno dell'UE<sup>(13)</sup>.

5. La contrazione degli investimenti esteri diretti, da un lato, e le restrittive politiche di controllo sugli investimenti volte a tutelare la nazionalità delle imprese per supposte ragioni di ordine pubblico e di sicurezza, dall'altro, rischiano di produrre un effetto di “auto-avvitamento” con ovvie conseguenze negative sull'economie degli Stati. Non ultima, l'emersione di esigenze di sicurezza di natura puramente economica rischia di ampliare a dismisura i motivi imperativi di interesse generale che possono determinare limitazioni alla circolazione dei capitali e alle operazioni degli IED.

Il rischio è quello di compromettere alcuni capisaldi dell'ordinamento UE sul piano della libertà di circolazione dei capitali e di ridurre ulteriormente l'ammontare degli investimenti esteri in Stati, quali l'Italia, che non riescono ad attirare sufficienti capitali stranieri. In questo senso le linee guida della Commissione distinguono molto chiaramente tra le operazioni condotte all'interno dell'UE rispetto a quelle che coinvolgono Stati terzi.

---

<sup>(11)</sup> Corte di giustizia, sentenza del 19 maggio 2009, *Commissione c. Italia*, C-531/06, EU:C:2009:315, punto 51.

<sup>(12)</sup> Si veda “Guida”, p. 5.

<sup>(13)</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, C-446/04, EU:C:2006:774, punto 171, ove si afferma che « non si può escludere che uno Stato membro possa dimostrare che una limitazione dei movimenti di capitali a destinazione di paesi terzi o in provenienza da essi sia giustificata da un determinato motivo in circostanze in cui tale motivo non potrebbe costituire una giustificazione valida per una restrizione ai movimenti di capitali tra Stati membri».

Le scelte che sono state operate negli ultimi anni in numerosi Stati membri sono nel senso di un aumento dei controlli. In taluni casi potrebbe ritenersi che le disposizioni legislative non sono state sufficientemente meditate sotto l'aspetto della loro compatibilità con il diritto UE. Le scelte politiche in alcuni casi sono volte ad ottenere un effetto di deterrenza più che a garantire la compatibilità con il diritto UE. In questo senso si può forse affermare che si preferisce la deterrenza alla legalità.



L'EFFETTO DEL COVID-19 SULL'ACCESSO DEGLI  
INVESTIMENTI STRANIERI:  
LE RECENTI MODIFICHE INTRODOTTE NEL REGIME DI  
"GOLDEN POWER"

Maria Rosaria Mauro

SOMMARIO: 1. Introduzione: gli effetti della pandemia sulle regole in materia di investimenti stranieri. – 2. Il regime europeo. – 3. Il regime italiano. – 3.1. L'evoluzione del regime. – 3.2. Il regime giuridico previsto dal decreto-legge n. 21 e successive modifiche. – 3.3. Le novità introdotte dal Decreto liquidità in materia di "golden power". – 4. Implicazioni delle recenti modifiche e possibili sviluppi

1. La grave e inaspettata condizione di emergenza sanitaria ed economica, che si è determinata a seguito della pandemia di Covid-19, ha indotto la maggior parte degli Stati della comunità internazionale ad adottare misure urgenti di natura straordinaria <sup>(1)</sup>. Alcuni dei provvedimenti decisi, giustificati con l'esigenza di tutelare la "sicurezza nazionale", sono stati pensati in funzione di una protezione di settori chiave o, in questo periodo, particolarmente vulnerabili dell'economia nazionale, potendo quindi incidere sulle relazioni economiche con gli altri Stati, in particolare sui flussi internazionali di investimenti.

La nozione di "sicurezza nazionale" è ben radicata nel diritto internazionale, che riconosce a ogni Stato il diritto a difendere il proprio territorio e la propria collettività <sup>(2)</sup>. La necessità di tutelare i propri «interessi essenziali di sicurezza», in particolare, è spesso prevista quale eccezione nei trattati internazionali in materia di

---

<sup>(1)</sup> Si veda al riguardo il documento *Covid-19 Government Measures Guide*, aggiornato al 1° giugno 2020, reperibile nel sito [https://www.thomsonhine.com/uploads/1345/doc/Country-by-Country\\_Guide\\_-\\_Government\\_Measures\\_Taken\\_in\\_Response\\_to\\_COVID-19.pdf](https://www.thomsonhine.com/uploads/1345/doc/Country-by-Country_Guide_-_Government_Measures_Taken_in_Response_to_COVID-19.pdf).

<sup>(2)</sup> Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*. *I.C.J. Reports*, 1986, pp. 102-103.

commercio e investimenti, fenomeno che ha determinato lo sviluppo di una ricca giurisprudenza internazionale al riguardo <sup>(3)</sup>.

Nel corso del tempo, il concetto di sicurezza nazionale è stato gradualmente esteso, andando oltre quelli che sono gli aspetti militari e di difesa dei confini che ne hanno rappresentato inizialmente il contenuto, includendo tale nozione, sempre più, l'esigenza di tutelare interessi della collettività di altra natura, quali l'ordine pubblico, l'ambiente, la salute e la salvaguardia di settori chiave dell'economia nazionale.

Tale tendenza si è accentuata negli ultimi anni, poiché, nel nuovo contesto geoeconomico emerso <sup>(4)</sup>, la linea di demarcazione tra la "sicurezza" secondo l'accezione tradizionale e la "sicurezza" intesa anche quale salvaguardia degli interessi economici dello Stato si è affievolita <sup>(5)</sup>. Infatti, sempre più spesso vengono attuate misure invocate allo scopo di tutelare la sicurezza nazionale che costituiscono, in realtà, uno strumento di protezione dell'economia nazionale, quali il ricorso all'eccezione della sicurezza nazionale nei rapporti commerciali internazionali, le misure di salvaguardia e le

---

<sup>(3)</sup> Cfr. sul tema, tra gli altri, SWAAK-GOLDMAN, *Who Defines Members' Security Interest in the WTO?*, *Leiden Journal of International Law*, 1996, p. 361 ss.; SCHLOEMANN, OHLHOFF, "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence, *American Journal of International Law*, 1999, p. 424 ss.; AKANDE, WILLIAMS, *International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?*, *Virginia Journal of International Law*, 2003, p. 365 ss.; BURKE-WHITE, VON STADEN, *Investment Protection in Extraordinary Times: the Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, *Virginia Journal of International Law*, 2008, p. 307 ss.; OECD, *Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, May 2009, p. 6; SCHILL, BRIESE, 'If the State Considers': Self-judging Clauses in International Dispute Settlement, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, vol. XIII, p. 61 ss.; DESIERTO, *Necessity and "Supplementary Means of Interpretation" for Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties*, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2010, p. 827 ss.; ALFORD, *The Self-judging WTO Security Exception*, *Utah Law Review*, 2011, p. 697 ss.; WEIß, *Interpreting Essential Security Exceptions in WTO Law in View of Economic Security Interests*, in *Global Politics and EU Trade Policy. European Yearbook of International Economic Law* Weiß, Furculita (eds.), Cham, 2020, p. 255 ss.

<sup>(4)</sup> Si vedano in argomento ROBERTS, CHOERMORAES, FERGUSON, *Toward a Geoeconomic Order*, *Journal of International Economic Law*, 2019, p. 1 ss.

<sup>(5)</sup> Si veda al riguardo BENTON HEATH, *The New National Security Challenge to the Economic Order*, *Yale Law Journal*, 2020, p. 1024 ss.

manipolazioni monetarie con svalutazioni della moneta nazionale (il c.d. “dumping monetario”).

Tale orientamento è andato affermandosi proprio quando una congiuntura economica sfavorevole a livello mondiale ha indotto a mettere in discussione le politiche di stampo neoliberista attuate a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, che avevano fortemente caratterizzato lo sviluppo del diritto internazionale dell’economia fino a epoche recenti e favorito l’idea dell’irreversibilità della c.d. “globalizzazione”.

Già da tempo, invero, nel settore specifico degli investimenti stranieri si è assistito all’adozione da parte degli Stati di misure restrittive di vario tipo. Infatti, al fine di proteggere l’economia nazionale in crisi, diversi Stati si sono avvalsi di strumenti protezionistici più o meno palesi. Espressione di tale tendenza sono, ad esempio, le restrizioni in materia di sicurezza nazionale e proprietà straniera di terreni e risorse naturali, il maggiore controllo sulle acquisizioni a opera di soggetti esteri in società nazionali, in particolare di “assets” strategici e delle imprese tecnologiche, i divieti nei confronti di investimenti effettuati da fondi sovrani, l’istituzione dei c.d. “golden powers” in settori sensibili, l’introduzione o l’inasprimento delle procedure di “screening” degli investimenti.

La procedura di “screening” degli investimenti, in particolare, che in passato caratterizzava essenzialmente (o quasi), le politiche dei paesi in via di sviluppo nei confronti degli investimenti stranieri, è ora di frequente attuata dagli Stati industrializzati <sup>(6)</sup>. Di recente, ad esempio, il Congresso statunitense ha approvato il *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (FIRRMA), che ha esteso l’ambito di applicazione della previgente disciplina in materia e rafforzato i poteri di controllo sugli investimenti esteri del “Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)” <sup>(7)</sup>, soprattutto per il timore che le imprese statunitensi possano essere oggetto di acquisizioni ostili da parte di investitori cinesi.

---

<sup>(6)</sup> Sull’argomento si veda MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, p. 109 ss.

<sup>(7)</sup> Il CFIUS è un organo di controllo interministeriale istituito dal Presidente Gerald Ford nel 1975. Il FIRRMA, firmato dal President Donald Trump il 13 agosto 2018, ha esteso l’ambito di applicazione delle competenze di tale organo, includendovi, ad esempio, gli investimenti che hanno un impatto sui settori delle

A livello europeo, inoltre, ben 14 dei 27 Stati membri dell'UE hanno, attualmente, un meccanismo di controllo degli investimenti stranieri <sup>(8)</sup>. Nel settembre 2016, pure il Governo del Regno Unito ha deciso di ampliare i propri poteri per proteggere la sicurezza nazionale in caso di acquisizioni straniere rischiose per l'economia nazionale. Il 24 luglio 2018, il Department of Business, Energy and Industrial Strategy ha pubblicato il *National Security and Investment White Paper* <sup>(9)</sup>, in cui si propone un'espansione del meccanismo nazionale di controllo degli investimenti stranieri. Il documento è stato sottoposto a una consultazione pubblica a seguito della quale il Governo ha comunicato l'intenzione di introdurre regole in materia di "screening" degli investimenti stranieri applicabili quando emergono questioni di sicurezza nazionale.

Infine, il 19 marzo 2019, il Consiglio e il Parlamento dell'UE hanno adottato un regolamento per la disciplina dello "screening" a

---

infrastrutture e delle tecnologie critiche (tra cui le attività legate al mantenimento e alla raccolta di dati sensibili relativi a cittadini statunitensi), la cui diffusione o il cui utilizzo possa compromettere la sicurezza nazionale, anche qualora non venga acquisito il controllo dell'impresa stabilita negli Stati Uniti da parte di un soggetto straniero. Inoltre, rientrano ora nell'attività di controllo del CFIUS pure le operazioni, i trasferimenti, i contratti o gli accordi che si ritengano essere stati realizzati per finalità elusive della disciplina in materia di investimenti esteri. Infine, è previsto un obbligo di notifica per le acquisizioni a opera di soggetti stranieri qualora vi sia un «interesse sostanziale», diretto o indiretto, di un Governo estero e l'operazione riguardi infrastrutture o tecnologie critiche ovvero dati sensibili di cittadini statunitensi. Si vedano sull'argomento GEORGIEV, *The Reformed CFIUS Regulatory Framework: Mediating between Continued Openness to Foreign Investment and National Security*, *Yale Journal on Regulation*, 2008, p. 125 ss; CONNELL, HUANG, *An Empirical Analysis of CFIUS: Examining Foreign Investment Regulation in the United States*, *Yale Journal of International Law*, 2014, p. 131 ss.; MANN, *The Global Rush Toward Foreign Direct Investment Screening: Lessons from the United States*, in *Foreign Direct Investment Screening* Napolitano (a cura di), Bologna, 2020, p. 15 ss.; GUACCERO, *Compliance e tutela degli investimenti esteri diretti. Spunti di comparazione tra Stati Uniti ed Europa*, *ivi*, p. 141 ss.

<sup>(8)</sup> Si tratta di Austria; Danimarca; Finlandia; Francia; Germania; Italia; Lettonia; Lituania; Paesi Bassi; Polonia; Portogallo; Romania, Spagna; Ungheria. Di recente, ha manifestato l'intenzione di inserire regole del genere anche la Repubblica Ceca.

<sup>(9)</sup> Reperibile nel sito <https://www.gov.uk/government/consultations/national-security-and-investment-proposed-reforms>.

livello europeo <sup>(10)</sup>, che è stato di recente seguito da una Comunicazione della Commissione contenente le linee guida per gli Stati membri in materia <sup>(11)</sup>.

La recente emergenza sanitaria ed economica determinata dal Covid-19 ha ulteriormente spinto gli Stati verso un “closed door approach”. Infatti, la pandemia ha messo chiaramente in evidenza il bisogno di ogni Stato di tutelare al massimo le esigenze sanitarie dei propri cittadini, anche attraverso la protezione delle imprese nazionali attive nel settore medico-sanitario (come ad esempio quelle per la produzione di attrezzature e dispositivi medici) <sup>(12)</sup> e della ricerca (per la produzione dei vaccini). Inoltre, i drammatici effetti economici della pandemia e delle conseguenti misure di “lockdown” hanno reso impellente per i Governi il bisogno di preservare le società operanti in settori strategici da possibili acquisti «predatori» a opera di investitori stranieri.

In tale contesto si inserisce il d.l. 8 aprile 2020 n. 23 (il c.d. “Decreto liquidità”) <sup>(13)</sup>, che ha esteso il regime di “golden power”, consentendo al Governo di esercitare i “poteri d’oro” in un maggiore novero di casi e secondo regole più stringenti per gli operatori esteri.

2. L’UE si è dimostrata particolarmente preoccupata per il possibile impatto del Covid-19 sulle imprese europee, che appaiono ora maggiormente esposte al rischio di acquisizioni da parte di investitori di Stati terzi.

---

<sup>(10)</sup> Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019, che “istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione” (*G.U.U.E.* 21 marzo 2019 *L* 79I, p. 1 ss.).

<sup>(11)</sup> Comunicazione C (2020) 1981 def. della Commissione del 25 marzo 2020, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell’applicazione del Regolamento (UE) 2019/452 (Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)* (*G.U.U.E.* 26 marzo 2020 *C* 99 I, p. 1 ss.).

<sup>(12)</sup> Si noti che già il Regolamento 2019/452 ha incluso tra le infrastrutture critiche, in maniera inedita, il settore della salute, quindi le infrastrutture sanitarie. Si veda art. 4, par. 1, lett *a*).

<sup>(13)</sup> D.l. 8 aprile 2020 n. 23, recante “[m]isure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali” (*G.U.* 8 aprile 2020 n. 94), convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020 n. 40 (*G.U.* 6 giugno 2020 n. 143).

Tale eventualità, per di più, si inserisce in un contesto già critico a causa del verificarsi di tre recenti fenomeni. In primo luogo, negli ultimi anni si è registrato un aumento degli investimenti esteri diretti nell'UE a opera di investitori non provenienti da Stati OCSE, concentrati in aggiunta nei settori ad alta tecnologia. Inoltre, si è avuto un incremento degli investimenti da parte di imprese di proprietà di Stati terzi. Infine, i principali partner commerciali dell'UE (Australia, Canada, Giappone e Stati Uniti) hanno rafforzato il proprio sistema di "screening". Perciò, a seguito delle pressioni da parte di alcuni Stati membri <sup>(14)</sup>, l'UE ha deciso di introdurre, per la prima volta nella sua storia, specifiche regole in materia di controllo degli investimenti stranieri. Il 19 marzo 2019, pertanto, è stato adottato il Regolamento (UE) 2019/452.

L'emergenza sanitaria ed economica determinata dalla diffusione del Covid-19 ha, poi, posto ulteriormente il problema della tutela di imprese e attività europee che si sono rivelate particolarmente vulnerabili proprio a causa di tale situazione straordinaria. Perciò, il 25 marzo 2020, ponendosi nel solco già tracciato dal Regolamento (UE) 2019/452, la Commissione Europea ha adottato la Comunicazione contenente gli «[o]rientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti», in cui l'Istituzione evidenzia l'esigenza, emersa a causa della pandemia di Covid-19, di preservare le attività strategiche europee da «acquisti predatori» da parte di investitori esteri.

Nella Comunicazione, la Commissione Europea invita gli Stati membri, dove già esistono meccanismi di "screening", ad applicare pienamente gli strumenti di controllo degli investimenti esteri diretti al fine di limitare i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche, per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici e per altri settori critici. Contestualmente, andando oltre quanto previsto dal Regolamento (UE) 2019/452 <sup>(15)</sup>, essa sprona i membri, che ancora

---

<sup>(14)</sup> Si veda al riguardo GLIUBICH, *Il regolamento europeo per il controllo degli investimenti diretti esteri. Opportunità o occasione mancata per i 'poteri speciali' dell'unione europea?*, in *Golden Power* (a cura di Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza), Roma, 2019, p. 29 ss.

<sup>(15)</sup> Il Regolamento, infatti, non promuove l'adozione di sistemi di *screening* da parte degli Stati membri che ne sono sprovvisti. Cfr. al riguardo NAPOLITANO, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una*

non hanno meccanismi di tal genere o hanno sistemi non adeguati a coprire tutte le operazioni pertinenti, a istituire meccanismi che consentano un controllo completo e, nel frattempo, avvalersi delle azioni possibili per impedire casi in cui l'acquisizione o il controllo di una determinata impresa, infrastruttura o tecnologia comporti un rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico nell'UE, facendo riferimento, in particolare, alle infrastrutture sanitarie critiche e all'approvvigionamento di fattori produttivi critici.

Gli Stati membri vengono, perciò, autorizzati ad adottare misure restrittive necessarie per esigenze di «ordine pubblico o pubblica sicurezza» sulla base dell'art. 65 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in particolare per tutelare la sanità pubblica, la stabilità finanziaria o la fornitura di servizi pubblici essenziali, purché tali misure soddisfino i requisiti di proporzionalità e adeguatezza.

La Commissione ha, dunque, avvertito il bisogno di sollecitare un intervento degli Stati membri, in attesa dell'applicazione del Regolamento 219/452 <sup>(16)</sup>.

Il Regolamento citato è espressione di un cambiamento radicale in materia di investimenti stranieri da parte dell'UE che, ancorata tradizionalmente a posizioni di apertura al riguardo e concentrata per decenni sulla costruzione del mercato unico e la rigida applicazione delle regole in tema di concorrenza, si è trovata esposta al rischio di un controllo straniero di settori europei chiave quali difesa, energia, tecnologia, telecomunicazioni e infrastrutture.

Il Regolamento riconosce la competenza degli Stati membri nel decidere le regole in materia di "screening", stabilendo che essi «possono mantenere, modificare o adottare meccanismi per controllare gli investimenti esteri diretti nel loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico», nel rispetto del principio di non discriminazione nei confronti di Stati terzi e della trasparenza per quanto riguarda le norme, le procedure e i termini temporali del controllo <sup>(17)</sup>. Contestualmente, esso introduce a livello europeo un meccanismo di coordinamento tra gli Stati membri, i quali, peraltro,

---

*sovranità europea nell'arena economica globale, Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, n. 1, p. 9.

<sup>(16)</sup> Il Regolamento è entrato in vigore l'11 aprile 2019 e si applicherà dall'11 ottobre 2020 (art. 17 del Regolamento).

<sup>(17)</sup> Art. 3, paragrafi 1 e 2.

contrariamente a quanto disposto nella recente Comunicazione della Commissione, sembrerebbero, sulla base del Regolamento, anche liberi di decidere di non avere alcun sistema di controllo degli investimenti.

L'ambito di applicazione dello "screening" degli investimenti, che è molto ampio, è determinato in maniera indiretta, facendo riferimento ai fattori che gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione al fine di stabilire se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico. In particolare, si specifica che possono essere valutati i potenziali effetti dell'investimento straniero nei seguenti settori: «a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso quali definiti nell'art. 2, punto 1, del Regolamento (CE) 428/2009 del Consiglio <sup>(18)</sup>, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media» <sup>(19)</sup>. Al fine di valutare il possibile rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione devono, altresì, accertare se «a) l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti; b) l'investitore estero sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o

---

<sup>(18)</sup> Regolamento (CE) 428/2009 del Consiglio del 5 maggio 2009, che "istituisce un regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso" (*G.U.U.E.* 29 maggio 2009 *L* 134, p. 1 ss.).

<sup>(19)</sup> Art. 4, par. 1, del Regolamento (UE) 2019/452.

sull'ordine pubblico in uno Stato membro; o c) vi sia un grave rischio che l'investitore intraprenda attività illegali o criminali»<sup>(20)</sup>.

Come si è osservato, il Regolamento introduce un coordinamento a livello europeo, che si è reso necessario per le divergenze tra le regole nazionali in materia, affidando alla Commissione tale funzione. Perciò, il regime previsto dal Regolamento si fonda su una necessaria cooperazione tra Stati membri e tra questi e la Commissione Europea.

L'intervento della Commissione e degli altri Stati membri segue il controllo effettuato dallo Stato membro meta dell'investimento straniero. Tuttavia, la Commissione e gli altri Stati membri possono intervenire anche riguardo a un investimento che non sia oggetto di una procedura di controllo da parte dello Stato membro ospite.

Nel primo caso, ciascuno Stato membro ha l'obbligo di notificare alla Commissione e agli altri Stati membri ogni investimento straniero sottoposto a controllo, fornendo al riguardo le informazioni necessarie<sup>(21)</sup>. Tali informazioni concernono, nello specifico: «a) l'assetto proprietario dell'investitore estero e dell'impresa in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato, comprese informazioni sull'investitore finale e sulla partecipazione al capitale; b) il valore approssimativo dell'investimento estero diretto; c) i prodotti, i servizi e le attività commerciali dell'investitore estero e dell'impresa in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato; d) gli Stati membri in cui l'investitore estero e l'impresa in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato esercitano attività commerciali pertinenti; e) il finanziamento dell'investimento e la sua fonte, sulla base delle migliori informazioni di cui dispone lo Stato membro; f) la data in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato»<sup>(22)</sup>.

A seguito della notifica a opera dello Stato ospite, vi è la possibilità di un intervento da parte sia degli altri Stati membri sia della Commissione. Infatti, ogni Stato membro può presentare le proprie osservazioni al membro che sta effettuando il controllo,

---

<sup>(20)</sup> Art. 4, par. 2, del Regolamento (UE) 2019/452.

<sup>(21)</sup> Art. 6, par. 1, del Regolamento (UE) 2019/452.

<sup>(22)</sup> Art. 9, par. 2, del Regolamento (UE) 2019/452.

qualora ritenga che l'investimento diretto sottoposto al vaglio possa determinare ricadute sulla sua sicurezza o il suo ordine pubblico. Uno Stato membro può, altresì, formulare osservazioni nel caso in cui abbia informazioni «pertinenti». In entrambe le ipotesi lo Stato membro deve trasmettere le proprie osservazioni anche alla Commissione, che poi notificherà agli altri Stati membri in merito all'avvenuta formulazione di osservazioni <sup>(23)</sup>. Inoltre, pure la Commissione può intervenire, qualora essa ritenga che l'investimento estero diretto oggetto di un controllo possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in più di uno Stato membro o nel caso in cui abbia informazioni pertinenti in relazione a tale investimento estero diretto. In queste circostanze, la Commissione può emettere un parere destinato allo Stato membro che effettua il controllo, anche in assenza di osservazioni da parte di altri Stati membri. La Commissione può, altresì, rendere un parere anche a seguito delle osservazioni espresse da altri Stati membri. In ogni caso, la Commissione emette il parere ove giustificato, quando almeno un terzo degli Stati membri ritiene che un investimento estero diretto possa incidere sulla propria sicurezza o sul proprio ordine pubblico. Pure l'emissione del parere da parte della Commissione è notificata dalla stessa agli altri Stati membri <sup>(24)</sup>. Entro quindici giorni dal ricevimento delle informazioni, gli altri Stati membri e la Commissione devono comunicare allo Stato membro che effettua il controllo la propria intenzione di (rispettivamente) formulare osservazioni o emettere un parere, che vanno inviati entro un termine ragionevole e comunque al più tardi entro 35 giorni dal ricevimento delle informazioni <sup>(25)</sup>. Le osservazioni e i pareri devono essere motivati <sup>(26)</sup>.

Diversa è la procedura di cooperazione prevista per l'ipotesi in cui lo Stato membro non stia esercitando un controllo su un determinato investimento straniero, in quanto non dispone di un meccanismo nazionale di "screening" o, semplicemente, perché tale meccanismo non si applica nel caso specifico.

In questa circostanza, se uno Stato membro ritiene che un investimento estero diretto in programma o già realizzato in un altro

---

<sup>(23)</sup> Art. 6, par. 2, del Regolamento (UE) 2019/452.

<sup>(24)</sup> Art. 6, par. 3, del Regolamento (UE) 2019/452.

<sup>(25)</sup> Art. 6, paragrafi 6 e 7, del Regolamento (UE) 2019/452.

<sup>(26)</sup> Art. 6, par. 5, del Regolamento (UE) 2019/452.

Stato membro, che non è oggetto di un controllo in corso, possa compromettere la sicurezza o l'ordine pubblico nel suo territorio, o se ha informazioni pertinenti al riguardo, può formulare osservazioni allo Stato membro ospite e inviarle contestualmente alla Commissione <sup>(27)</sup>. Quest'ultima pure può emettere un parere, qualora ritenga che l'investimento in questione possa avere un impatto sulla sicurezza o l'ordine pubblico in più di uno Stato membro ovvero se possiede informazioni pertinenti al riguardo. La Commissione può emettere un parere sia a seguito di osservazioni da parte di altri Stati membri sia a prescindere. Peraltro, qualora almeno un terzo degli Stati membri ritenga che un investimento estero diretto possa incidere sulla propria sicurezza o sul proprio ordine pubblico, la Commissione deve emettere il parere <sup>(28)</sup>. Lo Stato membro ospite dell'investimento deve tenere in «debita considerazione» osservazioni e parere <sup>(29)</sup>.

Il Regolamento prevede, infine, una forma specifica di cooperazione per le ipotesi in cui l'investimento straniero possa incidere su progetti o programmi di interesse per l'UE per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico. In tale circostanza, la Commissione può emettere un parere indirizzato allo Stato membro dove l'investimento dovrà essere o è stato effettuato <sup>(30)</sup>. Lo Stato membro in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato dovrà prendere nella massima considerazione il parere della Commissione e giustificare, eventualmente, il fatto di non aver seguito quanto ivi indicato <sup>(31)</sup>. Si viene, quindi, a configurare

---

<sup>(27)</sup> Art. 7, par. 1, del Regolamento (UE) 2019/452.

<sup>(28)</sup> Art. 7, par. 2, del Regolamento (UE) 2019/452.

<sup>(29)</sup> Art. 7, par. 7, del Regolamento (UE) 2019/452.

<sup>(30)</sup> Art. 8, par. 1, del Regolamento (UE) 2019/452. Secondo il par. 3 del medesimo articolo, «[a]i fini del presente articolo, tra i progetti o programmi di interesse per l'Unione figurano quelli che comportano un importo consistente o una quota significativa di finanziamenti dell'Unione o quelli che rientrano nel diritto dell'Unione in materia di infrastrutture critiche, tecnologie critiche o fattori produttivi critici che sono essenziali per la sicurezza e l'ordine pubblico. L'elenco dei progetti o programmi di interesse per l'Unione figura nell'allegato». I progetti e i programmi di interesse indicati sono: i programmi europei GNSS (“Galileo ed EGNOS”); “Copernicus”; “Orizzonte 2020”; le [r]eti transeuropee dei trasporti (TEN-T); le reti transeuropee dell'energia (TEN-E); le reti transeuropee delle telecomunicazioni; il [p]rogramma europeo di sviluppo del settore industriale della difesa; la Cooperazione strutturata permanente (PESCO).

<sup>(31)</sup> Art. 8, par. 2, lett. c), del Regolamento (UE) 2019/452.

rispetto alle ipotesi precedenti una sorta di «cooperazione verticale rafforzata»<sup>(32)</sup>.

3. La situazione di emergenza sanitaria ed economica emersa a causa della pandemia di Covid-19 ha, quindi, accelerato un processo di chiusura verso gli investimenti stranieri già in atto.

In tale contesto generale si collocano anche i vari decreti adottati negli ultimi tre anni dal Governo italiano al fine di rafforzare il regime c.d. di “golden power” e il meccanismo nazionale di “screening”, in particolare, il decreto-legge n. 23.

Scopo dichiarato delle disposizioni in materia contenute nel “Decreto liquidità” è l’esigenza di limitare il rischio di scalate ostili nei confronti non solo di imprese che operano nei settori tradizionalmente considerati sensibili per l’economia nazionale, ma anche in comparti di cui la crisi ha evidenziato l’elevato valore strategico per il paese.

Il decreto-legge n. 23, pertanto, in particolare con gli articoli 15 e 16 di cui al Capo III rubricato “[d]isposizioni urgenti in materia di esercizio di poteri speciali nei settori di rilevanza strategica”, ha introdotto importanti novità nel regime di “golden power”, in relazione a quattro aspetti principali: settori di applicazione dei poteri speciali; nazionalità dell’acquirente; transazioni coperte; procedura.

3.1 Il regime di golden power ha avuto origine da quello c.d. di “golden share”, introdotto dal d.l. 31 maggio 1994 n. 332<sup>(33)</sup>. Il meccanismo della “golden share” garantiva al Governo prerogative particolari che, peraltro, riguardavano esclusivamente le società privatizzate. Tale regime, infatti, fu introdotto proprio a seguito del processo di privatizzazione di importanti imprese *ex statali* durante gli anni novanta e imponeva la previsione all’interno degli statuti delle società da dismettere del mantenimento nelle mani dello Stato di una quota azionaria speciale (“d’oro”, appunto), in virtù della

---

<sup>(32)</sup> Sul punto NAPOLITANO, *Il Regolamento*, cit., p. 15.

<sup>(33)</sup> D.l. 31 maggio 1994 n. 332 (*G.U.* 1 giugno 1994 n. 126, avviso di rettifica *G.U.* 6 giugno 1994 n. 130), recante “[n]orme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni”, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 1994 n. 474 (*G.U.* 30 luglio 1994 n. 177).

quale erano riservati allo Stato importanti poteri nelle società privatizzate operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi<sup>(34)</sup>.

Tuttavia, a seguito dell'intervento delle istituzioni dell'UE, che hanno ritenuto il regime di "golden share" incompatibile con le norme in materia di diritto di stabilimento e libera circolazione dei capitali<sup>(35)</sup>, l'istituto è stato rivisto in modo organico attraverso il d.l. 15 marzo 2012 n. 21<sup>(36)</sup>.

Il nuovo regime è stato ritenuto in accordo con il diritto dell'UE sulla base dei criteri di compatibilità individuati dalla Commissione Europea già in una Comunicazione del 1997<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Art. 2, primo comma del decreto-legge n. 332.

<sup>(35)</sup> Cfr. la sentenza 23 maggio 2000, causa C-58/99, *Commissione c. Italia*, EU:C:2000, 3815, in particolare punto 20. I «poteri speciali» sono stati ritenuti «in grado di ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato» e di conferire «alle autorità italiane un potenziale potere di discriminazione che può essere utilizzato in modo arbitrario» (punto 13). Si segnala anche la sentenza 23 ottobre 2009, causa C-326/07, EU:C:2009, 2317, punti 50-55. Sull'argomento si vedano SAN MAURO, *La disciplina della 'Golden Share' dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07*, *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2009, p. 198 ss.; ID., *La disciplina della nuova golden share*, *Federalismi.it*, 2012, n. 21; BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 57 ss.; COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share. Le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, p. 1019 ss.; GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, 2015; SAN MAURO, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla "golden share" ai "golden powers"*, *Foro amministrativo*, 2015, p. 2951 ss.; LAMANDINI, *Libera circolazione dei capitali, diritto di stabilimento e diritti speciali a favore dello Stato: dalla golden share al golden power*, *Diritto societario europeo e internazionale*, 2016, p. 107 ss.

<sup>(36)</sup> Decreto-legge 15 marzo 2012 n. 21, recante "[n]orme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni" (*G.U.* 15 marzo 2012 n. 63), convertito con modificazioni dalla l. 11 maggio 2012 n. 56 (*G.U.* 14 maggio 2012 n. 111).

<sup>(37)</sup> Comunicazione della Commissione relativa ad *Alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari* (97/C 220/06) (*G.U.C.E.* 19 luglio 1997).

Con il decreto-legge n. 21 si ha, pertanto, il passaggio dal regime di “golden share” a quello di “golden power”, in cui la posizione particolare dello Stato è ora salvaguardata attraverso il riconoscimento al Governo di poteri speciali, che può esercitare, grazie al nuovo istituto, nei confronti di tutte le società, pubbliche o private, che svolgono attività considerate di importanza strategica. Il regime si applica, dunque, a prescindere dal fatto che siano interessate società attualmente o precedentemente partecipate dallo Stato o da altra pubblica amministrazione, quando l’operazione riguarda attività o assetti di società operanti in settori considerati di particolare rilevanza nazionale. Perciò, la posizione peculiare del Governo, da cui deriva l’esercizio di poteri speciali, trova ora il suo fondamento non in una clausola statutaria, ma in una normativa di carattere generale, con il passaggio da un ambito prettamente privatistico a quello del diritto pubblico<sup>(38)</sup>. Si è avuto, pertanto, un cambiamento deciso di prospettiva, nel senso che l’intervento del Governo non è più determinato dall’esigenza di mantenere certi diritti in qualità di *ex monopolista*, bensì dall’assunzione, per la prima volta nell’ordinamento giuridico italiano, del ruolo di organo di controllo degli investimenti stranieri.

---

C 220, p. 15 ss.). Nella Comunicazione la Commissione ribadisce che gli Stati membri possono, in alcuni casi, derogare alle regole generali in materia di diritto di stabilimento e libera circolazione dei capitali, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, adottando sia provvedimenti «discriminatori», ovvero che si applicano esclusivamente agli investitori nazionali di un altro Stato membro, sia provvedimenti «non discriminatori», che si applicano cioè ai propri nazionali e ai nazionali di un altro Stato membro dell’UE. In particolare, secondo la Commissione possono essere ammesse restrizioni discriminatorie nei confronti di investitori di un altro Stato membro, qualora esse riguardino attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri o qualora esse siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. Mentre, i provvedimenti non discriminatori sono consentiti nel rispetto di quattro condizioni: devono applicarsi in modo non discriminatorio; essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico; essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di tale scopo (par. 5).

<sup>(38)</sup> Si veda al riguardo, GAROFOLI, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Foreign Direct Investment Screening*, cit., p. 91 ss.

Il regime di “golden power” è stato via via esteso a nuovi settori dal d.l. 16 ottobre 2017 n. 148 <sup>(39)</sup>, dal d.l. 25 marzo 2019 n. 22 <sup>(40)</sup>, dal d.l. 21 settembre 2019 n. 105 <sup>(41)</sup> e, infine, dal decreto-legge n. 23.

3.2 In virtù del decreto-legge n. 21, il Governo può esercitare a seconda della circostanza, sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori e nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, i seguenti poteri speciali: imporre specifiche condizioni al perfezionamento di determinate operazioni; porre il veto all'adozione di delibere, atti od operazioni; opporsi all'acquisto di partecipazioni.

Mentre il precedente regime di “golden share” faceva genericamente riferimento ai «pubblici servizi», a seguito della censura da parte dell'UE, che contestava anche la genericità delle norme italiane, il decreto-legge n. 21 ha individuato in modo chiaro i comparti in cui il Governo può esercitare i poteri speciali, limitando l'applicazione del regime ai «settori strategici», a loro volta suddivisi in due diverse categorie: i settori della difesa e della sicurezza nazionale, e i settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, disciplinati rispettivamente nell'art. 1 e nell'art. 2 del Decreto.

Il regime giuridico introdotto è, tendenzialmente, sovrapponibile per le due categorie, a eccezione di alcune regole più stringenti applicabili solo alla prima in considerazione della maggiore rilevanza degli interessi nazionali coinvolti.

Inoltre, mentre nei settori della difesa e della sicurezza nazionale è sufficiente che vi sia, quale condizione per l'esercizio

---

<sup>(39)</sup> D.l. 16 ottobre 2017 n. 148, recante “[d]isposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili” (*G.U.* 16 ottobre 2017 n. 242), convertito con modificazioni dalla l. 4 dicembre 2017 n. 172 (*G.U.* 5 dicembre 2017 n. 284).

<sup>(40)</sup> D.l. 25 marzo 2019 n. 22, recante “[m]isure urgenti per assicurare sicurezza, stabilità finanziaria e integrità dei mercati, nonché tutela della salute e della libertà di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione Europea” (*G.U.* 25 marzo 2019 n. 71), convertito con modificazioni dalla l. 20 maggio 2019 n. 41 (*G.U.* 24 maggio 2019 n. 120).

<sup>(41)</sup> D.l. 21 settembre 2019 n. 105, recante “[d]isposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (e di disciplina dei poteri speciali nei settori di rilevanza strategica)” (*G.U.* 21 settembre 2019 n. 222), convertito con modificazioni dalla l. 18 novembre 2019 n. 133 (*G.U.* 20 novembre 2019 n. 272).

dei “golden powers”, una «minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali»<sup>(42)</sup>, nei comparti dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni è richiesta in aggiunta la presenza di «una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti»<sup>(43)</sup>.

In tali circostanze, vi è un obbligo di notifica in capo al soggetto interessato, con la possibilità di esercizio dei poteri speciali da parte del Governo.

Il decreto-legge n. 148 del 2017 ha aggiunto nell’art. 2 del decreto-legge n. 21 anche i «settori ad alta intensità tecnologica», includendo in tale ambito pure (ma non in via esclusiva): le infrastrutture critiche o sensibili (tra cui immagazzinamento e gestione dati e infrastrutture finanziarie); le tecnologie critiche (compresa l’intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la sicurezza in rete, la tecnologia spaziale o nucleare); la sicurezza dell’approvvigionamento di input critici; l’accesso a informazioni sensibili o la capacità di controllare le informazioni sensibili. Inoltre, è stato introdotto un ulteriore criterio di valutazione della rischiosità delle operazioni da parte di soggetti esterni all’UE attivi nel campo delle reti, facendo riferimento anche al «pericolo per la sicurezza e per l’ordine pubblico» in aggiunta alla «minaccia effettiva di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato»<sup>(44)</sup>.

Successivamente, «a]l fine di un aggiornamento della normativa in materia di poteri speciali in conseguenza dell’evoluzione tecnologica intercorsa, con particolare riferimento alla tecnologia 5G e ai connessi rischi di un uso improprio dei dati con implicazioni sulla sicurezza nazionale», il decreto-legge n. 22 del 2019 ha aggiunto l’art. 1-*bis* nel decreto-legge n. 21, volto a includere tra le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale pure i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati su tecnologia 5G ai fini dell’esercizio dei poteri speciali<sup>(45)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Cfr. l’art. 1, comma primo, del decreto-legge n. 21.

<sup>(43)</sup> Cfr. l’art. 2, 3° comma, del decreto-legge n. 21.

<sup>(44)</sup> Cfr. l’art. 14, comma primo, del decreto-legge n. 148.

<sup>(45)</sup> Cfr. l’art. 1, comma primo, del decreto-legge n. 22. Il 2° comma chiarisce che «[l]a stipula di contratti o accordi aventi ad oggetto l’acquisto di beni o servizi

Infine, il decreto-legge n. 105 del 2019 ha esteso l'ambito applicativo dei poteri speciali a ulteriori nuovi settori, sottoponendo all'obbligo di notifica anche l'acquisto a qualsiasi titolo, da parte di un soggetto esterno all'Unione europea, di partecipazioni in società che detengono beni e rapporti nei settori di cui all'art. 4, par. 1, lettere *a*) e *b*), del Regolamento (UE) 2019/452, di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società<sup>(46)</sup>. Inoltre, tale Decreto ha esteso i termini temporali da quindici giorni lavorativi a quarantacinque giorni lavorativi per le operazioni riguardanti i settori strategici originari e a trenta giorni lavorativi per quelli riguardanti la tecnologia 5G <sup>(47)</sup>.

3.3 Il timore di possibili acquisizioni «ostili» di società italiane a opera di investitori stranieri, facilitate dalla diminuzione del valore di mercato delle imprese o dalla riduzione dei loro affari a causa dell'epidemia di Covid-19 e delle conseguenti misure eccezionali di

---

relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle reti inerenti i servizi di cui al comma 1, ovvero l'acquisizione di componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla predetta realizzazione o gestione, quando posti in essere con soggetti esterni all'Unione Europea, sono soggetti alla notifica di cui all'art. 1, comma 4, al fine dell'eventuale esercizio del potere di veto o dell'imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni. A tal fine, sono oggetto di valutazione anche gli elementi indicanti la presenza di fattori di vulnerabilità che potrebbero compromettere l'integrità e la sicurezza delle reti e dei dati che vi transitano». Si veda sul tema CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in *Foreign Direct Investment Screening*, cit., p. 115 ss.

<sup>(46)</sup> Cfr. l'art. 4, 2° comma, del decreto-legge n. 105. Come già menzionato, l'art. 4, par. 1, del Regolamento (UE) 2019/452 individua, alle lettere *a*) e *b*), i seguenti settori: infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; tecnologie critiche e prodotti a duplice uso, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibernautica, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie.

<sup>(47)</sup> Cfr. l'art. 4-*bis* del decreto-legge n. 105 del 2019.

chiusura adottate, ha indotto il Governo a intervenire nuovamente in materia di “golden power” attraverso il “Decreto liquidità” <sup>(48)</sup>.

Il Capo III del decreto-legge n. 23, infatti, prevede una serie di nuove disposizioni urgenti «in materia di esercizio di poteri speciali nei settori di rilevanza strategica», che hanno sia modificato il dettato dell’art. 4-*bis* del decreto-legge n. 105 del 2019 (in attesa della relativa normativa di attuazione) sia introdotto alcune nuove disposizioni nel testo del decreto-legge n. 21 del 2012. Le modifiche sono state poi meglio chiarite tramite l’adozione della l. 5 giugno 2020 n. 40 di conversione del “Decreto liquidità”.

Gli emendamenti apportati, volti ad ampliare l’ambito di applicazione del regime di “golden power” e a irrigidire le regole procedurali, prevedono novità in riferimento ai settori, alla nazionalità dell’acquirente, alle transazioni coperte e alla procedura. In primo luogo, il decreto-legge n. 23, nelle more dell’attuazione dei provvedimenti attuativi del decreto-legge n. 105, ha consentito, con effetto immediato, l’estensione del regime di “golden power” a tutti i settori di rilevanza strategica individuati dall’art. 4 del Regolamento (UE) 2019/452, anche a quelli in riferimento ai quali ancora non era stato previsto l’esercizio dei poteri speciali del Governo (lettere *c*), *d*) ed *e*) dell’articolo suddetto) <sup>(49)</sup>. Pertanto, rientrano ora nel regime settori quali le infrastrutture critiche (tra cui l’energia, i trasporti, l’acqua, la salute e le infrastrutture finanziarie), le tecnologie critiche (tra cui l’intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, le nanotecnologie e le biotecnologie); la sicurezza dell’approvvigionamento di fattori produttivi critici; l’accesso a

---

<sup>(48)</sup> Si veda sull’argomento DONATIVI, *I golden powers nel ‘D.L. Liquidità’*, reperibile nel sito <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1213.pdf>.

<sup>(49)</sup> Cfr. l’art. 15 del decreto-legge n. 23. Viene, in tal modo, chiarito l’ambito di applicazione dell’art. 4-*bis* del decreto-legge n. 105 del 2019 che, in attesa dell’adozione dei decreti attuativi, aveva consentito l’introduzione di un regime transitorio per alcune delle operazioni dirette a incidere sui fattori di cui alle lettere *a*) e *b*) dell’art. 4, par. 1, del Regolamento (UE) 2019/452. Inoltre, il regime di “golden power” è stato esteso dal “Decreto liquidità” anche alle restanti categorie individuate alle lettere *c*), *d*) ed *e*) dello stesso articolo, ovvero i settori relativi a: approvvigionamento di fattori produttivi critici (tra cui l’energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare); accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; libertà e pluralismo dei media.

informazioni sensibili (compresi i dati personali); e la libertà e il pluralismo dei media. In riferimento al settore finanziario, si specifica altresì che sono ivi inclusi «quello creditizio e assicurativo» <sup>(50)</sup>: tale chiarimento si collega all'esigenza, particolarmente avvertita nell'attuale momento di crisi, di impedire che le principali banche e le maggiori compagnie di assicurazione italiane (a partire dalla stessa Generali) possano essere oggetto di scalate, rese più facili a causa della caduta delle loro quotazioni azionarie e della parcellizzazione dell'azionariato.

Con la legge di conversione sono stati definiti meglio alcuni dei settori cui si è recentemente esteso il regime di “golden power”. In particolare, mentre il decreto-legge n. 23 faceva riferimento ai settori finanziario, creditizio e assicurativo, è ora espressamente affermato: «intendendosi compresi nel settore finanziario i settori creditizio e assicurativo». Si è voluto chiarire, inoltre, che il settore sanitario comprende la produzione, l'importazione e la distribuzione all'ingrosso di dispositivi medicali, medicochirurgici e di protezione individuale.

In virtù delle nuove regole, poi, il Governo può esercitare i poteri speciali pure nei confronti di soggetti esteri appartenenti all'UE (anche qualora si tratti di soggetti controllati da un'amministrazione pubblica di uno Stato membro dell'UE), ai quali viene ora esteso l'obbligo di notificare qualsiasi acquisizione di una partecipazione di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo nella società “target” in un settore strategico (ovvero sia i settori tradizionali dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, sia quelli nuovi introdotti dal “Decreto liquidità”) <sup>(51)</sup>. In precedenza, invece, l'obbligo di notifica degli acquisti di partecipazioni era imposto dall'art. 2, 5° comma, del decreto-legge n. 21 soltanto ai soggetti esterni all'UE.

Per i soggetti non appartenenti all'UE, inoltre, l'obbligo di notifica al Governo include, alla luce delle nuove regole, anche le acquisizioni (sia nei settori tradizionali dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, sia in quelli nuovi considerati dal “Decreto liquidità”) che non siano di rilevanza tale da determinare

---

<sup>(50)</sup> Cfr. l'art. 15 del decreto-legge n. 23.

<sup>(51)</sup> Cfr. l'art. 15 del decreto-legge n. 23.

l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società, ma a seguito delle quali l'investitore acquisisca una quota dei diritti di voto o del capitale pari almeno al 10%, anche tenuto conto delle partecipazioni già possedute direttamente o indirettamente, purché il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a 1 milione di euro. Di conseguenza, il regime è ora applicabile pure in riferimento alle PMI. Per i soggetti non appartenenti all'UE è previsto, altresì, un obbligo di notifica specifico e ulteriore in caso di acquisizioni che determinano il superamento delle successive soglie del 15%, 20%, 25% e 50% del capitale <sup>(52)</sup>.

Infine, il decreto-legge n. 23 ha ampliato il novero delle operazioni societarie che possono essere oggetto dei poteri speciali riconosciuti al Governo e per le quali sussiste l'obbligo di notifica. Si tratta, in particolare, delle delibere, degli atti o delle operazioni adottate da un'impresa che detiene beni e rapporti nei settori considerati dall'art. 4, par. 1, del Regolamento (UE) 2019/452, che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità di detti attivi o il cambiamento della loro destinazione <sup>(53)</sup>.

Occorre precisare, peraltro, che le modifiche introdotte in relazione alla nazionalità dell'acquirente, con l'inclusione anche dei soggetti appartenenti all'UE, all'abbassamento delle soglie necessarie per l'applicazione del regime in relazione a soggetti esterni all'UE, nonché al novero delle operazioni sottoposte a obbligo di notifica e possibile esercizio dei poteri speciali sono configurate come misure straordinarie legate alla situazione di emergenza. Infatti, in primo luogo, si specifica che tali regole sono provvisorie, trovando applicazione esclusivamente fino al 31 dicembre 2020. Viene espressamente affermato, inoltre, che le misure introdotte sono finalizzate a «contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti negativi».

---

<sup>(52)</sup> Cfr. l'art. 15 del decreto-legge n. 23. Il riferimento al solo capitale e non anche ai diritti di voto per quanto riguarda le soglie successive al 10% è stato introdotto con la legge di conversione. Tale modifica rispecchia quanto stabilito per le soglie di notifica relativamente ai settori della sicurezza e della difesa, per i quali si richiama esclusivamente la «partecipazione».

<sup>(53)</sup> Cfr. l'art. 15 del decreto-legge n. 23.

Il decreto legge n. 23 chiarisce, altresì, che le disposizioni con efficacia fino al 31 dicembre 2020 si applicano nei confronti di delibere, atti od operazioni, nonché di acquisti di partecipazioni, rilevanti ai fini degli obblighi di notifica per i quali tale obbligo sia sorto nel predetto arco temporale, sebbene la notifica sia stata successiva o sia stata omessa <sup>(54)</sup>.

Per quanto riguarda la procedura, poi, la grande novità è rappresentata dalla previsione della possibilità di un intervento *motu proprio* da parte del Governo, che può ora esercitare i propri poteri anche d'ufficio, sia in caso di violazione dell'obbligo di notifica, sia per motivi di indagine, potendo richiedere informazioni e l'esibizione di documenti a pubbliche amministrazioni, enti pubblici e privati, imprese o altri soggetti. Tale regola, che è stata introdotta in via definitiva e non provvisoria, è volta a rafforzare l'efficacia del sistema stabilito. Infatti, secondo il regime precedente, l'inadempimento dell'obbligo di notifica poteva determinare, unicamente, il ricorso a sanzioni e/o la nullità degli atti posti in essere in violazione dell'obbligo stesso, mentre non era previsto un intervento *ex officio* da parte del Governo. Perciò, secondo il nuovo regime, in caso di mancato rispetto dell'obbligo di notifica, il Governo può esercitare ugualmente i poteri speciali di cui è titolare.

Sempre al fine di preservare il valore delle imprese italiane e garantirne una più ampia tutela da atti predatori, il “Decreto liquidità” ha innovato anche in tema di trasparenza finanziaria, per salvaguardare il controllo azionario delle società da manovre speculative e impedire scalate ostili, dal momento che, nelle condizioni attuali del mercato, l'acquisto grazie a un capitale minimo da parte di terzi di partecipazioni o quote di controllo risulta essere facilitato.

Sono stati attribuiti, perciò, maggiori poteri alla CONSOB, prevedendo ulteriori strumenti di controllo e di intervento, anche nei confronti di operazioni che interessano le PMI. Le recenti modifiche apportate in materia di “golden power” si collegano, pertanto, agli emendamenti all'art. 120 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF), relativo agli obblighi

---

<sup>(54)</sup> Cfr. l'art. 15 del decreto-legge n. 23.

di comunicazione in caso di acquisto di «partecipazioni rilevanti» in società quotate <sup>(55)</sup>.

Il regime previsto dall'art. 120 TUF è stato inasprito attraverso due modifiche. In primo luogo, il decreto-legge n. 23 ha eliminato il riferimento all'«elevato valore corrente di mercato» <sup>(56)</sup>, che non è più in tal modo la condizione per un intervento della CONSOB volto a prevedere un abbassamento delle soglie, ampliando il potere della Commissione di disporre soglie inferiori con riferimento alle società aventi «capitale particolarmente diffuso» e consentendo di fatto l'introduzione di soglie più stringenti pure per le PMI non quotate ad azionariato diffuso.

Pertanto, la CONSOB può abbassare temporaneamente la soglia richiesta per l'applicazione dell'obbligo di notifica delle comunicazioni e includere tra le imprese soggette a tale obbligo anche le società con un azionariato particolarmente diffuso, indipendentemente dalla relativa capitalizzazione marcata, in caso di acquisizione di «partecipazioni rilevanti». Tale disposizione è stata dettata dal bisogno di garantire la trasparenza del mercato societario e dei capitali anche in riferimento alle PMI e non solo a società a elevato valore corrente di mercato, necessità particolarmente avvertita in situazioni di turbolenza e incertezza economica quale quella attuale.

Inoltre, è stata modificata la c.d. “norma anticorriere” introdotta nell'art. 120 TUF nel 2017 <sup>(57)</sup>, applicabile a tutte le società con azioni quotate e non solo a quelle che operano nei settori considerati strategici dal regime di “golden power”, secondo la quale, in caso di acquisto di una partecipazione in emittenti quotati pari o superiore alle soglie del 10, del 20 e del 25 per cento del relativo capitale, il soggetto che effettua le relative comunicazioni

---

<sup>(55)</sup> Le disposizioni in questione sono inserite nell'art. 17 del decreto-legge n. 23, che pure è presente nel Capo III dedicato ai poteri speciali.

<sup>(56)</sup> In precedenza, la CONSOB poteva prevedere, «con provvedimento motivato da esigenze di tutela degli investitori nonché di efficienza e trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali», soglie inferiori al 3 o al 5%, ma solo per un limitato periodo di tempo e in caso di «società a elevato valore corrente di mercato e ad azionariato particolarmente diffuso».

<sup>(57)</sup> Il decreto-legge n. 148 del 2017 ha introdotto nell'art. 120 TUF il nuovo comma 4-*bis*, che impone un'informativa ulteriore rispetto a quella già prevista in materia di assetti proprietari, per rendere trasparenti eventuali tentativi di scalata di emittenti quotati italiani.

deve dichiarare «gli obiettivi che ha intenzione di perseguire nel corso dei sei mesi successivi», dando informazioni su vari aspetti <sup>(58)</sup>. Tale disposizione è stata inserita al fine di accrescere il grado di trasparenza e salvaguardare il corretto funzionamento del mercato, con una maggiore informazione degli stakeholder nelle operazioni di acquisizione societaria. Secondo l'emendamento introdotto dal Decreto liquidità, in caso di società con azionariato particolarmente diffuso, la CONSOB può prevedere temporaneamente, con provvedimento motivato da esigenze di tutela degli investitori nonché di efficienza e trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali, un'ulteriore soglia del 5 per cento del capitale sociale per la dichiarazione degli obiettivi di cui all'art. 120, comma 4-*bis*, TUF.

Tramite la legge di conversione è stato specificato che, fino al 31 dicembre 2020, per i settori agroalimentare e siderurgico le nuove disposizioni introdotte dagli articoli 15, 16 e 17 si applicano anche per perseguire finalità della tutela del mantenimento dei livelli occupazionali e della produttività nel territorio nazionale, venendo in tal modo inserito tale ulteriore parametro di valutazione dell'operazione <sup>(59)</sup>.

4. Il Covid-19 ha determinato una realtà nuova e inaspettata per la maggior parte gli Stati della comunità internazionale, i loro cittadini e le loro imprese. Le gravi ricadute della pandemia in termini umani, economici e sociali sono già evidenti a livello mondiale; tuttavia, il suo impatto a lungo termine sulle economie statali e sulle transazioni economiche internazionali non è ancora completamente emerso <sup>(60)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> In particolare, il dichiarante deve indicare: «a) i modi di finanziamento dell'acquisizione; b) se agisce solo o in concerto; c) se intende fermare i suoi acquisti o proseguirli nonché se intende acquisire il controllo dell'emittente o comunque esercitare un'influenza sulla gestione della società e, in tali casi, la strategia che intende adottare e le operazioni per metterla in opera; d) le sue intenzioni per quanto riguarda eventuali accordi e patti parasociali di cui è parte; e) se intende proporre l'integrazione o la revoca degli organi amministrativi o di controllo dell'emittente».

<sup>(59)</sup> Cfr. l'art. 17, 1-*bis*, del decreto-legge n. 23.

<sup>(60)</sup> Secondo le previsioni dell'OMC, nel 2020 il commercio mondiale di merci potrebbe diminuire tra il 13% e il 32%, a seconda della durata e della gravità della crisi legata al Covid-19. In particolare, le esportazioni dell'UE potrebbero avere

Per fare fronte all'emergenza, gli Stati hanno fatto ricorso a misure straordinarie di diverso tipo e in numerosi campi. Tali misure si giustificano pienamente alla luce dell'eccezionalità e gravità della situazione. Peraltro, occorre riflettere sulle possibili conseguenze dei provvedimenti attuati sugli operatori economici a livello internazionale e, in un'ottica più propriamente giuridica, sul diritto internazionale degli investimenti.

Si può immaginare che le misure eccezionali adottate dagli Stati per fare fronte all'emergenza saranno alla base di procedure arbitrali davanti a tribunali internazionali. I provvedimenti decisi potrebbero comportare per lo Stato la corresponsione di un indennizzo agli investitori stranieri; ciò dipenderà sia dalle circostanze di fatto sia da fattori giuridici quali la presenza di un accordo internazionale sugli investimenti (*International Investment Agreements* – IIAs) e la formulazione delle clausole ivi incluse, ma anche dall'atteggiamento degli arbitri internazionali di fronte a tale inaspettata condizione.

Peraltro, per quanto riguarda, in particolare, le misure restrittive introdotte dagli Stati in materia di accesso degli investimenti stranieri, va ricordato che, a differenza della fase di "post-establishment" dell'investimento, sottoposta a specifici obblighi di

---

un calo tra il 12% e il 33%, mentre le importazioni tra il 10% e il 25% (cfr. WTO, *Trade Set to Plunge as Covid-19 Pandemic Upends Global Econom* reperibile nel sito [https://www.wto.org/english/news\\_e/pres20\\_e/pr855\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/pres20_e/pr855_e.htm)). Inoltre, il FMI stima che la pandemia determinerà sull'economia globale nel 2020 una contrazione pari al -3%, con una situazione di gran lunga peggiore rispetto a quella emersa a seguito della crisi finanziaria del 2008-2009. Per le economie avanzate il decremento dovrebbe essere pari addirittura a -6,1%, mentre per i mercati emergenti e le economie in via di sviluppo tale diminuzione dovrebbe equivalere a -1%. In particolare, secondo le previsioni del FMI l'area Euro sarà fortemente colpita dalla crisi, con una riduzione del PIL del 7,5%; invece, per gli Stati Uniti è prevista una contrazione del 5,9%. Al contrario, il PIL cinese dovrebbe crescere, ma solo dell'1%. Nel mese di aprile, le stime per gli Stati Uniti e l'area Euro sono, rispettivamente, di 8,8 e 7,9 punti percentuali al di sotto delle previsioni fatte dal FMI nel mese di gennaio 2020. A livello globale, la crescita del PIL dovrebbe essere pari a -3%, ovvero 6,3 punti percentuali in meno rispetto alle previsioni del FMI pre-Covid-19. In uno scenario di base, che presuppone che la pandemia svanisca nella seconda metà del 2020, l'economia globale dovrebbe registrare, nel 2021, una crescita del 5,8% (per le economie avanzate l'aumento dovrebbe essere pari al 4,5%, mentre per i mercati emergenti e le economie in via di sviluppo equivarrebbe al 6,6%). Si veda al riguardo IMF, *World Economic Outlook, April 2020: the Great Lockdown*, aprile 2020, reperibile nel sito <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>.

trattamento e protezione imposti allo Stato ospite dal diritto internazionale, consuetudinario e/o convenzionale, la fase di “pre-establishment” è, tradizionalmente, sottratta al diritto internazionale, eccetto che nella prassi convenzionale di alcuni Stati. Il diritto internazionale consuetudinario, infatti, riconosce allo Stato piena libertà in materia di ammissione degli investimenti stranieri <sup>(61)</sup> e anche la maggior parte degli IIAs confermano che l’investimento deve essere effettuato conformemente alle leggi locali per potere poi beneficiare della protezione convenzionale, evidenziando in tal modo che la costituzione dell’investimento deve, prima di tutto, sottostare al diritto interno <sup>(62)</sup>. Le recenti disposizioni in materia di “screening” adottate da numerosi Stati <sup>(63)</sup>, tra cui l’Italia, esprimono

---

<sup>(61)</sup> Sull’argomento si vedano GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 1953, vol. I, Genève, pp. 355-357; VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, 1972, vol. V, Leyden, pp. 417-419; NAFZIGER, *The General Admission of Aliens under International Law*, *American Journal of International Law*, 1983, p. 804 ss.; SHIHATA, *Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment*, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1994, p. 47 ss.; UNCTAD, *Admission et établissement*, New York et Genève, 2000; JUILLARD, *Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements and Freedom of Investment*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2000, p. 322 ss.; SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*<sup>4</sup>, Cambridge, 2017, p. 110 ss.

<sup>(62)</sup> Sul requisito della conformità dell’investimento straniero alle leggi locali, MAURO, *Diritto internazionale dell’economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, pp. 411-415.

<sup>(63)</sup> Il 17 marzo 2020, ad esempio, il Governo spagnolo ha adottato il *Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19*, che estende il regime di controllo degli investimenti esteri diretti in Spagna previsto dalla *Ley 19/2003, del 4 luglio del 2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*. Secondo le modifiche introdotte, è richiesta un’autorizzazione amministrativa preliminare per le transazioni in cui l’investitore acquisisce una partecipazione azionaria pari o superiore al 10% in una società spagnola o il controllo sul suo organo di gestione. Tale autorizzazione è richiesta nelle seguenti ipotesi: l’investitore non è residente nell’UE o negli Stati membri EFTA; pur essendo residente in uno Stato membro dell’UE o in uno Stato EFTA, l’investitore è controllato da un attore non residente; l’investitore è una società estera pubblica o controllata dallo Stato o è un fondo sovrano, indipendentemente dalla sua residenza. L’autorizzazione è prevista se l’investimento riguarda un settore «critico» dell’economia spagnola, individuato sulla base di quanto stabilito nell’art. 4, par. 1, del Regolamento (UE) 2019/452. Invece, l’autorizzazione è

invero la ferma intenzione dei governi di rivendicare pienamente il proprio diritto di assoggettare l'accesso degli investimenti stranieri esclusivamente alla legislazione interna e a eventuali meccanismi di controllo nazionali. Tuttavia, in alcuni casi le regole nazionali in materia di "screening" potrebbero determinare una responsabilità internazionale dello Stato ospite a causa della violazione degli obblighi contenuti negli IIAs da esso conclusi, ad esempio quello di garantire il trattamento nazionale. Come è noto, lo standard del trattamento nazionale impone allo Stato ospite di accordare agli investitori stranieri lo stesso trattamento riservato agli investitori nazionali. I meccanismi di "screening" potrebbero incidere sul rispetto di tale obbligo, nel caso in cui la sua applicazione sia prevista non solo limitatamente alla fase successiva all'accesso, ma anche in riferimento al momento della costituzione dell'investimento. Come si è osservato, in genere negli IIAs non vi sono norme concernenti l'accesso degli investimenti stranieri. Talvolta, è presente quella che è stata definita una «best effort clause»<sup>(64)</sup>, in virtù della quale le Parti contraenti si impegneranno a promuovere gli investimenti reciproci, ma subordinando sempre l'ammissione alla legge dello Stato ospite. Solo negli IIAs conclusi da alcuni Stati, come Australia, Canada e Stati Uniti, invece, gli obblighi di trattamento previsti sono applicabili già nella fase di "pre-establishment" e non solo in quella di "post-establishment". In tale ultima ipotesi, lo Stato è tenuto a non discriminare sia prima che dopo lo stabilimento dell'investitore nel suo territorio. Pertanto, eventuali regole nazionali sul controllo degli investimenti esteri potrebbero avere conseguenze sugli obblighi in materia di trattamento contenuti negli IIAs.

---

sempre necessaria, a prescindere dal settore, nelle seguenti ipotesi: l'investitore è un Governo straniero o un fondo sovrano; l'investitore straniero ha già investito nei settori della sicurezza, della sanità pubblica o delle politiche pubbliche in un altro Stato membro dell'UE; o l'investitore straniero è soggetto a procedimenti amministrativi o giudiziari in qualsiasi Stato per attività illegali.

<sup>(64)</sup> Si vedano al riguardo ROJAS ELGUETA, MAURO, *The Paradoxical Relationship Between 'Foreign Direct Investment Screening' and International Investment Law: What Role for Investor-State Arbitration?*, *Kluwer Arbitration Blog*, 30 aprile 2020, reperibile nel sito [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/30/the-paradoxical-relationship-between-foreign-direct-investment-screening-and-international-investment-law-what-role-for-investor-state-arbitration/?doing\\_wp\\_cron=1591174002.8936200141906738281250&print=pdf](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/30/the-paradoxical-relationship-between-foreign-direct-investment-screening-and-international-investment-law-what-role-for-investor-state-arbitration/?doing_wp_cron=1591174002.8936200141906738281250&print=pdf)

Ciò detto, è molto probabile che la recente pandemia cambierà gli scenari delle relazioni economiche internazionali e, di conseguenza, anche il panorama dal punto di vista giuridico. Seppur in un'ottica diversa, sia gli Stati sia le imprese dovranno modificare il proprio approccio nei confronti dei rischi connaturati nell'investimento ("straniero" o "all'estero", a seconda della prospettiva).

L'introduzione o l'inasprimento dei regimi di "screening" rappresenta un ulteriore prova del radicarsi di un nuovo concetto di sicurezza, collegato a una nozione più ampia di "interessi nazionali" o "interessi pubblici" e alla necessità degli Stati di tenere conto di considerazioni economiche nel valutare la loro sicurezza nazionale. In realtà, la recente pandemia ha imposto agli Stati di interrogarsi su quali siano le imprese di «interesse nazionale», soprattutto in considerazione delle esigenze concrete della collettività nazionale, andando oltre i tradizionali settori strategici nel delimitare il concetto di sicurezza nazionale, i cui confini sono sempre meno definiti e certamente oggetto di un profondo ripensamento.

Va detto, però, che un'interpretazione eccessivamente ampia degli interessi essenziali dello Stato e del contenuto della «sicurezza nazionale» potrebbe avere un grave impatto sul quadro giuridico degli investimenti esteri, creando nuovi ostacoli e determinando la mancanza di certezza del diritto per gli investitori stranieri. Il nuovo approccio nei confronti degli investimenti esteri, seguito a livello nazionale e internazionale, rivela la volontà dello Stato di riaffermare i propri poteri regolatori in questo campo. La consapevolezza che il regime degli investimenti esteri non è più dominato da un unico obiettivo - ovvero la protezione di tali investimenti - è ormai diffusa. Ma l'uso o, meglio, l'abuso dei meccanismi di "screening" potrebbe trasformarsi in uno strumento per la protezione dell'economia nazionale, con gravi conseguenze sui flussi internazionali di investimenti. Come mostra il caso *Huawei*, il confine tra autentica protezione degli interessi di sicurezza, da una parte, e un protezionismo mascherato, dall'altra, è molto labile <sup>(65)</sup>. In effetti, la linea di demarcazione tra la sfera

---

<sup>(65)</sup> Si veda sul caso SCARCHILLO, *Golden Powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, *Diritto del commercio internazionale*, 2020, p. 504 ss.

politica e quella economica è sempre meno definita. Gli sviluppi sopra menzionati potrebbero eliminare i progressi degli ultimi decenni nel regime giuridico degli investimenti. Se l'obiettivo di tale regime, a livello sia interno sia internazionale, continua a essere la promozione dei flussi di investimenti internazionali, in virtù dello loro contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite <sup>(66)</sup>, è fondamentale trovare un equilibrio tra la protezione degli investimenti privati e il diritto sovrano di ciascuno Stato di salvaguardare obiettivi pubblici di interesse generale, come la tutela dei diritti umani, dell'ambiente e della salute, ma anche di settori strategici dell'economia nazionale. Ogni futura riforma del regime degli investimenti esteri dovrebbe mirare a garantire un elevato livello di protezione degli investimenti nel rispetto della "sicurezza", intesa in senso lato, dello Stato ospite, bilanciando le esigenze opposte delle diverse parti interessate e assicurando la certezza del diritto senza il rischio di abusi protezionistici.

È chiaro a tutti che il processo di globalizzazione sta attraversando una fase di crisi o, quanto meno, di cambiamento. Si sta andando verso un nuovo paradigma delle relazioni economiche internazionali, le cui caratteristiche non appaiono ancora ben definite. A partire dal 2008, in realtà, si sta assistendo all'affermazione di un "capitalismo di Stato", con una partecipazione crescente da parte dei governi negli investimenti privati. La crisi economico-finanziaria del periodo 2008-2010 ha favorito l'affermarsi di una "cultura del salvataggio" e il diffondersi dell'idea del necessario intervento pubblico nei settori economici strategici <sup>(67)</sup>. La pandemia ha, ulteriormente, accentuato tale tendenza, come risulta evidente anche dalla recente modifica della disciplina italiana in materia di "golden power". I poteri speciali riconosciuti al Governo, ormai non più collegati al processo di privatizzazione di società in precedenza pubbliche, divengono

---

<sup>(66)</sup> Il contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite è uno dei quattro parametri (insieme all'apporto di capitali, il carattere durevole dell'operazione e la presenza di un certo rischio per l'investitore straniero) individuati dal Tribunale ICSID nel caso *Salini* per delimitare la nozione di «investimento» (cfr. la decisione sulla competenza del Tribunale ICSID del 23 luglio 2001, *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, *International Legal Materials*, 2003, p. 622.)

<sup>(67)</sup> Si veda in argomento SCARCHILLO, *op. cit.*, pp. 496-497.

sempre più uno strumento di controllo esterno, tramite cui lo Stato può agire sugli assetti proprietari e l'attività di tutte le imprese operanti nei settori strategici, assumendo una sovranità decisionale e un nuovo ruolo nell'economia. Tuttavia, occorre un bilanciamento tra le diverse posizioni in gioco, attraverso una più rigorosa interpretazione della nozione di «interesse nazionale», quale condizione effettiva per il maggiore intervento dello Stato nel mercato, al fine di salvaguardare i settori e le imprese nazionali chiave, ma contestualmente non comprimere in modo sproporzionato i diritti degli operatori economici <sup>(68)</sup>. Tale passo è la condizione per stabilire un equilibrio tra il legittimo interesse dello Stato di tutelare i propri interessi essenziali, che potrebbero essere messi a rischio da acquisizioni ostili e predatorie da parte di soggetti stranieri (spesso usati anche come strumento di influenza politica) e l'apertura ai mercati internazionali. Quindi, da una parte, le barriere all'accesso di investitori stranieri devono essere giustificate dalla presenza di effettivi interessi generali, dall'altra, occorrono regole che garantiscano un intervento degli acquirenti stranieri secondo logiche esclusivamente imprenditoriali e non quale testa di ponte di Stati esteri <sup>(69)</sup>.

Per quel che concerne poi nello specifico il “Decreto liquidità”, esso anche conferma l'approccio restrittivo verso gli investimenti stranieri emerso a livello globale già prima della pandemia. Indubbiamente, l'emergenza sanitaria e quella economica hanno reso l'istituto del “golden power” uno strumento di controllo essenziale per scoraggiare acquisizioni predatorie, rese ora più facili per via della posizione più delicata delle imprese e dell'incertezza e della turbolenza del mercato. Tuttavia, le nuove regole suscitano alcune questioni.

In primo luogo, le innovazioni introdotte nel regime di “golden power” potrebbero porre problemi di compatibilità con il diritto dell'UE. Invero, a livello formale, l'estensione del meccanismo di “screening” alle transazioni di soggetti appartenenti ad altri Stati membri dell'UE può essere giustificata da motivi di ordine pubblico

---

<sup>(68)</sup> Cfr. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers tra sovranismo e globalizzazione*, *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2019, p. 172.

<sup>(69)</sup> Si vedano GORDON, MILHAUPT, *China as a “National Strategic Buyer”*: *Towards a Multilateral Regime for Cross-Border M&A*, *Columbia Business Law Review*, 2019, p. 192 ss.

e di sicurezza pubblica sulla base dall'art. 65, par. 1, lett. b), TFUE. In relazione agli investimenti tra gli Stati membri dell'UE, infatti, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia sul diritto di stabilimento e la libera circolazione dei capitali, le libertà fondamentali riconosciute dai trattati possono essere limitate a causa del perseguimento di interessi generali quali la sicurezza nazionale o la sanità pubblica. Tuttavia, le norme nazionali devono consentire agli investitori un esame *ex ante* delle limitazioni relative ai settori e alle operazioni coperte dalle misure restrittive. Uno Stato membro, pertanto, non può semplicemente invocare l'esistenza di un interesse pubblico o nazionale per giustificare determinate misure restrittive. Le nuove disposizioni italiane appaiono, altresì, in contrasto con lo spirito del Regolamento (UE) 2019/452 e della Comunicazione 1981 definitivo, che promuovono un approccio comune nei confronti degli investimenti nell'UE, volto a tutelare la capacità produttiva dell'UE nel suo insieme. Tali atti esprimono l'esigenza di un quadro condiviso a livello europeo; d'altronde, i sistemi nazionali di "screening" rischiano di avere un'efficacia limitata, dal momento che possono esservi acquisizioni in uno Stato membro attraverso imprese di altri membri che non hanno meccanismi di controllo adeguati. Perciò, la cooperazione prevista a livello europeo permette di controllare in maniera più efficace l'impatto sulla sicurezza e sull'ordine pubblico degli investimenti in entrata nei singoli Stati membri.

Inoltre, occorre chiedersi se misure restrittive nei confronti degli investimenti stranieri, in una situazione economica di contrazione del PIL già prima dell'esplosione dell'epidemia, sia la scelta giusta per l'Italia. Gli economisti hanno messo in luce da tempo le performances limitate dell'economia italiana <sup>(70)</sup>, che da quasi tre decenni cresce meno della media degli altri Stati dell'Eurozona. Va anche ricordato che l'Italia è il terzo Stato al mondo per incidenza del debito pubblico sul PIL <sup>(71)</sup>. Infine, vi è un serio problema di perdita costante di posti di lavoro.

---

<sup>(70)</sup> Si vedano ad esempio DI GIORGIO, PARASCANDOLO, *In Search for Growth and Productivity: Analysis and Policy Suggestions for the Italian Economy*, *Rivista bancaria – Minerva Bancaria*, 2010, n. 5-6, p. 31 ss.

<sup>(71)</sup> Alla fine del 2019 il rapporto debito/PIL era pari a circa il 135%; tuttavia, è molto probabile che a fine 2020, a causa della grave recessione già in atto e delle misure adottate dal Governo per farvi fronte, il rapporto supererà il 150% (cfr. al

In realtà, in passato misure di chiusura dell'economia nazionale sono state adottate da numerosi paesi in via di sviluppo, agevolate dalla diffusione di teorie economiche fondate sui concetti di “import substitution” e, in genere, “closed door approach” <sup>(72)</sup>. Com'è noto, tali politiche si sono rivelate fallimentari, con gravi ripercussioni sull'economia nazionale degli Stati che le hanno applicate.

Dopo che gli Stati avranno affrontato lo shock iniziale della pandemia, nuove questioni a più lungo termine emergeranno in relazione alle strade da seguire per trovare un rinnovato equilibrio tra apertura e protezione, interdipendenza e autarchia. In questa incertezza generale vi è, peraltro, una certezza: la pandemia legata al Covid-19 ha evidenziato come la mancanza di cooperazione e, soprattutto, di solidarietà internazionale sia esattamente la strada da non seguire. In tempi di crisi, la tendenza a chiudersi è forte, tuttavia, la storia insegna che l'autarchia rende più vulnerabili. Serve maggiore cooperazione a livello internazionale e non il contrario.

---

riguardo DI GIORGIO, *La vera sfida sono i problemi strutturali*, *Luiss Open*, 28 maggio 2020, reperibile nel sito <https://open.luiss.it/2020/05/28/la-vera-sfida-sono-i-problemi-strutturali/>.

<sup>(72)</sup> Tra gli economisti che hanno sostenuto tali tesi vi sono, in particolare, l'argentino Raúl Prebisch e il cileno Osvaldo Sunkel.



## OBBLIGHI POSITIVI DELLO STATO NELL'EMERGENZA SANITARIA E DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI

Gian Maria Farnelli\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ipotesi di omessa adozione di misure di contenimento di emergenza sanitaria e potenziali violazioni del trattamento giusto ed equo. – 3. *Segue*: potenziali violazioni dello standard della piena protezione e sicurezza. – 4. Possibili difese dello Stato. – 5. Conclusioni.

1. Dall'inizio dell'emergenza sanitaria da Covid-19, la dottrina si è diffusamente interrogata rispetto all'obbligo negativo dello Stato di non cagionare un danno irragionevole all'investitore tramite le misure di contenimento di una emergenza sanitaria <sup>(1)</sup>. Il presente contributo analizza l'altra faccia della medaglia, ossia gli obblighi positivi incombenti su uno Stato rispetto ad investitori stranieri in

---

(\*) Si ringraziano la prof.ssa Acconci per l'organizzazione dell'evento e l'invito, il prof. Tanzi per l'incoraggiamento e gli utili consigli su una versione precedente di questo scritto, la prof.ssa Baroncini per l'incoraggiamento e la prof.ssa Adinolfi e la dott.ssa Faccio per gli utili spunti di riflessione durante il dibattito. Ovviamente, qualsiasi imprecisione ed errore è da imputare solo all'Autore.

(1) Si vedano tra gli altri BENEDETTELLI, *Could Covid-19 emergency measures give rise to investment claims? First reflections from Italy*, GAR Online, 26 marzo 2020, reperibile nel sito <https://globalarbitrationreview.com>; HAILES, *Epidemic Sovereignty? Contesting investment treaty claims arising from coronavirus measures*, EJIL: Talk!, 27 marzo 2020, reperibile nel sito <https://www.ejiltalk.org>; PADDEU, JEPHCOTT, *Covid-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Parts I-II*, EJIL: Talk!, 17 marzo 2020, reperibile nel sito <https://www.ejiltalk.org>; PADDEU, PARLETT, *Covid-19 and Investment Treaty Claims*, Kluwer Arbitration Blog, 30 marzo 2020, reperibile nel sito <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>; WINKLER, *Practical Remarks on the Assessment of Covid-19 as a Force Majeur in International Contracts*, SIDI Blog, 6 maggio 2020, reperibile nel sito <http://www.sidiblog.org>. Per uno studio approfondito sull'interazione tra tutela della salute pubblica e diritto degli investimenti sotto il profilo degli obblighi negativi dello Stato, si vedano VADI, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, New York, 2013; VOON, MITCHEL, *Community Interests and the Right to Health in Trade and Investment Law*, in *Community Interests across International Law* Benvenisti, Nolte, Yalin-Mor (eds.), Oxford, 2018, p. 249.

caso di pandemia. In altre parole, si considera se la mancata adozione di misure di contrasto a una emergenza sanitaria come quella da Covid-19 possa implicare una responsabilità internazionale dello Stato per illecito omissivo sotto il profilo del diritto internazionale degli investimenti.

La esistenza di obblighi positivi dello Stato in questo senso deriva dalla natura di obblighi di diligenza (“due diligence”) degli obblighi in tema di tutela degli stranieri <sup>(2)</sup>. Ciò comporta che lo Stato abbia un generale obbligo di prevenire e reprimere i danni che possano essere arrecati a investitori stranieri <sup>(3)</sup>. Pertanto, l’investitore che possa dimostrare l’inadeguatezza dell’azione statale rispetto ai propri obblighi di tutela e il nesso di causalità tra tale azione inadeguata e un danno subito dal suo investimento avrà diritto al risarcimento.

Queste considerazioni possono essere esemplificate con riguardo all’emergenza da Covid-19. Un rapido riferimento alla contagiosità del virus e al periodo di trattamento della malattia è infatti sufficiente a dare una idea di quanto essa, se lasciata incontrollata, possa avere un significativo impatto sulla capacità economica di una impresa.

Secondo autorevoli studi scientifici, il SARS-CoV-2 ha un numero di riproduzione di base pari tra 2.79 e 3.28 <sup>(4)</sup>. Ciò significa

---

<sup>(2)</sup> Sul punto, si veda, tra gli altri, PISILLO MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States*, *German Yearbook of International Law*, 1992, vol. 35, p. 9.

<sup>(3)</sup> Sulla natura di “due diligence” degli obblighi in materia di investimenti in generale, si vedano DE BRABANDERE, *Host States’ Due Diligence Obligations in International Investment Law*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2015, vol. 42, p. 319; DE NANTEUIL, *Due diligence et investissements étrangers*, in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale: Journée d’études franco-italienne du Mans* Cassella (ed.), Parigi, 2018 p. 93. Più nello specifico, con riguardo al trattamento giusto ed equo e della piena protezione e sicurezza, si vedano BLANCO, *Full Protection and Security in International Investment Law*, Cham, 2019, p. 421 ss.; NEWCOMBE, PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 277; TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, 2008, p. 157; YANNACA-SMALL, *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford, 2018 (2nd ed.), par. 20.101.

<sup>(4)</sup> *Rapid Risk Assessment: Coronavirus disease 2019 (Covid-19) in the EU/EEA and the UK – Ninth Update*, p. 8, reperibile sul sito <https://www.ecdc.europa.eu/>.

che ogni contagiato contagia almeno altre due persone prima di guarire, con un incremento esponenziale del numero di malati. Inoltre, il Covid-19 è caratterizzato da un periodo di trattamento e recupero che secondo l'OMS varia tra le due e le sei settimane <sup>(5)</sup>. In tale periodo, una persona infettata si trova ovviamente impossibilitata a lavorare.

Questi dati rendono evidente come, in assenza di misure di contenimento, il numero dei malati di Covid-19 sarebbe rapidamente aumentato, con un conseguente impatto sul mondo economico in generale e, pertanto, anche sugli investitori stranieri. Solo per fare alcuni esempi, un'impresa potrebbe subire danni a causa della diffusione del Covid-19 per via della riduzione della manodopera disponibile, della riduzione dell'acquisto dei suoi prodotti o della indisponibilità di beni essenziali alla sua attività economica <sup>(6)</sup>.

Stanti questi elementi, un investitore potrebbe invocare la violazione di due standard a fronte dell'inattività o dell'inadeguatezza delle misure adottate da uno Stato nel contrasto di una emergenza sanitaria. In primo luogo, l'investitore potrebbe sollevare una violazione del trattamento giusto ed equo, sia come inadeguatezza in termini di ragionevolezza o proporzionalità delle misure a tutela dell'interesse pubblico alla salute, sia come mancata tutela della legittima aspettativa a un ragionevole profitto. In secondo luogo, l'investitore potrebbe lamentare una violazione dello standard della piena protezione e sicurezza.

2. La dottrina ha individuato tre obblighi principali incombenti sullo Stato di investimento nell'ambito dello standard del trattamento giusto ed equo: garantire un rimedio effettivo contro provvedimenti amministrativi che danneggino l'investitore; evitare il diniego di giustizia; tutelare le legittime aspettative dell'investitore

---

<sup>(5)</sup> OMS, *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)*, p. 14 reperibile nel sito [www.who.int](http://www.who.int).

<sup>(6)</sup> Per una panoramica dei potenziali effetti economici della pandemia da Covid-19, si vedano MALISZEWSKA, MATTOO, VAN DER MENSBRUGGHE, *The Potential Impact of Covid-19 on GDP and Trade. A Preliminary Assessment*, *World Bank Policy Research Working Paper No. 9211* reperibile nel sito <https://www.worldbank.org/>.

(<sup>7</sup>).

Dei tre obblighi appena indicati, ai fini del presente studio si intende analizzare nello specifico la questione della tutela delle legittime aspettative (<sup>8</sup>). Si ritiene in particolare che vengano in considerazione due ordini di aspettative di cui l'investitore potrebbe lamentare una lesione: da un lato, l'aspettativa che lo Stato adotti misure ragionevoli a tutela di un interesse pubblico quale la salute; dall'altro, l'aspettativa che lo Stato tenga un comportamento che non danneggi il "ragionevole profitto" dell'investimento.

La prassi internazionale indica come meritevoli di tutela solo le aspettative che risultino «ragionevoli» e «giustificate» (<sup>9</sup>) in quanto frutto di «chiare rappresentazioni» da parte dello Stato, normalmente sotto forma di una clausola di stabilità, e di un «prudente» apprezzamento da parte dell'investitore di tutte le circostanze rilevanti (<sup>10</sup>). Tale prova della legittimità delle aspettative in

---

(<sup>7</sup>) In questo senso, DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012 (2° ed.), pp. 130-160 e 178 ss.; MCLACHLAN, SHORE, WEINIGER, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, 2017 (2° ed.), p. 296 ss.; TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, 2008, p. 154 ss.

(<sup>8</sup>) La scelta di non trattate in modo specifico la possibilità che la legislazione emergenziale adottata da uno Stato in relazione ad una emergenza sanitaria privi l'investitore di un rimedio effettivo per i danni subiti, o che questi incorra in un diniego di giustizia, corrisponde alla scelta di non trattare gli obblighi negativi in capo allo Stato. Per un approfondimento su questi temi, si rimanda alla dottrina citata *supra*, nota 7.

(<sup>9</sup>) *International Thunderbird Gaming v. United States of Mexico*, UNCITRAL, Award (26 gennaio 2006), par. 147.

(<sup>10</sup>) La giurisprudenza degli investimenti in materia è ampia. Si vedano a titolo esemplificativo *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (16 dicembre 2002), par. 148; *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL, Award (15 novembre 2004), par. 76; *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International Inc v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/1, *Decision on Liability* (3 ottobre 2006) par. 130; *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award (18 agosto 2008), paragrafi 340 e 351; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (5 settembre 2008), paragrafi 161 e 257-263; *Total S.A. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, *Decision on Liability* (27 dicembre 2010), par. 145; *Philip Morris SARL v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 luglio 2016), par. 426; *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Award (2 maggio 2018), par. 360 (1)-(3).

questione non pare difficile.

L'aspettativa che uno Stato adotti misure di contrasto ad un'emergenza sanitaria potrebbe trovare fondamento nelle «chiare rappresentazioni» dello Stato della volontà di tutelare la salute degli individui residenti sul proprio territorio derivanti da disposizioni costituzionali, da una legislazione relativa all'assistenza sanitaria pubblica e dall'adesione a trattati in tema di diritti umani che tutelino la salute. Ciò poiché, come sostenuto in giurisprudenza, per quanto disposizioni normative generali e astratte non possano da sole giustificare una aspettativa dell'investitore <sup>(11)</sup>, un investitore «is entitled to expect that the State will not act in a way which is manifestly inconsistent or unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy)» <sup>(12)</sup>.

Va comunque osservato che, sebbene la prova della legittimità dell'aspettativa all'adozione di misure a tutela della salute pubblica non appaia difficile, la giurisprudenza fa presumere che ben più complessa risulterebbe la dimostrazione che lo Stato abbia materialmente violato tale aspettativa <sup>(13)</sup>.

Un elemento costitutivo della violazione del FET da provare sarebbe la significativa riduzione dei guadagni derivante dalla situazione socio-economica ingenerata dalla mancata adozione delle misure necessarie alla prevenzione, o al contenimento, della epidemia. L'aspettativa ad un ragionevole profitto trova fondamento nell'attività stessa di un investimento. Come giustamente indicato da Ian Brownlie, il ragionevole profitto «constitute the alter ego of the concept of legitimate expectations» poiché «an investment carries the expectation that it will be profitable» <sup>(14)</sup>.

L'aspettativa ad un ragionevole profitto è stata recentemente discussa in giurisprudenza in casi contro la Spagna, ossia *RREEF*

---

<sup>(11)</sup> In questo senso, tra gli altri, *Antaris*, cit., par. 360(6); *Philip Morris*, cit., paragrafi 426-427.

<sup>(12)</sup> *Antaris*, cit., par. 360(13).

<sup>(13)</sup> *Infra*, sezione 4.

<sup>(14)</sup> *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Separate Opinion on the issues at the quantum phases of *CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, C.B.E., Q.C. (14 marzo 2003), par. 58.

(<sup>15</sup>), *Hydro* (<sup>16</sup>) e *PV Investors* (<sup>17</sup>), e in un caso contro l'Italia, *Sunreserve* (<sup>18</sup>). Si tratta di casi relativi alla presunta responsabilità spagnola e italiana per violazione delle legittime aspettative dell'investitore derivante dalla modifica degli incentivi alle energie rinnovabili. I tribunali, pur raggiungendo conclusioni diverse nel merito, hanno sostenuto che esista in astratto un obbligo per lo Stato di garantire all'investitore un ragionevole profitto (<sup>19</sup>) anche a fronte di un legittimo esercizio di potere normativo da parte dello Stato finalizzato all'esigenze di contenere la spesa pubblica (<sup>20</sup>). Il Tribunale in *RREEF*, in particolare, ha sostenuto che, laddove la condotta di uno Stato cagioni una riduzione del profitto dell'investimento al di sotto del «ragionevole profitto», si dovrà ritenere che lo Stato abbia agito in maniera non proporzionata e irragionevole, pertanto violando lo standard del trattamento giusto ed equo, indipendentemente dall'esistenza di un impegno dello Stato in tal senso (<sup>21</sup>).

Nel caso di una emergenza sanitaria, l'investitore dovrà quindi primariamente dimostrare di avere subito un danno collegato da nesso di causalità alla mancata adozione di misure tempestive ed adeguate. Come già indicato, ciò non appare difficile poiché

---

(<sup>15</sup>) *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, *Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum* (30 novembre 2018), par. 387.

(<sup>16</sup>) *Hydro Energy 1 S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/42, *Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum* (9 marzo 2020), par. 690.

(<sup>17</sup>) *The PV Investors v. Spain*, PCA Case No. 2012-14, *Final Award* (28 febbraio 2020), par. 611. Sulla rilevanza della diligenza dell'investitore si veda, tra gli altri, TANZI, *The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith*, in *General Principles of Law and International Investment Arbitration* Gattini, Tanzi, Fontanelli (eds.), Leiden, 2018, p. 193 ss.

(<sup>18</sup>) *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy*, SCC Case No. 132/2016, *Award* (25 marzo 2020).

(<sup>19</sup>) Nel linguaggio dei tribunali, tale ragionevole profitto viene definito «reasonable rate of return».

(<sup>20</sup>) *RREEF*, cit., par. 385.

(<sup>21</sup>) *RREEF*, cit., par. 472. Nello stesso senso, *PV Investors*, cit., par. 648. A favore di questa lettura, si veda FACCIO, *The assessment of the FET standard between legitimate expectations and economic impact in the Italian Renewable Energy Investment Case Law*, *Questions of Int. Law*, 2020, Zoom-in 71.

l'omessa adozione di misure adeguate al contenimento dell'emergenza sanitaria può comportare un danno agli investitori stranieri in virtù della rapida diffusione di un contagio <sup>(22)</sup>. In base a questa considerazione, si può ritenere che l'omessa adozione di tali misure possa rilevare ai fini della lesione della legittima aspettativa ad un ragionevole profitto.

Ovviamente, il punto centrale diventerebbe quantificare la «ragionevolezza» del profitto atteso. Pur potendo operare tale valutazione solo caso per caso, pare condivisibile in via generale la posizione secondo cui il ragionevole profitto è «significantly above a mere absence of financial loss» <sup>(23)</sup>. Pare quindi verosimile che misure quali la sospensione del pagamento delle imposte o l'esistenza di un sistema previdenziale che si faccia carico dei costi di gestione sanitaria dei malati non basti ad escludere la lesione della legittima aspettativa ad un ragionevole profitto. Ciò perché queste misure escludono al massimo una perdita finanziaria dell'investimento, ma non garantiscono alcuna entrata. Piuttosto, ai fini di tale valutazione dovrebbe considerarsi quanto l'inazione o l'inadeguatezza dell'azione statale incida sulla riduzione di capacità economica e produttiva dell'investimento. Sulla base di ciò si potrà fondare eventualmente una responsabilità dello Stato.

3. Passando allo standard della piena protezione e sicurezza, esso notoriamente comporta l'obbligo di diligenza da parte dello Stato nel senso di adottare tutte le misure ragionevolmente necessarie a proteggere l'integrità fisica dell'investitore e dell'investimento <sup>(24)</sup>. Il Tribunale della controversia *Enron* ha

---

<sup>(22)</sup> L'esperienza del Covid-19 è, di nuovo, particolarmente esemplificativa in questo senso. I tre Stati più colpiti al mondo in termini di numero di contagi, ossia Stati Uniti, Brasile e Federazione russa, sono Stati che hanno adottato tardivamente misure di contenimento della pandemia. Un discorso simile si può fare per il Regno Unito, che risulta essere il quinto paese al mondo più colpito. Gli Stati che si sono attivati più rapidamente, quali Danimarca, Francia e Germania, hanno comparativamente avuto meno contagi (fonte: *Coronavirus Statistics: Latest Numbers on Covid-19 Cases and Deaths*, reperibile nel sito <https://www.euronews.com/>).

<sup>(23)</sup> *RREEF*, cit., par. 387. Nello stesso senso, *Hydro*, cit., par. 615.

<sup>(24)</sup> Si vedano, tra gli altri, *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, *Award* (21 febbraio 1997), par. 6.05; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Award* (8

sostenuto che tale obbligo riguardi la tutela dell'integrità fisica di tutto il personale dipendente dell'impresa oggetto di investimento, indipendentemente da una posizione dirigenziale o meno <sup>(25)</sup>. Il Tribunale della causa *Biwater* ha ulteriormente specificato che l'obbligo prevede la garanzia di un «secure physical environment» <sup>(26)</sup>. Pare ragionevole affermare che tale concetto di sicurezza fisica includa anche la sicurezza igienico-sanitaria.

Già partendo da questi precedenti si potrebbe sostenere che lo standard della piena protezione e sicurezza comporti una responsabilità dello Stato di tutelare la salute dei dipendenti dell'investitore, indipendentemente dalle mansioni che svolgono, oltre all'investitore stesso. Elementi ulteriori sono forniti dalla decisione della controversia *Allard v. Barbados*.

In tale controversia, il ricorrente sosteneva di aver subito un danno a causa della mancata attuazione da parte delle Barbados dei propri obblighi internazionali in tema di tutela dell'ambiente. In particolare, il ricorrente sosteneva che tale omissione avesse causato un grave deterioramento del territorio limitrofo alla sua attività «ecoturistica», cagionando pertanto un danno al suo investimento <sup>(27)</sup>.

Ai fini della presente riflessione, giova notare che il Tribunale ha accettato l'argomento del ricorrente. Reiterando che lo standard di trattamento della piena protezione e sicurezza impone allo Stato l'obbligo di adottare misure «ragionevoli», il Tribunale ha aggiunto che per la valutazione della ragionevolezza delle misure «host State's international obligations may well be relevant» <sup>(28)</sup>. In base a tale considerazione, quindi, un investitore potrebbe legittimamente sollevare la questione della violazione dello standard della piena protezione e sicurezza laddove potesse dimostrare di aver subito un

---

dicembre 2000), par. 84; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, *Award* (29 maggio 2003), par. 177; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Partial Award* (17 marzo 2006), paragrafi 483-484; *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, *Award* (31 ottobre 2011), par. 523.

<sup>(25)</sup> *Enron Corp. and Ponderosa Assets L.P. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, *Award* (22 May 2007), par. 286.

<sup>(26)</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, *Award* (24 luglio 2008), par. 729.

<sup>(27)</sup> *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, *Award* (27 giugno 2016), par. 56.

<sup>(28)</sup> *Ibid.*, par. 244.

danno conseguente alla mancata o inadeguata adozione di misure di contenimento di una emergenza sanitaria da parte di uno Stato, nel caso in cui tale inadeguata o mancata azione dello Stato costituisca violazione di altri obblighi internazionali.

4. A fronte di domande arbitrali in linea con gli argomenti appena indicati, uno Stato convenuto potrebbe presentare una difesa di esercizio dei cosiddetti «poteri regolamentari» («regulatory powers») o di non irragionevolezza della mancata adozione di specifiche misure preventive o di contenimento.

La difesa dell'esercizio dei «poteri regolamentari» dello Stato è oggetto di ampia prassi e dibattito dottrinale <sup>(29)</sup>. Essa è stata considerata e accettata da più tribunali, nel senso di sostenere che uno Stato non sia «liable for economic injury that is the consequence of bona fide regulation» <sup>(30)</sup>. I tribunali delle controversie *Saluka* e *Tecmed* hanno sostenuto la natura consuetudinaria dell'eccezione alla responsabilità dello Stato appena indicata <sup>(31)</sup>. Nel caso *Saluka* si è inoltre evidenziata la necessità di tenere a mente «the host State's legitimate right [...] to regulate domestic matters in the public interest» <sup>(32)</sup>.

Sulla base di questa giurisprudenza, uno Stato potrebbe sostenere che la mancata adozione di misure di contrasto a una emergenza sanitaria, essendo per sua natura un atto non discriminatorio, persegua in buona fede l'interesse pubblico a evitare danni al sistema economico del paese. In questo senso, tale mancata adozione potrebbe non costituire *per se* una violazione del trattamento giusto ed equo, in linea con ampia giurisprudenza internazionale <sup>(33)</sup>.

Pur potendo essere ragionevolmente argomentata, tale difesa

---

<sup>(29)</sup> Si vedano, tra gli altri, LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law: the Search for Balance between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Alphen aan den Rijn, 2019; RAJPUT, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, L'Aja, 2018; TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, 2014.

<sup>(30)</sup> *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award* (3 settembre 2001), par. 198.

<sup>(31)</sup> *Saluka*, cit., par. 262; *Técnicas Medioambientales Tecmed*, cit., par. 119.

<sup>(32)</sup> *Saluka*, cit., par. 305.

<sup>(33)</sup> Si veda, tra gli altri, *Belenergia S.A. v Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, *Award* (6 agosto 2019), par. 572.

non pare agevole. La giurisprudenza dei tribunali arbitrali in materia di investimenti stranieri è nel senso di sostenere che sia esclusa la responsabilità dello Stato per misure adottate nell'esercizio di poteri regolamentari se «the action [is] taken bona fide for the purpose of protecting the public welfare, [is] non-discriminatory and proportionate»<sup>(34)</sup>. La mancata adozione di misure di contrasto ad una emergenza sanitaria difficilmente potrebbe essere qualificata come una forma di tutela del benessere pubblico per quanto giustificata da considerazioni economiche. Ciò in base alla considerazione sistemica secondo cui la tutela della salute, strumentale alla tutela della vita, gode di una rilevanza superiore rispetto ai diritti economici nell'assetto dei diritti umani, rispetto ai quali, come sostenuto in *Urbaser*, si deve svolgere una interpretazione sistemica del diritto degli investimenti<sup>(35)</sup>. Parimenti, l'adozione di misure non in linea con le indicazioni dei competenti organismi internazionali o nazionali, e pertanto inadeguate, facilmente fallirebbe il "test" di proporzionalità<sup>(36)</sup>.

Più utilmente uno Stato potrebbe difendersi adducendo la non irragionevolezza della propria condotta. A tale riguardo, si pone una

---

<sup>(34)</sup> *Philip Morris*, cit., par. 305; enfasi aggiunta.

<sup>(35)</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 dicembre 2016), par. 1200. In dottrina si vedano sul punto, tra gli altri, DE BRABANDERE, *Human Rights and Foreign Direct Investment*, in *Research Handbook on Foreign Direct Investment* Krajewski, Hoffmann (eds.), Cheltenham, 2019, p. 619; DUPUY (P.-M.), *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law*, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* Dupuy (P.-M.), Petersmann, Francioni (eds.), Oxford, 2009; FAHNER, HAPPOLD, *The human rights defence in international investment arbitration: exploring the limits of systemic integration*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, vol. 68, p. 741; KARAMANIAN, *Human Rights Dimensions of Investment Law*, in *Hierarchy in International Law: the Place of Human Rights* De Wet, Vidmar (eds.), Oxford, 2012; SANTACROCE, *The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2019, vol. 34, p. 136.

<sup>(36)</sup> Sul "test" di proporzionalità in diritto degli investimenti, si vedano, tra gli altri, KINGSBURY, SCHILL, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, in *International Investment Law* Alvarez (ed.), Leiden-Boston, 2017, p. 1253; VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Cheltenham, 2018.

necessaria distinzione tra l'uso di tale difesa a fronte di una doglianza relativa alla violazione del trattamento giusto ed equo, e rispetto ad una azione per violazione della piena protezione e sicurezza. Tale distinzione si accentua sulla base di una diversa distribuzione dell'onere probatorio nei due casi.

Nel caso di pretesa violazione del trattamento giusto ed equo, il ricorrente dovrà dimostrare la supposta irragionevolezza del comportamento dello Stato, in base all'ordinario criterio di attribuzione dell'onere probatorio "actori incumbit probatio" <sup>(37)</sup>. Tale prova pare ardua. La giurisprudenza è nel senso di ritenere che uno Stato violi questo standard quando la sua azione

[is] manifestly or grossly unfair or unreasonable, [is] arbitrary or discriminatory, constitute[s] a denial of justice in national proceedings in the host State, or that the host State engage[s] in a wilful neglect of duty or a wilful disregard of due process of law, or showed an extreme insufficiency of action falling far below international standards <sup>(38)</sup>.

Tale prova risulta ancora più ardua laddove l'investitore tenti di far valere il mancato rispetto di un obbligo internazionale a tutela di un interesse generale come fonte di danno per il suo investimento.

Nel caso *Bilcon*, in cui l'investitore lamentava la violazione del trattamento giusto ed equo costituita dall'applicazione da parte delle autorità canadesi della legge canadese relativa alla valutazione d'impatto ambientale, il Tribunale ha accolto l'argomento del ricorrente sulla base della dimostrazione che le autorità canadesi avevano tenuto nel caso concreto un comportamento difforme rispetto ad una prassi ben stabilita, che il ricorrente poteva legittimamente aspettarsi sarebbe stata seguita anche nel suo caso <sup>(39)</sup>.

Nel caso *Mesa*, invece, il Tribunale non ha riconosciuto una violazione del trattamento giusto ed equo da parte del Canada per il

---

<sup>(37)</sup> In questo senso, si veda SOURGENS, DUGGAL, LAIRD, *Evidence in International Investment Arbitration*, Oxford, 2018, p. 23 ss.

<sup>(38)</sup> *Sunreserve*, cit., par. 688.

<sup>(39)</sup> *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, *Award on Jurisdiction and Liability* (17 marzo 2015), par. 600.

mancato rispetto dei propri obblighi internazionale in tema di ambiente, limitandosi a rilevare che il convenuto avesse seguito un processo decisionale “razionale” nel decidere di non agire a tutela dell’ambiente<sup>(40)</sup>.

La prassi appena indicata dimostra come il ricorrente che si trovasse a sostenere l’irragionevolezza delle misure adottate rispetto ad una violazione dello standard del trattamento giusto ed equo dovrebbe dimostrare o l’assoluta irrazionalità del procedimento decisionale statale, o una grave difformità da prassi prestabilite. Le difficoltà di una prova simile appaiono evidenti. Non va inoltre dimenticato che, anche laddove il tribunale ritenesse che il comportamento dello Stato sia stato irragionevole, l’eccezionalità di un evento come un’emergenza sanitaria potrebbe influenzare la ragionevolezza delle aspettative dell’investitore nel senso di ridurne la portata. Ciò, poiché si potrebbe sostenere che lo Stato non sia tenuto a garantire l’investitore da situazioni eccezionali e imprevedibili<sup>(41)</sup>.

Ben diversa è la situazione rispetto ad un ricorso fondato sulla violazione dello standard della piena protezione e sicurezza. In questo caso, come sostenuto in dottrina, il ricorrente dovrebbe fornire solo la prova di aver subito un danno ascrivibile all’ambito di applicazione della piena protezione e sicurezza, e del nesso di causalità tra la condotta statale e tale danno<sup>(42)</sup>. Starebbe invece allo Stato dimostrare la propria diligenza<sup>(43)</sup>, ossia la “non irragionevolezza” delle proprie condotte.

La situazione appena indicata appare favorevole, sotto il profilo probatorio, per il ricorrente. Per i motivi già indicati, la diffusione di

---

<sup>(40)</sup> *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, *Award* (24 marzo 2016), par. 672.

<sup>(41)</sup> Si fa riferimento all’ipotesi del c.d. “act of God”, normalmente escluso dalle clausole di garanzia dei contratti di assicurazione. Sul fondamento teorico di questa difesa, si vedano FAURE, JING, WIBISANA, *Industrial Accidents, Natural Disasters and Act of God*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 43, p. 383. Si noti che i problemi posti da questa difesa sono normalmente risolti nei BIT attraverso la cosiddetta “clausola di indennizzo per danni” («compensation-for-losses»). Sul punto si veda PÉREZ-AZNAR, *Investment Protection in Exceptional Situations: Compensation-for-Losses Clauses in IIAs*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2017, vol. 32, p. 696.

<sup>(42)</sup> BLANCO, *op. cit.*, p. 426, e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>(43)</sup> *Ibid.*, p. 425.

una pandemia ricade certamente nell'ambito di applicazione dello standard della piena protezione e sicurezza. Quanto al nesso di causalità, si ritiene che la pleora di studi sulla malattia e sulle sue ricadute economiche fornirebbe ampio materiale per un investitore per argomentare l'esistenza di tale collegamento. Più gravoso risulta invece l'onere probatorio incombente sullo Stato, in particolare laddove questi si fosse discostato dalle indicazioni di competenti organismi nazionali o internazionali, o avesse agito in modo palesemente difforme dalla maggioranza degli altri Stati.

5. Per riassumere, si ritiene in linea di principio sostenibile che il diritto internazionale degli investimenti imponga ad uno Stato obblighi positivi di adozione di misure di contenimento di una emergenza sanitaria. Ciò, in virtù della natura di obblighi di diligenza <sup>(44)</sup> degli obblighi derivanti dagli standard del trattamento giusto ed equo e della piena protezione e sicurezza.

Sotto il profilo del trattamento giusto ed equo, rileva, da un lato, l'obbligo dello Stato di non ledere le legittime aspettative dell'investitore a che lo Stato persegua politiche di interesse pubblico in modo razionale, e, dall'altro, che le azioni dello Stato non impediscano all'investitore di ottenere un ragionevole profitto. Questa seconda aspettativa comporterebbe l'obbligo per lo Stato di adottare misure che riducano la diffusione del contagio per non ridurre la capacità produttiva dell'investimento. Tuttavia, in entrambi i casi, l'investitore dovrebbe dimostrare l'irragionevolezza dell'azione statale, prova che pare ardua alla luce dello standard probatorio richiesto in giurisprudenza.

Sotto il profilo della piena protezione e sicurezza, l'obbligo di garantire la sicurezza fisica della "componente umana" dell'investimento comporterebbe l'obbligo di adottare misure ragionevoli alla tutela della salute dell'investitore e dei dipendenti. Tale ragionevolezza deve essere valutata alla luce di altri obblighi internazionali incombenti sullo Stato, sempre in tema di tutela della salute. In questo caso, si ritiene che spetterebbe allo Stato dimostrare la non irragionevolezza della propria condotta, prova che si ritiene ardua laddove lo Stato abbia disatteso a standard di tutela internazionali.

---

<sup>(44)</sup> *Supra*, nota 3.

Le considerazioni appena svolte non escludono comunque che l'investitore debba dimostrare il nesso causale tra l'inadeguatezza della misura di contenimento dell'emergenza sanitaria e il danno subito. Come già indicato, si ritiene tuttavia che il soddisfacimento di questo onere probatorio risulti semplificato nel caso dell'emergenza sanitaria da Covid-19 in considerazione della pletera di studi sulla malattia e sulle sue ricadute economiche.

Parimenti, le considerazioni appena indicate sugli obblighi positivi non mirano ad escludere una parallela responsabilità dello Stato per inadempimento dell'obbligo negativo di non cagionare un irragionevole danno attraverso misure di contenimento di una emergenza sanitaria. Più semplicemente, l'analisi fornita dimostra che uno Stato che abbia deciso di non adottare alcuna misura di contenimento del contagio rischi di affrontare contenzioso degli investimenti al pari di quegli Stati che abbiano adottato misure di contenimento di un contagio.

Il contemperamento tra gli obblighi positivi e negativi appena indicati sarà oggetto di ampio dibattito nei prossimi mesi e anni. Sarà di sicuro interesse osservare gli esiti dei contenziosi che verranno promossi contro Stati che hanno tempestivamente risposto all'emergenza sanitaria, come Francia, Germania e Italia, comparativamente rispetto a cause promosse contro Stati che hanno risposto tardivamente, o blandamente, quali Brasile, Regno Unito e Stati Uniti <sup>(45)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Prime ipotesi di contenzioso sono già state paventate nei confronti del Messico. Si veda BOHMER, *Changes to Mexico's electricity regulation in light of pandemic prompt threats of investment arbitration claims*, *Investment Arbitration Reporter*, 2020 reperibile nel sito <https://www.iareporter.com>

## L'IMPATTO DEL COVID-19 SUI DIRITTI DEGLI INVESTITORI STRANIERI: LE MISURE DI CONTENIMENTO DELL'EPIDEMIA COME ESPRESSIONE DEL "POWER TO REGULATE" DELLO STATO OSPITE

Giuliana Lampo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il “power to regulate” e la tutela della salute nell’arbitrato in materia di investimenti. – 3. Il “power to regulate” come contenuto di una norma di diritto internazionale generale. – 4. L’esistenza di un margine di apprezzamento statale. – 5. Il “power to regulate” come manifestazione del principio di proporzionalità. — 6. Considerazioni conclusive.

1. Recentemente, l’arbitrato in materia di investimenti ha dovuto fronteggiare una profondissima crisi di legittimità: il diffondersi della percezione che il sistema privilegiasse i diritti degli investitori in danno degli interessi degli Stati ospiti ha portato ad un complessivo ripensamento della struttura di questo settore normativo e ad un vivace dibattito sulla necessità di riequilibrarlo<sup>(1)</sup>. In risposta, la giurisprudenza arbitrale ha iniziato a mostrare una deferenza progressivamente maggiore nei confronti delle scelte statali intese al perseguimento di interessi collettivi essenziali la cui tutela è tanto importante da giustificare, talvolta, la compressione dei diritti degli investitori stranieri. In particolare, molteplici pronunce arbitrali hanno attribuito in via interpretativa agli Stati ospiti un c.d. “power to regulate” (o “police power”), vale a dire un potere di agire in difformità dagli obblighi internazionali di protezione degli investimenti, laddove ve ne sia la necessità per tutelare un interesse pubblico rilevante<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2015*, reperibile nel sito [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf); BROWER, SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, *Chicago Journal of Int. Law*, 2009, p. 471 ss.; WAIBEL, BAUSHAK, CHUNG, ALCHIN (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn/London, 2010; KAHALE III, *Is Investor-State Arbitration Broken?*, *Transnational Dispute Management*, 2012, p. 1 ss.

<sup>(2)</sup> TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Oxford, 2014, p. 33.

Nella situazione di emergenza sanitaria (ed economica) derivante dalla diffusione su scala globale dell'epidemia di Covid-19, il “power to regulate” costituirà verosimilmente un importantissimo strumento nelle mani degli Stati, costretti all'adozione di linee di intervento tempestive e rigorose per tutelare la vita della popolazione le quali, però, potrebbero essere lesive della posizione degli investitori stranieri operanti sul territorio <sup>(3)</sup>. Come è noto, infatti, la posizione di questi ultimi è generalmente tutelata attraverso accordi internazionali in materia di investimenti (*International Investment Agreements – IIAs*), i quali fissano gli standard di trattamento che uno Stato è obbligato a rispettare nell'interazione con investitori aventi la nazionalità degli altri Stati parte del trattato. Tra gli standard più comuni, ad esempio, vi è quello che individua le condizioni per la legittimità di un'espropriazione e, in generale, di qualunque misura che (direttamente o indirettamente) privi un investitore della possibilità di godere del proprio investimento <sup>(4)</sup>; ancora, altra previsione comune è quella che impone un trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri (“fair and equitable treatment” – FET; si tratta di una espressione molto vaga che identifica uno standard costituito da una pluralità di obblighi gravanti sullo Stato ospite, tra i quali quello di rispettare i canoni del giusto processo, il legittimo affidamento degli investitori nella stabilità del quadro normativo esistente al momento della realizzazione dell'investimento, nonché

---

<sup>(3)</sup> Che la situazione di emergenza sanitaria globale legata alla diffusione del Covid-19 inciderà profondamente e per molto tempo anche sull'economia dei paesi colpiti è stato evidenziato sin dalle prime fasi dell'emergenza stessa dalla Conferenza delle Nazioni Unite su Commercio e Sviluppo (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*), la quale ha stimato un calo del flusso di investimenti esteri diretti compreso tra il 30% e il 40% rispetto alle previsioni precedentemente effettuate per il biennio 2020-2021. UNCTAD, *Investment Trends Monitor, Impact of the Coronavirus Outbreak on Global FDI and GVCs: Updated Analysis*, marzo 2020, reperibile nel sito [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeciainf2020d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeciainf2020d3_en.pdf). Si veda, inoltre, UNCTAD, *Investment Policy Monitor, Issue 23*, aprile 2020, reperibile nel sito [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d1_en.pdf).

<sup>(4)</sup> UNCTAD, *Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York/Ginevra, 2012, reperibile nel sito [https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaecia2011d7\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaecia2011d7_en.pdf).

il principio di proporzionalità nell'adozione di una misura statale che interferisca con la posizione soggettiva di un singolo) <sup>(5)</sup>.

Al contempo, è indubbio che le misure adottate dagli Stati per far fronte alla diffusione dell'epidemia di Covid possano incidere negativamente sui diritti degli investitori stranieri, compromettendo irrimediabilmente il godimento e la profittabilità di un investimento. Si pensi, a tal proposito, a misure come la possibilità di requisire beni immobili <sup>(6)</sup>, la sospensione dei collegamenti aerei esclusivamente con alcuni paesi <sup>(7)</sup>, nonché l'individuazione discrezionale da parte dell'esecutivo di attività produttive industriali e commerciali non necessarie delle quali è stato disposto il fermo <sup>(8)</sup>.

Appare di immediata evidenza che misure del tipo di quelle esemplificate possano comprimere i diritti degli investitori stranieri al punto da contravvenire ad uno degli standard di trattamento contenuti negli IIAs ed integrare così una violazione di un obbligo internazionale dello Stato ospitante l'investimento <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Per una analisi del contenuto dello standard in questione si veda PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Heidelberg, 2018.

<sup>(6)</sup> Ad esempio, l'art. 6 Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, “[m]isure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19”, *G.U. Serie Generale* n. 70 del 17 marzo 2020, reperibile nel sito <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg>, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/04/29/20G00045/sg>).

<sup>(7)</sup> Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC), Comunicato stampa n. 7 del 31.01.2020, reperibile nel sito <https://moduliweb.enac.gov.it/Applicazioni/comunicati/comunicato.asp?selpa1=2608&NumCom=7>.

<sup>(8)</sup> Ad esempio, Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 marzo 2020, “ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”, *G.U. Serie Generale* n. 76 del 22 marzo 2020, reperibile nel sito <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/22/20A01807/sg>.

<sup>(9)</sup> Per una prima analisi delle possibili violazioni che secondo la dottrina potrebbero discendere dalle misure adottate dall'Italia si vedano BENEDETTELLI, CORONEO, MINELLA, *Could Covid-19 Emergency Measures Give Rise to Investment Claims? First Reflections from Italy*, *Global Arbitration Review*, 26 marzo 2020, reperibile nel sito <https://globalarbitrationreview.com/article/1222354/could-covid-19-emergency->

Uno Stato che abbia adottato misure che un investitore consideri pregiudizievoli potrebbe essere convenuto in giudizio dinanzi ad un tribunale arbitrale per risponderne: come è noto, infatti, gli accordi in materia di investimenti si caratterizzano spesso per la presenza di clausole arbitrali, attraverso le quali viene attribuita ad un investitore che ritenga lesi i propri diritti la facoltà di agire direttamente nei confronti dello Stato ospite.

Laddove ciò avvenisse, diversi potrebbero essere gli strumenti invocabili dagli Stati per salvaguardare la legittimità delle misure adottate per contrastare l'epidemia di Covid-19 ed escluderne l'illiceità sul piano internazionale. In primo luogo, la facoltà dello Stato di invocare i propri interessi essenziali per sottrarsi alla esecuzione di un obbligo internazionale potrebbe essere disciplinata da apposite clausole pattizie (cc.dd. clausole "Non-Precluded Measures" o clausole NPM); in secondo luogo, come anticipato, le misure in discussione potrebbero ricadere nell'ambito di operatività del c.d. "power to regulate". In aggiunta, gli Stati ospiti potrebbero giustificare la violazione di obblighi contenuti negli IIAs ricorrendo alle cause di esclusione dell'illecito ricostruite dal Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati, adottato dalla Commissione del diritto internazionale<sup>(10)</sup>. In particolare, potrebbe venire in rilievo la previsione in virtù della quale un inadempimento è giustificato laddove causato da una forza irresistibile o un avvenimento imprevedibile, fuori dal controllo dello Stato, che abbia reso allo stesso materialmente impossibile l'esecuzione dell'obbligo (art. 23 del Progetto, rubricato "[f]orza maggiore"); in alternativa, potrebbe rilevare l'esimente rappresentata dallo stato di necessità (art. 25 del Progetto), in forza della quale uno Stato può giustificare la violazione di un obbligo internazionale allorquando essa sia l'unico modo per salvaguardare

---

measures-give-rise-to-investment-claims-first-reflections-from-italy; per una prima analisi di carattere generale e non relativa alle sole misure italiane si vedano BENTO, CHEN, *Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses*, *Kluwer Arbitration Blog*, 8 aprile 2020, reperibile nel sito <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses/>.

<sup>(10)</sup> International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, *ILC Yearbook*, 2001, vol. II, parte 2, p. 76.

un interesse essenziale dello stesso da un pericolo grave ed imminente <sup>(11)</sup>.

Il presente lavoro si soffermerà sulla sola possibilità di ricomprendere le misure adottate dagli Stati per far fronte all'epidemia di Covid-19 nell'ambito di operatività del "power to regulate". In particolare, dopo una introduzione alla categoria e una analisi della rilevanza – nell'ambito della stessa – della tutela della salute pubblica (par. 2), si ricostruirà l'istituto attraverso una individuazione delle diverse modalità con le quali gli si è riconosciuta operatività; nello specifico, attraverso: *i*) l'individuazione di una norma di diritto consuetudinario sul punto (par. 3); *ii*) l'uso del concetto di «margine di apprezzamento» statale (par. 4); *iii*) l'uso del principio di proporzionalità (par. 5).

2. Come già accennato, è possibile che la facoltà di uno Stato di intervenire a tutela di interessi collettivi – tra i quali potrebbe essere ricompresa la salvaguardia della salute pubblica – sia disciplinata da clausole appositamente inserite all'interno degli accordi in materia di investimenti. Sono, queste, le cc.dd. clausole "Non-Precluded Measures" (NPM), vale a dire previsioni che individuano taluni obiettivi di importanza fondamentale per gli Stati (che vanno dalla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica al mantenimento di pace e sicurezza internazionali) e statuiscono che non debba essere preclusa agli stessi la possibilità di adottare misure necessarie alla loro protezione <sup>(12)</sup>. Sempre più spesso, previsioni di

---

<sup>(11)</sup> *Ivi*, p. 80. Per una analisi di ciascuno di questi strumenti si veda LAMPO, *L'impatto delle misure di contenimento dell'epidemia di Covid-19 sui diritti degli investitori stranieri: riflessioni in tema di responsabilità statale*, *Diritto del commercio internazionale*, 2020, n. 3, in corso di pubblicazione.

<sup>(12)</sup> Sulle clausole NPM, in generale, BURKE-WHITE, VON STADEN, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, *Virginia Journal of Int. Law*, 2008, p. 307 ss.; WANG, *The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions*, *ICSID Review*, 2017, p. 447 ss. La tendenza a subordinare la tutela dei diritti degli investitori stranieri a quella di taluni interessi pubblici essenziali e, conseguentemente, ad inserire clausole NPM negli accordi in materia di investimenti è ad oggi sempre più marcata: esempi di clausole di questo tipo sono rappresentati dall'art. 33 del *Model BIT* dell'India nonché dall'art. 12 del *Model BIT* USA. Ancora, una simile previsione è rinvenibile nell'art. IV della bozza del nuovo *Model BIT* italiano (ancora da adottare) provvisoriamente pubblicata in

questo tipo espressamente contemplano l'obiettivo di salvaguardia della salute pubblica tra quelli meritevoli di tutela. È il caso, ad esempio, dell'art. 13 del BIT Iran-Giappone <sup>(13)</sup> nonché dell'art. 33 del BIT Canada-Cina <sup>(14)</sup>. Laddove la tutela della salute della popolazione sia un obiettivo che può essere fatto rientrare nell'ambito di operatività di una clausola NPM, quest'ultima escluderà la applicabilità degli obblighi sanciti dal trattato alle misure adottate per perseguirlo.

Le clausole NPM, tuttavia, in quanto previsioni di natura pattizia, possono essere invocate dai soli paesi che siano stati così avveduti da inserirle nei propri accordi in materia di investimenti <sup>(15)</sup>. Di conseguenza, la prassi arbitrale ha sviluppato, nel corso del tempo, strumenti atti a sopperire alla mancanza di specifiche clausole pattizie che regolamentino il diritto degli Stati ospiti di far valere i propri interessi essenziali. Come già evidenziato, infatti, l'arbitrato in materia di investimenti ha attraversato una profonda crisi di legittimità generata dalla percezione delle pronunce arbitrali come eccessivamente orientate in favore delle parti attrici e degli arbitri come poco disposti a considerare gli interessi non economici

---

PETRANGELI, SILVI, MALAGUTI, *Why and How to Upgrade the Italian Model BIT, Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, p. 396 ss. Ad ogni modo, le clausole NPM non sono affatto una novità nella prassi negoziale degli Stati (ad esempio, una forma di clausola NPM era contenuta nel BIT concluso tra Germania e Pakistan nel 1959 e sostituito nel 2009).

<sup>(13)</sup> «1. Subject to the requirement that such measures are not applied by a Contracting Party in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against, or a disguised restriction on investors of the other Contracting Party and their investments in the Territory of the former Contracting Party, nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent the former Contracting Party from adopting or enforcing measures: (a) necessary to protect human, animal or plant life or health [...].»

<sup>(14)</sup> «2. Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: [...] (b) necessary to protect human, animal or plant life or health [...].»

<sup>(15)</sup> Ad esempio, quasi nessuno degli accordi conclusi dall'Italia contiene previsioni di questo tipo. Una delle pochissime eccezioni era rappresentata dall'art. 12 del BIT India-Italia, terminato però nel 2017. Per una panoramica degli accordi in materia di investimenti dell'Italia, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/103/italy>.

sottesi alla adozione di una misura eventualmente lesiva dei diritti degli investitori stranieri. Come reazione alla generalizzata insofferenza degli Stati nei confronti di questo sistema, i tribunali arbitrali hanno sviluppato vari meccanismi di riequilibrio della posizione di questi. Tra tali meccanismi spicca il riconoscimento del residuo in capo ad uno Stato ospite di un c.d. “power to regulate”, ossia la facoltà di derogare agli obblighi internazionali in materia di protezione degli investimenti per salvaguardare interessi pubblici essenziali.

Tracce dell’applicazione dell’istituto possono essere rinvenute già nella giurisprudenza del Tribunale per i reclami Iran – Stati Uniti, nella quale è talvolta riscontrabile l’affermazione del principio secondo il quale uno Stato non è responsabile del pregiudizio economico causato ai singoli attraverso misure adottate all’interno dei confini del potere di perseguire obiettivi di rilevanza collettiva<sup>(16)</sup>. Tuttavia, non è stato prima degli inizi degli anni 2000 che il “power to regulate” ha iniziato ad essere riconosciuto con maggiore frequenza da parte dei tribunali arbitrali in materia di investimenti, nonostante spesso ad un suo riconoscimento in astratto non si accompagnasse la applicazione nel caso concreto. Emblematico, al riguardo, è il lodo reso nel 2002 nel caso *Marvin Feldman c. Messico*<sup>(17)</sup>: la controversia nasceva dall’applicazione, da parte dello Stato convenuto, di una normativa che impediva al ricorrente – operante nel settore dell’esportazione del tabacco – di beneficiare di alcuni rimborsi fiscali. Il tribunale arbitrale, pur non ritenendolo applicabile nel caso concreto, ha riconosciuto l’esistenza di una norma in virtù della quale

---

<sup>(16)</sup> In questo senso, per esempio, *Iran – U.S. Claims Tribunal, Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case Nos. 128 and 129, *Interlocutory Award* (Award No. ITL 55-129-3), *Iran – U.S. Claims Tribunal Reports*, 1985, vol. IX, p. 248 ss., secondo cui «[i]t is [...] an accepted principle of international law that a State is not liable for economic injury which is a consequence of bona fide ‘regulation’ within the accepted police power of states» (par. 90). Si veda anche, nello stesso senso, *Iran – U.S. Claims Tribunal, Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and The United States of America*, IUSCT Case No. 880, *Award* (Award No. 460-880-2), 29 dicembre 1989, *Iran – U.S. Claims Tribunal Reports*, 1989, vol. XXIII, par. 26, p. 378 ss.

<sup>(17)</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, *Award*, 16 dicembre 2002.

[...] governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this <sup>(18)</sup>.

Attualmente, l'istituto ha trovato un riconoscimento e una diffusione tali da essere espressamente inserito in alcuni trattati internazionali in materia di investimenti, ad esempio, nell'art. 23 del BIT Nigeria-Marocco <sup>(19)</sup>, nonché in alcuni recenti *Model BIT*, ad esempio, nell'art. 5 (5) del *Model BIT* adottato nel 2015 dall'India <sup>(20)</sup>.

Che la categoria degli interessi sufficientemente essenziali da poter essere protetti anche in danno della posizione dei singoli investitori comprenda la protezione della salute della popolazione appare indubbio <sup>(21)</sup>. In primo luogo, si è già sottolineato come la tutela della salute pubblica compaia sempre più spesso tra gli obiettivi che giustificano deroghe agli obblighi contenuti negli accordi in materia di investimenti. In secondo luogo, l'importanza dell'obiettivo è confermata dalla giurisprudenza arbitrale: in questo

---

<sup>(18)</sup> *Ivi*, par. 103.

<sup>(19)</sup> «1. In accordance with customary international law and other general principles of international law, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives».

<sup>(20)</sup> «5.5 Non-discriminatory regulatory measures by a Party or measures or awards by judicial bodies of a Party that are designed and applied to protect legitimate public interest or public purpose objectives such as public health, safety and the environment shall not constitute expropriation under this Article». La menzione del “power to regulate” negli IIAs e nei *Model BIT* si ricollega e si sovrappone alla tendenza, sopra evidenziata, ad inserire clausole di deroga agli impegni pattizi per la tutela di interessi pubblici essenziali. *Supra*, note 12, 13 e 14.

<sup>(21)</sup> Per una analisi approfondita del rapporto tra salute pubblica e diritto internazionale degli investimenti si veda, in generale, VADI, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, London, 2014.

senso, fondamentali appaiono i casi *Chemtura c. Canada* <sup>(22)</sup>, *Philip Morris c. Uruguay* <sup>(23)</sup> e *Urbaser c. Argentina* <sup>(24)</sup>.

Nel primo, in particolare, il tribunale arbitrale ha ritenuto che la decisione dello Stato convenuto di vietare l'uso di prodotti contenenti un insetticida tossico, il lindano, non avesse violato i diritti del ricorrente e, in ogni caso, che fosse stata adottata nel perseguimento del legittimo interesse del Canada alla salvaguardia della vita umana e dell'ambiente <sup>(25)</sup>.

Nel secondo, gli investitori lamentavano l'adozione, da parte dello Stato convenuto, di alcune misure di esecuzione della Convenzione quadro per il controllo del tabacco dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Nello specifico, tali misure avevano impedito la commercializzazione di più di una variante di sigarette per marchio e avevano imposto l'aumento delle dimensioni degli avvisi di salubrità sulle confezioni; misure siffatte avevano costituito, secondo gli investitori, una espropriazione indiretta in violazione dell'art. 5 del BIT Svizzera-Uruguay. Il tribunale arbitrale, tuttavia, ha ritenuto che le misure non potessero essere considerate espropriative in quanto adottate dallo Stato nel legittimo esercizio del suo potere di perseguire il fondamentale obiettivo di tutela della salute pubblica, potere riconosciuto dal diritto consuetudinario <sup>(26)</sup>.

Da ultimo, nel recente caso *Urbaser c. Argentina* – nascente dalla risoluzione di un contratto per la concessione di servizi idrici e di scolo tra la Provincia di Buenos Aires e la società AGBA, di cui Urbaser era azionista – il tribunale arbitrale ha affermato che

The investor is and must be aware of the State's commitment to deal with situations and problems that

---

<sup>(22)</sup> *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Award, 2 agosto 2010.

<sup>(23)</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 luglio 2016.

<sup>(24)</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 dicembre 2016.

<sup>(25)</sup> *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, cit., par. 266.

<sup>(26)</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., paragrafi 290 ss.

may emerge over the time and were impossible to anticipate.

In particolare, nessun investitore può ritenersi

immune from the host State's endeavors to deal with such situations in complying with public interests. If the host State is hit, for instance, by an epidemic threat to the health of a very large amount of people, it has to take all measures required by the situation even if this implies hurting investors' interests, provided that the authorities proceed with deference to those interests and with the aim to restore their efficient preservation as soon as the circumstances so allow <sup>(27)</sup>.

L'esistenza di un potere di intervento statale preordinato alla tutela di obiettivi pubblici (tra i quali la salute della popolazione) risulta quindi indiscussa; notevole incertezza, tuttavia, circonda la natura giuridica dello stesso. L'espressione "power to regulate", infatti, può riferirsi genericamente ad una serie di strumenti tra di loro eterogenei attraverso i quali i tribunali arbitrali hanno riconosciuto la facoltà statale di imporre legittimamente un sacrificio agli investitori stranieri per la difesa di interessi fondamentali della collettività. In particolare, il potere in analisi si è concretizzato attraverso diverse soluzioni applicative: *i*) alcuni tribunali arbitrali hanno ritenuto ormai consolidata una norma di diritto consuetudinario in materia; *ii*) altri, ancora, hanno utilizzato l'istituto del margine di apprezzamento, nato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e in virtù del quale viene riconosciuto agli Stati parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo un certo grado di autonomia nella valutazione delle ragioni che possono giustificare limitazioni ai diritti contemplati dalla Convenzione stessa; tale grado di autonomia, inoltre, è inversamente proporzionale al consenso esistente tra gli Stati parte della Convenzione sulle modalità di tutela del diritto che si intende limitare: quanto più il consenso sarà ampio, tanto meno si potrà restringerne la portata; *iii*) infine, alcuni collegi arbitrali hanno fatto

---

<sup>(27)</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, cit., par. 628.

ricorso al principio di proporzionalità (in virtù del quale la condotta dello Stato ospite non può considerarsi in violazione dei suoi obblighi laddove il sacrificio imposto all'investitore sia proporzionato alla rilevanza dell'obiettivo perseguito dallo Stato stesso) <sup>(28)</sup>. Tutti questi espedienti condividono l'obiettivo di permettere ai tribunali arbitrali un'opera di integrazione degli interessi statali nei trattati in materia di investimenti, facendo sì che condotte assunte per salvaguardare interessi pubblici essenziali non risultino contrarie agli obblighi internazionali dello Stato ospite, pur se pregiudizievoli per gli investitori.

3. Come anticipato, parte della giurisprudenza arbitrale ha ritenuto che il diritto dello Stato ospitante un investimento di perseguire i propri interessi fondamentali eventualmente anche in danno della posizione degli investitori stranieri integrasse il contenuto di una norma di diritto internazionale generale. Una simile conclusione, ad esempio, è stata raggiunta nel già citato caso *Marvin Feldman c. Messico* <sup>(29)</sup> nel quale, tuttavia, il collegio si è limitato ad una generica affermazione circa l'esistenza di una simile norma, senza in realtà compiere alcuna analisi della prassi statale in materia.

Uno dei primi tentativi di ricostruire la prassi a fondamento del "power to regulate" è rinvenibile nel percorso argomentativo a supporto della decisione resa nel caso *Saluka c. Repubblica Ceca* <sup>(30)</sup>: in questo, l'investitore – una società controllata del gruppo bancario Nomura e incorporata nei Paesi Bassi – lamentava la messa in amministrazione controllata di una banca (la IPB) della quale possedeva parte delle quote. A seguito della conseguente perdita di valore del proprio investimento, la società conveniva in arbitrato la Repubblica Ceca ai sensi dell'art. 8 del BIT concluso da quest'ultima con i Paesi Bassi. Il tribunale arbitrale è giunto alla conclusione che le misure adottate dallo Stato convenuto non fossero espropriative; ciò in quanto lo Stato aveva agito nell'interesse di tutela del proprio settore bancario, ossia nell'interesse pubblico e, di conseguenza,

---

<sup>(28)</sup> ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, *Brazilian Journal of Int. Law*, 2017, p. 95.

<sup>(29)</sup> Cit. *supra*, nota 18.

<sup>(30)</sup> *Saluka Investment B. V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Partial Award*, 17 marzo 2006.

legittimamente, esercitando un potere riconoscimento dal diritto internazionale consuetudinario <sup>(31)</sup>. Gli strumenti utilizzati dal tribunale arbitrale per supportare la natura consuetudinaria del “power to regulate” – oltre ad una limitata giurisprudenza sul punto, comprensiva dei casi *Methanex c. USA* <sup>(32)</sup>, *S.D. Myers c. Canada* <sup>(33)</sup>, *Lauder c. Repubblica Ceca* <sup>(34)</sup> e *Tecmed c. Messico* <sup>(35)</sup> – sono stati: i) la *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* la quale, all’art. 10(5), riconosce che

An uncompensated taking of an alien property or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful <sup>(36)</sup>;

ii) la *Draft Convention on the Protection of Foreign Property* dell’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) del 1967, ai sensi della quale misure adottate per il perseguimento di obiettivi «politici, sociali o economici» non sono da considerare espropriative e non danno per ciò vita ad un obbligo

---

<sup>(31)</sup> *Ivi*, paragrafi 253-265.

<sup>(32)</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, *Final Award of the Tribunal on the Jurisdiction and Merits*, 3 agosto 2005, Part IV, Chapter D, par. 7.

<sup>(33)</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, *Partial Award*, 13 novembre 2000, par. 281.

<sup>(34)</sup> *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award*, 3 settembre 2001, par. 198.

<sup>(35)</sup> *Technicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003, par. 119.

<sup>(36)</sup> *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to aliens, prepared by the Harvard Law School (Sohn, Baxter)*, *The American Journal of Int. Law*, 1961, p. 554; *Saluka Investment B. V. v. The Czech Republic*, cit., par. 256.

di compensazione <sup>(37)</sup>; *iii*) infine, il *Third Restatement of the Law of Foreign Relations* degli Stati Uniti del 1987, dal medesimo contenuto <sup>(38)</sup>.

Una argomentazione del tutto analoga è stata sviluppata dal tribunale arbitrale nel più recente caso *Philip Morris c. Uruguay* <sup>(39)</sup>. In questo, come già ricordato, il tribunale arbitrale ha ritenuto che il potere di adottare misure mirate alla salvaguardia della salute pubblica fosse riconosciuto dal diritto consuetudinario <sup>(40)</sup>. A supporto di questa conclusione il collegio arbitrale ha citato – ancora una volta – la *Harvard Draft Convention* <sup>(41)</sup> e il *Third Restatement* <sup>(42)</sup> già presi in considerazione nel caso *Saluka*; in aggiunta, il tribunale ha utilizzato una affermazione contenuta in un *Working Paper* OCSE secondo la quale «[i]t is an accepted principle of customary international law that where economic injury results from bona fide non-discriminatory regulation within the police power of the State, compensation is not required» <sup>(43)</sup>. Da ultimo, il tribunale ha valorizzato precedenti giurisprudenziali quali i già citati *Methanex c. USA*, *Tecmed c. Messico* e lo stesso lodo *Saluka* <sup>(44)</sup>, nonché la circostanza della presenza dell’istituto in alcuni strumenti internazionali quali il *Model BIT* USA del 2012 <sup>(45)</sup>, il *Model BIT*

---

<sup>(37)</sup> Nota all’art. 3, lett. A(1)(a); *Saluka Investment B.V. v. The Czech Republic*, cit., par. 259.

<sup>(38)</sup> American Law Institute, *Restatement (Third) Foreign Relations of the United States*, 1987, vol. I, par. 712, “comment (g)”; *Saluka Investment B.V. v. The Czech Republic*, cit., par. 260.

<sup>(39)</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit.

<sup>(40)</sup> *Ivi*, paragrafi. 290 ss.

<sup>(41)</sup> *Ivi*, par. 292.

<sup>(42)</sup> *Ivi*, par. 293.

<sup>(43)</sup> *Ivi*, par. 294; OECD, “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in *International Investment Law*, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, reperibile nel sito [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_4.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf), p. 5, nota 10.

<sup>(44)</sup> Tutti cit. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., paragrafi 295 ss.

<sup>(45)</sup> Annex B, “Expropriation”, art. 4, lett. b; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 300.

canadese del 2004 <sup>(46)</sup>, l'accordo di libero scambio concluso tra Singapore ed Unione europea <sup>(47)</sup> e l'accordo economico e commerciale globale UE-Canada <sup>(48)</sup>.

L'approccio adottato in entrambi i casi menzionati è stato profondamente criticato dalla dottrina <sup>(49)</sup>. Come è noto, infatti, affinché una norma consuetudinaria di diritto internazionale possa dirsi esistente, è necessaria la presenza di due elementi: un comportamento costante e uniforme tenuto dagli Stati ("diuturnitas") unito alla convinzione della sua necessità e obbligatorietà ("opinio juris sive necessitatis") <sup>(50)</sup>. In questo senso, tuttavia, appare impossibile non osservare come il materiale utilizzato dai tribunali arbitrali per giungere alla conclusione del fondamento consuetudinario del "power to regulate" appaia insufficiente a ricostruire i due elementi, trattandosi di un numero esiguo di strumenti per lo più non vincolanti, inidonei a far emergere una prassi statale sufficientemente ampia da poter assurgere a norma di diritto internazionale generale. Ciò appare tanto più vero laddove si osservi come la quasi totalità della giurisprudenza citata da entrambi i collegi arbitrali a supporto di una simile conclusione non abbia a sua volta condotto alcuna analisi circa il fondamento del "power to regulate", limitandosi ad affermarne genericamente l'esistenza <sup>(51)</sup>.

In ultima analisi, quindi, sebbene l'esistenza di un potere dello Stato di intervenire a tutela di propri interessi pubblici essenziali sacrificando la posizione degli investitori stranieri sia riconosciuta

---

<sup>(46)</sup> Annex B.13(1), lett. c; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 300.

<sup>(47)</sup> Annex 1, art. 2; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 300.

<sup>(48)</sup> Annex 8-A, "Expropriation", art. 3; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 300.

<sup>(49)</sup> ZARRA, *op. cit.*, p. 103; GEORGIEV, *The Award in Saluka Investments v. Czech Republic*, in *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration* in Alvarez, Reisman (eds.), Leiden/Boston, 2008, p. 149 ss.

<sup>(50)</sup> CONFORTI, *Diritto internazionale*<sup>11</sup> (a cura di Iovane), Napoli, 2018, p. 40.

<sup>(51)</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, cit., Part IV, Chapter D, par. 7; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, cit., par. 198; *Technicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, cit., par. 119; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, cit., par. 103; *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, cit., par. 266.

da giurisprudenza e dottrina, quest'ultima ha messo in luce come in realtà la prassi sia ancora troppo esigua per ritenere il “power to regulate” acquisito al diritto internazionale generale <sup>(52)</sup>, potendosi – per alcuni – al più parlare di una tendenza verso la formazione di una norma di tale natura <sup>(53)</sup>.

4. Talvolta, la facoltà di ledere i diritti degli investitori per perseguire un superiore interesse pubblico è stata attribuita agli Stati ospiti attraverso l'uso del c.d. margine di apprezzamento. Come già ricordato, il margine di apprezzamento è un istituto che nasce e si sviluppa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in forza del quale è riconosciuto agli Stati parte alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo un certo grado di autonomia nella identificazione dei motivi che possono giustificare una restrizione della portata di alcuni dei diritti di cui alla Convenzione stessa; l'ampiezza di questo margine di apprezzamento dipende dall'ampiezza del *consensus* tra gli Stati parte alla Convenzione sulle modalità di tutela del diritto che si intende limitare: quanto più diffuso sia l'orientamento legislativo e giurisprudenziale negli Stati contraenti al riguardo, tanto meno si potrà restringere la portata del diritto in discussione <sup>(54)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> ZARRA, *op. cit.*, p. 103; TITI, *Police Powers Doctrine and International Investment Law*, in *General Principles of Law and International Investment Arbitration* Gattini, Tanzi e Fontanelli (eds.), Leiden, 2018, p. 340; ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law*, in *General Interests of Host States in International Investment Law* Sacerdoti, Acconci, Valenti, de Luca (eds.), Cambridge, 2014, p. 179.

<sup>(53)</sup> ZARRA, *op. cit.*, p. 104; TITI, *Police Powers Doctrine and International Investment Law*, cit.

<sup>(54)</sup> Sul margine di apprezzamento, in generale, si vedano SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista di Diritto Int.*, 1991, p. 571 ss.; BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, *New York University Journal of Int. Law and Politics*, 1999, p. 843 ss.; SHANY, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, *European Journal of Int. Law*, 2006, vol. 17, p. 907 ss.; ID., *All Roads Lead to Strasbourg? Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, *Journal of Int. Dispute Settlement*, 2018, vol. 9, p. 180 ss.; BENVENISTI, *The Margin of Appreciation, Subsidiarity and Global*

Nonostante – come più volte ricordato – l’istituto del margine di apprezzamento si sia evoluto attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, questo ha trovato forme di riconoscimento e applicazione anche nell’arbitrato in materia di investimenti.

Ad esempio, nel caso *Continental Casualty c. Argentina* <sup>(55)</sup> – originante dalle misure adottate da quest’ultima per far fronte alla crisi economica del 2001 – il tribunale arbitrale ha notato come, nel definire il contenuto della nozione di interesse essenziale dello Stato ospite, dovesse essere garantito a questo un significativo margine di apprezzamento, in ragione della situazione critica che lo stesso si era trovato ad affrontare: «a time of grave crisis is not the time for nice judgments, particularly when examined by others with the disadvantage of hindsight» <sup>(56)</sup>.

Un riferimento al margine di apprezzamento è contenuto, ancora, nel caso *Invesmart c. Repubblica Ceca* <sup>(57)</sup>. In questo, si

---

*Challenges to Democracy, Journal of Int. Dispute Settlement*, 2018, vol. 9, p. 240 ss.

<sup>(55)</sup> *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 settembre 2008.

<sup>(56)</sup> *Ivi*, par. 181. Ad ogni modo, è bene precisare come nel caso in questione il tribunale arbitrale abbia utilizzato il margine di apprezzamento per valutare la facoltà dello Stato ospite di determinare il contenuto della nozione di «essential security interest» contenuta nell’art. XI del BIT applicabile (Argentina-Stati Uniti). Tale previsione recita: «[t]his Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests». L’art. XI, quindi, è una clausola del tipo NPM che espressamente consentiva allo Stato ospite l’adozione di misure finalizzate al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. In proposito, il tribunale arbitrale ha notato come «Although a provision such as Art. XI, as earlier indicated, involves naturally a margin of appreciation by a party invoking it, caution must be exercised in allowing a party unilaterally to escape from its treaty obligations in the absence of clear textual or contextual indications. This is especially so if the party invoking the allegedly self-judging nature of the exemption can thereby remove the issue, and hence the claim of a treaty breach by the investor against the host state, from arbitral review. This would conflict in principle with the agreement of the parties to have disputes under the BIT settled compulsorily by arbitration, both between an investor and the host State or between the Contracting Parties, as the case may be» (par. 187).

<sup>(57)</sup> *Invesmart v. Czech Republic*, UNCITRAL, Award, 26 giugno 2009.

lamentava che lo Stato convenuto avesse disatteso il proprio impegno previamente assunto di fornire aiuti di Stato ad una banca ceca nella quale il ricorrente deteneva quote di partecipazione. Il tribunale arbitrale ha concluso che una decisione sull'impiego di risorse statali dovesse essere giudicata alla luce dell'esistenza di un margine di apprezzamento che riconoscesse la natura prevalentemente discrezionale della stessa <sup>(58)</sup>.

Da ultimo, il margine di apprezzamento è apparso anche nel già analizzato lodo *Philip Morris c. Uruguay*: il tribunale arbitrale ha ritenuto che – per valutare la sussistenza di una violazione dello standard di trattamento giusto ed equo da parte dell'Uruguay – fosse necessario prendere in considerazione il fatto che lo Stato ospite godesse di un certo margine di apprezzamento nel compiere determinazioni circa il proprio interesse pubblico <sup>(59)</sup>. In proposito, appare interessante osservare come il ricorrente si fosse espressamente opposto all'invocazione del margine di apprezzamento da parte dello Stato ospite sulla base delle specificità dell'istituto e della sua pertinenza al sistema istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo <sup>(60)</sup>. Il tribunale arbitrale, tuttavia, ha ritenuto che il margine di apprezzamento non fosse limitato a tale sistema ma potesse ben applicarsi all'arbitrato in materia di investimenti <sup>(61)</sup>.

Ad ogni modo, è bene notare come la posizione prevalente in dottrina e in giurisprudenza sia nel senso di evidenziare l'inattitudine dell'istituto del margine di apprezzamento ad una trasposizione in ambiti diversi da quello nel quale si è originariamente sviluppato <sup>(62)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> *Ivi*, par. 484.

<sup>(59)</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 388.

<sup>(60)</sup> *Ivi*, par. 398.

<sup>(61)</sup> *Ivi*, par. 399.

<sup>(62)</sup> ZARRA, *op. cit.*, p. 107 ss.; ARATO, *The Margin of Appreciation in International Investment Law*, *Virginia Journal of Int. Law*, 2014, vol. 54, p. 545 ss.; BORN, MORRIS, FORREST, "A Margin of Appreciation": *Appreciating Its Irrelevance in International Law*, *Harvard Int. Law Journal*, 2020, vol. 61, p. 65 ss.; PALOMBINO, MINERVINI, *Apropos of the External Precedent: Judicial Cross-Pollination between Investment Tribunals and International Courts*, *European Yearbook of International Economic Law: Transnational Actors in International Investment Law*, 2020, in corso di pubblicazione. In questo senso si veda anche

Il margine di apprezzamento, in effetti, nasce come meccanismo indispensabile alla tenuta di un sistema multilaterale di protezione dei diritti umani che coinvolge ben 47 Stati con un portato culturale profondamente diverso; in un simile contesto, il riconoscimento di un grado di flessibilità nell'individuazione dei motivi in grado di giustificare una limitazione di alcuni diritti individuali appare un elemento necessario alla sopravvivenza di un sistema altrimenti incapace di gestire le diversità culturali tra gli Stati parte. Simili criticità, al contrario, non sembrano riscontrabili nel contesto della protezione degli investimenti stranieri ma sono anzi eliminate in radice dalla natura bilaterale degli impegni pattizi assunti dagli Stati in materia; impegni, del resto, assunti proprio con lo scopo di limitare il potere statale di nuocere alla posizione dei singoli investitori ed attirare così capitali esteri<sup>(63)</sup>.

In aggiunta, il margine di apprezzamento è un concetto contenutisticamente indefinito: l'istituto, infatti, si riferisce alla semplice idea dell'esistenza di un grado di insindacabile discrezionalità statale nel limitare diritti dei singoli. Quanto all'ampiezza di tale discrezionalità e alla misura del controllo che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo può esercitare sulle misure statali eventualmente contestate, tuttavia, non è possibile fornire indicazioni precise: il margine di apprezzamento è un concetto che si riempie di contenuto in ragione delle specificità del caso concreto ed acquista coerenza grazie all'operato della Corte europea, vale a dire una Corte permanente e centralizzata incaricata del riesame delle misure adottate da un consistente numero di Stati ai fini del rispetto di un unico e sovraordinato trattato<sup>(64)</sup>. Calata in un contesto privo di un simile organismo ma, al contrario, per sua natura bilaterale e frammentato come l'arbitrato in materia di investimenti, l'espressione «margine di apprezzamento» perde ogni forma di

---

*Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., *Dissenting and Concurring Opinion by Gary Born*. Per la giurisprudenza, ad esempio., *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, *Award*, 6 febbraio 2007, par. 354; *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, *Award*, 20 luglio 2012, par. 22; *Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, *Award*, 28 luglio 2015, paragrafi 465–466.

<sup>(63)</sup> In questo senso ZARRA, *op. cit.*, p. 110; PALOMBINO, MINERVINI, *op. cit.*

<sup>(64)</sup> ARATO, *op. cit.*, p. 558.

specificità per divenire sinonimo di semplice deferenza nei confronti di politiche statali che di tale deferenza appaiano meritevoli agli occhi di un particolare collegio arbitrale. In questo senso, non a caso, la dottrina ha notato come il margine di apprezzamento abbia spesso finito per assumere un significato a-tecnico nel contesto dell'arbitrato in materia di investimenti, nel quale le sue peculiarità si sono diluite <sup>(65)</sup>.

In conclusione, il riconoscimento di un potere statale di agire per il perseguimento di obiettivi collettivi – pur se in danno della posizione di singoli investitori – è talvolta avvenuto attraverso l'istituto del margine di apprezzamento. Questo, tuttavia, presenta delle specificità derivanti dalle caratteristiche del sistema europeo di protezione dei diritti umani nel quale si è sviluppato; la trasposizione del concetto nell'arbitrato in materia di investimenti ne determina uno snaturamento che lo rende di fatto sinonimo di una generica deferenza discrezionalmente mostrata dai tribunali arbitrali nei confronti di politiche pubbliche considerate meritevoli.

5. In considerazione della difficoltà di riconoscere natura consuetudinaria all'istituto del “power to regulate” e della difficoltà di importare istituti estranei nell'arbitrato in materia di investimenti, molti tribunali arbitrali hanno finito per considerare il potere in discussione come una estrinsecazione del principio di proporzionalità; che quest'ultimo appartenga infatti al novero delle norme di diritto internazionale generale è, ad oggi, tendenzialmente indiscusso <sup>(66)</sup>.

In particolare, il principio di proporzionalità ha consentito ai collegi arbitrali di riconoscere la legittimità di misure adottate nel perseguimento di interessi pubblici quando esse fossero: *i*) effettivamente idonee a contribuire al raggiungimento dell'obiettivo statale desiderato; *ii*) necessarie a tale raggiungimento in quanto le meno intrusive nei diritti dei singoli tra le misure in ipotesi

---

<sup>(65)</sup> ZARRA, *op. cit.*, p. 108 ss.

<sup>(66)</sup> Si veda, per la ricostruzione ivi compiuta e per i riferimenti ivi contenuti, PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, cit., p. 124 ss.

adottabili; *iii*) proporzionate all'obiettivo statale ossia effettivamente giustificate alla luce dell'importanza dello stesso <sup>(67)</sup>.

È tuttavia possibile identificare – per il principio in discussione – modalità operative di volta in volta diverse e, nello specifico, differenziate sulla base dello standard invocato come violato dagli investitori. Il principio di proporzionalità, infatti, è stato spesso utilizzato dalla giurisprudenza arbitrale per legittimare misure statali che i ricorrenti lamentavano essere in violazione di due tra i più invocati standard di trattamento contenuti nei BIT: quello relativo ai requisiti necessari ai fini della legittimità di una espropriazione e l'obbligo di trattamento giusto ed equo.

Nel primo caso, il ricorso alla proporzionalità ha tradizionalmente impedito che una misura che l'investitore ricorrente asseriva essere espropriativa fosse qualificata come tale e, conseguentemente, ha impedito l'imposizione di un obbligo di indennizzo in capo allo Stato <sup>(68)</sup>.

Una delle prime e più significative decisioni in tal senso è stata quella resa nel noto caso *Tecmed c. Messico* <sup>(69)</sup>. La controversia sorgeva dal diniego della competente agenzia federale messicana di rinnovare alla società spagnola Tecmed l'autorizzazione per la gestione di un sito di smaltimento di rifiuti tossici industriali. Il tribunale arbitrale ha notato come, per poter decidere sulla natura espropriativa della misura, fosse necessario valutarne la proporzionalità all'interesse pubblico presumibilmente protetto

---

<sup>(67)</sup> In merito a tale struttura “trifasica” del “test” di proporzionalità si vedano TITI, *Refining the Expropriation Clause: What Role for Proportionality?*, in *China-European Union Investment Relationships: Towards a New Leadership in Global Investment Governance?* Chaisse (ed.), Cheltenham/Northampton, 2018, p. 111 ss; PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, cit., p. 127 ss.

<sup>(68)</sup> La teoria contraria ad una valutazione della meritevolezza dell'obiettivo statale perseguito attraverso la misura ai fini della qualificazione della stessa come espropriativa è definita come “sole effects doctrine”. Tale teoria postula la totale irrilevanza degli obiettivi statali sottesi all'adozione di una misura che possa qualificarsi come espropriazione e la necessità di corrispondere in ogni caso all'investitore danneggiato da una simile misura un risarcimento. In merito si vedano, tra gli altri, MOSTAFA, *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, *Australian Int. Law Journal*, 2008, vol. 15, p. 267 ss.; TITI, *Refining the Expropriation Clause: What Role for Proportionality?* cit.

<sup>(69)</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, cit.

dalla stessa <sup>(70)</sup>. Tuttavia, il collegio ha effettivamente concluso che la contestata misura adottata dal Messico integrasse gli estremi di una espropriazione <sup>(71)</sup>.

Molto più recentemente, invece, il medesimo percorso argomentativo è stato seguito con successo nel caso *Marfin c. Cipro* <sup>(72)</sup>. In questo, i ricorrenti lamentavano l'adozione di misure con le quali lo Stato convenuto aveva acquisito il controllo della banca cipriota Laiki, nella quale erano investitori. Tali misure erano risultate in una acquisizione del controllo dell'istituto bancario che, nell'ottica dei ricorrenti, costituiva una espropriazione indiretta. Il tribunale arbitrale, tuttavia, ha ritenuto che le misure fossero proporzionate all'obiettivo statale di tutela del settore bancario: queste, infatti, erano state adottate per provare a limitare l'esposizione della banca alla complessa situazione debitoria della Grecia; pertanto, non potevano essere considerate come espropriative e nessun obbligo di compensazione poteva ritenersi gravante sullo Stato convenuto <sup>(73)</sup>.

Nell'ipotesi di lamentata violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo, invece, l'uso del principio di proporzionalità discenderebbe dalla stessa natura del FET. Si è già detto che

---

<sup>(70)</sup> *Ivi*, par. 122.

<sup>(71)</sup> *Ivi*, par. 151.

<sup>(72)</sup> *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and Others v. The Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, Award, 26 luglio 2018.

<sup>(73)</sup> *Ivi*, paragrafi 981-986. Nello stesso senso si vedano anche (oltre al già menzionato caso *Tecmed*): *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 luglio 2006, par. 311; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, *Decision on Liability*, 3 ottobre 2006, par. 195. Secondo parte della dottrina, l'approccio utilizzato tanto nel caso *Tecmed* quanto nel caso *Marfin* sarebbe inaccettabile poiché condurrebbe a considerare in nessun caso dovuto il risarcimento nell'ipotesi in cui la misura lesiva della posizione di un investitore sia stata adottata per perseguire un interesse pubblico. È stato quindi proposto un approccio alternativo in virtù del quale il principio di proporzionalità non andrebbe applicato al fine di comprendere se la misura possa essere qualificata come espropriazione ma andrebbe piuttosto applicato ad una misura già qualificata come tale per graduare il risarcimento comunque dovuto all'investitore (KRIEBAUM, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, *Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol. 8, p. 717). Questa tesi, tuttavia, è stata criticata in ragione del fatto che lascerebbe eccessiva discrezionalità ai tribunali arbitrali nel valutare l'ammontare della compensazione in totale assenza di parametri oggettivi. Si veda ZARRA, *op. cit.*, p. 106.

l'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità è stato considerato dai tribunali arbitrali come uno degli obblighi facenti parte dello standard composito rappresentato dal FET. Nello specifico, il principio di proporzionalità rappresenterebbe la componente dello standard di trattamento giusto ed equo «attraverso cui l'arbitro valuta l'ammissibilità di una interferenza statale [...] con una posizione soggettiva dell'investitore straniero»<sup>(74)</sup>. Il FET, ne discende, è uno standard che per sua stessa natura impone ai tribunali arbitrali una operazione di bilanciamento delle posizioni delle parti.

In questo senso, una delle analisi più compiute e articolate appare sicuramente quella svolta nel lodo reso nel caso *El Paso c. Argentina*<sup>(75)</sup>, nel quale l'investitore contestava alcune delle misure adottate da quest'ultima per far fronte alla crisi economica che la colpì nel 2001. Dinanzi alla allegazione di parte ricorrente secondo la quale l'Argentina avesse con la propria condotta violato lo standard di trattamento giusto ed equo, il collegio arbitrale ha compiuto una attenta disamina del contenuto di tale standard e del comportamento che lo stesso avrebbe concretamente imposto allo Stato ospite. Il collegio, quindi, ha affermato l'inconcepibilità dell'idea secondo la quale un qualunque Stato possa accettare di non poter modificare il proprio quadro normativo – pur se in danno degli investitori stranieri – per far fronte a mutate circostanze economiche<sup>(76)</sup>. Il FET, ha concluso il tribunale, è uno standard che racchiude in sé considerazioni di ragionevolezza e proporzionalità; serve ad assicurare che un investitore straniero non sia trattato ingiustamente, tenendo però conto delle circostanze del caso<sup>(77)</sup>.

Questo approccio appare ampiamente confermato dalla giurisprudenza arbitrale successiva, la quale si è rivelata tendenzialmente concorde nel ritenere che «[b]oth aspects, the heritage of the past as well as the overwhelming necessities of the present and future, must be taken in consideration when determining

---

<sup>(74)</sup> PALOMBINO, *Il trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*, Bologna, 2013, p. 149.

<sup>(75)</sup> *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, *Award*, 31 ottobre 2011.

<sup>(76)</sup> *Ivi*, par. 367.

<sup>(77)</sup> *Ivi*, par. 373.

the obligation to provide a stable and transparent legal framework»<sup>(78)</sup>.

Questa idea, inoltre, è stata ribadita di recente da numerosi tribunali arbitrali in alcuni dei casi originanti dalla revoca degli incentivi all'energia rinnovabile da parte di alcuni Stati membri dell'UE, quali *Blusun c. Italia* <sup>(79)</sup>, *Eiser c. Spagna* <sup>(80)</sup>, fino al recentissimo *Hydro Energy I c. Spagna* <sup>(81)</sup>. In quest'ultimo, ad esempio, il tribunale arbitrale ha ribadito che l'obbligo dello stato ospite di mantenere stabile il quadro normativo (facente parte del FET) incontra delle deroghe nel suo diritto di agire per perseguire un interesse pubblico; l'azione, però, deve essere non più invasiva di quanto necessario <sup>(82)</sup>.

L'analisi succintamente svolta consente di evidenziare ancora una volta il favore della giurisprudenza rispetto al riconoscimento di un potere dello Stato ospite di adottare misure finalizzate al raggiungimento di un obiettivo di interesse collettivo, pur se lesive della posizione di singoli investitori. Data la difficoltà attribuirgli natura consuetudinaria, tale potere è stato spesso fatto discendere dal principio di proporzionalità, il quale ha consentito ai collegi arbitrali di giustificare misure pregiudizievoli per i singoli investitori ma

---

<sup>(78)</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, Award, 30 marzo 2015, par. 629.

<sup>(79)</sup> *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 dicembre 2016, par. 319.

<sup>(80)</sup> *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4 maggio 2017, par. 362.

<sup>(81)</sup> *Hydro Energy I S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/42, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 marzo 2020.

<sup>(82)</sup> *Ivi*, paragrafi 550 ss. Si vedano, inoltre, *Saluka v. Czech Republic*, cit., par. 305; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 aprile 2013, par. 537; *Occidental Petroleum Corp. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 ottobre 2012, par. 403 ss.; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30 luglio 2010, par. 216; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömu Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 settembre 2010, par. 10.3.1 ss., in particolare paragrafi 10.3.7-10.3.9; *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, Award, 15 marzo 2016, par. 6.18.

commisurate alla rilevanza di un obiettivo pubblico essenziale dello Stato ospite.

6. Una analisi prognostica sulla fruttuosità dell'invocazione dell'istituto del "power to regulate" come giustificazione delle misure adottate per far fronte all'epidemia di Covid-19 non potrebbe prescindere da una valutazione della specifica misura contestata e delle circostanze del caso concreto. Ad ogni modo, sembra possibile – alla luce della giurisprudenza esaminata – concludere che le misure adottate dagli Stati per far fronte ad una crisi epidemica come quella di Covid non siano contrarie agli obblighi assunti dagli Stati stessi nei trattati in materia di investimenti. I tribunali arbitrali, infatti, sono ormai concordi nel ritenere esistente un potere dello Stato di agire in difformità da questi impegni pattizi per il perseguimento di un interesse pubblico essenziale. Questa conclusione, inoltre, appare rafforzata dal fatto che l'obiettivo di tutela della salute pubblica sia già stato considerato da diversi tribunali arbitrali quale un obiettivo il cui perseguimento conferisce agli Stati un ampio margine di manovra. L'interesse alla salvaguardia della vita della popolazione e alla tenuta di interi sistemi sanitari nazionali, quindi, appare senza dubbio in grado di rientrare nella categoria di quelli sufficientemente essenziali da poter essere protetti eventualmente in danno della posizione di investitori stranieri. Il "power to regulate", tradizionalmente, si è estrinsecato in vari modi: *i*) in primo luogo, attraverso il riconoscimento dell'esistenza di una norma consuetudinaria di attribuzione di tale potere; *ii*) in secondo luogo, attraverso l'uso dell'istituto del margine di apprezzamento; *iii*) da ultimo, attraverso l'uso del principio di proporzionalità, che impone un bilanciamento delle posizioni delle parti in disputa. Tra queste modalità, la più soddisfacente appare quella che valuta la legittimità di una compressione della posizione di un investitore alla luce del principio di proporzionalità. Questo, infatti, oltre ad essere sicuramente parte del diritto internazionale generale, fornisce dei criteri guida puntuali per valutare l'ampiezza della deferenza da mostrare alle politiche statali adottate nel perseguimento dell'obiettivo di contenimento dell'epidemia, le quali potranno essere giudicate legittime solo laddove risultino effettivamente in grado di contribuire al raggiungimento di tale obiettivo e non più

pregiudizievoli di quanto necessario per la posizione degli investitori.



## L'IMPATTO DEL COVID-19 SUI CONTRATTI COMMERCIALI TRANSNAZIONALI ALLA LUCE DELLE “FORCE MAJEURE” E “HARDSHIP CLAUSES”

Agostina Latino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La legge applicabile ai contratti commerciali transnazionali. – 3. La forza maggiore. – 4. La “hardship clause”. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. L'emergenza sanitaria legata al Covid-19 (acronimo di “Corona-Virus-Disease”, malattia manifestatasi per la prima volta nel 2019), oltre alle perdite di vite umane e alle conseguenze devastanti sulla salute di migliaia di persone, sta registrando un pesante impatto sul normale funzionamento delle “supply chains” a causa di una molteplicità di misure restrittive, volte a contenere il diffondersi del virus Sars-Cov-2, quali la chiusura delle frontiere, il blocco di porti e le deviazioni di rotta dei vettori con la conseguente rarefazione dei trasporti, il confinamento della popolazione, la chiusura di molte aziende, fabbriche e imprese.

In tali circostanze, l'esecuzione dei vari contratti già in essere sarà inevitabilmente compromessa perché le difficoltà nel rispettare le scadenze contrattuali determineranno un ritardo, se non addirittura impediranno, l'adempimento delle obbligazioni sottoscritte. Questo scenario già di per sé incerto, è ancora più problematico nei casi dei contratti stipulati fra soggetti (persone fisiche o giuridiche) appartenenti a Stati diversi a fronte dell'elemento internazionale (*rectius*, transnazionale) che li caratterizza, soprattutto per quel che concerne la gestione sia dei contratti commerciali che coinvolgono direttamente imprese operanti in Cina, sia di quelli conclusi con altri operatori che potrebbero risentire dell'inadempimento dei partner cinesi.

Per cercare di rispondere all'interrogativo sulla sorte di tali contratti sembra opportuno procedere a una breve ricostruzione dei profili che devono essere considerati ossia, in primo luogo, quale sia la legge applicabile a tali contratti, in seconda battuta, la nozione di

causa di forza maggiore <sup>(1)</sup> e, infine, la previsione (o meno) nel contratto di una c.d. “hardship clause” in base alla quale le parti abbiano previsto come gestire le ipotesi di “disagio o avversità” che si traducono in un’eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni <sup>(2)</sup>, posto che nel commercio internazionale è sempre più accentuato l’orientamento, tipico dei paesi di “common law”, di redigere contratti dettagliati e autonormativi (“self-regulatory”).

L’analisi dei contratti, con un approccio focalizzato soprattutto sulla prospettiva italiana e cinese, sarà effettuata secondo questa sorta di “*triage* giuridico” al fine di effettuare una diagnosi che ne valuti le potenziali problematiche e, di conseguenza, l’esito delle obbligazioni sottoscritte, posto che la forza maggiore (di norma) risolve il contratto, laddove le “hardship clauses” comportano (anche) la possibilità di rinegoziazione.

2. Com’è noto, la facoltà delle parti di scegliere sulla base della propria convenienza il diritto da applicare al contratto da concludere è riconosciuta dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici (fanno eccezione alcuni paesi in via di sviluppo, alcuni Stati ex-socialisti e quelli che compongono la Penisola Arabica).

In particolare, in Italia, la libertà di scelta delle parti è prevista, in primo luogo, in ambito extra Unione Europea, dall’art. 57 della legge del 31 maggio 1995 n. 218 sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, che rinvia alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (specialmente, all’art. 3) <sup>(3)</sup>. In secondo luogo, l’autonomia delle

---

<sup>(1)</sup> *Ex plurimis* DRAETTA, *Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux*, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, p. 297 ss.; KONARSKI, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice*, *International Business Law Journal*, 2003, p. 4 ss.

<sup>(2)</sup> CORDERO-MOSS, *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge, 2014, specialmente p. 109 ss.

<sup>(3)</sup> Dall’amplissima bibliografia sulla Convenzione, di cui va ricordata la portata *erga omnes* ossia il carattere universale che la rende applicabile anche se la fattispecie è collegata con uno Stato non aderente alla Convenzione, e quindi anche se i criteri di collegamento da essa previsti designano la legge di uno Stato non contraente, si vedano soprattutto TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti - con particolare riferimento ai contratti bancari, assicurativi, di trasporto, di lavoro e con i consumatori nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*. *Convegno Genova*

parti, quanto alla scelta della legge che disciplinerà i contratti stipulati tra persone fisiche e/o giuridiche con la nazionalità tutte riconducibili a Stati membri UE, è sancita dal Regolamento UE n. 593/2008, c.d. Regolamento Roma I, attraverso il quale l'allora Comunità Europea ha assorbito nel suo tessuto normativo la disciplina della Convenzione di Roma del 1980 sull'onda dell'incalzante processo di comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale <sup>(4)</sup>. Il Regolamento Roma I, fin dall'11° *considerando*, definisce la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile "a cornerstone" del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali <sup>(5)</sup> e la consacra all'art. 3, pur limitandola, «[q]ualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta», attraverso «[l']applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso

---

21-22 maggio 1982, Padova, 1983; SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1993; BIANCA, GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: (Roma, 19 giugno 1980) – commentario, Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995, p. 901 ss., 1127; VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000.

<sup>(4)</sup> *Ex plurimis* si vedano BONOMI, *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, *Yearbook of Private International Law*, 2003, 5, p. 53 ss.; MARONGIU BONAIUTI, *Conseguenze della trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato*, *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 309 ss.; BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* Picone (a cura di), Padova, 2004, p. 319 ss.; ID. (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009.

<sup>(5)</sup> Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) pubblicato in *G.U.U.E.*, L 177/6 del 4.7.2008. In dottrina sull'art. 3 del Regolamento che consente la libertà di scelta della legge applicabile si veda il commento di GARDELLA, in *Commentario* Salerno, Franzina (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2009, p. 611 ss. Il Reg. Roma I disciplina *ratione temporis* i contratti conclusi dopo il 17 dicembre 2009 e *ratione personarum* non si applica alla Danimarca, nei cui confronti vigerà pertanto la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980. Del pari, in esito alla Brexit, è ragionevole ipotizzare la medesima soluzione per quel che concerne il Regno Unito.

Stato non permette di derogare convenzionalmente» (art. 3, par. 3) <sup>(6)</sup>.

Nel quadro dell'ordinamento cinese occorre ricordare che il 28 ottobre 2010 è stata approvata la prima legge sul diritto internazionale privato, entrata in vigore il 1° aprile 2011, ossia l'*Act on the Application of Laws over Foreign-related Civil Relationships* (c.d. *Conflicts Act*) <sup>(7)</sup>. Tale legge, destinata a colmare il vuoto giuridico dei primi sessant'anni della Repubblica Popolare Cinese, posto che «[t]he legislation of conflict of laws was a complete blank because of the lack of diplomatic activities and the echoes of nihilism» <sup>(8)</sup>, accoglie il principio dell'autonomia delle parti, intesa come possibilità di scegliere la legge regolatrice del contratto, nell'art. 3 (parte generale) <sup>(9)</sup> ad eccezione di alcune tipologie

---

<sup>(6)</sup> ZARRA, *Autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento «Roma I»*, *Rassegna di diritto civile*, 2018, 1, p. 229 ss.; BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla 'conflict involution' europea in materia contrattuale*, in BOSCHIERO, *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 67 ss.

<sup>(7)</sup> Il testo della legge, nella sua versione anglofona, è reperibile al sito: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn173en.pdf>. (l'ultimo accesso a tutti i siti web menzionati in questo contributo è del 9 giugno 2020). In dottrina si vedano CAVALIERI, FRANZINA, *Il nuovo diritto internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese: la legge del 28 ottobre 2010 sul diritto applicabile ai rapporti civili con elementi di estraneità*, Milano, Giuffrè, 2012; TU, *China's New Conflicts Code: General Issues and Selected Topics*, *American Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 59, p. 563 ss.; ZHANG, HUANG, *The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a Brief Comparison*, *Uniform Law Review*, 2000, vol. 5, p. 429 ss.; SHAOHUI, *L'influence des Principes d'UNIDROIT sur la réforme du droit chinois des obligations*, *Uniform Law Review*, 2008, p. 153 ss.; NORD, CERQUEIRA, *Comments on the Chinese New Statute on Conflict of Laws: a European Perspective*, *Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law*, 2011, p. 70 ss.; NORD, CERQUEIRA, *La codification de la résolution du conflit de lois en Chine et son interprétation par la Cour suprême: entre progrès et incertitudes*, *Journal du droit international*, 2016, p. 79 ss.

<sup>(8)</sup> CHENG, *Foreword: the Chinese Law on Conflict of Laws and Its Interpretation by the Supreme Court*, in *International Sale of Goods. A Private International Law Comparative and Prospective Analysis of Sino-European Relations* Nord, Cerqueira (eds.), Springer, 2017, p. V.

<sup>(9)</sup> Tale principio era già previsto nella *Contract Law* del 15 Marzo 1999 all'art. 126, rubricato "Choice of Law in Foreign-related Contracts-Contracts Subject to Mandatory Application of Chinese Law", ai sensi del quale «Parties to a foreign related contract may select the applicable law for resolution of a contractual

contrattuali per le quali rimane obbligatoria l'applicazione della legge cinese, in specie joint-venture, franchising, importazione di tecnologia e compravendita di beni immobili.

Il “pactum de lege utenda” si concretizza di fatto in una clausola in virtù della quale si stabilisce che il contratto sarà «[i]nteramente sottoposto al diritto [...], che ne regola la conclusione, esecuzione e cessazione, e in base al quale esso sarà interpretato, anche al fine della risoluzione delle controversie da esso nascenti». L’*optio iuris* si tradurrà dunque nell’indicazione delle norme di un determinato Stato, oppure nella sottoposizione del contratto alla disciplina contemplata in un trattato internazionale (usualmente la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci, ossia la Convenzione di Vienna dell’11 aprile 1980)<sup>(10)</sup>, o anche nel riferimento ai principi generali del

---

dispute, except otherwise provided by law. Where parties to the foreign related contract failed to select the applicable law, the contract shall be governed by the law of the country with the closest connection thereto. For a Sino-foreign Equity Joint Venture Enterprise Contract, Sino-foreign Cooperative Joint Venture Contract, or a Contract for Sino-foreign Joint Exploration and Development of Natural Resources which is performed within the territory of the People’s Republic of China, the law of the People’s Republic of China applies». Il testo della *Contract Law of the People’s Republic of China* (adottato e promulgato dalla “Second Session of the Ninth National People’s Congress”, 15 marzo 1999) è reperibile all’indirizzo web: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn137en.pdf>. In dottrina si vedano XIAO, LONG, *Contractual Party Autonomy in Chinese Private International Law*, *Yearbook of Private International Law*, 2009, vol. XI, p. 193 ss.

(10) La Convenzione è stata ad oggi sottoscritta da 93 Stati tra i quali si annoverano, nell’ambito dell’Unione Europea quasi tutti gli Stati membri (con l’eccezione di Irlanda, Portogallo e Malta) e, all’esterno dell’Unione, quasi tutti gli Stati che intrattengono i maggiori rapporti commerciali con l’Italia, quali, ad esempio, Stati Uniti, Australia, Canada, Cina, Russia, Giappone e Brasile, con la rilevante esclusione dell’India e di numerosi Stati del Medio-Oriente. Per l’elenco completo:

[https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status). In dottrina si vedano JANSSEN, AHUJA, *Bridging the Gap: the CISG as a Successful Legal Hybrid between Common Law and Civil Law?*, in *Uniform European Contract Law? A Critical Assessment* de Elizalde (ed.), Londra, 2018; SCHLECHTRIEM, WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, 2008; GARCÍA GUTIÉRREZ, *The Vienna United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Applicability, Gaps and Implementation*, in *International Sale of Goods*, cit., p. 89

commercio internazionale (c.d. “lex mercatoria”) <sup>(11)</sup> o agli *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* del 2016 (c.d. Principi Unidroit) <sup>(12)</sup>.

Le parti possono, inoltre, attraverso la tecnica del “depeçage” o “morcellement”, scomporre il contratto nelle sue varie componenti (ad esempio, requisiti di forma, validità ed esistenza del contratto, adempimento e inadempimento, profili di responsabilità, decadenze e prescrizioni, foro competente) e agganciarle a sistemi normativi diversi secondo un processo di “privatized law making” sempre più marcato.

Nel silenzio delle parti quanto alla scelta della legge applicabile al contratto, questa sarà individuata attraverso le norme di conflitto del diritto internazionale privato *tout court*.

In questa ipotesi, ponendosi dal punto di vista dell’ordinamento italiano, per i contratti commerciali stipulati in ambito extra-UE, sulla base del cennato rinvio dell’art. 57 della legge n. 218/1995 alla Convenzione di Roma del 1980, il rapporto negoziale sarà regolato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto (art. 4 della Convenzione) ossia quello, come specificato dalla medesima Convenzione, in cui risiede o ha la propria sede colui che deve eseguire la prestazione caratterizzante il contratto <sup>(13)</sup>. In ambito intra-UE, l’art. 4 del Regolamento Roma I prevede criteri specifici per diverse categorie di contratto <sup>(14)</sup>. Il “file rouge” che

---

ss.; MAGNUS, *The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law — Best of all Worlds?*, *Journal of Civil Law Studies*, 2010, vol. 4, p. 67 ss.

<sup>(11)</sup> Per tutti si veda MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* Galgano (diretto da), Padova, 2003, vol. XXX.

<sup>(12)</sup> Il testo commentato dei Principi Unidroit è reperibile all’indirizzo web <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. In dottrina MARRELLA, *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: the Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36, p. 1137 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991.

<sup>(14)</sup> Peraltro, la scelta di legge incontra dei limiti in materia di contratti con consumatori (art. 6 Regolamento, Roma I, corrispondente all’art. 5 della Convenzione di Roma) e di contratti individuali di lavoro (art. 8, Regolamento Roma I, corrispondente all’art. 6 della Convenzione): l’esercizio della facoltà di scelta non può avere l’effetto di privare il consumatore o il lavoratore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative, ossia dalle norme

lega le fattispecie prese in considerazione consiste nel principio che, nel silenzio delle parti, si applica la legge del paese dove non ha luogo la prestazione pecuniaria. Ad esempio, i contratti di vendita di beni, prestazione di servizi, assicurazione, franchising e distribuzione sono regolati rispettivamente dalla legge dello Stato di residenza abituale del venditore, del prestatore di servizi, dell'assicuratore, dell'affiliato e del distributore. Se il contratto non rientra tra quelli specificamente indicati dal Regolamento Roma I, ossia è un contratto atipico, oppure si tratta di un contratto misto o complesso perché consiste in una sommatoria di diversi tipi contrattuali, si dovrà fare riferimento alla legge dello Stato nel quale la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha la residenza abituale. Peraltro, i criteri indicati per i singoli tipi contrattuali cederanno il passo alla legge con cui il contratto presenta un collegamento più stretto se ciò risulta opportuno dall'insieme della fattispecie concreta (art. 4, par. 3, Regolamento Roma I) ovvero se tali criteri non sono sufficienti a determinare la legge applicabile (art. 4, par. 4, Regolamento Roma I).

Nel quadro dell'ordinamento cinese, qualora le parti non abbiano scelto la legge applicabile, il *Conflict Act*, dopo aver sancito in linea generale il principio della c.d. "closest connection" (art. 2), specifica che, in materia contrattuale, «absent any choice by the parties, the law of the habitual residence of a party whose performance of obligation is most characteristic of the contract or the law that most closely connected with the contract shall be applied» (art. 41). La possibilità delle parti di autoregolare il contratto non è assoluta come sembra indicare siffatta norma, bensì è arginata da un triplice ordine di limitazioni: in primo luogo, vi sono alcune categorie di contratti che la legislazione cinese avoca a sé quanto a disciplina <sup>(15)</sup>; in secondo luogo, l'autonomia delle parti

---

inderogabili come definite dall'art. 3, par. 3, Regolamento Roma I, della legge che sarebbe applicabile al rapporto in mancanza di scelta. Il Regolamento Roma I aggiunge particolari limitazioni anche alla scelta di legge applicabile ai contratti di assicurazione (che non sono disciplinati nella Convenzione di Roma) e di trasporto (articoli 7 e 5).

<sup>(15)</sup> Fra le tipologie contrattuali per le quali è obbligatoria l'applicazione della legge cinese possono menzionarsi ad esempio quelle che riguardano il franchising, lo sfruttamento risorse naturali, le joint-venture a capitale misto, l'importazione di tecnologia e la compravendita di beni immobili.

non deve essere contraria all'ordine pubblico; in terzo luogo, la scelta della legge potrà essere sottoposta al vaglio di un tribunale per escluderne fini elusivi quanto alle norme di applicazione necessaria dell'ordinamento cinese.

3. Dopo aver circoscritto il perimetro normativo in cui dovrà iscriversi il contratto commerciale e quindi dopo aver individuato quale sia la legge a esso applicabile, occorre verificarne la resilienza nelle ipotesi di forza maggiore, intesa quale esimente di responsabilità per inadempimento, che consiste in un evento straordinario, imprevedibile e fuori dal controllo delle parti, ossia uno scoglio su cui si infrange l'esecuzione del contratto. Questa fattispecie è definita dalla Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di compravendita internazionale di merci, all'art. 79, come un impedimento all'adempimento indipendente dalla volontà delle parti, imprevedibile al momento della stipulazione del contratto e inevitabile anche nelle conseguenze che esonera da responsabilità la parte che provi la triade di caratteristiche (ossia indipendenza dalla volontà delle parti, imprevedibilità e inevitabilità) <sup>(16)</sup>. In buona sostanza, secondo l'art. 79, per invocare con successo un esonero da responsabilità contrattuali per causa di forza maggiore (e sempre salvo diverso patto nel contratto tra le parti), occorrerà che la parte interessata verifichi e provi, in primo luogo, che l'impedimento è sorto successivamente alla stipula del contratto; in secondo luogo, che al momento del perfezionamento della vendita l'evento fosse al di fuori del controllo della parte ("beyond his control") e non rientra nel novero degli eventi che la parte poteva ragionevolmente prevedere; infine, in terzo luogo, che l'evento (e/o i suoi effetti) deve essere impossibile da superare ossia insormontabile. Entro un termine ragionevole, la parte che non dà esecuzione al contratto è tenuta ad avvisare la controparte dell'impedimento e degli effetti di tale evento sulla sua capacità di adempiere, pena l'obbligo di risarcire i danni. La forza maggiore può produrre effetti anche qualora l'inadempimento del contratto derivi a sua volta

---

<sup>(16)</sup> MAZZACANO, *Force Majeure, Impossibility, Frustration and the Like: Excuses for Non-Performance; the Historical Origins and Development of an Autonomous Commercial Norm in the CISG*, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2011, n. 2, p. 2 ss.

dall'inadempimento – per forza maggiore – di un terzo incaricato di eseguire tutto o parte del contratto

Anche i Principi Unidroit disciplinano la forza maggiore. L'art. 7.1.7 la definisce quale impedimento derivante da circostanze estranee alla sfera di controllo delle parti e che le stesse non fossero ragionevolmente tenute a prevedere al momento della conclusione del contratto ovvero a evitare o a superare <sup>(17)</sup>. La forza maggiore esonera da responsabilità la parte che ne provi le caratteristiche. Se l'impedimento è temporaneo, l'esonero produce effetto soltanto per il lasso di tempo che appare ragionevole, avuto riguardo all'effetto dell'impedimento sull'esecuzione del contratto. In ogni caso, entro un termine ragionevole, la parte inadempiente deve avvisare l'altra parte dell'impedimento e degli effetti di quest'ultimo sulla sua capacità di adempiere, pena il risarcimento dei danni derivanti dal mancato avviso.

Ancora, rimanendo a livello degli strumenti trans- e internazionali, proprio l'attuale pandemia ha portato la Camera di Commercio Internazionale (*International Chamber of Commerce* – ICC), nel marzo di quest'anno, ad aggiornare la clausola di forza maggiore (precedentemente elaborata nel 2003) <sup>(18)</sup>. Nella versione riformulata, c.d. *ICC Force Majeure Clause 2020*, per «forza maggiore» si intende il verificarsi di un evento o circostanza che impedisce a una parte di eseguire uno o più dei suoi obblighi contrattuali, se e nella misura in cui la parte colpita dall'impedimento dimostri: a) che tale impedimento è al di fuori del suo controllo; b) che non poteva essere previsto al momento della conclusione del contratto; c) di non essere in grado di evitare o superare gli effetti dell'impedimento <sup>(19)</sup>. Tale clausola va applicata

---

<sup>(17)</sup> Si esprime in modo sostanzialmente affine l'art. 8:108 dei *Principles of European Contract Law* del 2002. Si vedano *passim* MAZEAUD, FAUVARQUE-COSSON (eds.), *European Contract Law Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich, 2009.

<sup>(18)</sup> Il testo della *ICC Force Majeure Clause 2003* è reperibile all'indirizzo web <https://iccwbo.org/resources-for-business/model-contracts-clauses/force-majeure/>. In dottrina si veda BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2009, specialmente p. 383 ss.

<sup>(19)</sup> Il testo della *ICC Force Majeure Clause 2020* è reperibile all'indirizzo web <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>. La necessità di un aggiornamento della *ICC Force Majeure Clause 2003* era già stata

alla luce del criterio della ragionevolezza: situazioni in cui le prestazioni sono teoricamente possibili, ma di fatto non praticabili, possono essere considerate rientranti nell'alveo applicativo della forza maggiore. Per poter fruttuosamente invocare la clausola occorre che ricorrano tutte e tre tali condizioni, sebbene, per quanto riguarda le due prime, se si riferiscono a un evento previsto nell'elenco ("long or short list") indicato dalle parti, si presume *iuris tantum* che esse ricorrano, mentre la terza deve essere provata in ogni caso da chi invoca la forza maggiore. Ebbene, la lettera e) dell'elenco degli eventi specifici che vengono considerati come cause di esclusione di responsabilità nella *ICC Force Majeure Clause 2020* standard, prevede espressamente le epidemie, sicché ben può ritenersi che la parte interessata possa invocare la diffusione del Covid-19 quale forza maggiore, limitandosi a provare la condizione (c), ovvero che gli effetti dell'impedimento non possono da essa ragionevolmente essere evitati o superati.

Peraltro, la questione potrebbe rimare aperta nel caso in cui il contratto si limitasse a contenere un riferimento generico alle cause di forza maggiore ovvero ne proponesse un elenco che non contempli le emergenze sanitarie e non specifichi se tale elenco sia meramente esemplificativo oppure tassativo. Tale ostacolo potrebbe essere superato (*rectius*, aggirato) spostando il focus dell'evento da qualificarsi come forza maggiore: non già la pandemia "in sé" (che potremmo definire "forza maggiore di fatto") bensì gli atti che le pubbliche autorità abbiano emanato per farvi fronte (ossia una sorta di "forza maggiore giuridica"). Di tal guisa, ad esempio, un fornitore potrebbe validamente invocare i provvedimenti di "lockdown" adottati dal Governo (c.d. "factum principis") per giustificare la mancata consegna della merce dimostrando che tali misure di contenimento, imponendogli la chiusura dell'azienda, la quarantena per i dipendenti, il divieto di importazioni da una certa zona, abbiano effettivamente impedito la produzione e/o spedizione della merce alla data concordata, senza dover nemmeno dimostrare che l'evento fosse imprevedibile e al di fuori del suo controllo. Purtroppo rimarrebbero profili di incertezza, avuto riguardo, in primo luogo,

---

anticipata da BORTOLOTTI, UFOT (eds.), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Paris, 2019.

alla rilevanza giuridica – e dunque all’opponibilità alla controparte – degli effetti extraterritoriali delle misure adottate da uno Stato, poiché se è vero che le norme imperative devono essere necessariamente applicate al caso di specie, a prescindere dalla eventuale sottoposizione dello stesso ad una legge straniera, non è affatto pacifico, per esempio, quali delle numerose disposizioni dell’amplessima normativa emergenziale emanata dallo Stato italiano per far fronte alla pandemia possano senz’altro essere considerate di applicazione necessaria. Anzi, poiché solamente in un caso specifico tale caratterizzazione è stata direttamente esplicitata dallo stesso legislatore <sup>(20)</sup>, se, da un lato, relativamente a siffatta fattispecie, ciò semplifica il compito dell’interprete, non lasciando adito a dubbi circa la natura o meno di norma imperativa delle disposizioni in essa richiamate, dall’altro lato, si potrebbe argomentare *a contrario* nel senso della non qualificabilità come di applicazione necessaria di tutte le altre norme contenute nei decreti emergenziali emanati per far fronte alla pandemia da Covid-19, sulla base del brocardo “ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit”, ossia della considerazione in virtù della quale laddove il legislatore italiano ha voluto introdurre norme di applicazione necessaria lo ha espressamente indicato <sup>(21)</sup>. A ogni buon conto, la qualificazione

---

<sup>(20)</sup> Ci si riferisce al comma 8° dell’art. 28 (rubricato “[r]imborso titoli di viaggio e pacchetti turistici”) del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 (“[m]isure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19”), in cui si precisa che «le disposizioni di cui al presente articolo costituiscono, ai sensi dell’art. 17 della legge del 31 maggio 1995, n. 218 e dell’art. 9 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, norme di applicazione necessaria». In dottrina fra i primi commenti si veda ZARRA, *Alla riscoperta delle norme di applicazione necessaria Brevi note sull’art. 28, co. 8, del DL 9/2020 in tema di emergenza Covid-19*, *SidiBlog*, 30 marzo 2020, reperibile all’indirizzo web: <http://www.sidiblog.org/2020/03/30/alla-riscoperta-delle-norme-di-applicazione-necessaria-brevi-note-sullart-28-co-8-del-dl-92020-in-tema-di-emergenza-covid-19/>.

<sup>(21)</sup> In effetti questo argomento è forse poco solido laddove si consideri che in effetti l’individuazione delle norme di applicazione necessaria, intesa quali norme che dettano disciplina sostanziale irrinunciabile *ex ante* poiché inibiscono il funzionamento del sistema di conflitto, sia solitamente rimessa all’interprete, in particolare al giudice, sicché il loro catalogo è prevalentemente frutto dall’opera della giurisprudenza e in minor misura, in una modalità integrativa, del legislatore. Queste ultime – rare – ipotesi sono ad esempio le norme che concernono l’unicità

delle misure di contenimento quali norme di applicazione necessaria non è in *re ipsa* sufficiente a garantirne l'effetto extraterritoriale in quanto la possibilità di invocare tali disposizioni è in linea generale limitata allo Stato del foro e, in certa qual misura, allo Stato di esecuzione delle prestazioni <sup>(22)</sup>. In secondo luogo, i punti di caduta giuridici derivanti dall'onda lunga e degli effetti indiretti di tali misure, quali "liquidity crunch", fluttuazioni dei prezzi, difficoltà generalizzate di approvvigionamento dovute all'aumento dei rischi per la salute, sarebbero del tutto sfumati e piuttosto assimilabili a un'altra esimente, ossia il mutamento delle circostanze (c.d. clausola "rebus sic stantibus") <sup>(23)</sup>.

A ogni buon conto, se una parte vuole avvalersi con successo la *ICC Force Majeure Clause 2020*, ed essere dunque sollevata dall'obbligo di adempiere agli obblighi derivanti dal contratto e da qualsiasi responsabilità per danni o da qualsiasi altro rimedio contrattuale in caso di violazione del contratto, deve dare senza indugio comunicazione alla controparte dell'impedimento, perché tale comunicazione acquista rilevanza giuridica solamente dal momento in cui è ritualmente notificata. Se l'effetto dell'evento

---

dello stato di figlio, la bigenitorialità, la corresponsabilità dei genitori e il potere dell'autorità giudiziaria di incidere sulla responsabilità genitoriale a tutela dell'interesse preminente del figlio alla luce della legge 219 del 2012 che ha introdotto il principio dell'unicità dello stato di figlio, così come dell'art. 1, par. 4 della legge 76 del 2016 (c.d. legge Cirinnà) sugli impedimenti alle unioni civili tra persone maggiorenni dello stesso sesso, o ancora l'art. 1, comma 2, del decreto del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali del 19 ottobre 2012 n. 199, emanato in attuazione dell'art. 62 del decreto-legge 1 del 2012 (convertito con modificazioni dalla legge 2 del 2012) che qualifica come norme di applicazione necessaria ai sensi del Regolamento Roma I alcune disposizioni sulla forma e il contenuto dei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari e le pratiche commerciali sleali.

<sup>(22)</sup> TORSELLO, WINKLER, *Coronavirus-Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis*, *European Journal of Risk Regulation*, 11, 2020, p. 396 ss. Sul punto si vedano le considerazioni conclusive di questo contributo.

<sup>(23)</sup> Cfr. TWIGG-FLESNER, *A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of Covid-19 - Change of Circumstances, Force Majeure, or What?*, in *Law in the Time of Covid-19* Pistor (a cura di), Columbia Law School, Books.240, April 22, 2020, reperibile all'indirizzo web: <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>. Sul tema in generale si veda FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto*, *Contratto e impresa*, 2016, p. 836 ss.

invocato è temporaneo, le prestazioni contrattuali saranno meramente sospese fintantoché l'impedimento invocato ostacolerà l'adempimento. Se però la durata dell'impedimento ha l'effetto di privare sostanzialmente le parti contraenti di ciò che avevano ragionevolmente diritto di aspettarsi in base al contratto, ciascuna di esse ha il diritto di risolvere il contratto mediante notifica alla controparte dopo un termine ragionevole, che normalmente, salvo diverso accordo, corrisponde a (almeno) 120 giorni.

Se un contratto non contiene alcuna clausola di forza maggiore, o se la clausola è redatta in un modo tale da non coprire l'impatto della pandemia di Covid-19, le parti potrebbero cercare di fare affidamento sulle norme atte a regolare simili fattispecie nel quadro della legge che disciplina il contratto.

Nell'ordinamento italiano, non vi è una definizione della causa di forza maggiore e dunque tale nozione va desunta da una lettura analogica delle norme in tema di non imputabilità dell'inadempimento che ricorre laddove si verifichi un impedimento non dipendente da dolo o da colpa del debitore, ossia un evento straordinario e inaspettato, estraneo alla sfera di controllo del debitore e non prevenibile da questi, nonostante l'adozione di ogni misura idonea ad assicurare il puntuale adempimento dell'obbligazione (c.d. "due diligence"). Se si riscontra la sommatoria di tali elementi, l'uno di natura obiettiva (straordinarietà) <sup>(24)</sup>, l'altro soggettiva (imprevedibilità) <sup>(25)</sup>, ossia l'effettivo realizzarsi di un siffatto avvenimento (dovuto sia a cause naturali – ad esempio calamità naturali o incendi –, sia a fatti umani – ad es. guerre o scioperi –, sia a provvedimenti dell'autorità pubblica – ad es. misure emergenziali), la parte inadempiente potrà

---

<sup>(24)</sup> Molteplici sentenze della Cassazione sottolineano il carattere obiettivo della straordinarietà, qualificando un evento in base all'apprezzamento di fattori – come ad esempio la frequenza, le dimensioni, l'intensità – suscettibili di misurazione, tali pertanto da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quantomeno di ordine statistico: *ex plurimis* Cassazione, sez. III, 25 maggio 2007 n. 12235; Cassazione 19 ottobre 2006, n.22396; Cassazione, sez. II, 23 febbraio 2001, n. 2661/2001, Cassazione 9 aprile 1994, n. 3342.

<sup>(25)</sup> La radice soggettiva della imprevedibilità riguarda la normale capacità e diligenza media della parte contraente ed è ricostruita sulla base dell'assunto che non è sufficiente l'astratta possibilità dell'accadimento ma occorre piuttosto far riferimento alla fenomenologia della conoscenza. Tra le altre, si veda, Cassazione, sez. III, 25 maggio 2007 n. 12235 cit., 13 febbraio 1995, n. 1559.

invocare l'impossibilità sopravvenuta ad eseguire la prestazione, secondo quanto disposto dagli articoli 1218 c.c. in tema di responsabilità del debitore e 1223 c.c. in tema di risarcimento del danno derivante dall'inadempimento. L'impossibilità riveste i caratteri dell'obiettività e dell'assolutezza, sicché deve essere tale non solamente per il debitore che la invoca, ma per ogni soggetto, e deve costituire un ostacolo che non può superarsi neanche con uno sforzo estremo. L'obbligazione sarà dunque considerata estinta e la parte inadempiente non sarà considerata responsabile nel caso in cui essa provi che la mancata esecuzione o il ritardo siano stati determinati da impossibilità derivante da causa non imputabile. Se l'impossibilità è meramente temporanea, il debitore non è responsabile del ritardo nell'adempimento fintantoché la stessa continui (art. 1256 c.c.). Tuttavia, l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura del suo oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla. Se l'impossibilità è parziale, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile (art. 1258 c.c.). Nei contratti a prestazioni corrispettive, da un lato, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuto in linea con le norme sulla ripetizione dell'indebito (secondo il principio "casum sentit debitor" sancito dall'art. 1463 c.c.), dall'altro, l'impossibilità parziale comporta il diritto a una corrispondente riduzione della controprestazione, nonché il diritto della parte alla stessa obbligata a recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile a tale adempimento parziale (art. 1464 c.c.).

Con particolare riguardo alla pandemia da Covid-19 non sembra molto condivisibile la formula adottata dal legislatore italiano nell'art. 91 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 81, quando afferma che «il rispetto delle misure di contenimento (...) è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e

1223 c.c., della responsabilità del debitore (...)»<sup>(26)</sup>. Al netto dei refusi presenti nella norma, sfugge a chi scrive cosa esattamente debba intendersi con l'espressione «[i]l rispetto delle misure di contenimento...è sempre valutata». Se con ciò si intende che l'autorità giudiziaria, in caso di controversie contrattuali per inadempimento, debba tenere conto dell'impatto delle azioni governative volte a limitare la diffusione del Covid-19 sulla (mancata) esecuzione delle prestazioni contemplate dal contratto, il decreto non aggiunge nulla a quanto non fosse già previsto in linea generale e astratta per simili fattispecie dalle summenzionate disposizioni codicistiche. Anzi, potrebbe sostenersi che proprio l'infelice redazione di tale disposizione, lungi dal fare chiarezza, sia potenzialmente foriera di un incremento di litigiosità giudiziale. Se, viceversa, si voleva sottolineare la specialità delle misure di contenimento e dunque farne conseguire "altri" effetti giuridici (specifici ed eccezionali) la formula avrebbe dovuta essere meno ambigua, come, ad esempio, ha fatto il legislatore francese che ha sospeso tutte le clausole contrattuali che sanzionano l'inadempimento a partire dal 12 marzo 2020 per uno o due mesi (a seconda del tipo di contratto) successivi alla revoca della dichiarazione di emergenza nazionale<sup>(27)</sup>.

Se ci si sposta nell'ordinamento cinese, la forza maggiore è disciplinata dall'art. 153 dei *General Principles of Civil Law* del

---

<sup>(26)</sup> Il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia", recante "[m]isure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19" è stato convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27. Il testo del decreto-legge è reperibile all'indirizzo [web https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg](https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg).

<sup>(27)</sup> Cfr. l'art. 4 dell'*Ordonnance n. 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période* il cui testo è reperibile all'indirizzo [web https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755644](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755644)

1986<sup>(28)</sup> e dall'art. 117 della *Contract Law* del 1999<sup>(29)</sup> in base ai quali essa è definita come un insieme di circostanze oggettive, imprevedibili, inevitabili e insormontabili che rendono impossibile l'adempimento del contratto. Di tal guisa, salvo diverso accordo tra le parti e salva l'applicazione di una specifica disciplina contraria, il debitore non è responsabile qualora per ragioni di forza maggiore gli sia impossibile adempiere al contratto purché, entro un termine ragionevole, abbia informato l'altra parte, fornendo le prove delle circostanze impeditive che portano alla risoluzione del contratto.

Ebbene, è quanto mai opportuno sottolineare che, nel quadro dell'ordinamento cinese, la pandemia da Covid-19 non costituisce automaticamente causa di risoluzione del contratto neanche se "coperto" dai certificati di forza maggiore che il *China Council for the Promotion of International Trade* ha iniziato a rilasciare a partire dal 30 gennaio 2020, attraverso una procedura telematica, alle imprese cinesi – così come alle "branch" cinesi di gruppi stranieri – perché tali certificati devono comunque essere valutati alla luce degli istituti previsti dalla legge applicabile al contratto di specie<sup>(30)</sup>.

---

(28) Art. 153, secondo cui «“[f]orce majeure” as used in this law refers to objective situations that are unpredictable, unavoidable, and irresistible». Merita ricordare anche l'art. 180 secondo cui «[w]here the non-performance of civil obligations is caused by a force majeure, no civil liability shall arise therefrom, except as otherwise provided for by any law. A force majeure means any objective circumstance that is unforeseeable, inevitable, and insurmountable». Il testo dei *General Principles of Civil Law of the People's Republic of China* (adottati il 12 aprile 1986, nel corso del "Fourth Session of the Sixth National People's Congress", in vigore dal 1° gennaio 1987) nella traduzione fattane da Whitmore Gray e Henry Ruiheng Zheng è reperibile all'indirizzo web: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3990&context=lcp>

(29) Art. 117 "Force Majeure", secondo cui «[a] party who was unable to perform a contract due to force majeure is exempted from liability in part or in whole in light of the impact of the event of force majeure, except otherwise provided by law. Where an event of force majeure occurred after the party's delay in performance, it is not exempted from liability. For purposes of this Law, force majeure means any objective circumstance which is unforeseeable, unavoidable and insurmountable». *Contract Law of the People's Republic of China* cit.

(30) Al 20 aprile 2020 i certificati di forza maggiore emessi dal *China Council for the Promotion of International Trade* erano più di settemila, per contratti dal valore complessivo di circa 100 milioni di dollari. Cfr. CARTER, DOUGLAS-HENRY, CURLE, MCGUINNESS *et al.*, *Force Majeure Certificates in a Global Context: What are they and What is Their Effect?*, DPA Piper Publications, 30 aprile 2020, reperibile all'indirizzo web

Detto in altri termini, questi certificati saranno senz'altro un'utile prova per la parte che cercherà di fare affidamento sulla forza maggiore per giustificare il proprio inadempimento, ma non saranno necessariamente determinanti, ossia non saranno “di per sé” sufficienti per esonerarla dalla responsabilità, perché la parte dovrà comunque soddisfare i consueti requisiti previsti dalla legge applicabile per invocare questa esimente, il che per l'ordinamento cinese include la dimostrazione che l'evento fatto valere, ad un tempo, rientri nell'alveo della fattispecie di forza maggiore e abbia compromesso *in toto* la capacità della parte di adempiere ai suoi obblighi.

Va infatti tenuto da conto quanto sancito dalla Corte Suprema del Popolo nella *Guiding Opinion on the Proper Handling of Civil Cases Involving the Novel Coronavirus Outbreak in Accordance with the Law*, pubblicata ad aprile di quest'anno <sup>(31)</sup>, che, in dieci “items”, indica ai tribunali cinesi come dovranno regolamentare le controversie civili relative alla pandemia da Covid-19. Ebbene, in base a tale strumento giuridico, che nell'ordinamento cinese ha forza

---

<https://www.dlapiper.com/it/italy/insights/publications/2020/04/force-majeure-certificates-in-a-global-context/>. In Italia il 25 marzo 2020 il Ministro dello Sviluppo Economico italiano ha emesso un provvedimento che consente alle camere di commercio italiane di rilasciare certificati di forza maggiore su domanda di una parte interessata. Tali certificati si basano esclusivamente sulla dichiarazione del richiedente che afferma di non essere in grado di eseguire un contratto a causa delle misure emergenziali contingenti in Italia. Alla luce del fatto che per il rilascio del certificato la Camera di commercio fa affidamento esclusivamente sulla dichiarazione del richiedente in relazione al presunto evento di forza maggiore e non si assume alcuna responsabilità in merito alla veridicità dei fatti e degli eventi indicati in tale dichiarazione, è ragionevole ipotizzare che una controparte straniera ben possa contestare la presunta impossibilità di adempiere agli obblighi contrattuali a causa dell'evento di forza maggiore, tenendo conto dell'effetto che l'evento ha avuto sull'esecuzione e sulla disponibilità di opzioni alternative per adempiere agli obblighi, sicché non è affatto detto che i tribunali italiani riterranno tali certificati una prova sufficiente di un evento di forza maggiore, scusando *tout court* la mancata esecuzione contrattuale ai sensi della legge italiana.

<sup>(31)</sup> Supreme People's Court, *Guiding Opinion on the Proper Handling of Civil Cases Involving the Novel Coronavirus Outbreak in Accordance with the Law*, 16 April 16, 2020. Il testo, nella traduzione del prof. Mimi Zou dell'Università di Oxford, è reperibile all'indirizzo web <https://www.chinalawtranslate.com/guiding-opinion-on-the-proper-handling-of-civil-cases-involving-the-novel-coronavirus-outbreak-in-accordance-with-the-law-1/?lang=en>.

pari alla legge, qualora, durante l'attuale crisi sanitaria, il contratto possa essere eseguito, in toto o parzialmente, le parti devono essere incoraggiate ad adempiere alle prestazioni ivi contemplate. Detto in altri termini, si adotta un approccio pro-contrattuale che propende per la sua validazione sicché, laddove riscontri una mera difficoltà e non già impossibilità nell'eseguirlo, il tribunale deve cercare di facilitarne la continuazione, anche attraverso la variazione dei termini contrattuali su richiesta di una parte. Pertanto, la richiesta di risoluzione del contratto verrà respinta sicché, se una delle parti si rifiuta di adempiere, non sarà esonerata dalla sua responsabilità, a meno che l'adempimento non sia del tutto oggettivamente impossibile<sup>(32)</sup>. In altri termini, la pandemia per il diritto cinese non implica automaticamente un caso di forza maggiore bensì richiede un trattamento "case by case", posto che si tenda a far coincidere la "force majeure" con la "impossibility", come peraltro già statuito durante precedenti crisi sanitarie<sup>(33)</sup>. In effetti, dal novero delle pronunce delle autorità giudiziarie cinesi che riecheggiano scenari affini a quello attuale, possono ricordarsi, *ex plurimis*, la sentenza della Corte intermedia di Guangzhou, *Wang Ting c. la Banca*

---

<sup>(32)</sup> «3. (2): If the epidemic situation or epidemic prevention and control measures only cause difficulties in performing the contract, the parties may renegotiate. If the parties can continue to perform the contract, the people's court shall effectively strengthen its mediation work and actively guide the parties to continue to perform. If the parties request the termination of the contract based on the difficulty of performance, the people's court shall not support it. Where continued performance of the contract is evidently unfair to one party, and if that party requests a change to the contract performance period, method of performance, price amount, etc., the people's court shall decide whether to support the request in light of the actual circumstances of the case. If, after the contract is modified in accordance with the law and the parties still claim partial or full exemption from liability for non-performance, the people's court will not support such a claim», *ibid.*

<sup>(33)</sup> In effetti, se, in punto di diritto, la differenza principale tra "hardship" e forza maggiore sta nel fatto che la prima prevede una alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale, che tuttavia non rende la prestazione fisicamente impossibile (e dunque comporta in genere una rinegoziazione del contratto), mentre gli eventi che costituiscono la seconda rendono la prestazione materialmente ineseguibile (e quindi implicano una risoluzione del contratto), nei singoli casi concreti la distinzione non è tuttavia così facile da tracciare sicché spetterà alla parte lesa decidere in base a quale fattispecie agire e al giudice, in caso di controversia, suffragare o rigettare tale tesi (BRUNNER, *Force Majeure and Hardship*, cit., in specie p. 400 ss.).

*agricola cinese* (n. 1150 del 2005), in cui la Corte ha negato la rilevanza dell'epidemia di Sars per giustificare la mancata esecuzione del contratto di prestito perché era stato sottoscritto dopo la comparsa del virus, il che privava l'evento del requisito dell'imprevedibilità <sup>(34)</sup>. Successivamente, la Corte intermedia di Sanya, isola al sud della Cina, nella sua pronuncia relativa al caso *Yin Wenmin v. Sanya Changyuan Property Development Co., Ltd.* (n. 79 del 2005), pur riconoscendo che le misure amministrative adottate dal Governo locale fossero necessarie per prevenire la diffusione dell'epidemia, e che dunque il divieto di impiego di lavoratori al di fuori di Sanya avesse causato un ritardo nella consegna qualificabile come forza maggiore, purtuttavia ha stabilito che l'impedimento fosse solo temporaneo, sicché l'esecuzione del contratto era da ritenersi meramente sospesa fino alla fine dell'impedimento <sup>(35)</sup>. Ancora, nella sentenza *Xia Guihau v. Qionghai Hongxin Real Estate Development Co., Ltd Mengcheng Branch* (n. 63 del 2011), la Corte di Meng Jian ha sottolineato che, secondo la lettera esplicativa del *Center for Disease Control and Prevention* della contea di Mengcheng, si era verificata un'epidemia durata dal 14 agosto al 9 ottobre 2010, e dunque 57 giorni in totale, ma in verità l'arco temporale di chiusura del cantiere edile e dunque della sospensione della costruzione era stato in effetti di 46 giorni sicché la Corte ha concesso una proroga del periodo di costruzione di pari durata, quantificando dunque tale lasso di tempo sull'effettiva

---

<sup>(34)</sup> *China-Special Series Regarding the Legal Impact of the Covid-19 Epidemic on The Real Estate Industry, the Impact of the Covid-19 Epidemic on the Sale of Commodity Housing, Legal News & Analysis Asia Pacific-China Construction & Real Estate*, 20 marzo 2020 reperibile all'indirizzo web <http://www.conventuslaw.com/report/china-special-series-regarding-the-legal-impact-of/>. In modo del tutto affine, in una decisione del 5 marzo 2005, la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* ha rigettato la domanda di un venditore cinese che aveva invocato l'epidemia di Sars come causa di forza maggiore a giustificazione del suo inadempimento all'obbligo di consegna di merci, alla luce della considerazione che l'epidemia di Sars era diffusa già due mesi prima della data di stipula del contratto ed era quindi un evento prevedibile dal venditore. Il testo del lodo si legge all'indirizzo web <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050305c1.html>.

<sup>(35)</sup> JIANG C., MORREEL WEBER, *Le coronavirus et la force majeure: comparaison entre la Chine et la France*, *Dalloz.Actualité*, 24 mars 2020, reperibile all'indirizzo web: <https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/coronavirus-et-force-majeure-comparaison-entre-chine-et-france#.Xt-MxcDOO00>.

sospensione dei lavori a causa dell'epidemia e non sulla durata dell'epidemia stessa<sup>(36)</sup>. Infine, il tribunale superiore della provincia di Liaoning nel caso *Dalian Pengcheng Holiday Damu Co., Ltd. v. Dalian Zhengdian Watch Industry Co., Ltd.* (n. 14 del 2013), ha stabilito che l'epidemia di Sars e le misure governative riguardavano solamente determinate attività della società Zhengdian e non erano dunque sufficienti a impedire l'intera esecuzione del contratto di locazione<sup>(37)</sup>.

4. Se dunque la forza maggiore sembra essere una causa risolutiva dell'intero contratto che viene disciplinata in modo molto restrittivo, posto che addirittura alcuni ordinamenti non la contemplino affatto<sup>(38)</sup>, ed è applicata con estrema riluttanza dalle autorità giudiziarie<sup>(39)</sup> è ipotizzabile, come via alternativa alla risoluzione del contratto, una sua rimodulazione basata su una "hardship clause"<sup>(40)</sup>.

Nella prassi contrattuale, le "hardship clauses" constano solitamente di due parti: nella prima si definisce il perimetro di applicazione ossia gli eventi che implicheranno la sua attuazione, nella seconda si stabiliscono gli effetti cioè il regime giuridico che ne deriverà. Una formula standard è la seguente: «[i]f during the performance of this Contract there should arise economic, political

---

<sup>(36)</sup> HAIFU, XIA, TIANYUAN, *The Impact of the Covid-19 Epidemic on the Sale of Commodity Housing*, *Junhe Law Review*, 25 febbraio 2020, reperibile all'indirizzo web <http://www.junhe.com/legal-updates/1080?locale=en>

<sup>(37)</sup> JIANG C., MORREEL WEBER, *Le coronavirus et la force majeure*, cit., *ivi*.

<sup>(38)</sup> Ad esempio secondo la legislazione britannica la forza maggiore può essere invocata dalla parte inadempiente soltanto qualora vi sia una apposita previsione/clausola all'interno del contratto. Su questo tema, con particolare riguardo ai contratti di cantieristica navale, si vedano SAMELA, NAPOLITANO, *Il fragile scudo della forza maggiore*, *Port News*, 30 marzo 2020, reperibile all'indirizzo web: <https://www.portnews.it/il-fragile-scudo-della-forza-maggiore/>

<sup>(39)</sup> Un'avversione nell'applicare l'esimente della forza maggiore in caso di crisi sanitarie è riscontrabile anche, ad esempio, nell'ordinamento francese: si veda a tal proposito GUIOMARD, *La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts*, *Dalloz.Actualité*, 4 marzo 2020, reperibile all'indirizzo web: <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/grippe-epidemies-et-force-majeure-en-dix-arrets#.Xt55p8DOO00>

<sup>(40)</sup> In senso critico sulle clausole di "hardship" si vedano SCHWENZER, MUÑOZ, *Duty to Renegotiate and Contract Adaptation in Case of Hardship*, *Uniform Law Review*, 2019, vol. 24, n. 1, p. 149 ss.

or technical circumstances which were unforeseen by the parties and are beyond their control, and which make the performance of the Contract so onerous (though not impossible) for one of the parties that the burden would exceed all the anticipatory provisions made by the parties at the time the Contract is signed, such affected party shall be entitled to equitable relief, and may request the revision of the Contract. The parties will discuss the matter, and if amicable solution cannot be reached, the affected party may request arbitration of the matter in accordance with the arbitration clause of this Contract»<sup>(41)</sup>.

Nel novero degli strumenti internazionali che dettano una disciplina per situazioni di “hardship” va innanzitutto richiamato l’art. 6 dei Principi Unidroit che le definisce (art. 6.2.2) e ne individua i relativi effetti (art. 6.2.3)<sup>(42)</sup>. Sotto il primo profilo, ricorre una situazione di “hardship” quando, secondo una definizione molto ampia e omnicomprensiva di “avversità”, si verificano eventi che alterano sostanzialmente l’equilibrio del contratto, vuoi per l’accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti vuoi per la diminuzione del valore della controprestazione. Affinché si integri una causa di “hardship”, è necessario che: i) l’evento si verifichi o diventi noto alla parte svantaggiata successivamente alla conclusione del contratto; ii) l’evento non sia prevedibile dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto<sup>(43)</sup>; iii) l’evento sia estraneo alla

---

<sup>(41)</sup> L’esempio è tratto da DRAETTA, LAKE, NANDA, *Breach and Adaptation of International Contracts. An Introduction to Lex Mercatoria*, Salem, 1992, p. 194.

<sup>(42)</sup> In modo sostanzialmente affine si esprime l’art. 6:111 (1)-(2) dei *Principles of European Contract Law* del 2002. Si veda *passim* MAZEAUD, FAUVARQUE-COSSON (eds.), *European Contract Law Materials*, cit.

<sup>(43)</sup> In effetti il testo recita che «[t]he events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract» usando dunque «to take into account» e non «to foresee» laddove il testo francese riporta «être raisonnablement prévu». Vi è chi ha sottolineato, sulla scorta di quanto già evidenziato da accorta dottrina (MOISAN, *Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision*, *Les cahiers de droit*, 1994, vol. 35, p. 320 ss.; KONARSKI, *Force Majeure and Hardship Clauses*, cit., p. 421) ancor prima dell’elaborazione di tale modello, che l’imprevedibilità totale e assoluta dell’evento non è un requisito imprescindibile affinché questo integri gli estremi dell’“hardship”, sicché il testo così novellato non elimina il requisito dell’imprevedibilità dell’evento ma piuttosto chiarisce che esso non debba essere stato ragionevolmente previsto dalle

sfera di controllo della parte svantaggiata; iv) la parte svantaggiata non abbia assunto il rischio di tali eventi. In secondo luogo, quanto agli effetti dell'“hardship”, gli “steps” sono: i) la richiesta di rinegoziazione del contratto che deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata; ii) la richiesta che non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione ma è finalizzata alla ricerca di un accordo di rimodulazione del contratto; iii) in caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice il quale, qualora accerti il ricorrere di una ipotesi di “hardship”, può risolvere il contratto ovvero modificarlo al fine di ripristinarne l'originario equilibrio<sup>(44)</sup>.

Sempre nel quadro degli strumenti adottati a livello internazionale, da ultimo, la Camera di Commercio Internazionale ha rielaborato la propria formula standard di “hardship” proprio per renderla più idonea a fronteggiare l'emergenza sanitaria internazionale cagionata dal Covid-19. Secondo tale *ICC Hardship Clause 2020*, nel caso di situazione sopravvenuta o sconosciuta al momento della conclusione di un contratto che altera sostanzialmente l'equilibrio del contratto – o per l'accrescimento dei

---

parti al momento del contratto, in modo tale da evitare un requisito troppo limitante, non adatto per le pratiche del commercio internazionale (così FORNASARI *L'intervento giudiziale sul contratto*, cit., p. 847).

<sup>(44)</sup> La versione 2016 dei Principi Unidroit sembra quindi aver recepito, almeno in parte, le critiche che accorta dottrina aveva mosso alla formulazione precedente: «[i]n this respect the force majeure article found in the Unidroit Principles (Art. 7.1.7) is not fully satisfactory. The suspensive role of force majeure, so apparent in clauses drafted in practice, is not emphasized. No provision is made for renegotiation. The article does not mention any obligation to make efforts to overcome the obstacle» (FONTAINE, DE LY, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, Leiden-Boston, 2008, specialmente p. 442). È altresì opportuno ricordare che i Principi Unidroit patiscono di un “weak status” nell'ordinamento cinese sicché i rari riferimenti a tali Principi nella prassi, peraltro sempre effettuati *ad adiuvandum*, sembrano indicare che le autorità giudiziarie cinesi li evocano quali “background law” al fine di sottolineare come le proprie pronunce, adottate sulla base della legislazione nazionale, in fin dei conti siano in linea con gli «international standards» rappresentati – appunto – dai Principi Unidroit. Cfr. MANJIAO, *Application of the UNIDROIT Principles in China: Successes, Shortcomings and Implications*, *Uniform Law Review*, 2010, vol. 15, p. 5 ss.; MICHAELS, *The Unidroit Principles as Global Background Law*, *Uniform Law Review*, 2014, vol. 19, p. 643 ss.

costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione – le parti devono, con o senza l'intervento di un terzo, entrare in trattativa al fine rinegoziare i termini del contratto per adeguarlo al nuovo stato di fatto, individuando condizioni contrattuali alternative che consentano ragionevolmente di superare le conseguenze dell'evento<sup>(45)</sup>. Poiché ovviamente si tratta di un obbligo di mezzi e non di risultato, intendendosi con ciò il fatto che non è detto che tale intesa si raggiunga, posto che i contraenti hanno il mero compito di negoziare in buona fede, in caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, la clausola dà alcune opzioni (quindi bisognerà di volta in volta far riferimento a quella concretamente prevista nel contratto): a) le parti – di comune accordo o disgiuntamente – potranno (i) risolvere il contratto o (ii) rivolgersi a un giudice (o un arbitro); b) questi, accertato il ricorrere di una ipotesi di “hardship”, potrà, a seconda delle circostanze, (i) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (ii) modificare egli stesso il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio. In questa formulazione la clausola di “hardship” costituisce dunque una clausola di adattamento semi-automatico (c.d. “clause d'obligations alternatives”) perché occorrerà, in prima battuta, analizzare se gli accadimenti che di fatto si siano verificati possano essere sussunti nella fattispecie così come prevista dall'accordo negoziale; in secondo luogo, dare l'abbrivio alla procedura di rinegoziazione e, in caso di suo esito infausto, procedere secondo l'alternativa prescelta *ex ante* al momento della redazione del contratto.

Nell'ordinamento italiano, non vi è una definizione di “hardship”, sicché al più si può applicare a tale ipotesi, in via analogica, la disciplina che regola le ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita (articoli 1467 e 1468 c.c.). Affinché si abbia eccessiva onerosità è necessario che si determini una notevole alterazione nel rapporto originario fra le prestazioni, determinando nel loro ambito una situazione di squilibrio dei rispettivi valori con un aggravio che altera l'iniziale rapporto di equivalenza, incidendo sul valore di una prestazione

---

<sup>(45)</sup> Il testo è reperibile all'indirizzo web: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>

rispetto all'altra, purché tale sproporzione tra le prestazioni non rientri nell'alea normale del contratto. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, da un lato, legittima la parte dalla stessa svantaggiata a chiedere la risoluzione del contratto, dall'altro, la parte alla quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Nell'ordinamento cinese l'"hardship" non è espressamente prevista dalla *Contract Law*, ma si basa piuttosto sul principio di equità secondo il diritto civile generale. Nella prassi giudiziaria, la sua applicazione è molto rigorosa: in particolare, secondo la Corte Suprema del Popolo, le cui pronunce, merita ricordare, hanno pari forza di legge, «where any significant change in the objective environment has taken place after the formation of a contract which could not have been foreseen by the relevant parties at the time of entering into the contract, and does not belong to any commercial risk occasioned by any force majeure cause, rendering the continual performance of the contract manifestly unfair to the relevant party or rendering it impossible to realise the goal of the contract, the People's Court shall confirm whether the contract shall be varied or dissolved in accordance with the principle of justice taking into account the actual circumstance, where a relevant party petitions a People's Court to vary or dissolve the contract»<sup>(46)</sup>.

5. Da questo rapido affresco emerge che per valutare l'impatto degli effetti del Covid-19 sull'esecuzione dei contratti commerciali transnazionali è necessario, *in primis*, individuare il diritto applicabile al contratto, per verificare se in base alle regole di tale sistema giuridico l'attuale pandemia e le misure adottate a livello governativo per farvi fronte possano essere considerate (vuoi da un punto di vista empirico quali elementi di fatto, vuoi da un punto di

---

<sup>(46)</sup> Art. 26, *Interpretation II of the Supreme People's Court of Several Issues Concerning the Application of the Contract Law*, Judicial Interpretation n. 5, April 24, 2009, reperibile all'indirizzo web <http://www.cmac.org.cn/wp-content/uploads/2018/08/Interpretation-of-the-Supreme-Peoples-Court-on-Several-Issues-Concerning-Application-of-the-Contract-Law-of-the-Peoples-Republic-of-China-2.pdf>. Per la prassi applicativa si vedano più diffusamente WANG, A. YAN, T. YAN, *Analysis on Handling of Contractual Dispute in Covid-19 Epidemic*, *The World Law Group*, 25 febbraio 2020, reperibile all'indirizzo web <https://www.theworldlawgroup.com/news/china-analysis-on-handling-of-contractual-dispute-in-covid-19-epidemic>

vista giuridico quali “factum principis”) una causa di forza maggiore o di “hardship” e, di conseguenza, quali siano gli adempimenti a carico della parte che ne invoca l’applicazione. In secondo luogo, andrà verificato se il contratto contenga o meno una clausola di forza maggiore o di “hardship” e quale sia la sua ampiezza, perché, se la risposta è sì, sarà la stessa clausola a determinare la riconducibilità della diffusione del Covid-19 e le misure di contenimento tra le cause di forza maggiore o di “hardship” e a specificarne gli effetti e gli adempimenti a carico della parte che ne invoca l’applicazione. A ogni buon conto, sembra proprio che allo stato attuale le misure adottate per fronteggiare emergenza sanitaria abbiano stressato ulteriormente uno scenario giuridicamente complesso, poiché poco attente al loro impatto sui contratti commerciali transnazionali, laddove, viceversa, sarebbe stato estremamente auspicabile l’adozione di soluzioni giuridiche armonizzate e coordinate quantomeno a livello UE per far fronte all’impatto del Covid-19 sulle transazioni commerciali non meramente interne.

In particolare, ciò emerge, nella prospettiva italiana, dalla qualificazione o meno della normativa emergenziale (*rectius*, di alcune delle disposizioni nella panoplia dei decreti emessi per far fronte alla crisi sanitaria) come imperativa, nell’accezione del diritto internazionale privato. Limitandoci ad analizzare quanto previsto dall’art. 9, par. 2 del Regolamento Roma I, in virtù del quale «le disposizioni del presente Regolamento non ostano all’applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro»<sup>(47)</sup>, le

---

<sup>(47)</sup> In buona sostanza, l’art. 9 del Regolamento Roma I riprende, ampliandola fino quasi a sovrapporla – quantomeno in parte – alle norme imperative più prettamente pubblicistiche, la disciplina già contemplata dall’art. 7 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in tema di “Disposizioni imperative e legge del contratto”, secondo cui «1. Nell’applicazione, in forza della presente convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest’ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione. 2. La presente convenzione non può impedire l’applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto

disposizioni adottate dal Governo italiano per far fronte all'emergenza Covid-19 dovranno essere eseguite dal giudice italiano a prescindere e nonostante l'eventuale normativa straniera applicabile al contratto. Ovviamente, laddove il contratto sia già di per sé disciplinato dalla legge italiana, non sarà necessario evocare le norme ad applicazione necessaria poiché la normativa emergenziale emanata dal Governo italiano troverà applicazione di per sé per effetto dell'ordinario rapporto tra fonti. Qualora, viceversa, sia un'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'Unione Europea a essere chiamata a dirimere la controversia in merito all'esecuzione di un contratto commerciale transnazionale – in virtù, ad esempio, di una clausola con cui le parti la abbiano indicato quale foro competente – ovvero nei casi in cui il giudice italiano debba applicare le norme emergenziali emanate da uno Stato straniero sulla base, ad esempio, dell'*optio iuris* della parte a favore della scelta della legge di quello Stato come regolatrice del contratto<sup>(48)</sup>, potrà trovare applicazione l'art. 9, par. 3 del Regolamento Roma I il quale prevede che «può essere data efficacia anche alle norme di applicazione necessaria dello Stato in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno»<sup>(49)</sup>.

---

indipendentemente dalla legge che regola il contratto». Dal punto di vista dell'ordinamento italiano l'art. 17 della legge 218 del 1995 stabilisce che «è fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera»: in tal modo le norme di applicazione necessaria di matrice italiana di fatto inibiscono *ex ante* il normale funzionamento delle norme di conflitto.

<sup>(48)</sup> In questa ipotesi in verità si può sostenere che le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento straniero richiamato dalla norma di conflitto del foro facciano parte del diritto materiale oggetto del richiamo internazionale privatistico e quindi vadano applicate come parte integrante della "lex causae".

<sup>(49)</sup> In dottrina sul punto si veda da ultimo Zarra, *Lo sfuggente articolo 3, paragrafo 3, del Regolamento Roma I: tra autonomia delle parti e salvaguardia degli interessi statali*, SidiBlog, 8 maggio 2019, reperibile all'indirizzo web: <http://www.sidiblog.org/2019/05/08/lo-sfuggente-articolo-3-paragrafo-3-del-regolamento-roma-i-tra-autonomia-delle-parti-e-salvaguardia-degli-interessi-statali>.

Alla luce di tale disposizione, pertanto, l'applicazione delle norme di applicazione necessaria di uno Stato straniero negli Stati membri dell'Unione Europea è condizionata, da un lato, al duplice requisito che si tratti, ad un tempo, di disposizioni dello Stato in cui devono essere adempiute le prestazioni contrattuali che rendano "illecito" il contratto e, dall'altro lato, che siffatte norme di applicazione necessaria sprigioneranno il loro effetto giuridico in esito al libero e prudente apprezzamento del giudice che dovrà tener conto della natura, delle finalità e delle conseguenze derivanti dall'applicazione di siffatte norme. La *ratio* dell'art. 9, par. 3 del Regolamento Roma I sembra volta a scongiurare il rischio che – per dare esecuzione all'obbligazione contrattuale – la parte interessata sia "forzata" ad adottare una condotta qualificata come illecita da uno degli ordinamenti in cui essa opera, sicché sembra fondato ritenere che nel caso di un contratto commerciale transnazionale "complesso" vengano in rilievo le norme di applicazione necessaria di tutti gli Stati in cui la parte debba porre in essere attività finalizzate a dare esecuzione agli obblighi contrattuali a prescindere dal concreto "step" della filiera produttiva riconducibile a tale Stato, ossia del fatto che si tratti del paese in cui i beni sono confezionati oppure se corrisponda a un territorio di "res in transitu" o ancora che consista nel luogo di destinazione finale. Purtuttavia, laddove la normativa in parola non possa qualificarsi come di applicazione necessaria, essa potrebbe nondimeno rilevare sulla base dell'art. 12, par. 2 del Regolamento Roma I, secondo cui: «per quanto concerne le modalità di esecuzione [...] si avrà riguardo alla legge del paese in cui ha luogo l'esecuzione» il che, alla luce di tutte le considerazioni precedenti, come in una sorta di camera degli specchi, ci riporta al punto di partenza.



## SVILUPPO SOSTENIBILE E INVESTIMENTI DIRETTI ESTERI DOPO L'EMERGENZA COVID-19: QUALE RUOLO PER I CONTRATTI DI INVESTIMENTO?

Sondra Faccio \*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Trattati e contratti di investimento verso l'obiettivo dello sviluppo sostenibile. – 3. Alcuni esempi di obblighi di sviluppo sostenibile. – 4. L'esecuzione degli obblighi di sviluppo sostenibile e possibili limiti in situazioni di emergenza. – 5. Conclusioni.

1. Secondo un recente rapporto dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, i flussi di investimento diretto estero (IDE) subiranno una flessione di circa il 30% nel 2020 in conseguenza della pandemia e delle misure adottate dagli Stati per arginare la sua diffusione, con un ritorno a livelli pre-crisi solo nel 2021 <sup>(1)</sup>. L'emergenza sanitaria in corso è destinata a influenzare non solo la "quantità" dei flussi di IDE, ma anche la "qualità" e la politica degli Stati rispetto alla loro attrazione e regolazione. La diffusione del Covid-19 ha rafforzato la consapevolezza degli Stati rispetto alla necessità di perseguire uno sviluppo che sia sostenibile

---

(\*) Questo articolo è stato elaborato nel contesto del progetto "[l]a politica commerciale dell'UE nelle guerre civili e in altri casi di sovranità contestata: una prospettiva di diritto internazionale" presso la Scuola di Studi Internazionali dell'Università degli studi di Trento. L'articolo parte dalla ricerca svolta assieme al prof. Marco Pertile sul tema *Extractive Industry for Sustainable Development? Some Reflections on the Role of Investment Contracts in Ensuring Benefit Sharing and Community Participation in Natural Resource Governance* (in corso di pubblicazione) e ne sviluppa l'aspetto relativo alle clausole sociali nel contesto dell'emergenza sanitaria. Ringrazio il prof. Attila M. Tanzi per i suoi commenti alla bozza di questo articolo, che hanno permesso di migliorarne il contenuto. Le opinioni qui espresse rappresentano esclusivamente il punto di vista dell'autore.

<sup>(1)</sup> OCSE, *Foreign Direct Flows in the Time of Covid-19*, 4 maggio 2020, reperibile nel sito <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/foreign-direct-investment-flows-in-the-time-of-covid-19-a2fa20c4/>. Il rapporto OCSE ipotizza tre scenari, il più ottimista prevede il ritorno ai livelli di IDE pre-crisi nel 2021, lo scenario moderato prevede invece che nel 2021 i flussi di IDE si attesteranno su valori inferiori (di circa un terzo), rispetto a quelli registrati prima della crisi.

e alle drammatiche conseguenze che possono derivare dall'incapacità di prevenire e gestire le crisi sanitarie, ambientali e sociali <sup>(2)</sup>. Essa ha dimostrato, altresì, come solo una stretta cooperazione tra settore pubblico e privato possa contribuire alla gestione di emergenze di portata globale, enfatizzando il valore delle partnership pubbliche-private <sup>(3)</sup>.

In uno scenario post-emergenziale, è dunque verosimile che gli Stati tenderanno a privilegiare più che mai quei progetti di IDE che, pur contribuendo allo sviluppo economico locale, non mettano a rischio l'equilibrio della comunità coinvolta e la sua sicurezza, ma al contrario siano in grado di migliorarne gli standard di vita. In questo contesto, gli Stati saranno chiamati ad individuare e ad applicare strumenti in grado di attrarre e regolare i flussi di IDE in maniera coerente con le proprie esigenze di sviluppo economico ed umano.

A tal proposito, è opportuno osservare che, nell'ultimo decennio, il tema della "sostenibilità degli IDE" è stato oggetto di ampia discussione da parte della dottrina, della società civile e degli Stati, soprattutto con riferimento alle riforme dei trattati internazionali di investimento, all'opportunità di preservare un certo margine di intervento agli Stati per regolare questioni di interesse pubblico e all'imposizione agli investitori stranieri di obblighi a tutela della salute, dell'ambiente e dei diritti umani delle comunità coinvolte <sup>(4)</sup>. Questo breve contributo intende inserirsi in questo

---

<sup>(2)</sup> OCSE, *From Containment to Recovery: Environmental Responses to the Covid-19 Pandemic*, 20 aprile 2020, reperibile nel sito <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/from-containment-to-recovery-environmental-responses-to-the-covid-19-pandemic-92c49c5c/>.

<sup>(3)</sup> United Nations Sustainable Development Group, *Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to the Socio-Economic Impacts of Covid-19*, marzo 2020, pp. 1, 6, 16, 19, 20, reperibile nel sito <https://unsdg.un.org/resources/shared-responsibility-global-solidarity-responding-socio-economic-impacts-covid-19>; MCPHAIL, *Enhancing Sustainable Development from Oil, Gas and Mining: From an "All of Government" Approach to Partnerships for Development*, in *Extractive Industries. The Management of Resources as a Driver of Sustainable Development* Addison e Alan Roe (eds.), Oxford, 2018, pp. 342-365.

<sup>(4)</sup> Si vedano, tra gli altri, SAUVANT, MANN, *Making FDI More Sustainable: Towards and Indicative List of FDI Sustainability Characteristics*, *The Journal of World Investment & Trade*, 2019, vol. 20, pp. 916-952; KRAJEWSKI, HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investments*, Cheltenham, Northampton, 2019, in particolare i contributi di JOHNSON, *FDI, International*

dibattito affrontando il tema della “sostenibilità degli IDE” dal punto di vista del contratto di investimento. In particolare, si intende evidenziare come i contratti di investimento possano rappresentare

---

*Investment Agreements and the Sustainable Investment Goals* (pp. 126-148) e SCHACHERER, HOFFMANN, *International Investment Law and Sustainable Development* (pp. 563-595); MILES (ed.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Cheltenham, 2019; MBENGUE, SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, 2019; ACCONCI, *The Integration of Non-Investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law*, in *General Interests of Host States in International Investment Law* Sacerdoti, Acconci, Valenti, De Luca (eds.), Cambridge, 2014, pp. 165-193; ID., *L' inclusione del “Right to Regulate” negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione Europea, Studi sull'integrazione europea*, 2019, vol. 14, pp. 89-106; VANDUZER, SIMONS, MAYEDA, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements. A Guide for Developing Country Negotiators*, London, 2013; SUEHRER, *The Future of FDI: Achieving the Sustainable Development Goals 2030 through Impact Investment*, *Global Policy*, 2019, pp. 413-415; OECD, *FDI Qualities Indicators: Measuring the Sustainable Development Impacts of Investment*, 2019, reperibile nel sito [www.oecd.org/fr/investissement/fdi-qualities-indicators.htm](http://www.oecd.org/fr/investissement/fdi-qualities-indicators.htm); KIM, *Balancing Regulatory Interests through an Exceptions Framework under the Right to Regulate Provision in International Investment Agreements*, *The George Washington Int. Law Review*, 2018, vol. 50, n. 2, pp. 289-356; ABEL, *Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors. Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award*, *Brill Open Law*, 2018, pp. 1-30, reperibile nel sito [https://brill.com/view/journals/bol/1/1/article-p61\\_61.xml?language=en&body=pdf-29620](https://brill.com/view/journals/bol/1/1/article-p61_61.xml?language=en&body=pdf-29620); United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, HR/PUB/11/04, 2011; BONFANTI (ed.), *Business and Human Rights in Europe*, New York, 2019; UNCTAD, *Making FDI Work for Sustainable Development*, UNCTAD/DITC/TED/9, 2004, reperibile nel sito [https://unctad.org/en/Docs/ditcted9\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/ditcted9_en.pdf); UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, reperibile nel sito [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf); Commissione Europea, *Trade for All: Towards a More Responsible Trade and Investment Policy*, 2015, reperibile nel sito [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc\\_153846.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf); Commissione Europea, *Investment in TTIP and Beyond: The Path for Reform: Enhancing the Right to Regulate and Moving from Current and Hoc Arbitration towards an Investment Court*, 2015, reperibile nel sito [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

uno strumento importante nella regolazione degli IDE, a fianco e a sostegno dei trattati internazionali di investimento, prevedendo specifici obblighi di sostenibilità <sup>(5)</sup> a carico dell'investitore straniero ed efficaci strumenti di controllo dell'esecuzione degli stessi, contribuendo in tal modo anche all'auspicato «ribilanciamento» dei meccanismi di risoluzione delle controversie nel contesto del diritto degli investimenti <sup>(6)</sup>.

Il testo è suddiviso in quattro paragrafi, oltre a questa breve introduzione: il primo affronta il tema della relazione tra trattati e contratti di investimento nella prospettiva del raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile; il secondo illustra alcuni esempi di contratti di investimento e di obblighi di sviluppo sostenibile posti a carico dell'investitore; il terzo si rivolge agli aspetti relativi alla esecuzione degli obblighi in questione e dei possibili limiti in

---

<sup>(5)</sup> Per obblighi di sostenibilità si intende tutti quegli obblighi che sono volti a garantire la contribuzione effettiva (e fattiva) dell'investimento al processo di sviluppo sostenibile dello Stato, come definito dal Rapporto delle Nazioni Unite del 1987. Tra questi si annoverano: l'obbligo di formazione dei lavoratori e di trasferimento di know-how al fine di promuovere lo sviluppo delle conoscenze e delle attività economiche; le clausole c.d. "sociali" che impongono all'investitore l'obbligo di impiegare parte dei profitti a sostegno di progetti sociali, sanitari e/o culturali a favore della comunità locale; le clausole per la protezione e promozione della qualità dell'ambiente. Si veda Nazioni Unite, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987, par. 15, secondo cui «[i]n essence, sustainable development is a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development; and institutional change are all in harmony and enhance both current and future potential to meet human needs and aspirations». In merito agli sviluppi del processo onusiano sul punto, si veda *infra* par. 2 e i riferimenti *ivi* citati.

<sup>(6)</sup> HUECKEL, *Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements (Comment)*, *Emory Law Journal*, 2012, vol. 61, pp. 601-640; ORELLANA, *Rebalancing Rights and Duties of States and Investors*, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2017, vol. 111, pp. 46-50; TANZI, *On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector*, *The Law and Practice of Int. Courts and Tribunals*, 2012, vol. 11, pp. 47-76; ID., *The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith*, in *General Principles of Law and International Investment Arbitration* Gattini, Tanzi, Fontanelli (eds.), Leiden, 2018, pp. 193-220; SIMMA, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, *Int. Comparative Law Quarterly*, 2011, vol. 60, pp. 573-596.

situazioni di crisi sanitaria; il paragrafo quarto contiene alcune brevi considerazioni conclusive.

2. L'*Agenda 2030* per lo sviluppo sostenibile adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2015 indica 17 obiettivi di sviluppo sostenibile e 169 "targets" specifici attraverso cui raggiungere detti obiettivi nell'arco di 15 anni <sup>(7)</sup>. Gli IDE sono considerati espressamente nell'obiettivo 10 sulla riduzione delle ineguaglianze all'interno dell'ambito nazionale e tra Stati attraverso lo stimolo di:

[O]fficial development assistance and financial flows, including *foreign direct investment*, to States where the need is greatest, in particular least developed countries, African countries, small island developing States and landlocked developing countries, *in accordance with their national plans and programmes* <sup>(8)</sup>.

Nel contesto dell'Agenda delle Nazioni Unite, gli IDE rappresentano una risorsa utile alla riduzione delle disuguaglianze che deve essere, tuttavia, impiegata in conformità con i piani e i programmi nazionali degli Stati di destinazione degli investimenti. Si tratta, in altre parole, della *vexata quaestio* relativa, da un lato, alla capacità degli Stati di attrarre e regolare gli IDE in modo che gli stessi contribuiscano allo sviluppo economico nazionale; e, dall'altro lato, della necessità di evitare che gli strumenti di attrazione, i trattati di investimento *in primis*, limitino la capacità dello Stato di realizzare politiche di interesse generale <sup>(9)</sup>.

Com'è noto, con la ratifica di un trattato di investimento gli Stati assumono obblighi reciproci sul trattamento degli investimenti provenienti dall'altro Stato contraente (o dagli altri Stati contraenti), offrendo altresì agli investitori la facoltà di istituire un procedimento

---

<sup>(7)</sup> Assemblea Generale delle Nazioni Unite, UN Doc. A/RES/70/1 (25 settembre 2015) *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*.

<sup>(8)</sup> *Ibid.*, corsivo aggiunto. Vedi anche Obiettivo 17.5; 17.7 e par. 67.

<sup>(9)</sup> JOHNSON, SACHS, LOBEL, *Aligning International Investment Agreements with the Sustainable Development Goals*, 5 febbraio 2020, p. 3, reperibile nel sito <https://www.jtl.columbia.edu/journal-articles/aligning-international-investment-agreements-with-the-sustainable-development-goals>.

arbitrale internazionale avverso lo Stato in caso di presunta violazione degli standard di trattamento promessi <sup>(10)</sup>. I trattati di investimento rappresentano uno dei principali strumenti di attrazione degli IDE, in quanto mirano a garantire una certa stabilità regolamentare relativa al trattamento degli investimenti stranieri. Allo stesso tempo, tali strumenti sono stati oggetto di critica per l'effetto inibitorio che possono produrre sulla potestà dello Stato di adottare misure di riforma nell'interesse pubblico <sup>(11)</sup>. I trattati di investimento e il contenzioso arbitrale che ne deriva sono stati inoltre oggetto di critica per la presunta incapacità di sanzionare adeguatamente la condotta dell'investitore rispetto a danni all'ambiente e ai diritti sociali e umani della popolazione dello Stato d'investimento <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Non tutti i trattati di investimento prevedono la facoltà dell'investitore di istituire direttamente un procedimento arbitrale internazionale avverso lo Stato in caso di violazione degli standard di trattamento previsti. A tal proposito, si veda: il Trattato per la cooperazione economica tra Australia e Giappone, firmato l'8 luglio 2004, entrato in vigore il 15 gennaio 2015, reperibile nel sito <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>; e il Trattato di libero scambio tra Australia e Malesia, firmato il 22 maggio 2012, entrato in vigore il 1 marzo 2013, reperibile nel sito <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2634/download>. Rispetto alla natura della facoltà riconosciuta all'investitore di istituire direttamente un procedimento arbitrale internazionale avverso lo Stato, si vedano, in particolare, CRAWFORD, *ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, *American Journal of Int. Law*, 2002, vol. 96, pp. 887-888; PAPARINSKIS, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Land of State Responsibility*, *The European Journal of Int. Law*, 2014, vol. 25, pp. 617-647; DOUGLAS, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, *British Yearbook of International Law*, 2003, vol. 74, pp. 184, 282.

<sup>(11)</sup> KUBE, PETERSMANN, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, *EUI Working Paper LAW*, 2016/02, p. 1, reperibile nel sito <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/38985>; Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, *Human Rights, Trade and Investment, Report of the High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. No. E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 Luglio 2003, p. 21.

<sup>(12)</sup> Per esempio nella sentenza 8 dicembre 2016 nell'affare *Urbaser S.A. Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v The Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/07/26. Cfr. KUBE, PETERSMANN, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, cit.; SCHACHERER, *International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from 2010s*, Manitoba, 2018, reperibile nel sito

Come anticipato in premessa, il dibattito sviluppatosi attorno a questi temi è stato particolarmente vivace e ha portato molti Stati a concludere nuovi trattati in materia con esplicite eccezioni all'applicazione degli standard di protezione degli investimenti<sup>(13)</sup> e clausole generali a garanzia del potere regolamentare dello Stato<sup>(14)</sup>. Per esempio, l'art. 22 del Trattato bilaterale tra Giappone e Uruguay stabilisce espressamente che esso non pregiudica il potere degli Stati parti di adottare misure necessarie alla protezione della salute e della vita dell'uomo, degli animali e della vegetazione; la salvaguardia della morale e dell'ordine pubblico; il rispetto delle leggi e dei regolamenti; la protezione dei tesori artistici, storici o di valore archeologico e per la conservazione delle risorse naturali<sup>(15)</sup>.

---

<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>.

(<sup>13</sup>) Australia-Corea *Free Trade Agreement*, firmato in data 8 aprile 2014, in vigore dal 12 dicembre 2014, Allegato 11-B, paragrafo 5, reperibile nel sito <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2971/download>. Si vedano anche il trattato bilaterale di investimento Canada-Giordania, firmato in data 28 giugno 2009, in vigore dal 14 dicembre 2009, reperibile nel sito <http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/Canada-JordanFIPA-eng.pdf>; Canada-Perù *Free Trade Agreement*, firmato in data 29 maggio 2008, in vigore dal 1° agosto 2009, reperibile nel sito [http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/canada\\_peru.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/canada_peru.pdf); Stati Uniti-Australia *Free Trade Agreement*, firmato in data 18 maggio 2004, in vigore dal 1° gennaio 2005, reperibile nel sito <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text>; il trattato bilaterale tra Stati Uniti e Ruanda, firmato in data 19 febbraio 2008, in vigore dal 1° gennaio 2012, reperibile nel sito [http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/US\\_Rwanda.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/US_Rwanda.pdf).

(<sup>14</sup>) RAJPUT, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2019; LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law: the Search for Balance between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Alphen aan den Rijn, 2019; CHIUSI, *The Role of International Investment Law in the Business and Human Rights Legal Process*, *Int. Community Law Review*, 2019, vol. 21, pp. 5-34; TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden Baden, 2014; NEWCOMBE, *General Exceptions in International Investment Agreements, Draft Discussion Paper Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference* (13 e 14 maggio 2008), reperibile nel sito [https://www.biicl.org/files/3866\\_andrew\\_newcombe.pdf](https://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf).

(<sup>15</sup>) Trattato bilaterale di investimento Giappone-Uruguay, firmato in data 26 gennaio 2016, in vigore dal 14 aprile 2017, art. 22, reperibile nel sito <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3284/download>.

Rispetto alla regolazione degli IDE e alla capacità degli Stati di imporre agli investitori obblighi in termini di sviluppo sostenibile, la prassi dimostra che solo un numero limitato di trattati hanno introdotto modifiche in tal senso <sup>(16)</sup>. Si tratta per lo più di trattati non ancora pienamente efficaci sul piano internazionale, in quanto non ratificati; e in ogni caso contenenti clausole di carattere generale – «[i]nvestors or investments shall ... strive to comply with on hygiene, security, health and social welfare rules in force in the host country» <sup>(17)</sup> –, e non specifici obblighi di contribuzione fattiva allo sviluppo sostenibile dello Stato d'investimento.

È proprio in questo contesto che i contratti di investimento possono intervenire per colmare il vuoto regolamentare evidenziato. A differenza dei trattati, infatti, i contratti di investimento sono stipulati direttamente tra investitore straniero (o una sua società controllata) e Stato (o un suo ente territoriale o società) e sono volti a regolare i reciproci obblighi e benefici per la realizzazione e il

---

<sup>(16)</sup> Trattato bilaterale per la promozione e protezione degli investimenti Nigeria-Marocco, sottoscritto in data 3 dicembre 2016, art. 18, reperibile nel sito <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>; ECOWAS, *Supplementary Act on Investment of the Economic Community of West African States*, firmato in data 18 dicembre 2008, in vigore dal 19 gennaio 2009, art. 14, reperibile nel sito <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3266/download>. Cfr. KRAJEWSKI, *A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application*, *Business and Human Rights Journal*, 2020, vol. 5, n. 1, pp. 105-129; ZUGLIANI, *Human Rights in International Investment Law: the 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty*, *Int. Comparative Law Quarterly*, 2019, vol. 68, pp. 761-770. Sulla possibilità che i trattati di investimento siano riformati nel senso di imporre obblighi agli investitori, si vedano MILES, *The Origins of International Investment Law*, Cambridge, 2013, p. 359; UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, p. 109, reperibile nel sito [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf).

<sup>(17)</sup> ECOWAS, *Supplementary Act on Investment of the Economic Community of West African States*, firmato in data 18 dicembre 2008, in vigore dal 19 gennaio 2009, art. 14.1 e art. 14.2, secondo cui «[i]nvestors shall uphold human rights in the workplace and the community in which they are located. Investors shall not undertake or cause to be undertaken, acts that breach such human rights. Investors shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents human rights obligations, labour standards as well as regional environmental and social obligations to which the host State and/or the home State are Parties».

godimento di uno specifico progetto di IDE <sup>(18)</sup>. In altre parole, essi creano e disciplinano c.d. partnership pubbliche-private, ove usualmente la parte pubblica mette a disposizione le risorse naturali e/o amministrative e/o la rete di servizi pubblici, spesso essenziali, sul territorio; mentre la parte privata fornisce i capitali e le conoscenze tecniche e di gestione necessari.

I contratti di investimento non sono volti a tutelare in maniera generalizzata i progetti di investimento presenti sul territorio dello Stato, come nel caso dei trattati, ma si occupano della regolazione del singolo progetto. Per tale ragione, essi si prestano, in maniera più adeguata rispetto ai Trattati, ad essere modellati secondo le esigenze di sviluppo sostenibile dello Stato.

L'impiego dei contratti di investimento è particolarmente diffuso nel settore dell'industria estrattiva, dell'energia e dei servizi pubblici – dalla distribuzione di acqua ed energia, alle telecomunicazioni –, ove la prassi evidenzia che le parti tendono a negoziare e inserire clausole specifiche atte a favorire la condivisione dei benefici derivanti dal progetto di investimento con la comunità coinvolta <sup>(19)</sup>. Si distinguono, in particolare, le clausole di incentivazione del trasferimento di conoscenze e tecnologie (“training, local content”); quelle c.d. “sociali”, che impegnano l'investitore a utilizzare parte dei profitti a sostegno di progetti

---

<sup>(18)</sup> ALVIK, *Investor-State Contracts*, in *Research Handbook on Foreign Direct Investment* Krajewskim, Hoffmann (eds.), Cheltenham, 2009, pp. 271-298; COTULA, *Investment Contracts and Sustainable Development: How to Make Contracts for Fairer and More Sustainable Natural Resource Investments*, London, 2010, p. 3; DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2013, 80. Si vedano altresì lodo 18 agosto 2008 nell'affare *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v Republic of Ecuador*, Caso n. ICSID ARB/04/19, paragrafi 182-183; decisione sulla giurisdizione 2 giugno 2010 nell'affare *Burlington Resources Inc. v Republic of Ecuador*, caso n. ICSID ARB/08/5, par. 235 e opinione dissidente dell'arbitro Orrego Vicuña, 8 novembre 2010, par. 10.

<sup>(19)</sup> I contratti di investimento sono spesso coperti da riservatezza e pochi sono quelli accessibili al pubblico. Un'eccezione è rappresentata dall'industria estrattiva ove, anche grazie all'iniziativa “Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)”, è stata incentivata la pubblicità degli accordi contrattuali Stato-investitore (v. <https://eiti.org>). Nel sito web <https://www.resourcecontracts.org> sono pubblicati 2298 documenti contrattuali del settore dell'industria estrattiva relativi a novantacinque Stati. Gli esempi di clausole presentati nei paragrafi successivi hanno attinto principalmente da questo sito.

sociali, sanitari e/o culturali a favore della comunità locale; e quelle per la protezione dell'ambiente <sup>(20)</sup>. Questo breve articolo si concentrerà sull'analisi di alcuni esempi di clausole c.d. "sociali" <sup>(21)</sup>, con particolare riferimento alle loro potenzialità in tema di tutela della salute in un contesto di crisi sanitaria. L'attenzione verrà successivamente rivolta all'arbitrato internazionale, quale possibile strumento di esecuzione delle tutele in questione in caso di violazione da parte dell'investitore.

3. Le clausole sociali possono essere classificate in generiche e specifiche. Le prime prevedono l'obbligo dell'investitore di contribuire finanziariamente a fondi statali o a progetti dedicati allo sviluppo della comunità locale, senza indicazioni in merito al contenuto di questi ultimi. Queste clausole sono per lo più comuni negli accordi di "joint venture", ove le parti tendono ad indicare le linee generali del rapporto, rinviando per la disciplina di dettaglio a successivi strumenti contrattuali, ma possono essere presenti anche in altri tipi di contratto di investimento <sup>(22)</sup>. In questi casi, la successiva definizione dei progetti di sviluppo può essere rimessa allo Stato secondo le disposizioni normative applicabili, allo Stato e

---

<sup>(20)</sup> COTULA, *Investment Contracts and Sustainable Development*, cit., pp. 45-66; GATHII, ODUMOSU-AYANU, *The Turn to Contractual Responsibility in the Global Extractive Industry*, *Business and Human Rights Journal*, 2015, pp. 69-94.

<sup>(21)</sup> I contratti le cui clausole sono oggetto di studio nei paragrafi che seguono sono tratte dal sito <https://www.resourcecontracts.org>, impiegando i seguenti criteri di ricerca: periodo 2019-2005; categoria: "financial obligations, community or commodity funds".

<sup>(22)</sup> *Production Sharing Contract* tra il Governo della Repubblica del Kenya e la società ERHC AGC Profond Ltd. (Block 11A), 2012, art. 13.3: «the Contractor shall by way of direct payments contribute a minimum of Fifty Thousand Dollars (USD 50,000.00) per year towards the local community development projects». *Convention d'Exploration Minière* tra lo Stato del Burundi e la società Burundi Mining Metallurgy International, 2014, art. 42 e 43: «Article 42: Développement communautaire: Des l'entrée en vigueur du permis d'exploitation, SMEM s'engage a: 1. participer au développement des infrastructures de base pour les communautés locales; 2. appuyer les activités génératrices des revenus pour les communautés locales; 3. appuyer les initiatives des collectivités locales. Article 43: Contribution communale: SMEM s'engage a payer une contribution communale annuelle après trois (3) ans à compter de la date du début de l'exploitation minière. Cette contribution sera de cinquante (50) mille Dollars américains». *Production Sharing Contract* (contratto modello) della Repubblica della Guinea Equatoriale, 2019, art. 23.4.

all'investitore unitamente, oppure a una decisione congiunta tra l'investitore e le comunità coinvolte <sup>(23)</sup>. Per esempio, il *Joint Venture Agreement (JVA)* tra Gécamines e Western Mining Co. Ltd. (Repubblica Democratica del Congo) stabilisce l'impegno «[...] d'entreprendre des œuvres sociales au bénéfice des communautés environnantes suivant un cahier de charge convenu avec ces dernières» <sup>(24)</sup>.

Le clausole specifiche, per contro, prevedono espressamente quali sono gli obiettivi di sviluppo sostenibile che i fondi messi a disposizione dell'investitore devono sostenere e/o le procedure di selezione dei relativi progetti <sup>(25)</sup>.

Per esempio, il contratto sottoscritto dalla Repubblica delle Filippine e dalla società Kromico Inc. prevede che l'obbligo dell'investitore di contribuire allo sviluppo della comunità si concretizzi, da un lato, nel rispetto dei diritti, costumi e tradizioni delle popolazioni indigene; e, dall'altro lato, nel finanziamento di tali comunità con una somma non inferiore all'1% del valore dei ricavi derivanti dalla vendita dei minerali <sup>(26)</sup>. Inoltre, l'investitore si obbliga a coordinarsi con le autorità locali al fine di contribuire allo sviluppo delle comunità interessate attraverso «social

---

<sup>(23)</sup> Per esempio, con riferimento all'applicazione delle procedure previste dalla legislazione locale: *Large Scale License Agreement* tra il Governo della Sierra Leone e SL Mining Ltd, 2017, art. 5.18, a) e b) e 4.15; con riferimento a decisioni congiunte Stato/investitore: *Convention d'Exploration Minière* tra la Repubblica del Congo e Congo Iron S.A., 2016, art. 20.3.2, 20.3.3; con riferimento all'approvazione previa dell'investitore: *Petroleum Agreement* tra il Governo dello Stato della Guyana e Esso Exploration and Production Guyana Ltd, e altri, art. 28.7.

<sup>(24)</sup> *Joint Venture Agreement (JVA)* tra Gécamines e Western Mining Co. Ltd., 2005 (Repubblica Democratica del Congo), *Resumé*.

<sup>(25)</sup> *Convention d'Exploration Minière* tra la Repubblica del Congo e Congo Iron S.A., 2016, artt. 20.3.2, 20.3.3; *Exploration and Production Concession Contract (EPCC)* tra il Governo della Repubblica del Mozambico, ExxonMobil, RN Zambezi South PTE. Ltd. e l'Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, E.P., 2018, art. 16.6; *Petroleum Exploration and Production Concession Contract* tra il Governo della Repubblica del Mozambico, Sasol Petroleum Mozambique Exploration Limitada, e l'Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, 2018, art. 16.6; *Mine Closure and Reclamation Plan*, febbraio 2009, allegato al *Mining Lease Agreement* tra la Repubblica della Sierra Leone e la società Koidu Holdings S.A., 2010, art. 3.1.

<sup>(26)</sup> *Mineral Production Sharing Agreement (MPSA)* tra la Repubblica delle Filippine e Krominco Inc., 2009, art. 12, j.2.

infrastructure, livelihood programs, education, water, electricity and medical services»<sup>(27)</sup>.

Tra gli obiettivi della tipologia dei contratti in questione, alcuni contemplano espressamente il miglioramento della salute della comunità locale e l'attuazione di programmi atti a combattere e prevenire malattie<sup>(28)</sup>. A tal proposito, un esempio utile è il contratto tra Repubblica Equatoriale di Guinea e la Società Kosmos Energy. In questo caso, l'investitore si obbliga a fornire un contributo finanziario annuale di US \$ 100.000 al fine di «cooperate with non-governmental organizations in charitable works to develop society, sport activities and health programs to fight and prevent disease, as well as other non-profit related activities»<sup>(29)</sup>.

Analogamente, il *Production Sharing Contract for Block 45* tra la medesima Società e il Suriname stabilisce l'impegno dell'investitore a finanziare programmi di «corporate social responsibility» volti a sostenere lo sviluppo della comunità locale in tema di «environment, health, education, culture and sports»<sup>(30)</sup>.

È evidente il valore che simili clausole possono assumere nel contesto di crisi sanitaria a sostegno dello Stato d'investimento nell'adozione delle misure necessarie alla prevenzione e al

---

<sup>(27)</sup> *Mineral Production Sharing Agreement* (MPSA) tra la Repubblica delle Filippine e Krominco Inc., 2009, art. 12, j.3. Vedi anche *Mineral Production Sharing Agreement* (MPSA) tra la Repubblica delle Filippine e Mt. Sinai Exploration Mining and Development Corporation, 2011, art. 11.1.k.2, con riferimento alla promozione del «general welfare of the inhabitants».

<sup>(28)</sup> *Production Sharing Contract Block 45* tra Staatsolie Maatschappij Suriname N.V. e Kosmos Energy Suriname, 2011, art. 32.1.1; *Production and Sharing Agreement* tra le Repubblica della Guinea Equatoriale, Guinea Equatorial de Petroleos e Kosmos Energy Equatorial Guinea (*Block W*), 2017, art. 23.5; *Convention Minière* tra lo Stato del Senegal e Sabodala Gold Operations (SGO) SA, 2015, art. 25.1; *Avenant No. 1 au Contrat de Partage de Production* tra la Repubblica Democratica del Congo e l'associazione South Africa Congo Oil (PTY) Ltd e la Congolaise des Hydrocarbures, 2010, art. 5.3; *Contrat de Partage de Production* tra la Repubblica Democratica del Congo e Caprikat Ltd e FoxWhelp Ltd, 2010, art. 5.3; *Mine Closure and Reclamation Plan*, Febbraio 2009, allegato al *Mining Lease Agreement* tra la Repubblica della Sierra Leone e la società Koidu Holdings S.A., 2010, art. 3.1.

<sup>(29)</sup> *Production and Sharing Agreement* tra le Repubblica della Guinea Equatoriale, Guinea Equatorial de Petroleos e Kosmos Energy Equatorial Guinea (*Block W*), 2017, art. 23.5.

<sup>(30)</sup> *Production Sharing Contract Block 45* tra Staatsolie Maatschappij Suriname N.V. e Kosmos Energy Suriname, 2011, art. 32.1.1.

contenimento dell'epidemia. Deve essere osservato, però, che solo alcuni contratti di investimento prevedono che il contributo finanziario dell'investitore sia ancorato al rendimento economico del progetto<sup>(31)</sup>. Generalmente, tali finanziamenti vengono quantificati in misura fissa<sup>(32)</sup>, o lasciati alla libera determinazione delle parti<sup>(33)</sup> o dell'investitore, nella "misura del possibile"<sup>(34)</sup>.

4. In caso di inadempimento, le clausole sociali in questione possono essere fatte valere dallo Stato mediante arbitrato. I contratti menzionati, infatti, prevedono apposite clausole compromissorie che riferiscono la risoluzione arbitrale delle controversie tra Stato e investitore secondo le regole dell'ICSID o di altri enti quali la *Permanent Court of Arbitration* (PCA)<sup>(35)</sup>. Nel caso di arbitrato

---

<sup>(31)</sup> *Mineral Production Sharing Agreement* (MPSA) tra la Repubblica delle Filippine e Krominco Inc., 2009, art. 12.j.2; *Mineral Production Sharing Agreement* (MPSA) tra la Repubblica delle Filippine e Mt. Sinai Exploration Mining and Development Corporation, 2011, art. 11.1.k.1; *Convention de Base* tra la Repubblica della Guinea e la Société des Bauxites de Guinée S.A. e SGB Bauxite and Alumina N.V., 2018, art. 20.1.4

<sup>(32)</sup> *Convention Minière* tra lo Stato del Senegal e Sabodala Gold Operations SA, 2015, art. 22.3: «[p]endant toute la durée de la présente Convention SGO s'engage à investir un montant de 1 225 000 S US par an jusqu'à la fin de la durée de vie de la Mine pour le compte du développement social des collectivités locales des régions de Kédougou et de Tambacounda qui abrite le projet de Sabodala. Ce paiement annuel comprend les engagements antérieurs de 425 000 \$ US et de 800 000 S US au titre respectivement de chacune de la Convention minière de Sabodala et de la Convention minière de Golouma».

<sup>(33)</sup> *Convention d'Exploration Minière* tra la Repubblica del Congo e Congo Iron S.A., 2016, art. 20.3.1: «[the investor] contribuera annuellement à un fonds constitué sous forme d'association ou de fondation à but non lucratif dont l'objet est de favoriser le développement économique, social et culturel des communautés locales qui sont impactées par les Opérations Minières ... à hauteur d'un montant annuel qui sera à déterminer d'accord parties».

<sup>(34)</sup> *Convention Minière* tra il Governo della Repubblica del Senegal e la società Mapathe Ndiouck, 2016, art. 7.3: «[l]'Entreprise Mapathé NDIOUCK en concertation avec les autorités et élus locaux s'attachera à développer, dans la mesure du possible, d'autres opportunités d'amélioration de l'environnement social des populations vivant dans la zone du périmètre de recherche».

<sup>(35)</sup> Per esempio, il *Production Sharing Contract Block 45* tra Staatsolie Maatschappij Suriname N.V. e Kosmos Energy Suriname, 2011, art. 41.2, prevede che «[a]ny Dispute ... shall be resolved fully and finally and exclusively by arbitration», con la possibilità per le parti di scegliere tra la PCA (art. 41.2.4.1) oppure l'ICSID (art. 41.2.4.2). Vedi anche, *Mineral Production Sharing*

ICSID, le clausole compromissorie precisano che, ai fini della determinazione della giurisdizione ai sensi dell'art. 25 della Convenzione ICSID, il contratto e le relative controversie riguardano un "investimento" <sup>(36)</sup>.

A tal proposito, è opportuno formulare alcune brevi osservazioni circa l'effettiva attuabilità dello strumento arbitrale da parte degli Stati, con particolare riguardo ai contesti di emergenza sanitaria.

In generale, si rileva come i contratti di investimento rappresentino l'unico strumento che permette un ricorso bilanciato all'arbitrato in materia di investimenti tra Stato ospite e investitore straniero. In questo caso, diversamente dall'arbitrato previsto da trattati internazionali di investimento, lo Stato d'investimento può agire in giudizio nella stessa misura dell'investitore <sup>(37)</sup>. Tuttavia, gli Stati hanno fatto ad oggi raramente ricorso all'arbitrato internazionale derivante da contratto contro investitori stranieri <sup>(38)</sup>.

---

*Agreement* (MPSA) tra la Repubblica delle Filippine e Krominco Inc., 2009, art. 11 (arbitrato *ad hoc*); *Production and Sharing Agreement* tra la Repubblica della Guinea Equatoriale, Guinea Equatorial de Petroleos e Kosmos Energy Equatorial Guinea (*Block W*), 2017, art. 26 (arbitrato ICSID); *Convention d'Exploration Minière* tra lo Stato del Burundi e la società Burundi Mining Metallurgy International, 2014, art. 53 (arbitrato ICSID); *Production Sharing Contract* tra il Governo della Repubblica del Kenya e la società ERHC AGC Profond Ltd. (*Block 11A*), 2012, art. 41 (arbitrato UNCITRAL).

<sup>(36)</sup> Per esempio, *Production Sharing Contract Block 45* tra Staatsolie Maatschappij Suriname N.V. e Kosmos Energy Suriname, 2011, art. 41.2.4.2; *Petroleum Agreement* tra il Governo dello Stato della Guyana e Esso Exploration and Production Guyana Ltd, e altri, art. 26.3.

<sup>(37)</sup> Institut de Droit International, 18esima Commissione, Relatore: Campbell McLachlan, *Equality of Parties before International Investment Tribunals*, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, "Session de La Haye" 2019, vol. 79, rispettivamente pp. 409-620, 445, secondo cui «[s]ave in the case of contractual disputes (where submission to international arbitration continues to be common)»; 472, secondo cui «[w]here the instrument of consent is a contractual arbitration agreement between the parties this requirement is met in the same written provision, which may be equally invoked by either the State or the investor depending upon the nature of the claim»; Questionnaire (Stanimir Alexandrov); 543, secondo cui «[i]n the case of a clause in favour of ICSID arbitration in a contract between an investor and a State, the investor and the State have equal access to ICSID».

<sup>(38)</sup> Si segnalano *Gabon v. Société Serete S.A.*, caso n. ICSID ARB/76/1; lodo arbitrale 12 luglio 2011 nell'affare *Tanzania Electric Supply Company Limited v.*

A tal proposito, è stato osservato che «[the State] may have at its disposal avenues of relief more expedient than investment arbitration» <sup>(39)</sup>. Va altresì rilevato come lo Stato abbia tutto l'interesse ad evitare la pubblicità negativa sul mercato degli investimenti, derivante dall'attivazione di contenziosi internazionali contro privati e a perseguire soluzioni alternative all'arbitrato.

Simili considerazioni ci portano a concludere che, gli Stati saranno restii ad azionare lo strumento arbitrale per far valere gli obblighi contrattuali assunti dall'investitore, se non in casi estremi. D'altra parte, come si osserverà più avanti, il contesto attuale è diverso rispetto a quello, risalente, in cui la prassi (o, meglio, l'assenza di prassi) citata è andata maturando. Oggi, infatti, si evidenzia una maggiore consapevolezza degli Stati rispetto alle esigenze e ai propri obblighi internazionali in tema di sviluppo sostenibile e alle responsabilità degli investitori in tal senso; e ciò può far pensare a un diverso sviluppo in futuro.

Rispetto ai contesti di emergenza sanitaria, l'applicazione delle c.d. clausole di “force majeure” potrebbe avere l'effetto di sospendere gli obblighi derivanti dai contratti in questione e, quindi, giustificare il temporaneo inadempimento dell'investitore, annullando l'efficacia delle clausole sociali negoziate. La “force majeure”, infatti, può determinare la sospensione degli obblighi contrattuali della parte che la invoca per il periodo in cui permangono le circostanze invocate a fondamento della causa di sospensione.

---

*Independent Power Tanzania Limited*, caso n. ICSID ARB/98/8, lodo sulla giurisdizione, 28 dicembre 2009 nell'affare *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and Others*, caso n. ICSID ARB/07/3; Relazione finale del Conciliatore 12 maggio 2015 nell'affare *Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and others*, caso n. ICSID CONC(AF)/12/2; *Republic of Peru v. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*, caso n. ICSID ARB/13/24.

<sup>(39)</sup> LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, *Journal of Int. Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, pp. 97–122, 98. Si veda anche, Institut de Droit International, 18esima Commissione (Campbell McLachlan), *Equality of Parties before International Investment Tribunals*, *Questionnaire* (Mojtaba Kazazi), p. 547, secondo cui «why States have not made recourse to international arbitration for the settlement of investment disputes? This is generally due to concerns on sovereignty grounds and that States would normally prefer, or may be legally bound to prefer, their national courts to other fora».

Molti dei contratti oggetto delle presenti considerazioni contengono clausole di questo tipo <sup>(40)</sup> e in alcuni casi viene espressamente menzionata l'ipotesi di epidemia come causa di forza maggiore <sup>(41)</sup>. Pertanto, è verosimile attendersi che in un contesto di crisi sanitaria, quale quella derivante dal Covid-19, l'investitore tenterà di avvalersi della clausola di forza maggiore prevista dal contratto per sospendere i propri obblighi di pagamento, tanto più se fissi e non ancorati all'effettivo rendimento dell'investimento (temporaneamente inattivo).

D'altra parte, è stato opportunamente osservato che «such [force majeure] clauses are often hard to implement as they present high levels of language complexity and technicality» <sup>(42)</sup>. Tale complessità emerge anche dal linguaggio delle disposizioni dei contratti sin qui discussi. A titolo di esempio, il contratto di investimento del 2018 tra ExxonMobil e il Mozambico, prevede che il mancato adempimento o il ritardato adempimento degli obblighi previsti dal contratto siano giustificati se determinati da eventi di forza maggiore, salvo che si tratti di obblighi di pagamento («except an obligation to make payments») <sup>(43)</sup>. Questo “caveat” potrebbe avere

---

<sup>(40)</sup> Per esempio, *Mineral Production Sharing Agreement* (MPSA) tra la Repubblica delle Filippine e Krominco Inc., 2009, art. 18; *Exploration and Production Concession Contract* (EPCC) tra il Governo della Repubblica del Mozambico, ExxonMobil, RN Zambezi South PTE. Ltd. e l'Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, E.P., 2018, art. 22; *Production and Sharing Agreement* tra le Repubblica della Guinea Equatoriale, Guinea Equatorial de Petroleos e Kosmos Energy Equatorial Guinea (*Block W*), 2017, art. 27; *Production Sharing Contract* tra il Governo della Repubblica del Kenya e la società ERHC AGC Profond Ltd. (Block 11A), 2012, art. 38.

<sup>(41)</sup> *Exploration and Production Concession Contract* (EPCC) tra il Governo della Repubblica del Mozambico, ExxonMobil, RN Zambezi South PTE. Ltd. e l'Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, E.P., 2018, art. 22.

<sup>(42)</sup> WINKLER, *Practical Remarks on the Assessment of Covid-19 as Force Majeure in International Contracts*, *SIDI Blog*, 6 maggio 2020, reperibile nel sito <http://www.sidiblog.org/2020/05/06/practical-remarks-on-the-assessment-of-covid-19-as-force-majeure-in-international-contracts/>; FONTAINE, DE Ly, *Drafting International Contracts*, *Ardely*, New York, 2006, pp. 401-451.

<sup>(43)</sup> *Exploration and Production Concession Contract* (EPCC) tra il Governo della Repubblica del Mozambico, ExxonMobil, RN Zambezi South PTE. Ltd. e l'Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, E.P., 2018, art. 22. Vedi anche, *Production and Sharing Agreement* tra le Repubblica della Guinea Equatoriale, Guinea Equatorial de Petroleos e Kosmos Energy Equatorial Guinea (*Block W*), 2017, art. 27.1.

l'effetto di mantenere in vita le obbligazioni di pagamento dell'investitore anche con riferimento alle clausole sociali.

5. Nel contesto dei lavori della 18esima Commissione dell'*Institut de Droit International*, Laurence Boisson de Chazournes ha evidenziato che al momento dell'istituzione dell'ICSID (1965) i tipi di contenzioso contemplati erano primariamente quelli contrattuali, ove entrambe le parti (Stato e investitore) potevano invocare in eguale misura la violazione delle obbligazioni derivanti dal contratto di investimento. Secondo Boisson de Chazournes, a quel tempo l'equilibrio tra i diritti e gli obblighi degli Stati e degli investitori era diverso rispetto a quello creatosi successivamente con lo sviluppo del contenzioso sulla base dei trattati di investimento. I trattati di investimento hanno, infatti, determinato uno spostamento del baricentro verso la protezione degli investitori stranieri. Oggi, il diritto internazionale degli investimenti è al centro di una nuova evoluzione. Da più parti, infatti, viene espressa la necessità di un nuovo equilibrio tra interessi pubblici e privati<sup>(44)</sup>. Il presente contributo ha tentato di dimostrare come lo strumento del contratto internazionale possa efficacemente servire a tale scopo. Ciò ove questo preveda specifici obblighi di sostenibilità a carico dell'investitore straniero e la possibilità per lo Stato di ricorrere all'arbitrato degli investimenti su un piano di parità rispetto all'investitore.

---

<sup>(44)</sup> Institut de Droit International, 18esima Commissione, Relatore: Campbell McLachlan, *Equality of Parties before International Investment Tribunals*, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, "Session de La Haye" 2019, vol. 79, pp. 409-620, 544, secondo cui «[w]hen ICSID was established, the disputes contemplated were primarily contractual investment disputes, with both parties being able to invoke violations of the investment contract. The balance of rights and obligations between States and investors was thus different from that encountered when treaty claims entered into the realms of ICSID. At that time and thereafter, the balance of rights and obligations turned towards investor protection. This situation is changing. There is an emerging trend in investment treaties providing for obligations for investors».



## L'EMERGENZA COVID-19: L'APPROCCIO DELL'UNIONE EUROPEA ALLE RESTRIZIONI ALL'ESPORTAZIONE E AL RINNOVAMENTO DELLA "GOVERNANCE" DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI PER GLI "HEALTHCARE PRODUCTS"

Elisa Baroncini

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina emergenziale europea: l'adozione del regime di autorizzazione all'esportazione dei dispositivi di protezione individuale e la sua evoluzione. – 3. La compatibilità con il sistema OMC della disciplina europea sulle esportazioni di DPI. – 3.1. Il divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI GATT e la sua clausola "carve-out". – 3.2. La tutela della salute e della vita delle persone di cui all'art. XX lett. b) GATT. – 3.3. Le misure essenziali alla gestione della penuria di prodotti e la loro equa ripartizione internazionale di cui all'art. XX lett. j) GATT. – 3.4. Gli interessi essenziali di sicurezza in situazioni di emergenza nell'art. XXI GATT. – 4. Il *Trade in Healthcare Products Concept Paper* della Commissione Europea. – 5. Conclusioni.

1. Siamo chiamati a confrontarci con una crisi globale senza precedenti, che ha una triplice natura: la pandemia del "Corona Virus Disease 19" (Covid-19) è, infatti, una crisi mondiale sanitaria, economica, ed anche istituzionale <sup>(1)</sup>. L'impatto del nuovo coronavirus, in particolare, sta creando una recessione che molto probabilmente eclisserà la crisi finanziaria globale del 2008, con una contrazione degli scambi internazionali valutata dagli economisti dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, nel 2020, tra il 13% e il 32% <sup>(2)</sup>.

In un tale scenario, per far fronte ad una emergenza tanto imprevista quanto dirompente, l'Unione Europea ha, tra l'altro, adottato una disciplina sull'autorizzazione all'esportazione dei dispositivi medici di protezione individuale volta ad assicurare la fornitura di detti prodotti sul mercato europeo, senza trascurarne

---

<sup>(1)</sup> In tal senso cfr. il contributo di Giorgio Sacerdoti nel presente volume; VAN DEN BOSSCHE, *Can It Get Any Worse?*, *SIEL Newsletter*, Spring 2020, p. 1-2; *Has Covid-19 Killed Globalisation? The Flow of People, Trade and Capital Will Be Slowed*, *The Economist*, 14 maggio 2020.

<sup>(2)</sup> WTO, *Trade Set to Plunge as Covid-19 Pandemic Upends Global Economy*, Press Release, 8 aprile 2020.

l'accesso da parte dei paesi terzi vulnerabili <sup>(3)</sup>. Quindi, la Commissione ha prontamente avviato l'elaborazione di strategie per affrontare la fase successiva all'emergenza, quella della ripresa economica. Da un lato, l'istituzione europea propone una rinnovata cooperazione internazionale che assicuri a prezzi ragionevoli e su base costante l'accesso ai beni essenziali per prevenire, contrastare e far fronte a crisi globali di portata simile al Covid-19; dall'altro, Bruxelles promuove un nuovo modello per il commercio internazionale, volto a superare le fortissime tensioni e i considerevoli problemi esplosi nel processo manifatturiero ed industriale a causa della disarticolazione nelle filiere globali di approvvigionamento, dovuta alla drastica riduzione dei trasporti e al "lockdown" cui gli Stati sono stati costretti per arginare il contagio del coronavirus <sup>(4)</sup>.

Con particolare riferimento all'accesso a dispositivi medici e farmaci, la Commissione Europea, in occasione dell'incontro ministeriale dell'*Ottawa Group* del 15 giugno 2020 <sup>(5)</sup>, ha presentato

---

<sup>(3)</sup> *Infra* il par. 2 del presente lavoro.

<sup>(4)</sup> Cfr. WEYAND, *A Stronger Europe in the World: Major Challenges for EU Trade Policy*, College of Europe, *EU Diplomacy Paper 02/2000*; *Introductory Statement by Commissioner Phil Hogan at Informal Meeting of EU Trade Ministers*, 9 giugno 2020. Recentemente, la Commissione Europea ha avviato il processo di revisione della politica commerciale dell'Unione, intraprendendo una consultazione pubblica che rimarrà aperta sino al 15 settembre 2020, per poi redigere una comunicazione alla fine dell'anno distillando e operando una sintesi dei contributi apportati da società civile e attori interessati. Si veda *European Commission Kicks off Major EU Trade Policy Review*, 16 June 2020; Commissione Europea, *A Renewed Trade Policy for a Stronger Europe - Consultation Note*, 16 giugno 2020. Sulle filiere di approvvigionamento si veda nel presente volume il contributo di Carla Gulotta.

<sup>(5)</sup> Il Comunicato finale di tale riunione ministeriale è stato ufficialmente notificato al Segretariato dell'OMC. Cfr. WT/GC/217, *June 2020 Statement of the Ottawa Group: Focusing Action on Covid-19*, 16 giugno 2020. L'*Ottawa Group*, guidato dal Canada, è formato da tredici membri (oltre al Canada, si tratta di Australia, Brasile, Cile, Unione Europea, Giappone, Kenya, Corea del sud, Messico, Nuova Zelanda, Norvegia, Singapore e Svizzera). Esso si prefigge di promuovere le riforme del sistema multilaterale degli scambi, concentrandosi sul meccanismo di risoluzione delle controversie, sul rinvigorismento della funzione negoziale dell'OMC, e sul rafforzamento della funzione deliberativa e dell'efficacia delle modalità di lavoro dell'OMC nelle sue varie articolazioni di Consigli e Comitati. I membri dell'*Ottawa Group* amano definirsi come "champions of WTO reform". Cfr. Government of Canada, *Ottawa Group and*

un *concept paper* sul commercio nei prodotti per la tutela della salute, volto a garantire, per tutti gli Stati, un accesso costante, adeguato ed equo a detti beni, attraverso la definizione di nuove regole internazionali, anche in sede OMC, e di nuove forme di collaborazione <sup>(6)</sup>.

Nel presente lavoro in primo luogo verrà presentata la disciplina emergenziale della UE sul regime delle esportazioni. Quindi, si considererà la compatibilità di detta disciplina con il sistema dell'OMC. Infine, “last but not least”, verrà illustrato il *concept paper* su “Trade in Healthcare Products”, per mostrare il contributo che l'Unione intende dare alla costruzione di una solida iniziativa internazionale che scongiuri le enormi difficoltà con le quali si è affrontata l'emergenza del Covid-19 e garantisca equità e una migliore tutela della salute a livello globale attraverso nuove regole comuni e nuovi metodi di collaborazione.

2. La rapidissima diffusione del contagio del Covid-19 in Europa ha impattato su Stati ed istituzioni europei del tutto sprovvisti di una pianificazione adeguata a fronteggiare il coronavirus. In particolare, la disponibilità sul territorio europeo di dispositivi di protezione individuale -indispensabili per prevenire l'ulteriore diffusione della malattia e salvaguardare la salute del personale medico e paramedico impegnato nella cura dei pazienti infetti- era quanto mai scarsa. Questo a causa, da un lato, della dislocazione della produzione di DPI quasi interamente in Cina, e, dall'altro, della inadeguata quantità di scorte di tali prodotti da parte dei distributori e delle strutture sanitarie e di protezione civile europee. Il propagarsi della pandemia nel nostro continente, preceduto dalla diffusione del Covid-19 in Cina, veniva, così, a confrontarsi con un calo della produzione cinese a causa della

---

*WTO Reform*, al link <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2019/05/ottawa-group-and-wto-reform.html>.

<sup>(6)</sup> Commissione Europea, *Trade in Healthcare Products – Concept Paper*, 11 giugno 2020, disponibile al link [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/june/tradoc\\_158776.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/june/tradoc_158776.pdf). Si veda anche Commissione Europea, *Coronavirus: European Commission Backs International Initiative to Facilitate Trade in Healthcare Products*, 15 giugno 2020; *Introductory Remarks by Commissioner Phil Hogan at the Ottawa Group Meeting*, 15 giugno 2020.

quarantena nel paese asiatico, combinata al contestuale impennarsi del fabbisogno di DPI in Europa. Di fronte a tale emergenza, tre dei quattro Stati membri della UE produttori di mascherine, ossia Germania, Francia, e quindi la Repubblica Ceca <sup>(7)</sup>, introdussero il blocco dell'export, sollevando le fortissime proteste degli altri Stati europei <sup>(8)</sup>. Per superare questa seria crisi di approvvigionamento, la Commissione Europea decise di intervenire adottando un regime di autorizzazione all'esportazione dei DPI verso i paesi terzi, e imponendo contestualmente agli Stati UE l'eliminazione delle restrizioni interne alla circolazione di DPI <sup>(9)</sup>.

Veniva, così, attivato per la prima volta l'art. 5 del Regolamento UE sul regime comune delle esportazioni <sup>(10)</sup>, la disposizione dedicata alle misure di salvaguardia adottabili per derogare al principio della libertà di esportazione dei prodotti verso gli Stati terzi, principio che caratterizza la normativa unionista in ottemperanza agli obblighi internazionali assunti dalla UE <sup>(11)</sup>. L'art. 5, infatti, consente, «[a]l fine di prevenire una situazione critica dovuta a una penuria di prodotti essenziali o al fine di porvi rimedio e quando gli interessi dell'Unione richied[a]no un'azione immediata[,] ... di subordinare l'esportazione di un prodotto alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione». Il 14 marzo 2020, la Commissione Europea adottò, pertanto, lo schema di autorizzazione all'esportazione dei DPI: mascherine, occhiali, visiere o schermi protettivi, schermi facciali, indumenti protettivi e guanti <sup>(12)</sup>. Fu, infatti, opportunamente valutato che «[a]ll'interno

---

<sup>(7)</sup> Il quarto Stato europeo produttore di mascherine è la Polonia, si veda *Come è andata la storia delle mascherine tra Italia, Francia, Germania e Ue, Pagella politica*, 16 marzo 2020.

<sup>(8)</sup> Si veda CAIZZI, *Le mascherine dividono la Ue Germania e Francia bloccano l'export*, *Il Corriere della sera*, 6 marzo 2020.

<sup>(9)</sup> «The [EU] measures were taken due to supply shortages as the Covid-19 pandemic spread. This was a compromise decision to help induce Member States to stop blocking exports within the single market». DREYER, *INTA to Commission: Limit the Damage on Medical Gear Export Restrictions*, *Borderlex*, 3 aprile 2020.

<sup>(10)</sup> Regolamento (UE) 2015/479 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2015 relativo a un "regime comune applicabile alle esportazioni (codificazione)", *G.U.U.E.* L83/34 del 27.3.2015.

<sup>(11)</sup> Cfr. il *considerando* n. 8 del Regolamento 2015/479.

<sup>(12)</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione del 14 marzo 2020 che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione, *G.U.U.E.* L77/1 del 15.3.2020.

dell'Unione ... la vitale necessità di disporre di dispositivi di protezione per ospedali, pazienti, operatori del settore, autorità di protezione civile»<sup>(13)</sup>, unitamente all'urgenza della situazione<sup>(14)</sup>, impedivano di lasciare al libero mercato l'allocazione dei DPI. Ciò avrebbe molto facilmente potuto implicare, per detti beni, il rischio più che concreto a) di divenire oggetto di acquisti speculativi massicci, al fine di stoccare i DPI per farne lievitare i prezzi, oppure b) di finire nella disponibilità del pubblico generale, anziché essere innanzitutto destinati al personale chiamato in prima linea a fronteggiare l'emergenza pandemica.

Nel Regolamento di esecuzione 2020/402, la Commissione, dopo aver definito i DPI "prodotto essenziale"<sup>(15)</sup> per debellare il Covid-19, conferisce alle autorità degli Stati membri il compito di applicare il regime emergenziale di autorizzazione all'esportazione, fornendo, all'Allegato I, l'elenco dettagliato dei DPI con i corrispondenti codici di nomenclatura doganale, e, all'Allegato 2, il modello per il formulario nazionale di autorizzazione<sup>(16)</sup>. La tempistica indicata per l'esame delle domande è fissata in un termine non superiore ai cinque giorni lavorativi «a decorrere dalla data in cui le autorità competenti dispongono di tutte le informazioni necessarie», termine che «[i]n circostanze eccezionali e per motivi debitamente giustificati» può essere raddoppiato<sup>(17)</sup>. Proprio per prevenire «un depauperamento delle scorte dovuto a speculazione», il Regolamento di esecuzione 2020/402 è entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, il 15 marzo 2020, con una scadenza fissata al termine di un periodo di sei settimane da tale data, dunque al 25 aprile 2020<sup>(18)</sup>.

In assenza di richiesta di autorizzazione all'esportazione, quest'ultima è, naturalmente, vietata. La Commissione precisa, però, agli Stati membri che vanno esaminate positivamente le domande di export dei DPI laddove questi ultimi rientrino nell'assistenza richiesta da Stati terzi o da organizzazioni internazionali al

---

<sup>(13)</sup> *Considerando* n. 9 del Regolamento di esecuzione 2020/402.

<sup>(14)</sup> Si veda il *considerando* n. 11 del Regolamento di esecuzione 2020/402.

<sup>(15)</sup> Si veda il *considerando* n. 2 del Regolamento di esecuzione 2020/402.

<sup>(16)</sup> Cfr. l'art. 1 del Regolamento di esecuzione 2020/402.

<sup>(17)</sup> Così è stabilito dall'art. 2, par. 2 del Regolamento di esecuzione 2020/402.

<sup>(18)</sup> Cfr. l'art. 3 del Regolamento di esecuzione 2020/402.

meccanismo della protezione civile dell'Unione Europea <sup>(19)</sup>, oppure abbiano ad oggetto la fornitura di detti beni essenziali nell'ambito di aiuti umanitari, o, ancora, nell'ipotesi in cui l'esportazione di DPI sia volta a sostenere le attività della rete globale di allarme e risposta alle epidemie (GOARN) istituita dall'OMS <sup>(20)</sup>. Le autorizzazioni all'esportazione sono, inoltre, da concedere quando i DPI siano destinati alle operazioni all'estero degli Stati membri della UE, quali «operazioni militari, missioni internazionali di polizia e/o missioni civili internazionali di mantenimento della pace», oppure all'approvvigionamento delle delegazioni dell'Unione Europea e delle missioni diplomatiche degli Stati membri della UE <sup>(21)</sup>.

Immediatamente dopo l'entrata in vigore del Regolamento di esecuzione 2020/402, le proteste e le perplessità sollevate dalla portata della disciplina emergenziale di autorizzazione all'esportazione condussero ad una repentina esclusione dall'osservanza di detto regime per gli Stati dell'Associazione Europea di Libero Scambio (EFTA) – dunque Norvegia, Islanda, Liechtenstein e Svizzera –<sup>(22)</sup> i paesi e territori d'oltremare, nonché le isole Fær Øer, Andorra, San Marino e lo Stato della Città del

---

<sup>(19)</sup> La struttura UE volta a fornire una risposta rapida ed efficace alle emergenze, istituita nel 2001, è stata riformata nel 2013. Si veda Decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, su “un meccanismo unionale di protezione civile”, *G.U.U.E.* L347/924 del 20.12.2013. Su tale meccanismo e la sua azione con specifico riferimento al Covid-19 cfr. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, *Eurojus.it*, 2020, pp. 95-106.

<sup>(20)</sup> Cfr. l'art. 2, par. 3 del Regolamento di esecuzione 2020/402. La rete GOARN (“Global Outbreak Alert and Response Network”) dell'OMS riunisce e coordina le risorse di agenzie tecniche, anche al di fuori della famiglia ONU, reti di laboratori, organizzazioni umanitarie e non governative, quali la Croce Rossa o Médecins Sans Frontières, per intervenire con rapidità ed efficacia in ogni angolo del mondo in caso di emergenza sanitaria internazionale. Si vedano MACKENZIE *et al.* (eds.), *The Global Outbreak Alert and Response Network*, *Global Public Health*, 2014, pp. 1023-1039.

<sup>(21)</sup> *Ibid.*

<sup>(22)</sup> Per il testo aggiornato della Convenzione EFTA cfr. *Convention Establishing the European Free Trade Association - Consolidated version, last amended on 1 July 2013*, disponibile nel sito ufficiale dell'EFTA al link <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/efta-convention/Vaduz%20Convention%20Agreement.pdf>.

Vaticano<sup>(23)</sup>. Il mercato unico dei dispositivi medici e di protezione individuale, infatti, è fortemente integrato, sia per le filiere produttive che per le reti di distribuzione, con il territorio degli Stati EFTA, ed altrettanto accade per gli altri enti e Stati richiamati, i quali dipendono dalle catene di approvvigionamento degli Stati membri nel cui territorio sono situati o con i cui territori confinano<sup>(24)</sup>. In un tale contesto, le restrizioni all'esportazione rischiavano di privare dette realtà di DPI, nonché di vedere colpita l'Unione da provvedimenti economici di ritorsione sempre per beni essenziali in ambito sanitario<sup>(25)</sup>.

L'ampliarsi a dismisura di provvedimenti nazionali di limitazione all'esportazione dei beni suscettibili di essere qualificati come essenziali per affrontare la pandemia – beni che dai DPI ai prodotti medici e farmaceutici ben presto hanno ricompreso anche i prodotti agroalimentari – ha implicato severe distorsioni sul mercato internazionale, senza, peraltro, riuscire a garantire un approvvigionamento adeguato, sotto il profilo sanitario, nelle zone di necessità, con grave nocimento, in particolare, dei paesi in via di sviluppo, pressoché totalmente dipendenti dalle esportazioni poiché in larga parte non producono gli strumenti indispensabili a combattere il coronavirus<sup>(26)</sup>. Tale situazione ha, in primo luogo, iniziato a preoccupare gli stessi Stati autori delle misure restrittive: in tempi stretti, quindi, la Comunità internazionale ha manifestato gli anticorpi a una simile frammentazione e involuzione nazionalistica del mercato globale, totalmente inadeguata a

---

<sup>(23)</sup> Regolamento di esecuzione 2020/426 della Commissione del 19 marzo 2020 “recante modifica del Regolamento di esecuzione 2020/402 che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione”, *G.U.U.E.* L84/1 del 20.3.2020.

<sup>(24)</sup> Si veda il *considerando* n. 2 e il *considerando* n. 3 del Regolamento di esecuzione 2020/426.

<sup>(25)</sup> Così DREYER, *EU Exempts Rich Neighbours from Medical Protective Gear Export Ban*, *Borderlex*, 20 marzo 2020.

<sup>(26)</sup> L'OMC ha riscontrato che più di ottanta Stati hanno adottato provvedimenti restrittivi all'esportazione. Cfr. WTO, *WTO Report Finds Growing Number of Export Restrictions in Response to Covid-19 Crisis*, 23 April 2020, disponibile al link [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/rese\\_23apr20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_23apr20_e.htm). Per un'analisi di tale massiccio fenomeno si vedano BALDWIN, EVENETT (eds.), *Covid-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work*, Londra, 2020; BOWN, *Covid-19 Could Bring Down the Trading System - How to Stop Protectionism from Running Amok*, *Foreign Affairs*, 28 aprile 2020.

rappresentare una risposta ad una crisi globale qual è quella del Covid-19. Così, Singapore e Nuova Zelanda, fermamente contrari al proliferare di misure unilaterali, il 20 marzo 2020 hanno adottato una dichiarazione ministeriale congiunta che molto velocemente ha ottenuto l'adesione di un significativo numero di Stati, condividendo la convinzione su «the importance of refraining from the imposition of export controls or tariffs and non-tariff barriers and of removing any existing trade restrictive measures on essential goods, especially medical supplies, at this time»<sup>(27)</sup>.

Di lì a poco, i leaders del G-20<sup>28</sup> hanno posto le prime basi per definire una collaborazione internazionale per un pieno recupero dell'economia e una crescita equilibrata, inclusiva, e sostenibile. In occasione della riunione del 26 marzo, nella dichiarazione finale espressamente dedicata al Covid-19, il G-20 sottolinea che «[e]mergency measures aimed at protecting health will be targeted, proportionate, transparent, and temporary»<sup>(29)</sup>, una qualificazione che pochi giorni più tardi avrebbe ripreso il Commissario europeo per il commercio Phil Hogan. Quest'ultimo, dopo aver rimarcato che la sfida immediata da affrontare è «[m]aintaining open trade and avoiding unnecessary disruption of supply chains ... especially when it comes to ensuring the adequate production and distribution

---

(27) La dichiarazione bilaterale Singapore/Nuova Zelanda risale al 20 marzo 2020. Successivamente hanno aderito Australia, Brunei, Canada, Cile, e Myanmar. Cfr. *Joint Ministerial Statement by Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Myanmar, New Zealand and Singapore Affirming Commitment to Ensuring Supply Chain Connectivity Amidst the Covid-19 Situation*, 25 March 2020, disponibile sul sito del Ministero degli affari esteri di Singapore al link <https://www.mfa.gov.sg/Overseas-Mission/Geneva/Mission-Updates/2020/04/JOINT-MINISTERIAL-STATEMENT-SUPPLY-CHAIN-CONNECTIVITY--COVID-19-SITUATION>.

(28) Il *Group of Twenty* (G-20), riunitosi per la prima volta a Berlino nel dicembre 1999, comprende i diciannove Stati più industrializzati al mondo, nonché l'Unione Europea, che, attraverso il loro sistematico coordinamento intendono governare e promuovere una crescita economica globale sostenibile. Cfr. WOUTERS, ODERMATT, VAN KERCKHOVEN, *The EU at the G20 and the G20's Impact on the EU*, in *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension* van Vooren, Blockmans, Wouters (eds.), Oxford, 2013, pp. 259-271.

(29) Extraordinary G20 Leaders' Summit, *Statement on Covid19*, 26 marzo 2020, a p. 2.

of critical medical and protective equipment»<sup>(30)</sup>, ha, infatti, affermato, ricalcando la precedente statuizione del G-20, che, in un tale contesto, «any domestic emergency measures aimed at protecting health should be *targeted, proportionate, transparent and temporary*»<sup>(31)</sup>.

La Commissione per il commercio internazionale del Parlamento Europeo (INTA), in una sua lettera al Commissario Hogan del 2 aprile 2020, ha sottolineato, anche alla luce delle linee guida emanate dalla Commissione Europea per orientare uniformemente gli Stati membri nell'applicazione del regime di autorizzazione, che l'obiettivo di tale regime deve essere unicamente quello di consentire restrizioni alle esportazioni di DPI solo quando ciò risulti «strictly necessary»<sup>(32)</sup>, dunque per «porre rimedio ad una situazione critica e prevenirla»<sup>(33)</sup>. Quindi, gli eurodeputati hanno evidenziato che le motivazioni per concedere le autorizzazioni di cui all'art. 2, par. 3 del Regolamento di esecuzione 2020/402, sono meramente esemplificative<sup>(34)</sup>, per cui gli Stati membri, una volta garantite le esigenze di salvaguardia interne, sono tenuti a permettere

---

<sup>(30)</sup> *Remarks by Commissioner Phil Hogan at G20 Virtual Ministerial*, 30 marzo 2020.

<sup>(31)</sup> *Ibid.*, il corsivo è nostro.

<sup>(32)</sup> Committee on International Trade, Parlamento Europeo, *Export Authorisations for Personal Protective Equipment, Letter to Mr Phil Hogan*, 2 aprile 2020, p. 1. La lettera è disponibile sul sito della Commissione Europarlamentare INTA al link <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/product/product-details/20200402CAN54285>.

<sup>(33)</sup> Si veda Comunicazione della Commissione, *Nota di orientamento agli Stati membri in relazione al Regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione, che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione, modificato da ultimo dal Regolamento di esecuzione (UE) 2020/426 della Commissione (2020/C 91 I/02)*, G.U.U.E. C 91 I/10 del 20.3.2020, sezione 2.

<sup>(34)</sup> L'art. 2, par. 3 del Regolamento 2020/402 recita, infatti, che «[n]el decidere se concedere un'autorizzazione di esportazione a norme del presente Regolamento gli Stati membri tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, *tra cui, se del caso, se l'esportazione serve, tra l'altro ...*» (il corsivo è nostro). La Commissione Europea ha quindi scelto una terminologia che indica chiaramente la natura non tassativa delle ipotesi successivamente elencate nella disposizione in oggetto, ipotesi in presenza delle quali l'autorizzazione ad esportare DPI va concessa.

le esportazioni <sup>(35)</sup>. In particolare, il Comitato INTA ha richiamato il principio di solidarietà internazionale, considerato dalla Commissione stessa nella sua Nota di orientamento rivolta agli Stati membri per una omogenea applicazione dello schema di autorizzazione. In detta Nota, infatti, si afferma che il principio di solidarietà deve essere difeso in questa situazione di pandemia mondiale, cosicché «gli Stati membri possono concedere autorizzazioni di esportazione, e sarebbero tenuti a farlo, non solo nei casi di cui all'art. 2, par. 3 del Regolamento di esecuzione, ma anche qualora la spedizione di cui trattasi non costituisca una minaccia per il reale fabbisogno di DPI nell'Unione e serva a soddisfare una legittima esigenza legata all'uso medico professionale o ufficiale in un paese terzo» <sup>(36)</sup>. Infine, gli eurodeputati hanno esortato la Commissione ad emendare nuovamente la disciplina emergenziale europea sui DPI, per esentare dallo schema di autorizzazione alle esportazioni i sei Stati dei Balcani occidentali impegnati in un processo di profonda integrazione con l'UE <sup>(37)</sup>. Infatti, le catene di valore della produzione e le reti di distribuzione del mercato unico sono strettamente connesse anche a quelle degli Stati balcanici, e, vista la facilità con la quale il Covid-19 varca le frontiere, la collaborazione nel debellare il virus in quella parte d'Europa è indispensabile pure

---

<sup>(35)</sup> «Article 2(3) provides a list of possible grounds for authorisation but it is worth pointing out that the list should under no circumstances be seen as exhaustive». *Export Authorisations for Personal Protective Equipment, Letter to Mr Phil Hogan*, cit., pp. 1-2.

<sup>(36)</sup> Comunicazione della Commissione, *Nota di orientamento agli Stati Membri* ..., cit., sezione 2.

<sup>(37)</sup> Tutti i paesi dei Balcani occidentali hanno una "prospettiva europea", per la prima volta riconosciuta al Consiglio Europeo di Feira nel 2000, e, da ultimo, confermata dal Vertice UE-Balcani occidentali tenutosi a Sofia il 17 maggio 2018 (si veda la Dichiarazione di Sofia del vertice UE-Balcani occidentali, 17 maggio 2018). La prospettiva europea è concretizzata dalla partecipazione al processo di stabilizzazione e associazione, nell'ambito del quale vi è l'impegno ad un futuro comune come Stati membri dell'Unione, imperniato sulla conclusione degli accordi di stabilizzazione e associazione tra la UE e ciascuno dei sei Stati balcanici. Su questo tema si veda più diffusamente la presentazione della Commissione Europea sul sito della DG Trade, *Western Balkans*, disponibile al link <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/western-balkans/#footnote-1>.

per lottare efficacemente contro la malattia all'interno del territorio dell'Unione <sup>(38)</sup>.

Nel nuovo Regolamento di esecuzione 2020/568, con il quale la Commissione Europea prolunga, rivedendolo, il regime di autorizzazione al 26 maggio 2020, le sollecitazioni europarlamentari vengono recepite <sup>(39)</sup>. Pur permanendo un divario tra la domanda e l'offerta di DPI all'interno dell'Unione, la situazione dell'approvvigionamento non è più così critica come a metà marzo, per cui la portata dello schema di controllo dell'export è stata ridotta da cinque a tre categorie di DPI, ossia occhiali e visiere o schermi protettivi; dispositivi per la protezione di bocca e naso; indumenti protettivi <sup>(40)</sup>. L'allentamento del regime di autorizzazione è stato reso possibile dal lavoro coordinato dalla Commissione, che ha creato una scorta strategica di attrezzature mediche – *in primis* ventilatori e mascherine – nel quadro del meccanismo unionale di protezione civile, e incentivato la conversione industriale di alcune imprese europee che, dalla produzione di tessuti o auto, hanno iniziato a fabbricare DPI e ventilatori <sup>(41)</sup>. Albania, Bosnia-Erzegovina, Kosovo, Montenegro, Repubblica di Macedonia del Nord e Serbia – i sei Stati dei Balcani occidentali di cui alla lettera dell'*INTA Committee* – non sono più soggetti al meccanismo di autorizzazione all'esportazione <sup>(42)</sup>. E il principio della solidarietà internazionale viene formalmente richiamato ed illustrato dalla Commissione nel preambolo del suo nuovo Regolamento, ricordando l'impegno dell'Unione a tutelarlo, e sottolineando che le misure europee dovrebbero, di conseguenza, «essere proporzionate e garantire che le esportazioni rimangano possibili previa

---

<sup>(38)</sup> «Covid-19 has been able to cross national borders with ease, making it clear that our success in fighting this disease also depends on the success of our partners, particularly those we share borders with» *Export Authorisations for Personal Protective Equipment, Letter to Mr Phil Hogan*, cit., p. 2.

<sup>(39)</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2020/568 della Commissione del 23 aprile 2020 che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione, *G.U.U.E.* L129/7 del 24.4.2020. Sulla vigenza del Regolamento in oggetto cfr. il suo art. 6 «[i]l presente Regolamento entra in vigore il 26 aprile 2020. Esso si applica per un periodo di 30 giorni».

<sup>(40)</sup> Cfr. l'Allegato I del Regolamento di esecuzione 2020/568.

<sup>(41)</sup> Si veda il *considerando* n. 4 del Regolamento di esecuzione 2020/568.

<sup>(42)</sup> Cfr. l'art. 2 del Regolamento di esecuzione 2020/568.

autorizzazione»<sup>(43)</sup>. Quindi, gli Stati membri, dinanzi a richieste di autorizzazione all'esportazione di DPI verso Stati terzi che non costituiscano «una minaccia per il reale fabbisogno di DPI all'interno dell'Unione»<sup>(44)</sup> e servano «a soddisfare una legittima esigenza legata all'uso medico ufficiale o professionale in un paese terzo»<sup>(45)</sup>, devono accogliere la richiesta ricevuta. Inoltre, riprendendo la formula del G-20, già sopra illustrata, la Commissione ha ricordato nel suo nuovo Regolamento che le misure dello schema emergenziale europeo per i DPI, «volte a proteggere la salute e atte ad incidere sugli scambi, dovrebbero essere *mirate, proporzionate, trasparenti e temporanee*»<sup>(46)</sup>.

3. Lo schema europeo di autorizzazione all'esportazione di DPI tecnicamente ricade nell'art. XI:1 del GATT, la disposizione del GATT che proibisce le restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione<sup>(47)</sup>. La normativa adottata dalla Commissione certo non è un bando sull'export di DPI. Essa, però, introduce un meccanismo di valutazione, di controllo alla circolazione

---

<sup>(43)</sup> *Considerando* n. 11 del Regolamento di esecuzione 2020/568.

<sup>(44)</sup> *Ibid.*

<sup>(45)</sup> *Ibid.*

<sup>(46)</sup> *Considerando* n. 9 del Regolamento di esecuzione 2020/568 (il corsivo è nostro). Si ricorda che la dichiarazione sul Covid-19 del Vertice straordinario dei leaders del G-20 del 26 marzo 2020 afferma l'impegno di questi ultimi «to continue working together to facilitate international trade and coordinate responses in ways that avoid unnecessary interference with international traffic and trade. Emergency measures aimed at protecting health will be *targeted, proportionate, transparent, and temporary*». Extraordinary G-20 Leaders' Summit, *Statement on Covid-19*, 26 marzo 2020, a p. 2 (il corsivo è nostro).

<sup>(47)</sup> Il testo dell'Accordo GATT è pubblicato in World Trade Organization, *The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge, 2011, p. 423 ss. Per una presentazione ad analisi dell'Accordo GATT, cfr. CANTONI, *L'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Dal GATT 1947 al GATT 1994*, in *Neoliberalismo internazionale e global economic governance - Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti* Comba (a cura di), Torino, 2013, pp. 173-220; PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova 2002, p. 87 ss; MAVROIDIS, *The Regulation of International Trade. Volume 1, GATT*, Cambridge, Massachusetts, 2016; MAURO, *Diritto internazionale dell'economia - Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, p. 123 ss.; SANNA, *GATT 1994 e gli Accordi in materia doganale*, in *L'Organizzazione Mondiale del Commercio* Venturini (a cura di), Milano, 2015, pp. 23-61.

internazionale dei dispositivi di protezione individuale che, di per sé, per il solo fatto di dover essere rispettato, anche in caso di esito positivo, richiede dei passaggi amministrativi obbligatori i quali inevitabilmente implicano maggiori costi ed un allungamento sulla tempistica degli scambi. La disciplina emergenziale sui DPI, dunque, risulta restrittiva per il commercio internazionale <sup>(48)</sup>.

L'Accordo GATT, che ha dato vita al sistema multilaterale del commercio, è stato negoziato ed approvato da diplomatici e politici che avevano vissuto in prima persona il secondo conflitto mondiale e le carestie di quegli anni molto difficili. Pertanto, non può stupire

---

<sup>(48)</sup> Per la valutazione della compatibilità con il sistema multilaterale degli scambi dei bandi all'esportazione introdotti per affrontare la crisi pandemica cfr. AATREYA, *Are Covid-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?*, *EJIL:Talk!*, 25 aprile 2020 <https://www.ejiltalk.org/are-covid-19-related-trade-restrictions-wto-consistent/>; ADINOLFI, *Il ruolo delle politiche commerciali a fronte della pandemia da Covid-19: brevi riflessioni alla luce del diritto OMC*, *SIDIBlog*, 20 aprile 2020; DESTA, *Covid-19 and Export Restrictions: The Limits of International Trade Law and Lessons for the AfCFTA*, Policy Paper, United Nations Economic Commission for Africa, 14 maggio 2020; GLÖCKLE, *Export Restrictions under Scrutiny – The Legal Dimensions of Export Restrictions on Personal Protective Equipment*, *EJIL:Talk!*, 7 aprile 2020 <https://www.ejiltalk.org/export-restrictions-under-scrutiny-the-legal-dimensions-of-export-restrictions-on-personal-protective-equipment/>; PAUWELYN, *Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits under International Trade Agreements*, SSRN Paper, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3579965](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3579965), 30 aprile 2020; PINCHIS-PAULSEN, *Covid-19 Symposium: Thinking Creatively and Learning from Covid-19 – How the WTO can Maintain Open Trade on Critical Supplies*, *Opinio Juris*, <http://opiniojuris.org/2020/04/02/covid-19-symposium-thinking-creatively-and-learning-from-covid-19-how-the-wto-can-maintain-open-trade-on-critical-supplies/>, 2 aprile 2020; QUILES, *Legal and Policy Implications of Covid-19-Related Export Restrictions*, *International Economics Strategic Analysis for Growth & Development*, 4 maggio 2020; YVON, *Trade-Restrictive Measures and Covid-19: Are WTO Agreements Proving to Be Pandemic Proof?*, *Trade Experiences*, 12 maggio 2020. Più in generale, per inquadrare il ruolo del diritto dell'OMC rispetto alle situazioni di emergenza, ADINOLFI, *Natural Disasters and Trade Research, Study II – A Legal Mapping*, Geneva, 2020. Con specifico riferimento alle restrizioni quantitative nell'Accordo GATT, MARCEAU, *The World Trade Organization and Export Restrictions*, in *Emerging Issues in Sustainable Development: International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment* Matsushita, Schoenbaum (eds.), Heidelberg, 2016, pp. 99-137. In questo volume, cfr. i contributi di Giovanna Adinolfi e di Lorenza Mola con Stefano Saluzzo.

che esso contenga disposizioni che prevedano delle vie d'uscita per affrontare “critical shortages” di prodotti (l'art. XI:2 lett. a) GATT), oltre a disporre di una clausola sulle eccezioni generali che tutela la salute e la vita delle persone (la lett. b) dell'art. XX GATT) nonché l'equo accesso a prodotti che risultino insufficienti (la lett. j) dell'art. XX GATT), come pure di una disposizione *ad hoc* che giustifica la mancata ottemperanza agli obblighi di liberalizzazione laddove i membri OMC lo facciano per motivi essenziali di sicurezza (l'art. XXI GATT). Peraltro, tale apparato normativo, volto a tutelare “non-trade values”, pur formalmente risalendo al 1947 è stato significativamente valorizzato dai risultati raggiunti durante l'*Uruguay Round*, che hanno fondato l'Organizzazione Mondiale del Commercio ponendo quale suo principio, nel preambolo del suo Accordo istitutivo, proprio quello dello sviluppo sostenibile <sup>(49)</sup>.

3.1. L'art. XI GATT, che al par. 1 stabilisce il divieto di restrizioni quantitative, al par. 2 contiene una clausola cd “carve-out”, ossia dispone che detto divieto non si applichi ad «[e]xport prohibitions or restrictions *temporarily* applied to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs or other products *essential* to the exporting contracting party» <sup>(50)</sup>. Essendo la clausola “carve-out” una “esenzione”, e non una “eccezione”, l'obbligo di dimostrare che non sono stati rispettati i parametri in essa contenuti spetterà allo Stato che eventualmente si dolga di una restrizione all'esportazione di beni essenziali posta in essere da un altro Stato. Per esempio, nel caso dei Regolamenti di esecuzione 2020/402 e 2020/568, l'onere della prova sarebbe ricaduto sui paesi terzi che eventualmente avessero presentato un reclamo contro la UE nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC. Si tratta, indubbiamente, di un aspetto positivo per il paese che si veda costretto ad adottare

---

<sup>(49)</sup> Su questi aspetti cfr. BARONCINI, *L'Organo d'appello dell'OMC e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'articolo XX GATT*, in *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli - Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi* Rossi, Baroncini (a cura di), Napoli, 2010, pp. 429-474; MARCEAU, MARQUET, *La jurisprudence de l'OMC et la recherche d'un équilibre entre développement économique et considérations non-commerciales: le cas de l'environnement*, *Revue québécoise de droit international*, 2017, pp. 121-149. Sul principio dello sviluppo sostenibile si veda *ex multis* TANZI, *Introduzione al Diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2019, p. 166 ss.

<sup>(50)</sup> Il corsivo è nostro.

provvedimenti restrittivi per fronteggiare una insufficienza di un dato prodotto sul suo mercato: l'onere della prova della violazione dell'art. XI:2 lett. a) GATT, in caso di disputa, sulla parte reclamante rende più semplice la difesa dello Stato che abbia limitato provvisoriamente l'esportazione di beni considerati essenziali.

La terminologia dell'Accordo GATT – evidenziata *supra* in corsivo – inizia a rivelare come la disciplina emergenziale europea sui DPI sia stata modellata proprio avendo in mente anche la disposizione sulle restrizioni quantitative dell'Accordo GATT, e, più in generale, l'interpretazione che dell'art. XI:2, lett. a) è stata data dall'Organo d'appello dell'OMC. La clausola “carve-out” in questione è stata invocata in una sola disputa del contenzioso ginevrino, nel caso *China – Raw Materials* <sup>(51)</sup>. In tale controversia la Cina, attaccata da Unione Europea, Stati Uniti, e Messico per le restrizioni all'esportazione di diverse materie prime estratte nel paese asiatico, aveva tentato di difendersi sostenendo che una sua misura, relativa alle restrizioni quantitative all'esportazione di bauxite, avrebbe dovuto essere ricondotta all'esenzione di cui all'art. XI:2 lett. a) GATT. L'Organo d'Appello ha, così, avuto occasione di precisare che il concetto di «temporarily applied» sia da riferirsi a «measures that are applied in the interim» <sup>(52)</sup>. Quindi, esso ha considerato che con l'espressione «critical shortage» l'art. XI:2 lett. a) intenda riferirsi a «those deficiencies in quantity that are crucial, that amount to a situation of decisive importance, or that reach a vitally important or decisive stage, or a turning point» <sup>(53)</sup>. Infine, l'Organo d'Appello ha interpretato la nozione di «foodstuffs or other products essential» stabilendo che l'art. XI:2 lett. a) intenda con tale terminologia riferirsi a «critical shortages of foodstuffs or otherwise absolutely indispensable or necessary products» <sup>(54)</sup>. Pronunciandosi nel caso concreto, i giudici d'appello hanno poi concluso che la misura restrittiva sulla bauxite, pur potendo risultare «essential» per la Cina, non poteva essere ricondotta alla clausola “carve-out” poiché era in vigore da più di dieci anni – dunque non

---

<sup>(51)</sup> Rapporti dell'Organo d'Appello, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China – Raw Materials)*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 22 febbraio 2012.

<sup>(52)</sup> Rapporti dell'Organo d'Appello, *China – Raw Materials*, par. 323.

<sup>(53)</sup> Rapporti dell'Organo d'Appello, *China – Raw Materials*, par. 324.

<sup>(54)</sup> Rapporti dell'Organo d'Appello, *China – Raw Materials*, par. 326.

risultava «temporarily applied» – e le riserve di tale minerale sul territorio cinese non erano di imminente esaurimento -per cui le scorte ancora presenti di bauxite in Cina non configuravano una situazione di «critical shortage»<sup>(55)</sup>.

La disciplina emergenziale europea sui DPI sembrerebbe in linea con i diversi elementi qui evidenziali dell'art. XI GATT, anche alla luce della giurisprudenza OMC. Indubbiamente la disciplina UE è stata limitata nel tempo, essendo complessivamente rimasta in vigore per poco più di dieci settimane; i problemi di fabbisogno cui intendeva dare risposta erano, purtroppo, tragicamente reali; e l'indispensabilità dei DPI per limitare il contagio e proteggersi dal virus – e dunque la natura di prodotti essenziali per i dispositivi di tutela – è dimostrata a livello scientifico<sup>(56)</sup>.

Nell'Accordo GATT, tuttavia, l'art. XIII richiede che le restrizioni quantitative vengano amministrare in modo non discriminatorio. Anche le regole sull'esportazione di un dato prodotto, quindi, devono essere definite ed applicate in modo da far sì che l'export di quel prodotto «is similarly prohibited or restricted»<sup>(57)</sup> in tutti gli Stati terzi. Nelle parole del *panel* nel caso *EC – Bananas III*, l'essenza dell'obbligo di non discriminazione di cui all'art. XIII GATT – che altro non è se non un'articolazione della clausola della nazione più favorita espressa dall'art. I, par. 1 GATT – «is to minimize the impact of a quota ... on trade flows by attempting to approximate under such measure ... the trade shares that would have occurred in the absence of the regime»<sup>(58)</sup>. L'esclusione degli Stati EFTA e dei sei Stati dei Balcani occidentali dall'ambito di applicazione della disciplina europea potrebbe, quindi, far sorgere dei dubbi riguardo al rispetto dell'art. XIII GATT.

---

<sup>(55)</sup> Rapporti dell'Organo d'Appello, *China – Raw Materials*, paragrafi 329-344.

<sup>(56)</sup> Si veda Ministero della Salute, *Covid-19, il nuovo documento dell'Istituto superiore di sanità sui DPI*, 30 marzo 2020, disponibile al link [http://www.salute.gov.it/portale/news/p3\\_2\\_1\\_1\\_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=4358](http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=4358).

<sup>(57)</sup> Art. XIII:1 GATT.

<sup>(58)</sup> Rapporto del *panel*, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Complaint by Ecuador (EC – Bananas III (Ecuador))*, WT/DS27/R/ECU, 25 settembre 1997, come modificato dal Rapporto dell'Organo d'Appello WT/DS27/AB/R, par. 7.68.

3.2. Dinanzi ad una simile ipotesi, si dovrebbe ricorrere alle giustificazioni possibili per la normativa UE grazie, in primo luogo, all'art. XX GATT. Tale clausola sulle eccezioni generali, alla lett. b), consente di mantenere le misure che, pur di ostacolo agli scambi internazionali, risultino comunque «necessary to protect human ... life or health». Essa è stata interpretata in modo rigoroso dagli organi giudicanti dell'OMC, ma sempre mantenendo una notevole attenzione all'autonomia regolamentare dei membri OMC e alla loro discrezionalità sul livello di tutela da perseguire per i “non-trade values” contemplati dall'art. XX GATT. Per l'Organo d'Appello dell'OMC l'obiettivo della tutela della salute e della vita della persona, contemplato nella disposizione richiamata, «is both vital and important in the highest degree»<sup>(59)</sup>, e la prova della necessità di una misura nazionale per tutelare uno dei valori elencati all'art. XX varia anche a seconda dell'importanza di quel valore: «[t]he more vital or important the interests or values that are reflected in the objective of the measure, the easier it would be to accept a measure as “necessary”»<sup>(60)</sup>. Altro parametro da soddisfare per superare la valutazione del requisito di necessità è quello del contributo che la misura da giustificare apporta all'obbiettivo perseguito: «[t]he greater the contribution, the more easily a measure might be considered to be “necessary”»<sup>(61)</sup>. Infine, occorre valutare gli effetti restrittivi sugli scambi prodotti dalla disciplina nazionale, poiché «[a] measure with a relatively slight impact upon [trade] ...

---

<sup>(59)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (Brazil – Retreaded Tyres)*, WT/DS332/AB/R, 17 dicembre 2007, par. 179. Si tratta di un approccio costantemente confermato nella giurisprudenza OMC. Si veda, ad esempio, il rapporto nel caso *Indonesia – Chicken*, ove *panel*, parte attrice e parte convenuta convengono sulla importanza massima che riveste la tutela della salute, secondo cui «[w]e ... observe that the objective pursued ... is the protection of human health, an interest which Indonesia considers of the highest importance. We agree and do not understand Brazil to disagree» (*Indonesia – Measures Concerning the Importation of Chicken Meat and Chicken Products (Indonesia - Chicken)*, WT/DS484/R, 22 novembre 2017, par. 7.225).

<sup>(60)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *Colombia – Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear (Colombia – Textiles)*, WT/DS461/AB/R, 22 giugno 2016, par. 5.71.

<sup>(61)</sup> Rapporto dell'Organo d'Appello, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea – Various Measures on Beef)*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 10 gennaio 2001, par. 163.

might more easily be considered as “necessary” than a measure with intense or broader restrictive effects»<sup>(62)</sup>. Bisogna, pertanto, determinare se esistano e siano ragionevolmente disponibili misure alternative, rispetto alla normativa da giustificare, che, pur di minore impatto sul commercio internazionale, siano comunque capaci di realizzarne lo stesso livello di tutela: «a panel must then compare the challenged measure and possible alternative measures that achieve the same level of protection while being less trade restrictive»<sup>(63)</sup>.

La normativa europea era volta a tutelare la salute della popolazione dell’Unione dal contagio del coronavirus, dunque il valore di fondamentale importanza richiamato dall’art. XX lett. b) GATT. Inoltre, detta disciplina, mirando a garantire l’accesso ai DPI, dispositivi essenziali nella lotta contro e per il contenimento del Covid-19, indubbiamente ha apportato un contributo significativo alla tutela della salute e della vita delle persone. Lo schema europeo di autorizzazione, infine, non ha bloccato, con un drastico divieto, l’esportazione di DPI, ma si è limitata a porre l’export dei dispositivi di protezione sotto un meccanismo di controllo preventivo, scegliendo, così, una modalità di limitato impatto sugli scambi internazionali. In merito a quest’ultimo aspetto sono importanti i dati forniti dalla Commissione il 26 maggio 2020, al termine della vigenza della disciplina emergenziale europea: sulla base del Regolamento di esecuzione 2020/568, gli esportatori europei hanno richiesto più di 1.300 autorizzazioni, ottenendo l’approvazione da parte delle autorità nazionali nel 95% dei casi, con una esportazione complessiva di 13 milioni di mascherine, 1 milione di indumenti protettivi e più di 350.000 visori<sup>(64)</sup>. Ci pare, quindi, che la

---

<sup>(62)</sup> *Ibid.*

<sup>(63)</sup> Rapporto dell’Organo d’Appello, *Colombia – Textiles*, nota 176.

<sup>(64)</sup> Si veda Commissione Europea, *Coronavirus: Requirement for Export Authorisation for Personal Protective Equipment Comes to Its Ends*, Brussels, 26 May 2020. In ottemperanza a quanto previsto dall’art. 4, par. 3 del Regolamento di esecuzione 2020/568, in base al quale «[l]a Commissione rende pubbliche ... [le] informazioni sulle autorizzazioni concesse e sulle domande respinte, tenendo debitamente conto della riservatezza dei dati presentati», è stata predisposta una relazione dettagliata delle istanze ricevute e considerate dalle autorità nazionali. Cfr. Commissione Europea, *Information by the Commission on Granted and Rejected Export Authorisations in the Period of 26 April to 25 May 2020*, 26 maggio 2020.

normativa europea superi i vari elementi della prova di “necessità” richiesta dalla lett. b) dell’art. XX GATT.

Per la sua giustificazione definitiva lo schema di autorizzazione all’esportazione di DPI deve anche superare il vaglio dello “chapeau” dell’art. XX GATT, il quale richiede che la misura da esonerare dagli obblighi di liberalizzazione non venga applicata «in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade». Ora, la stretta connessione del mercato interno con quello degli Stati membri EFTA e dei sei Stati dei Balcani occidentali – per cui, come affermato dalla Commissione Europea, l’interruzione degli scambi acuirebbe, tra l’altro, le probabilità di contagio nell’Unione Europea – potrebbe essere considerata una condizione che distingue gli Stati esentati dallo schema europeo di autorizzazione rispetto agli altri Stati, superando, così, il vaglio del rispetto delle ulteriori condizioni poste dalla clausola introduttiva dell’art. XX GATT per giustificare una misura restrittiva degli scambi.

3.3. L’art. XX GATT, alla lett. j), giustifica misure di ostacolo agli scambi laddove queste risultino «essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply ... provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures [inconsistent with the GATT] shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist» <sup>(65)</sup>. Originariamente, questo motivo di giustificazione di misure

---

<sup>(65)</sup> Tale disposizione è stata interpretata dall’Organo d’Appello nel caso *India – Solar Cells* (rapporto dell’Organo d’Appello, *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules (India – Solar Cells)*, WT/DS456/AB/R, 14 ottobre 2016, paragrafi 5.55 – 5.72) e dal *panel* del caso *EU – Energy Package* (Panel Report, *European Union and its member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector (EU – Energy Package)*, WT/DS476/R, circolato tra i membri il 10 agosto 2018, paragrafi 7.1341–7.1354). L’Unione Europea ha presentato appello in quest’ultimo caso, ma si ignora la tempistica sull’esito dell’impugnazione a causa del blocco dell’attività dell’Organo d’Appello provocato del veto degli Stati Uniti sulla nomina dei suoi membri. Sull’art. XX lett. j) GATT, si veda ESPA, *Export Restrictions on Critical Minerals and Metals – Testing the Adequacy of WTO Disciplines*, Cambridge, 2015, pp. 222-223.

incompatibili con l'Accordo GATT era stato inserito per fronteggiare l'insufficienza di prodotti, a livello locale o di portata generalizzata, dovuta ad una situazione bellica o *post-bellica*, e successivamente venne mantenuto proprio «to enable contracting parties to meet *emergency situations* which may arise in the future»<sup>(66)</sup>.

L'art. XX lett. j) GATT giustifica, quindi, gli interventi statali sui flussi di esportazione laddove vi sia una situazione di carenza che si ritenga non possa essere lasciata al libero mercato, purché l'intervento statale risulti "essenziale", limitato al periodo di emergenza riguardo all'accesso ad un determinato prodotto, e, soprattutto, rispetti il principio dell'equa porzione di approvvigionamento internazionale. Riguardo al significato di quest'ultimo requisito, il rapporto di un Gruppo di lavoro del GATT ha osservato, nel 1950, che «if a contracting party divert an excessive share of its own supply to individual countries ... this may well defeat the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such a product»<sup>(67)</sup>. L'Unione Europea, quindi, per giustificare una misura emergenziale quale il suo meccanismo di autorizzazione alle esportazioni, dovrebbe dimostrare, tra l'altro, che tale principio di equa ripartizione sull'approvvigionamento internazionale di DPI è rispettato. Non si dispone di dati in tal senso, ma certo una definizione condivisa di cosa debba intendersi per «equitable share of the international supply» di un dato prodotto gioverebbe a gestire nel modo più efficace le situazioni di emergenza, scongiurando il pericolo di privare di prodotti essenziali alcuni Stati che, invece, ne abbiano necessità. Ed infatti, come si vedrà<sup>(68)</sup>, la Commissione Europea, nel suo *concept paper* sul commercio internazionale dei prodotti medici, indica proprio l'esigenza di una definizione multilaterale di tale principio di equità. Naturalmente, una volta provata la compatibilità con la lett. j) dell'art. XX GATT, la misura da giustificare dovrà superare i requisiti posti dallo "chapeau" della

---

<sup>(66)</sup> *GATT Analytical Index*, "Article XX – General Exceptions", p. 561 ss., a p. 594, il corsivo è nostro.

<sup>(67)</sup> GATT/CP.4/33, *Working Party on "[t]he Use of Quantitative Restrictions for Protective and Other Commercial Purposes"* (Sales No. GATT/1950-3).

<sup>(68)</sup> Si veda *infra* il par. 4 del presente lavoro.

clausola sulle eccezioni generali, che abbiamo già illustrato *supra* <sup>(69)</sup>.

3.4. Infine, per affermare la compatibilità della disciplina emergenziale europea sui DPI con il sistema multilaterale si potrebbe invocare anche l'art. XXI GATT, in base al quale un membro OMC può mantenere una misura di ostacolo agli scambi laddove lo consideri «necessary for the protection of its essential security interests ... taken in time of war or “other emergency in international relations”» <sup>(70)</sup>. Per quasi settant'anni vi è stato un ampio dibattito sulla giustiziabilità dell'art. XXI GATT da parte di un organo giudicante dell'OMC. Infatti, diversi membri ritenevano che la lettera della disposizione sulle eccezioni di sicurezza lasciasse interamente alla discrezionalità, insindacabile, di uno Stato la possibilità di avvalersi dell'art. XXI GATT, stabilendo autonomamente se ne ricorrevano i requisiti di applicazione senza che questa valutazione potesse essere suscettibile di revisione da parte di un *panel* o dell'Organo d'Appello. La lettera dell'art. XXI GATT, infatti, prevede che si debba giustificare una disciplina o prassi domestica incompatibile con gli obblighi di liberalizzazione degli scambi «which it [ossia lo Stato] considers necessary for the protection of its essential security interests». Tale scelta lessicale sarebbe una inequivoca indicazione della impossibilità di rivedere, da parte degli organi giudicanti dell'OMC, la valutazione compiuta da un membro OMC in merito a detti interessi <sup>(71)</sup>.

Recentemente, però, il *panel* del caso *Russia – Traffic in Transit*, ha considerato l'art. XXI GATT come una disposizione giustiziabile <sup>(72)</sup>, per cui un organo giudicante dell'OMC può

---

<sup>(69)</sup> Cfr. la parte finale del par. 3.2.

<sup>(70)</sup> Art. XXI (b) (iii) GATT, il corsivo è nostro.

<sup>(71)</sup> Sul dibattito relativo alla giustiziabilità dell'art. XXI GATT, si vedano PINCHIS-PAULSEN, *Trade Multilateralism and U.S. National Security: the Making of the GATT Security Exceptions*, *Michigan Journal of International Law*, 2020, pp. 109-193; SCHILL, BRIESE, “If the State Considers”: *Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, pp. 61-140.

<sup>(72)</sup> Rapporto del *panel*, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit (Russia – Traffic in Transit)*, WT/DS512/R, 26 aprile 2019, par. 7.56. Su tale rapporto cfr., tra gli altri, MAROTTI, ADINOLFI, *WTO Security Exceptions: A Landmark Panel Report in Times of Crisis*, *QIL – Questions of International Law*, 2020, pp. 1-3;

stabilire se un membro vi abbia fatto o meno legittimamente ricorso. Al tempo stesso, tuttavia, il *panel* ha osservato un “deferential standard of review” nella considerazione dei vari requisiti dell’art. XXI GATT. Quindi, «it is left, in general, to every Member to define what it considers to be its essential security interests»<sup>(73)</sup>. Una simile discrezionalità, comunque, non va tradotta nel più totale arbitrio, da parte di un membro OMC, di stabilire che cosa si debba intendere per interesse essenziale di sicurezza, poiché l’art. XXI, lett. b) (iii) GATT deve naturalmente essere interpretato in buona fede: «[t]he Panel recalls that the obligation of good faith is a general principle of law and a principle of general international law which underlies all treaties ... [t]he obligation of good faith requires that Members not use the exceptions in Article XXI as a means to circumvent their obligations under the GATT 1994»<sup>(74)</sup>.

Inoltre, per quanto riguarda la nozione di «emergency in international relations» il *panel* ha considerato che quanto più la situazione da qualificare come emergenza si allontani dal contesto di conflitto armato di cui all’art. XXI, lett. b) (iii) GATT, tanto più lo Stato che richiama tale eccezione dovrà articolare e precisare gli interessi essenziali di sicurezza collegati alla situazione di emergenza prospettata<sup>(75)</sup>. Infatti, precisa il *panel*, «the existence of

---

LAPA, *The WTO Panel Report in Russia – Traffic in Transit: Cutting the Gordian Knot of the GATT Security Exception?*, *QIL – Questions of International Law*, 2020, pp. 5-27; MAGI, *The Effect of the WTO Dispute Settlement Crisis on the Development of Case Law on National Security Exceptions: A Critical Scenario*, *QIL – Questions of International Law*, 2020, pp. 29-47; VIDIGAL, *WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue?*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, pp. 203-224.

<sup>(73)</sup> Rapporto del *panel*, *Russia – Traffic in Transit*, par. 7.131.

<sup>(74)</sup> Rapporto del *panel*, *Russia – Traffic in Transit*, paragrafi 7.132 – 7.133.

<sup>(75)</sup> «‘Essential security interests’ ..., which is evidently a narrower concept than ‘security interests, may generally be understood to refer to those interests relating to the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally ... the Panel considers that the less characteristic is the ‘emergency in international relations’ invoked by the Member, i.e. the further it is removed from armed conflict, or a situation of breakdown of law and public order (whether in the invoking Member or in its immediate surroundings), the less obvious are the defence or military interests, or maintenance of law and public order interests, that can be generally expected to arise. In such cases, a Member

an emergency in international relations is an objective state of affairs»<sup>(76)</sup>; e emergenza può essere considerata anche «a situation ... of general instability engulfing or surrounding a state»<sup>(77)</sup>. Pertanto, il ricorso all'art. XXI GATT per legittimare la disciplina emergenziale di restrizione all'esportazione di DPI richiederebbe una completa e dettagliata documentazione probatoria dell'imprevedibilità, della rapidità, e dell'ampiezza con le quali il contagio del Covid-19 ha raggiunto ed è quindi esploso in Europa, creando, per l'appunto, una situazione di emergenza che ha reso indispensabile il controllo delle esportazioni di dispositivi di protezione individuale per garantire anche la sicurezza della popolazione dell'Unione.

Nelle notifiche all'OMC<sup>(78)</sup> dei Regolamenti di esecuzione della UE che hanno posto in essere il regime di autorizzazione all'esportazione, la Commissione ha sempre indicato, quale base giuridica che legittima la misura restrittiva, «[p]rotection of human life or health, “inter alia”»<sup>(79)</sup>. L'istituzione europea ha, così,

---

would need to articulate its essential security interests with greater specificity than would be required when the emergency in international relations involved, for example, armed conflict» (rapporto del *panel*, *Russia – Traffic in Transit*, paragrafi 7.130 e 7.135).

<sup>(76)</sup> Rapporto del *panel*, *Russia – Traffic in Transit*, par. 7.77.

<sup>(77)</sup> Rapporto del *panel*, *Russia – Traffic in Transit*, par. 7.76.

<sup>(78)</sup> Dal 1995, i membri OMC devono notificare al Segretariato le loro misure di restrizioni quantitative. Si veda *G/L/59 Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions*, 1° dicembre 1995. Nel 2012, il Consiglio sugli scambi di merci dell'OMC ha adottato una nuova decisione che rinnova l'obbligo per i membri OMC di comunicare, a cadenza biennale, tutte le restrizioni quantitative. Si veda *G/L/59/Rev.1, Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions*, 3 luglio 2012. La Decisione del 2012 richiede al membro notificante di indicare nel suo documento la “WTO justification”, ossia la base giuridica che legittima la restrizione quantitativa notificata. Più specificamente, secondo questa Decisione, «[m]embers shall ... provide the following information for each restriction in force ... WTO justification: an indication of the grounds and WTO justification for the measures maintained, including any relevant international commitment where appropriate, and the precise WTO provisions which the Member cites as justification», *G/L/59/Rev.1*, cit., par. 2, (v).

<sup>(79)</sup> *G/MA/QR/N/EU/4/Add.1, Notification Pursuant to the Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions (G/L/59/REV.1) – European Union – Addendum*, 8 aprile 2020, p. 2. V. anche *G/MA/QR/N/EU/4/Add.2, Notification Pursuant to the Decision on Notification Procedures for Quantitative*

mostrato di prediligere l'art. XX lett. b) GATT per fondare la compatibilità delle sue misure con il sistema multilaterale degli scambi, senza pregiudicarsi la possibilità, attraverso l'uso dell'avverbio "inter alia", di indicare, con maggior precisione, ulteriori basi giuridiche per la disciplina europea.

4. Parallelamente alla gestione dell'emergenza, la Commissione si è subito attivata per migliorare la risposta non solo europea, ma globale, a crisi simili a quelle scatenate dal Covid-19. Essa ha, così, preso significativamente parte all'iniziativa internazionale per semplificare il commercio di "healthcare products" – dunque di prodotti farmaceutici, dispositivi medici, DPI, e forniture mediche –<sup>(80)</sup>, una iniziativa volta a garantire prezzi equi per tali prodotti, come pure un approvvigionamento pronto ed adeguato tra i vari Stati. «This is a truly global crisis – ha esordito il Commissario per il commercio Phil Hogan all'incontro ministeriale dell'*Ottawa Group* del 15 giugno 2020 – and ... global challenges of this magnitude require a global response»<sup>(81)</sup>.

La Commissione ha quindi elaborato un *concept paper*<sup>(82)</sup> per avviare la riflessione sulla creazione di un «framework for trade in healthcare goods»<sup>(83)</sup>, nella convinzione che vi sia una «collective global responsibility to facilitate timely and sufficient access for patients and healthcare professionals to essential pharmaceutical and medical goods»<sup>(84)</sup>. La strategia europea mira, tra l'altro, a realizzare l'obiettivo 3 dei *Sustainable Development Goals* (SGDs) dell'*Agenda 2030* delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile, quello di «achieve universal health coverage ... and access to safe, effective, quality and affordable essential medicines and vaccines for

---

*Restrictions (G/L/59/REV.1) – European Union – Addendum*, 7 maggio 2020, p. 3.

<sup>(80)</sup> Su tale quadripartizione dei prodotti medici cfr. HALLAK, *EU Imports and Exports of Medical Equipment*, EPRS – European Parliamentary Research Service, aprile 2020.

<sup>(81)</sup> *Introductory Remarks by Commissioner Phil Hogan at the Ottawa Group Meeting*, 15 giugno 2020.

<sup>(82)</sup> Commissione Europea, *Trade in Healthcare Products – Concept Paper*, cit.

<sup>(83)</sup> *Introductory Remarks by Commissioner Phil Hogan*, cit.

<sup>(84)</sup> *Ibid.*

all»<sup>(85)</sup>. Le linee sulle quali si muove il documento europeo sono quelle di migliorare l'applicazione e innovare le regole dell'OMC, definire uno schema di collaborazione inclusiva e costante in preparazione e per la gestione delle crisi, e promuovere la reciproca eliminazione delle tariffe sui prodotti farmaceutici e medici.

Sull'eliminazione permanente delle tariffe doganali per gli "healthcare products", il *concept paper* individua due percorsi. Da un lato, si intende estendere l'adesione al c.d. *Pharma Agreement*, l'Accordo raggiunto nel 1994 tra gli Stati che a quel tempo rappresentavano il 90% dei produttori di farmaci per eliminare le tariffe su questi ultimi e sugli ingredienti attivi per produrli<sup>(86)</sup>. Attualmente, infatti, la "membership" dell'Accordo *Pharma* – formata da Unione europea, Stati Uniti, Svizzera, Giappone, Norvegia, Canada e Macao – rappresenta solo il 66% della produzione mondiale, e, quindi, la Commissione Europea promuove l'adesione al *Pharma Agreement* di quei nuovi Stati che ora dispongono di una importante industria farmaceutica proprio per evitare che i costi aggiuntivi dovuti al pagamento dei dazi doganali vadano a ricadere sui loro cittadini. Dall'altro lato, la strategia europea propone, per quanto riguarda i prodotti medici – ad esempio i DPI e i ventilatori – di azzerare le tariffe su base permanente, individuando un meccanismo di reciprocità tra i paesi produttori di quote significative di quei beni a livello mondiale, considerando anche l'opzione di limitare l'azzeramento delle tariffe unicamente ai periodi di crisi. Infatti, la media tariffaria sui prodotti medici è del 4,8%, un valore che certo non protegge in modo significativo le industrie nazionali dalla concorrenza dei produttori stranieri, rappresentando, invece, un meccanismo di finanziamento governativo basato su una tassazione che ricade sul consumo, andando iniquamente a colpire chi è povero e malato rispetto a chi sia in salute e abbia una buona posizione economica.

---

<sup>(85)</sup> A/RES/70/1, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU, 25 settembre 2015, "Goal 3, Target 3.8", p. 16.

<sup>(86)</sup> L/7430, *Trade in Pharmaceuticals Products – Record of Discussion*, 25 marzo 1994. Il *Pharma Agreement* è anche noto come "Zero-for-Zero Initiative". Su questa intesa si vedano DURKIN, CALDER, *Free Trade in Medicines and Supplies is the Ealthiest Approach*, *Global Trade*, 23 marzo 2020.

Quindi, il *concept paper* propone un meccanismo di gestione delle crisi, individuando i prodotti da considerare “essenziali” anche sulla base delle liste definite dall’OMS per affrontare emergenze sanitarie, includendo vaccini e terapie <sup>(87)</sup>. In linea di principio, la Commissione indica che tali prodotti essenziali dovrebbero continuare ad essere soggetti alle regole del libero scambio anche in situazione di crisi; laddove fosse necessario ridurre l’esportazione, il documento europeo elenca le caratteristiche che i provvedimenti restrittivi dovrebbero avere, ricalcando le disposizioni degli Accordi OMC sopra richiamate, così come interpretate dalla giurisprudenza dei *panels* e dell’Organo d’appello. In particolare, il *concept paper* propone la creazione di un meccanismo di consultazione tra i membri OMC che pongono in essere le restrizioni e quelli che siano colpiti da tali limitazioni, e richiede l’individuazione di una ripartizione ottimale a livello mondiale dei prodotti essenziali, che i membri OMC dovrebbero comunque rispettare allorché decidano di adottare restrizioni all’esportazione. La Commissione suggerisce, così, ai membri OMC di predisporre una definizione congiunta di cosa si debba intendere per «equitable share of the interational supply», il principio posto dall’art. XX lett. j) GATT, definizione che può anche risultare utile per valutare la compatibilità di una misura restrittiva con l’art. XIII GATT, nonché il rispetto dell’eccezione di cui all’art. XX, lett. b) GATT. «As the concept of “equitable share” is not strictly defined ... the Parties could agree on a common interpretation of such provision and its enforcement» <sup>(88)</sup>. Attraverso questo approccio di convergenza politica, la Commissione intende evidentemente limitare il contenzioso internazionale, peraltro attualmente pregiudicato dall’inoperatività forzata dell’Organo d’Appello dell’OMC a causa del veto statunitense alla nomina dei suoi nuovi membri <sup>(89)</sup>.

---

<sup>(87)</sup> Commissione Europea, *Trade in Healthcare Products – Concept Paper*, cit., p. 3.

<sup>(88)</sup> Commissione Europea, *Trade in Healthcare Products – Concept Paper*, cit., p. 5.

<sup>(89)</sup> Sulla crisi dell’Organo d’Appello dell’OMC, si vedano HOEKMAN, MAVROIDIS, *Burning Down the House? The Appellate Body in the Centre of the WTO Crisis*, EUI Working Paper RSCAS 2019/56; LO, NAKAGAWA, CHEN (eds.), *The Appellate Body of the WTO and its Reform*, Heidelberg, 2020; LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Berlin–Berne, 2019; PAYOSOVA, HUFBAUER,

Adeguate attenzione viene data ai paesi più vulnerabili, che sono importatori netti di prodotti essenziali, i quali dovrebbero essere esentati dai provvedimenti restrittivi, conformemente a quanto da essi recentemente richiesto in un documento al Segretariato dell'OMC <sup>(90)</sup>. Il trasporto, il transito, il controllo alle dogane, e il rispetto dei requisiti tecnici per i prodotti medici dovrebbero essere semplificati e agevolati nella maggior misura possibile, anche applicando il *Trade Facilitation Agreement* (TFA) <sup>(91)</sup>. Gli aiuti per le emergenze umanitarie dovrebbero sempre essere esclusi dalla portata delle misure restrittive. Inoltre, i prodotti essenziali, nei periodi di crisi, non dovrebbero essere oggetto dei provvedimenti di sospensione delle concessioni riguardanti la fase di esecuzione dei contenziosi commerciali <sup>(92)</sup>.

---

SCHOTT, *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, PIIE Policy Brief No. 18-5; PETERSMANN, *WTO ADJUDICATION@me.too: Are Global Public Goods like the World Trade Organization Owned by Governments or by Peoples and Citizens?*, *Journal of East Asia and International Law*, 2020, pp. 21-52; SACERDOTI, *The Stalemate Concerning the Appellate Body of the WTO: Any Way Out?*, *Question of International Law*, 2019, pp. 37-58.

<sup>(90)</sup> «The LDC Group is hereby requesting non-LDC Members: a. not to impose export prohibitions or restrictions within the meaning of Article XI:1 of the GATT 1994 with respect to the products listed in Annex I as identified by the WHO and WCO, and with respect to basic food products, when such products are requested or purchased by LDCs for their domestic use or are exported for humanitarian purposes; and b. consistent with their WTO obligations under the Trade Facilitation Agreement, to expedite and facilitate the flow and transit and departure of all products listed in the Annex and food stuffs through their respective seaports and airports to reach LDCs for their domestic use» (WT/GC/211, *Securing LDCs Emergency Access to Essential Medical and Food Products to Combat the Covid-19 Pandemic – Communication by Chand on Behalf of the LDC Group*, 4 maggio 2020, par. 7, a p. 2).

<sup>(91)</sup> Dopo la conclusione dei negoziati alla Conferenza Ministeriale di Bali del 2013, il TFA è entrato in vigore il 22 febbraio 2017, a seguito della sua ratifica da parte di due terzi dei membri dell'OMC. È uno dei pochi risultati concreti raggiunti dal pilastro politico del sistema multilaterale, il quale ormai registra una pesante paralisi del “Doha Round”, iniziato alla fine del 2001. Per il testo del TFA, si veda WT/L/940, *Protocol Amending the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, Decisione del 27 novembre 2014 (28 novembre 2014).

<sup>(92)</sup> Commissione Europea, *Trade in Healthcare Products – Concept Paper*, cit., p. 8.

Sono da osservare costantemente e da rafforzare il principio di trasparenza e quello della condivisione delle informazioni <sup>(93)</sup>. Le regole OMC richiedono la notifica su base sistematica dei provvedimenti restrittivi degli scambi, ma, come rilevato dal Segretariato, nonostante il massiccio uso di restrizioni all'esportazione durante la crisi del Covid-19, solo tredici membri OMC, all'inizio di aprile 2020, avevano effettuato le notifiche richieste dal sistema multilaterale degli scambi <sup>(94)</sup>. I provvedimenti restrittivi dovrebbero, invece, essere prontamente resi noti alla "membership" dell'OMC, come pure tutte le informazioni rilevanti a conoscere gli elementi di una nuova malattia e l'incidenza che essa ha sui vari territori. La conoscenza della normativa nazionale permette, infatti, di suggerire possibili correzioni, meno restrittive degli scambi, che non inficino il perseguimento dell'obiettivo di tutela della salute; la conoscenza dei dati consente la definizione di meccanismi di equa distribuzione a livello mondiale dei prodotti essenziali, fronteggiando in modo razionale le situazioni più critiche <sup>(95)</sup>.

5. Le misure e le strategie di politica commerciale adottate e proposte dall'Unione europea per fronteggiare la crisi pandemica, e per superarla a livello globale, rivelano indubbiamente l'intenzione di perseguire i valori dell'azione internazionale europea enunciati dal Trattato di Lisbona, laddove indica alla base delle relazioni esterne dell'Unione la solidarietà, il commercio libero ed equo <sup>(96)</sup>, la predisposizione di soluzioni multilaterali a problemi comuni <sup>(97)</sup>, e, più in generale, la promozione di «un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale» <sup>(98)</sup>.

---

<sup>(93)</sup> Sulla rilevanza del principio di trasparenza che va sempre più affermandosi nella comunità internazionale cfr. BIANCHI, PETERS (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013; KARTTUNEN, *Transparency in the WTO SPS and TBT Agreements - The Real Jewel in the Crown*, Cambridge, 2020.

<sup>(94)</sup> WTO Secretariat, *Export Prohibitions and Restrictions - Information Note*, 23 aprile 2020, p. 2.

<sup>(95)</sup> Commissione Europea, *Trade in Healthcare Products – Concept Paper*, cit.

<sup>(96)</sup> Si veda art. 3, par. 5 TUE.

<sup>(97)</sup> Cfr. art. 21, par. 1, seconda frase TUE.

<sup>(98)</sup> Così art. 21, par. 2, lett. h) TUE. Sui valori fondanti dell'azione internazionale dell'Unione Europea cfr. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External*

Le iniziative sinora avviate rendono l'Unione Europea protagonista sulla scena internazionale per mantenerne il meccanismo di cooperazione – oggi gravemente minacciato da un fortissimo ritorno dell'unilateralismo <sup>(99)</sup>, oltre che dall'emergenza sanitaria – e per proporre nuove regole e metodi di collaborazione, innovando la “governance” internazionale verso un modello sostenibile ed equo. Questo processo, che deve sempre essere accompagnato dalla trasparenza per essere inclusivo e partecipato, e dunque messo nelle condizioni di costantemente evolvere e migliorarsi, va indubbiamente seguito con la massima attenzione, e ci pare la strada da percorrere per dare le necessarie risposte globali alle sfide, globali, che caratterizzano la nostra epoca.

---

*Relations Law*, London, 2018; SCISO, BARATTA, MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016.

<sup>(99)</sup> Si richiama qui l'attuale approccio degli Stati Uniti rispetto alla potenza economica cinese, in cui rilevantisima è la presenza statale. L'amministrazione Trump, anziché cercare una soluzione multilaterale in seno all'OMC, anche riformandone le regole inefficaci, ha preferito lo scontro attraverso un ricorso massiccio a misure unilaterali, *in primis* l'innalzamento delle tariffe doganali. Si vedano BLUSTEIN, *Schism: China, America, and the Fracturing of the Global Trading System*, Waterloo, Ontario, 2019; BLUSTEIN, *China Inc. in the WTO Dock: Tales from a System under Fire*, CIGI Papers No. 157, dicembre 2017.



# GLI EFFETTI DELLA PANDEMIA SUL MERCATO INTERNO EUROPEO: L'AZIONE DEGLI STATI E LA RISPOSTA DELL'UNIONE

Paola Mariani

SOMMARIO: 1. L'emergenza Covid-19: una crisi simmetrica del mondo globalizzato. - 2. Il quadro giuridico delle restrizioni all'esportazione nell'Unione europea. - 3. La risposta della Commissione alle misure adottate dagli Stati membri: una nuova proposta di interpretazione della deroga alla libera circolazione delle merci per la tutela della salute e della vita delle persone. - 4. Restrizioni all'esportazione nelle relazioni commerciali esterne dell'Unione tra protezionismo e libero scambio. - 5. Conclusioni.

1. Di fronte alla crisi sanitaria mondiale derivante dal Covid-19 la risposta della maggior parte degli Stati è stata e continua ad essere il "lockdown". L'isolamento generalizzato che ha colpito milioni di persone, a cui è stato impedito di svolgere attività umane ed economiche al di fuori della propria abitazione, ha determinato la peggiore crisi economica che il mondo abbia dovuto affrontare dalla fine della Seconda Guerra Mondiale. L'attuale crisi economica si distingue dalle precedenti per il carattere simmetrico su scala globale, in quanto colpisce in modo simile la maggior parte dei paesi del mondo. Gli Stati colpiti dalla pandemia hanno subito nel giro di pochi mesi una caduta del PIL causata dal blocco delle attività umane. Secondo le stime della Commissione il PIL del 2020 dovrebbe subire una riduzione pari all'8,7% <sup>(1)</sup>.

Anche gli effetti sul commercio internazionale sono stati devastanti. L'OMC ha stimato una contrazione del commercio globale tra il 13% e il 32% nel 2020 a seguito degli effetti della pandemia sulle attività economica ed umane in tutto il mondo <sup>(2)</sup>. Non tutti i beni scambiati sono stati colpiti allo stesso modo. La

---

<sup>(1)</sup> Commissione Europea, *European Economic Forecast*, luglio 2020 reperibile nel sito [https://ec.europa.eu/info/publications/economic-and-financial-affairs-publications\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/economic-and-financial-affairs-publications_en).

<sup>(2)</sup> WTO Press Release, *Trade Set to Plunge as Covid-19 Pandemic Upends Global Economy*, 8 aprile 2020.

domanda globale di dispositivi di protezione individuale, come maschere e guanti protettivi, prodotti farmaceutici, ventilatori e qualsiasi altro prodotto essenziale per combattere la pandemia, è aumentata drammaticamente in praticamente tutti i paesi del mondo. La produzione e la distribuzione di tutti questi prodotti dipendono dal commercio internazionale e dalle catene del valore globali.

La carenza di forniture essenziali per combattere la diffusione della malattia ha portato molti Stati ad adottare misure di controllo delle esportazioni. Tali misure protezionistiche vengono adottate dagli Stati allo scopo di proteggere la propria popolazione, ma in un mondo globale di economie interconnesse e di fronte ad una pandemia su scala globale le chiusure delle frontiere rischia di essere controproducente per tutti. Anche nell'ipotetico caso in cui uno Stato sia autosufficiente nella produzione di DPI per soddisfare la domanda interna, è altamente improbabile che ciò sia possibile per tutti gli altri dispositivi medici necessari per combattere il coronavirus. Per non parlare del fatto che le misure di controllo delle esportazioni possono innescare misure di ritorsione in relazione ad altri beni essenziali. Inoltre, un divieto di esportazione adottato per proteggere la salute pubblica della popolazione locale ha l'effetto negativo di privare la popolazione dei paesi importatori di forniture vitali per combattere il virus.

2. Le prime settimane della crisi hanno mostrato una competizione tra gli Stati membri per far fronte alla crescente domanda di medicinali e DPI. Numerosi Stati UE hanno adottato misure di requisizione e divieti di esportazione generalizzati che colpivano in egual misura Stati membri e non <sup>(3)</sup>. Tralasciando

---

<sup>(3)</sup> GLÖCKLE, *Export restrictions under scrutiny – the legal dimensions of export restrictions on personal protective equipment*, *EJIL:Talks!*, 7 aprile 2020, reperibile nel sito <https://www.ejiltalk.org/export-restrictions-under-scrutiny-the-legal-dimensions-of-export-restrictions-on-personal-protective-equipment/>. In Italia, l'art. 6 del decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020, convertito con modifiche nella legge n. 27 del 24 aprile 2020 (*G.U.* n. 110 del 29 aprile 2020), conferisce alle autorità pubbliche durante lo stato di emergenza il potere di requisire ad ogni soggetto pubblico o privato, presidi sanitari e medico-chirurgici, beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare l'emergenza sanitaria. In alcuni casi segnalati dalla stampa italiana le requisizioni sono state fatte alle frontiere impedendo l'esportazione di merci. Per il caso relativo alla requisizione di ventilatori da esportare in Grecia, si veda l'articolo di stampa reperibile nel sito

l'impatto economico di queste misure sui prezzi e l'efficiente allocazione dei prodotti laddove sono maggiormente necessari, in un mercato unico profondamente integrato nelle sue catene del valore e nelle reti di distribuzione, ciò che rileva da un punto di vista giuridico è la legittimità di tali misure adottate dagli Stati membri.

L'art. 35 TFUE vieta le restrizioni quantitative all'esportazione e le misure di effetto equivalente tra gli Stati membri. I divieti di esportazione rientrano nel campo di applicazione di questa disposizione in quanto sono il tipico esempio di restrizione quantitativa alle esportazioni e non vi è dubbio che siano illegali nel mercato interno. Anche le misure che portano alla requisizione rientrano nel divieto di cui all'art. 35 del TFUE, poiché il loro effetto sull'esportazione equivale a un divieto ed è evidente l'effetto restrittivo sugli scambi nel mercato interno.

Tuttavia, obiettivi di interesse generale possono giustificare misure nazionali che limitano la libera circolazione delle merci. L'art. 36 TFUE stabilisce che i divieti o le restrizioni all'importazione, all'esportazione o alle merci in transito possono essere giustificati da motivi di tutela della salute e della vita delle persone, ma che tali divieti o restrizioni non devono in ogni caso costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata agli scambi tra Stati membri <sup>(4)</sup>.

In generale, secondo una giurisprudenza costante l'art. 36 TFUE ponendo una deroga alle libertà di circolazione deve essere interpretato restrittivamente <sup>(5)</sup>. Tuttavia, quando si tratta di misure nazionali nel campo della sanità pubblica, la Corte ha in molte occasioni adottato un approccio meno restrittivo nel giustificare le misure adottate dagli Stati. Fin dal primo caso relativo alla deroga giustificata dalla tutela della salute, la Corte ha costantemente sostenuto che «la salute e la vita delle persone si collocano al primo

---

[https://www.ansa.it/marche/notizie/2020/03/26/dogane-1.840-parti-ventilatori-a-prociv\\_fe4c31d0-92a6-4dbf-965b-8120eb078d91.html](https://www.ansa.it/marche/notizie/2020/03/26/dogane-1.840-parti-ventilatori-a-prociv_fe4c31d0-92a6-4dbf-965b-8120eb078d91.html).

<sup>(4)</sup> Le misure adottate dagli Stati in questa crisi vengono analizzate in quanto rappresentano delle vere e proprie deroghe al divieto di restrizioni quantitative all'esportazione giustificate dall'emergenza sanitaria. Non si tratta ad avviso di chi scrive di misure ad effetto equivalente rientranti nella definizione *Dassonville* e regolate dall'art. 34 TFUE che peraltro riguarda le importazioni. Per una differente lettura si veda il contributo di Luca Pantaleo in questo volume.

<sup>(5)</sup> SHUIBHNE, *Exception to the Free Movement Rules*, in *European Union Law*, Barnard, Peers (eds.), Oxford, 2014, p. 484.

posto tra i beni o gli interessi protetti dall'art. 36 [TFUE] e spetta agli Stati membri, entro i limiti imposti dal Trattato, per decidere quale grado di protezione intendono assicurare [...]»<sup>(6)</sup>.

Secondo la Corte, agli Stati membri è riservato un certo margine di apprezzamento per determinare il grado di protezione della salute e della vita umana all'interno dei loro confini<sup>(7)</sup>. Anche la valutazione dell'adeguatezza e della proporzionalità della misura adottata dallo Stato per proteggere la salute e la vita degli esseri umani ai sensi dell'art. 36 TFUE è influenzata dal fatto che «la salute e la vita delle persone si collocano principalmente tra i beni e gli interessi tutelati dal TFUE e che spetta agli Stati membri determinare il grado di protezione che desiderano offrire alla salute pubblica e il modo in cui tale livello di protezione deve essere raggiunto»<sup>(8)</sup>. Il livello di protezione della salute fissato dagli Stati membri diventa il parametro per determinare se la misura che limita una libertà fondamentale, come la libera circolazione delle merci, è appropriata per garantire il raggiungimento dell'obiettivo legittimo perseguito e non va al di là di ciò che è necessario per raggiungerlo.

Se esaminiamo le restrizioni Covid-19 all'esportazione adottate dagli Stati membri attraverso la lente della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla giustificazione fondata sulla salute pubblica, è difficile constatare un'incoerenza col Trattato. In realtà, chi può negare che tutte le misure siano state adottate con l'obiettivo di proteggere la vita degli umani? Ciò è evidente per le misure adottate dai paesi più colpiti dal virus, come l'Italia e la Francia. Inoltre, l'incertezza sull'evoluzione della diffusione della malattia giustifica lo Stato membro meno colpito dal virus ad adottare misure preventive come lo stoccaggio di dispositivi medici e medicinali per essere pronti a fornire un'adeguata assistenza medica nei loro territori in caso di aumento dell'infezione.

L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19 è qualcosa di nuovo che non si è mai verificato prima, dall'inizio del processo di integrazione. La formulazione stessa dell'art. 36 del TFUE implica

---

<sup>(6)</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 20 maggio 1976, causa 104/75, *De Peijper*, EU:C:1976:67, punto 15.

<sup>(7)</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 12 novembre 2015, causa C-198/14, *Visnapuu*, EU:C:2015:751, punto 118

<sup>(8)</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 8 maggio 2017, causa C-296/15, *Medisanus*, EU:C:2017:431, punto 82.

che la deroga alla libera circolazione delle merci può essere giustificata quando uno Stato si trova di fronte a un'emergenza interna e l'adozione di misure protezionistiche può proteggere la popolazione sul suo territorio. La valutazione della legittimità della deroga è stata sempre condotta avendo come riferimento il territorio e la popolazione dello Stato che adottava la misura. Nell'emergenza Covid-19, le misure che limitano le esportazioni di dispositivi di protezione individuale sono state adottate per proteggere la vita umana nel territorio dello Stato, ma allo stesso tempo si sono dimostrate dannose per la popolazione degli altri Stati membri privati di beni essenziali per prevenire e combattere la diffusione del virus.

3. Nella sua Comunicazione sulla risposta economica coordinata all'epidemia di Covid-19, la Commissione ha offerto un'interpretazione del significato delle misure giustificate dalla «protezione della salute e della vita delle persone», ai sensi dell'art. 36 TFUE in tempi di Coronavirus. Secondo la Commissione, per soddisfare la condizione di proporzionalità, le misure nazionali devono assicurare «una fornitura adeguata alle persone che ne hanno più bisogno, impedendo al tempo stesso l'insorgere o l'aggravarsi in tutta l'UE della penuria di prodotti considerati essenziali, quali i dispositivi di protezione individuale, i dispositivi medici o i farmaci»<sup>(9)</sup>.

Nel prospettato nuovo “test” di proporzionalità, la Commissione assume come termine di riferimento l'intera UE e le persone che vivono in Europa che ne hanno maggiormente bisogno, anziché lo Stato che adotta la misura e la sua popolazione, come emerge dalla giurisprudenza della Corte. L'obiettivo di una misura come il divieto di esportazione per soddisfare il requisito legale della proporzionalità dovrebbe essere quello di proteggere la salute delle persone che vivono in Europa, evitare l'accumulo o l'acquisto di beni da parte di persone non bisognose e garantire che «prodotti essenziali siano fatti pervenire a quanti ne hanno più bisogno, ossia le persone contagiate, le strutture sanitarie e il personale medico-sanitario». Secondo le parole della Commissione «[m]isure prive di

---

<sup>(9)</sup> Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020, *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*, Allegato 2, p. 4.

un ambito di applicazione chiaramente individuato e dettato da bisogni concreti, senza una solida motivazione e/o di durata limitata possono accrescere il rischio di penuria e pertanto sono molto verosimilmente sproporzionate»<sup>(10)</sup>.

La formulazione dell'art. 36 TFUE è la stessa della disposizione originariamente inclusa nel Trattato di Roma, modellata sul GATT che ammette eccezioni al divieto di restrizioni quantitative all'esportazione ai sensi dell'art. XI, come ad esempio le restrizioni temporanee per prevenire contingenze critiche di prodotti essenziali (art. XI: 2 (a) GATT) e protezione della sanità e della vita delle persone (art. XX (b) GATT)<sup>(11)</sup>. Ciò significa che in entrambi i contesti, le unioni doganali e il commercio globale, lo scopo di queste disposizioni è di fornire agli Stati il diritto di sospendere il commercio di merci quando è in gioco un interesse nazionale. La giurisprudenza relativa all'art. 36 TFUE è coerente con tale spirito. Anche se la Corte ha sempre interpretato in modo restrittivo il potere dello Stato di derogare alle libertà fondamentali, le deroghe sono sempre state giudicate alla luce dell'interesse generale dello Stato a proteggere sé stesso e i suoi residenti, al pari di ciò che avviene nel contesto dell'OMC.

La proposta della Commissione di tenere conto anche degli effetti delle misure sugli altri Stati membri è più in linea con la natura specifica del processo di integrazione europea e con l'articolato insieme di principi alla base del suo funzionamento. Nella stessa Comunicazione la Commissione ha sottolineato la necessità di garantire la solidarietà nel mercato unico<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>(11)</sup> TOBLER, *EU corona emergency law: restrictions on the export of protective equipment, notably from the EU into third countries like Switzerland (Regulation 2020/402)*, EFTA-Studies.org, 30 marzo 2020, <https://www.efta-studies.org/eu-corona-emergency-law>, p. 2

<sup>(12)</sup> «Il mercato unico è uno dei pilastri dell'Unione europea. Nei momenti di crisi costituisce uno strumento di solidarietà in grado di far sì che i beni essenziali ai fini della mitigazione dei rischi sanitari raggiungano tutti coloro che ne hanno bisogno. Garantendo la disponibilità di questi beni in tutta l'UE il mercato unico contribuisce a proteggere la nostra salute. Le restrizioni nazionali unilaterali alla libera circolazione delle forniture indispensabili per i sistemi sanitari creano notevoli barriere e influiscono pesantemente sulla capacità degli Stati membri di gestire l'epidemia di COVID-19» (Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020, *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*, p. 3).

La solidarietà è un valore fondamentale dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri (art. 2 TUE) ed è alla base del principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE) in base al quale l'Unione e gli Stati membri devono, nel pieno rispetto reciproco, si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Inoltre, l'art. 35 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sotto il titolo «[p]rotezione della salute» riconosce il diritto fondamentale di tutti a beneficiare delle cure mediche alle condizioni stabilite dalle leggi e prassi nazionali e richiede che «un livello elevato di protezione della salute umana deve essere garantito nella definizione e attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione».

Il dover garantire nell'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione un livello elevato di protezione della salute umana per tutti, giustifica il diverso approccio nell'interpretazione dell'eccezione della salute pubblica di cui all'art. 36 TFUE. L'emergenza del coronavirus rappresenta un'occasione per ridefinire l'equilibrio tra tutela della salute e obiettivi di mercato. La prospettiva tradizionale secondo cui la salute è una competenza degli Stati membri e la cui protezione, in alcune circostanze, potrebbe necessitare la sospensione delle libertà di mercato deve essere riconsiderata tenendo conto del più recente principio di solidarietà come obiettivo dell'UE che può superare le prerogative degli Stati membri.

Secondo quanto riportato dalla stampa <sup>(13)</sup>, la Commissione ha minacciato di avviare procedure di infrazione contro la Germania per il divieto di esportazione del paese di dispositivi di protezione individuale e contro la Francia per le misure di requisizione adottate. L'azione della Commissione volta a preservare l'integrità del mercato unico e la libera circolazione delle merci è andata oltre alla minaccia di avviare procedure di infrazione. In mancanza di una competenza specifica dell'Unione, i membri del Consiglio Europeo hanno affidato alla Commissione il compito di garantire l'adeguata e puntuale fornitura di attrezzature mediche in tutta l'UE in

---

(13) BAYER, DEUTSCH *et al.*, *EU moves to limit exports of medical equipment outside the bloc*, *Politico.eu*, 15 marzo 2020, disponibile nel sito <https://www.politico.eu/article/coronavirus-eu-limit-exports-medical-equipment/>

cooperazione con gli Stati membri <sup>(14)</sup>. Ma ciò che è più interessante dal nostro punto di vista è la decisione di introdurre un meccanismo di controllo delle esportazioni di dispositivi di protezione individuale verso paesi extra UE come contropartita per una «efficace revoca di tutte le forme di divieti o restrizioni interne».

4. I divieti di esportazione e le misure di requisizione adottate da alcuni Stati membri a causa della scarsità nella fornitura di attrezzature mediche mostrano lo stesso effetto di barriera agli scambi intra-UE ed extra-UE. La Commissione ha esortato gli Stati membri a revocare qualsiasi azione nazionale restrittiva intrapresa, formalmente o informalmente, concernente non solo gli scambi tra gli Stati membri all'interno del mercato interno, ma anche le esportazioni verso Stati terzi <sup>(15)</sup>.

Analogamente agli scambi all'interno dell'UE, anche l'esportazione di prodotti dall'Unione verso Stati terzi non può essere soggetta ad alcuna restrizione quantitativa, come stabilito dall'art. 1 del Regolamento 2015/479 che prevede la codificazione di norme comuni per le esportazioni <sup>(16)</sup>. Ma diversamente dalle norme del Trattato relative alla libera circolazione delle merci nel mercato interno, le eccezioni al divieto di restrizioni quantitative non sono lasciate alle azioni unilaterali dei soli Stati membri.

Infatti, ai sensi dell'art. 5 del suddetto Regolamento, la Commissione, al fine di prevenire o porre rimedio alla carenza di prodotti essenziali e «laddove gli interessi dell'Unione richiedano un intervento immediato», può subordinare l'esportazione dei prodotti essenziali soggetti ad autorizzazione all'esportazione. Utilizzando questa base giuridica, la Commissione ha adottato due regolamenti di esecuzione temporanei che subordinano le esportazioni di determinati dispositivi di protezione individuale alla produzione di un'autorizzazione di esportazione. Il primo Regolamento in vigore

---

<sup>(14)</sup> Consiglio Europeo, *Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo*, 26 marzo 2020, p. 3.

<sup>(15)</sup> Per un'analisi delle restrizioni all'esportazione nei confronti degli Stati terzi adottate dall'UE e la loro legittimità in base al sistema del commercio internazionale, si veda il contributo di Baroncini in questo volume.

<sup>(16)</sup> Regolamento (UE) 2015/479 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2015 relativo a “un regime comune applicabile alle esportazioni (codificazione)”, *G.U.U.E.* L83/34 del 27.3.2015

dal 15 marzo 2020 per sei settimane è stato modificato dopo pochi giorni dal Regolamento di esecuzione 2020/426 al fine di escludere dalla necessità di autorizzazione le esportazioni nei quattro Stati membri dell'Associazione Europea di Libero Scambio (Norvegia, Islanda, Liechtenstein, Svizzera) nei paesi d'oltremare e nei territori elencati nell'allegato II del Trattato e nelle Isole Foer, Andorra, San Marino e Città del Vaticano <sup>(17)</sup>. Prima della scadenza del primo Regolamento ne è stato adottato un secondo che è entrato in vigore il 26 aprile 2020, per un altro periodo di 30 giorni <sup>(18)</sup>. Tale Regolamento ha limitato i prodotti che richiedono l'autorizzazione all'esportazione di maschere, occhiali e indumenti protettivi e ha esteso l'eccezione geografica ai Balcani occidentali. Queste restrizioni all'esportazione non sono state rinnovate e dal 25 maggio 2020 tutti i DPI possono essere liberamente esportati dall'Unione verso Stati terzi.

I Regolamenti di esecuzione sono stati adottati con l'intesa che gli Stati membri avrebbero dovuto revocare qualsiasi azione restrittiva unilaterale intrapresa, formalmente o informalmente, relativa alle esportazioni in Stati terzi o agli scambi tra gli Stati membri nel mercato interno. In questo modo la Commissione ha offerto in compensazione agli Stati membri che si trovano ad affrontare la crescente necessità di DPI uno strumento per limitare parzialmente l'esportazione di tali beni. In mancanza di una produzione sufficiente di DPI all'interno dell'Unione e di fronte a restrizioni all'esportazione di DPI da parte di Stati terzi, fornitori tradizionali del mercato dell'Unione, la Commissione è stata in qualche modo politicamente costretta ad adottare misure di controllo delle esportazioni.

Il regime di autorizzazione all'esportazione adottato dalla Commissione è meno restrittivo di un divieto di esportazione.

---

<sup>(17)</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione del 14 marzo 2020 che “subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione”, *G.U.U.E.* L77/1 del 15.3.2020 e Regolamento di esecuzione (UE) 2020/426 della Commissione del 19 marzo 2020 che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione”, *G.U.U.E.* L 84/1 del 20.3.2020.

<sup>(18)</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2020/568 della Commissione del 23 aprile 2020 che “subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione”, *G.U.U.E.* L 129, 24.4.2020.

Richiede che tutte le esportazioni nell'ambito di applicazione materiale e geografico del regolamento siano soggette al rilascio di un'autorizzazione all'esportazione. Le autorizzazioni sono fornite dagli Stati membri in cui gli esportatori sono stabiliti in base alle condizioni previste dal regolamento.

In base ai regolamenti, un'autorizzazione all'esportazione poteva essere concessa solo quando l'esportazione non costituiva una minaccia per la disponibilità di DPI sul mercato dello Stato membro in questione o altrove nell'Unione (art. 3, par. 5). In effetti, l'obiettivo del sistema di autorizzazioni è prevenire o porre rimedio a una carenza di beni essenziali nell'Unione e le restrizioni all'esportazione possono essere giustificate solo per questo motivo. Gli Stati membri potevano fare affidamento sul sostegno della Commissione per raccogliere le informazioni relative alla necessità all'interno dell'Unione.

Quando la disponibilità di DPI all'interno dell'Unione non era a rischio, gli Stati membri dovevano concedere l'autorizzazione, poiché non è l'obiettivo dell'Unione limitare gli scambi internazionali senza giustificazione. Anche durante la pandemia, l'Unione ha continuato a sostenere nelle sue relazioni esterne il principio di solidarietà internazionale e il libero scambio come mezzo per contribuire alla disponibilità di prodotti laddove necessario e quando necessario<sup>(19)</sup>. Il Regolamento di applicazione stabilisce elementi che gli Stati membri devono prendere in considerazione per decidere se rilasciare o rifiutare un'autorizzazione di esportazione. Questi elementi sono ispirati dal principio che l'Unione e gli Stati membri dovrebbero sostenere i paesi terzi o le organizzazioni internazionali che necessitano di forniture di emergenza per fornire assistenza umanitaria e in generale per garantire la disponibilità di DPI ove necessario anche al di fuori dell'Unione, in particolare in quei Stati terzi che fortemente dipendono dalle forniture dall'UE e che possono far fronte a un forte bisogno di DPI a causa della crisi di Covid-19.

---

<sup>(19)</sup> Comunicazione della Commissione, *Nota di orientamento agli Stati membri in relazione al Regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione, che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione, modificato da ultimo dal Regolamento di esecuzione (UE) 2020/426 della Commissione (2020/C 91 I/02)*, G.U.U.E. C 91 I/10 del 20.3.2020, p. 12.

L'elenco non è esaustivo e la valutazione di altri motivi, oltre all'assistenza umanitaria e sanitaria, merita di essere presa in considerazione prima di adottare una misura protezionistica. Anche se non esplicitamente menzionato nei regolamenti, la Commissione ha suggerito di considerare gli effetti economici negativi delle restrizioni all'esportazione nel mercato globale integrato dei dispositivi medici <sup>(20)</sup>. In effetti, l'UE è allo stesso tempo un esportatore e un importatore dei prodotti soggetti a controlli sulle esportazioni. Nel 2019 l'UE ha esportato \$ 12,1 miliardi e importato \$ 17,6 miliardi di questi prodotti <sup>(21)</sup>. In tale equilibrio, gli Stati membri non possono ignorare le probabili ritorsioni di partner stranieri che finiscono per fornire all'UE gli stessi prodotti o altri prodotti essenziali importati. Le ritorsioni potrebbero anche influire sulle catene del valore regionali e globali per prodotti essenziali.

Il grado di integrazione del mercato deve essere attentamente valutato nel caso in cui il paese di esportazione sia parte di un accordo di libero scambio con l'Unione. L'effetto di una restrizione all'esportazione sul mercato oltre i confini dell'Unione è stato il motivo della modifica del primo regolamento di applicazione. Le misure dell'UE sono state criticate da numerosi partner commerciali, in particolare i quattro Stati membri dell'Associazione Europea di Libero Scambio, che dipendono dall'UE per le loro forniture di DPI coperte dal regolamento che hanno ottenuto l'esenzione dal sistema di autorizzazioni. Ma l'Unione Europea fa parte di numerosi accordi di libero scambio con Stati terzi in tutto il mondo e sottoporre le esportazioni di determinati dispositivi di protezione individuale a tali paesi a un'autorizzazione all'esportazione potrebbe influire negativamente su catene del valore e reti di distribuzione integrate nate sulla base di tali accordi.

Esaminando le informazioni fornite dalla Commissione sulle autorizzazioni all'esportazione concesse e respinte nel periodo dal 26 aprile al 25 maggio 2020, sembra che l'effetto protezionistico sia

---

<sup>(20)</sup> *Ibid.*, p. 13

<sup>(21)</sup> BOWN, *EU limits on medical gear exports put poor countries and Europeans at risk*, Peterson Institute for International Economics, 19 marzo 2020, disponibile nel sito <https://www.piie.com/blogs/trade-and-investment-policy-watch/eu-limits-medical-gear-exports-put-poor-countries-and>.

stato ridotto <sup>(22)</sup>. Le autorizzazioni rilasciate sono state significativamente più elevate di quelle negate. Solo nove Stati membri su venti che hanno utilizzato il regime hanno respinto le autorizzazioni di esportazione. Nessun paese terzo è stato completamente escluso dalle esportazioni dagli Stati membri. Emerge inoltre che sono state prese in considerazione le preoccupazioni per gli effetti negativi sul mercato globale e sulle catene di approvvigionamento. Infatti, se consideriamo i due principali partner commerciali in questo settore, la Cina e gli Stati Uniti, i dati mostrano che le esportazioni verso la Cina sono sempre state autorizzate mentre, per quanto riguarda quelle verso gli Stati Uniti, le autorizzazioni rifiutate sono state inferiori di quelle concesse <sup>(23)</sup>.

5. Il 9 giugno 2020 i leader di Francia, Germania, Polonia, Spagna, Belgio e Danimarca hanno esortato l'UE a svolgere un ruolo maggiore nella preparazione di qualsiasi futura pandemia e nel sostenere un «approccio europeo comune» a tali sfide in futuro <sup>(24)</sup>. Hanno sostenuto che la Commissione debba evitare risposte unilaterali da parte degli Stati membri, inadatte a fornire una risposta efficace alla diffusione del virus in Europa. Secondo i leader, dovrebbe essere compito dell'Unione evitare carenze e garantire che tutti gli Stati membri abbiano accesso a una fornitura sufficiente di dispositivi di protezione individuale, ossia dispositivi medici, medicinali essenziali e vaccini. Hanno inoltre invitato l'Unione a impegnarsi al fine di operare sulla diversificazione delle linee di

---

<sup>(22)</sup> Commissione Europea, *Information by the Commission on granted and rejected export authorisations in the period of 26 April to 25 May 2020*, disponibile nel sito [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158735.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158735.pdf).

<sup>(23)</sup> Ad esempio, l'esportazione autorizzata di dispositivi protettivi naso-bocca negli Stati Uniti è stata per 2.150.246,00 pezzi, contro autorizzazioni respinte per 1.157.840 pezzi.

<sup>(24)</sup> MOMTAZ, DEUTSCH, BAYER, *National capitals question EU's pandemic preparedness*, *Politico.eu*, 10 giugno 2020 disponibile nel sito [www.politico.eu/article/eu-national-capitals-question-coronavirus-pandemic-preparedness](http://www.politico.eu/article/eu-national-capitals-question-coronavirus-pandemic-preparedness). Il testo della lettera dei leader europei è disponibile nel sito <https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/06/Clean-How-to-ensure-EU-preparedness-for-future-pandemics.pdf>.

approvvigionamento, riducendo la dipendenza dei membri dell'UE dalle forniture da Stati terzi.

Il quadro giuridico dell'Unione è idoneo a conferire all'Unione stessa un ruolo più centrale nella crisi globale del Covid-19? L'attuale distribuzione delle competenze e dei poteri tra l'Unione e i suoi Stati membri lascia spazio a risposte unilaterali da parte degli Stati membri. Come abbiamo visto per quanto riguarda i divieti di esportazione nel mercato interno, la Commissione non dispone di strumenti vincolanti per obbligare gli Stati membri a rimuoverli immediatamente: solo la pressione politica ha portato i suddetti Stati a revocare volontariamente le misure restrittive. Per ciò che concerne le barriere al commercio estero, la competenza esclusiva dell'Unione in materia di politica commerciale comune consente alla Commissione di condurre un'azione coordinata da parte degli Stati membri. In realtà, spetta a tali Stati la decisione di concedere o rifiutare le autorizzazioni di esportazione, ma spetta alla Commissione istituire il regime di autorizzazione all'esportazione e fissare i principi comuni che devono guidare le decisioni degli Stati membri.

Al fine di costruire una risposta comune ad una crisi a livello dell'UE ed evitare risposte unilaterali da parte degli Stati membri non è sufficiente rafforzare il ruolo politico-istituzionale della Commissione, è anche necessario elaborare una nozione di interesse generale dell'Unione che vada oltre la somma degli interessi individuali dei suoi membri. Il principio emergente di solidarietà sanitaria all'interno dell'Unione è stato fondamentale per la Commissione per convincere gli Stati membri a rinunciare ai divieti di esportazione e ripristinare il normale funzionamento del mercato interno. Ma questo non è abbastanza. Senza una definizione di «interesse economico europeo» comune a tutti i membri per guidare la Commissione nei necessari interventi richiesti in merito ai comportamenti di mercato degli Stati membri e degli operatori economici, non è certo che nella prossima pandemia l'Unione possa fare meglio nel fornire una risposta europea comune.



LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI PRODOTTI  
FARMACEUTICI E SANITARI ALL'INTERNO  
DELL'UNIONE EUROPEA. RIFLESSIONI A MARGINE  
DELLA PANDEMIA DA COVID-19

Luca Pantaleo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'approvvigionamento di farmaci tra carenze strutturali e mercato parallelo. – 3. Le regole adottate per fronteggiare la pandemia come misure di effetto equivalente. – 4. Conclusioni, ovvero di come una crisi possa offrire delle opportunità.

1. Con l'arrivo della pandemia causata dalla diffusione del Covid-19, diversi Stati membri dell'Unione Europea hanno introdotto una serie di restrizioni alla libertà di circolazione delle merci. Tali restrizioni hanno interessato per lo più prodotti utilizzati in ambito medico e sanitario, quali farmaci, c.d. dispositivi di protezione individuale, nonché prodotti destinati alla disinfezione e sanificazione delle persone, degli oggetti e degli ambienti. Le tipologie di misure adottate possono essere sostanzialmente ricomprese in due categorie: da un lato, semplici divieti di esportazione di medicinali e DPI <sup>(1)</sup>; dall'altro, misure volte a calmierare i prezzi di DPI e prodotti disinfettanti, oltre che, in alcuni casi, a disciplinarne le modalità di vendita e d'uso <sup>(2)</sup>. Sebbene, al

---

<sup>(1)</sup> Si pensi, ad esempio, al caso della Germania, che ad inizio marzo ha vietato *tout court* l'esportazione di DPI, salvo poi tornare sui suoi passi pochi giorni più tardi. Si veda Nienaber, *Germany lifts export ban on medical equipment over coronavirus*, 19 marzo 2020, reperibile nel sito [www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-germany-exports/germany-lifts-export-ban-on-medical-equipment-over-coronavirus-idUSKBN2162SH](http://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-germany-exports/germany-lifts-export-ban-on-medical-equipment-over-coronavirus-idUSKBN2162SH).

<sup>(2)</sup> In Italia, com'è noto, il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, con ordinanza del 26 aprile 2020, ha imposto il prezzo unitario massimo per le mascherine facciali nella misura di cinquanta centesimi di euro, al netto dell'imposta sul valore aggiunto. La Francia, oltre ad aver fissato un prezzo massimo per le mascherine individuali analogamente a quanto fatto dall'Italia, ha altresì imposto un prezzo massimo d'acquisto per il gel sanificante idroalcolico, valevole (sebbene in misura diversa) sia per il commercio al dettaglio

momento in cui si scrive, i divieti assoluti di esportazione di DPI all'interno dell'Unione Europea siano stati eliminati in quasi tutti gli Stati membri <sup>(3)</sup>, anche grazie ad una mobilitazione in tal senso da parte delle istituzioni dell'UE <sup>(4)</sup>, quelli relativi ai prodotti farmaceutici, nonché le misure diverse dai divieti di esportazione *tout court*, potrebbero restare in vigore ancora per molto tempo.

Com'è noto, le restrizioni quantitative all'esportazione, di cui il blocco totale dell'export rappresenta la forma più estrema, sono vietate dall'art. 35 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, fatta salva la possibilità per gli Stati membri di invocare l'art. 36 TFUE. In particolare, quest'ultimo consente l'adozione di misure restrittive giustificate da esigenze di "tutela della salute e della vita delle persone", in cui rientrerebbero, almeno in linea di principio, i divieti in esame. In tal modo, la recente pandemia da Covid-19 rischia di esacerbare le gravi tensioni che caratterizzano il mercato comune dei farmaci, notoriamente stretto tra carenze strutturali di medicinali ed esigenze di liberalizzazione degli scambi tra Stati membri (si pensi, in particolare, al fenomeno del mercato parallelo). Il problema, peraltro, rischia di aggravarsi ulteriormente in caso di nuove ondate epidemiche, ma anche, e forse soprattutto, in vista dell'eventuale sviluppo di un vaccino e di prodotti farmaceutici specificamente destinati alla cura del Covid-19 <sup>(5)</sup>. Al contrario, le misure rientranti nella seconda categoria di restrizioni suindicate, cioè a dire quelle finalizzate al calmieramento del prezzo di determinati prodotti e alla disciplina delle modalità di vendita e acquisto degli stessi, potrebbero costituire, a certe condizioni, delle

---

che per quello all'ingrosso. Si veda l'art. 14 del decreto n. 2020-545 dell'11 maggio 2020.

<sup>(3)</sup> Stando a quanto riportato dal portale *Market Access Map*, in cui è disponibile un elenco delle misure restrittive notificate all'Organizzazione Mondiale del Commercio dai membri, l'unico Stato membro dell'UE a non aver ancora revocato il divieto di esportazione intra-unionale di DPI sarebbe, allo stato attuale, la Bulgaria. Si veda l'elenco disponibile sul sito [www.macmap.org/covid19](http://www.macmap.org/covid19).

<sup>(4)</sup> Si pensi, in particolare, all'opera di coordinamento portata avanti dalla Commissione durante la pandemia. Cfr. i documenti citati alle note 15 e 36.

<sup>(5)</sup> Va detto, tuttavia, che al momento gli sforzi relativi allo sviluppo di un vaccino sono stati presi in carico in maniera coordinata dalla Commissione, nonostante iniziali pulsioni unilaterali da parte di taluni Stati membri. Cfr. Commissione, *Coronavirus vaccine strategy*, reperibile nel sito [www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs\\_20\\_1109](http://www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_20_1109).

c.d. misure di effetto equivalente ai sensi dell'art. 34 TFUE <sup>(6)</sup>, anch'esse vietate in linea generale ed ugualmente giustificabili ex art. 36 TFUE. In particolare, esse sembrerebbero rientrare nella casistica analizzata dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza *Keck* e successive evoluzioni, in cui, com'è noto, il giudice di Lussemburgo ha introdotto la generale distinzione tra condizioni e modalità di vendita <sup>(7)</sup>.

Il presente contributo, pertanto, si pone l'obiettivo di esaminare le misure restrittive in questione alla luce della diversa disciplina giuridica ad esse applicabile. Tuttavia, giova precisare fin d'ora che i divieti di esportazione non saranno analizzati in linea generale, ma solo limitatamente ai profili connessi al problema dell'approvvigionamento dei farmaci. Ne deriva che le limitazioni concernenti prodotti non farmaceutici, quali i DPI, non rientrano nell'ambito dell'indagine che ci si accinge ad affrontare <sup>(8)</sup>. Quanto, invece, alle misure diverse dai divieti di esportazione (in prosieguo: misure concernenti le modalità di vendita), l'analisi si propone di valutare la liceità delle stesse alla luce della consolidata, ma non del tutto priva di oscillazioni, giurisprudenza della Corte di giustizia.

Prima di entrare nel merito dell'analisi prospettata, sia consentita, tuttavia, una precisazione inerente la sua portata. Il presente lavoro, essendo parte integrante di un c.d. "instant book", non ha l'ambizione di fornire un quadro esaustivo dei problemi trattati. Per definizione, infatti, il concetto di esaustività mal si concilia con quello di istantaneità. Di conseguenza, la presente indagine si pone il più modesto obiettivo di offrire alcuni spunti di riflessione, in tal modo contribuendo, nella piena consapevolezza dei limiti derivanti dalla limitatezza dei tempi a disposizione, al già vivace dibattito dottrinario che si è aperto intorno alle conseguenze

---

<sup>(6)</sup> La cui definizione, com'è noto, è stata per la prima volta formulata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Dassonville*, autentica pietra miliare in materia. Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît Dassonville*, EU:C:1974:82.

<sup>(7)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Procedimenti penali c. Bernard Keck e Daniel Mithouard*, EU:C:1993:905.

<sup>(8)</sup> Per un esame esaustivo di tali divieti, sia a livello intra-unionale che nei confronti di Stati terzi, si veda, nel presente volume, MARIANI, *Gli effetti della pandemia sul mercato interno europeo: l'azione degli Stati e la risposta dell'Unione*.

dell'attuale pandemia per il diritto internazionale e dell'Unione Europea <sup>(9)</sup>.

2. Com'è stato giustamente osservato, nell'Unione Europea «medicine shortages were already high on the agenda before the pandemic» <sup>(10)</sup>, al punto da indurre l'Agenzia Europea per i Medicinali (EMA) e i direttori delle Agenzie dei medicinali ad istituire una *Task Force on Availability of Authorised Medicines for Human and Veterinary Use* <sup>(11)</sup>, con il compito di monitorare la disponibilità di farmaci sul mercato europeo. Quest'ultimo, infatti, sconta tradizionalmente fragilità di carattere strutturale, rese inevitabilmente più acute dall'esplosione dell'attuale pandemia. Non deve sorprendere, quindi, che durante la pandemia molti Stati membri abbiano segnalato non soltanto carenze attuali o potenziali di medicinali utilizzati nel trattamento intensivo dei pazienti affetti da Covid-19 <sup>(12)</sup>; ma anche, più semplicemente, dei medicinali comuni tipicamente impiegati per alleviare la sintomatologia influenzale che caratterizza le forme lievi di Covid-19 <sup>(13)</sup>. A fronte di tale situazione, taluni Stati membri hanno reagito adottando misure fortemente restrittive, per lo più nella forma estrema del

---

<sup>(9)</sup> La portata epocale degli eventi di questi mesi ha fatto sì che in un breve lasso di tempo sostanzialmente tutti i principali portali, blog e riviste online specializzate dedicassero ampio spazio ad interventi aventi ad oggetto le conseguenze giuridiche della pandemia. Il presente lavoro, peraltro, ha attinto a piene mani da tali interventi, come si può facilmente evincere dai numerosi rimandi in nota contenuti in queste pagine.

<sup>(10)</sup> Cfr. DEVROE, COLPAERT, *Corona and EU economic law: Free movement of goods*, *CoRe Blog*, reperibile nel sito [www.coreblog.lexxion.eu/corona-and-eu-economic-law-free-movement-of-goods/](http://www.coreblog.lexxion.eu/corona-and-eu-economic-law-free-movement-of-goods/).

<sup>(11)</sup> Cfr. Agenzia Europea per i Medicinali (EMA), *Availability of medicines*, reperibile nel sito [www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/availability-medicines](http://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/availability-medicines).

<sup>(12)</sup> Cfr. Agenzia Europea per i Medicinali (EMA), *Le autorità dell'UE concordano nuove misure per favorire la disponibilità dei medicinali utilizzati nella pandemia da Covid-19*, comunicato stampa EMA/174606/2020 del 6 aprile 2020.

<sup>(13)</sup> Allo stato attuale, tra i paesi che segnalano la carenza di numerose varianti di medicinali comuni come il paracetamolo e l'ibuprofene vi sono, oltre alla stessa Italia, Irlanda e Belgio. Cfr. l'elenco dei farmaci carenti pubblicato sul sito delle rispettive autorità sanitarie, reperibile nel sito [www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/availability-medicines/shortages-catalogue#national-registers-section](http://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/availability-medicines/shortages-catalogue#national-registers-section).

divieto assoluto di esportazione <sup>(14)</sup>. Sul punto, non si è fatto attendere l'intervento della Commissione, che nella Comunicazione “[o]rientamenti sull’approvvigionamento ottimale e razionale di farmaci per evitare carenze durante la pandemia di Covid-19” ha fornito una serie di indicazioni agli Stati membri, allo scopo di garantire l’approvvigionamento di farmaci, senza compromettere, al contempo, il funzionamento del mercato comune <sup>(15)</sup>. Con particolare riferimento al profilo della libera circolazione delle merci, la Commissione ha invitato gli Stati membri ad eliminare «eventuali divieti di esportazione dei farmaci nel mercato interno [...] pur se “giuridicamente giustificabili”» <sup>(16)</sup>. Tuttavia, aldilà dell’affermazione della Commissione, appare ragionevole chiedersi se tali divieti siano effettivamente ammissibili sul piano giuridico.

Giova ricordare, infatti, che i farmaci non sono sottratti all’applicazione in via generale delle regole concernenti la libera circolazione delle merci. Sul punto, al contrario, si è espressa a più

---

<sup>(14)</sup> Al momento in cui si scrive, tra gli Stati membri che risultano aver limitato l’export di medicinali associati alla malattia da Covid-19, anche all’interno dell’Unione Europea, la Bulgaria si è limitata a vietare l’esportazione di alcuni medicinali utilizzati nel trattamento del diabete; Cipro ha vietato l’export di qualsiasi prodotto farmaceutico; la Francia ha imposto il divieto di esportare l’idrossiclorochina, nonché il composto lopinavir/ritonavir; l’Ungheria, dal canto suo, ha vietato l’esportazione della sola idrossiclorochina. Cfr. l’elenco delle misure notificate all’OMC e pubblicato sul portale *Market Access Map, supra*, nota 3. Per la Francia, cfr. l’art. 17 del già citato decreto n. 2020-545 dell’11 maggio 2020. Si segnala, infine, la decisione del Regno Unito di vietare l’esportazione di circa 80 medicinali utilizzati nel trattamento del Covid-19. Cfr. MCDONOUGH, *Coronavirus: drug shortages and parallel exports – What do I need to know?*, *Fieldfisher*, 24 marzo 2020, reperibile nel sito <https://www.fieldfisher.com/en/sectors/life-sciences/life-sciences-law-blog/coronavirus-drug-shortages-and-parallel-exports>—.

<sup>(15)</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione dell’8 aprile 2020, *Orientamenti sull’approvvigionamento ottimale e razionale di farmaci per evitare carenze durante la pandemia di Covid-19*, su cui cfr., anche per gli aspetti non concernenti la libera circolazione delle merci, PUGLIESE, *L’impatto dell’emergenza Covid-19 sul mercato europeo dei prodotti sanitari tra sicurezza degli approvvigionamenti, prevenzione del rischio e protezione degli investimenti*, Osservatorio europeo, reperibile nel sito [www.dirittounioneuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view\\_html?id\\_evidenza=1040](http://www.dirittounioneuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=1040).

<sup>(16)</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione dell’8 aprile 2020, cit., sez. 3, a. (corsivo aggiunto).

riprese la Corte di Giustizia, che nel corso degli anni ha sviluppato un'abbondante giurisprudenza in materia di mercato parallelo dei farmaci. Com'è noto, esso consiste nell'esportazione, da parte di operatori economici specializzati, di presidi farmaceutici prodotti e commercializzati in uno Stato membro verso il mercato di un altro Stato membro, allo scopo di trarre profitto dalla differenza di prezzo praticata nello Stato di importazione. A partire dalla prima, storica sentenza in materia resa nel caso *De Peijper* <sup>(17)</sup>, fino alla più recente *Delfarma* <sup>(18)</sup>, la Corte di Giustizia non ha esitato ad applicare la sua consolidata giurisprudenza in tema di misure di effetto equivalente, sottoponendo, peraltro, le misure di volta in volta analizzate ad un rigoroso sindacato di proporzionalità. A titolo esemplificativo, nella già citata sentenza *Delfarma*, la Corte ha ribadito che «se è vero che, fra i beni tutelati dall'art. 36 TFUE, la salute e la vita delle persone sono al primo posto e che spetta agli Stati membri, nei limiti imposti dal TFUE, stabilire il livello al quale essi intendono assicurarne la tutela, e, in particolare, il grado di severità dei controlli da effettuare, rimane il fatto che, per giurisprudenza costante, una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione può essere giustificata, in particolare, da ragioni di tutela della salute delle persone, solo se tale misura è “idonea” a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non “eccede quanto necessario” per il suo raggiungimento» <sup>(19)</sup>. Sebbene la giurisprudenza in merito al mercato parallelo riguardi esclusivamente misure rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 34 TFUE, le indicazioni in essa contenute possono senz'altro trovare applicazione anche nel contesto di limitazioni all'esportazione ex art. 35 TFUE, come dimostra, peraltro, una

---

<sup>(17)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 20 maggio 1976, causa 104/75, *De Peijper*, EU:C:1976:67, punti 12-32.

<sup>(18)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 3 luglio 2019, causa C-387/18, *Delfarma*, EU:C:2019:556, punti 17-41. Curiosamente, peraltro, tale sentenza riguarda proprio un farmaco, l'azitromicina, utilizzato in via sperimentale nel trattamento dei pazienti affetti da Covid-19. Cfr. National Institutes of Health, *NIH begins clinical trial of hydroxychloroquine and azithromycin to treat Covid-19*, 14 maggio 2020, reperibile nel sito [www.nih.gov/news-events/news-releases/nih-begins-clinical-trial-hydroxychloroquine-azithromycin-treat-covid-19](http://www.nih.gov/news-events/news-releases/nih-begins-clinical-trial-hydroxychloroquine-azithromycin-treat-covid-19).

<sup>(19)</sup> *Ibid.*, punto 29 (corsivo aggiunto).

recente pronuncia della Corte costituzionale belga che qui di seguito si riporta.

Nella sentenza resa nel caso *Tobufar et al.* <sup>(20)</sup>, il giudice delle leggi belga era chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una legge recante disposizioni in materia di approvvigionamento farmaceutico. In estrema sintesi, e tralasciando le questioni di interesse giuridico squisitamente interno, la legge impugnata limitava l'esportazione di farmaci all'estero imponendo un obbligo per gli operatori economici titolari di licenza di diritto belga di «livrer en priorité les officines pharmaceutiques, les hôpitaux et les grossistes-répartiteur en Belgique», con la conseguenza che essi «ne peuvent disposer librement que de leur surplus, c'est-à-dire de la partie de leur production ou de leurs stocks qui excède les besoins du marché belge» <sup>(21)</sup>. È interessante notare che, proprio richiamandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia cui si faceva riferimento sopra, e facendo ricorso ad un'argomentazione non dissimile da quella correntemente utilizzata dal giudice di Lussemburgo, la Corte costituzionale belga dichiarava la normativa oggetto di impugnazione una misura di effetto equivalente ai sensi degli articoli 34 e 35 TFUE, non validamente sorretta dall'esigenza giustificativa di tutelare la salute e la vita delle persone di cui all'art. 36 TFUE <sup>(22)</sup>. Particolarmente penetrante appare, peraltro, il sindacato di proporzionalità effettuato dal giudice costituzionale belga. Infatti, nella misura in cui affermava «qu'il ne ressort nullement des éléments dont dispose la Cour que les activités des grossistes [...] ont une incidence sur l'indisponibilité de certains médicaments en Belgique» <sup>(23)</sup>, il giudice costituzionale è apparso esigere la prova dell'esistenza di carenze concrete ed attuali, piuttosto che astratte e potenziali, per ritenere ammissibile l'invocazione dell'art. 36 TFUE.

---

<sup>(20)</sup> Cfr. Cour constitutionnelle, sentenza 146/2019 del 17 ottobre 2019, reperibile nel sito [ww.jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=F-20191017-15](http://ww.jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20191017-15).

<sup>(21)</sup> *Ibid.*, punto B.15.

<sup>(22)</sup> *Ibid.*, punto B.17. Sebbene il giudice belga abbia fatto riferimento congiuntamente agli articoli 34-35 TFUE, è ragionevole ritenere che le misure in questione siano da considerare restrizioni all'esportazione.

<sup>(23)</sup> *Ibid.*

Alla luce di quanto esposto, appare ragionevole sostenere che l'affermazione della Commissione sopra riportata è in principio condivisibile, a patto di interpretarla nel senso che le limitazioni agli scambi intra-unionali di prodotti farmaceutici imposte dagli Stati membri per far fronte all'emergenza Covid-19 siano giustificate da effettive carenze, oltretutto che conformi al principio della proporzionalità <sup>(24)</sup>. Più precisamente, si ritiene che le misure che limitano il commercio di farmaci tra Stati membri debbano, in primo luogo, avere imprescindibilmente carattere temporaneo; nonché, in secondo luogo, debbano essere strettamente legate alla necessità di fronteggiare carenze attuali e non soltanto potenziali, escludendo quindi, in linea di principio, l'ammissibilità di misure volte all'accumulo preventivo di scorte di medicinali a livello nazionale o locale, ciò che appare particolarmente rilevante nel contesto attuale di preparazione di eventuali, future ondate epidemiche.

3. La seconda tipologia di misure adottate dagli Stati membri per far fronte all'epidemia, cioè a dire quelle volte a calmierare i prezzi di taluni prodotti e a disciplinarne le modalità di vendita e d'uso, non rientrando nella categoria delle restrizioni quantitative totali o parziali, potrebbero costituire, tutt'al più, misure di effetto equivalente <sup>(25)</sup>. Più precisamente, le disposizioni nazionali summenzionate sembrerebbero rientrare nell'ambito di applicazione della già citata sentenza *Keck*.

Com'è noto, con tale pronuncia il giudice di Lussemburgo ha introdotto la generale distinzione tra misure che disciplinano le condizioni di vendita dei prodotti e misure che, invece, limitano esclusivamente le modalità di vendita degli stessi. Mentre le prime, che riguardano elementi materiali dei prodotti (c.d. "product requirements") come l'etichettatura o l'imballaggio, sono assoggettate alla generale disciplina e giurisprudenza in materia di misure di effetto equivalente; le seconde, che hanno ad oggetto, per lo più, le modalità con cui le merci vengono offerte al consumatore

---

<sup>(24)</sup> In questo senso, cfr. ARENA, *Le restrizioni per affrontare l'emergenza Covid-19 e le libertà fondamentali del mercato unico: uno sguardo alle situazioni puramente interne*, Eurojus - *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, 2020, pp. 42-43.

<sup>(25)</sup> In particolare, le misure in questione potrebbero costituire restrizioni all'importazione ex art. 34 TFUE.

(c.d. “market circumstances”), beneficiano di una sorta di generale esenzione dalle regole ordinarie <sup>(26)</sup>, a patto di soddisfare i due requisiti dell’universalità e della neutralità stabiliti dalla Corte di Giustizia nella sentenza in argomento <sup>(27)</sup>. Tale impostazione, pur non essendo priva di profili problematici <sup>(28)</sup>, ha permesso alla Corte di Giustizia di escludere dalla disciplina riguardante le misure di effetto equivalente tutta una serie di disposizioni nazionali che, asseritamente, non hanno effetti pregiudizievoli sugli scambi tra Stati membri quali, ad esempio, regole relative alla chiusura notturna o domenicale di taluni pubblici esercizi <sup>(29)</sup>; divieti di vendita diretta a domicilio di determinati prodotti <sup>(30)</sup>; oltreché, almeno in linea di principio e, come si vedrà, non senza eccezioni, le misure volte ad influire direttamente o indirettamente sul prezzo finale di vendita dei prodotti <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Cfr. BARNARD, *The Substantive Law of the EU*, Fifth Edition, Oxford, 2016, pp. 122-123.

<sup>(27)</sup> Si fa riferimento, in particolare, ai requisiti menzionati al par. 16 della sentenza *Keck*, in cui la Corte di Giustizia ha precisato che le disposizioni nazionali in questione non costituiscono misure di effetto equivalente a condizione che «valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale e sempreché incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri», cioè a dire siano, in sostanza, universalmente applicabili e non discriminatorie.

<sup>(28)</sup> Cfr. AMADEO, *Novità in tema di misure di effetto equivalente, Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 671 ss.; MATTERA, *De l’arrêt “Dassonville” à l’arrêt “Keck”: l’obscure clarté d’une jurisprudence riche en principe et en contradictions*, *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, p. 117 ss; nonché, più recentemente, EDWARD, *What Was Keck Really About?*, in *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley* Amtenbrink, Davies, Kochenov, Lindeboom (eds.), Cambridge, 2019, p. 164 ss.

<sup>(29)</sup> Cfr., rispettivamente, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza 2 giugno 1994, cause riunite C-401 e C-402/92, *Tankstation ‘t Heukske vof e J.B.E. Boermans*, EU:C:1994:220; Corte di Giustizia dell’Unione europea, sentenza 8 maggio 2014, causa C-483/12, *Pelckmans Turnhout NV c. Walter Van Gastel Balen NV e a.*, EU:C:2014:304.

<sup>(30)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza 23 febbraio 2006, causa C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH c. Claudia Schmidt*, EU:C:2006:141.

<sup>(31)</sup> La stessa pronuncia *Keck*, d’altronde, riguardava la possibilità di effettuare vendite in perdita a fini di accaparramento della clientela.

A questo proposito, appare opportuno interrogarsi sulla liceità delle misure finalizzate alla fissazione di un prezzo massimo di taluni prodotti di uso medico ed igienico-sanitario introdotte durante la pandemia. Sul punto la giurisprudenza della Corte di Giustizia offre numerose indicazioni utili. Posto, infatti, che in linea di principio tali disposizioni rientrano nella sfera di operatività della pronuncia *Keck*, il giudice di Lussemburgo non ha esitato a dichiarare incompatibili con il diritto dell'Unione l'imposizione, da parte degli Stati membri, di prezzi minimi troppo elevati <sup>(32)</sup> e di prezzi massimi eccessivamente bassi <sup>(33)</sup>, in ragione del vantaggio competitivo in favore della produzione nazionale in cui essi possono tradursi. Più di recente, la Corte di Giustizia ha stabilito che costituissero una misura di effetto equivalente, sebbene validamente giustificata proprio dall'esigenza di salvaguardare la salute e la vita delle persone ex art. 36 TFUE, una normativa scozzese che fissava il prezzo minimo delle bevande alcoliche calcolandolo in base alla quantità di alcool contenuto nelle stesse <sup>(34)</sup>, salvo poi tornare a considerare una normativa belga sul prezzo minimo dei prodotti a base di tabacco una disciplina concernente le modalità di vendita, come tale non soggetta al regime giuridico delle misure di effetto equivalente <sup>(35)</sup>.

In sintesi, e pur sempre nei limiti della giurisprudenza *Keck* <sup>(36)</sup>, le disposizioni nazionali il cui scopo è quello di sottrarre alle logiche del libero mercato la determinazione del prezzo finale dei prodotti, restano comunque suscettibili di costituire una violazione dell'art. 34 TFUE. Sotto questo profilo, non è da escludere che le restrizioni

---

<sup>(32)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 24 gennaio 1978, causa 82/77, *Jacobus Philippus van Tiggele*, EU:C:1978:10.

<sup>(33)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 19 marzo 1991, causa C-249/88, *Commissione c. Belgio*, EU:C:1991:121, punti 15-22.

<sup>(34)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 23 dicembre 2015, causa C-333/14, *Scotch Whisky Association e.a. c. The Lord Advocate e The Advocate General for Scotland*, EU:C:2015:845.

<sup>(35)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 21 settembre 2016, causa C-221/15, *Procedimento penale a carico di Etablissements Fr. Colruyt NV*, EU:C:2016:704, punti 32-41.

<sup>(36)</sup> Ovvero nel caso in cui le disposizioni nazionali contravvengano ad una delle due condizioni enunciate nella sentenza in esame, e segnatamente quella della neutralità della misura (maggiormente suscettibile di violazione in casi del genere).

adottate in corso di pandemia dagli Stati membri, consistenti, per lo più, nella fissazione di prezzi massimi di vendita, possano costituire misure di effetto equivalente, in particolare qualora non consentissero una maggiorazione del prezzo idonea a riflettere i costi aggiuntivi inerenti all'importazione; o anche, a maggior ragione, qualora fossero fissati ad un livello talmente basso da rendere antieconomica l'attività di importazione, a tutto vantaggio della produzione nazionale. Ferma restando, naturalmente, la possibilità di invocare le deroghe previste dall'art. 36 TFUE e dalla giurisprudenza della Corte.

Giova rilevare, in questo senso, che la stessa Commissione ha riconosciuto che «[p]rovvedimenti per calmierare i prezzi possono essere utili per evitarne l'aumento vertiginoso o la manipolazione, purché detti provvedimenti si applichino allo stesso modo a tutti gli operatori commerciali interessati senza discriminazioni basate sulla nazionalità o sul paese di stabilimento e purché siano accompagnati da altre misure atte a convogliare le forniture verso coloro che ne hanno più bisogno» <sup>(37)</sup>. È interessante notare, peraltro, come la Commissione faccia riferimento a due diversi elementi che avrebbero, a parere della stessa, carattere determinante: da un lato, l'esigenza strettamente economica di evitare fenomeni speculativi; dall'altro, la necessità della contestuale attivazione di misure volte a canalizzare l'approvvigionamento dei prodotti oggetto di calmieramento verso soggetti che ne abbiano effettivamente bisogno. Con tale secondo requisito, in particolare, la Commissione sembra fare riferimento, ancora una volta, all'esistenza di carenze e bisogni attuali e concreti, piuttosto che astratti e potenziali. Sotto questo profilo, il ragionamento della Commissione non sembra dissimile dall'impostazione adottata dalla Corte costituzionale belga nella pronuncia esaminata nelle pagine precedenti. Si può quindi ragionevolmente sostenere che le misure finalizzate al controllo dei prezzi adottate durante la pandemia di Covid-19, analogamente a quanto già affermato sopra in relazione ai divieti di esportazione, debbano essere necessariamente sorrette dall'esigenza concreta di far fronte a bisogni attuali e temporanei.

---

<sup>(37)</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020, *Risposta economica coordinata all'emergenza Covid-19*, allegato 2, punto 2.4.

Diverso, invece, pare essere il caso di quelle disposizioni che fissano un limite all'acquisto di determinati prodotti, segnatamente il limite massimo di unità acquistabili da ciascun consumatore, nonché quelle che ne disciplinano l'utilizzo. Quanto alle prime, si pensi all'iniziativa presa dalle autorità francesi, sebbene apparentemente per mezzo di strumenti non legislativi e quindi non vincolanti <sup>(38)</sup>, di limitare il numero massimo di mascherine chirurgiche acquistabili dai consumatori; quanto alle seconde, si pensi alla decisione delle autorità olandesi di proibire l'uso generalizzato di mascherine di tipo medico, consentendo soltanto l'utilizzo di dispositivi usa e getta o lavabili, con lo scopo dichiarato di riservare le prime a chi ne ha più bisogno (cioè al personale medico e sanitario) <sup>(39)</sup>. Di primo acchito, tali misure restrittive non sembrano nel complesso in grado di produrre effetti, neanche indirettamente, sul commercio tra Stati membri, circostanza che, com'è noto, rappresenta una condizione necessaria affinché le norme sulla libera circolazione delle merci possano trovare applicazione. In altre parole, esse rientrerebbero nella sfera applicativa della c.d. regola dell'internalità <sup>(40)</sup>. Tuttavia, sembra opportuno segnalare

---

<sup>(38)</sup> Tali iniziative consistono, in particolare, nel raggiungimento di accordi informali tra i ministeri competenti e le principali catene della grande distribuzione. Cfr. *Communiqué de presse n. 2141 du 29/04/2020 – Mise en vente de masques de protection dans les enseignes de la grande distribution*, reperibile nel sito [www.minefi.hosting.augure.com/Augure\\_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=AFF47A76-6B67-4887-8F0E-B066EA76BC1A&filename=2141%20-%20CP%20-%20Mise%20en%20vente%20de%20masques%20de%20protection%20dans%200les%20enseignes%20de%20la%20grande%20distribution.pdf](http://www.minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=AFF47A76-6B67-4887-8F0E-B066EA76BC1A&filename=2141%20-%20CP%20-%20Mise%20en%20vente%20de%20masques%20de%20protection%20dans%200les%20enseignes%20de%20la%20grande%20distribution.pdf). Il fatto che tali misure non siano contenute in provvedimenti legislativi non è, tuttavia, sufficiente ad escludere la violazione dello Stato membro, posto che qualsiasi comportamento ad esso imputabile è suscettibile di rientrare nell'ambito di applicazione delle norme sulla libera circolazione delle merci. Cfr. SBOLCI, *La libera circolazione delle merci*, in *Diritto dell'Unione europea – Parte speciale Strozzi* (a cura di), terza edizione, Torino, 2010, p. 28.

<sup>(39)</sup> Tale restrizioni è in vigore a partire dal 1 giugno. vedasi le informazioni pubblicate nel seguente portale governativo [www.business.gov.nl/corona/situations/producing-face-masks-for-care-professionals/](http://www.business.gov.nl/corona/situations/producing-face-masks-for-care-professionals/).

<sup>(40)</sup> Cfr. ARENA, *op. cit.*, p. 42 ss., nonché in generale sulle c.d. situazioni puramente interne, ARENA, *Le «situazioni puramente interne» nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019.

come le regole concernenti le limitazioni all'uso di prodotti medico-sanitari introdotti durante la pandemia possano invece configurare, almeno in linea teorica, misure la cui illiceità è stata sanzionata dalla Corte di Giustizia nella (per il momento piuttosto limitata) giurisprudenza relativa, per l'appunto, alle modalità d'uso dei prodotti <sup>(41)</sup>.

Alla luce della sintetica analisi di cui sopra, appare ragionevole concludere che le disposizioni nazionali diverse dalle limitazioni all'esportazione adottate dagli Stati membri per fronteggiare l'epidemia possano costituire misure di effetto equivalente ai sensi dell'art. 34 TFEU, posto che esse si traducano in ostacoli anche indiretti agli scambi tra Stati membri nel senso sopra chiarito. Naturalmente, residua per gli Stati membri la possibilità di invocare, se del caso, le deroghe previste dall'art. 36 TFUE, fermo restando, tuttavia, che le misure restrittive adottate, anche se giustificabili in linea di principio, debbono comunque risultare conformi al principio della proporzionalità come rigorosamente interpretato dalla Corte di giustizia.

4. Secondo un adagio molto in voga in questi tempi di pandemia e conseguente depressione economica internazionale, ogni crisi sarebbe in grado di offrire delle opportunità. Aldilà dell'effettiva veridicità di questo luogo comune, ed al netto della sua indubbia valenza esorcizzante, appare infatti possibile prenderlo a prestito in queste pagine, almeno in parte.

Giova rilevare, infatti, come le sentenze della Corte di Giustizia relative alle modalità di vendita rappresentino, a tutt'oggi, un *corpus* giurisprudenziale che, in maniera forse un po' riduttiva, si potrebbe definire eterogeneo, atteso che le decisioni del giudice di Lussemburgo non hanno mancato di dare luogo a notevoli dubbi

---

<sup>(41)</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 4 giugno 2009, causa C-142/05, *Åklagaren contro Percy Mickelsson e Joakim Roos*, EU:C:2009:336. Su tale filone giurisprudenziale cfr., *ex multis*, DE SADELEER, *L'examen, au regard de l'article 28 CE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits*, *Journal du droit européen*, 2009, p. 247 ss.; SNELL, *The Notion of Market Access: a Concept or a Slogan?*, *Common Market Law Review*, 2010, p. 437 ss.; SPAVENTA, *Leaving Keck behind? The Free Movement of Goods after the Rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos*, *European Law Review*, 2009, p. 914 ss.

interpretativi <sup>(42)</sup>. Conseguentemente, se le misure adottate in costanza di pandemia dovessero finire dinanzi alla Corte, si potrebbe forse materializzare l'opportunità di sistematizzare una giurisprudenza che, allo stato attuale, non brilla in termini di chiarezza e coerenza complessiva. Facendo riferimento alla questione della *Brexit*, nel 2016, l'attuale Presidente della Corte di giustizia fu facile profeta nel preconizzare che il supremo giudice dell'Unione sarebbe probabilmente stato investito della questione, come in seguito è effettivamente avvenuto <sup>(43)</sup>. Analogamente, appare ragionevole sostenere che anche la pandemia da Covid-19, con tutte le sue numerose ed articolate implicazioni giuridiche, possa seguire un analogo percorso di avvicinamento al *Plateau de Kirchberg*, in tal modo offrendo alla Corte la possibilità di tramutare l'attuale crisi nell'opportunità di fare ordine nella sua giurisprudenza in tema di misure di effetto equivalente.

Quanto alle altre misure viste sopra, cioè a dire i divieti di esportazione di prodotti farmacologici, gli orientamenti generali della Corte di Giustizia appaiono invece consolidati. Anche in tal caso, tuttavia, l'eventuale investitura della Corte non sarebbe priva di utilità, in quanto potrebbe offrire alla stessa la possibilità di chiarire gli obblighi gravanti sugli Stati membri nell'attuale contesto, in cui la frenesia legislativa generata dall'evento pandemico non sempre è parsa corrispondere a concrete e specifiche esigenze di tutela degli interessi nazionali.

---

<sup>(42)</sup> Cfr., in particolare, i rilievi critici formulati dalla dottrina citata *supra*, alla nota 28 ed in parte alla nota 41.

<sup>(43)</sup> Ci si riferisce, in particolare, al noto caso *Wightman*. Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, EU:C:2018:999. Per le dichiarazioni del Presidente Lenaerts, cfr. MERRICK, *Brexit is likely to end up before EU's highest court, says Europe's top judge*, 21 novembre 2016, reperibile nel sito <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-latest-eu-court-of-justice-article-50-vote-theresa-may-legal-challenge-a7430171.html>.

## SOVEREIGN FINANCING DURING THE COVID-19 PANDEMIC: THE DEBT IMPLICATIONS OF ITALY'S SOCIO-ECONOMIC MEASURES FOR 2020 AND THE RESPONSE OF THE EUROPEAN UNION

Emma Luce Scali

SUMMARY: 1. The Covid-19 Pandemic: A Symmetric Shock with Asymmetric (Fiscal) Implications. – 2. The Socio-Economic Measures Adopted by Italy in Response to the Economic Consequences of the Pandemic: Legal Basis and Budgetary Implications. – 3. What Assistance from the EU to the Exceptional Financing Needs of the Member States? – 4. Concluding Remarks: Is There No Alternative to More Debt?

1. Contrary to the neoliberal dogma of minimal involvement of the State in the economy that seems to have dominated (at least the narrative of) responses to the most recent crises, the coronavirus disease 2019 (Covid-19) pandemic has prompted across the world massive intervention of public authorities for the management both of the health emergency and its economic ramifications <sup>(1)</sup>. Some are speculating about the possibility of a “paradigm shift” in this regard, since, from the beginning of the crisis, the need for resolute

---

<sup>(1)</sup> E.g. BIN, *Il ritorno dello Stato e l'importanza del Presidente, laCostituzione.info*, 28 March 2020, available on <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/28/il-ritorno-dello-stato-e-limportanza-del-presidente/>; CROSETTA, *Diritti sociali al tempo dell'emergenza coronavirus: una "prima analisi" in chiave antropologico-giuridica*, *BioDiritto*, 16 March 2020, available on <https://www.biodiritto.org/content/download/3772/45251/version/1/file/07+Crocetta.pdf>; DE BERNARDI, *Coronavirus: dietro l'economia di guerra si nasconde il controllo dello Stato*, *Progresso, Europa, Riforme*, Quaderno 8/2020, 3 May 2020, available on <https://perfondazione.eu/coronavirus-dietro-leconomia-di-guerra-si-nasconde-il-controllo-dello-stato/>; LUCHENA, *Il c.d. decreto liquidità è una minaccia per il liberismo? Brevi note sul "nuovo" golden power*, *dirittifondamentali.it*, 1 May 2020, available on <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/05/Luchena-II-c.d.-decreto-liquidita%CC%80-e%CC%80-una-minaccia-per-il-liberismo-Brevi-note-sul-%E2%80%9Cnuovo%E2%80%9D-golden-power.pdf> (De Bernardi and Luchena acknowledge but have reservations about this “return of the State”).

State intervention has not been questioned at any level <sup>(2)</sup>. On the contrary, the current emergency is certainly evidencing the difficulties of achieving authentic international or regional cooperation (see *infra* on the European Union), «a major and worrying contrast with the follow-up to the Global Financial Crisis», and testimony that recent attacks on multilateralism (including Trump's latest announcement that the US will terminate its relationship with the WHO) <sup>(3)</sup> «have had lasting damaging effects» <sup>(4)</sup>.

Within Europe, Italy has been the first and among the countries most hard-hit by the pandemic. According to available data, as of 11 June 2020, the country reported 34,114 deaths and 235,763 total confirmed cases (563 deaths per 1 million population), second only to the United Kingdom, which totalled 41,213 deaths and 291,588 confirmed cases (601 deaths per 1 million population) <sup>(5)</sup>. Therefore, after declaring on 31 January 2020 an exceptional 6-month nationwide state of emergency in anticipation of the health crisis <sup>(6)</sup> (necessary, as it has been noted, in particular «to give the central

---

<sup>(2)</sup> LANZAFAME, *Il lockdown, l'avvio della «fase due», e i problemi della «fase tre». La gestione dell'emergenza, sanitaria ed economica, da Covid-19 tra disuguaglianze ingiuste e disuguaglianze necessarie, dirittifondamenti.it*, 19 May 2020, available on <http://dirittifondamenti.it/2020/05/19/il-lockdown-lavvio-della-fase-due-e-i-problemi-della-fase-tre-la-gestione-dellemergenza-sanitaria-ed-economica-da-covid-19-tra-disuguaglianze-ingiuste-e/>.

<sup>(3)</sup> *Trump Cuts U.S. Ties with World Health Organization Amid Pandemic*, *Foreign Policy*, 29 May 2020, available on <https://foreignpolicy.com/2020/05/29/trump-pulls-out-of-who-coronavirus-pandemic-global-health-covid-china-beijing-influence-international-institutions-global-health/>; see also TALMON, *The United States under President Trump: Gravedigger of International Law*, *Chinese Journal of Int. Law*, 2019, vol. 18, p. 645 ff.

<sup>(4)</sup> E.g. STRAUSS-KAHN, *Can We Compare Covid-19 and 2008 Crises?*, *New Atlanticist*, 5 May 2020, available on <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/can-we-compare-the-covid-19-and-2008-crises/>.

<sup>(5)</sup> *Covid-19 Dashboard* by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU), available at <https://coronavirus.jhu.edu/>. Similar data are reported by the *WHO Coronavirus Disease (Covid-19) Dashboard*, available on <https://covid19.who.int/>.

<sup>(6)</sup> Decision of the Italian Council of Ministers 31 January 2020, “[d]ichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili” (*G.U. S.G.* 1 February 2020 No. 26).

government the possibility to intervene directly in the affairs of the sub-state administrations (regions, provinces, metropolitan cities and communes) ... bypass[ing] the principles of subsidiarity and division of competences applicable in normal times»<sup>(7)</sup>, the Italian Government, similarly to many other Governments around the world, adopted several urgent measures to meet three pressing needs: a) the containment and management of the epidemic<sup>(8)</sup>; b) the strengthening of the *National Health Service* (“Servizio Sanitario Nazionale, SSN”) put under strain by Covid-19’s relatively high reproduction rate (before social distancing measure were implemented) and high risks of complications<sup>(9)</sup>; and c) the mitigation of the socio-economic consequences of the pandemic, including through the provision of financial support to families, workers and businesses.

This last goal in particular has been pursued by the Government mainly through four law decrees (see *infra*, Section 2), whose adoption was made necessary by the dramatic impact that the spread of the pandemic and the necessary containment measures are having on the national and global economies. According to the most recent IMF’s estimates, global growth is projected at -3 percent in 2020<sup>(10)</sup>, «the worst recession since the Great Depression, ... far worse than the Global Financial Crisis», when the world economy recorded

---

<sup>(7)</sup> FOURNIER, *The Italian State of Emergency: Responses and consequences for fundamental freedoms*, *EUIdeas*, 25 March 2020, available on <https://euideas.eu.eu/2020/03/25/the-italian-state-of-emergency-responses-and-consequences-for-fundamental-freedoms/>.

<sup>(8)</sup> I.a. through restrictions on freedom of movement and social distancing measures, including the suspension of all public events, cultural, educational and religious services, and non-essential commercial and public sector activities. At the time of writing, the most up-to-date provisions in this regard are provided by Law Decree 25 March 2020 No. 19: “[m]isure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da Covid-19” (*G.U. S.G.* 25 March 2020 No. 79). For a comment, see i.a. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, *Federalismi.it*, 6 April 2020, available on <https://www.federalismi.it/>.

<sup>(9)</sup> Particularly through Law Decree 9 March 2020 No 14, “[d]isposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all’emergenza Covid-19” (*G.U. S.G.* 9 March 2020 No. 62] and Law Decree 17 March 2020 No. 18 (see, *infra*, footnote 24).

<sup>(10)</sup> IMF, *World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown*, IMF, April 2020, p. 5 (hereinafter, *IMF WEO 2020*)

what, in perspective, seems a “mere” -0.1 percent real GDP growth<sup>(11)</sup>. In advanced economies, growth is projected at -6.1 percent in 2020 (-7.5 percent in the Euro Area, compared to -1.0 percent in emerging market and developing economies), with great disparities among European Member States (Luxemburg faring best, -4.9 percent; Germany -7.0 percent; France -7.2 percent; Italy -9.1 percent; and Greece -10 percent)<sup>(12)</sup>. Moreover, although global growth is currently expected to rebound to 5.8 percent in 2021 (4.5 percent in advanced economies and 6.6 percent in emerging market and developing economies)<sup>(13)</sup>, «the level of [global] GDP at the end of 2021 ... is expected to remain below the pre-virus baseline»<sup>(14)</sup>, with a cumulative loss over 2020 and 2021 of «around 9 trillion dollars, greater than the economies of Japan and Germany, combined»<sup>(15)</sup>. The Covid-19 pandemic and its economic repercussions risk taking, thus, a dire toll on the socio-economic reality of many States, pushing unprecedented numbers of people and especially the more vulnerable below the poverty line<sup>(16)</sup>, and

---

<sup>(11)</sup> GOPINATH, *The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since the Great Depression*, *IMFBlog* (14 April 2020) available at <https://blogs.imf.org/2020/04/14/the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression/>.

<sup>(12)</sup> IMF, *WEO 2020*, p. 7. Data on Italy have been confirmed by the *Parliamentary Budget Office* (hereinafter, PBO), *Nota sulla congiuntura*, April 2020, p. 19.

<sup>(13)</sup> IMF, *WEO 2020*, p. 6. Financial and fiscal monitoring institutions are stressing, however, that these forecasts are characterised by a very high degree of uncertainty, as they depend «on factors that interact in ways that are hard to predict, including the pathway of the pandemic, the intensity and efficacy of containment efforts, the extent of supply disruptions, the repercussions of the dramatic tightening in global financial market conditions, shifts in spending patterns, behavioural changes (such as people avoiding shopping malls and public transportation), confidence effects, and volatile commodity prices», IMF, *WEO*, April 2020, 1, 4-6, 8 and 20. On the reliability of the economic forecasts for Italy in particular, see PBO, *Nota sulla congiuntura*, p. 19; Report to the Parliament on *Italy's 2020 Stability Programme* ([d]ocumento di economia e finanza 2020), “[a]udizione informale del Presidente dell’Ufficio parlamentare di bilancio nell’ambito dell’attività conoscitiva preliminare all’esame del [d]ocumento di economia e finanza 2020”, 29 April 2020, pp. 11-12.

<sup>(14)</sup> IMF, *WEO 2020*, p. 6.

<sup>(15)</sup> GOPINATH, *supra*, footnote 11.

<sup>(16)</sup> See e.g. *Italy's informal workers fall back on charity*, *The Economist*, 6 June 2020; UN Secretary General, *The Impact of Covid-19 on Women*, *Policy Brief*, 9 April 2020, available on <https://www.unwomen.org/>

increasing inequality within and across countries, including in Europe<sup>(17)</sup>. This can be particularly true for Italy, which, as I noted elsewhere<sup>(18)</sup>, has recorded since the global financial crisis a significant deterioration of all socio-economic indicators, and currently ranks in the lowest positions among EU countries for poverty, social exclusion and inequality (frequently associated, from this point of view, with upper-middle, rather than high-income economies in the EU)<sup>(19)</sup>.

The adoption of measures to address the public health emergency and to support those particularly exposed to its economic consequences, thus, is not only absolutely necessary, but actually mandatory, *inter alia* under international law. Not only is Italy (as other States) under an obligation to realise the human right to health, also through the prevention, treatment and control of epidemic diseases<sup>(20)</sup>. It is also under an obligation, more generally, to take

---

/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women-en.pdf?la=en&vs=1406.

<sup>(17)</sup> See e.g. *Covid-19 threatens Europe's success at fighting inequality*, *The Economist*, 6 June 2020.

<sup>(18)</sup> SCALI, *Sovereign Debt, "Austerity" and Socio-Economic Rights: Italy's 2019 Budget between EU Fiscal Rules and International Human Rights Law*, *Italian Yearbook of Int. Law*, 2018, vol. 28, p. 135 ff. at p. 149.

<sup>(19)</sup> According to the latest available Eurostat data, in 2018, 27.3 percent of the population in Italy (i.e. more than one in four persons, or approximately 16.5 million people out of a total population of around 60.5 million) was at risk of poverty or social exclusion (AROPE) (above the EU-28 average of 21.8 percent). In 2018, Italy ranked 23rd out of 28 EU countries for its share of AROPE, ahead only of Lithuania (28.3 percent), Latvia (28.4 percent), Greece (31.8 percent), Romania (32.5 percent) and Bulgaria (32.8 percent), Eurostat, *At risk of poverty visualised*, available on <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-20191017-1>; Eurostat, *Living conditions in Europe – 2018 edition*, available on <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/9079352/KS-DZ-18-001-EN-N.pdf/884f6fec-2450-430a-b68d-f12c3012f4d0>.

<sup>(20)</sup> See i.a. Article 12 of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR), 16 December 1966, and Article 11 of the *European Social Charter* (Revised), 3 May 1996, European Treaty Series - No. 163. See also European Committee of Social Rights, *Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic*, 21 April 2020, available on <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>. For a comprehensive discussion of the right to health under international law, see i.a. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011.

steps to achieve progressively the full realisation of *all* economic and social rights – including the rights to work, to social security, to an adequate standard of living and to education threatened by the very economic consequences of the pandemic – <sup>(21)</sup> and to ensure «the widest possible enjoyment of these rights» and «to protect the more vulnerable members of society ... at any time, even and especially in times of severe resources constraints» <sup>(22)</sup>.

Yet, these obligations collide with practical limitations. The certainly due socio-economic measures adopted by many Governments to mitigate the economic consequences of the pandemic, necessitate of extraordinary resources, which many countries are able, at present, to raise only through additional borrowing. For countries, such as Italy, that entered the crisis from an already vulnerable fiscal position, this means not only that their fulfilment of such obligations is essentially left to the “friendliness” of financial markets, but also that it can only be achieved by compromising (possibly long-term) the sustainability of their public finances. This now overly familiar dilemma represents a political and legal contradiction that has remained unresolved, also during the current emergency. The economic shock generated by the pandemic may be symmetric, not necessarily so the ability of States to respond adequately to it.

This Chapter will illustrate the main socio-economic measures so far adopted by Italy to counter the economic effects of the pandemic and their budgetary implications (Section 2), before introducing (Section 3) and offering a very provisional interpretation (Section 4) of the new key mechanisms put in place by the EU to assist the exceptional financing needs of its Members States. Since the pandemic and its effects are, unfortunately, still unfolding, any account and assessment of these measure can only be partial at this time.

---

<sup>(21)</sup> Articles 6, 9, 11 and 13 ICESCR. These and other economic and social rights are similarly protected by the European Social Charter.

<sup>(22)</sup> Committee on Economic Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 14 December 1990, UN Doc. E/1991/23, paragraphs 11-12; *An evaluation of the obligation to take steps to the “maximum of available resources” under an optional protocol to the Covenant*, 21 September 2007, UN Doc. E/C.12/2007/1, para. 4.

2. As mentioned above, the measures adopted by Italy in response to the economic consequences of the emergency have been laid out in Law Decree No. 9/2020 (limited to the communes in Lombardy and Veneto that have been most affected by the epidemic) <sup>(23)</sup> and later extended to the entire national territory and to additional categories of recipients with Law Decrees No. 18/2020 (so-called “Cura Italia”), No. 23/2020 (so-called “Liquidità”) and No. 34/2020 (so called “Rilancio”) <sup>(24)</sup>. Several of these measures are aimed at strengthening the SSN, and at providing economic and financial support to businesses especially in the sectors that, in Italy, have been most affected by the containment measures (e.g. tourism and culture) <sup>(25)</sup>. The decrees also provide economic support to

---

<sup>(23)</sup> Law Decree 2 March 2020 No. 9, “[m]isure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19” (*G.U. S.G.* 2 March 2020 No. 53).

<sup>(24)</sup> Law Decree 17 March 2020 No. 18, “[m]isure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19” (*G.U. S.G.* 17 March 2020 No. 70); Law Decree 8 April 2020 No. 23, “[m]isure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali” (*G.U. S.G.* 8 April 2020 No. 94); Law Decree 19 May 2020 No. 34, “[m]isure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19” (*G.U. S.G.* 19 May 2020 No. 128, *S.O.* No. 21).

<sup>(25)</sup> For a detailed overview of these measures and their budgetary implications, see Italy’s *2020 Stability Programme (documento di economia e finanza 2020)*, 24 April 2020, Doc. LVII n. 3, available on [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020-european-semester-stability-programme-italy\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020-european-semester-stability-programme-italy_it.pdf); PBO, Reports to the Parliament on the “Cura Italia” decree, “[m]emoria del Presidente dell’Ufficio parlamentare di bilancio sul DDL AS 1766 di conversione del DL 17 marzo 2020, n. 18 recante “misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19”, 26 March 2020; on the “[l]iquidità” decree, “[m]emoria del Presidente dell’Ufficio parlamentare di bilancio sul DDL AC 2461 di conversione del DL 8 aprile 2020, n. 23 recante “misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”, 30 April 2020; and on the “[r]ilancio” decree, “[a]udizione informale del Presidente dell’Ufficio Parlamentare di Bilancio sul DDL di conversione del DL 19 maggio 2020, n. 34 recante “misure urgenti in materia di salute, sostegno

workers and families (more than €8 billion in “Cura Italia” and €25 billion in “[r]ilancio”), through an extensive set of measures which cannot be recalled in full here, but which include: 1) the suspension of payments i.a. for taxes, utility bills, social contributions and mortgage instalments; 2) the prohibition of individual dismissals and collective redundancies; 3) an extraordinary extension of existing wage supplementation schemes (“[c]assa integrazione guadagni”) and the relaxation of eligibility criteria; 4) the provision of one-off indemnities for specific categories of workers (e.g. the self-employed, workers in tourism, agriculture or entertainment, and domestic and seasonal workers); 5) the extension of parental leave or, alternatively, access to “vouchers” for babysitting services; 7) the strengthening of the “[s]olidarity fund for first home loans” (“[f]ondo di solidarietà per i mutui acquisto prima casa”); and 6) the creation with the “Rilancio” Decree of an “Emergency Wage” (REM) for households in financial difficulties <sup>(26)</sup>.

While the measures provided by Law Decree No. 9/2020 (adopted when the authorities were still unaware of the actual scale of the emergency) have been financed essentially through the reallocation of existing resources (Article 36 Law Decree 9/2020), the “Cura Italia” and “Rilancio” decrees require additional funds for approximately €170 billion in 2020 and €25 billion in 2021, thus compelling the State to issue €75 billion circa (or 4.5 percent of

---

al lavoro e all’economica, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19”, 27 May 2020.

<sup>(26)</sup> *Ibid.*, p. 34. In addition, on 28 March 2020, the President of the Council of Ministers authorised the advance disbursement of €4.3 billion under the “Communal Solidarity Fund” (“[f]ondo di solidarietà comunale”) to provide local authorities with additional liquidity, also to ensure the continued delivery of public services; and, on 29 March 2020, the Head of the Civil Protection Department has transferred additional €0.4 billion to local authorities (communes) for the implementation of “food solidarity” initiatives through the provision of food stamps, food and other essential goods, see Decree of the President of the Italian Council of Ministers 28 March 2020: “[c]riteri di formazione e di riparto del Fondo di solidarietà comunale 2020” (*G.U. S.G.* 29 March 2020 No. 83); Order of the Head of the Civil Protection Department (Ocdpc) 29 March 2020 No. 658: “[u]lteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all’emergenza relativa al rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili” (*G.U.* 30 March 2020 No. 83). See also Italy’s *2020 Stability Programme*, *supra*, footnote 25, p. 137.

Italy's GDP) of “new debt” in 2020 (and €25 billion in 2021) <sup>(27)</sup>. The need for additional borrowing entailed a marked revision of Italy's 2020 fiscal targets, requiring 1) a clear deviation from EU fiscal rules, particularly the country-specific medium-term budgetary objective (MTO) <sup>(28)</sup>, and 2) the activation of the special procedure foreseen by Article 81 of the Italian Constitution <sup>(29)</sup> and implementing Law 243/2012 <sup>(30)</sup>.

With regard to EU fiscal rules, on 20 March 2020, the European Commission (EC) acknowledged that «as the [Covid-19] crisis is an event that is outside the control of governments ... the unusual event provision [see *infra*] of the Pact applies[,] ... impl[ying] that the budgetary impact of the above-mentioned measures will be excluded when the Commission assesses compliance with the Stability and Growth Pact» <sup>(31)</sup>. More importantly, the EC announced that «given the expected severe economic downturn resulting from the Covid-19 outbreak», the current conditions permit to activate, for the first time since its inception in 2011, the “general escape clause” set out in Articles 5(1), 6(3), 9(1) and 10(3) of Regulation (EC) 1466/97 and Articles 3(5) and 5(2) of Regulation (EC) 1467/97 <sup>(32)</sup>, which states that «in periods of severe economic downturn for the euro area or the Union as a whole, Member States may be allowed temporarily to depart from the adjustment path towards the medium-term budgetary

---

<sup>(27)</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>(28)</sup> The MTO is a country-specific numerical value identifying the country's medium-term objective for its structural balance (i.e. not taking into account the effects of the economic cycle and one-off measures). It can vary, depending on the assumed trend growth and debt level, between a surplus of 1 percent and a deficit of 1 percent of GDP. Italy's MTO has been set at 0.0 percent of GDP in 2005.

<sup>(29)</sup> On the recourse to Article 81 and the need to deviate from the MTO under the current emergency, see i.a. BUZZACCHI, *Scostamento di bilancio da coronavirus, lacostituzione.info*, 13 March 2020, available on <https://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/13/scostamento-di-bilancio-da-coronavirus/>; BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, *Federalism.it*, 13 March 2020.

<sup>(30)</sup> Law 24 December 2012, No. 243, “[d]isposizioni per l’attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell’art. 81, sesto comma, della Costituzione” (*G.U. S.G.* 15 January 2013 No. 12).

<sup>(31)</sup> *Communication from the Commission to the Council on the activation of the general escape clause of the Stability and Growth Pact*, 20 March 2020, COM (2020) 123 final, p. 1.

<sup>(32)</sup> *Ibid.*

objective, provided that this does not endanger fiscal sustainability in the medium term»<sup>(33)</sup>. According to the EC, activation of the clause «allows Member States to undertake budgetary measures to deal adequately with [the] situation, “within” the preventive and corrective procedures of the Stability and Growth Pact»<sup>(34)</sup>. As the Chairman of the Italian PBO has observed, this announcement has *de facto* implemented a temporary suspension of the preventive arm of the Stability and Growth Pact<sup>(35)</sup>.

Article 81 of the Italian Constitution – which has been amended in 2012<sup>(36)</sup>, in the aftermath of the 2009 Eurozone debt crisis, to introduce *inter alia* the balanced budget principle in the Constitution – now provides that recourse to borrowing can only be made «for the purposes of taking account of the effects of an economic cycle or, subject to authorisation by Parliament passed by an absolute majority vote of members, in “exceptional circumstances”»<sup>(37)</sup>. Implementing Law 243/2012 defines, «in accordance with EU law»<sup>(38)</sup>, «exceptional events» as referring to «a) periods of severe economic recession in the euro area or in the entire European Union; or b) extraordinary events beyond the control of the State, including serious financial crises and natural catastrophes that have a major

---

<sup>(33)</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>(34)</sup> *Ibid.* (emphasis added).

<sup>(35)</sup> PBO, Report of the Chairman of the PBO to the Parliament, “[m]emoria del Presidente dell’Ufficio parlamentare di bilancio ai fini dell’attività conoscitiva preliminare all’esame della Relazione al Parlamento predisposta ai sensi dell’art. 6, c. 5 della L. 243/2012”, 5 March 2020, p. 15.

<sup>(36)</sup> Constitutional Law 20 April 2012 No. 1, “[i]ntroduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale” (*G.U.* 23 April 2012 No. 95).

<sup>(37)</sup> Article 81(2) Italian Constitution, emphasis added.

<sup>(38)</sup> Article 5(1) of Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies (*O.J.* L 306/12 23 November 2011): «[i]n the case of an unusual event outside the control of the Member State concerned which has a major impact on the financial position of the general government or in periods of severe economic downturn for the euro area or the Union as a whole, Member States may be allowed temporarily to depart from the adjustment path towards the medium-term budgetary objective referred to in the third subparagraph, provided that this does not endanger fiscal sustainability in the medium term».

impact on the general financial position of the country»<sup>(39)</sup>. When one such exceptional event occurs, Law 243/2012 requires «the Government ... [to] submit a report to the Houses of Parliament, containing ... a specific authorisation request specifying the expected magnitude and duration of the deviation from the original [budget] target, indicating the purposes for which the resources available as a consequence of the deviation will be allocated and setting out its plan for realigning the public accounts with the budget targets»<sup>(40)</sup>. The Government's request must be authorised by the Parliament with an absolute majority vote of its members.

To this end, the Italian Government submitted to the Parliament, in March and April 2020, two authorisation “reports” in relation to the borrowing needs raised by the “Cura Italia” and “Rilancio” decrees<sup>(41)</sup>, which the Parliament promptly approved, being there no doubts that the Covid-19 pandemic qualifies as an “exceptional event” under Article 81 of the Italian Constitution, justifying thus a deviation from established fiscal targets<sup>(42)</sup>. Therefore, as it has been correctly argued, notwithstanding its exceptional character, Italy's additional borrowing is taking place “within” the existing fiscal regime<sup>(43)</sup>. This has only been temporarily relaxed to create some necessary fiscal space.

It seems worth mentioning, as well, that in the present case, the socio-economic measures adopted by the Italian Government (and in a similar form by other European governments) resonate with the “guiding principles” that have been put forward in recent years by

---

<sup>(39)</sup> Article 6(2) Law 243/2012.

<sup>(40)</sup> Article 6(3) Law 243/2012.

<sup>(41)</sup> *Relazione al Parlamento predisposta ai sensi dell'articolo 6, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243*, submitted by the President of the Italian Council of Ministers (Giuseppe Conte) on 5 March 2020 (with an addendum of 11 March 2020), Doc. LVII-bis No. 1; *Relazione ai sensi dell'articolo 6, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243*, annexed to Italy's 2020 Stability Programme (*Documento di Economia e Finanza 2020*), 24 April 2020, Doc. LVII No. 3 Annesso.

<sup>(42)</sup> See also PBO, Report of 5 March 2020, *supra*, footnote 35, p. 15. Although the current emergency clearly represents an unprecedented event, it must be mentioned, however, that since 2014 (i.e. when the new constitutional rules started applying) the Italian government has always requested authorisation under Article 81(2) of the Constitution (which the Parliament has regularly approved), thus repeatedly postponing the achievement of its MTO, *ibid.*, p. 14.

<sup>(43)</sup> BUZZACCHI, *supra*, footnote 29.

the UNCTAD and key international human rights monitoring bodies to ensure compliance of the budgetary (including debt-related) practice of States with their human rights obligations <sup>(44)</sup>. This adherence is, however, purely fortuitous (the guiding principles not being legally binding, nor even remotely mentioned within the documents of the Government) and probably due to the consonance, in practice, between the economic policy adopted by most governments to counter the effects of the Covid-19 pandemic and the underlying “Keynesian-oriented approach” of the principles <sup>(45)</sup>.

As a consequence of the additional borrowing, Italy’s deficit is expected to rise from 1.6 percent of GDP in 2019 to 10.4 percent of GDP in 2020, i.e. nowhere close to the 3-percent-of-GDP reference value of the Treaty on the Functioning of the European Union (Article 126), an excess that the European Commission has considered «exceptional but not temporary» <sup>(46)</sup>. Italy’s debt too is expected to rise from 134.8 percent of GDP at the end of 2019 to 158.9 percent in 2020. The Commission, however, has importantly affirmed that «notwithstanding risks, Italy’s debt position remains sustainable over the medium-term, which takes account of important mitigating factors like the profile of government debt and the external position» <sup>(47)</sup>.

3. Considering the outstanding financial efforts required to counter the effects of what, it seems worth repeating, is an exogenous symmetric shock, there has been intense discussion over

---

<sup>(44)</sup> See, in particular, UNCTAD, *Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing*, 10 January 2012; Report of the Independent Expert on “the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights”, Cephias Lumina: Guiding principles on foreign debt and human rights, UN Doc. A/HRC/20/23 (2011); Human Rights Council, *Guiding Principles on Human Rights Impacts Assessments of Economic Reforms*, Report of the Independent Expert on “the effects of foreign debt and other related international financial obligations of State on the full enjoyment of human rights, particularly economic, social and cultural rights”, UN Doc. A/HRC/40/57 (2018). For a more detailed discussion of these principles, see SCALI, *supra*, footnote 18.

<sup>(45)</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>(46)</sup> European Commission, *Italy: Report prepared in accordance with Article 126(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, Brussels, 20 May 2020, COM (2020) 535 final, p. 8.

<sup>(47)</sup> *Ibid.*, p. 6.

whether the EU or the international community more at large have a “duty” to assist or cooperate with a (Member) State in difficulties<sup>(48)</sup>. Under international law, in particular, the existence of a duty of international assistance and cooperation is still very uncertain, even more so where “economic” or “financial” assistance is involved. Such duty has been promoted, in particular, by the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), which has emphasised that «in accordance with Articles 55 and 56 of the Charter of the United Nations, with well-established principles of international law, and with the provisions of the Covenant [on Economic, Social and Cultural Rights] [i.e. particularly Article 2.1], international cooperation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights is an obligation of all States ... [that] is particularly incumbent upon those [among them] which are in a position to assist others in this regard»<sup>(49)</sup>. However, as it has been correctly argued, State practice appears to contradict this statement, nor the responses so far adopted by States and international organisations to the economic crisis triggered by the Covid-19 pandemic can lead to opposite conclusions<sup>(50)</sup>.

In practice, however, the European Union has put in place a number of additional measures and new instruments to assist the Member States in their efforts to counter the economic consequences of the pandemic<sup>(51)</sup>, some of which attempt to address the

---

<sup>(48)</sup> For an analysis of the “solidarity clause” under Article 222 TFEU, see e.g. DE MIGUEL, ATIENZA-MACÍAS, *What Can We Expect from the EU Legal Framework in a Pandemic Outbreak?*, *BioDiritto*, 14 March 2020, available on [https://www.biodiritto.org/content/download/3769/45245/version/1/file/04+de+Miguel\\_Atienza.pdf](https://www.biodiritto.org/content/download/3769/45245/version/1/file/04+de+Miguel_Atienza.pdf).

<sup>(49)</sup> CESCR, *General Comment No. 3*, *supra*, footnote 22, para 14; *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/CN.4/1987/17, 6 January 1987, paragraphs 29-34.

<sup>(50)</sup> For a consideration of this issue in relation to international disaster law and the current pandemic, see BARTOLINI, *Alcune questioni dell'emergenza Covid-19 in Italia in un'ottica di International Disaster Law (Parte I)*, *SIDIBlog*, 22 May 2020, available at <http://www.sidiblog.org/2020/05/22/alcune-questioni-dellemergenza-covid-19-in-italia-in-unottica-di-international-disaster-law-parte-i/>.

<sup>(51)</sup> For a concise overview of the various measures so far implemented by the EU (including various initiatives to mobilise existing EU budget resources and a new temporary framework on State aid rules), see i.a. Italy's *2020 Stability*

extraordinary financing needs of the Member States on a larger scale.

Firstly, the launch by the European Central Bank of a new “Pandemic Emergency Purchase Programme” (PEPP) for private and public sector securities (including, exceptionally, securities issued by the Greek government) which will operate – until at least the end of June 2021, or «[i]n any case, ... until [the Governing Council of the ECB] judges that the coronavirus crisis phase is over» – with an envelope that, on 4 June 2020, was increased from initial €750 billion to a total of €1,350 billion<sup>(52)</sup>.

Secondly, the establishment by the “European Stability Mechanism” (ESM) of the “Pandemic Crisis Support”, i.e. a new line of credit (based on its “Enhanced Conditions Credit Line”, ECCL) available until 31 December 2022 to all euro area Member States for amounts of 2 percent of the respective Member’s GDP at the end of 2019. After intense negotiations and divergent opinions especially between Northern and Southern EU Member States<sup>(53)</sup>, it was agreed that, differently from the ECCL and ESM practice more generally, financial support under the “Pandemic Crisis Support” scheme will not be subject to conditionality: the only eligibility requirement to access this line of credit is that «euro area Member States requesting support commit to use it to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and

---

*Programme*, pp. 25-26; PBO, Report to the Parliament on *Italy’s 2020 Stability Programme*, *supra*, footnote 25, pp. 32-47.

<sup>(52)</sup> ECB, *Monetary Policy Decisions*, 4 June 2020, available at <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.mp200604~a307d3429c.en.html>; ECB, *Meeting of 18 March 2020*, available on [https://www.ecb.europa.eu/press/accounts/2020/html/ecb.mg200409\\_1~baf4b2ad06.en.html](https://www.ecb.europa.eu/press/accounts/2020/html/ecb.mg200409_1~baf4b2ad06.en.html). For details on the contents, objectives and legal basis of the PEPP, see i.a. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell’azione monetaria UE*, *I Post di AISDUE*, 15 April 2020, available on <https://www.aisdue.eu/celeste-pesce-pandemic-emergency-purchase-programme-pepp-contenuti-finalita-e-basi-giuridiche-dellazione-monetaria-ue/>.

<sup>(53)</sup> See e.g. CABAZZI, *L’Unione Europea al tempo del coronavirus: solidarietà cercasi*, *lacostituzione.info*, 30 March 2020, available on <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/30/lunione-europea-al-tempo-del-coronavirus-solidarieta-cercasi/>.

prevention related costs due to the Covid-19 crisis»<sup>(54)</sup>. The Eurogroup has clarified that «[a]fterwards, euro area Member States would remain committed to strengthen economic and financial fundamentals, consistent with the EU economic and fiscal coordination and surveillance frameworks, including any flexibility applied by the competent EU institutions»<sup>(55)</sup>. In a letter to the Eurogroup, the EC has further explained that, given the «one-off» and «temporary nature»<sup>(56)</sup> of the Pandemic Crisis Support, differently from other credit normally provided by the ESM, it will entail only a «streamlined reporting and monitoring framework», which will be conducted by the Commission and will focus only «on the use of funds to cover direct and indirect healthcare costs» (para. 1). Furthermore, the EC has clarified that the Commission «will not conduct ad hoc on-site missions in addition to the standard ones that take place regularly within the framework of the European Semester» (para. 3), and that Article 7 of Regulation (EU) No. 472/2013, compelling a Member State requesting financial assistance from the MES to commit to a macroeconomic adjustment programme<sup>(57)</sup>, «does not apply» (para. 5)<sup>(58)</sup>. This announcement seems to dispel at least the risk, mentioned by some, that the “conditions” required by the EU institutions under the Pandemic Crisis Support could be unilaterally amended by the latter under

---

<sup>(54)</sup> Eurogroup, *Eurogroup Statement on the Pandemic Crisis Support*, 8 May 2020, available on <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/05/08/eurogroup-statement-on-the-pandemic-crisis-support/>. The Pandemic Crisis Support was made operational by the ESM Board of Governors on 15 May 2020.

<sup>(55)</sup> *Ibid.*

<sup>(56)</sup> Letter of 7 May 2020 by Valdis Dombrovskis (Executive Vice-President of the European Commission) and Paolo Gentiloni (European Commissioner for the Economy) to Mário Centeno (President of the Eurogroup and Chairperson of the ESM Board of Governors), available on <https://www.consilium.europa.eu/media/43823/letter-to-peg.pdf>, at p. 2.

<sup>(57)</sup> Regulation (EU) No 472/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on the strengthening of economic and budgetary surveillance of Member States in the euro area experiencing or threatened with serious difficulties with respect to their financial stability (*O.J. L 140/1 27 May 2013*).

<sup>(58)</sup> Letter of 7 May 2020 from the EC to the Eurogroup, *supra*, footnote 56.

Article 7(5) of Regulation (EU) No. 472/2013 <sup>(59)</sup>. Nonetheless, it has been noted that the loans under this new line of credit have a maximum average maturity of 10 years, during which the material conditions and political consensus underlining this initial repudiation of conditionality might change.

Thirdly, the establishment, on the basis of Article 122 TFEU, of a “European Instrument for Temporary Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency” (SURE) with Council Regulation (EU) 2020/672 of 19 May 2020 <sup>(60)</sup>, «to provide the affected Member States with sufficient financial means under favourable terms to enable them to deal with the impact of the Covid-19 outbreak on their labour market» (para. 8). Although this instrument is more extensively discussed elsewhere in this book, it seems worth recalling its essential details. A Member State may request financial assistance under SURE «where its actual and possibly also planned public expenditure has suddenly and severely increased as of 1 February 2020 due to national measures directly related to short-time work schemes and similar measures to address the socio-economic effects of the exceptional occurrence caused by the Covid-19 outbreak», and «shall use financial assistance primarily in support of their national short-time work schemes or similar measures, and, where applicable, in support of relevant health-related measures» (Article 3). Financial assistance under the instrument – which shall not exceed €100 billion for all Member States (Article 5), no more than 60 percent of which can go to the three Member States representing the largest share of the loans (Article 9) – will be available until 31 December 2022 (Article 12)

---

<sup>(59)</sup> DANI, MENÉNDEZ, *Le conclusioni dell'Eurogruppo: anatomia di una capitolazione*, *lacostituzione.info*, 11 April 2020; *Le ragioni di un rotondo NO al MES*, *lacostituzione.info*, 3 April 2020.

<sup>(60)</sup> Council Regulation (EU) 2020/672 of 19 May 2020 on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the Covid-19 outbreak, ST/7917/2020/INIT (*O.J.* L 159 20 May 2020), pp. 1-7. See i.a. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia Covid-19 ('SURE'): Un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, *SIDIBlog*, 5 April 2020, available on <http://www.sidiblog.org/2020/04/05/la-proposta-della-commissione-di-uno-strumento-contro-la-disoccupazione-generata-dalla-pandemia-covid-19-sure-un-passo-nella-giusta-direzione-ma-che-da-solo-non-basta/>.

and will «take the form of a loan granted by the Union to the Member State concerned», also in this case without any conditionality <sup>(61)</sup>. To that end, «the Commission shall be empowered to borrow on the capital markets or with financial institutions on behalf of the Union at the most appropriate time so as to optimise the cost of funding and preserve its reputation as the Union’s issuer in the markets» (Article 4). Member States «may contribute to the instrument by counter-guaranteeing the risk borne by the Union ... in the form of irrevocable, unconditional and on-demand guarantees ... pro rata to the relative share of each Member State in the gross national income of the Union ...» (Article 11) (Italy – whose share in the GNI of the Union amounts to 12.7 percent – should provide guarantees for approximately €3.18 billion, assuming that the full capacity of the instrument, i.e. €100 billion, will be implemented) <sup>(62)</sup>. However, SURE will «only become available after all Member States have contributed to the Instrument in accordance with Article 11 for an amount representing at least 25 per cent of the maximum amount referred to in Article 5» (Article 12).

Finally, on 27 May 2020, the EC has proposed the creation of a new recovery instrument, “Next Generation EU”, through which the Union will raise €750 billion on the financial markets (by temporarily lifting the own resources ceiling to 2 percent of EU Gross National Income), and channel support to all Member States (particularly «the most affected and where resilience needs are the greatest») in the form of *grants* (€500 billion) and loans on favourable terms (€250 billion) <sup>(63)</sup>. Of course, the possibility that, with this new instrument, financial support to Member States is provided also through non-refundable grants rather than through loans only, would represent a novelty and could pave the way to some form of (much needed) institutionalised redistribution of resources within the Union.

4. In conclusion, with the exception of (part of) this “Recovery Fund” (the contours of which, however, have not been clearly

---

<sup>(61)</sup> *Ibid.*

<sup>(62)</sup> PBO, Report to the Parliament of 29 April 2020, p. 39.

<sup>(63)</sup> European Commission, *Europe’s moment: Repair and prepare for the next generation*, Press Release, 27 May 2020, available on [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_940](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_940).

defined yet), all the instruments put forward so far at the EU level rest on some sort of debt logic. Financial assistance may be provided in a form that does not add up directly to the existing debt of the Member States that require it (although ESM and SURE credit will most probably enjoy priority status over the latter), and it temporarily provides much-needed “breathing space”. Yet, it still creates an obligation to repay that inevitably weighs on those countries’ future budgets<sup>(64)</sup>. As it has been noted, furthermore, both these mechanisms and the relaxed EU fiscal regime are of a temporary nature. At the end of the emergency period, the situation will revert to normality and, at that point, Italy and other countries may find themselves in a seriously aggravated fiscal position, and the EU exposed to the risks that renewed tensions on financial markets might trigger a new sovereign debt crisis for the Eurozone. Some are already worrying that the inevitable course of action could be a new round of austerity<sup>(65)</sup>, although the Italian Government, at present, is issuing reassurances against this prospect<sup>(66)</sup>. Others argue that the only way forward will be «a massive restructuring of public and private debts»<sup>(67)</sup>.

Even in a world afflicted by a pandemic, there seems to be no alternative to more debt. Sovereign financing remains, also in the EU, anchored to the pretence that, in a fully globalised economy, wealth is rather “individually” achieved by the States, and any existing form of international economic solidarity rests essentially on the benevolence of the wealthier. Perhaps the EU Recovery Fund, should it ever become reality, can inaugurate a different path, at least

---

<sup>(64)</sup> For an extremely interesting discussion of this aspect by the chairpersons of the independent fiscal monitoring institutions of Italy, Spain and the Netherlands, see the webinar *Spending now, spending big: fiscal policy responses to the Coronavirus crisis* organised by CEPS Think Thank, 8 April 2020, available at <https://www.youtube.com/watch?v=vzh7nwX28G0>. See also MONACELLI, *MES o coronabond sempre debito è, lavoce.info*, 15 April 2020, available at <https://www.lavoce.info/archives/65629/mes-o-coronabond-sempre-debito-e/>.

<sup>(65)</sup> SHOKAR, *Will Covid-19 usher on another decade of austerity within the United Kingdom? What does this mean for the protection of economic, social and cultural rights (ESCR)?*, *EJIL:Talk!*, 13 May 2020.

<sup>(66)</sup> See Italy’s *2020 Stability Programme*, *supra*, footnote 25, p. 35.

<sup>(67)</sup> VAROUFAKIS, *The Past, Present & Post-Pandemic Future of Debt*, 10 June 2020, available on <https://www.yanisvaroufakis.eu/2020/06/10/the-past-present-post-pandemic-future-of-debt-el-pais/>.

of thinking, towards new and fairer modes of financing the Welfare State.



**LA COMMON RESPONSE INVESTMENT INITIATIVE:  
POLITICA DI COESIONE DELL'UNIONE EUROPEA E  
TUTELA DEL LAVORO NELL'EMERGENZA COVID-19**

Alessandro Perfetti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Obiettivi e strumenti della politica di coesione a supporto della tutela del lavoro in tempi “ordinari”. – 3. La *Common Response Investment Initiative* varata dalla Commissione Europea e gli strumenti della politica di coesione in tempi di Covid-19. – 4. Considerazioni conclusive.

1. L'attuale emergenza sanitaria legata alle esigenze di contenimento della pandemia da SARS-CoV-2 genera criticità nella gestione della quasi totalità delle politiche dell'Unione europea. Non si sottrae a tale processo negativo neppure la politica di coesione <sup>(1)</sup> la quale, com'è noto, è finalizzata a ridurre i divari di sviluppo socioeconomico tra le diverse regioni europee <sup>(2)</sup>, promuovendo una crescita armoniosa dell'Unione <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La politica di coesione è disciplinata dall'art. 174 del TFUE. Esso stabilisce che «[p]er promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione, l'Unione Europea rafforza la sua coesione economica, sociale e territoriale. In particolare l'Unione mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle sue varie regioni. Tra le regioni interessate, un'attenzione speciale è rivolta alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica nonché le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna».

<sup>(2)</sup> La nozione di regione rilevante ai fini della c.d. «zonizzazione» si riferisce a un'unità di classificazione ricostruita su base statistica corrispondente alla «nomenclatura delle unità territoriali per la statistica» (NUTS) di livello 2. Tale nomenclatura è stata elaborata dall'Ufficio statistico dell'UE (Eurostat) al fine di adottare uno standard statistico comune in tutta l'Unione. I livelli NUTS rappresentano aree geografiche omogenee al proprio interno rispetto a certi parametri di natura socio-economica, utilizzate per raccogliere dati armonizzati nell'UE. Dal 1988 sono utilizzati come unità di riferimento per l'allocazione dei fondi della politica di coesione.

<sup>(3)</sup> Per un esame delle caratteristiche generali di tale politica, si vedano, per tutti, VIESTI, PROTA, *Le nuove politiche regionali dell'Unione Europea*, Bologna, 2007.

È evidente come tale politica risenta in modo particolare delle caratteristiche intrinseche dell'emergenza e delle modalità di risposta alla crisi da parte dei differenti Stati membri. Invero, la capacità di reazione e la qualità di tali risposte sono influenzate dalle condizioni preesistenti di benessere sociale ed economico. D'altro canto, l'emergenza aggrava i divari esistenti tra le regioni e contribuisce a generarne di nuovi. Infine, lo scarso – o quantomeno inadeguato – livello di cooperazione tra gli Stati membri nella gestione della crisi rappresenta un ulteriore fattore problematico in grado di compromettere la resilienza dei diversi territori.

Il funzionamento della politica di coesione risponde a un processo che vede al vertice “Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” <sup>(4)</sup>. La dimensione inclusiva della crescita prefigura «un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale» <sup>(5)</sup>.

I dati relativi alla precarizzazione del lavoro per effetto della crisi indotta dal Covid-19 sono parecchio allarmanti e il rischio di un mancato raggiungimento degli obiettivi associati alla crescita inclusiva è concreto e attuale. A fronte di tale constatazione, l'Unione europea è chiamata a ripensare le regole e i meccanismi della politica di coesione <sup>(6)</sup>, nell'ottica di istituire deroghe funzionali e strumenti complementari.

---

<sup>(4)</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2020 def., del 3 marzo 2010.

<sup>(5)</sup> Sul punto, la Strategia intende rafforzare la partecipazione delle persone mediante livelli di occupazione elevati, investire nelle competenze, combattere la povertà e modernizzare i mercati del lavoro, i metodi di formazione e i sistemi di protezione sociale per aiutare i cittadini a prepararsi ai cambiamenti e a gestirli e costruire una società coesa. L'obiettivo generale cui essa tende è garantire a tutti accesso al lavoro e opportunità occupazionali durante l'intera esistenza. La Strategia richiama, dunque, le istituzioni europee e gli Stati membri a un'azione congiunta sui fronti dell'incremento dei livelli di occupazione, il miglioramento delle competenze e la lotta all'esclusione sociale. Le misure adottate nell'ambito di questa priorità consisteranno nel «modernizzare e potenziare le nostre politiche in materia di occupazione, istruzione e formazione e i nostri sistemi di protezione sociale aumentando la partecipazione al mercato del lavoro e riducendo la disoccupazione strutturale, nonché rafforzando la responsabilità sociale delle imprese» (*ivi*, p. 20).

<sup>(6)</sup> L'adozione delle suddette regole potrebbe basarsi sull'art. 175, comma 3 del TFUE, in virtù del quale l'Unione può adottare «azioni specifiche che si

Su tali strumenti si focalizzeranno le riflessioni che seguono.

2. La specifica attenzione che la politica di coesione riserva alla tutela del lavoro e promozione dell'occupazione si fonda sulla consapevolezza di una spiccata complementarità tra tali aspetti e lo sviluppo regionale. Negli ultimi tre decenni le istituzioni dell'Unione europea hanno rafforzato il convincimento che la valorizzazione del capitale umano rappresenti una leva fondamentale dello sviluppo regionale, in quanto è in grado di rendere un territorio maggiormente attrattivo per gli investimenti, contribuire all'inclusione sociale e favorire il miglioramento dei servizi essenziali delle comunità locali <sup>(7)</sup>. Ed è proprio nella prospettiva di massimizzare gli effetti positivi derivanti dall'interconnessione tra tutela e promozione del lavoro e sviluppo socio-economico che la politica di coesione mette in campo una serie di strumenti tesi a supportare le istituzioni europee e gli Stati membri nel perseguimento degli obiettivi della crescita fondati sul capitale umano <sup>(8)</sup>.

---

rivelassero necessarie». Al riguardo, BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da Covid-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea?*, 9 aprile 2020, [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), sottolinea che tale disposizione «non precisa, né definisce le forme di *azioni specifiche* che l'Unione può assumere, deferendo così al legislatore un certo margine di valutazione di ordine politico, economico e sociale.»

<sup>(7)</sup> Il rapporto virtuoso tra miglioramento del capitale umano, coesione, e sviluppo è stato messo in luce già nella Comunicazione della Commissione, *Politica di coesione a sostegno della crescita e dell'occupazione - Linee guida della strategia comunitaria per il periodo 2007-2013*, COM (2005) 299 def., del 5 luglio 2005. In particolare, la Linea Guida “[n]uovi e migliori posti di lavoro” evidenzia tre priorità in tale ambito: «far sì che un maggior numero di persone arrivi e rimanga sul mercato del lavoro e modernizzare i sistemi di protezione sociale; migliorare l'adattabilità dei lavoratori e delle imprese e rendere più flessibile il mercato del lavoro; aumentare gli investimenti nel capitale umano migliorando l'istruzione e le competenze» (*ivi*, p. 24 ss.).

<sup>(8)</sup> Gli strumenti in questione contribuiscono al raggiungimento dei target specifici fissati dalla Strategia “Europa 2020”: 1) il tasso di occupazione delle persone di età compresa tra 20 e 64 anni dovrebbe passare dall'attuale 69% ad almeno il 75%, anche mediante una maggior partecipazione delle donne e dei lavoratori più anziani e una migliore integrazione dei migranti nella popolazione attiva; 2) un obiettivo in termini di livello d'istruzione che affronti il problema dell'abbandono scolastico riducendone il tasso dall'attuale 15% al 10% e aumentando la quota della popolazione di età compresa tra 30 e 34 anni che ha completato gli studi

Merita qui evidenziare, a titolo preliminare, i due approcci che la politica di coesione segue per conseguire i suddetti obiettivi. L'approccio di tipo "orizzontale" implica che la tutela del lavoro e la promozione dell'occupazione sono promossi attraverso il perseguimento di obiettivi tematici della politica di coesione collegati ai diversi settori di attività dell'Unione. Esse sono perseguite per mezzo di interventi adottati in ambiti differenti rispetto a quelli direttamente riconducibili agli specifici aspetti in questione. Tale approccio, peraltro, è quello che più efficacemente mette in luce il carattere trasversale della tutela del lavoro, così come l'interdipendenza tra i diversi obiettivi della politica di coesione. Esso consente, altresì, di sfruttare appieno le potenzialità della c.d. "fertilizzazione incrociata" tra le politiche dell'Unione. D'altro canto, tale approccio comporta la necessità di adottare strumenti, per lo più di natura tecnico-operativa, volti a favorire il coordinamento tra gli interventi, al fine di ridurre l'impatto negativo derivante da più che probabili rischi di frammentazione e stratificazione di quegli interventi.

L'approccio di tipo "verticale" consiste, invece, nell'adozione di misure della politica di coesione che contribuiscono in modo diretto al raggiungimento degli obiettivi in tema di tutela e promozione del lavoro. Risponde a tale approccio l'elaborazione da parte dell'Unione europea di obiettivi della politica di coesione diretti in modo specifico al raggiungimento dei risultati collegati alla "crescita inclusiva".

La politica di coesione viene attuata attraverso l'elaborazione di obiettivi tematici (OT) volti al perseguimento dei target fissati dalla menzionata Strategia "Europa 2020". In particolare, essa interviene

---

superiori dal 31% ad almeno il 40% nel 2020; 3) il numero di coloro che vivono al di sotto delle soglie di povertà nazionali dovrebbe essere ridotto del 25%, facendo uscire dalla povertà più di 20 milioni di persone. Per supportare il raggiungimento di tali target, la Commissione ha varato l'Iniziativa faro «Un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro», il cui obiettivo è «porre le basi della modernizzazione dei mercati del lavoro onde aumentare i livelli di occupazione e garantire la sostenibilità dei nostri modelli sociali. Questo significa migliorare la partecipazione delle persone mediante l'acquisizione di nuove competenze per consentire alla nostra forza lavoro attuale e futura di adeguarsi alle mutate condizioni e all'eventuale ri-orientamento professionale, ridurre la disoccupazione e aumentare la produttività del lavoro.»

in base a undici OT <sup>(9)</sup>, funzionali a declinare le tre dimensioni della crescita. Alcuni OT sono preposti in maniera specifica al raggiungimento di target in tema di tutela e promozione del lavoro. In particolare, si tratta degli OT 8 “[p]romuovere l’occupazione e sostenere la mobilità dei lavoratori”, 9 “[p]romuovere l’inclusione sociale e combattere la povertà” e 10 “[i]nvestire nelle competenze, nell’istruzione e nell’apprendimento permanente” <sup>(10)</sup>.

Allo scopo di supportare il perseguimento degli OT, la politica di coesione prevede una serie di strumenti di programmazione finanziaria, i Fondi Strutturali e di Investimento Europei (Fondi SIE), i quali operano in base a una zonizzazione del territorio dell’Unione europea che distingue tra regioni meno sviluppate (il cui PIL *pro-capite* medio è inferiore al 75% della media UE), più sviluppate (il cui PIL *pro-capite* medio è superiore al 90% della

---

<sup>(9)</sup> Gli OT della politica di coesione per l’attuale periodo di programmazione sono: OT 1 “[r]afforzare la ricerca, lo sviluppo tecnologico e l’innovazione”; OT 2 “[m]igliorare l’accesso alle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, nonché l’impiego e la qualità delle medesime”; OT 3 “[p]romuovere la competitività delle piccole e medie imprese, il settore agricolo e il settore della pesca e dell’acquacoltura”; OT 4 “[s]ostenere la transizione verso un’economia a basse emissioni di carbonio in tutti i settori”; OT 5 “[p]romuovere l’adattamento al cambiamento climatico, la prevenzione e la gestione dei rischi”; OT 6 “[t]utelare l’ambiente e promuovere l’uso efficiente delle risorse”; OT 7 “[p]romuovere sistemi di trasporto sostenibili ed eliminare le strozzature nelle principali infrastrutture di rete”; OT 8 “[p]romuovere l’occupazione e sostenere la mobilità dei lavoratori”; OT 9 “[p]romuovere l’inclusione sociale e combattere la povertà”; OT 10 “[i]nvestire nelle competenze, nell’istruzione e nell’apprendimento permanente”; OT 11 “[r]afforzare la capacità istituzionale e promuovere un’amministrazione pubblica efficiente”.

<sup>(10)</sup> Le riflessioni in merito a priorità e obiettivi del prossimo periodo di programmazione sono già a uno stadio avanzato. La Comunicazione della Commissione *Un bilancio moderno al servizio di un’Unione che protegge, che dà forza, che difende. Quadro finanziario pluriennale 2021-2027*, COM (2018) 321 def., del 2 maggio 2018, sottolinea che il bilancio dell’UE riveste un ruolo fondamentale rispetto agli impegni assunti dai leader al vertice sociale di Göteborg del novembre 2017, in termini di rafforzamento della dimensione sociale dell’Unione, «anche mediante la piena attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali» (*ivi*, p. 12). Nell’ambito della politica di coesione, il nuovo quadro finanziario dovrebbe mettere in campo circa 100 miliardi di euro per il periodo, pari ad una percentuale del 27% circa della spesa per la coesione, dedicati a un «sostegno mirato all’occupazione giovanile, alla riqualificazione e alla riconversione dei lavoratori, all’inclusione sociale e alla riduzione della povertà» (*ivi*, p. 13).

media UE) o in transizione (il cui PIL *pro-capite* medio è compreso tra il 75 e il 90% della media UE). I fondi SIE attivi per il settennio in corso <sup>(1)</sup> sono: il Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (FESR), il quale mira a consolidare la coesione economica e sociale regionale investendo nei settori che favoriscono la crescita, al fine di migliorare la competitività, creare posti di lavoro e correggere gli squilibri fra le regioni; il Fondo Sociale Europeo (FSE), dedicato alla promozione dello sviluppo attraverso la creazione e trasferimento della conoscenza, nonché diretto a consolidare e migliorare gli attuali livelli di occupazione, qualità del lavoro e coesione sociale. Altri strumenti finanziari operano in sinergia con tali fondi. Questi sono il Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale (FEASR), che rappresenta lo strumento di finanziamento della politica di sviluppo rurale, attuato mediante il Programma di Sviluppo Rurale (PSR) declinato a livello regionale; il Fondo Europeo per gli Affari Marittimi e la Pesca (FEAMP), il quale sostiene i pescatori nella transizione verso una pesca sostenibile, supporta le comunità costiere a diversificare le loro economie e finanzia i progetti che creano nuovi posti di lavoro e migliorano la qualità della vita nelle regioni costiere europee; il Fondo di Coesione (FC), che interviene nei settori delle reti trans-europee di trasporto e tutela dell'ambiente in quegli Stati membri in cui il reddito nazionale lordo *pro capite* è inferiore al 90% della media UE.

Per definizione, l'unico Fondo di natura trasversale è il FESR, poiché interviene in tutti gli undici OT della politica di coesione <sup>(2)</sup> e, dunque, anche in quelli preposti al raggiungimento dei target in tema di tutela e promozione del lavoro. Tuttavia, è il FSE lo strumento finanziario prioritario per il conseguimento di tali target. Come può agevolmente arguirsi, l'operatività di tali Fondi va ascritta all'approccio di tipo "verticale", giacché per mezzo degli stessi la politica di coesione incide in modo diretto sulla tutela e promozione del lavoro.

Anche fondi (o sezioni di essi) non direttamente deputati a obiettivi nel settore in questione possono offrire un contributo al

---

<sup>(1)</sup> Il settennio in corso è il 2014-2020. La programmazione della politica di coesione ha cadenza settennale in quanto la stessa programmazione finanziaria del bilancio dell'Unione Europea ha un ciclo settennale.

<sup>(2)</sup> Più precisamente, il FESR attribuisce priorità agli interventi riconducibili agli OT da 1 a 4.

raggiungimento dei target in tema di lavoro. È questo il caso del FEASR e del FEAMP i quali, pur avendo una vocazione tematico-geografica – sviluppo rurale, pesca e aree legate tali settori –, possono supportare azioni dell’Unione e degli Stati membri in grado di incidere sui livelli di tutela del lavoro e sulla promozione di occupazione nei comparti agricolo e della pesca. Si pensi, a titolo esemplificativo alla disciplina del FEASR <sup>(13)</sup>, la quale prevede, da un lato, misure per il trasferimento di conoscenze attraverso azioni di formazione professionale e acquisizione di competenze <sup>(14)</sup> e, dall’altro, misure per lo sviluppo delle aziende agricole e delle imprese, erogando incentivi per l’insediamento di giovani agricoltori <sup>(15)</sup>.

Al contempo, anche quelle sezioni di Fondi SIE collegate a OT diversi da quelli in tema di lavoro, e dunque volte a sostenere azioni in settori non riconducibili *prima facie* al suddetto ambito, possono avere un’incidenza indiretta sul miglioramento degli standard di tutela del lavoro e promozione di nuova occupazione. Il riferimento è alle misure previste dal FESR dirette a rafforzare la ricerca, lo sviluppo tecnologico e l’innovazione attraverso incentivi alla formazione di nuove figure professionali all’interno del comparto imprenditoriale, nonché al sistema degli aiuti finanziari per la promozione della competitività delle piccole e medie imprese, concessi per la formazione, riconversione e/o assunzione di forza lavoro qualificata. Assolvono a tale funzione anche le misure di “capacity building” degli enti della pubblica amministrazione, le quali comunque si traducono in azioni di valorizzazione del capitale umano nel settore pubblico <sup>(16)</sup>. Il *modus operandi* di alcuni Fondi (o loro sezioni) appena descritto è tipico dell’approccio

---

<sup>(13)</sup> Regolamento 1305/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 sul “sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale (FEASR) e che abroga il Regolamento (CE) 1698/2005 del Consiglio” (*G.U.U.E.* 20 dicembre 2012 L 351, p. 487 s.).

<sup>(14)</sup> *Ivi*, art. 14.

<sup>(15)</sup> *Ivi*, art. 19.

<sup>(16)</sup> L’OT rilevante in proposito è l’11. Nell’ambito dei Programmi Operativi vigenti, la priorità di investimento associata a tali interventi è la 11.2 «[r]afforzamento della capacità di tutti i soggetti interessati che operano nei settori dell’istruzione, della formazione permanente, della formazione e delle politiche sociali e del lavoro anche mediante parti settoriali e territoriali di mobilitazione per una riforma a livello nazionale, regionale e locale».

«orizzontale», in virtù del quale i target collegati al tema lavoro sono perseguiti per il tramite di interventi realizzati con il supporto di misure dirette al raggiungimento di OT differenti <sup>(17)</sup>. È del tutto evidente la funzionalità dell'approccio in questione rispetto al carattere interdipendente dei vari OT della politica di coesione, nello specifico in ordine al tema tutela del lavoro, il quale presenta numerose e significative connessioni con altri ambiti della suddetta politica.

3. Le prime risposte alle nuove esigenze generate dalla crisi sanitaria si sono concretizzate nel varo da parte della Commissione europea della *Common Response Investment Initiative* (CRII) <sup>(18)</sup>. Le misure contemplate nel quadro di tale iniziativa operano in due ambiti: da un lato, si prevede la mobilitazione di riserve finanziarie giacenti all'interno dei Fondi SIE, per un valore nominale di 37 miliardi di euro; dall'altro, si introduce un complesso di deroghe funzionali alla disciplina dei suddetti Fondi, nell'ottica di efficientarne il funzionamento.

La CRII intende favorire lo sblocco delle risorse della politica di coesione già affidate alla gestione degli Stati membri (e rispettive regioni), attraverso la creazione di meccanismi «emergenziali» di operatività dei Fondi. In particolare, la Commissione ha stabilito di non richiedere agli Stati il rimborso per le quote non spese

---

<sup>(17)</sup> Al riguardo, si possono menzionare le misure supportate dal FESR in tema di sostegno alla transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio, riconducibili all'OT 4, le quali possono includere misure di formazione e inserimento di figure professionali rispondenti alla categoria dei c.d. "green jobs".

<sup>(18)</sup> La CRII è stata lanciata il 13 marzo 2020, nel quadro della proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (UE) 1303/2013, il Regolamento (UE) 1301/2013 e il Regolamento (UE) 508/2014 per quanto riguarda "misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di Covid-19", COM (2020) 113 def., del 13 marzo 2020. Gli interventi in essa previsti entrano in vigore il 1° aprile 2020 come previsto dal Regolamento (UE) 2020/460 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020 che modifica i Regolamenti (UE) 1301/2013, (UE) 1303/2013 e (UE) 508/2014 per quanto riguarda "misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di Covid-19 ([i]niziativa di investimento in risposta al coronavirus)", (*G.U.U.E.* 31 marzo 2020 *L* 99, p. 5 ss.).

nell'annualità 2019 <sup>(19)</sup>, le quali ammontano a poco più di 8 miliardi di euro. Tale somma potrà essere impiegata per il sostegno a investimenti resi necessari per far fronte agli effetti della crisi legata al Covid-19. Inoltre, in virtù delle regole del co-finanziamento nazionale e della complementarità tra Fondi, la somma è destinata a raggiungere il valore di 37 miliardi di euro.

Sul piano delle deroghe funzionali, la CRII introduce regole innovative di funzionamento ispirate a principi di flessibilità e semplificazione procedurale. In primo luogo, viene estesa la possibilità per gli Stati di richiedere in via eccezionale il co-finanziamento al 100% dei rispettivi Programmi Operativi attuativi delle misure della politica di coesione <sup>(20)</sup>. Diventa, inoltre, più semplice effettuare un trasferimento tra Fondi e/o categorie di regioni. Si consente, altresì, agli Stati di operare con estrema flessibilità per re-indirizzare le risorse verso settori maggiormente colpiti dalla crisi. Infine, le procedure relative all'attuazione e "audit" dei "Programmi Operativi" vengono snellite e semplificate <sup>(21)</sup>. Le suddette risorse potranno essere utilizzate anche a copertura

---

<sup>(19)</sup> L'art. 2, par. 5 della proposta di Regolamento prevede che «la Commissione non emette un ordine di recupero degli importi recuperabili dallo Stato membro per i conti presentati nel 2020. Gli importi non recuperati sono utilizzati per accelerare gli investimenti relativi alla crisi per l'epidemia di Covid-19 e ammissibili ai sensi del presente regolamento e delle norme specifiche di ciascun Fondo».

<sup>(20)</sup> I "Programmi Operativi" sono documenti di programmazione in cui gli Stati membri definiscono le modalità di spesa dei contributi derivanti dai Fondi SIE per il periodo di programmazione in corso. Possono riferirsi a una regione in particolare oppure riguardare un settore di interesse nazionale (ad es. l'occupazione giovanile o l'ambiente). Gli Stati membri presentano i propri "Programmi Operativi" sulla base degli accordi di partenariato sottoscritti con la Commissione. Ciascun "Programma Operativo" specifica quale degli 11 OT in cui si declina la politica di coesione per il ciclo 2014-2020 saranno perseguiti grazie agli aiuti destinati al "Programma". La Commissione negozia con le autorità nazionali e/o regionali ogni programma. I programmi espongono le priorità dello Stato e/o della regione interessata. Alla programmazione e alla gestione dei Programmi possono partecipare tutti gli organismi che rappresentano i lavoratori, i datori di lavoro e la società civile. Essi sono attuati da specifici organismi ("Autorità di gestione") istituiti presso gli Stati e le rispettive regioni.

<sup>(21)</sup> Al riguardo, la CRII rende più agevole per gli Stati membri (e rispettive regioni) di procedere alla modifica dei "Programmi Operativi", limitando gli spazi e poteri di intervento della Commissione nelle diverse fasi della ri-negoziazione.

delle quote di co-finanziamento a progetti già attivati – o in procinto di attivazione – da parte degli Stati e/o regioni, contribuendo a evitare ulteriori stress sui budget nazionali.

È noto come tra gli effetti negativi dell'emergenza in atto di maggiore impatto negativo sulla vita dei cittadini europei e i sistemi economici nazionali vi siano il peggioramento delle condizioni di lavoro e la relativa precarizzazione.

Muovendo da tale constatazione, la CRII ricomprende la tutela e promozione dell'occupazione tra le sue "focus areas". Invero, essa prevede che le risorse messe in campo dovrebbero privilegiare azioni tese a supportare gli inoccupati/disoccupati e più in generale i gruppi più vulnerabili a rischio di esclusione dal mondo del lavoro <sup>(22)</sup>, evitare i licenziamenti, sostenere i salari di medici e operatori sanitari e garantire la permanenza delle PMI nel mercato. Essa prevede, altresì, che il FESR e il FSE possano essere attivati per finanziare misure di innalzamento degli standard di salute e sicurezza sul posto di lavoro, al fine di garantire elevati livelli di protezione dai rischi di contagio. Le risorse del FSE potranno, inoltre, essere impiegate per sostenere quei lavoratori che abbiano subito una riduzione dei salari per effetto della decurtazione dell'orario lavorativo causata dalle misure di *lockdown* attuate dagli Stati <sup>(23)</sup>. Nel quadro di tale iniziativa, è stata inoltre impressa un'accelerazione al processo di approvazione di un regime europeo di riassicurazione delle indennità di disoccupazione <sup>(24)</sup>, volto a sostenere le politiche nazionali adottate per garantire i livelli occupazionali pre-Covid-19 e facilitare l'accesso a nuove opportunità e la riconversione professionale dei lavoratori colpiti dalla crisi.

---

Gli Stati potranno utilizzare le risorse dei Fondi fino al 2025. Le risorse aggiuntive sono escluse dall'applicazione delle regole in materia di rimborso.

<sup>(22)</sup> In linea con la suddetta finalità, potranno essere co-finanziate misure nazionali per la (ri-)qualificazione delle risorse umane.

<sup>(23)</sup> Nel settore della pesca e acquacoltura, l'iniziativa consente agli Stati di ricorrere al FEAMP per finanziare gli ammortizzatori sociali a sostegno del reddito dei lavoratori colpiti dalla crisi.

<sup>(24)</sup> La proposta di istituzione del suddetto regime è stata avanzata dalla Commissione Europea nel relativo Programma di lavoro per il 2020 "[u]n'Unione più ambiziosa Comunicazione", COM (2020) 37 def., del 29 gennaio 2020.

L'iniziativa in esame è stata più di recente rafforzata con la *Common Response Investment Initiative Plus (CRII Plus)* <sup>(25)</sup>, la quale introduce regole ancora più vantaggiose per gli Stati e ispirate a un'ulteriore flessibilità. Nello specifico, essa prevede un meccanismo più semplice e rapido per la ri-assegnazione delle risorse finanziarie all'interno dei Programmi Operativi in ciascuno Stato membro, oltre che una procedura semplificata per la modifica di questi ultimi per quanto concerne l'introduzione delle nuove misure. Inoltre, essa abbatte temporaneamente il limite del 3% per il trasferimento dei Fondi tra le regioni ed elimina in maniera "funzionale" la categorizzazione delle regioni (più o meno sviluppate) <sup>(26)</sup>.

Il raggiungimento degli OT collegati al tema lavoro potrebbe essere facilitato dalle nuove regole, poiché la CRII Plus prevede l'esenzione degli Stati membri dall'obbligo di rispettare i requisiti di concentrazione tematica imposti dalla vigente disciplina dei Fondi SIE, al fine di consentire che le risorse vengano reindirizzate verso i settori più colpiti dall'attuale crisi. Tra questi vi è senz'altro il lavoro <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> La *CRII Plus* è stata lanciata il 2 aprile 2020, nel quadro della proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica i Regolamenti (UE) 1303/2013 e (UE) 1301/2013 per quanto riguarda "misure specifiche atte a offrire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta alla pandemia di Covid-19", COM (2020) 138 final, del 2 aprile 2020.

<sup>(26)</sup> Tra le altre, merita segnalare le seguenti ulteriori regole: a) esentare gli Stati membri dall'obbligo di modificare gli accordi di partenariato; b) posticipare il termine per la presentazione delle relazioni annuali per il 2019; c) estendere la possibilità di utilizzare un metodo di campionamento non statistico; d) prevedere l'esenzione dall'obbligo di revisione e aggiornamento delle valutazioni *ex ante* e dei piani aziendali al fine di agevolare l'adeguamento degli strumenti finanziari per affrontare efficacemente la crisi sanitaria; e) rendere ammissibili in via eccezionale le spese per le operazioni completate o pienamente realizzate, volte a promuovere le capacità di risposta alle crisi nel contesto della pandemia; f) prevedere una limitata flessibilità finanziaria alla chiusura dei Programmi Operativi, al fine di consentire agli Stati membri e alle regioni di sfruttare appieno il sostegno offerto dai Fondi SIE; g) consentire al FESR di fornire sostegno alle imprese in difficoltà in linea con la flessibilità prevista dalle norme europee in materia di aiuti di Stato.

<sup>(27)</sup> Sul punto, la CRII Plus consente agli Stati di ricorrere alle risorse del FEASR e FEAMP per finanziare le misure nazionali e/o regionali finalizzate a sostenere il

4. Le innovazioni apportate dalle due versioni della CRII alle regole della politica di coesione prefigurano un generale miglioramento della tutela del lavoro, sotto molteplici profili.

Anzitutto, il tema lavoro costituisce una delle «focus areas» di intervento dell’iniziativa. La concentrazione tematica e finanziaria che ne caratterizza l’intero approccio garantisce, dunque, una particolare incisività delle misure adottate in tale ambito <sup>(28)</sup>. Le deroghe introdotte alla disciplina dei Fondi SIE consentono, inoltre, di superare i rapporti prestabiliti tra questi ultimi e incrementare la dotazione del FSE e supportare in maniera più decisa il conseguimento degli OT legati alla tutela del lavoro.

Un aspetto a cui la CRII riserva un’attenzione specifica è la promozione dell’occupazione giovanile. I trasferimenti tra Fondi – quindi anche a discapito del FSE – non possono incidere sulla *Youth Employment Initiative* (YEI) <sup>(29)</sup>. Tale limite rafforza, in via indiretta, l’azione dell’Unione europea a sostegno delle misure europee e nazionali volte a incentivare la qualificazione professionale e l’ingresso dei giovani nel mondo del lavoro.

Infine, va sottolineato il carattere di complementarietà della CRII rispetto all’iniziativa *Support to mitigate Unemployment Risks*

---

mantenimento dei livelli occupazionali e il reddito di lavoratori e imprese dei comparti agricolo e della pesca.

<sup>(28)</sup> L’efficacia delle misure dipenderà, in larga parte, dalla capacità amministrativa delle istituzioni coinvolte (europee, nazionali e regionali) e dalla rispettiva abilità nello sperimentare meccanismi innovativi e funzionali di cooperazione multilivello. Ne è persuaso anche SURUBARU, *Europe to the rescue? EU funds and the Covid-19 crisis – who gets what, how and why*, 1° maggio 2020, [www.maastrichtuniversity.nl](http://www.maastrichtuniversity.nl), il quale rileva che «the administrative capacity of local level bodies and the coordination abilities of Brussels will be put to the test in the disbursement and absorption of many of the funds that make up this rescue package».

<sup>(29)</sup> La YEI è stata adottata nell’ambito dell’accordo sul “[q]uadro Finanziario Pluriennale 2014-2020”, in occasione del Consiglio Europeo dei giorni 7-8 febbraio 2013. Con una dotazione di 6 miliardi di euro, essa è rivolta ai giovani con meno di 25 anni disoccupati e al di fuori di ogni ciclo di istruzione e formazione, inattivi o disoccupati, compresi i disoccupati di lunga durata, registrati o meno nelle liste dei disoccupati alla ricerca di un’occupazione. Su base volontaria gli Stati membri possono decidere di ampliare il gruppo obiettivo al fine di includere i giovani con meno di 30 anni. La YEI è integrata nella programmazione del FSE.

*in an Emergency* (SURE) <sup>(30)</sup>, strumento di sostegno temporaneo finalizzato ad attenuare i rischi di disoccupazione, pensato per aiutare gli Stati membri a proteggere i posti di lavoro e i lavoratori sotto pressione per effetto dell'emergenza sanitaria <sup>(31)</sup>. La combinazione tra le due iniziative consentirà di massimizzarne gli effetti positivi, nella prospettiva di offrire agli Stati un primo *set* di risposte concrete per migliorare le condizioni di milioni di lavoratori <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> SURE è un programma a supporto delle regioni più colpite dall'emergenza Covid-19 lanciato dalla Commissione Europea nel quadro della Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19, COM (2020) 139 def., del 2 aprile 2020.

<sup>(31)</sup> Il programma fornisce assistenza finanziaria agli Stati membri per un totale di 100 miliardi di euro sotto forma di prestiti a condizioni favorevoli. I prestiti aiuteranno gli Stati membri ad affrontare aumenti repentini della spesa pubblica per il mantenimento dell'occupazione. Nello specifico, essi concorreranno a coprire i costi direttamente connessi all'istituzione o estensione di regimi nazionali di riduzione dell'orario lavorativo e altre misure analoghe per i lavoratori autonomi introdotte in risposta all'attuale pandemia.

<sup>(32)</sup> Per esigenze di completezza, merita qui fare riferimento a un ulteriore strumento finalizzato a supportare i lavoratori a fronte di eventi straordinari e contingenti, il Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (FEG), istituito con il Regolamento (UE) 1309/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, sul Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (2014-2020) e che abroga il Regolamento (CE) 1927/2006, in *G.U.U.E.* 20 dicembre 2013 *L* 347, p. 855 s.). Il FEG offre un sostegno a coloro che hanno perso il lavoro a seguito di importanti mutamenti strutturali del commercio mondiale dovuti alla globalizzazione. Con una dotazione annua massima di 150 milioni di euro, esso può finanziare fino al 60% del costo di progetti destinati ad aiutare i lavoratori in esubero a trovare un altro impiego o avviare una propria attività. Il FEG non forma oggetto della presente indagine in quanto esula dagli strumenti della politica di coesione. Mentre, infatti, i Fondi SIE si pongono in una prospettiva più strategica e a lungo termine, anticipando e gestendo l'impatto sociale e il cambiamento industriale, il FEG offre ai lavoratori un sostegno individuale, limitato nel tempo e strettamente funzionale ad affrontare *shock* contingenti della domanda di lavoro. Per una panoramica di tutte le iniziative adottate dall'Unione Europea per far fronte alla crisi legata al Covid-19, si veda il *Policy Paper* di MAURICE, BLOJ, BUZMANIUK, ANTONINI, D'ANGELO, *Covid-19: European Responses, a complete picture*, 12 maggio 2020, [www.robert-schuman.eu](http://www.robert-schuman.eu).



# EUROPEAN SOLIDARITY IN THE AGE OF COVID-19: THE SURE INSTRUMENT

Ilja Pavone

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The EU Response to Covid-19. – 3. The Design of SURE. 4. The Legal Foundations of SURE. – 5. The Logic of Solidarity behind SURE. – 6. The Functioning of SURE. – 7. Conclusions.

1. The Covid-19 pandemic is not only the most dramatic health crisis that developed States have suffered over the last century, but also one that comes with enormous consequences for the European economy<sup>1</sup>. This pandemic has highlighted more than ever that globalization may have a negative effect in terms of spillover of infectious diseases, while can provide benefits with regard to new opportunities, in terms of increased flow of trade, people, information and sharing of knowledge and technology.

The Coronavirus lockdown measures adopted by European Union (EU) Member States, but also by the rest of the world to tackle the disease outbreak are having severe economic consequences.

In the EURO Area the industrial production went down by 17.1% and the pandemic caused economic disruption at unprecedented speed and scale <sup>(2)</sup>. Unemployment rate is expected to rise by 9% due to Covid-19 <sup>(3)</sup>, in particular in Greece, Italy and Spain.

Against this background, in the United States, the National Bureau of Economic Research (NBER) officially declared a

---

<sup>(1)</sup> The number of confirmed cases of coronavirus in Europe was approximately 2.7 million as of July 7, 2020, with Russia being the worst affected country at over 687 thousand cases. <https://www.statista.com/statistics/1115043/coronavirus-deaths-timeline-in-the-eu-5/>.

<sup>(2)</sup> BALDWIN, *Mitigating the Covid Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever It Takes*, London, 2020.

<sup>(3)</sup> <https://www.statista.com/statistics/1115276/coronavirus-european-unemployment/>.

recession <sup>(4)</sup>, highlighting that the US economy began a contraction in February 2020. This marks the first US recession since the Subprime Mortgage Crisis (2007-2009) and the end of a long wave of economic growth.

The economic and social disruption related to Covid-19 is a threat to the long-term livelihoods and wellbeing of millions of human beings. The UN Secretary General underlined that the economic consequences of the disease outbreak could be a trigger for further instability and unrest <sup>(5)</sup>.

According to the International Labour Organization (ILO), the impact of the Covid-19 pandemic «by far exceeds that of the 2008-2009 financial crisis» <sup>(6)</sup>. Its negative consequences have hit in particular women, since «the impacts of Covid-19 are exacerbated for women and girls simply by virtue of their sex» <sup>(7)</sup>. Young people have also been affected by the economic crisis. This could lead to the emergence of a «lockdown generation of young workers» <sup>(8)</sup>.

In this framework of economic uncertainty, the EU adopted a 540-billion-euro emergency support package to tackle the impact on employment of the Covid-19 pandemic, including the “Recovery Fund” (“Next Generation EU”), the “Coronavirus Response Investment Initiative”, the “EU Solidarity Fund” and other instruments in support to employment, such as the “European Social Fund and Invest EU” <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> <https://www.nytimes.com/2020/06/08/business/economy/us-economy-recession-2020.html>.

<sup>(5)</sup> Secretary-General’s remarks to the Security Council on the Covid-19 Pandemic, (<https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-04-09/secretary-generals-remarks-the-security-council-the-covid-19-pandemic-delivered>): «[t]he economic fallout of this crisis could create major stressors, particularly in fragile societies, less developed countries and those in transition. Economic instability will have particularly devastating impacts for women, who make up the vast majority of those sectors worst affected. The large numbers of female-headed households in conflict-settings are especially vulnerable to economic shocks».

<sup>(6)</sup> <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061322>.

<sup>(7)</sup> *The impact of Covid-19 on women*, UN Secretary-General’s Policy Brief, <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women>.

<sup>(8)</sup> <https://news.un.org/en/story/2020/05/1064912>.

<sup>(9)</sup> <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/coronavirus/>.

The “Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency” (SURE) <sup>(10)</sup> – established on 19 May 2020 – is a temporary instrument proposed by the European Commission in the context of the EU strategy for a coordinated economic response to the Covid-19 emergency.

The goal of this financial plan – based on Article 122 of the Treaty on the Functioning of the European Union related to the financial assistance to Member States in case of «exceptional situations» – is that of cushioning the impact of the economic downturn on the country’s unemployment rate.

SURE is, therefore, part of a recovery effort. This enables EU Member States to request aid in financing sudden and severe increases in public expenditure related to national short-time work schemes and similar measures, including for self-employed workers.

In this essay, the EU action against unemployment will be evaluated, highlighting that SURE is framed in light of the principle of solidarity and the EU social policy. This is however only a temporary measure related to the exceptional situation represented by the Covid-19 pandemic. I will argue that EU institutions missed the opportunity to frame a permanent unemployment mechanism. Against this background, I will point out that the risk of moral hazard is the main obstacle to further developments of SURE. I will also mention existing gaps.

2. With particular reference to the EU’s reaction to the infection, one can highlight two elements and two distinct phases. At first, the EU action was woefully inadequate, especially in the first wave of the outbreak in early 2020, when the contagion hit every EU Member State, although with different degrees of severity. Indeed, the EU was unable to coordinate a harmonized response, mainly due to national selfishness. In effect, every Member State adopted domestic measures to protect public health (lockdowns, quarantines, social distancing measures, closing of borders), acting on a unilateral basis

---

<sup>(10)</sup> Council Regulation (EU) 2020/672 of 19 May 2020 on “the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the Covid-19 outbreak”.

(<sup>11</sup>). Consider, for example, the *de facto* suspension of the Schengen System, realized independently by few State Parties (<sup>12</sup>).

In particular, an appropriate planning in the health sector has been lacking until now and a EU health law had been shattered. The impact of EU law in the area of health policies is limited, since health is a sector where the EU has a restricted formal competence (“supporting competence”) (<sup>13</sup>).

The pandemic has showed more than ever that the EU is first of all an Economic and Monetary Union and cannot absolutely be considered as a Federation of States, as its Member States do not want to cede portions of their sovereignty powers beyond the fiscal and monetary domain.

This lack of coordination determined a serious shortfall of trust by European citizens in EU institutions, as witnessed by a poll conducted in nine Member States (<sup>14</sup>).

The EU, however, intended to react on the basis of “a spirit of solidarity”, following three paths. First, the EU derogated to some regulatory schemes – such as the “Fiscal Compact” – which revealed to be inadequate in the current scenario (<sup>15</sup>). Then, the EU activated or potentiated already established mechanisms, such as the

(<sup>11</sup>) BEAUCILLON, *International and European Emergency Assistance to EU Member States in the Covid-19 Crisis: Why European Solidarity Is Not Dead and What We Need to Make It both Happen and Last*, *European Papers. European Forum*, 25 April 2020, p. 1 ff.

(<sup>12</sup>) MONTALDO, *The Covid-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, *European Papers. European Forum*, 25 April 2020, p. 1 ff.

(<sup>13</sup>) Article 168 TFEU (concerning public health) outlines «Union action, which shall complement national policies, shall be directed towards improving public health, [...]. Such action shall cover the fight against major health scourges, by [...], and monitoring, early warning of and combating serious cross-border threats to health. [...]». See DE RUIJTER, *EU Health Law & Policy: the Expansion of EU Power in Public Health and Health Care*, Oxford, 2019.

(<sup>14</sup>) LAWTON, *Europeans disillusioned with EU coronavirus response, new poll finds*, *Euractiv*, 25 June 2020, <https://www.euractiv.com/section/politics/news/europeans-disillusioned-with-eu-coronavirus-response-new-poll-finds/>. In addition, [https://www.ecfr.eu/publications/summary/europes\\_pandemic\\_politics\\_how\\_the\\_virus\\_has\\_changed\\_the\\_publics\\_worldview](https://www.ecfr.eu/publications/summary/europes_pandemic_politics_how_the_virus_has_changed_the_publics_worldview).

(<sup>15</sup>) See PEPE, *L'emergenza Covid-19 nell'Unione europea: verso una solidarietà tributaria “strategica”?* *Rivista di diritto tributario. Supplemento online*, 30 aprile 2020, <http://www.rivistadirittotributario.it/2020/04/30/lemergenza-covid-19-nellunione-europea-verso-solidarieta-tributaria-strategica/>.

“Solidarity Fund”, BEI investments, activating within the “European Stability Mechanism” (ESM) an *ad hoc* credit line, that is the “Pandemic Crisis Support” (PCS) <sup>(16)</sup>. Eventually, the EU set up new instruments, such as SURE. The idea of adopting specific measures «to alleviate the employment impact for individuals and the hardest hit sectors» was first advanced on 13 March 2020 <sup>(17)</sup>, with the specific goal of extending short-time work schemes – that have proven effective – across the EU.

The establishment of SURE can be framed within the wider contest of “employment and social affairs”, whereas social policy is an area of shared competence (Article 4, para. 2, TFEU), while employment policies, by contrast, are subject to coordination (Article 5, para. 2 TFEU) <sup>(18)</sup>.

3. SURE belongs to the group of mechanisms known as “rainy day funds” (RDFs); this is an *ad hoc* instrument set aside to be used in times of crisis. In fact, it has assumed the form of a temporary device of financial assistance.

The idea of a European unemployment benefits scheme is not an absolute novelty, because it was debated since the Seventies <sup>(19)</sup>, and it was then officially proposed (without success) in the framework of the sovereign debt crisis, as a shock absorber for EU economies <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> <https://www.esm.europa.eu/content/europe-response-corona-crisis>.

<sup>(17)</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup, *Coordinated Economic Response to the Covid-19 Outbreak*, Brussels, 13.3.2020 COM (2020) 112 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/EN/COM-2020-112-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>. The Commission pledged to accelerate the preparation of a legislative proposal for a “European Unemployment Reinsurance Scheme” (para. 4.2).

<sup>(18)</sup> See BARNARD, *EU Employment Law*, Oxford, 2012, p. 48 ff.

<sup>(19)</sup> Cf. MARJOLIN *et al.*, *Report of the Study Group ‘Economic and Monetary Union 1980’*, European Commission, Brussels, 1975; MAJOCCHI, REY, *A special financial support scheme in EMU: need and nature*, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1993, vol. 52, n. 2, p. 161 ff.

<sup>(20)</sup> *Feasibility and Added Value of a European Unemployment Benefit Scheme*. Cf. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, p. 233 ff.

The options for financing this kind of unemployment scheme can be divided in a direct and indirect management. The first one is based on the possibility to grant the subsidy directly to an individual (a EU citizen) that fulfills specific requirements (“promotion of social cohesion”) <sup>(21)</sup>. In the second case, the transfer of the economic resources should be delivered to the Member State, to reinforce domestic social safety nets. The former Italian Ministry for Economic Affairs, Padoan, proposed an “Unemployment Insurance Scheme” in 2015, but the majority of EU Member States did not accept his plan <sup>(22)</sup>.

The reasons of the failure to set up a permanent unemployment fund has mainly been related to the concept of “moral hazard”<sup>23</sup>. The Economic and Monetary Union (EMU) is based on a new monetarist model that – unlike the Keynesian approach – does not admit any derogation to EU’s fiscal rules <sup>(24)</sup>.

Therefore, several Eurozone Member States fear that the government of a beneficiary country – if aware of the possibility to receive non-repayable EU funding – will avoid the adoption of restrictive policies, such as health and pension reforms.

Any mechanism that systematically helps an economy in crisis may reduce the pressure for structural reforms in a given State. Consequently, a government may decide not to implement unpopular policies, such as pension reforms, to boost the country’s future economic performance if it is aware that this will be compensated by increased financial support from EU institutions.

SURE has assumed the form of an indirect management, since the financial assistance is provided directly to the Member States, but as a loan rather than as an aid or a subsidy. Therefore, the beneficiary State is expected to return the amount of money given from the EU.

---

<sup>(21)</sup> PELKMANS, *EU Integration. Methods and Social Analysis*, Edimburgh, 2006, p. 338 ff.

<sup>22</sup> See PADOAN, *European unemployment insurance scheme*, MEF, October 2015, [https://sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it/files/PADOAN%20note\\_unemployment\\_insurance\\_2015\\_5OCT.pdf](https://sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it/files/PADOAN%20note_unemployment_insurance_2015_5OCT.pdf).

<sup>(23)</sup> See DE GRAUWE, *Economics of Monetary Union*, Oxford, 2003.

<sup>(24)</sup> WHYMAN, *Rethinking Economic and Monetary Union in Europe: a Post-Keynesian Alternative*, London, 2018, 14 ff.

Article 4 of the Regulation outlines that «the financial assistance shall take the form of a loan granted by the Union to the Member State concerned». Against this background, Article 220, para. 1, of Regulation (EU, Euratom) 2018/1046 <sup>(25)</sup> states that «financial assistance by the Union to Member States can take the form of a loan».

Such loans are granted to a Member State, as the pandemic has generated a sudden and severe increase in such a State's planned public expenditure (Article 3), and are financed by recourse to international capital markets and are collectively guaranteed by EU Member States (Article 4).

The complementary nature of SURE – to create a financing line that reinforces the already established mechanisms at the domestic level – is clearly stated at Article 2, that affirms «the Instrument shall complement the national measures taken by affected Member States by providing financial assistance to help those Member States cope with the sudden and severe increase in actual and possibly also planned public expenditure [...]». The objective of SURE is not, therefore, to create a supranational mechanism to provide direct assistance to unemployed, but rather to alleviate «the impact on employment for individuals and the most affected economic sectors and mitigating the direct effects of this exceptional situation on public expenditure by the Member States» (Recital 6).

A supranational mechanism would have required to harmonize national unemployment benefit schemes already in place, that are highly differentiated on the basis of domestic welfare policies, the eligibility requirements (referring to both the personal scope and the entitlement conditions), the generosity of the benefits (determined by the replacement rate and the reference wage) and the duration of the unemployment benefit.

This initiative of temporary nature should not undermine the possibility to establish in the near future – according to some scholars – an “European Fund against Unemployment” <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Council Regulation (EU) 2020/672 of 19 May 2020 on “the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the Covid-19 outbreak”.

<sup>(26)</sup> In this sense, BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da Covid-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea*, *SIDI Blog*, 9 April 2020,

However, the Regulation itself seems to exclude this possibility, stating that «the Instrument is of a temporary nature in order to address the Covid-19 outbreak», and that «the Commission should assess every six months whether the exceptional circumstances causing the severe economic disturbances in Member States still exist». The Regulation also states that «no financial assistance should be made available under this Regulation once the Covid-19 emergency has passed» and that «to that end, it is appropriate to limit the availability of the Instrument in time». The only “opening” is represented by the last sentence that envisages the possibility «to extend the period of availability of the Instrument» if the pandemic would last in the long term. Then, as stated by the European Court of Justice in *Pringle* <sup>(27)</sup>, the Regulation recalls that Article 122, para. 2, TFEU «confers on the Union the power to grant ad hoc financial assistance but does not allow it to create a permanent rescue mechanism» (para. 65). A permanent instrument struggled to gain traction since the most rigid EU Member States are wary of funding a policy that requires the bloc’s healthier labour markets to support its weaker ones.

However, a potential permanent instrument might find its legal foundation in Title XVIII TFEU, in particular in the Articles that make reference to «the promotion of an overall harmonious development» and to the reinforcement of the «economic, social and territorial cohesion» (Article 174, para. 1, TFEU), even with the goal of «reducing disparities between the levels of development of the various regions and the backwardness of the least favoured regions» (Article 174, para. 2, TFEU). Indeed, with the objective of reaching these goals, the EU «shall conduct their economic policies and shall coordinate them in such a way as, in addition, to attain the objectives set out in Article 174» (Article 175, para. 1, TFEU).

---

<http://www.sidiblog.org/2020/04/09/il-contrasto-alla-disoccupazione-a-fronte-dellemergenza-sanitaria-da-Covid-19-e-attuale-il-principio-di-solidarieta-nell'unione-europea/>.

<sup>(27)</sup> *Thomas Pringle v. Government of Ireland and Others. Judgment of the Court (Full Court)*, 27 November 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0370&from=EN>. See MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo, Il diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 723 ff.

4. Social protection has been a cornerstone of the EU since its inception <sup>(28)</sup>. The “Horizontal Social Clause” envisaged by Article 9 TFEU states that the EU must take into account, in the definition and implementation of all its policies and activities, of the «requirements linked to the promotion of a high-level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health» <sup>(29)</sup>.

According to Article 151 TFEU, the EU and its Member States share the common goal related to «the promotion of employment, improved living and working conditions, ... proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion».

Article 153 TFEU also pledges that «the Union shall support and complement the activities of the Member States in areas that include social security and social protection of workers». Therefore, domestic governments are responsible for designing and running their own social security systems.

Measures like SURE are a key element of the EU social policy – unlike other States such as the United States – that can be labelled as “social protection” <sup>(30)</sup>. The EU and its Member States provide assistance to the most vulnerable groups in the society and assure a minimum standard of wellbeing, while the US social policy is based on the assumption that unemployment will inevitably raise. In fact, the “Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security” (Cares) Act (27 March 2020) is a package of 2.3 trillion dollars (11% of GDP), with the goal of extending the audience of the Unemployment

---

<sup>(28)</sup> TRIGGIANI, *Politica europea sociale [dir. UE]*, Treccani. *Enciclopedia online*, 2014, [http://www.treccani.it/enciclopedia/politica-europea-sociale-dir-ue\\_%28Diritto-on-line%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/politica-europea-sociale-dir-ue_%28Diritto-on-line%29/).

<sup>(29)</sup> ŠMEJKAL, *The Horizontal Social Clause of Art. 9 TFEU and Its Potential to Push the EU towards Social Europe*, Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper No. 2016/III/1, 2016, p. 1 ff.

<sup>(30)</sup> DODO, *Historical Evolution of the Social Dimension of the European Integration: Issues and Future Prospects of the European Social Model*, *L'Europe en formation*, 2014, vol. 2, p. 51 ff.

Insurance (UI) system to sustain the spending capacity of families<sup>(31)</sup>.

SURE acts as «a second life of defence, supporting short-time work schemes and similiary measures»<sup>(32)</sup>. This is therefore an indirect management mechanism, that envisages the transfer of significant financial resources to reinforce social nets. Later, any beneficiary government has to decide the number of people and the conditions for eligibility<sup>(33)</sup>.

Thus, SURE is an instrument for macroeconomic stabilization<sup>(34)</sup>, which acts as a complementary rather than a supranational scheme and aims at providing direct aid to the EU Member States that are facing economic damage due to the serious health emergency caused by Covid-19. Article 2 of the Regulation specifies that «the Instrument shall complement the national measures taken by affected Member States by providing financial assistance to help those Member States cope with the sudden and severe increase in actual and possibly also planned public expenditure intended to mitigate the direct economic, social and health-related effects of the exceptional occurrence caused by the Covid-19 outbreak».

5. The set of measures in the economic field put in place by the EU are grounded on a logic of solidarity. According to Recital 6 of Regulation 2020/672, «the creation of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the Covid-19 outbreak should enable the Union to respond to the crisis in the labour market in a coordinated, rapid

---

<sup>(31)</sup> <https://home.treasury.gov/policy-issues/cares>.

<sup>(32)</sup> See *Explanatory Memorandum*, Brussels, 2.4.2020 COM (2020) 139 final2020/0057 (NLE), [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/support\\_to\\_mitigate\\_unemployment\\_risks\\_in\\_an\\_emergency\\_sure\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/support_to_mitigate_unemployment_risks_in_an_emergency_sure_0.pdf).

<sup>(33)</sup> See COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 (Sure): un passo nella giusta direzione che da solo non basta*, *SIDI Blog*, 5 april 2020, <http://www.sidiblog.org/2020/04/05/la-proposta-della-commissione-di-uno-strumento-contro-la-disoccupazione-generata-dalla-pandemia-covid-19-sure-un-passo-nella-giusta-direzione-ma-che-da-solo-non-basta/>.

<sup>(34)</sup> Cf. DABROWSKI, *Macroeconomic Stabilization*, in *The Handbook of Political, Social, and Economic Transformation* Merkel, Kollmorgen, Wagener (eds.), Oxford, 2019, p. 552 ff.

and effective manner and *in a spirit of solidarity* among Member States, thereby alleviating the impact on employment for individuals and the most affected economic sectors and mitigating the direct effects of this exceptional situation on public expenditure by the Member States». The “Recovery Fund” pursues the same objective <sup>(35)</sup>.

Amongst the measures adopted under the solidarity clause there is the extension of the scope of the “European Solidarity Fund” (ESF) to «serious public health emergencies» <sup>(36)</sup>.

However, it is worth underlying that the two instruments are different under several aspects. First of all, the geographical scope is dissimilar, as SURE is limited to EU Member States, in particular to the States that have faced biggest economic hit from Covid-19. The ESF is instead a permanent instrument set up to respond to major natural disasters, while SURE has – as already said – only a temporary nature related to the emergency represented by the pandemic. The ESF also applies to States engaged in accession negotiations. Lastly, the ESF allows subsidies, while SURE is based on subsidized loans.

The logic behind SURE is that Eurozone Member States are facing an unprecedented economic crisis which is due to external factors that are outside a State control. The legal foundation of SURE is, in effect, represented by Article 122, paragraphs 1 and 2, TFEU <sup>(37)</sup>.

Article 122, para. 1, TFEU, allows the Council to decide, on a proposal from the Commission and in a spirit of “solidarity” between

---

<sup>(35)</sup> See PADOAN, *Response to Covid-19: Mechanisms against unemployment, Policy Brief n. 20*, 2020, p. 1 ff.

<sup>(36)</sup> European Union Solidarity Fund (EUSF) (“Regulation (EC) No 2012/2002”). Regulation (EU) 2020/461 of the European Parliament and of the Council, which “amends that instrument to extend its scope to cover major public health emergencies and to define specific operations eligible for financing, was adopted on 30 March 2020”.

<sup>(37)</sup> Article 122, para. 1, TFEU, states «without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties, the Council, on a proposal from the Commission, may decide, in a spirit of solidarity between Member States, upon the measures appropriate to the economic situation, in particular if severe difficulties arise in the supply of certain products, notably in the area of energy». See SCIAUDONE, *Art. 122 TFUE*, in *I Trattati dell’Unione europea* Tizzano (ed.), Milano, 2014, p. 1311 ff.

Member States, upon the measures appropriate to respond to the socioeconomic situation following the Covid-19 outbreak.

The organization and the management of the system of loans is instead grounded in Article 122, para. 2, TFEU <sup>(38)</sup>. This enables the Council to grant Union financial assistance to a Member State that is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by «exceptional occurrences» beyond its control. Indeed, a disease outbreak is an event which is out of control and is not related to budgetary negligence.

The specific reference to Article 122, para. 2, TFEU, has had two specific advantages. On the one hand, this allows EU institutions to bypass the “no bail-out clause” envisaged by Article 125 TFEU, which affirms that Member countries cannot take on the debts of another Member State and, on the other, this permits to shift the “European Stability Mechanism” (ESM) and its rigorous conditionality under Article 136, para. 3, TFEU <sup>(39)</sup>, as clearly stated by the EU Court of Justice in *Pringle* <sup>(40)</sup>. Therefore, SURE does not require the recourse to a conditionality policy aimed to subordinate the granting of the loan to the adoption of specific structural reforms, unlike the other well-known proposals debated amongst EU Member States, such as the “Next Generation EU”.

The legal basis of SURE and its provisional nature should exclude possible judicial clashes. As is well known, previous instruments of support to the weaker economies of the Eurozone have been object of disputes before the International Court of Justice

---

<sup>(38)</sup> Article 122, para. 2, TFEU, asserts «where a Member State is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control, the Council, on a proposal from the Commission, may grant, under certain conditions, Union financial assistance to the Member State concerned. The President of the Council shall inform the European Parliament of the decision taken».

<sup>(39)</sup> According to Article 136, para. 3, TFEU, «the Member States whose currency is the euro may establish a stability mechanism to be activated if indispensable to safeguard the stability of the euro area as a whole. The granting of any required financial assistance under the mechanism will be made subject to strict conditionality».

<sup>(40)</sup> Para. 104 highlights that «the establishment of the ESM does not affect the power of the Union to grant, on the basis of Article 122(2) TFEU, ad hoc financial assistance to a Member State when it is found that that Member State is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control».

(cases *Gauweiler, Pringle, Weiss*)<sup>(41)</sup>, and domestic courts (lastly the judgment of the *Bundesverfassungsgericht* of 5 May 2020)<sup>(42)</sup>. The main reason is related to the will of some Member States, such as Austria, Denmark, Germany and the Netherlands. These States pursue the goal of safeguarding restrictive budget policies in the Eurozone and desire to avoid any form of mutualization of debts.

6. The functioning of SURE is similar to that of the “European Financial Stabilization Mechanism” (EFSM)<sup>(43)</sup>. This is the device that in the initial phase of the financial crisis of 2010 (the “European Debt Crisis”) provided a first assistance to Greece, Ireland and Portugal.

The EFSM had the goal of preserving financial stability across the EU and to improve the borrowing capacities of weaker EU economies. Article 2 of Regulation 407/2010 stated that «the Union financial assistance for the purposes of this Regulation shall take the form of a loan or of a credit line granted to the Member State concerned. To this end, in accordance with a Council decision pursuant to Article 3, the Commission shall be empowered on behalf of the European Union to contract borrowings on the capital markets or with financial institutions». The beneficiary State had, however, to implement an adjustment program (“conditionality clause”), as clearly envisaged by Article 3, para. 4, (c)<sup>(44)</sup>, and para. 5<sup>(45)</sup>. Scholars have established a few analogies with the EFSM.

---

<sup>(41)</sup> MOON, *The European Central Bank – judicial review of monetary policy and banking supervision*, *EU Law Analysis*, 28 January 2019, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/01/the-european-central-bank-judicial.html>.

<sup>(42)</sup> BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15 - paragraphs 1-237, [http://www.bverfg.de/e/rs20200505\\_2bvr085915en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html).

<sup>(43)</sup> Council Regulation (EU) 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilization mechanism. Cf. RYVKIN, *Saving the Euro «Tensions with European Treaty Law in the European Union’s Efforts to Protect the Common Currency*, *Cornell International Law Journal*, 2012, vol. 45, p. 227 ff.

<sup>(44)</sup> «The decision to grant a loan shall contain: an approval of the adjustment programme prepared by the beneficiary Member State to meet the economic conditions attached to the Union financial assistance».

<sup>(45)</sup> «The Commission and the beneficiary Member State shall conclude a Memorandum of Understanding detailing the general economic policy conditions laid down by the Council. The Commission shall communicate the Memorandum of Understanding to the European Parliament and to the Council».

As previously stated, the main goal of SURE is that of averting excessive rise in unemployment in the EU area through the preservation of jobs. However, Regulation 2020/672 does not explicitly mention the “solidarity clause” envisaged by Article 222 TFEU, even if recalls the principle of solidarity <sup>(46)</sup>. SURE is a pooling of funds from all Member States, although with different contributions, to meet a total of €100 billion in loans. These credits have been primarily addressed to the most affected States, such as Italy and Spain. Beneficiary States «shall use financial assistance primarily in support of their national short-time work schemes or similar measures, and, where applicable, in support of relevant health-related measures» (Article 3, para. 2). The domestic measures «should be directly related to the creation or extension of “short-time work schemes” and to similar measures, including measures for self-employed persons, or to some health-related measures. Short-time work schemes are public programmes that in certain circumstances allow businesses experiencing economic difficulties to temporarily reduce the hours worked by their employees, who are provided with public income support for the hours not worked» (Recital 7).

The Commission is the EU institution entitled to concede the loan, in accordance with a Council implementing decision (adopted with a qualified majority) and on the basis of a specific request by a Member State (Article 4).

The Commission must therefore consult the Member State concerned and verify that the conditions to grant the loan are fulfilled. According to «sudden and severe increase in actual and possibly also planned public expenditure directly related to short-time work schemes and similar measures, as well as, where appropriate, to relevant health-related measures, in the Member State requesting financial assistance which are linked to the exceptional occurrence caused by the Covid-19 outbreak» (Article 6, para. 2).

As previously observed, unlike the loans granted during the previous economic crisis, there is not a strict conditionality and in

---

<sup>(46)</sup> Article 222 TFEU envisages the possibility for EU Member States to provide assistance to another EU Member State which is the victim of a natural or man-made disaster. On the “Solidarity Clause” during the Covid-19 Pandemic, see CASOLARI, *Prime considerazioni sull’azione dell’Unione ai tempi del Coronavirus*, *Eurojus*, p. 95 ff.

particular a request of structural reforms like in the case of the “European Stability Mechanism”.

7. SURE is a very important instrument adopted by the EU to respond – in a logic of solidarity – to the worst economic consequences caused by the Covid-19 pandemic. SURE has also underlined the importance of short-term work schemes and has provided EU Member States an incentive to use them in adopting policies against unemployment.

However, SURE is only a temporary rescue operation and cannot yet be considered as a first step towards a permanent EU borrowing capacity that could be utilized as a stabilization tool. Statistics predict that the consequences of Covid-19 on unemployment will be critical and long-lasting<sup>(47)</sup>. The long-term impact of Covid-19 will largely depend on the type of recession that it will cause. In case of a “V-shaped recession”, which means that the economy will rebound quickly, EU measures put in place will be enough to mitigate the economic and social impact of the contagion. But in the worst scenario, if the economic crisis would result in stagnation (“U-shaped recession”), with a risk of a structural unemployment, the EU will be forced to set up more structural measures alongside cyclical measures<sup>(48)</sup>.

The size of the resources provided for the SURE mechanism appears insufficient if considered separately from other instruments, such as the “Recovery Fund”. These limited resources could only finance the pressure on the labor market brought on by the crisis for a short amount of time. To be effective, therefore, they should be complemented by other tools. In other words, the SURE device must support and interact with other instruments to boost growth and employment.

One may also wonder if SURE might be considered as a real form of solidarity towards the EU Member States that have had the most Covid-19 cases and deaths. The issue is controversial, since the

---

<sup>(47)</sup> <https://www.brookings.edu/research/the-effects-of-covid-19-on-international-labor-markets-an-update/>.

<sup>(48)</sup> ERKEN *et al.*, *Looking beyond the Covid-19 crisis*, *Rabobank - Economic Research*, 30 April 2020, <https://economics.rabobank.com/publications/2020/april/looking-beyond-the-covid-19-crisis/>.

resources of SURE are not drawn from the EU budget, that is preserved from being utilized, but are based on voluntary contributions. The provision of financial aid related to Covid-19 to the most impacted States was not indeed conceived in a perspective of a real sharing by Member States of the risks related to an event “out of control”, such as a pandemic, since the largest share is addressed to the creation of growth and jobs and to the reduction of economic gaps between EU Member States <sup>(49)</sup>.

Furthermore, SURE, as well as more in general the “EU stimulus package against Covid-19” does not deal with the core issue: how to pay in the long term the reconstruction of the EU economy? In few words, who will pay the recovery of weaker economies of the Eurozone? The *post* Covid-19 EU action should certainly be focused on the social pillar. In light of the negative economic consequences of the contagion and of the growing anti-Europeanism amongst citizens of a number of EU Member States, EU institutions should focus their efforts towards a reinforcement of the social dimension in order to gain trust in the public opinion. Therefore, a reinforcement of the social policy would constitute a tangible proof of the intention of EU Member States whether or not these wish to exclusively foster the economic growth. Indeed, European policies should also be aimed to realize common projects in the social field in order to design a new European social model and protect the values of solidarity upon which the EU is founded.

---

<sup>(49)</sup> [https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-budget/expenditure\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-budget/expenditure_en).

EMERGENZA SANITARIA E *MARITIME LABOUR*  
*CONVENTION*: ALLA RICERCA DEI «*CORE RIGHTS*» DEL  
LAVORATORE MARITTIMO

Elisa Ruozzi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Nota dell'*International Labour Office*: diritti “derogabili”. – 3. *Segue*: diritti «inderogabili». – 4. La crisi sanitaria fra “pragmatismo” e tutela dei diritti fondamentali. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il lavoro marittimo costituisce, come è noto, uno dei settori in cui le dinamiche della globalizzazione si sono manifestate fin dai tempi più antichi; unito alle difficoltà e ai pericoli che l’ambiente marino presenta per coloro che vi lavorano, ciò ha contribuito al progressivo consolidarsi di un *corpus iuris* internazionale tramite la successiva adozione, in seno all’Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), di numerose convenzioni in materia. Questa complessa rete di vincoli pattizi ha trovato definitivo consolidamento nella Convenzione sul lavoro marittimo (*Maritime Labour Convention*, MLC) del 2006<sup>(1)</sup>, entrata in vigore nel 2013. Non è naturalmente possibile, in questa sede, dare conto della struttura e delle caratteristiche della Convenzione, in relazione alle quali si rinvia all’ampia letteratura in materia<sup>(2)</sup>.

Scopo del presente scritto è quello di fornire alcuni spunti di riflessione sul tema a partire da un documento adottato il 7 aprile

---

<sup>(1)</sup> *Maritime Labour Convention*, Ginevra, Ginevra, 7 febbraio 2006, entrata in vigore 20 agosto 2013.

<sup>(2)</sup> Fra le opere di natura generale si vedano, fra gli altri, *The Maritime Labour Convention 2006: International Labour Law Redefined* Lavelle et al. (eds.) New York, 2014; *The Maritime Labour Convention, 2006: A Legal Primer to an Emerging International Regime* McConnell et al. (eds.), Leiden/Boston, 2011; ZANOBETTI PAGNETTI, *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, Bologna, 2008; MARIN, CHARBONNEAU, *Une convention innovante pour le travail maritime?: les apports de la Convention du travail maritime (CTM) de 2006*, *Annuaire de droit maritime et océanique*, 2009, p. 445 ss.; CANTONI, *La tutela internazionale del lavoro dei marittimi: la nuova Convenzione ILO*, *La comunità internazionale*, 2007, p. 713 ss.; GOY, *La Convention du travail maritime*, *Annuaire de droit de la mer*, 2006, p. 277 ss.

2020 tramite cui, anche a seguito di richieste di chiarimenti presentate da Stati, associazioni di categoria e sindacali, l'OIL intende affrontare il tema dell'incidenza delle misure di contenimento del virus Covid-19 – fra cui, *in primis*, le restrizioni alla libera circolazione e il divieto di accesso al territorio nazionale e sull'osservanza dei diritti previsti dalla Convenzione<sup>(3)</sup>. La nota informativa, che si basa sul lavoro svolto dal Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni dell'ILO<sup>(4)</sup>, segue e menziona altri atti emanati in materia dai rappresentanti dello *Special Tripartite Committee*<sup>(5)</sup>, dall'*International Maritime Organization*<sup>(6)</sup>, dall'*International Chamber of Shipping*<sup>(7)</sup> e dall'*International Transport Workers' Federation*<sup>(8)</sup>.

Prima di entrare nel merito dei singoli diritti, e riproducendo il contenuto dell'art. VII della MLC, la Nota enfatizza la necessità che qualsiasi deroga alla Convenzione o qualsiasi applicazione “flessibile” della stessa debba essere preceduta dalla consultazione fra i rappresentanti delle parti sociali coinvolte e comunicata all'*International Labour Office*. Successivamente, nel contemplare la possibilità che le circostanze legate alla diffusione e al contenimento del virus possano costituire una causa di forza maggiore, la Nota specifica come tale causa, lungi dal far venir meno l'obbligo in parola, ha in realtà il solo effetto di giustificarne la violazione finché sussistono le circostanze che ne rendono «materialmente ed obiettivamente impossibile» il rispetto. Tali considerazioni, che all'apparenza altro non fanno che ribadire

---

<sup>(3)</sup> *Information Note on Maritime Labour Issues and Coronavirus (Covid-19)*, 7 aprile 2020.

<sup>(4)</sup> Il Comitato, istituito nel 1926, è composto da venti giuristi di riconosciuta fama nominati dal *Governing Body* per tre anni. Esso ha il compito di esaminare i rapporti inviati dagli Stati relativi all'attuazione delle convenzioni da essi ratificate e di fornirne una valutazione tecnica e imparziale.

<sup>(5)</sup> *Statement of the Officers of the STC on the Coronavirus Disease (Covid-19)*, 31 marzo 2020. Lo *Special Tripartite Committee* è formato da due rappresentanti nominati dal Governo di ciascuno Stato membro e dai rappresentanti degli armatori e dei marittimi nominati dal *Governing Body* dell'ILO (MLC, art. XIII).

<sup>(6)</sup> *Circular Letter No.4204/Add.14, Coronavirus (Covid-19) – Recommended Framework of Protocols for Ensuring Safe Ship Crew Changes and Travel During the Coronavirus (Covid-19) Pandemic*, 5 maggio 2020.

<sup>(7)</sup> *Coronavirus (Covid-19): Guidance for Ship Operators for the Protection of the Health of Seafarers*, 29 maggio 2020.

<sup>(8)</sup> *Covid-19 Advice to Ships and Seafarers*, 2 marzo 2020.

quanto già previsto dalle norme in materia di responsabilità internazionale <sup>(9)</sup>, sono in realtà prodromiche ad un’affermazione che trascende il dato meramente giuridico, esortando gli Stati a far sì che la pandemia «non venga utilizzata come scusa al fine di violare la MLC».

Senza entrare nel merito dell’effettiva responsabilità degli Stati rispetto alla compressione dei diritti dei lavoratori marittimi, né dell’esclusiva riconducibilità di tale compressione alle misure di contenimento, è significativo osservare come, a distanza di poche settimane, l’*International Transport Workers’ Federation* abbia deciso di prestare assistenza ai lavoratori marittimi che decidano di interrompere l’esecuzione delle proprie mansioni e di fare ritorno al proprio domicilio, lasciando le navi su cui sono imbarcati. Tale decisione viene motivata tramite la mancata adozione, da parte degli Stati interessati, di quanto finora richiesto dai lavoratori marittimi, fra cui in particolare la loro designazione dei quali “key workers”, la loro esenzione dalle misure restrittive della libera circolazione e il loro rimpatrio <sup>(10)</sup>. I frequenti divieti di sbarco opposti dagli Stati sarebbero all’origine, in particolare, del protrarsi dei turni di servizio a bordo oltre i limiti considerati accettabili e del mancato accesso alle cure, con grave pregiudizio per la salute ed il benessere dei lavoratori.

Nei paragrafi che seguono, verrà fornita una sintesi del contenuto della Nota informativa rispetto ai diversi diritti menzionati, che si è ritenuto utile classificare sulla base della loro natura derogabile o meno; nonostante il documento in parola non operi direttamente tale distinzione, dalla lettura dello stesso emerge chiaramente come, secondo l’*International Labour Office*, solo in alcuni casi le misure di contenimento del virus siano atte a giustificare l’inosservanza degli obblighi pattizi. Questo primo dato verrà successivamente utilizzato per cercare di formulare alcune osservazioni di più ampio respiro sull’incidenza dell’emergenza sanitaria rispetto alla tutela del lavoro marittimo.

---

<sup>(9)</sup> Si veda a questo proposito l’art. 23 (“force majeure”) del Progetto di articoli redatto dalla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, che la Nota menziona (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. 56/83, 12 dicembre 2001).

<sup>(10)</sup> *Enough Is Enough: World’s Seafarers Will Now Exercise Right to Leave Ships Amid Covid-19 Failures*, 15 giugno 2020.

2. Fra gli obblighi di natura “flessibile” rientrano, in primo luogo, il transito dei lavoratori marittimi e il loro rimpatrio, previsti dalla Convenzione n. 185 sui documenti di identità dei marittimi del 2003 e dalla *Regulation 2.5* della MLC. La prima prevede infatti che gli Stati membri consentano l’entrata nel proprio territorio dei lavoratori in possesso di uno specifico documento di identità, i quali debbano raggiungere la nave su cui devono imbarcarsi, che debbano transitare su tale territorio per raggiungere una nave situata in un altro Stato o ai fini del loro rimpatrio, oppure per altre motivazioni approvate dalle autorità competenti <sup>(11)</sup>. La *Regulation 2.5* prevede poi l’obbligo di rimpatrio del lavoratore nelle circostanze previste dal Codice <sup>(12)</sup>, nonché l’istituzione di una garanzia finanziaria a questo fine <sup>(13)</sup>. Le circostanze in parola comprendono la scadenza naturale del rapporto contrattuale, il venir meno di tale rapporto da parte dell’armatore o del lavoratore, oppure la sopravvenuta impossibilità per il marittimo di svolgere la propria funzione <sup>(14)</sup>.

La Nota definisce come «vitale» il fatto che, durante la pandemia, ai lavoratori marittimi venga garantita la possibilità del ritorno a casa, senza tuttavia che vengano pregiudicate misure di contenimento proporzionali e specifiche. La libertà di movimento viene inquadrata all’interno del più generale impegno a garantire che i flussi di merci – fra cui medicinali e cibo – ed energia non vengano interrotti, il che a sua volta esige il regolare svolgimento dell’attività di navigazione e la circolazione dei lavoratori marittimi. È in questa prospettiva che i rappresentanti dello *Special Tripartite Committee* (STC) dell’ILO hanno richiesto agli Stati che tali lavoratori siano considerati quali “key workers”, nonché la loro esenzione dalle restrizioni vigenti, anche ai fini del regolare cambio degli equipaggi <sup>(15)</sup>. L’aspetto in parola è stato peraltro oggetto di alcune regole quadro, proposte da un ampio numero di associazioni legate al mondo del trasporto marittimo, volte a facilitare la turnazione del

---

<sup>(11)</sup> *Seafarers’ Identity Documents Convention (Revised), 2003, as amended (No. 185)*, Ginevra, 3 giugno 2003, entrata in vigore il 9 febbraio 2005, art. 6, par. 7.

<sup>(12)</sup> MLC, *Regulation 2.5*.

<sup>(13)</sup> *Ivi*, par. 2.

<sup>(14)</sup> *Ivi*, *Standard A2.5.1*, par. 1.

<sup>(15)</sup> *Statement of the Officers of the STC on the Coronavirus Disease (Covid-19)*, pp. 1-2.

personale e il viaggio durante l'emergenza sanitaria. Il documento è stato incluso all'interno di una *Circular Letter* inviata dal Segretario Generale dell'IMO alle Nazioni Unite, ad organizzazioni internazionali e ad organizzazioni non governative dotate di status consultivo presso l'IMO stessa <sup>(16)</sup>.

Se, da un lato, la scadenza del contratto di lavoro può essere all'origine del rimpatrio del lavoratore, è altresì vero che il frangente attuale ha visto numerosi marittimi rimanere a bordo oltre il termine in parola, su richiesta dell'armatore o dello Stato di bandiera. Pur riportando la raccomandazione, espressa dallo STC, di un approccio «pragmatico» a fronte di tali richieste, la Nota sottolinea come l'estensione temporale del contratto debba avvenire in conformità alle leggi nazionali e come il consenso debba sempre rimanere un requisito fondamentale, in conformità all'art. 2.1, par. 2, della Convenzione sul lavoro marittimo.

Problema simile è quello che si è posto rispetto al periodo massimo di lavoro di undici mesi previsto dalla MLC, con conseguente violazione della *Regulation 2.4* della stessa, la quale prevede il diritto del lavoratore marittimo a godere di ferie retribuite. Il documento in esame prevede che le autorità nazionali possano autorizzare eccezioni a tale norma, a condizione che esse siano accompagnate da apposite salvaguardie atte a prevenire il rischio di abusi – fra cui, ad esempio, l'impegno ad un regolare riesame della situazione – e che siano strettamente necessarie. Secondo l'*International Labour Office*, l'assenza di specifiche disposizioni nazionali non osta al superamento del periodo massimo di permanenza a bordo in situazioni di forza maggiore o necessità, come ad esempio l'espletamento della quarantena a bordo della nave. Il documento evidenzia come il tema sia stato oggetto di attenzione nel quadro di tre diversi *Memoranda of Understanding* <sup>(17)</sup>, i quali prevedono la possibilità di estendere il periodo a bordo tramite valutazioni da svolgersi caso per caso.

---

<sup>(16)</sup> *Coronavirus (Covid-19) – Recommended framework of protocols for ensuring safe ship crew changes and travel during the coronavirus (Covid-19) pandemic*, *Circular Letter* n. 4204/Add.14, 5 maggio 2020.

<sup>(17)</sup> I “*Memoranda of Understanding*” sono accordi amministrativi fra autorità marittime nazionali che prevedono l'ispezione delle navi che giungono nei porti degli Stati membri al fine di verificare l'osservanza dei requisiti stabiliti da una serie di strumenti internazionali in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori

Un approccio «pragmatico» è altresì quello raccomandato in relazione all'eventuale scadenza del certificato medico, richiesto dall'art. 1.2 della MLC e dalla Convenzione internazionale sugli standard di addestramento, abilitazione e tenuta della guardia per i marittimi<sup>(18)</sup>, la cui durata non deve eccedere i due anni<sup>(19)</sup>. Le restrizioni adottate al fine di contenere la pandemia possono costituire, secondo l'*International Labour Office*, causa di forza maggiore atte a giustificare il mancato rinnovo del certificato, rinnovo che dovrà avvenire non appena possibile. Viene quindi richiesta flessibilità sia alle amministrazioni incaricate di emettere i certificati in parola, sia alle autorità dello Stato del Porto incaricate delle procedure di verifica dell'osservanza della Convenzione previste dal Titolo V della stessa<sup>(20)</sup>.

Per quanto concerne la formazione del personale, la *Regulation 1.3* della Convenzione prevede l'addestramento o la certificazione delle competenze dei lavoratori marittimi quali prerequisiti indispensabili ai fini del loro impiego a bordo<sup>(21)</sup>. L'*International Labour Office* richiama in primo luogo la *Circular letter* dell'IMO menzionata in precedenza, che riconosce l'impatto negativo delle misure di contenimento, per poi affermare la necessità di un

---

accettati dalle parti. Fra tali strumenti rientrano le Convenzioni ILO. Si tratta, per la precisione, del *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, dell'*Indian Ocean Memorandum of Understanding on Port State Control* e del *Paris Memorandum of Understanding on Port State Control*. Sul punto si rinvia in particolare a TURCO BULGHERINI, *Port State Control*, in *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues* Del Vecchio (a cura di), L'Aia, 2014, p. 205 ss.

<sup>(18)</sup> *International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers*, Londra, 7 luglio 1978, entrata in vigore 28 aprile 1984, art. VI.

<sup>(19)</sup> MLC, *Standard A1.2*, par. 7, lett. a).

<sup>(20)</sup> La Parte V della MLC prevede infatti un complesso meccanismo di certificazione e verifica, basato sull'obbligo dello Stato di bandiera, tramite le proprie autorità oppure «organizzazioni riconosciute» a questo scopo, di garantire l'osservanza della Convenzione a bordo delle navi battenti la propria bandiera (*Regulation 5.1.1*). A ciò si aggiunge la competenza dello Stato del porto a condurre ispezioni volte a verificare le condizioni di vita e di lavoro (*Regulation 5.2.1*, par. 1). Tali ispezioni, basate in prima battuta sull'esistenza e la regolarità dei certificati previsti dalla MLC (ivi, par.2) possono altresì comprendere procedure più dettagliate da svolgersi a bordo (*Standard A5.2.1*, par.1).

<sup>(21)</sup> *Regulation 1.3*, par.1.

approccio pragmatico da parte delle autorità responsabili dell'emissione dei certificati così come delle autorità portuali. Il documento sembra tuttavia, nel paragrafo successivo, ridimensionare tali aperture: «nonostante la situazione attuale sembri richiedere una certa flessibilità rispetto all'estensione dei certificati» - si legge - «essa non consentirebbe in linea di principio una deviazione dai requisiti applicabili all'emissione iniziale».

Il tema della certificazione viene altresì affrontato in termini più generali, con riferimento al complesso dei documenti la cui esistenza e validità devono essere verificate. Le misure di contenimento possono infatti essere all'origine dell'impossibilità, per le autorità competenti, di condurre le procedure di ispezione e, per le navi, di ricevere la manutenzione ed il supporto necessari. Ancora una volta, quindi, tali misure possono fungere da causa di forza maggiore rispetto all'osservanza degli obblighi convenzionali, giustificando soluzioni non previste dalla MLC, quali l'estensione dei certificati in essere oppure l'emissione di certificati provvisori.

Ultimo aspetto oggetto di attenzione nell'ambito dei diritti derogabili consiste nella possibilità per il lavoratore di godere di congedi a terra e di usufruire in quella sede di strutture finalizzate al proprio benessere, come previsto dall'articolo 2.4, par. 2, della MLC. Con un linguaggio chiaramente assertivo, il documento afferma come le autorità marittime debbano continuare <sup>(22)</sup> a rispettare gli obblighi in parola, pur senza arrecare pregiudizio a misure di contenimento proporzionate e specifiche. Riportando l'opinione dei rappresentanti dello STC, l'Ufficio sottolinea l'esacerbarsi degli stati di stress ed isolamento dei lavoratori marittimi in ragione dell'epidemia, definendo «preoccupante» il fatto che in talune circostanze ad essi sia stato negato accesso alle strutture in oggetto, volte proprio a contribuire al benessere psicofisico.

3. Il primo, in ordine di apparizione, dei diritti presi in esame dalla Nota concerne la finalità primaria della MLC, vale a dire la tutela della vita e della salute dei lavoratori, che trova codificazione nell'art. IV della MLC: tale disposizione prevede infatti il diritto del lavoratore marittimo a svolgere la propria mansione in un luogo

---

(22) «[M]ust continue» nel testo originale.

sicuro (“safe and secure”) <sup>(23)</sup> e ad avere accesso a cure mediche e ad altre forme di protezione sociale <sup>(24)</sup>. Tali diritti, ed i corrispondenti obblighi in capo allo Stato di bandiera così come allo Stato del porto, trovano specificazione nella *Regulation 4.1* <sup>(25)</sup> la cui attuazione comporta, nel contesto della crisi dettata dal Covid-19, la protezione dei lavoratori dal contagio, compresa la disponibilità di dispositivi di protezione, senza alcuna discriminazione rispetto ai passeggeri delle navi.

Oltre a richiamare le linee guida emanate in materia dall’OMS <sup>(26)</sup>, il documento evidenzia come l’osservanza degli obblighi che incombono in capo alle due categorie di Stati non possa in alcun modo essere compromessa dalla carenza di attrezzature mediche a livello globale, né dalle misure di contenimento del virus. Ulteriore aspetto che viene sottolineato, tramite un richiamo al documento precedentemente emanato dai rappresentanti dello STC, concerne l’accesso delle navi al carburante, a pezzi di ricambio ed altri beni essenziali, compresi i dispositivi di protezione. In alcuni casi tale accesso è stato infatti pregiudicato poiché, in ragione di un precedente scalo della nave presso porti di Stati toccati dalla pandemia, ad essa non è stato consentito l’attracco. Nel condannare tale prassi, l’Ufficio richiama l’*International Medical Guide for Ships* <sup>(27)</sup>, così come le indicazioni fornite dall’“International Maritime Health Association e all’International Chamber for Shipping”.

Strettamente collegato alla sicurezza a bordo è poi il tema dei livelli minimi di personale presente a bordo; in base alla “Regulation 2.7”, il numero di membri dell’equipaggio e le loro qualifiche devono essere sufficienti a garantire la sicurezza e l’efficienza della navigazione <sup>(28)</sup>. Se, da un lato, la riduzione dei livelli minimi di

---

<sup>(23)</sup> MLC, art. IV, par. 1.

<sup>(24)</sup> *Ivi*, par. 4.

<sup>(25)</sup> In termini generali, la *Regulation* prevede l’obbligo di proteggere la salute dei lavoratori e di fornire loro accesso a cure mediche a bordo della nave e a terra.

<sup>(26)</sup> *Operational considerations for managing Covid-19 cases/outbreak on board ships*, 25 marzo 2020.

<sup>(27)</sup> Pubblicata per la prima volta dall’OMS nel 1967, la “Guida” si trova ora alla terza edizione.

<sup>(28)</sup> *Standard A2.*, par. 1. Il par. 3 specifica altresì come, ai fini della determinazione del numero dei membri dell’equipaggio, si debbano altresì tenere in conto i requisiti relativi al cibo.

personale a bordo viene considerata da alcuni Stati come una soluzione alle limitazioni imposte dalle misure di contenimento, dall'altro viene osservato come, associato al frequente prolungamento del periodo trascorso a bordo dai marittimi, essa possa accentuare la loro fatica, compromettendone la sicurezza; per tale motivo, si ritiene che le amministrazioni debbano continuare ad adempiere a quanto richiesto dalla MLC.

Coerentemente con il rilievo assegnato da quest'ultima alla tutela della vita e della salute dei lavoratori marittimi, lo *Standard A4.2* prevede che l'armatore sia responsabile dei costi legati ad infortunio o malattia a bordo <sup>(29)</sup>. Al fine di garantire efficacia alla disposizione, essa è stata peraltro emendata introducendo l'obbligo, per lo stesso armatore, di fornire una garanzia finanziaria atta ad assicurare la copertura dei costi derivanti da morte o disabilità di lungo periodo <sup>(30)</sup>. Posto il diritto, in capo al lavoratore che in ragione della malattia o dell'infortunio sia inabile al lavoro, di continuare a percepire il proprio stipendio <sup>(31)</sup>, si ritiene che tale diritto debba trovare applicazione in caso di contagio da Covid-19 e altresì in caso di quarantena a bordo o a terra, al fine di risarcire il mancato guadagno che ne consegue. Coerentemente con lo *Standard A4.2.1* paragrafo 1 lett.c), la responsabilità dell'armatore per le spese mediche e di soggiorno sostenute a bordo si estenderà, secondo il documento, ad eventuali periodi di quarantena o isolamento fino al completamento del rimpatrio, a meno che l'onere sia assunto dalle autorità competenti.

Una menzione particolare merita poi il tema dell'abbandono dei marittimi, oggetto anch'esso di un emendamento, volto ad estendere l'obbligo dell'armatore di istituire una garanzia finanziaria a copertura dei costi derivanti da tale frangente <sup>(32)</sup>. Introdotto al fine di mitigare, perlomeno sul piano finanziario, il fenomeno

---

<sup>(29)</sup> Standard A4.2, par. 1, lett. a).

<sup>(30)</sup> *Ivi*, lett. b).

<sup>(31)</sup> Il par. 3 prevede che lo stipendio debba essere corrisposto integralmente finché il lavoratore si trova a bordo, oppure fino al suo rimpatrio (lett. a) e che lo stesso debba avvenire secondo i termini previsti dalla legislazione nazionale o dal contratto collettivo fino al momento della sua guarigione oppure anteriormente, ove egli percepisca benefici da parte dello Stato interessato.

<sup>(32)</sup> Standard A2.5.2 par.1. Sugli emendamenti si veda CHAUMETTE, CHARBONNEAU, *Premiers amendements à la Convention du travail maritime de l'OIT de 2006, Droit Social*, 2016, p. 802-810.

dell'abbandono delle navi e dei relativi equipaggi da parte degli armatori per ragioni economiche, il nuovo testo prevede che l'abbandono si verifichi nei casi in cui l'armatore sia venuto meno all'obbligo di rimpatrio previsto dalla *Regulation 2.5* <sup>(33)</sup>, qualora egli abbia privato il lavoratore del sostegno economico necessario <sup>(34)</sup>, oppure ancora abbia unilateralmente interrotto il rapporto contrattuale venendo meno, fra le altre cose, al versamento dello stipendio per almeno due mesi <sup>(35)</sup>. Secondo la Nota, il fenomeno dell'abbandono dei marittimi – che ha peraltro subito un parziale rallentamento rispetto agli anni immediatamente successivi alla crisi economica del 2008 – potrebbe tornare di triste attualità a causa delle misure di contenimento del virus o, in ogni caso, in concomitanza con la difficile congiuntura economica <sup>(36)</sup>. A questo fine, viene sottolineato come gli Stati di bandiera, gli Stati del porto e gli Stati “with labour-supplying responsibilities” <sup>(37)</sup> rimangano vincolati a

---

<sup>(33)</sup> *Standard A2.5.2*, par. 2, lett. a).

<sup>(34)</sup> *Ivi*, lett. b).

<sup>(35)</sup> *Ivi*, lett. c). Nei casi elencati, la garanzia finanziaria dovrà coprire i costi equivalenti a quattro mesi di salario, le spese ragionevolmente sostenute dal lavoratore, comprese quelle di rimpatrio, e quelle derivanti dal soddisfacimento delle sue esigenze essenziali (*Standard A2.5.2*, par. 9). Sul punto mi si consenta di rinviare a RUOZZI, *Toward a Growing Protection of Social Rights of Seafarers: The Amendments to the Maritime Labour Convention, 2006 Concerning Financial Security for Abandoned Seafarers and for Death and Long-Term Disability*, *Il diritto marittimo*, 2016, p. 519 ss.

<sup>(36)</sup> Al fine di monitorare il fenomeno dell'abbandono dei lavoratori marittimi, l'ILO ha istituito un apposito database volto a raccogliere tutti i casi ad essa riportati (*Abandonment of Seafarers Database*). Al momento della redazione del presente articolo, si registrano dieci casi di abbandono avvenuti nel 2020. Secondo i dati a disposizione dell'ITF, sono circa 200.000 i marittimi attualmente abbandonati e impossibilitati a fare ritorno al proprio domicilio durante il periodo della pandemia. Particolare attenzione ha suscitato il caso dell'*Astoria*, nave da crociera battente bandiera portoghese abbandonata al largo delle coste della Gran Bretagna e il cui equipaggio, privo di stipendio da quattro mesi, ha dato inizio ad uno sciopero della fame al fine di ottenere il rimpatrio.

<sup>(37)</sup> La *Regulation 5.3* prevede che specifiche responsabilità sorgano a carico dello Stato di cui il lavoratore è cittadino, oppure nel quale è egli residente o domiciliato (cosiddetto “State with labour-supplying responsibilities”) nella misura in cui ciò venga previsto dalla Convenzione. È questo il caso, ad esempio, dell'abbandono dei marittimi: ove l'armatore venga meno al proprio dovere di provvedere al rimpatrio del lavoratore, infatti, la responsabilità ricadrà sullo Stato di bandiera o, in ulteriore subordine, sullo Stato da cui il rimpatrio dovrebbe avvenire o su quello di cittadinanza del lavoratore (*Standard A2.5.2*, par. 5 lett. a).

quanto previsto dalla “Regulation 2.5”. La rilevanza assegnata al rimpatrio del lavoratore nei casi di abbandono, rispetto agli altri casi in cui esso è previsto, conferma quindi il primato, in termini di tutela, che la Convenzione assegna a tale specifica circostanza, primato del resto già desumibile dal fatto che solo in relazione all’abbandono sia stato previsto l’obbligo di istituire una garanzia finanziaria.

4. Un primo dato saliente che emerge dalla lettura della Nota informativa risiede nel fatto che il pragmatismo a cui dovrebbe ispirarsi la condotta dei diversi attori coinvolti, oltre ad applicarsi esclusivamente ai diritti considerati derogabili, debba in ogni caso essere controbilanciato dalla contrattazione collettiva fra le parti sociali. Quest’ultima – che, non a caso, forma parte dei “core labour standards” enucleati dall’ILO nel 1998 <sup>(38)</sup> – deve quindi fungere da elemento equilibrante a fronte di quelle situazioni in cui si ritiene che le misure di contenimento possano effettivamente giustificare una violazione dei diritti dei lavoratori a titolo di causa di forza maggiore o di stato di necessità. In altri termini, ciò che il documento sembra suggerire è che i normali esimenti previsti dalle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati non possano, perlomeno nell’ambito della MLC, in alcun modo pregiudicare il dovere degli Stati parti di garantire il confronto fra le parti sociali in merito ad eventuali compressioni dei diritti dei lavoratori.

Una seconda osservazione concerne la natura dei diritti non derogabili e, precisamente, la circostanza che, *ratione materiae*, essi siano essenzialmente riconducibili alla tutela della vita, della salute e dell’integrità fisica del lavoratore – aspetti, questi, che nel lavoro marittimo assumono precipua rilevanza alla luce dei rischi presentati dall’ambiente marino e dalla nave in quanto luogo di vita e di lavoro. È questo il caso, ad esempio, della salienza assegnata al diritto al rimpatrio in caso di abbandono del marittimo evidenziata in precedenza, la quale è agevolmente spiegabile alla luce dei rischi più elevati, rispetto alle altre ipotesi in cui il diritto di rimpatrio deve essere garantito, per la vita e la sicurezza del lavoratore marittimo che l’abbandono comporta. Ulteriore conferma di come la tutela di

---

<sup>(38)</sup> ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up. Adopted by the International Labour Conference at its Eighty-sixth Session, Geneva, 18 giugno 1998 (Annex modificato il 15 giugno 2010).

tali beni giuridici distingue i diritti derogabili da quelli non derogabili si ha ove si consideri l'atteggiamento per così dire riluttante dell'*International Labour Office* rispetto al fatto che fra i secondi rientri altresì il diritto del marittimo a non lavorare a bordo di una nave in assenza di un adeguato addestramento oppure della certificazione delle proprie competenze. Come è stato osservato in precedenza, pur allineandosi all'idea, espressa dai rappresentanti del STC <sup>(39)</sup>, della natura flessibile di tale diritto, la Nota sottolinea come in linea di principio i requisiti previsti al momento dell'emissione dei certificati in oggetto dovrebbero essere rispettati. Tale riluttanza può spiegarsi, a parere di chi scrive, tramite lo stretto legame intercorrente fra i requisiti in materia di formazione, compresa la relativa certificazione, e la sicurezza a bordo del marittimo, come peraltro emerge dal Preambolo della Convenzione STWC, il quale annovera la sicurezza della vita in mare fra gli obiettivi da essa perseguiti.

Senza naturalmente porre in discussione il valore del diritto alla vita, la cui tutela è peraltro prevista da una norma internazionale di natura consuetudinaria, gli sviluppi recenti nell'ambito del lavoro marittimo e, in particolare, la decisione dell'*International Transport Federation* di supportare l'interruzione delle mansioni lavorative e l'abbandono delle navi da parte dei lavoratori inducono ad ipotizzare che l'analisi dell'effettiva osservanza dei diritti sanciti dalla MLC possa collocarsi lungo un ulteriore asse, relativo non già al bene giuridico tutelato, bensì alle prerogative dei diversi Stati coinvolti nel lavoro marittimo. Secondo quanto sostenuto dall'ITF, infatti, i gravi problemi che i lavoratori si trovano ad affrontare derivano dalla violazione non già di uno o più diritti inderogabili, bensì dei diritti al transito e al rimpatrio la cui compressione, perpetuata nel tempo, ha condotto a conseguenze talmente gravi da condurre a serie violazioni dei diritti dei lavoratori e ad incidere altresì sulla vita e sulla salute degli stessi.

Il diritto a regolare l'accesso ed il transito dei lavoratori marittimi rientra fra le prerogative sovrane dello Stato il quale, in virtù della sovranità di cui gode nelle proprie acque interne, ha in

---

<sup>(39)</sup> *Statement of the Officers of the STC on the Coronavirus Disease (Covid-19)*, par. 33.

linea di principio la possibilità di vietare l’accesso ai propri porti <sup>(40)</sup>, la quale è altresì all’origine della mancanza di accesso alle infrastrutture di terra lamentata dalla Nota. A ciò si aggiunga l’assenza, nel diritto consuetudinario, di norme che garantiscano il diritto dello straniero di entrare e soggiornare nel territorio dello Stato, con la conseguenza che le pratiche in parola non solo appaiono *prima facie* legittime ma hanno altresì subito, nel contesto della pandemia, una certa reviviscenza, come del resto dimostrato dai numerosi casi di navi a cui è stato impedito l’attracco in ragione del pericolo che a bordo potessero trovarsi individui contagiati <sup>(41)</sup>. Se quanto prospettato dimostra, ancora una volta, l’inscindibilità del ruolo dei diversi Stati interessati ai fini della tutela del lavoratore, allo stesso tempo induce ad interrogarsi sui mezzi giuridici eventualmente atti ad impedire che l’esercizio delle prerogative dello Stato del porto possa condurre ad una seria violazione dei diritti dei lavoratori.

Senza alcuna pretesa di esaustività rispetto alle complesse tematiche sottese a tali problemi <sup>(42)</sup>, è nel solco della tutela dei diritti umani fondamentali che è possibile identificare elementi utili a questo fine e, più precisamente, nel contesto delle almeno potenziali violazioni che di tali diritti si sono verificate in ragione della prolungata permanenza di migranti a bordo di navi, dettata a

---

<sup>(40)</sup> Sull’inesistenza di una norma di carattere consuetudinario che imponga l’apertura dei porti alle navi straniere si veda per tutti TANAKA, *The International Law of the Sea*, Cambridge, 2015, pp. 80-81.

<sup>(41)</sup> Sebbene non collegato alla materia lavoristica, si ritiene opportuno menzionare l’adozione del decreto interministeriale del 7 aprile 2020, attraverso cui l’Italia ha dichiarato i propri porti inadatti a fungere da «luogo sicuro» ai sensi della Convenzione di Amburgo. È tuttavia importante sottolineare come il divieto di accesso ai porti di fatto sancito dal decreto non sia generico, bensì limitato alle navi battenti bandiera straniera, ove l’operazione di salvataggio sia avvenuta al di fuori della zona SAR italiana. Sul punto si veda MUNARI, *Il decreto interministeriale per gestire l’emergenza covid-19 nell’ambito degli obblighi dell’Italia ai sensi della Convenzione SAR: l’insostenibile «intermittenza» del luogo sicuro per i migranti diretti verso l’Italia*, Sidiblog, 16 aprile 2020.

<sup>(42)</sup> Il riferimento è in particolare alla delicata questione della possibilità per lo Stato di negare l’accesso al proprio porto a navi a bordo delle quali si trovino migranti – compresi richiedenti asilo. La bibliografia sul tema è naturalmente molto ampia; si veda, da ultimo, il contributo di STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il «diritto di obbedire al diritto» (internazionale) del comandante della nave privata*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 5 ss.

sua volta dall'impossibilità di effettuare lo sbarco. Ciò che si intende qui evidenziare è come, nelle occasioni in parola, sia stata da più parti messa in luce la stretta interrelazione fra la prolungata permanenza a bordo di persone che si trovavano già in un cattivo stato psico-fisico e la violazione dei loro diritti fondamentali e come le medesime conclusioni possano ragionevolmente estendersi alla situazione di lavoratori messi a dura prova da turni assai più estesi rispetto a quanto previsto <sup>(43)</sup>.

Se, quindi, l'esercizio delle prerogative dello Stato del porto risulta legittimo alla luce delle norme consuetudinarie e pattizie sul diritto del mare, e nonostante le misure di contenimento che sono all'origine della compressione di tali diritti siano state dettate dall'esigenza di far fronte ad un'emergenza sanitaria, si ritiene che tale esercizio non debba e non possa spingersi fino alla compressione dei diritti dei lavoratori nella misura in cui essi costituiscono al contempo diritti umani fondamentali. Ciò comporta, più specificamente, che l'applicazione di tali misure non possa in alcun caso giustificare divieti di carattere generale in grado di incidere così gravemente sulla vita e sulla salute del lavoratore e che essa debba essere conforme a principi di necessità e proporzionalità. Nella situazione che qui ci occupa questi ultimi consentono, se non impongono, un adeguato bilanciamento fra le esigenze di tutela della salute pubblica e l'adozione di soluzioni specifiche – fra cui la messa a disposizione di infrastrutture di terra per la quarantena e il transito sul territorio in condizioni di sicurezza – che consentano al lavoratore il rimpatrio e il soddisfacimento delle sue esigenze fondamentali.

5. Quanto finora osservato può costituire un punto di partenza al fine di elaborare alcune osservazioni di ordine generale rispetto alla relazione che può instaurarsi fra le misure tese ad arginare la diffusione del virus Covid-19 e l'osservanza dei diritti dei lavoratori marittimi così come codificati dalla Convenzione sul lavoro marittimo. A questo fine, può essere altresì utile prendere in esame alcuni atti emanati dall'Unione europea in questo frangente; oltre a

---

<sup>(43)</sup> Il problema si è posto, come è noto, in relazione alle navi *Sea-Watch 3* e *Diciotti*. Sul punto si veda, in particolare, DEL GUERCIO, *Il caso della "Sea-Watch 3" tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia, Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 355 ss.

costituire un esempio di soluzione adottata a livello regionale, infatti, tali documenti si rivelano utili all’identificazione di alcune linee e tendenze di fondo presenti in questo settore economico, anche a prescindere dalle specifiche circostanze che qui ci occupano <sup>(44)</sup>.

Le difficoltà incontrate dai lavoratori marittimi a fronte delle misure sanitarie e, in particolare, di quelle che hanno condotto l’*International Transport Workers’ Federation* a sostenere coloro che decidano di interrompere la propria prestazione lavorativa si trovano in netto contrasto con quanto previsto non solo dalla MLC, ma anche da alcuni atti adottati dalla Commissione Europea, volti proprio ad assicurare la libera circolazione di merci e lavoratori essenziali durante il periodo dell’epidemia. Il riferimento è, in particolare, alla Comunicazione sulle corsie verdi (“green lanes”) <sup>(45)</sup> e alla Comunicazione contenente orientamenti relativi all’esercizio della libera circolazione dei lavoratori <sup>(46)</sup>, entrambe volte a garantire la libera circolazione delle merci e le catene di approvvigionamento, anche attraverso un’applicazione «consona» delle norme ai lavoratori del settore dei trasporti fra cui, ad esempio, la rimozione di qualsiasi restrizione per i lavoratori che non presentano sintomi <sup>(47)</sup>. In particolare, la Comunicazione contenente gli orientamenti relativi alla libera circolazione dei lavoratori specifica quanto affermato dalla Comunicazione relativa alle “green lanes”, invitando gli Stati a consentire e favorire l’attraversamento del territorio da parte dei lavoratori transfrontalieri, in particolare

---

<sup>(44)</sup> Dal momento che l’Unione Europea non è parte né dell’ILO né della MLC, quest’ultima è stata in larga parte trasposta all’interno del sistema giuridico UE attraverso i meccanismi del dialogo sociale settoriale: all’accordo in materia fra l’organizzazione degli armatori (*European Community Shipowners’ Association*) e il sindacato dei lavoratori marittimi (*European Transport Workers’ Federation*) è stata data attuazione tramite la Direttiva 2009/13 (G.U.U.E. 16 febbraio 2009 L 124, p. 30 ss.).

<sup>(45)</sup> Comunicazione C/2020/1897 della Commissione, *Attuazione delle corsie verdi (“green lanes”) previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali* (G.U.U.E. 24 marzo 2020 C 96I, p.1 ss.).

<sup>(46)</sup> Comunicazione C/2020/2051 della Commissione, *Orientamenti relativi all’esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19* (G.U.U.E. 30 marzo 2020 C 102I, p.12 ss.).

<sup>(47)</sup> Comunicazione C/2020/1897, par.20.

quelli impiegati in “professioni critiche”, fra i quali rientrano appunto i lavoratori marittimi <sup>(48)</sup>.

Proprio a costoro, oltre che ai passeggeri e ad altre persone a bordo delle navi, la Commissione ha dedicato una ulteriore, specifica Comunicazione <sup>(49)</sup>, volta ad affrontare i problemi derivanti dall'incidenza delle misure di contenimento sullo sbarco dei passeggeri e degli equipaggi da un lato e sui cambi di equipaggi dall'altro. Il documento, che si caratterizza innanzitutto per il linguaggio meramente esortativo, prevede sotto il primo profilo il dovere dello Stato di bandiera della nave di consentire lo sbarco in uno dei propri porti, qualora essa batta la bandiera di uno degli Stati dell'UE <sup>(50)</sup>. In caso di nave battente bandiera di uno Stato terzo, ciò dovrebbe nondimeno avvenire “per motivi umanitari”, subordinatamente tuttavia al raggiungimento di “adeguati accordi finanziari e logistici” fra lo Stato e l'operatore della nave <sup>(51)</sup>. Per quanto concerne, poi, il transito, vengono richiamati i documenti menzionati poc'anzi in materia di libera circolazione dei lavoratori, assegnando tuttavia una certa priorità ai cittadini dell'Unione o ai cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo <sup>(52)</sup>.

La Comunicazione cerca poi di istituire un meccanismo di coordinamento fra gli Stati dell'Unione volto alla designazione dei porti finalizzati ai cambi di equipaggio rapidi <sup>(53)</sup>. Nel caso in cui a bordo di una nave vi siano casi sospetti o accertati di contagio tale meccanismo non verrebbe meno bensì, al contrario, parrebbe rafforzarsi, tramite l'indicazione di un criterio basato sul successivo porto di scalo, oppure del porto più vicino <sup>(54)</sup>. Tali indicazioni – pur sempre espresse in termini esortativi – perseguono evidentemente lo scopo di evitare che un'imbarcazione possa essere rifiutata da più

---

<sup>(48)</sup> Comunicazione C/2020/2051, par. 2.

<sup>(49)</sup> Comunicazione C/2020/3100 della Commissione, *Orientamenti relativi alla protezione della salute, al rimpatrio e alle modalità di viaggio per i marittimi, i passeggeri e le altre persone a bordo delle navi* (G.U.U.E. 14 aprile 2020 C 119, p. 1 ss.).

<sup>(50)</sup> *Ivi*, par. 6. Ove lo Stato di bandiera sia impossibilitato ad accogliere la nave, esso dovrebbe «prendere accordi opportuni» con altri Stati dell'Unione o con Stati terzi (par. 7).

<sup>(51)</sup> *Ivi*, par. 8.

<sup>(52)</sup> *Ivi*, par. 13.

<sup>(53)</sup> *Ivi*, par. 30.

<sup>(54)</sup> *Ivi*, par. 37.

porti in ragione del rischio di contagio, con conseguente permanenza forzata a bordo dei membri dell’equipaggio.

L’impressione che emerge dalla lettura del documento è che, pur essendo finalizzato alla tutela dei diritti dei lavoratori marittimi, e nonostante non manchino riferimenti alla MLC, la Commissione Europea adotti in realtà un approccio diverso da quello che dovrebbe caratterizzare l’ambito dei diritti sociali. Come si è visto, infatti, la Comunicazione finisce per affrontare i temi dello sbarco dei passeggeri e dell’equipaggio attraverso l’introduzione di criteri basati sulla nazionalità della nave che intende attraccare che sono sconosciuti alla Convenzione sul lavoro marittimo. Coerentemente, essa tenta di garantire la disponibilità di un porto ai fini del cambio di equipaggi, ma senza alcuna ambizione di vincolatività. Nel loro insieme, le soluzioni proposte sembrano quindi mutuare il medesimo approccio e i medesimi problemi che caratterizzano il settore del soccorso in mare, con il quale condividono il tema dello sbarco<sup>(55)</sup>, presupposto indispensabile ai fini dell’esercizio del diritto al transito e al rimpatrio, nonché del diritto a godere delle strutture a terra, sia per motivi legati al benessere, sia – e soprattutto – al fine di ricevere cure adeguate.

Sotto un primo profilo, la compressione dei diritti sociali previsti dalla MLC è quindi riconducibile ad un fattore per così dire strutturale, vale a dire il fatto che, nell’ambito di quest’ultima, la tutela del lavoratore marittimo è in prima istanza affidata allo Stato di bandiera che, tramite l’adozione di una adeguata cornice normativa nazionale, regolerà la condotta dell’armatore in modo da garantire l’osservanza di taluni diritti. Diversamente, la situazione in oggetto e la salienza assunta dallo sbarco del lavoratore dalla nave finiscono per assegnare un ruolo centrale allo Stato del porto. Pur prendendo atto dell’inevitabilità di tale scollamento, è opinione di chi scrive che ciò possa seriamente compromettere l’integrità e l’osservanza dei diritti sanciti dalla Convenzione e che, in particolare, le distinzioni operate dalla Comunicazione dell’UE 2020/2051 siano in realtà incompatibili con gli impegni assunti dagli Stati membri che hanno ratificato la MLC. Facendo dipendere il

---

<sup>(55)</sup> Sul tema si rinvia da ultimo a TURRINI, *Between a “Go Back!” and a Hard (to Find) Place (of Safety): on the Rules and Standards of Disembarkation of People Rescued at Sea*, *Italian Yearbook of International Law*, 2019, p. 29 ss.

godimento di taluni diritti dalla discrezionalità dello Stato del porto, infatti, tali distinzioni finiscono per pregiudicarne gravemente il godimento da parte del lavoratore. Se a ciò si aggiunge che, ove essi presentino un legame con la vita, l'integrità fisica e la dignità della persona, a venire in rilievo sono i diritti fondamentali della persona umana, è ulteriormente evidente come ogni distinzione relativa alla bandiera della nave debba essere abbandonata.

Al ruolo inevitabilmente assunto dallo Stato del porto in questo frangente occorre aggiungere, al fine di spiegare la debolezza dell'approccio adottato dall'Unione, il fatto che tutti i documenti qui menzionati siano essenzialmente improntati ad una logica di natura economica, piuttosto che ad una di tutela dei diritti sociali. Ciò è naturalmente comprensibile per quanto riguarda i primi due documenti menzionati, emanati nell'ambito delle competenze dell'Unione in materia di mercato interno e trasporti; lo è di meno nel caso della Comunicazione espressamente volta a garantire i diritti dei lavoratori marittimi, il cui testo pone al primo posto la rilevanza strategica dei servizi di trasporto marittimo per l'UE <sup>(56)</sup> e affronta il tema dei cambi di equipaggi essenzialmente sotto il profilo economico, come emerge chiaramente dall'osservazione che ricollega questi ultimi all'esigenza di «mantenere operativi i servizi marittimi» <sup>(57)</sup>. La preoccupazione rispetto a tale aspetto da parte dell'Unione Europea emerge peraltro un recente documento informale della Commissione in tema di aiuti di Stato, che evidenzia la necessità di sostenere il settore a fronte dello shock determinato dall'emergenza sanitaria <sup>(58)</sup>. Alla luce di tali elementi, ci si può quindi chiedere se una maggiore attenzione al tema del lavoro marittimo sotto il profilo dei diritti sociali e umani degli individui coinvolti, piuttosto che sotto il profilo della competitività, possa incoraggiare soluzioni maggiormente improntate all'universalità di taluni diritti, la cui osservanza deve essere garantita a prescindere da qualsiasi logica di nazionalità della nave e dei membri dell'equipaggio.

Tale considerazione, che in questa sede prende le mosse dall'analisi di alcuni atti emanati a livello regionale, è tuttavia

---

<sup>(56)</sup> Comunicazione C/2020/3100, par. 1.

<sup>(57)</sup> *Ivi*, par. 22.

<sup>(58)</sup> *Overview of the State Aid Rules and Public Service Rules Applicable to the Maritime Sector During the Covid-19 Pandemic*.

facilmente generalizzabile ad altri soggetti della comunità internazionale, come del resto dimostra la diffusa violazione dei diritti dei lavoratori marittimi a seguito delle misure di contenimento del virus e la conseguente azione intrapresa a livello sindacale. Vista la perdurante emergenza sanitaria e il mantenimento in vigore, seppur in diversa misura a seconda degli ordinamenti nazionali, delle restrizioni alla libera circolazione, è auspicabile che tale azione, unita agli sforzi infusi in seno all’ILO e ai singoli Stati membri possa condurre ad un’applicazione delle misure contenitive che sia ispirata non tanto ad una logica di bilanciamento fra salute pubblica e salute del lavoratore straniero, quanto all’universalità del diritto alla vita e alla salute in quanto diritto fondamentale dell’individuo.



## ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AB	Organo d'Appello ( <i>Appellate Body</i> )
Accordo SPS	Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie ( <i>Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures</i> )
Accordo TBT	Accordo sugli Ostacoli Tecnici al Commercio ( <i>Agreement on Technical Barriers to Trade</i> )
ASCM	Accordo sui sussidi e sulle misure compensative ( <i>Agreement on Subsidies and Countervailing Measures</i> )
BIT	Accordo bilaterale sugli investimenti ( <i>Bilateral Investment Treaty</i> )
CDI/ILC	Commissione del Diritto Internazionale ( <i>International Law Commission</i> )
CEDU/ECHR	Convenzione europea dei diritti dell'uomo ( <i>European Convention on Human Rights</i> )
CESCR	Comitato per i Diritti Economici, Sociali e Culturali ( <i>Committee on Economic, Social and Cultural Rights</i> )
CIG/ICJ	Corte Internazionale di Giustizia ( <i>International Court of Justice</i> )
Corte EDU/ECtHR	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ( <i>European Court of Human Rights</i> )

CPA/PCA	Corte Permanente di Arbitrato ( <i>Permanent Court of Arbitration</i> )
DPI	Dispositivi di protezione individuale
DSB	Organo per la Soluzione delle Controversie ( <i>Dispute Settlement Body</i> )
DSU	Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie ( <i>Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes</i> )
EFTA	<i>European Free Trade Association</i> (Associazione Europea di Libero Scambio)
FAO	Organizzazione per l’Alimentazione e l’Agricoltura ( <i>Food and Agriculture Organization</i> )
FET	Trattamento giusto ed equo ( <i>Fair and Equitable Treatment</i> )
FTAs	<i>Free Trade Agreements</i> (Accordi di libero scambio)
GATS	Accordo generale sugli scambi di servizi ( <i>General Agreement on Trade in Services</i> )
GATT	Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio ( <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> )
GOARN	Rete globale di allarme e risposta alle epidemie ( <i>Global Outbreak Alert and Response Network</i> )
GPA	Accordo sugli appalti pubblici ( <i>Agreement on Government Procurement</i> )

IIAs	<i>International Investment Agreements</i>
ICC	Camera di Commercio Internazionale ( <i>International Chamber of Commerce</i> )
ICCPR	Patto internazionale sui diritti civili e politici ( <i>International Covenant on Civil and Political Rights</i> )
ICSID	Centro Internazionale per la Soluzione delle Controversie in materia di Investimenti ( <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> )
IED/FDI	Investimento estero diretto ( <i>Foreign Direct Investment</i> )
IFAD	Fondo Internazionale per lo Sviluppo Agricolo ( <i>International Fund for Agricultural Development</i> )
IMF	Fondo Monetario Internazionale ( <i>International Monetary Fund</i> )
INTA	Commissione per il Commercio Internazionale del Parlamento Europeo
MLC	Convenzione sul lavoro marittimo ( <i>Maritime Labour Convention</i> )
OCSE/OECD	Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico ( <i>Organization for Economic Cooperation and Development</i> )
OIL/ILO	Organizzazione Internazionale del Lavoro ( <i>International Labour Organization</i> )

OMC/WTO	Organizzazione Mondiale del Commercio ( <i>World Trade Organization</i> )
OMS/WHO	Organizzazione Mondiale della Sanità ( <i>World Health Organization</i> )
ONU/UN	Organizzazione delle Nazioni Unite ( <i>United Nations</i> )
PAM	Programma Alimentare Mondiale ( <i>World Food Program</i> )
RSI	Regolamento Sanitario Internazionale ( <i>International Health Regulations</i> )
SARS	<i>Severe Acute Respiratory Syndrome</i>
SDGs	<i>Sustainable Development Goals</i>
SURE	<i>Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency</i>
TFA	Accordo sulla facilitazione del commercio ( <i>Trade Facilitation Agreement</i> )
TFUE/TFEU	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ( <i>Treaty on the Functioning of the European Union</i> )
UE/EU	Unione Europea ( <i>European Union</i> )
UNCTAD	Conferenza delle Nazioni Unite su Commercio e Sviluppo ( <i>United Nations Conference on Trade and Development</i> )
USMCA	Accordo tra Stati Uniti, Messico e Canada ( <i>Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada</i> )



Carta di Frederick de Wit, sec. XVIII, Museo di Palazzo Poggi  
Sistema Museale di Ateneo, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna