

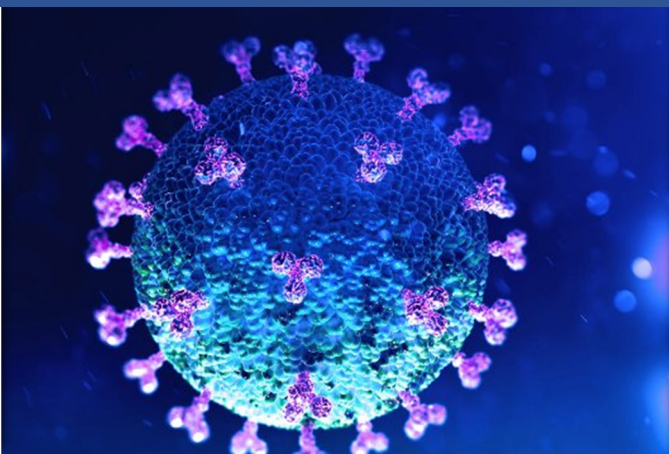


# **Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione Una prospettiva italiana**

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)

## 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 prevalessse 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.

---

(15) 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.

(16) 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.

(17) 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 richiavano 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.