

LA COMPATIBILITÀ DEI REGIMI INCENTIVANTI L'ENERGIA SOSTENIBILE CON IL SISTEMA WTO

A COMPATIBILIDADE DAS POLÍTICAS DE INCENTIVO À ENERGIA RENOVÁVEL COM O SISTEMA OMC

THE COMPATIBILITY OF RENEWABLE ENERGY INCENTIVE POLICIES WITH THE WTO SYSTEM

Recebimento: 28 mar. 2022

Aceitação: 22 abr. 2022

Francesco Scalia

Laureato in Giurisprudenza. Professore straordinario di diritto amministrativo.

Afiliação institucional: Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale (Cassino, Italia)

<https://bit.ly/3JPpMlc>

Email: f.scalia@unicas.it

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

SCALIA, Francesco. La compatibilità dei regimi incentivanti l'energia sostenibile con il sistema WTO. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 66, n. 3, p. 97-151, set./dez. 2021. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/85421>. Acesso em: 31 dez. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v66i3.85421>.

RIASSUNTO

L'obiettivo assunto dagli Stati con l'Accordo di Parigi di contenere il riscaldamento globale al di sotto dei 2°C – limitandolo possibilmente a 1,5°C – impone la progressiva sostituzione delle fonti fossili con le rinnovabili per la produzione dell'energia. Ciò implica il ricorso da parte dei Paesi a sistemi incentivanti funzionali a rendere competitiva la produzione di energia sostenibile – nelle diverse forme – con quella da fonti fossili. Tali regimi incentivanti, però, possono porre problemi di compatibilità con principi e regole della *World Trade Organization* (WTO). In particolare, i regimi incentivanti possono confliggere con i principi – fondamentali del GATT – della “nazione più favorita” e del “trattamento nazionale”, diretti a vietare discriminazioni tra merci similari, rispettivamente, provenienti da Stati diversi o tra le merci provenienti dall'estero e quelle nazionali. Il saggio, dopo l'esame di tali principi fondamentali e delle relative eccezioni funzionali alla tutela dell'ambiente, nonché degli accordi rilevanti in materia di sovvenzioni, affronta la giurisprudenza sviluppatasi in ambito WTO sui regimi incentivanti l'energia da fonti rinnovabili per concludere che dalla stessa possono trarsi importanti indicazioni a sostegno della loro compatibilità. In definitiva, i regimi di sostegno, nei limiti in cui sono diretti a correggere i fallimenti del mercato, non rappresentano sovvenzioni vietate nel sistema WTO in quanto riportano il mercato stesso in una condizione di reale equilibrio.

PAROLE CHIAVE

Energia sostenibile. Regimi incentivanti. WTO. Nazione più favorita. Trattamento nazionale.

RESUMO

O objetivo assumido pelos Estados com o Acordo de Paris, de conter o aquecimento global abaixo de 2°C – possivelmente limitando-o a 1,5°C –, exige a substituição progressiva de fontes fósseis por renováveis para a produção de energia. Isso implica o uso, pelos países, de sistemas de incentivos funcionais para tornar a produção de energia sustentável – em diversas formas –, competitiva com a de fontes fósseis. Esses sistemas de incentivos, no entanto, podem apresentar problemas de compatibilidade com os princípios e regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). Em particular, os regimes de incentivos podem colidir com os princípios – fundamentais do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, na sigla em inglês) – da “nação mais favorecida” e do “tratamento nacional”, que visam proibir a discriminação entre bens similares, provenientes de Estados diferentes, ou entre bens provenientes do exterior e nacionais. O artigo, após examinar esses princípios fundamentais e as respectivas exceções funcionais à proteção ambiental, bem como os respectivos acordos sobre subsídios, trata da jurisprudência desenvolvida no âmbito da OMC sobre políticas de incentivo às fontes de energia renováveis, para concluir que importantes indicativos podem ser traçados a partir dela para suportar sua compatibilidade. Em última análise, os regimes de apoio, na medida em que visam corrigir falhas de mercado, não representam subsídios proibidos no sistema da OMC, pois restauram o próprio mercado a uma condição de equilíbrio real.

PALAVRAS-CHAVE

Energia sustentável. Políticas de incentivo. OMC. Nação mais favorecida. Tratamento nacional.

ABSTRACT

The objective assumed by the States with the Paris Agreement, of containing global warming below 2°C – possibly limiting it to 1.5°C – requires the progressive replacement of fossil sources by renewable sources for energy production. This implies the use, by countries, of functional incentive systems to make sustainable energy production – in various forms – competitive with that from fossil sources. These incentive systems, however, can present problems of compatibility with the principles and rules of the World Trade Organization (WTO). In particular, incentive schemes can conflict with the principles – fundamental to the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) – of “most-favored-nation” and “national treatment”, which aim to prohibit discrimination between similar goods, coming from different States, or between foreign and domestic goods. The article, after examining these fundamental principles and the respective functional exceptions to environmental protection, as well as the respective agreements on subsidies, deals with the jurisprudence developed within the scope of the WTO on policies to encourage renewable energy sources, to conclude that important indicators can be traces from it to support its compatibility. Ultimately, support schemes, insofar as they aim to correct market failures, do not represent subsidies prohibited in the WTO system, as they restore the market itself to a condition of true equilibrium.

KEYWORDS

Sustainable energy. Incentive policies. WTO. Most-favored-nation. National treatment.

PREMESSA

La progressiva sostituzione delle fonti fossili con le rinnovabili per la produzione dell'energia è un percorso obbligato per contrastare il cambiamento climatico e tentare di contenere il riscaldamento globale entro 1,5°C¹.

Il costo ponderato medio dell'elettricità prodotta con fonti rinnovabili sta scendendo², grazie al massiccio ricorso da parte di molti Paesi a regimi incentivanti l'energia rinnovabile, che hanno consentito di sviluppare le opportune tecnologie riducendone conseguentemente i costi³.

Nondimeno, non è stata ancora raggiunta – se non in alcune regioni e per il solo fotovoltaico – la c.d. *grid parity*, ovvero la parità di costo di produzione tra l'energia elettrica da fonti rinnovabili e quella prodotta tramite fonti fossili.

Inoltre, non tutti i servizi energetici possono essere soddisfatti mediante il vettore elettrico. Ad esempio, è difficile o non conveniente impiegare elettricità per soddisfare tutta la domanda energetica di alcuni settori industriali particolarmente energivori o per usi come i trasporti marittimi o il trasporto merci su lunghe distanze. Per questi impieghi, la soluzione da più parti indicata è l'idrogeno verde⁴, il quale richiede ancora per diversi anni forti interventi pubblici e sussidi governativi per divenire economicamente sostenibile.

I regimi di sostegno sono diretti a correggere i «fallimenti del mercato», ovvero le situazioni in cui il mercato non è in grado di pervenire spontaneamente ad un'allocazione efficiente delle risorse, in quanto i prezzi non segnalano il vero valore dei beni consumati o prodotti.

¹ Tale limite è stato indicato dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) nel rapporto speciale del 2018, *Global Warming of 1,5° C*, in www.ipcc.ch. Il report ha dimostrato che il riscaldamento del pianeta causato dalle attività umane è già di 1°C al di sopra dei livelli preindustriali e sta aumentando ad un ritmo di circa 0,2°C per decennio. Seguendo questa traiettoria, la temperatura media mondiale potrebbe aumentare di 2°C poco dopo il 2060. La relazione dell'IPCC conferma che, in presenza di un riscaldamento globale di 1°C, gli ecosistemi che popolano circa il 4% della superficie terrestre subirebbero una trasformazione e questa percentuale aumenterebbe al 13% se la temperatura si innalzasse di 2°C. Ad esempio, con un aumento della temperatura di tale livello scomparirebbe il 99% delle barriere coralline, mentre un riscaldamento compreso tra 1,5 e 2°C potrebbe innescare la perdita irreversibile della calotta glaciale in Groenlandia, con conseguente innalzamento del livello del mare fino a 7 metri.

² L'*International Renewable Energy Agency* (IRENA) ha registrato che nel 2018 il costo medio ponderato globale dell'elettricità sia diminuito per tutte le tecnologie rinnovabili, con riduzione di costo più marcata per il solare a concentrazione (-26%), seguito dalle bioenergie (-14%), dal fotovoltaico ed eolico (entrambi -13%), idroelettrico (-12%), geotermico ed eolico offshore (-1%). (Cf. IRENA, 2019).

³ Secondo il rapporto 2019 di REN21 (*Renewable for 21th Century*), il *Global Status Report 2019*, in www.ren21.net, politiche di supporto all'energia rinnovabili sono presenti in molti paesi del mondo, particolarmente nel settore della produzione energetica (in 135 paesi). Mentre molto meno diffuso è il sostegno nel settore del riscaldamento e raffrescamento (20 paesi) e nei trasporti (70 paesi). Quarantaquattro paesi hanno adottato politiche di *carbon pricing*.

⁴ Verde è l'idrogeno prodotto con energia da fonti rinnovabili. Attualmente l'idrogeno rappresenta meno del 2% del mix energetico europeo ed è in gran parte prodotto con l'uso di combustibili fossili, con processi che rilasciano soltanto nell'Unione Europea dalle 70 alle 100 milioni di tonnellate di CO₂ l'anno. L'Europa, nel 2020, ha varato la propria strategia per l'idrogeno con la Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A hydrogen strategy for a climate-neutral Europe*, COM(2020) 301 final dell'8 luglio 2020, in www.eur-lex.europa.eu.

I fallimenti del mercato possono essere corretti utilizzando strumenti dello stesso mercato⁵ o ricorrendo alla tassazione ed ai sussidi.

L'*European Emission Trading Scheme* (EU-ETS) è un esempio di «mercato artificiale» creato e regolato al fine di dare alle emissioni climalteranti di particolari settori produttivi un costo progressivamente crescente e tale da indurre gli operatori, per ridurle, a innovare le proprie tecniche di produzione, in particolare ricorrendo a energia da fonti rinnovabili e migliorando l'efficienza energetica⁶.

Altro modo per favorire la transizione energetica verso fonti meno emmissive consiste nel dare un costo, con le imposte, alle esternalità negative della produzione ovvero nel sostenere con sovvenzioni le produzioni eco-compatibili.

I regimi di sostegno dell'energia da fonte rinnovabile hanno assunto le forme più varie: tariffe incentivanti (nelle due tipologie descritte: *feed-in tariff* e *feed-in premium*)⁷; sostegni finanziari diretti ai produttori nazionali attraverso finanziamenti, garanzie o prestiti a tasso agevolato; il vincolo ad approvvigionarsi di beni e servizi locali; dazi doganali e strumenti diversi tesi a favorire la produzione nazionale nel settore⁸.

Le tariffe incentivanti rappresentano la forma più diffusa di sostegno alle rinnovabili⁹. Molto diffuse sono anche le misure di *Net Energy Metering*, strumenti regolatori che consentono agli autoconsumatori di ricevere crediti per l'energia prodotta in eccesso da scontare in altri periodi di fatturazione¹⁰, e l'obbligo imposto dai governi ai fornitori di energia (o ad altre categorie di soggetti) di acquistarne una quota minima prodotta da fonti rinnovabili (c.d. *renewable portfolio standards* – RPSs)¹¹.

⁵ Sul ricorso a strumenti di mercato ai fini di tutela ambientale si vedano anche Allena (2010); Clarich (2007); Stewart (2004); Heal (2000); Haddad (1997); Ackerman e Stewart (1985).

⁶ Il meccanismo – mutuato dall'esperienza statunitense dell'*Air pollution permit trading* – era previsto dal Protocollo di Kyoto, che all'art. 17 consentiva la distribuzione di quote commerciabili – le *Assigned Amount Unit*⁶ – assegnate in quantità pari alle emissioni limite consentite per il 2008-2012, ai paesi ricompresi nell'Allegato 1. Consiste in un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas ad effetto serra nell'Unione, strutturato attraverso un meccanismo *cap-and-trade*: il sistema prevede la fissazione da parte dell'Autorità di regolazione di un tetto massimo (*cap*) del livello totale delle emissioni consentite a tutti i soggetti vincolati; l'assegnazione annuale a ciascuno di loro della quantità di permessi di emissione (*allowance*) corrispondente al totale autorizzato; l'obbligo in capo ai soggetti stessi di restituire alla scadenza annuale prevista un quantitativo di permessi pari alle emissioni prodotte; la possibilità per i soggetti vincolati di acquistare e vendere sul mercato (*trade*) i permessi a seconda che abbiano prodotto più o meno emissioni del totale autorizzato.

⁷ Osserva Regali Costa do Amaral (2019), che il modello tedesco di *feed-in-tariff* è servito da archetipo alle legislazioni di oltre 80 paesi del mondo, compresa la Cina.

⁸ Si veda Lewis (2014).

⁹ Secondo il REN21 (2019), nel 2018 ottantaquattro paesi avevano in corso programmi di tariffe incentivanti.

¹⁰ Per il REN21 (2019), questa misura era adottata nel 2018 da sessantasette paesi.

¹¹ Secondo la fonte da ultimo citata, tale misura era adottata nel 2018 da 33 governi nazionali.

Tanto le imposte quanto le sovvenzioni hanno una funzione incentivante, in quanto indirizzano l'attività economica verso forme meno emmissive – rispettivamente – per ridurre il costo dell'imposta o per fruire del sussidio. Tanto le prime che le seconde possono porre problemi di compatibilità con principi e regole della *World Trade Organization* (WTO).

Lo scopo del saggio è di indagare la compatibilità dei regimi incentivanti le energie rinnovabili con il sistema della WTO¹².

1 L'ENERGIA SOSTENIBILE NELL'AMBITO DELLA WTO

Negli accordi siglati in seno alla *World Trade Organization* (WTO)¹³ non figurano norme dedicate precipuamente all'energia (FARAH; CIMA, 2013)¹⁴, ancorché, in ragione dell'imporsi del tema del cambiamento climatico sulla scena internazionale, siano stati aperti negoziati volti a valutare l'inclusione del settore energetico all'interno del relativo quadro normativo. In particolare, tale settore

¹² Sul tema, in dottrina si può vedere Cottier e Espa (2017); Bigdeli (2016); Farah e Cima (2013; 2015a); Cottier (2014); Cottier, Nartova e Bigdeli (2010); Rubini (2011); Bigdeli (2009); Owen (2006); Zarrilli (2004).

¹³ L'Organizzazione Mondiale del Commercio è stata istituita con l'Accordo di Marrakech, siglato il 15 aprile 1994, a conclusione di un ciclo di trattative multilaterali, noto come *Uruguay Round* (su cui si veda: Steward, 1999). Ne fanno parte, ad oggi, 164 membri. L'Organizzazione ha la funzione di fornire un *forum* per lo svolgimento dei negoziati relativi alle relazioni commerciali multilaterali, funzionali alla massima liberalizzazione del commercio mondiale, e di vigilare sull'esecuzione e rispetto degli accordi stipulati. La WTO ha recepito le norme contenute nell'Accordo Generale sulle Tariffe Doganali e il Commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), che figura oggi quale annesso (compreso nell'Allegato 1°) all'Accordo di Marrakech, con le aggiunte e le modifiche introdotte nel tempo (c.d. GATT 1994). L'Accordo di Marrakech è, infatti, integrato da diversi allegati, ciascuno contenente uno o più accordi in settori specifici. Gli Allegati 1A, 1B, 1C, 2 e 3 contengono 16 accordi c.d. “multilaterali”, i quali, ai sensi dell'art. II, par. 2, fanno parte integrante dell'Accordo di Marrakech stesso e sono quindi vincolanti per tutti i membri, secondo la formula dell'“impegno unico” (*single undertaking*). L'Allegato 4 contiene due accordi c.d. “plurilaterali”, vincolanti solo per i Membri che li hanno specificamente accettati (art. II, par. 3), ai quali il regime istituzionale e normativo della WTO può applicarsi se e nella misura in cui lo richiamino. Sulla WTO si vedano: Focarelli (2016, p. 73 et seq.); Orlandi (2016); Messenger (2016); Venturini (2015); Matsushita et al. (2015); Van den Bossche (2013); Carreau e Juillard (2013); Bestagno (2011); Cottier e Elsig (2011); Lester (2008); Ruozi (2006); Luff (2004); Picone e Ligustro (2002); Adinolfi (2001); Greppi (2000); Flory (1999); Quresi (1996); Giardina e Tosato (1996).

¹⁴ Una definizione di “energia” in termini giuridici è assente non solo nel quadro OMC, ma nel diritto internazionale nel suo complesso, sia consuetudinario che pattizio, né lo stesso delinea un quadro giuridico chiaro che regolamenti il settore. Cf. Fatouros (2007). Disposizioni in materia di petrolio e fonti di energia erano previste dalla “Carta del commercio”, approvata nella Conferenza dell'Avana, il 24 marzo 1948, e sottoscritta da 53 paesi, insieme al progetto per l'istituzione di un'organizzazione (*International trade organization* – ITO) che avrebbe dovuto garantirne l'attuazione. La Carta dell'Avana, però, non è entrata mai in vigore, mancando le necessarie ratifiche, soprattutto per la resistenza degli Stati, primi fra tutti gli Stati Uniti, a delegare ad un'organizzazione internazionale parte della loro sovranità in materia commerciale. Intanto, il 30 ottobre 1947 (venti giorni prima la Conferenza dell'Avana), a Ginevra, 23 paesi, partecipanti alla Commissione preparatoria della Conferenza internazionale per il commercio, avevano adottato il GATT, quale applicazione parziale e (nelle intenzioni) provvisoria di alcuni principi contenuti nella Carta del commercio. Il 10 marzo 1955, le Parti contraenti, preso atto del definitivo fallimento del progetto per l'istituzione dell'ITO, stabilirono che il GATT si protraesse a tempo indeterminato. Ciò fino al 1° gennaio 1996, quando il GATT 1947 è stato sostituito dal GATT 1994, divenuto – come detto – parte dell'Accordo WTO. Sul tema si vedano: Cantoni (2013); Irwin (2009); Irwin, Mavroidis e Sykes (2008), e Graz (1999).

è stato tra le priorità della *Doha Development Agenda*, avviata nel novembre 2001¹⁵, che ha dato mandato agli Stati membri di negoziare la riduzione o l'eliminazione delle tariffe e delle barriere non tariffarie ai beni e servizi ambientali, favorendo tra l'altro l'accesso all'energia pulita¹⁶. Però, solo una parte della Agenda è stata adottata nell'ambito del *Bali Package*¹⁷, risultante dalla *Ninth Ministerial Conference of the WTO* del 3-7 dicembre 2013, in Bali¹⁸. Mentre i negoziati finalizzati all'adozione dell'*Environmental Goods Agreement (EGA)*¹⁹ hanno visto partecipare finora solo alcuni membri della WTO²⁰.

L'energia, però, in quanto bene²¹, è soggetta al GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) 1994²².

In particolare, l'energia sostenibile è di interesse per gli accordi siglati nell'ambito della WTO, soprattutto per i regimi incentivanti che la riguardano²³. D'altronde la funzione fondamentale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio è istituire un sistema stabile e favorevole all'apertura dei mercati ed i sussidi, nella loro varia natura, tendenzialmente alterano il libero commercio internazionale. Parimenti, sono rilevanti ai fini di una verifica di compatibilità con i principi e le regole della WTO, sia le misure intese ad esentare le esportazioni dei costi ambientali che gravano sui produttori sia – al contrario – le misure intese a ricomprendere nei prezzi dei prodotti importati i loro costi ambientali.

¹⁵ Il *Doha round* è il primo dopo l'istituzione della WTO. Tutti i precedenti *rounds* si sono svolti nell'ambito del GATT originario. Si tratta del *Geneva Round* (1947), dell'*Annecy Round* (1949), del *Torquay Round* (1950-1951), del *Geneva Round* (1955-1956), del *Dillon Round* (1960-1961), del *Kennedy Round* (1963-1967), del *Tokyo Round* (1973-1979) e dell'*Uruguay Round* (1986-1994).

¹⁶ Cf. la *Doha Ministerial Declaration* del 2001 e, in dottrina, House e van Bork (2006, p. 241).

¹⁷ Il pacchetto consiste in un nuovo accordo multilaterale, l'Accordo sulla facilitazione del commercio, e in una serie di decisioni vertenti soprattutto in materia agricola.

¹⁸ Eliason (2019), indica il fallimento del *Doha Round*, con la Conferenza Ministeriale di Nairobi del 2015, tra gli indici «*of the WTO's imminent demise*» (p. 548). Sul tema si veda anche, Martin e Mercurio (2017).

¹⁹ Avviati formalmente in Ginevra, l'8 luglio 2014, sulla base dell'Accordo dell'APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*) del settembre 2012, di riduzione delle tariffe applicate su una lista di 54 beni ambientali, a partire dalla fine del 2015.

²⁰ Si tratta dell'Unione Europea, Stati Uniti, Cina, Hong Kong, Taipei, Costa Rica, Giappone, Nuova Zelanda, Norvegia, Singapore, Corea del Sud, Svizzera, Islanda Israele.

²¹ Il bene energia, risultato dell'attività di produzione di energia primaria e secondaria. Invece, la distribuzione e trasporto dell'energia, in quanto servizio, è soggetto alla normativa del GATS (*General Agreement on Trade in Services*).

²² Il c.d. GATT 1994 si configura come un accordo-quadro che incorpora, mediante rinvio, il contenuto del GATT 1947, integrato dai documenti adottati fra il 1947 e il 1994. Sono parti integranti del GATT 1994 anche sei Intese (*Understanding*), volte a interpretare e completare talune disposizioni dell'accordo, il Protocollo di Marrakech, cui sono allegate le liste di concessioni (*schedule*) dei membri originari, e le liste allegate ai Protocolli di adesione dei nuovi membri. Sul GATT 1994 si vedano: Bhala (2013); Mavroidis (2012); Wolfrum, Stoll e Hestermeyer (2011).

²³ Per la verità il tema dei sussidi riguarda l'energia nel suo complesso, abbondando tuttora strumenti di sostegno anche all'energia da fonti fossili. Si veda, sul tema, Skovgaard e van Hasselt (2018).

Negli ultimi anni, anche sulla spinta di organi operanti nell'alveo delle Nazioni Unite²⁴, si è accentuata la tendenza a promuovere una maggiore permeabilità delle regole orientate alla tutela dei valori del libero scambio da parte di valori non commerciali, di matrice etica, sociale, ambientale, sanitaria²⁵. D'altronde, il preambolo dell'Accordo di Marrakech sottolinea che gli obiettivi dell'espansione della produzione e del commercio di beni e servizi, della crescita del reddito reale e della domanda effettiva e del pieno impiego vanno perseguiti «*allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development*»²⁶.

2 IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE E LA NOZIONE DI “SIMILARITÀ” DEI PRODOTTI

Principio cardine del GATT è il “principio di non discriminazione”²⁷, che vieta ai paesi membri di discriminare tra prodotti *similari* sia nel rapporto con altri prodotti importati (art. I), che in quello tra prodotti importati e nazionali (art. III).

L'art. I disciplina il «*General Most-Favoured-Nation Treatment*», disponendo che «[...] *any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties*».

Quindi, il principio della “nazione più favorita” impedisce discriminazioni basate sulla provenienza dei prodotti, imponendo allo Stato membro di estendere immediatamente ed incondizionatamente a tutti gli altri membri il vantaggio accordato ad uno Stato anche non membro della WTO.

²⁴ In particolare, lo *Human Rights Committee*; il *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*; la *Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights* e la *Commission on Human Rights*.

²⁵ Così, Oddenino (2013, p. 279). Si veda sul tema anche Benedek (2007). Si veda sulla vocazione pervasiva del diritto internazionale generale, e in particolare dei suoi principi fondamentali, nei confronti anche di regimi speciali, quale la disciplina del commercio mondiale, oltre al già citato Oddenino (2013, p. 281-282), Sacerdoti (2007, p. 65).

²⁶ Il Preambolo dell'accordo si apre con il riconoscimento ad opera delle Parti che le loro relazioni nel campo del commercio e delle attività economiche dovrebbero essere finalizzate ad innalzare il tenore di vita, a garantire la piena occupazione e un volume sostanziale e in continua crescita di reddito reale e di domanda effettiva, e ad espandere la produzione e il commercio di beni e servizi, consentendo al tempo stesso un impiego ottimale delle risorse mondiali, conformemente all'obiettivo di uno sviluppo sostenibile, che miri a tutelare e preservare l'ambiente e a potenziare gli strumenti per perseguire tale obiettivo in maniera compatibile con le rispettive esigenze e i rispettivi problemi, derivanti dai diversi livelli di sviluppo economico. Prima della conclusione dell'*Uruguay Round* ebbe luogo la Conferenza di Rio su ambiente e sviluppo, che ha evidentemente influenzato la stesura del preambolo. Peraltro, osservano Munari e Schiano di Pepe (2012, p. 209), il richiamo al principio dello sviluppo sostenibile operato dal Preambolo dell'Accordo di Marrakech «reciproca il tributo al libero scambio contenuto nel principio n. 12 della Dichiarazione di Rio, che promuove un sistema di economie di mercato aperte agli scambi internazionali come veicolo per la crescita e lo sviluppo sostenibile in tutti i Paesi».

²⁷ Definito il pilastro fondamentale del diritto della WTO da Ortino (2004).

La nozione di “vantaggio” è onnicomprensiva, riguardando i dazi doganali e le imposizioni di qualsiasi tipo che colpiscano le importazioni ed esportazioni, il metodo di esazione di tali dazi e imposizioni, nonché tutte le regole e formalità connesse a importazioni ed esportazioni e tutte le regolamentazioni interne che incidano sulla tassazione o commercializzazione dei prodotti importati²⁸.

L'art. III disciplina il trattamento nazionale rispetto alle imposizioni e agli ordinamenti interni, prescrivendo agli Stati membri di accordare ai prodotti degli altri Stati membri un trattamento fiscale e regolamentare non meno favorevole di quello previsto per i prodotti “similari” interni²⁹.

Secondo questo principio

Come chiarito dalla giurisprudenza, scopo della norma è assicurare «equality of competitive conditions between imported and like domestic products»³⁰.

Centrale nell'applicazione dei due principi in cui si sostanzia il divieto di discriminazione imposto dal GATT è la nozione di “similarità”. La discriminazione, sia essa esterna (riguardante il rapporto tra prodotti importati), che interna (relativa invece al rapporto tra prodotti importati e prodotti interni), intanto rileva in quanto riguarda prodotti simili («like products»). È evidente, pertanto, che la compatibilità di misure adottate dagli Stati membri con tali regole fondamentali del GATT dipende dal significato e dalla portata che si attribuisce a tale nozione³¹. Ad esempio, considerare l'impatto ambientale del processo produttivo quale criterio per determinare la similarità tra due prodotti potrebbe consentire di differenziare il trattamento riservato loro, in ragione delle diverse fonti energetiche utilizzate nel relativo processo produttivo (FARAH; CIMA, 2013, p. 350). Si tratta del tema assai discusso e controverso della rilevanza ai fini della similarità tra prodotti dei c.d. Process and Production Methods (PPMs) che non si ripercuotono (non related) sulle

²⁸ Il primo paragrafo dell'art. I così delinea l'ambito del possibile vantaggio: «[w]ith respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III [...]».

²⁹ Cf. Art. III:1 «The contracting parties recognize internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production».

³⁰ *Appellate Body, Canada – Certain Measures concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, del 30 giugno 1997, adottato il 30 luglio 1997, p. 18.

³¹ Rileva Focarelli (2016, p. 93) che «[p]er “similarità” non si intende necessariamente l'identità tra i due prodotti (ad esempio birra olandese e birra canadese, ammesso che siano identiche) ma un rapporto concorrenziale derivante dalle loro qualità o possibilità d'uso (ad esempio birra olandese e vino americano, ammesso che siano utilizzati l'uno in sostituzione dell'altro)». Sulla nozione di similarità, si vedano Neven e Trachtman (2013); Emch (2005); Choi (2003); Regan (2002); Hudec (2000a); Matheny (1998); Bronckers e McNelis (1999).

caratteristiche fisiche del prodotto finale (da cui l'acronimo NRPPMs). Tema su cui la dottrina è divisa, ancorché in prevalenza favorevole a riconoscere ai metodi di produzione rilevanza al fine di consentire il trattamento differenziato dei prodotti importati³², mentre la giurisprudenza mostra – come vedremo – sia pur timide aperture³³.

La giurisprudenza formatasi in ambito della WTO, ad opera degli organi dell'Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)³⁴, ha elaborato criteri per la definizione della nozione di likeness, pur confermandone il carattere relativo, efficacemente rappresentato, in un rapporto dell'Organo di appello, dall'immagine della fisarmonica, che può allargarsi o restringersi a seconda di quali disposizioni dell'accordo si applichino e del contesto e delle circostanze prevalenti in ciascun caso³⁵. In particolare, l'Organo d'appello, in EC – Asbestos³⁶, ha statuito che la valutazione della similarità dei prodotti richiede un'indagine sulla natura e sull'estensione del rapporto concorrenziale tra loro esistente, sulla base di quattro criteri principali: «(i) the properties, nature and quality of the products; (ii) the end-uses of the products; (iii)

³² Si vedano, in particolare: Sifonios (2018); Vranes (2016); Ortino (2009); Vita e Liakopoulos (2008); Charnovitz (2002); Francioni (2001); Howse e Regan (2000); Hudec (2000b).

³³ L'Organo di appello in *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R – WT/DS4267AB/R, del 6 maggio 2013, adottato il 24 maggio 2013, par. 5.63, afferma che «[w]hat constitutes a competitive relationship between products may require consideration of inputs and processes of production used to produce the product», ma non affronta la questione in quanto estranea alla decisione del caso («is a matter we do not decide in this case»). Si vedrà *infra* che tale apertura è stata ribadita nel successivo *Appellate Body Report India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/AB/R, del 16 settembre 2016, adottato il 14 ottobre 2016.

³⁴ L'Allegato 2 all'Accordo di Marrakech (*Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* – DSU), pone le regole procedurali di soluzione delle controversie in ambito WTO. Organi della DSU sono: il *Dispute Settlement Body* – DSB, i *panel* di esperti e l'Organo di appello (*Appellate Body*). Il primo si compone di rappresentanti di tutti i membri dell'Organizzazione e adotta le proprie decisioni sulle misure oggetto di reclamo, in base ai rapporti formulati dai *panel* e, in secondo grado, dall'Organo di appello. I *panel* sono organi istituiti *ad hoc* per ciascuna controversia, composti da esperti indipendenti chiamati a compiere un'analisi tecnico-giuridica dei motivi di ricorso. L'*Appellate Body* è invece un organo permanente, composto da sette esperti indipendenti, con il compito di valutare, confermandole o riformandole, le questioni e interpretazioni giuridiche sviluppate dai *panel* prima che il loro rapporto venga adottato dal DSB. Sul tema si veda, per tutti, Adinolfi (2015).

³⁵ *Appellate Body, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R – WT/DS10/AB/R – WT/DS11/AB/R, del 4 ottobre 1996, adottato il 1° novembre 1996 (d'ora in poi *Japan – Alcoholic Beverage II*): «[t]he concept of “likeness” is relative one that evokes the image of an accordion. The accordion of “likeness” stretches and squeezes in different places as different provisions of the WTO Agreement are applied. The width of the accordion in any one of those places must be determined by the particular provision in which the term “like” is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply» (p. 21).

³⁶ *Appellate Body, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135/AB/R, 12 marzo 2001, adottato il 5 aprile 2001 (d'ora in poi *EC – Asbestos*), par. 99-102. Il caso era relativo alla legislazione francese che vietava la produzione, la trasformazione, la vendita, l'importazione e il transito di fibre di amianto e prodotti contenenti amianto, in considerazione dell'elevato rischio cancerogeno relativo a tale materiale. Mentre il *panel* aveva sostenuto che le fibre di amianto e le fibre sostitutive prive di tale materiale fossero merci simili ed aveva giudicato il loro diverso trattamento operato dalla legislazione francese incompatibile con l'art. III, quarto par., perché protettivo di prodotti nazionali non contenenti amianto, l'Organo d'appello ha ritenuto che la pericolosità per la salute dell'amianto costituisse elemento intrinseco delle fibre contenenti tale materiale, atto a distinguerle da quelle che ne sono prive. Conseguentemente, il diverso trattamento delle merci oggetto di comparazione è stato giudicato legittimo.

consumers' tastes and habits – more comprehensively termed consumers' perceptions and behaviour – in respect of the products; and (iv) the tariff classification of the products»³⁷.

In dottrina si è osservato che l'inserimento dei “consumers' tastes and habits”, tra i criteri per valutare la similarità dei prodotti, segnala un'apertura alla possibilità che non vengano considerati simili prodotti realizzati con metodi diversi, anche se identici sotto ogni altro aspetto³⁸. Ed è significativo che l'Organo di appello, in *EC – Asbestos*, nell'indicare i criteri per la valutazione della “similarità”, abbia fatto riferimento al Report del GATT Working Party Border Tax Adjustments del 1970³⁹.

Come si vedrà di seguito, un argomento a favore della tesi della rilevanza dei metodi e processi produttivi, ai fini dell'esclusione della similarità tra prodotti, è offerto dall'art. 2, par. 2, dell'Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT).

3 LE ECCEZIONI ALLE REGOLE DELLA WTO FUNZIONALI ALLA TUTELA DELL'AMBIENTE

L'art. XX dell'accordo contempla dieci possibili eccezioni ai principi e regole portati dallo stesso, poste a tutela di interessi prevalenti sulla liberalizzazione degli scambi internazionali. Come è stato osservato, le eccezioni generali poste dall'art. XX del GATT sono la principale base normativa

³⁷ Cf. *EC – Asbestos*, op. cit., p. 101: «[w]e note that these four criteria comprise four categories of “characteristics” that the products involved might share: (i) the physical properties of the products; (ii) the extent to which the products are capable of serving the same or similar end-uses; (iii) the extent to which consumers perceive and treat the products as alternative means of performing particular functions in order to satisfy a particular want or demand; and (iv) the international classification of the products for tariff purpose».

³⁸ Si veda Sanna (2015, p. 42-43). Si veda anche Focarelli (2016, p. 106), che spiega così il concetto: «se i consumatori di legname dovessero trovare che il legname tropicale non è simile al legname nazionale per il fatto che il primo comporta la deforestazione e un danno all'ambiente globale, si potrebbe concludere che i due tipi di legnami non siano simili appunto secondo i gusti dei consumatori». D'altronde, nel caso *EC – Asbestos*, l'Organo di appello ha attribuito al rischio per la salute provocato dalle fibre di amianto un peso determinante, nella comparazione dei beni, in considerazione degli effetti che tale caratteristica è in grado di determinare sulle preferenze dei consumatori, a prescindere dalla stretta analogia tra le merci in comparazione sotto il profilo delle caratteristiche fisiche, degli usi finali e della classificazione tariffaria.

³⁹ Cf. *EC – Asbestos*, op. cit., p. 101: «[t]he Report of the Working Party on Border Tax adjustments outlined an approach for analyzing “likeness” that has been followed and developed since by several panels and the Appellate Body». Il paragrafo 18 del Rapporto del Working Party così impostava il tema: «[w]ith regard to the interpretation of the term “...like or similar products...”, which occurs some sixteen times throughout the General Agreement, it was recalled that considerable discussion had taken place in the past, both in GATT and in other bodies, but that no further improvement of the term had been achieved. The Working Party concluded that problems arising from the interpretation of the term should be examined on a case-by-case basis. This would allow a fair assessment in each case of the different elements that constitute a “similar” product. Some criteria were suggested for determining, on a case-by-case basis, whether a product is “similar”: the product's end-uses in a given market; consumers' tastes and habits, which change from country to country; the product's properties, nature and quality. It was observed, however, that the term “...like or similar products...” caused some uncertainty and that it would be desirable to improve on it; however, no improved term was arrived at».

che consente a valori non commerciali di filtrare nel diritto della WTO e di essere considerati nel relativo meccanismo di soluzione delle controversie (ODDENINO, 2013, p. 283).

Il *chapeau* dell'articolo pone due condizioni di legittimità delle misure ivi previste⁴⁰: che non vengano applicate in modo da costituire un mezzo di discriminazione ingiustificato tra paesi nei quali prevalgono le medesime condizioni e che non rappresentino una restrizione mascherata al commercio internazionale. Quindi, per verificare se una misura incompatibile con il GATT sia giustificata ai sensi dell'art. XX occorre eseguire un'analisi a due livelli: dimostrare che la misura rientri in almeno una delle eccezioni e che soddisfi i requisiti del paragrafo introduttivo⁴¹.

La giurisprudenza formatasi in ambito WTO ha chiarito che la valutazione della conformità della misura rispetto al Preambolo attiene alle modalità applicative della misura e non alla misura in sé, la cui legittimità deve essere invece valutata alla luce delle eccezioni previste dall'art. XX⁴², ed ha individuato alcuni criteri guida per tale operazione: in particolare rilevano le pertinenti attività di

⁴⁰ L'art. XX si apre con il seguente *chapeau*: «[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 [...]».

⁴¹ Secondo l'Organo di appello, la valutazione della compatibilità di una misura restrittiva con l'art. XX deve articolarsi in due fasi: la prima richiede di accertare se la misura rientri in una delle eccezioni previste e soddisfi i requisiti ivi specificati, solo in caso affermativo è necessario procedere alla seconda fase di verifica del rispetto delle condizioni fissate nel preambolo. Cf. *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R del 29 aprile 1996, adottato il 20 maggio 1996 (d'ora in poi *U.S. – Gasoline*), par. 22: «[i]n order that the justifying protection of Article XX may be extended to it, the measure at issue must not only come under one or another of the particular exceptions – paragraphs a) to j) – listed under Article XX; it must also satisfy the requirements imposed by the opening clauses of Article XX. The analysis is, in other words, two-tiered: first, provisional justification by reason of characterization of the measure under Article XX(g); second, further appraisal of the same measure under the introductory clauses of Article XX». Cf. anche *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres* WT/DS332/AB/R, del 3 dicembre 2007, adottato il 17 dicembre 2007 (d'ora in poi *Brazil – Retreaded Tyres*), ove l'*Appellate Body* ha ritenuto il divieto di importazione imposto dal Brasile a pneumatici rigenerati di provenienza UE, necessario per perseguire l'obiettivo di ridurre lo smaltimento dei rifiuti, ma illegittimo per violazione del principio di non discriminazione posto dallo *chapeau* dell'art. XX. Si veda, su questa pronuncia, McGrady (2009). Si veda anche, in dottrina, Sanna (2015, p. 46-47), e Montini (2002).

⁴² Demedt (2001, p. 473-475), giudica “artificiale” questa distinzione e tale da non scongiurare il rischio di sovrapposizione tra i due livelli di test richiesti dalla giurisprudenza della DSU. Della stessa opinione è Vranes (2016, p. 105), per il quale «there is a risk that an unclear double-testing will occur under the individual subparagraphs of Article XX and its *chapeau*».

coordinamento e cooperazione intraprese dallo Stato che ha adottato la misura⁴³ e la flessibilità della stessa nel tener conto delle particolari situazioni nei diversi paesi⁴⁴.

Le eccezioni contemplate dall'art. XX hanno un carattere generale, riguardando tutti gli obblighi del GATT, ed operano automaticamente, non necessitando di alcuna autorizzazione. Il controllo sul corretto uso delle stesse e sul ricorrere delle due condizioni stabilite nello *chapeau* dell'articolo avviene in sede di risoluzione di eventuali controversie.

Tra di esse, di particolare interesse per l'economia del presente lavoro sono quelle poste alla lettera b) ed alla lettera g), che consentono rispettivamente misure necessarie per proteggere la vita e la salute delle persone e degli animali o per preservare i vegetali e – soprattutto – misure relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili⁴⁵. E invero, la giurisprudenza in ambito WTO in materia di tutela ambientale si è formata sulla base di una lettura congiunta ed evolutiva⁴⁶ di tali disposizioni,

⁴³ In *U.S. – Gasoline*, op. cit., l'Organo d'appello ha ritenuto che gli Stati Uniti non avessero sufficientemente esplorato la possibilità di stipulare accordi di cooperazione con i paesi interessati, al fine di mitigare i problemi amministrativi sollevati dagli USA della giustificazione del loro trattamento discriminatorio. Inoltre, in *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R del 12 ottobre 1998, adottato il 6 novembre 1998 (d'ora in poi *U.S. – Shrimp*), il fatto che gli Stati Uniti avessero trattato i membri della WTO in modo diverso, adottando un approccio cooperativo con alcuni ma non con altri, è stato ritenuto indice del carattere discriminatorio della misura. Poi, in sede di valutazione dell'adeguatezza delle misure esecutive delle raccomandazioni del *panel*, poste in essere ai sensi dell'art. 21.5 DSU, l'Organo di appello ha riscontrato che, alla luce degli sforzi seri e in buona fede compiuti dagli Stati Uniti per negoziare un accordo internazionale, anche con il denunciante, sulla protezione delle tartarughe marine nella pesca dei gamberetti, la misura era da ritenersi applicata in modo da non costituire mezzo di discriminazione ingiustificabile o arbitraria.

⁴⁴ In *U.S. – Shrimp*, op. cit., l'Organo d'appello era del parere che la mancanza di flessibilità nell'applicazione della misura, che non consentiva agli Stati esportatori la dimostrazione di aver adottato accorgimenti di salvaguardia degli animali in via di estinzione protetti (le tartarughe, accidentalmente catturate ed uccise nella pesca dei gamberetti) analoghi, per efficacia, ancorché non identici, per modalità, rispetto a quelli statunitensi, fosse indice del carattere discriminatorio della stessa. Quindi, al fine di attuare le raccomandazioni del *panel* e dell'Organo d'appello, gli Stati Uniti hanno rivisto la propria misura e condizionato l'accesso al proprio mercato, con l'adozione di un programma di tutela delle tartarughe nella pesca dei gamberetti, comparabile in termini di efficacia a quello proprio (ma non sostanzialmente uguale). L'Organo di appello ha quindi, in sede di valutazione ai sensi dell'art. 21.5 DSU, riconosciuto la sufficiente flessibilità nell'applicazione della misura in modo da evitare «*arbitrary or unjustifiable discrimination*».

⁴⁵ Cf. art. XX «[...] *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; [...] (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption*». La giurisprudenza dell'Organo d'appello ha incluso tra le risorse naturali esauribili non solo le risorse minerali, quant'anche le specie animali minacciate di estinzione (cf. *U.S. – Shrimp*, op. cit.). Le tartarughe, catturate accidentalmente ed uccise nella pesca dei gamberetti, sono contemplate nell'Allegato 1 della *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna – CITE*. Peraltro, con riferimento al caso citato, l'Organo di appello ha ritenuto *relating* le misure applicate dagli Stati Uniti per la tutela delle tartarughe minacciate dalla pesca dei gamberetti anche oltre i propri confini nazionali, riscontrando un nesso sufficiente, ai fini dell'art. XX lett. g), tra le popolazioni marine migratorie e in via di estinzione coinvolte e lo Stato che ha adottato la misura. Osserva Montini (2002) che «i *Panels* e l'*Appellate Body* hanno mostrato di aver adottato un'accezione abbastanza ampia del concetto di protezione dell'ambiente quale presupposto per l'adozione di misure nazionali che pongono limitazioni al commercio, il quale comprende anche la tutela delle risorse naturali rinnovabili quali l'aria o la protezione di animali in via di estinzione o comunque in pericolo anche al di fuori dei confini territoriali dello Stato in questione».

⁴⁶ L'Organo di appello ha più volte precisato che l'art. XX, lett. g) deve essere interpretato «*in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment*», quindi in senso evolutivo (cf. *U.S. – Shrimp*, op. cit., par. 129).

nonostante queste non contemplino la parola ambiente (ODDENINO, 2013, p. 284), ribadendo più volte l'autonomia degli Stati membri nel determinare i propri obiettivi di politica ambientale⁴⁷.

L'art. XX, lett. b), impone una relazione di *necessità* tra la misura adottata in conflitto con le regole del GATT e gli obiettivi legittimanti la stessa. Nella giurisprudenza del DSU la valutazione del requisito della necessità si caratterizza come *least trade-restrictive alternative test*⁴⁸, temperato da un criterio di ragionevolezza (GRADONI, 2006, p. 177)⁴⁹. Gli organi di soluzione delle controversie operano innanzitutto una ponderazione comparativa tra vari fattori⁵⁰: il contributo fornito dalla misura al perseguimento dell'obiettivo legittimante, l'importanza dei valori comuni e degli interessi protetti dalla misura stessa ed il suo impatto sul commercio internazionale⁵¹. All'esito di tale valutazione, se viene ritenuta la necessità della misura, deve valutarsi se non ci siano possibili alternative equivalenti, rispetto alla tutela degli obiettivi legittimanti, ma meno restrittive degli scambi⁵². Trova applicazione, quindi, il principio di proporzionalità, elaborato dalla giurisprudenza⁵³

⁴⁷ Cf. *Brazil – Retreaded Tyres*, cit, e *U.S. – Gasoline*, op. cit. Sulle eccezioni generali dell'art. XX, lett. b) e g), si vedano, tra i tanti: Oddenino (2013, p. 279 et seq.); Montini (2005); Manzini (1999); Francioni (1998); Bree (1998); Migliorino (1997); Schoenbaum (1997); Munari (1994); Charnovitz (1991).

⁴⁸ Il criterio della necessità è stato per la prima volta interpretato ed applicato nel caso *Thailand – Restriction on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes – Report del Panel DS/10R 37S/200* del 5 ottobre 1990, adottato il 7 novembre 1990, ove è stato affermato che le restrizioni all'importazione di sigarette imposte dalla Thailandia potevano considerarsi necessarie ai sensi dell'art. XX, lett. b, GATT, «*only if there were no alternative measure consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives*».

⁴⁹ Sul requisito di necessità e sul *least trade restrictive alternative test*, si veda anche Ruoizzi (2007) e Montini (2002).

⁵⁰ Cf. *Appellate Body, Korea – Measures Affecting the Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* (d'ora in poi *Korea – Various Measures on Beef*), WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, dell'11 dicembre 2000, adottato il 10 gennaio 2001, par. 164: «*determination of whether a measure, which is not “indispensable”, may nevertheless be “necessary” [...] involves in every cases a process of weighing and balancing a series of factors*».

⁵¹ Ciascuno di tali fattori opera all'interno del criterio della necessità, condizionandone l'applicazione al caso concreto. La loro esplicitazione non si traduce in un mutamento della struttura del sindacato, ma in una variazione dell'intensità del relativo scrutinio, vale a dire del rigore della verifica da effettuarsi alla luce dei criteri della idoneità e della necessità. Rigore che sarà tanto maggiore quanto più restrittiva, o meno efficace in rapporto all'obiettivo perseguito, risulti essere la misura contestata, tanto minore quanto più importante appaia l'esigenza che il provvedimento contestato mira a soddisfare. In questi termini, Gradoni (2006, p. 180). Cf. anche Neumann e Turk (2003).

⁵² Ad esempio, in *Brazil – Retreaded Tyres*, op. cit., l'Organo d'appello ha riscontrato che il divieto di importazione di pneumatici ricostruiti era «*apt to produce a material contribution to the achievement of its objective*», vale a dire la riduzione del volume degli pneumatici usati, e che le alternative proposte, di natura sostanzialmente correttiva (ad esempio, la gestione e lo smaltimento degli pneumatici fuori uso), non fornivano un contributo equivalente al divieto di importazione nel perseguire l'obiettivo di impedire l'accumulo di pneumatici. In *EC – Asbestos*, op. cit., l'Organo di appello ha confermato la decisione del *panel* relativa alla legittimità, sulla base delle eccezioni ambientali e sanitarie, del divieto francese di importazione di prodotti contenenti amianto, ritenuti gravemente rischiosi per la salute. La proposta, quale alternativa al divieto radicale, di un uso controllato dei prodotti non è stata ritenuta valida perché comportante una permanenza del rischio, mentre il valore perseguito dalla misura è stato giudicato «*both vital and important in the highest degree*».

⁵³ Sin dalla sentenza *Kreusberg* del Tribunale Superiore Prussiano del 14 giugno 1882. Si veda sul tema Scaccia(2002).

e dottrina tedesca⁵⁴ ed assunto quale principio dell'ordinamento europeo⁵⁵, con i suoi tre parametri di sindacato dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto⁵⁶.

L'art. XX, lett. g), richiede, invece, che la misura sia «*relating*» alla conservazione delle risorse naturali esauribili. È necessario quindi sussista una relazione sostanziale tra la misura in conflitto con le regole del GATT e l'obiettivo legittimante, ovvero una «*close and genuine relationship of ends and means*»⁵⁷, in maniera tale che la misura non sia «*merely incidentally or inadvertently aimed at the conservation*»⁵⁸ della risorsa ambientale esauribile⁵⁹.

La norma inoltre richiede che la misura che incida sulle importazioni deve essere applicata «*in conjunction with restriction on domestic production or consumption*», ovvero senza ingiustificate discriminazioni in favore della produzione interna⁶⁰.

Rileva ai fini dell'apertura ai valori ambientali delle regole del GATT il già ricordato principio espresso dal Preambolo dell'Accordo di Marrakech per cui gli obiettivi dell'espansione della produzione e del commercio di beni e servizi, della crescita del reddito reale e della domanda

⁵⁴ La prima compiuta formulazione scientifica della nozione si deve a Von Berg (1799, p. 88 et seq.). Si veda, per una ricostruzione del concetto nel diritto pubblico tedesco, oltre il già citato lavoro di Gino Scaccia, Lerche (1961).

⁵⁵ Secondo un processo che illustre dottrina definisce “circularità germanica”, in quanto ha riguardato la formazione di quasi tutti i principi dell'ordinamento comunitario (cf. MERUSI, 2012, p. 14).

⁵⁶ Rileva però Gradoni (2006, p. 174), che, nel contenzioso dell'OMC, il sindacato cui soggiacciono le misure restrittive poste a tutela della salute e dell'ambiente consiste nell'applicazione dei soli criteri dell'idoneità e della necessità, mentre la soddisfazione del requisito della proporzionalità in senso stretto – cioè la valutazione se la misura sia capace di conseguire un corretto bilanciamento fra esigenze potenzialmente antagoniste – non è richiesta, in quanto il giudizio sull'adeguatezza di una misura restrittiva è affidato in via esclusiva ai singoli membri. Sul principio di necessità ambientale, composto dai due criteri operativi della necessità e della proporzionalità, si veda anche Montini (2002).

⁵⁷ U.S. – *Shrimp*, op. cit., par. 136.

⁵⁸ U.S. – *Gasoline*, op. cit., p. 19.

⁵⁹ Osserva Gradoni (2006, p. 174-175, nota 80), che qui il nesso logico fra misura restrittiva e valore tutelato sembra richiedere l'applicazione di un test meno severo di quello imposto dal criterio della necessità.

⁶⁰ In U.S. – *Gasoline*, op. cit., l'Organo di appello ha ritenuto che la misura adottata dagli USA, di regolazione della composizione e delle emissioni della benzina, fosse «*primarily aimed*» all'obiettivo della preservazione della qualità dell'aria e pertanto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. XX(g). Quanto però al secondo requisito posto dalla norma, l'Organo d'appello, nel suo primo pronunciamento, ritenne che la misura fosse costruita in maniera ingiustificatamente discriminatoria. In U.S. – *Shrimp*, op. cit., l'Organo di appello ha ritenuto che la struttura generale ed il disegno della misura adottata per impedire l'importazione di gamberetti pescati con metodi che non tutelassero le tartarughe marine, fossero «*fairly narrowly focused*» e quindi «*relating*» alla conservazione di una risorsa naturale esauribile, ai sensi dell'art. XX(g). L'Organo di appello ha inoltre riscontrato che la misura è stata adottata in concomitanza con le restrizioni alla raccolta domestica di gamberetti, soddisfacendo, così, il secondo requisito richiesto dalla norma citata. Ha però ritenuto le modalità di applicazione della misura arbitrariamente discriminatorie (ai sensi dello *chapeau*), in quanto rendevano di fatto impossibile agli Stati esportatori la dimostrazione di aver adottato accorgimenti di salvaguardia analoghi, per efficacia, ancorché non identici, per modalità, rispetto a quelli statunitensi. L'eccessiva rigidità del sistema di certificazione, imposto dalla normativa USA, comportava, a giudizio dell'Organo d'appello, che la misura fosse diretta a spingere gli altri Stati all'adozione del medesimo regime di regolamentazione. In *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Material*, WT/DS/394/AB/R, WT/DS/395/AB/R, WT/DS/395/AB/R, del 30 gennaio 2011, adottato il 22 febbraio 2012 (d'ora in poi *China – Raw Material*), l'Organo di appello ha ritenuto sufficiente, per il membro che difendeva la misura, dimostrare che la stessa «*work together with restrictions on domestic production or consumption, which operate so as to conserve an exhaustible natural resource*», per ritenere integrato il secondo requisito richiesto dalla lettera g) (cf. par. 5.136).

effettiva e del pieno impiego vanno perseguiti compatibilmente con l'utilizzazione ottimale delle risorse mondiali, in conformità all'obiettivo dello sviluppo sostenibile, che miri a tutelare e preservare l'ambiente e a potenziare gli strumenti per perseguire tale obiettivo in maniera compatibile con le rispettive esigenze e problemi, derivanti dai diversi livelli di sviluppo economico⁶¹.

È stato osservato⁶², però, che l'espressione "utilizzazione ottimale", presente nel Preambolo dell'Accordo di Marrakech, tende a contrapporsi alla più drastica formula "utilizzazione piena", presente nel Preambolo del GATT, e che la giurisprudenza del DSU finora non avrebbe dato un peso significativo alle aperture del primo. A mio parere, invece, proprio tale giurisprudenza ha risolto il potenziale conflitto affermando che «*the objective of "full use of the resources of the world" set forth in the preamble of the GATT 1947 was no longer appropriate to the world trading system of the 1990's*» e che pertanto i negoziatori dell'Accordo di Marrakech, alla fine dell'*Uruguay Round*, «*decided to qualify the original objectives of the GATT 1947 with the following words: ...while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objectives of sustainable development [...]*»⁶³. Quindi il nuovo Preambolo del *WTO Agreement* prevale su quello del GATT e, più in generale, «*informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements*»⁶⁴.

In definitiva, pare che la giurisprudenza formatasi in ambito WTO, nonostante la formulazione esortativa del primo *recital* del Preambolo dell'Accordo di Marrakech («*should be conducted*»), ne abbia enfatizzato l'importanza fondando su di esso il riconoscimento dell'ampia

⁶¹ Il Preambolo dell'accordo si apre con la seguente affermazione ad opera delle Parti: «*[r]ecognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standard of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development*».

⁶² C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, op. cit., p. 83.

⁶³ *US – Shrimp*, op. cit., par. 152.

⁶⁴ *US – Shrimp*, op. cit., par. 129. Con riferimento alle eccezioni generali al GATT in *European Communities – Conditions for the granting of tariff preferences to developing countries* (d'ora in poi *EC – Tariff Preferences*), WT/DS246/AB/R del 7 aprile 2004, adottato il 20 aprile 2004 l'Organo di appello, nel suo *report*, ha statuito che «*WTO objectives may well be pursued through measures taken under provisions characterized as exceptions. The Preamble to the WTO Agreement identifies certain objectives that may be pursued by Members through measures that would have to be justified under the "General Exceptions" of Artiche XX*» (par. 94).

autonomia degli Stati membri nelle loro politiche ambientali⁶⁵ e assumendolo come principio guida nell'interpretazione ed applicazione delle eccezioni ambientali alle regole del GATT⁶⁶.

Anche il *report* dell'Organo di appello, indicato dalla dottrina citata (FOCARELLI, 2016, p. 83-84) come esempio dello scarso peso dato dalla giurisprudenza al Preambolo del *WTO Agreement*, ovvero *China – Raw Materials*, ha respinto l'argomento della Cina a sostegno dei dazi all'esportazioni di alcune materie prime (come il magnesio, il manganese e lo zingò) fondato sul diritto sovrano degli Stati membri di regolamentare il commercio di risorse naturali in modo da favorirne la conservazione e gestione sostenibile, esclusivamente perché il protocollo di adesione alla WTO espressamente obbliga lo Stato cinese ad eliminare i dazi alle esportazioni e non contiene alcun riferimento all'art. XX del GATT⁶⁷. Lo stesso *report* però ribadisce che in ragione del suo Preambolo, l'Accordo di Marrakech nella sua interezza («*as a whole*») «*to reflect the balance struck by WTO Members between trade and non-trade-related concerns*»⁶⁸. Mentre, in un caso successivo che ha coinvolto ancora una volta la Cina, il *panel* ha confermato l'importanza del ruolo del Preambolo nell'interpretazione delle eccezioni generali in funzione di tutela ambientale dell'art. XX del GATT, riprendendo l'efficace definizione datane dall'Organo di appello in *US – Shrimp*⁶⁹, «*where it stated*

⁶⁵ Cf. il *report* dell'*Appellate Body* in *US – Gasoline*, op. cit., par. 30: «*[i]n indeed, in the preamble to the WTO Agreement and in the Decision on Trade and Environment, there is specific acknowledgement to be found about the importance of coordinating policies on trade and the environment. WTO Members have a large measure of autonomy to determine their own policies on the environment (including its relationship with trade), their environmental objectives and the environmental legislation they enact and implement. So far as concerns the WTO, that autonomy is circumscribed only by the need to respect the requirements of the General Agreement and the other covered agreements.*

⁶⁶ In *US – Shrimp*, op. cit., par. 129-131, l'*Appellate Body* interpreta in chiave evolutiva l'espressione «*exhaustible natural resources*» della lett. g) dell'art. XX del GATT – superando, come già ricordato, l'originaria limitazione alle risorse minerali e estendendola alle risorse naturali viventi – usando come riferimento l'obiettivo posto dal Preambolo del «*sustainable development*»: «*[t]he words of Article XX(g), “exhaustible natural resources”, were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment. While Article XX was not modified in the Uruguay Round, the preamble attached to the WTO Agreement shows that the signatories to that Agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the WTO Agreement – which informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreement – explicitly acknowledges “the objective of sustainable development” [...] From the perspective embodied in the preamble of the WTO Agreement, we note that the generic term “natural resources” in Article XX(g) is not “static” in its content or reference but is rather “by definition, evolutionary [...] Given the recent acknowledgement by the international community of the importance of concerted bilateral or multilateral action to protect living natural resources, and recalling the explicit recognition by WTO Members of the objective of sustainable development in the preamble of the WTO Agreement, we believe it is too late in the day to suppose that Article XX(g) of the GATT 1994 may be read as referring only to the conservation of exhaustible mineral or other non-living natural resources.*

⁶⁷ Cf. *China – Raw Materials*, op. cit., par. 306: «*[i]n the light of China’s explicit commitment contained in Paragraph 11.3 to eliminate export duties and the lack of any textual reference to Article XX of the GATT 1994 in that provision, we see no basis to find that Article XX of the GATT 1994 is applicable to export duties found to be inconsistent with Paragraph 11.3.*». Per un commento critico del *report*, si veda Baroncini (2012).

⁶⁸ *China – Raw Materials*, op. cit., par. 306.

⁶⁹ *US – Shrimp, Report Appellate Body*, op. cit., par. 153.

that the preamble gives “colour, texture, and shading to [the] interpretation of the agreements annexed to the WTO Agreement, in this case, the GATT 1994”»⁷⁰.

Una considerazione a parte merita l’eccezione generale prevista dall’art. XX, lett. d) del GATT. Questa rende compatibili con gli artt. I e III del GATT le misure necessarie ad assicurare l’applicazione delle leggi e dei regolamenti che non siano in conflitto con le disposizioni dell’accordo.

L’applicazione in chiave ambientale di tale eccezione è stata tentata dall’India per giustificare i “requisiti nazionali” (*local content requirement*), fissati da una propria legge del 2011 per i prodotti fotovoltaici che i produttori di energia solare avrebbero dovuto utilizzare per beneficiare di tariffe incentivanti, nel contesto della *National Solar Mission*. In particolare, gli Stati Uniti avevano contestato la violazione dell’art. III:4, del GATT⁷¹, in quanto con tale misura l’India accordava un trattamento di maggior favore a prodotti nazionali rispetto a quelli similari importati. Nelle proprie difese, l’India ha sostenuto che la legge contestata era funzionale a consentirle di conformarsi alle leggi e regolamenti che le impongono di adottare misure dirette a promuovere lo sviluppo sostenibile, citando tra questi la Convenzione Quadro ONU sui cambiamenti climatici, la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo, la risoluzione dell’Assemblea Generale ONU del 2012 che ha adottato il documento *The Future We Want* e lo stesso preambolo dell’accordo istitutivo della WTO.

Il *Report* adottato nel caso, di rigetto delle difese dell’India, verrà approfondito di seguito. Qui preme intanto evidenziare che, stando alle stesse indicazioni dell’Organo di appello, è da ritenere che l’Accordo di Parigi possa rientrare tra i complessi normativi la cui osservanza può giustificare l’adozione di misure discriminatorie, ai sensi dell’art. XX(d). E comunque, nessun dubbio può aversi circa la riconducibilità nell’ambito di applicazione dell’eccezione in questione dell’EU-ETS e del complesso sistema di norme che lo disciplinano.

4 LA DISCIPLINA DELLE SOVVENZIONI IN AMBITO WTO

La disciplina generale delle sovvenzioni è posta nel GATT dagli articoli VI e XVI.

La prima di tali norme contempla i dazi compensativi (*Countervailing duties*), quali diritti speciali volti a neutralizzare qualsiasi premio o sovvenzione accordato, direttamente o indirettamente,

⁷⁰ Cf. *China – Measures related to the exportation of rare earths, tungsten, and molybdenum*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, del 26 marzo 2014, adottato il 29 agosto 2014, par. 7.259.

⁷¹ Oltre che dell’art. 2, par. 1, dell’Accordo relativo alle misure di investimento che incidono sugli scambi (TRIMs).

alla produzione o all'esportazione di un prodotto, tale da causare o minacciare di causare un serio pregiudizio agli interessi di un'altra parte contraente⁷².

L'art. XVI, dedicato specificatamente ai *subsidies*, distingue tra sovvenzioni "in generale"⁷³, che non vengono vietate⁷⁴, ma sottoposte ad obblighi informativi⁷⁵, e sovvenzioni all'esportazioni⁷⁶, in linea di principio vietate, salvo che si tratti di prodotti di base (*primary products*), per lo più agricoli⁷⁷, nel qual caso le parti contraenti dovrebbero cercare di evitare di concederle e, se concesse, non dovrebbero permettere a chi ne beneficia di detenere più di una "parte equa" (*equitable share*) del commercio mondiale del prodotto.

La disciplina generale sulle sovvenzioni pubbliche è stata integrata e completata nei negoziati del *Tokio Round* dal Codice sulle sovvenzioni⁷⁸, poi sostituito dall'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM)*⁷⁹. Quest'ultimo è l'accordo "operativo" specificamente dedicato alle sovvenzioni nell'ambito della WTO⁸⁰, ancorché la disciplina delle sovvenzioni

⁷² Art. VI:3: «*No countervailing duty shall be levied on any product of the territory of any contracting party imported into the territory of another contracting party in excess of an amount equal to the estimated bounty or subsidy determined to have been granted, directly or indirectly, on the manufacture, production or export of such product in the country of origin or exportation, including any special subsidy to the transportation of a particular product. The term "countervailing duty" shall be understood to mean a special duty levied for the purpose of offsetting any bounty or subsidy bestowed, directly, or indirectly, upon the manufacture, production or export of any merchandise*». Il paragrafo 6 dell'art. VI richiede, per l'applicazione dei dazi compensativi, (a) un serio pregiudizio ad una produzione nazionale in atto o un intralcio notevole allo sviluppo di un ramo della stessa; (b) in tal caso le Parti contraenti potranno autorizzare il Paese danneggiato ad applicare il dazio compensatore, (c) salvo che, ricorrano contingenze straordinarie ed un pregiudizio difficilmente riparabile nel ritardo, nel qual caso la Parte contraente potrà applicare il dazio senza preventiva autorizzazione, notificando immediatamente la misura alle altre Parti contraenti ed eliminando la stessa in caso di mancata successiva approvazione.

⁷³ Art. XVI Section A *Subsidies in General*: «[...] *subsidy, including any form of income or price support, which operates directly or indirectly to increase exports of any product from, or to reduce imports of any product into, its territory [...]*».

⁷⁴ Ma viene regolato il caso in cui esse abbiano ripercussioni dirette o indirette sull'aumento delle esportazioni o sulla riduzione delle importazioni. Cf. S. CANTONI, *L'accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, Dal GATT 1947 al GATT 1994*, op. cit., p. 189.

⁷⁵ L'obbligo di comunicare alle Parti contraenti l'importanza e la natura della sovvenzione, i suoi prevedibili effetti sull'import e sull'export, e le ragioni della sua necessità e, in caso di pregiudizio serio ad un altro Stato, di esaminare la possibilità di limitare la sovvenzione.

⁷⁶ Art. XVI Section B *Additional Provisions on Export Subsidies*: «*The contracting parties recognize that the granting by a contracting party of a subsidy on the export of any product may have harmful effects for other contracting parties, both importing and exporting, may cause undue disturbance to their normal commercial interests, and may hinder the achievement of the objectives of this Agreement*».

⁷⁷ I prodotti base sono definiti da una nota interpretativa all'art. XVI come qualsiasi prodotto dell'agricoltura, delle foreste o della pesca e qualsiasi minerale.

⁷⁸ Accordo relativo all'interpretazione degli artt. VI, XVI e XXIII, ratificato però solo da venticinque Stati.

⁷⁹ Accordo sulle Sovvenzioni e Misure Compensative del 15 aprile 1994, compreso nell'Allegato 1A all'Accordo di Marrakech. Sulla regolamentazione dei sussidi nell'ambito della WTO si vedano Müller (2017); Coppens (2014); Bacchetta (2011); Horlick e Clarke (2010); Di Comite (2009); Clarke e Horlick (2005); Sykes (2005); Van Den Bossche (2005); Orlandi (2002); Benitah (2001).

⁸⁰ Rubini (2011, p. 9) evidenzia che l'ASCM «*develops the 'unilateral' and 'multilateral tracks' of Articles VI and XVI of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) by providing detailed rules on i) the power to unilaterally impose duties to counteract subsidized imports, and ii) the obligations on WTO Members when granting subsidies that cause cross-border effects*».

nell'agricoltura – in ragione del c.d. *dual-track approach*⁸¹ adottato nel corso dei negoziati dell'*Uruguay Round* – sia ricompresa nell'*Agreement on Agriculture (AoA)*⁸².

Perché si abbia sovvenzione, ai sensi dell'art. 1 dell'ASCM, è necessario che si verifichino tre condizioni: che (i) un contributo finanziario (ii) provenga da «*a government or any public body*» dello Stato membro ed (iii) assicuri al beneficiario un vantaggio⁸³.

L'art. 1 dell'accordo dettaglia le misure che possono essere qualificate come contributo finanziario, indicando tra queste: (i) i prestiti, la partecipazione al capitale e la garanzia sui prestiti⁸⁴, (ii) gli incentivi fiscali⁸⁵, (iii) la fornitura di beni e servizi e l'acquisto di merci⁸⁶, (iv) sia che avvengano con versamenti diretti, attraverso un meccanismo di finanziamento, ad opera del Governo o di un organismo pubblico, sia che venga delegato all'uopo un organismo privato⁸⁷.

La norma dà una definizione assai lata di *government body* ai fini dell'applicazione dell'accordo, riferendosi anche ad *any public body*: quindi, stando alla relativa lettera ogni organismo di diritto pubblico dovrebbe esservi ricompreso⁸⁸. La giurisprudenza del DSU ha però interpretato la relazione dei due termini «*government*» e «*any public body*» come un rapporto di iponimia, nel quale il termine *government* ha un valore sovraordinato e l'*any public body* è invece l'iponimo⁸⁹. Da ciò consegue che l'espressione si riferirebbe non a qualsiasi organismo pubblico o comunque controllato

⁸¹ Osservano Farah e Cima (2015a, p. 386, nota 14) che la codificazione della normativa in due accordi rispecchia la scelta di mantenere vivo il dibattito su due livelli distinti, in quanto le difficoltà emerse per raggiungere un compromesso su un tema così complesso sarebbero state addirittura superiori se il dibattito fosse stato relegato ad un solo foro.

⁸² L'art. 3, par. 3.1. dell'ASCM, dedicato al divieto di sovvenzioni, fa salvo quanto disposto dall'AoA («*Except as provided in the Agreement on Agriculture [...]*»), il quale, nel programmare una progressiva riduzione del sostegno interno (art. 6), segue una logica non sempre coincidente con le linee fondamentali del GATT e individua in maniera autonoma la tipologia di aiuti da ridurre, le modalità di riduzione (art. 9), la prevenzione dell'elusione degli impegni (art. 10), il regime dei prodotti di base incorporati (art. 11), le deroghe all'ASCM (art. 13).

⁸³ Cf. art. 1.1(b): «*a benefit is thereby conferred*». L'Organo di appello ha più volte ricordato che «*there can be no "benefit" to the recipient unless the "financial contribution" makes the recipient "better off" than it would otherwise have been, absent that contribution*». Cf. *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, WT/DS353/AB/R, 12 marzo 2012, adottato il 23 marzo 2012, par. 662; *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R del 2 agosto 1999, adottato il 20 agosto 1999, par. 157.

⁸⁴ Art. 1.(a)(1)(i) «*a government practice involves a direct transfer of fund (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees)*».

⁸⁵ Art. 1.(a)(1)(ii) «*government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits)*».

⁸⁶ Art. 1.(a)(1)(iii) «*a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods*».

⁸⁷ Art. 1.(a)(1)(iv) «*a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments*».

⁸⁸ Cf. *Appellate Body, United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, WT/DS379/AB/R, dell'11 marzo 2011, adottato il 25 marzo 2011 (d'ora in poi *US – Anti-Dumping China*): «*the term "public body" [...] encompasses a variety of entities, including both entities that are vested with or exercise governmental authority and entities belonging to the community or nation*» (par. 285).

⁸⁹ Cf. *US – Anti-Dumping China*, op. cit., par. 288: «*the collective term "government" is used as a superordinate, including, inter alia, "any public body" as one hyponym*» (par. 288).

dal governo, ma soltanto a quegli organismi che possiedono, esercitano o sono investiti dell'autorità di svolgere una funzione governativa: ovvero, di direzione, regolazione e controllo⁹⁰, siano essi di livello nazionale che subnazionale⁹¹.

Contrapposta a tale nozione è quella di «*private body*», utilizzata dall'art. 1(a)(1)(iv) dell'ASCM⁹² «*as a counterpoint to government or any public body, that is, any entity that is neither a government in the narrow sense nor a public body would be a private body*»⁹³. Quest'ultima definizione comprende soggetti che non sono di proprietà dello Stato e di altri pubblici e che non hanno cariche pubbliche, ma che sono incaricati – comandati (*direct*⁹⁴) o investiti (*entrust*⁹⁵) del relativo compito – dagli organi di governo di svolgere una o più delle funzioni indicate dall'art. 1 come sussidi vietati. Pertanto, i soggetti privati devono essere con il governo o con altra entità pubblica che esercita funzioni governative in una relazione di “direzione” o di “delega”, quindi assoggettati al relativo controllo.

La terza condizione perché vi sia sussidio ai sensi dell'art. 1 dell'ASCM è che la misura accordata arrechi un vantaggio al beneficiario. Secondo la giurisprudenza, per valutare se una misura procura un vantaggio al destinatario bisogna avere come riferimento il mercato: si ha sussidio se la misura determina una condizione migliore di quella che il destinatario potrebbe procurarsi nel mercato⁹⁶.

⁹⁰ Cf. *US – Anti-Dumping China*, op. cit., par. 290: «Turning then to the question of what essential characteristics an entity must share with government in the narrow sense in order to be a public body and, thus, part of government in the collective sense, we note, that the term “government” is defined as the “continuous exercise of authority over subjects; authoritative direction or regulation and control”. In this vein, the Appellate Body found, in *Canada – Dairy*, that the essence of government is that it enjoys the effective power to regulate, control, or supervise individuals, or otherwise restrain their conduct, through the exercise of lawful authority. The Appellate Body further found that this meaning is derived, in part, from the functions performed by a government and, in part, from the government having the powers and authority to perform those functions. As we see it, these defining elements of the word “government” inform the meaning of the term “public body”. This suggests that the performance of governmental functions, or the fact of being vested with, and exercising, the authority to perform such functions are core commonalities between government and public body».

⁹¹ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Detailed Presentation of Subsidies and Countervailing Measures in the WTO**. p. 9. Disponibile su: <https://bit.ly/36VYaMB>. Data di accesso: 22 mar. 2022.

⁹² Vedi nota 231.

⁹³ Cf. *US – Anti-Dumping China*, op. cit., par. 291. Cf. anche *Panel Report US – Export Restraints*, par. 8.49.

⁹⁴ Cf. *US – Anti-Dumping China*, op. cit., par. 294: «The verb “direct” is defined as to give authoritative instruction to, to order the performance of something, to command, to control, or to govern an action».

⁹⁵ Cf. *US – Anti-Dumping China*, op. cit., par. 294: «The verb “entrust” means giving a person responsibility for a task».

⁹⁶ Cf. *Appellate Body Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft WT/DS70/AB/R*, del 9 maggio 1999, adottato il 20 agosto 1999, par. 157: «We also believe that the word “benefit”, as used in Article 1.1(b), implies some kind of comparison. This must be so, for there can be no “benefit” to the recipient unless the “financial contribution” makes the recipient “better off” than it would otherwise have been, absent that contribution. In our view, the marketplace provides an appropriate basis for comparison in determining whether a “benefit” has been “conferred”, because the trade-distorting potential of a “financial contribution” can be identified by determining whether the recipient has received a “financial contribution” on terms more favourable than those available to the recipient in the market».

Importante ai nostri fini è che, con riferimento ai sussidi alle rinnovabili, l'organo di appello abbia statuito che la verifica del vantaggio va fatta con riferimento al mercato particolare della tecnologia rinnovabile interessata e non al generale mercato dell'energia elettrica⁹⁷. In altre parole, per definire il mercato rilevante al fine di stabilire se una misura è vantaggiosa ai sensi dell'art. 1 dell'ASCM – quindi distorsiva del relativo mercato – occorre guardare al lato dell'offerta e non (solo) a quello della domanda. Infatti, se sotto quest'ultimo profilo si può parlare di un mercato unico per l'elettricità generata da tutte le fonti di energia, per il profilo dell'offerta, le differenze nei costi e relative strutture e nelle caratteristiche operative impedirebbero l'esistenza stessa di un mercato delle energie rinnovabili se il governo con le proprie politiche non colmasse il gap tra le diverse tecnologie. Queste considerazioni della giurisprudenza del DSB portano a concludere – come vedremo – che i sussidi che ripristinano condizioni di equilibrio di mercato non sono in quanto tali in contrasto con le regole della WTO.

Inoltre, l'art. 2 dell'ASCM richiede che le sovvenzioni siano “specifiche”, per essere rilevanti ai fini dell'applicazione dell'accordo, cioè destinate individualmente a una impresa o a gruppi di imprese, ovvero a un settore di produzione o gruppi di settori di produzione (art. 2.1), o ancora alle sole imprese ubicate in una determinata area geografica (art. 2.2.).

La norma indica anche i criteri per stabilire quando un sussidio possa considerarsi “specifico”: ovvero quando sia limitato esplicitamente a determinate imprese⁹⁸ e laddove, pur in presenza di criteri o condizioni oggettivi per la concessione del sussidio – i quali devono essere chiaramente indicati in leggi, regolamenti ed altri documenti ufficiali –, questa non sia automatica o detti criteri e condizioni non siano rispettati⁹⁹. Inoltre, l'indagine sulla specificità di una sovvenzione

⁹⁷ Cf. *Appellate Body, Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R – WT/DS4267AB/R, del 6 maggio 2013, adottato il 24 maggio 2013, par. 5.178: «*In our view, not only should the Panel have defined the relevant market at the outset of its benefit analysis, but, in its analysis of the relevant market, it should also have considered that in Ontario the government definition of the energy supply-mix for electricity shapes the markets in which generators of electricity through different technologies compete. We recall that Canada had argued before the Panel that the relevant market for the purpose of the benchmark analysis should be the market for electricity produced from wind power or solar PV technology. Had the Panel more thoroughly scrutinized supply-side factors, it would have come to the conclusion that, even if demand-side factors weigh in favour of defining the relevant market as a single market for electricity generated from all sources of energy, supply-side factors suggest that important differences in cost structures and operating costs and characteristics among generating technologies prevent the very existence of wind power and solar PV generation, absent government definition of the energy supply-mix of electricity generation technologies. This, in turn, would have lead the Panel to conclude that the benefit comparison under Article 1.1(b) should not be conducted within the competitive wholesale electricity market as a whole, but within competitive markets for wind- and solar PV-generated electricity, which are created by the government definition of the energy supply-mix*».

⁹⁸ Art. 2.1.(a): «*Which the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, explicitly limits access to a subsidy to certain enterprises, such subsidy shall be specific*».

⁹⁹ Art. 2.1.(b): «*Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, establishes objective criteria or conditions governing the eligibility for, and the amount of, a subsidy, specificity shall*

può non fermarsi alla verifica del rispetto (formale) dei criteri anzidetti, ma prendere in considerazione altri fattori: quali la circostanza che delle sovvenzioni beneficino solo (o in misura predominante) alcune e determinate imprese e il modo in cui l'autorità concedente ha esercitato la discrezionalità nel concedere sovvenzioni¹⁰⁰.

Inizialmente l'accordo articolava le sovvenzioni in tre categorie: vietate¹⁰¹, passibili di azione legale¹⁰² e non passibili di azione legale¹⁰³. Quest'ultima categoria, comprendendo il supporto all'attività di ricerca¹⁰⁴ ed all'adeguamento degli impianti esistenti ai nuovi obblighi in materia ambientale¹⁰⁵, sarebbe stata di particolare interesse per il tema che stiamo trattando. Tuttavia, le relative disposizioni dell'accordo non sono più vigenti avendo carattere provvisorio e non essendo stata raggiunta nel 1999 tra le Parti Contraenti l'intesa per la loro proroga.

Sono vietate le sovvenzioni condizionate all'andamento delle esportazioni¹⁰⁶ e all'uso preferenziale di merci nazionali rispetto a prodotti importati¹⁰⁷. Tali sovvenzioni alterano *di per sé* il normale andamento del commercio e sono quindi in contrasto con gli obiettivi della WTO in quanto tale (FARAH; CIMA, 2015, p. 387).

not exist, provided that the eligibility is automatic, and that such criteria and conditions are strictly adhered to. The criteria or conditions must be clearly spelled out in law, regulation, or other official document, so as to be capable of verification».

¹⁰⁰ Art. 2.1.(c): «*If, notwithstanding any appearance of non-specificity resulting from the application of the principles laid down in subparagraph (a) and (b), there are reasons to believe that the subsidy may in fact be specific, other factors may be considered. Such factors are: use of a subsidy programme by a limited number or certain enterprises, predominant use by certain enterprises, and the manner in which discretion has been exercised by the granting authority in the decision to grant a subsidy. In applying this subparagraph, account shall be taken of the extent of diversification of economic activities within the jurisdiction of the granting authority, as well as of the length of time during which the subsidy programme has been in operation».*

¹⁰¹ *Prohibited subsidies*: Parte II, artt. 3-4.

¹⁰² *Actionable subsidies*: Parte III, artt. 5-7.

¹⁰³ *Non-actionable subsidies*: Parte IV, artt. 8-9.

¹⁰⁴ Art. 8.2(a) «*assistance for research activities conducted by firms or by higher education or research establishments on a contract basis with firms».*

¹⁰⁵ Art. 8.2(c) «*assistance to promote adaptation of existing facilities to new environmental requirements imposed by law and/or regulations which result in greater constraints and financial burden on firms».*

¹⁰⁶ Le sovvenzioni cioè erogate in funzione del concreto trasferimento all'estero delle merci prodotte dalle imprese. Si veda Picone e Ligustro (2002, p. 242).

¹⁰⁷ Il divieto colpisce quelle sovvenzioni aventi l'effetto di favorire nel mercato interno la produzione nazionale a discapito dei prodotti esteri importati.

L'art. 3.1. dell'ASCM, di disciplina delle sovvenzioni vietate¹⁰⁸, precisa che il divieto colpisce sia le sovvenzioni *de jure*¹⁰⁹ che quelle *de facto*¹¹⁰.

Sono invece passibili di azioni legali le sovvenzioni interne di carattere specifico potenzialmente idonee a produrre un danno all'industria di uno stato membro o ad annullare o compromettere i vantaggi derivanti direttamente o indirettamente agli altri Stati membri dal GATT 1994 o – ancora – ad arrecare un serio pregiudizio agli interessi di questi¹¹¹.

L'art. 6 dell'ASCM declina la nozione di *serious prejudice*, contemplando i criteri che ne fanno presumere l'esistenza: l'aiuto pubblico rappresenta più del 5% del valore finale del prodotto o copre le perdite di gestione sostenute da una data industria o integra una remissione di debiti verso lo Stato. Inoltre, il serio pregiudizio può ricorrere anche quando la sovvenzione abbia l'effetto di dirottare o impedire le importazioni di un prodotto simile di un altro Stato membro dal mercato di un paese terzo, o, ancora, provochi l'aumento della quota di mercato dello Stato sovvenzionante con riguardo ad un particolare prodotto sovvenzionato.

Lo Stato che abbia ragione di ritenere che un sussidio vietato sia garantito da un altro Stato Membro, ovvero ritenga di subire effetti pregiudizievoli da un sussidio passibile di azione legale, può richiedere una consultazione con lo Stato responsabile, al fine di tentare di raggiungere un accordo. Il fallimento della consultazione apre la strada alla sottoposizione della questione al Panel secondo le regole del *Dispute Settlement Understanding*, con deviazioni rispetto al procedimento ordinario disciplinate dagli art. 4 e 7 dell'ASCM¹¹².

¹⁰⁸ Art. 3.1: «*Except as provided in the Agreement on Agriculture, the following subsidies, within the meaning of Article 1, shall be prohibited: (a) subsidies, in law or in fact, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex I; (b) subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon the use of domestic over imported goods.*»

¹⁰⁹ È *de jure* la sovvenzione «*in which the condition of exportation is set out expressly, in so many words, on the face of the law, regulation or other legal instrument [...] or] where the condition [...] can be derived by necessary implication from the words actually used in the measure*» (*Appellate Body, Canada v. Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, del 31 maggio 2000, adottato il 4 ottobre 2000, par. 100).

¹¹⁰ La sovvenzione *de facto* «*must be inferred from the total configuration of the facts constituting and surrounding the granting of the subsidy*» (*Appellate Body, European Communities and Certain member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, del 18 maggio 2011, adottato il 1 giugno 2011, par. 1046). (Cf. SILINGARDI, 2015, p. 80).

¹¹¹ Art. 5.1.: «*No Member should cause, through the use of any subsidy referred to in paragraphs 1 and 2 of Article 1, adverse effects to the interests of other Members, i.e.: (a) injury to the domestic industry of another Member; (b) nullification or impairment of benefits accruing directly or indirectly to other Members under GATT 1994 in particular the benefits of concession bound under Article II of GATT 1994; (c) serious prejudice to the interests of another Member*».

¹¹² Per quanto riguarda le sovvenzioni vietate, l'art. 4 dell'ASCM prevede tempi dimezzati per la procedura rispetto a quelli ordinari, inoltre il panel incaricato può chiedere l'assistenza del Gruppo permanente di esperti, istituito e disciplinato dall'art. 24, le cui conclusioni sono vincolanti per il panel. Qualora venga accertata la natura di sovvenzione vietata della misura in questione, il panel emette una raccomandazione affinché il Membro provveda a revocarla senza indugio. In caso di inadempimento, l'Organo di soluzione delle controversie può autorizzare il

Oltre – o in alternativa¹¹³ – al ricorso agli organi contenziosi della WTO, gli Stati che lamentino pregiudizi arrecati alla propria industria nazionale da sovvenzioni vietate o passibili di azioni legali possono agire unilateralmente aprendo una procedura d'inchiesta nazionale finalizzata ad imporre misure compensative, secondo le regole della parte V dell'ASCM.

5 L'ACCORDO SUGLI OSTACOLI TECNICI AGLI SCAMBI

Altro accordo rilevante ai fini del presente lavoro è l'*Agreement on Technical Barriers to Trade* (TBT)¹¹⁴, il quale ha l'obiettivo di garantire che i regolamenti tecnici¹¹⁵ e gli *standards*¹¹⁶, nonché le procedure di valutazione della conformità agli stessi¹¹⁷, non creino indebiti ostacoli al commercio internazionale e non siano utilizzati quali strumenti protezionistici, risultando così conformi tanto alla clausola del trattamento nazionale, quanto a quella della nazione più favorita.

Infatti, tra le barriere non tariffarie al commercio internazionale, particolare rilevanza assumono i regolamenti e le norme tecniche, ossia le disposizioni e le misure prescritte da uno Stato relativamente alla composizione, alla fabbricazione, ai metodi di lavorazione, di imballaggio, di marcatura e di etichettatura dei prodotti industriali ed agroalimentari, al cui rispetto venga subordinata la possibile commercializzazione degli stessi.

Membro ricorrente all'adozione di adeguate contromisure. Per le sovvenzioni passibili di azione legale, l'art. 7 dell'ASCM prevede tempi più ridotti rispetto a quelli ordinari (ad esempio, la procedura davanti al Panel deve durare 4 mesi, invece degli ordinari 6 mesi). La procedura, nella quale non è previsto l'intervento del Gruppo permanente di esperti, si conclude – in caso di accoglimento del ricorso – con la richiesta del Panel allo Stato di rimuovere gli effetti pregiudizievoli della sovvenzione, salvo il raggiungimento tra il Membro ricorrente ed il convenuto di un accordo volontario di compensazione.

¹¹³ I due procedimenti possono essere attivati contemporaneamente, ancorché poi si possa ricorrere ad una sola forma di compensazione in relazione alla stessa fattispecie. Cf. S. SILINGARDI. **La disciplina delle misure di difesa commerciale**, op. cit., p. 81.

¹¹⁴ Sull'accordo si vedano: OECD/WTO (2019); Molina e Khoroshavina, 2018); Focarelli (2016); Molina e Khoroshavina (2015); WTO (2013); Epps e Trebilcock (2013); Mavroidis e Wu (2013); Van den Bossche e Zdouc (2013); Mandrino e Granziera (2013); Wijkström e McDaniels (2013); Appleton (2005); Thorn e Carlson (2000); Chang (1997).

¹¹⁵ L'Allegato 1 dell'accordo definisce il regolamento tecnico: «[d]ocument which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method».

¹¹⁶ Ai sensi dell'Allegato 1 citato, *Standard* è il «[d]ocument approved by a recognized body, that provides for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method». Precisa la nota esplicativa che, ai fini dell'accordo, «standards are defined as voluntary and technical regulations as mandatory documents. Standards prepared by the international standardization community are based on consensus. This Agreement covers also documents that are not based on consensus».

¹¹⁷ Definite, sempre dall'Allegato 1 citato, come «[a]ny procedure used directly or indirectly, to determine that relevant requirements in technical regulations or standards are fulfilled».

Ebbene, regolamenti e norme tecnici sono ampiamente utilizzati nel settore dell'energia, con il fine soprattutto di incrementare l'efficienza energetica dei processi produttivi e dei prodotti stessi.

L'accordo si applica ai regolamenti tecnici e *standards* relativi ad ogni genere di merci, siano esse industriali o agricole, fatta eccezione per le misure sanitarie o fitosanitarie che sono regolate da uno specifico accordo multilaterale¹¹⁸.

Il Preambolo dell'accordo riconosce il diritto di ciascun paese di adottare, entro i limiti che ritiene adeguati, tutte le misure necessarie ad assicurare la qualità delle sue esportazioni, la tutela della salute o della vita delle persone nonché del mondo animale e vegetale, la protezione dell'ambiente o la prevenzione di pratiche ingannevoli, purché tali misure non vengano applicate in modo tale da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra paesi in cui vigono identiche condizioni o da introdurre una restrizione dissimulata del commercio internazionale.

In ragione di ciò, l'art. 2.2, dell'accordo impone agli Stati membri di fare in modo che i regolamenti tecnici non vengano elaborati, adottati o applicati in modo da creare o da conseguire l'effetto di indebiti ostacoli al commercio internazionale¹¹⁹. La stessa norma, però, precisa che, in funzione di tale finalità, i regolamenti tecnici non potranno essere più restrittivi agli effetti degli scambi di quanto sia necessario – secondo un criterio di proporzionalità¹²⁰ – per conseguire un obiettivo legittimo, tenuto conto dei rischi che comporterebbe il suo mancato conseguimento. E, tra gli obiettivi che legittimano regolamenti più restrittivi sono indicati: «*inter alia: protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment*»¹²¹.

L'espressione *inter alia* conferisce all'elenco che segue carattere esemplificativo, potendo la lista degli obiettivi essere estesa anche ad altre finalità riconducibili all'art. 2.2, e definibili come legittime, pur non risultando espressamente previste¹²².

¹¹⁸ *The WTO Agreement on the Application of Sanitary and phytosanitary measures (SPS)*.

¹¹⁹ Art. 2.2: «[m]embers shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade».

¹²⁰ Cf., in questo senso, Montini (1997, p. 121). Oddenino (2013, p. 285-286, nota 60), segnala come in *US – Tuna II (Mexico)* WT/DS381/AB/R del 13 giugno 2012, l'*Appellate Body* (ma già il *panel*, cf. WT/DS381/R del 15 settembre 2011) abbia riconosciuto agli Stati membri un'ampia discrezionalità nel determinare unilateralmente le misure volte al perseguimento di obiettivi legittimi, come quelli di preservazione ambientale, attenuando la lettura del nesso di necessità che pure è contenuto nell'art. 2.2 del *TBT Agreement*.

¹²¹ Il termine *environment* è stato introdotto per la prima volta nel sistema GATT proprio dal Codice sugli ostacoli tecnici agli scambi del 1979, non figurando nell'Accordo generale.

¹²² Cf. *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R del 26 settembre 2002, adottato il 23 ottobre 2002 (d'ora in poi *EC – Sardines*). Si veda anche *U.S. – Tuna II*, op. cit., par. 313: «*the use of the words “inter alia” in Article 2.2 suggests that the provision does not set out a closed list of legitimate objectives, but rather lists several examples of legitimate objectives*».

Il comma si chiude con la previsione che, nella valutazione del rischio, «*relevant elements of consideration are inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses products*».

Il riferimento alle *available scientific and technical information* sembrerebbe *prima facie* escludere il principio di precauzione nella valutazione del rischio¹²³. In realtà, come è stato osservato¹²⁴, i dati scientifici disponibili non devono necessariamente essere completi per giustificare l'adozione di un provvedimento commerciale restrittivo. Inoltre, se si ritiene l'approccio precauzionale come principio cogente del diritto internazionale¹²⁵, anche tale norma deve interpretarsi come legittimante *standards* restrittivi al commercio anche in assenza della certezza scientifica circa la dannosità del prodotto o del processo produttivo.

Invece, la disposizione è di particolare interesse ai fini dell'integrazione delle istanze ambientali nel sistema della WTO, in quanto fa espresso riferimento anche alle tecnologie di produzione quali oggetto di valutazione del rischio, offrendo – come anticipato – un significativo argomento per ricomprendere nella nozione di *similarità* anche i metodi ed i processi produttivi.

Vero è che la formula citata è contenuta nell'Accordo TBT, ma non anche negli artt. I e III del GATT. È vero anche, però, che una delle caratteristiche distintive dei risultati dell'*Uruguay Round* è proprio quella di aver creato «*the WTO Agreement [as] a single treaty instrument which was accepted by the WTO Members as a “single undertaking”*»¹²⁶ nell'ambito del quale, pertanto «tutte

¹²³ È di tale avviso Rege (1994, p. 106). Sulla base di tale interpretazione della norma l'India ha sostenuto nella *WTO Committee on Technical Barriers to Trade* l'inapplicabilità del principio di precauzione nell'ambito materiale disciplinato dall'Accordo TBT (cf. *Minutes of the Meeting Held on 6 October 2000*, G/TBT/M/21, par. 88)

¹²⁴ Cf. in tal senso Gradoni (2006, p. 162-163). Ma si veda, con riferimento al medesimo sintagma usato nella nota all'art. 3.3 del SPS, Thomas (1999, p. 500): «*[t]his definition seemingly endorses an implied precautionary approach as it does not require “conclusive” scientific justification for a particular measure, but only a risk assessment based upon current science*».

¹²⁵ L'appartenenza del principio di precauzione al diritto internazionale consuetudinario è ancora controversa, essendo da parte della dottrina ritenuto «*far too vague to serve as a regulatory standard*» (così, Bodansky, 1991. Si veda, sul tema, anche Bodansky (1995). Ancorché vi sia chi veda nell'indeterminatezza del principio un vantaggio (cf. Herwig, 2006, p. 305: «*[t]he indeterminacy of the precautionary principle is an advantage, because it invites decision makers to search for better ground for justifying regulatory responses to hazard*»). Aust (2010, p. 306-307, ritiene che il principio di precauzione non corrisponda al diritto consuetudinario, ma può essere rilevante per interpretare ed applicare il diritto consuetudinario sulla responsabilità dello Stato e sulla prevenzione dei rischi. Focarelli (2016, p. 58), afferma che «si può anche parlare di “principio” se per principio si intende un'idea largamente riscontrabile nella prassi, soprattutto convenzionale, ma è da escludersi che ne derivino obblighi specifici oltre quelli previsti dagli strumenti convenzionali che lo sanciscono». Tale giudizio, però, prevalente prima di Rio 1992, risulta riequilibrato da chi ha identificato proprio nella Dichiarazione conclusiva dell'*Earth Summit* l'evento che ha completato il processo di cristallizzazione consuetudinaria del principio. Interpreti di questo orientamento: Cameron (1994); McIntyre e Mosedale (1997). La Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 20 aprile 2010 *Argentina v. Uruguay* (relativa al caso delle cartiere sul fiume Uruguay) ha parlato del «principio di precauzione quale regola consuetudinaria la cui origine è da rinvenire nell'obbligo di diligenza che lo Stato deve rispettare nel territorio».

¹²⁶ *Appellate Body, Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/AB/R, del 21 febbraio 1997, adottato il 20 marzo 1997, par. 38 (d'ora in poi *Brazil – Coconut*).

le regole del sistema multilaterale devono essere interpretate in modo integrato ed unitario, così da conferire a detto sistema spessore e compattezza» (BARONCINI, 2014).

Ed infatti, il *report* dell'*Appellate Body*¹²⁷, molto valorizzato in dottrina (FOCARELLI, 2016, p. 106; BARONCINI, 2014)¹²⁸ quale apertura – sia pure implicita – alla possibilità di ritenere non simili i prodotti in base ai relativi metodi di produzione, è quello reso nel 2012 nella lunga vicenda che ha visto contrapposti Messico e Stati Uniti sui metodi di pesca del tonno ed è relativo appunto all'art. 2.2, dell'accordo TBT.

6 L'ACCORDO SUGLI INVESTIMENTI

Ulteriore accordo rilevante in tema di sussidi all'energia sostenibile è l'*Agreement on Trade Related Investment Measures* (TRIMS)¹²⁹.

L'accordo riguarda solo gli investimenti connessi allo scambio di beni¹³⁰ e prevede l'applicazione agli stessi delle clausole del trattamento nazionale e del divieto di restrizioni quantitative, poste dagli articoli III e XI del GATT.

Dell'art III si è già detto. L'art. XI del GATT proibisce l'istituzione o il mantenimento di divieti o restrizioni all'importazione o all'esportazione, mediante contingenti, licenze o altre misure. Rientra nel campo di applicazione della norma ogni tipo di provvedimento o azione, riconducibile ad un'autorità pubblica, che renda più onerose o limiti, in tutto o in parte, l'importazione o l'esportazione di una merce, in maniera da costituire un ostacolo, effettivo o potenziale, al commercio (SANNA, 2015, p. 43). Una forma di restrizione vietata – cui, come vedremo, si è fatto ricorso in materia di sostegno alle energie rinnovabili – è l'imposizione di c.d. «requisiti nazionali» (*local content* e *local performance requirements*).

Una lista esemplificativa (*illustrative*) e quindi non esaustiva¹³¹ delle misure incompatibili con il TRIMS è contenuta nell'allegato dell'accordo¹³².

¹²⁷ U.S. – Tuna II, op. cit.

¹²⁸ Sul *report* si vedano anche Kelly (2014); Mull (2013); Jakir (2013); Shaffer (2013).

¹²⁹ Si veda de Sterlini (2005); Bora (2002).

¹³⁰ Art. 1: «*This Agreement applies to investment measures related to trade in goods only*».

¹³¹ Cf. *Appellate Body, Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R – WT/DS4267AB/R, del 6 maggio 2013, adottato il 24 maggio 2013, par. 5.22 (d'ora in poi *Canada – Renewable Energy*): «*The term “illustrative” indicates that the examples in the list do not constitute a closed list. In other words, there can be other types of TRIMS that are inconsistent with the national treatment obligation in Article III:4 and the obligation of general elimination of quantitative restrictions in Article XI:1 of the GATT 1994*».

¹³² In particolare, sono in contrasto con la clausola del “trattamento nazionale” posta dall'art. III, par. 4, del GATT gli investimenti connessi allo scambio di beni che, in forza della legge interna o delle regole amministrative, impongono (o ne condizionano l'ottenimento di un vantaggio): (a) l'acquisto o l'uso da parte di un'impresa di prodotti di origine

Importante, ai nostri fini, che l'art. 3 espressamente disponga che «[a]ll exceptions under GATT 1994 shall apply, as appropriate, to the provisions of this Agreement». Nessun dubbio, quindi, che le c.d. eccezioni ambientali, di cui all'art. XX del GATT, trovino applicazione.

Inoltre, come chiarito della giurisprudenza del DSU¹³³, il rinvio operato dall'art. 2.1. del TRIMs è all'intero art. 3 del GATT. Quindi, anche all'ottavo paragrafo di tale articolo, che esclude l'applicazione delle regole poste dalla norma alle leggi, regolamenti o requisiti che concernono l'approvvigionamento da parte delle agenzie governative di prodotti acquistati per fini del governo e quindi non destinati alla vendita commerciale o alla produzione di beni per il commercio¹³⁴.

7 IL CONTENZIOSO IN AMBITO WTO IN MATERIA DI SUSSIDI ALL'ENERGIA RINNOVABILE

7.1 CANADA – FEED-IN TARIFF PROGRAM

Il primo caso sollevato davanti agli organi del DSU¹³⁵ ha riguardato un programma di *feed-in tariff* per l'energia eolica e fotovoltaica della provincia canadese dell'Ontario¹³⁶. Il Giappone e l'Unione Europea – con distinti ricorsi, poi riuniti – hanno dedotto che il programma canadese integrasse un sussidio vietato ai sensi dell'art. 1 dell'ASCM, rappresentando sia un trasferimento

domestica o provenienti da fonti nazionali, in termini di prodotti particolari ovvero in termini di volume o valore dei prodotti o in termini di una percentuale del volume o del valore di produzione locale o (b) che l'acquisto o l'uso di prodotti importati da parte di un'impresa siano limitati ad un importo correlato al volume o al valore dei prodotti locali che esporta¹³². Violano inoltre l'obbligo di eliminare le restrizioni quantitative previste dall'art. XI, par. 1, del GATT gli investimenti connessi allo scambio di beni che limitano: (a) l'importazione da parte di un'impresa di prodotti utilizzati nella sua produzione locale, o relativi alla stessa, in generale o fino ad un ammontare collegato al volume o al valore dei prodotti locali che l'impresa importa; (b) l'importazione da parte di un'impresa di prodotti utilizzati nella sua produzione locale o relativi alla stessa, limitando il suo accesso a valuta estera ad un importo rapportato all'afflusso di valuta estera attribuibile all'impresa; o (c) l'esportazione o la vendita per l'esportazione da parte di un'impresa di prodotti, specificata in termini di particolari prodotti, in termini di volume o valore dei prodotti, o in termini di una percentuale del volume o del valore della sua produzione locale.

¹³³ Cf. *Canada – Renewable Energy*, op. cit., paragrafi 5.20–5.3. In tale contenzioso l'Unione Europea ha tentato di distinguere tra l'art. 2.1 e la lista annessa all'accordo, sostenendo che mentre la prima norma rinvia all'intero art. 3 del GATT, non altrettanto avverrebbe per l'art. 2.2. e la lista cui lo stesso fa rinvio. Pertanto, un TRIM che ricade in una delle ipotesi previste dalla lista sarebbe per ciò solo vietato e non potrebbe trovare giustificazione nella deroga prevista dall'art. 3.8. Sia il *Panel* che l'Organo d'appello non hanno condiviso tale interpretazione, affermando che la lista annessa all'accordo TRIMs è illustrativa della disposizione contenuta dell'art. 2.1. dello stesso accordo e quindi il rinvio operato da tale norma all'intero art. 3 (comprensivo della deroga disposta dal par. 8) comporta che gli investimenti che ricadono nelle ipotesi esemplificate dalla lista sono giustificabili ai sensi dell'art. 3, par. 8.

¹³⁴ «*The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale*».

¹³⁵ In generale sul contenzioso in ambito WTO relativo ai sussidi alle rinnovabili si vedano: Hajdukiewicz e Pera (2020); Espa e Durán (2018); Batra e Bafna (2018); Ghori (2018); Karttunen e Moore (2018); Bigdeli (2016); Farah e Cima (2015a); Arcas e Filis (2015).

¹³⁶ *Appellate Body, Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R – WT/DS426/AB/R del 6 maggio 2013, adottato il 24 maggio 2013 (d'ora in poi *Canada – Feed-in Tariff Program*).

diretto di fondi in favore delle imprese beneficiarie che l'acquisto dell'energia dalle stesse prodotta, e dell'art. 3 dello stesso accordo, oltre che dell'art. 2.1. del TRIMs, in quanto contenente un «*domestic content requirement*», imponendo l'acquisto di una certa percentuale di prodotti domestici.

L'Organo di appello, quanto al primo profilo, ha ritenuto non provato il “vantaggio” che la sovvenzione avrebbe arrecato ai beneficiari, avendo i *complainants* errato nell'indicare il mercato rilevante a tal fine. Come già detto, il report dell'Organo di appello in questo contenzioso si segnala proprio per aver introdotto il principio che il mercato rilevante ai fini dell'individuazione del requisito del “vantaggio” è, in tema di regimi di sostegno all'energia rinnovabile, il mercato della singola tecnologia interessata e non l'intero mercato della produzione di energia¹³⁷. La dottrina sul punto ha osservato che «*the Appellate Body has arguably made it harder for future complainants to demonstrate the existence of a benefit, ad hence that FIT programmes constitute a subsidy falling under the SCM Agreement*» (ESPA; DURÁN, 2018, p. 634). Tanto più se si considera che è l'intero mercato energetico ad essere alterato dal massiccio intervento pubblico, peraltro soprattutto a sostegno dei combustibili fossili¹³⁸.

L'Organo di appello ha invece accolto le doglianze relative al secondo profilo, ritenendo che l'imposizione in capo ai beneficiari delle sovvenzioni dell'obbligo di acquisto di una certa percentuale di prodotti domestici violasse l'articolo 2.1 dell'accordo TRIMS e l'articolo III:4 del GATT 1994. A tale riguardo, l'Organo di appello ha dovuto valutare se, come dedotto dal Canada, la misura ricadesse nella deroga posta dall'art. III:8, del GATT, che esclude l'applicazione delle regole poste dalla norma alle leggi, regolamenti o requisiti che concernono l'approvvigionamento da parte delle agenzie governative di prodotti acquistati per fini del governo e quindi non destinati alla vendita commerciale o alla produzione di beni per il commercio. L'Organo di appello – chiamato per la prima volta a fornire la propria interpretazione di tale deroga¹³⁹ – ha chiarito innanzitutto che la norma deve essere interpretata «*holistically*», considerando il legame tra i diversi termini usati e la contestuale connessione con le altre parti dell'art. III, nonché assegnando un senso ad ognuno di tali termini. Ha quindi statuito che le “agenzie governative” cui si riferisce la norma sono solo gli organismi di diritto pubblico che agiscono per conto del governo, svolgendo le relative funzioni, non anche le imprese

¹³⁷ Cf. *Canada – Feed-in Tariff Program*, par. 5.178. Si veda, in dottrina sul punto: Pal (2014); Charnovitz e Fischer (2015, p. 192-198).

¹³⁸ Si veda sul punto Rubini (2009, p. 226-233). Tale Autore ha però poi criticato l'approccio dell'*Appellate Body* in *Canada – Feed-in tariff Program* relativo alla definizione del mercato rilevante. Cf. Rubini (2014; 2015, p. 213-218).

¹³⁹ Cf. *Canada – Feed-in Tariff Program*, op. cit., par. 5.54.3.

private cui il governo abbia affidato compiti pubblicistici¹⁴⁰, e che la locuzione “*governmental purposes*”, va intesa – coerentemente con la versione francese (*les besoins des pouvoirs publics*) e spagnola (*las necesidades de los poderes públicos*) della norma – come necessità del governo («*needs*»), non genericamente come finalità governative¹⁴¹. Infine, prevedendo la norma una deroga al principio del trattamento domestico, posto dall’art. III:4, i prodotti cui la stessa si riferisce sono quelli che possono essere oggetto di discriminazione ai sensi di tale principio: ovvero i prodotti “similari” (*like products*), nel significato che la giurisprudenza del DSU ha loro conferito di prodotti “concorrenziali”¹⁴². Ed è proprio per tale ultimo profilo che l’Organo di appello ha ritenuto che il

¹⁴⁰ Ciò fa confrontando il significato di “*governmental agency*” nell’art. III:8(a) e di “*state trading enterprises*” nell’art. XVII:1. Cf. par. 5.61: «*We consider that Articles XVII:1 and XVII:2 of the GATT 1994 provide relevant context for the interpretation of the term “governmental agency” in Article III:8(a). Article XVII:1 stipulates obligations for state trading enterprises and Article XVII:2 sets out a derogation from those obligations for certain government procurement transactions. In contrast to Article III:8(a), the provisions of Article XVII relate to “state trading enterprises” and not to “governmental agencies”. According to Article XVII:1, this includes state enterprises and enterprises that are conferred exclusive or special privileges from the state. It follows that the GATT 1994 recognizes that there is a public and a private realm, and that government entities may act in one, the other, or both. Governments may limit the actions of entities to the public realm or give entities competences to act in the private realm. In our view, the term “governmental agencies” refers to those entities acting for or on behalf of government in the public realm within the competences that have been conferred on them to discharge governmental functions. This further confirms our understanding that a “governmental agency” is an entity acting for or on behalf of government and performing governmental functions within the competences conferred on it*».

¹⁴¹ Cf. paragrafi 5.66-5.77: «*The word “purpose” may refer to “an object in view; a determined intention or aim” or it may refer to “the end to which an object or action is directed”. In Article III:8(a), the word “purpose” is used in conjunction with the word “governmental”. Accordingly, the term “governmental purposes” may refer either to the intentions or aims of a government, or it may refer to government as the end to which the product purchased is directed. We note that in Article III:8(a) the word “governmental” is used once in connection with “purposes”, and again in connection with the word “agencies”. The reference to “governmental agencies” defines the identity of the entity carrying out the procurement. Yet, because governmental agencies by their very nature pursue governmental aims or objectives, the additional reference to “governmental” in relation to “purposes” must go beyond simply requiring some governmental aim or objective with respect to purchases by governmental agencies. 5.67. We further note that the French version of Article III:8(a) refers to “*les besoins des pouvoirs publics*” and the Spanish version of the provision refers to “*las necesidades de los poderes públicos*”. The term “purposes” thus corresponds to the terms “*besoins*” and “*necesidades*”, respectively, in the French and the Spanish texts. Both the French and the Spanish terms correspond closely to the English term “needs”. As such, the French and the Spanish text can be read harmoniously with an interpretation of the word “purposes” in English as referring to purchases of products directed at the government or purchased for the needs of the government in the discharge of its functions. By contrast, the words “*besoins*” or “*necesidades*” cannot be read harmoniously with the definition of the term “purpose” as “objectives” or “aims” of the government, because neither the word “*besoins*” in French, nor the word “*necesidades*” in Spanish encompass the notion of an aim or objective».*

¹⁴² Cf. par. 5.63.: «*We have found above that Article III:8(a) stipulates conditions under which derogation from the obligations in Article III takes place. The derogation in Article III:8(a) becomes relevant only if there is discriminatory treatment of foreign products that are covered by the obligations in Article III, and this discriminatory treatment results from laws, regulations, or requirements governing procurement by governmental agencies of products purchased. Both the obligations in Article III and the derogation in Article III:8(a) refer to discriminatory treatment of products. Because Article III:8(a) is a derogation from the obligations contained in other paragraphs of Article III, we consider that the same discriminatory treatment must be considered both with respect to the obligations of Article III and with respect to the derogation of Article III:8(a). Accordingly, the scope of the terms “products purchased” in Article III:8(a) is informed by the scope of “products” referred to in the obligations set out in other paragraphs of Article III. Article III:8(a) thus concerns, in the first instance, the product that is subject to the discrimination. The coverage of Article III:8 extends not only to products that are identical to the product that is purchased, but also to*

programma incentivante dell'Ontario non fosse coperto dalla deroga prevista dell'art. III:8. Tale programma prevedeva che il governo acquistasse l'energia prodotta da fonti rinnovabili con tariffe incentivanti (*feed-in Tariffs*) da imprese obbligate però ad acquistare componenti per gli impianti eolici e fotovoltaici di produzione locale. Pertanto, la violazione dell'art. III:4 e del principio del trattamento domestico si realizzava con riferimento a tali ultimi prodotti, che ancorché correlati con la produzione di energia rinnovabile non possono essere considerati prodotti "similari" alla stessa¹⁴³.

Nell'articolare la propria valutazione sul punto, l'Organo di appello ha anche affermato che «[w]hat constitutes a competitive relationship between products may require consideration of inputs and processes of production used to produce the product», lasciando però indefinita la questione in quanto estranea alla decisione del caso («is a matter we do not decide in this case»)¹⁴⁴.

Il Canada, quindi, con atto del giugno 2014 ha ritirato tale misura di sostegno¹⁴⁵.

7.2 INDIA – SOLAR CELLS

Il 6 febbraio 2013, gli Stati Uniti hanno richiesto consultazioni con l'India in merito al regime di sostegno nazionale Jawaharlal Nehru ("NSM") per celle moduli solari, deducendo la violazione degli Articoli III: 4 del GATT 1994, 2.1 dell'Accordo TRIMs e 3.1 (b), 3.2, 5 (c), 6.3 (a) e (c) e 25 dell'Accordo SCM. Anche il Giappone e l'Australia hanno chiesto di partecipare alle consultazioni.

Il regime di sostegno indiano imponeva ai beneficiari l'acquisto di celle e moduli di produzione locale. Si trattava di vicenda del tutto simile a quella già decisa dall'Organo di appello in *Canada – Feed-in Tariff Program*. L'India, però, chiedendo l'applicazione della deroga prevista dall'art. III:8, del GATT ha tentato di valorizzare la già accennata (timida) apertura del Report

"like" products. In accordance with the Ad Note to Article III:2, it also extends to products that are directly competitive to or substitutable with the product purchased under the challenged measure. For convenience, this range of products can be described as products that are in a competitive relationship. What constitutes a competitive relationship between products may require consideration of inputs and processes of production used to produce the product».

¹⁴³ Cf. par. 5.75: «We note that the product that is subject to the Minimum Required Domestic Content Levels of the FIT Programme and Contracts challenged by the complainants as discriminatory under Article III:4 of the GATT 1994 and the TRIMs Agreement is certain renewable energy generation equipment. The product purchased by the Government of Ontario under the FIT Programme and Contracts, however, is electricity and not generation equipment. The generation equipment is purchased by the generators themselves. Accordingly, the product being purchased by a governmental agency for purposes of Article III:8(a) – namely, electricity – is not the same as the product that is treated less favourably as a result of the Minimum Required Domestic Content Levels of the FIT Programme and Contracts».

¹⁴⁴ Cf. par. 5.63.

¹⁴⁵ *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, Doc. WT7DS412/19 del 6 giugno 2014.

dell'*Appellate Body*, che ha deciso sul caso canadese, ai c.d. *Non Related Process and Production Methods* (NRPPMs) ovvero ai processi e metodi di produzione che non si ripercuotono sulle caratteristiche fisiche del prodotto finale. L'India, quindi, ha tentato di sostenere che, a differenza di altre componenti – che possono essere classificate “ausiliarie” –, i moduli e le celle solari si integrano completamente – quali input essenziali – nella produzione della relativa energia e vanno pertanto considerati “prodotti simili” a questa ai fini dell'applicazione della deroga prevista dell'art. III:8 del GATT. In breve, il Governo indiano, acquistando con tariffe incentivanti energia da produttori che, a loro volta sono tenuti ad utilizzare moduli e celle di produzione indiana, opererebbe sì una discriminazione tra prodotti domestici ed importati, ma che ricadrebbe nella deroga prevista dall'art. III:8 per gli acquisti del Governo o di agenzie governative per le proprie finalità.

Il Panel ha liquidato la questione affermando che il caso fosse identico a quello già deciso dall'Organo di appello in *Canada – Feed-in Tariff Program*, trattandosi, anche in quel caso, di obbligo di acquisto da parte dei beneficiari di tariffe incentivanti di moduli e celle solari di produzione locale.

L'Organo d'appello¹⁴⁶, confermando la decisione del Panel, ha espresso una considerazione – nell'economia di questo lavoro – importante. Nel dirsi in disaccordo con la lettura indiana del report reso in *Canada – Feed-in Tariff Program*, ha affermato che il quel caso l'organo di appello ha esplicitamente statuito di non decidere se «*the cover of Article III:8(a) may also extend to discrimination relating to inputs and processes of production used in respect of products purchased by way of procurement*», in quanto tale questione – ed è questo a mio avviso il punto importante – «*arises only after the product subject to discrimination has been found to be like, directly competitive with, or substitutable for – in other words, in a competitive relationship with – the product purchased*»¹⁴⁷. Quindi, l'Organo di appello espressamente afferma che il tema dei NRPPMs si pone,

¹⁴⁶ *Appellate Body Report India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/AB/R, del 16 settembre 2016, adottato il 14 ottobre 2016 (d'ora in poi *India – Solar Cells*). Per commenti alla decisione in dottrina si vedano: Karttunen e Moore (2018); Isaac e Menon (2017); Shadikhodjaev (2017); Jayagovind (2016).

¹⁴⁷ Cf. *India – Solar Cells*, par. 5.24: «*On appeal in this dispute, India argues that the Appellate Body in Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program suggested that the scope of Article III:8(a) may extend, in some cases, to “inputs” and “processes of production”, regardless of whether the product subject to discrimination is in a competitive relationship with the product purchased. We disagree with India’s reading of the Appellate Body report in Canada – Renewable Energy / [Canada –] Feed-in Tariff Program. The Appellate Body explicitly stated that it was not deciding whether “the cover of Article III:8(a) may also extend to discrimination relating to inputs and processes of production used in respect of products purchased by way of procurement.” This question arises only after the product subject to discrimination has been found to be like, directly competitive with, or substitutable for – in other words, in a competitive relationship with – the product purchased. In respect of the latter issue, although a consideration of inputs and processes of production may inform the question of whether the product purchased is in a competitive relationship with the product being discriminated against, it does not displace the competitive relationship standard. Under Article III:8(a) of the GATT 1994, the foreign product discriminated against must necessarily be in a competitive relationship with the product purchased by way of procurement.*».

non per stabilire la similarità tra prodotti, ma per escluderla in ipotesi in cui i prodotti siano tra di loro simili, competitivi e sostituibili. Mi sembra un'apertura – ancora timida, ma importante – alla possibilità di considerare non simili – e quindi, se trattati diversamente, non discriminati – prodotti in tutto simili ed in relazione competitiva tra loro, ma risultato di metodi e processi produttivi differenti.

L'India ha anche sostenuto che le misure adottate fossero giustificate dall'eccezione generale di cui all'articolo XX, lettera j), del GATT 1994, ovvero «*essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply*». A giudizio dell'India, ai fini dell'applicazione dell'eccezione generale invocata al caso, la situazione di scarsità generale o locale dei prodotti oggetto di trattamento differenziato andava valutata con riferimento al contesto degli obiettivi della sicurezza energetica e dello sviluppo sostenibile del paese, che verrebbero compromessi dalla dipendenza di elementi essenziali per la produzione di energia rinnovabile dalle importazioni.

Il panel ha obiettato che l'art. XX(j), nell'indicare quale eccezione alle regole del GATT la scarsità generale o locale di un prodotto, si riferisce all'insufficienza dell'offerta di tale prodotto rispetto alla domanda in un contesto geografico che può essere anche sub-nazionale, ma non contiene alcun riferimento alla produzione locale. In altre parole, l'aggettivo «*local*» usato dalla norma si riferirebbe al contesto nel quale la domanda del prodotto non è soddisfatta dall'offerta, non anche all'origine del prodotto di cui si assume la scarsità. Quindi, il rischio di dipendenza dalle esportazioni non giustifica l'eccezione. E comunque l'India non avrebbe fornito dati obiettivi per una valutazione della scarsità dei prodotti discriminati.

L'Organo d'appello, chiamato per la prima volta ad interpretare l'art. XX(j), analizzatane la struttura bipartita¹⁴⁸, ha rilevato come la norma imponga un doppio livello di valutazione: un primo livello inteso a verificare il carattere essenziale delle misure adottate al fine di ovviare alla scarsità del prodotto in un dato mercato; un secondo livello – che consente di qualificare le misure adottate come necessariamente provvisorie – inteso ad assicurare che tali misure siano coerenti con il principio secondo cui tutte le parti contraenti hanno diritto a una ripartizione equa della fornitura internazionale dei prodotti e che tali misure, incompatibili con le altre disposizioni dell'Accordo, saranno sospese non appena le condizioni che le hanno originate avranno cessato di esistere.

¹⁴⁸ La norma, nella prima parte, consente l'adozione di misure «*essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply*». Nella seconda parte: «*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, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist*».

Quindi l'Organo di appello afferma che l'articolo XX (j) del GATT riflette l'equilibrio di diverse istanze. Occorre innanzitutto esaminare la misura in cui un particolare prodotto è "disponibile" in una particolare area geografica o mercato e se è sufficiente per soddisfare la relativa domanda. Questa analisi può tenere conto non solo del livello di produzione nazionale del prodotto e della sua natura, ma anche di fattori quali il mercato geografico rilevante del prodotto, potenziali fluttuazioni dei prezzi in tale mercato, potere d'acquisto dei consumatori stranieri e nazionali e ruolo dei produttori nazionali e stranieri nello stesso mercato, compreso il livello delle esportazioni dei produttori nazionali. Si dovrebbe tenere debitamente conto della quantità totale di importazioni che possono essere "disponibili" per soddisfare la domanda. Può quindi essere rilevante considerare in che misura l'offerta internazionale di un prodotto sia stabile e accessibile, anche esaminando fattori quali la distanza tra una particolare area geografica o mercato e siti di produzione, nonché l'affidabilità dell'offerta locale o transnazionale. Se e quali fattori siano rilevanti dipenderà necessariamente dalle particolarità di ciascun caso. Così come possono esserci fattori che incidono sulla "disponibilità" delle importazioni in un caso particolare, è anche possibile che, nonostante l'esistenza della capacità di produzione, i prodotti domestici non siano "disponibili" in tutte le parti di un determinato paese, oppure non sono "disponibili" in quantità sufficienti per soddisfare la domanda. In ogni caso, grava sulla parte che intende avvalersi dell'eccezione l'onere di dimostrare che la quantità di offerta "disponibile" da fonti nazionali e internazionali nel mercato geografico rilevante è insufficiente per soddisfare la domanda.

L'Organo di appello – con un evidente richiamo alla teoria dei vantaggi comparati¹⁴⁹ – sottolinea che la sua interpretazione dell'articolo XX (j) del GATT è in linea con il preambolo dell'Accordo di Marrakech, istitutivo della WTO, che si riferisce all'«*optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with [Members'] respective needs and concerns at different levels of economic development*». I diversi livelli di sviluppo economico degli Stati membri possono, a seconda delle circostanze, influire sulla disponibilità della fornitura di un prodotto in un determinato mercato. I paesi in via di sviluppo possono, ad esempio, avere una produzione interna inferiore e possono essere più vulnerabili alle interruzioni dell'approvvigionamento rispetto ai paesi sviluppati. Tali fattori possono essere rilevanti

¹⁴⁹ Secondo cui il commercio internazionale ottimizza l'allocazione delle risorse, ed è quindi tendenzialmente più efficiente, anche sotto il profilo ambientale, rispetto al protezionismo o all'autarchia. Si veda sul tema Munari e Schiano di Pepe (2012, p. 203).

per valutare la disponibilità di un prodotto in un caso particolare e quindi per valutare se un prodotto è in “scarsità generale o locale”¹⁵⁰.

Su tali presupposti, l’Organo d’appello ha rigettato le deduzioni dell’India secondo cui la scarsità dell’offerta di un prodotto andrebbe valutata indipendentemente dal fatto che la relativa offerta da fonti nazionali e internazionali sia sufficiente per soddisfare la domanda nel mercato rilevante ed ha confermato sul punto le conclusioni del Panel circa l’inapplicabilità al caso dell’art. XX(b).

Di particolare interesse è un ulteriore profilo prospettato dall’India: il ricadere le misure adottate nell’eccezione generale posta dall’art. XX(d).

Si è già fatto cenno, nell’esaminare le eccezioni generali di carattere ambientale previste dall’art. XX del GATT, che il caso in esame ha rappresentato il primo tentativo di utilizzare – in chiave ambientale, appunto – l’eccezione prevista dalla lettera (d)¹⁵¹, e si è già dato conto del fatto che l’Organo di appello non abbia condiviso tale impostazione. Le contrapposte argomentazioni meritano, ora, un esame più approfondito.

L’India ha sostenuto di avere l’obbligo di garantire una crescita ecologicamente sostenibile ed assicurare al contempo la sicurezza energetica del paese in ragione di trattati internazionali¹⁵² e di leggi interne¹⁵³. Quindi ha affermato che le misure adottate erano “necessarie” per il conseguimento di tali obiettivi, in quanto, incentivando la produzione locale di celle e moduli solari, rappresentavano

¹⁵⁰ Cf. *India – Solar Cells*, op. cit., par. 5.72: «Our interpretation of Article XX(j) of the GATT 1994 is in consonance with the preamble of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO Agreement), which refers to the “optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with [Members’] respective needs and concerns at different levels of economic development”. The different levels of economic development of Members may, depending on the circumstances, impact the availability of supply of a product in a given market. Developing countries may, for example, have less domestic production, and may be more vulnerable to disruptions in supply than developed countries. Such factors may be relevant in assessing the availability of a product in a particular case, and thus in assessing whether a product is in “general or local short supply”».

¹⁵¹ Che consente misure «necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices».

¹⁵² I trattati internazionali indicati dall’India sono così riportati nel rapporto del Panel Report, parr. 7.269-7.274: «(i) the preamble of the WTO Agreement; (ii) the United Nations Framework Convention on Climate Change, done at New York, 9 May 1992, UN Treaty Series, Vol. 1771, p. 107 (Panel Exhibit IND-3); (iii) the Rio Declaration on Environment and Development, adopted by the United Nations General Assembly in 1992 (Panel Exhibit IND-35); and (iv) United Nations General Assembly Resolution A/RES/66/288 (adopted 27 July 2012) (Rio+20 Document: “The Future We Want”) (Panel Exhibit IND-28)».

¹⁵³ Si trattava del: (i) *Parliament of India, The Electricity Act, 2003* [No. 36 of 2003] (26 May 2003); (ii) *Government of India, Ministry of Power, National Electricity Policy, Resolution No. 23/40/2004-R&R* (Vol. II) (12 February 2005); (iii) *Government of India, National Action Plan on Climate Change* (June 2008) (Panel Exhibit IND-2); (iv) *Government of India, Ministry of Power, Central Electricity Authority, National Electricity Plan, vol. 1 – Generation* (January 2012).

l'unico mezzo per consentire la crescita sostenibile e per mettere in sicurezza il paese dal punto di vista dell'approvvigionamento energetico.

L'Organo di appello, nel ricostruire le condizioni di applicazione dell'art. XX(d), ha innanzitutto richiamato il significato delle parole *laws* e *regulations* usate dalla norma: «*the term “law” is generally understood to refer to “a rule of conduct imposed by authority”, while the term “regulation” is defined as “[a] rule or principle governing behaviour or practice; esp. such a directive established and maintained by an authority”*». Quindi, ha ribadito l'orientamento espresso in *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, secondo cui l'art. XX(d), nel parlare di leggi e regolamenti si riferisce a «*rules that form part of the domestic legal system of a WTO Member, including rules deriving from international agreements that have been incorporated into the domestic legal system of a WTO Member or have direct effect according to that WTO Member’s legal system*»¹⁵⁴.

Di tali leggi e regolamenti deve poter essere assicurata l'osservanza nell'ordinamento interno.

È importante notare, però, che l'organo di appello – dissentendo dal Panel¹⁵⁵ – non richiede, ai fini dell'applicazione dell'art. XX(d), che le leggi e regolamenti prevedano sanzioni per la loro inosservanza o siano azionabili dinanzi alle corti giudiziarie, potendo includere anche norme di cui lo Stato membro cerca di garantire l'osservanza con strumenti diversi da quelli menzionati¹⁵⁶. Quindi, l'*Appellate Body* sembra ricomprendere nella previsione tutta l'area delle norme incentivanti – con premi o altre forme di vantaggio – i comportamenti indicati e comunque le norme assistite da sistemi di *compliance* diversi dalle sanzioni.

Quel che rileva, secondo l'*Appellate Body* è il disegno della norma e la sua capacità di indicare regole di comportamento, obblighi e requisiti specifici, anziché limitarsi a fornire una base giuridica per un'azione che può essere coerente con determinati obiettivi. Bisogna, infatti, distinguere

¹⁵⁴ *Appellate Body, Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R, del 6 marzo 2006 adottato il 24 marzo 2006, par. 79.

¹⁵⁵ Cf. *India – Solar Cells*, op. cit., par. 5.121: «*We, however, disagree with the Panel to the extent that it may have suggested that the scope of “laws or regulations” under Article XX(d) is limited to “legally enforceable rules of conduct under the domestic legal system” of a Member*».

¹⁵⁶ Cf. *India – Solar Cells*, op. cit., par. 5.109: «*We do not consider that the scope of “laws or regulations” is limited to instruments that are legally enforceable (including, e.g. before a court of law), or that are accompanied by penalties and sanctions to be applied in situations of non-compliance. Instead, as we see it, the concept is broader and may, in appropriate cases, include rules in respect of which a Member seeks to “secure compliance”, even when compliance is not coerced, for example, through the imposition of penalties or sanctions. In assessing whether a rule falls within the scope of “laws or regulations” under Article XX(d), a panel should consider the degree to which an instrument containing the alleged rule is normative in nature. It is therefore relevant for a panel to examine whether a rule is legally enforceable, as this may demonstrate the extent to which it sets out a rule of conduct or course of action that is to be observed within the domestic legal system of a Member. It also may be relevant for a panel to examine whether the instrument provides for penalties or sanctions to be applied in situations of non-compliance*».

le regole di condotta dagli obiettivi perseguiti. Norma rilevante ai fini dell'art. XX(d), secondo la giurisprudenza del DSU, è quella che con precisione definisce la regola di condotta¹⁵⁷: «[t]he “more precisely” a respondent is able to identify specific rules, obligations, or requirements contained in the relevant “laws or regulations”, the “more likely” it will be able to elucidate how and why the inconsistent measure secures compliance with such “laws or regulations”»¹⁵⁸.

Ancora, non è neanche necessario – sempre per l'Organo di appello, che cita sul punto propria giurisprudenza – che la regola di comportamento sia desumibile da un unico strumento normativo, potendo accadere, come riconosciuto in *Argentina – Financial Services*¹⁵⁹, che questa si tragga da un complesso di atti o parti di essi¹⁶⁰.

Quindi, in definitiva, per stabilire se una norma sia rilevante ai fini dell'art. XX(b) bisogna guardare alle sue specifiche caratteristiche ed alle regole di condotta che esprime, piuttosto che alla forma o alla veste conferitale nell'ordinamento dello Stato membro, ancorché quest'ultima possa aiutare nello scopo¹⁶¹.

¹⁵⁷ Cf. *Appellate Body Report, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services* (d'ora in poi, *Argentina – Financial Services*), WT/DS453/AB/R del 14 aprile 2016, adottato il 9 maggio 2016, par. 6.203: «A measure can be said “to secure compliance” with laws or regulations when its design reveals that it secures compliance with specific rules, obligations, or requirements under such laws or regulations, even if the measure cannot be guaranteed to achieve such result with absolute certainty».

¹⁵⁸ *India – Solar Cells*, op. cit., par. 5.110.

¹⁵⁹ *Argentina – Financial Service*, op. cit., par. 6.208, nota n. 505.

¹⁶⁰ *India – Solar Cells*, op. cit., par. 5.111: «we do not see anything in the text of Article XX(d) that would exclude, from the scope of “laws or regulations”, rules, obligations, or requirements that are not contained in a single domestic instrument or a provision thereof. In a given domestic legal system, several elements of one or more instruments may function together to set out a rule of conduct or course of action. In such a scenario, in order to understand properly the content, substance, and normativity of a given rule, a panel may be required to examine together the different elements of one or more instruments identified by a respondent. Of course, insofar as a respondent seeks to rely on a rule deriving from several instruments or parts thereof, it would still bear the burden of establishing that the instruments or the parts that it identifies actually set out the alleged rule».

¹⁶¹ *India – Solar Cells*, op. cit., par.: 5.112: «Ultimately, a panel’s scrutiny of whether a responding party has identified “laws or regulations” within the meaning of Article XX(d) should focus on the specific features and characteristics of the instruments at issue, including the alleged rules that they may contain. While the form and title given to an instrument may shed light on its legal status and content, a determination of whether an alleged rule falls within the scope of “laws or regulations” for purposes of Article XX(d) cannot be made simply by reference to the label given to an instrument under the domestic law of a Member». Il Report così sintetizza i requisiti che law e regulations devono avere ai fini dell'art. XX(d): «in determining whether a responding party has identified a rule that falls within the scope of “laws or regulations” under Article XX(d) of the GATT 1994, a panel should evaluate and give due consideration to all the characteristics of the relevant instrument(s) and should avoid focusing exclusively or unduly on any single characteristic. In particular, it may be relevant for a panel to consider, among others: (i) the degree of normativity of the instrument and the extent to which the instrument operates to set out a rule of conduct or course of action that is to be observed within the domestic legal system of a Member; (ii) the degree of specificity of the relevant rule; (iii) whether the rule is legally enforceable, including, e.g. before a court of law; (iv) whether the rule has been adopted or recognized by a competent authority possessing the necessary powers under the domestic legal system of a Member; (v) the form and title given to any instrument or instruments containing the rule under the domestic legal system of a Member; and (vi) the penalties or sanctions that may accompany the relevant rule» (par. 5.150).

Passando a valutare i motivi di appello dell'India, l'*Appellate Body* se condivide che il Panel abbia errato nel valutare isolatamente i singoli strumenti normativi interni, di cui le misure contestate rappresenterebbero la necessaria attuazione, afferma che anche una valutazione complessiva degli stessi non avrebbe condotto a conclusioni differenti, non traendosi da essi una regola di condotta con un sufficiente grado di normatività, ma solo una previsione «*hortatory, aspirational, declaratory, and at times solely descriptive*»¹⁶².

Quanto agli strumenti internazionali allegati, l'India ne afferma la diretta e immediata efficacia nel proprio ordinamento interno, non richiedendo essi una ratifica legislativa, ma vincolando direttamente il potere esecutivo, in quanto il principio dello sviluppo sostenibile è stato riconosciuto dalla Corte Suprema come parte della *governance* ambientale e dello sviluppo indiano¹⁶³.

Sul punto l'Organo d'appello, nel confermare le conclusioni del Panel, usa un argomento a mio avviso debole. Ovvero, accetta la ricostruzione indiana sul fatto che i trattati indicati non dovessero essere ratificati dal legislatore interno, vincolando direttamente il potere esecutivo, ma afferma che «*India's explanation suggests that, under its domestic legal system, either the executive or the legislative branch, or both, as appropriate, must take "implementing actions" to incorporate and implement India's international obligations into its domestic legal system. Given that India's explanation established that India's international law obligations may possibly be acted upon and implemented by certain domestic authorities in India, the Panel considered this to suggest that these obligations do not have "direct effect" in India*»¹⁶⁴.

Sembra dire l'Organo di appello che non rileva chi nell'ordinamento interno debba recepire le norme internazionali, se il potere legislativo o il potere esecutivo o – come nel caso indiano – entrambi. Quel che rileva è che tali norme debbano essere recepite ed implementate da un organo

¹⁶² Cf. *India – Solar Cells*, op. cit., par. 5.133.

¹⁶³ L'India cita *Supreme Court of India, Judgment, Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India and Others* (1996) 5 SCC 647, paras. 10-15; e *Supreme Court of India, Decision, G. Sundarrajan v. Union of India and Others* (2013) (6) SCC 620, paras. 161-174 ed afferma che: «*[t]he Supreme Court of India, in the context of exercise of the Central Government's executive power of establishing a power plant, recently ruled that the decision-making power by the executive in that case was based on the touchstone of sustainable development and its impact on ecology following national and international environmental principles. The principles on sustainable development in that case were inferred from the provisions of several instruments of international environmental law, including the [United Nations Framework Convention on Climate Change], the principles arrived at the other conventions concluded at the United Nations Conference on Environment and Development in 1992, including Agenda 21 and the Convention on Biological Diversity, as well as the Rio+5 Summit of 1997, which adopted the Programme for Further Implementation of Agenda 21. The court did not go into whether or not the provisions or principles were legally binding or non-binding in nature. It simply noted the relevance of international environmental law, as enshrined in several legal instruments that states, in the exercise of their sovereign power, have adhered to. It is in exercise of these powers that the policies referred to in India's submission were formulated by the Government, including the National [Action Plan on Climate Change], the National Electricity Policy*».

¹⁶⁴ Cf. *India – Solar Cells*, op. cit., par. 5.144.

dell'ordinamento. Quindi, le norme internazionali allegate dall'India non avrebbero efficacia diretta nell'ordinamento interno perché – stando alla ricostruzione indiana – dovrebbero comunque essere implementate dal potere esecutivo per essere incorporate nel sistema legale domestico.

Tornando però al *Report* da cui l'*Appellate Body* ha preso le mosse per affermare che anche le norme internazionali possono costituire *law and regulations* ai sensi dell'art. XX(d), ovvero *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, questo comprende in tale ambito «*rules deriving from international agreements that have been incorporated into the domestic legal system of a WTO Member or have direct effect according to that WTO Member's legal system*». Quindi, rientrano nella previsione le norme internazionali che siano recepite con strumenti di ratifica dallo Stato membro o che abbiano comunque efficacia diretta, vincolando i soggetti di quell'ordinamento, siano esse persone fisiche, giuridiche e organi di diritto pubblico, quali agenzie governative o il governo stesso.

In altre parole, la giurisprudenza dall'organo di appello distingue, considerandole equivalenti ai fini dell'applicazione dell'art. XX(d) le norme *that have been incorporated into the domestic legal system* dello Stato membro (evidentemente con gli strumenti di ratifica disciplinati dallo stesso) dalle norme che hanno comunque efficacia diretta nell'ordinamento di quello Stato, per le quali non richiede che siano *incorporated*.

Ora, nella ricostruzione dell'India, il Governo non è – come afferma l'Organo d'appello – l'organo deputato ad “incorporare” nell'ordinamento interno le norme internazionali, ma è il soggetto vincolato al rispetto delle stesse, tanto da (dichiarare di) aver adottato la misura contestata proprio per dare attuazione ad esse. Nel sistema indiano, secondo la Corte Suprema di quel Paese, quelle norme non avevano bisogno di essere ratificate per vincolare i soggetti dell'ordinamento¹⁶⁵. Tanto che la Corte ha diverse volte condannato il governo stesso per violazione delle disposizioni internazionali indicate nella controversia dall'India¹⁶⁶.

In disparte la considerazione che nel caso l'India tentava la difesa di una misura obiettivamente protezionistica (non era in discussione la promozione dell'energia rinnovabile, ma solo il vincolo ad acquistare prodotti locali) e che avrebbe potuto usare tali argomenti per una miglior causa, l'Organo d'appello ha liquidato con poche battute ed aderendo acriticamente alle conclusioni

¹⁶⁵ L'art. 32 della Costituzione indiana, che chiude il *Bill of Rights*, prevede l'azionabilità diretta individuale delle libertà costituzionali dinanzi alla Corte Suprema, nonché la facoltà per il legislatore di conferire a qualunque altra Corte, nei limiti della propria competenza territoriale, di fornire adeguati rimedi alle violazioni delle stesse libertà: potere che l'art. 226 della stessa Costituzione attribuisce a tutte le Alte Corti Statali. L'art. 32 è stato interpretato dalla giurisprudenza indiana come fonte del diritto di qualunque cittadino di agire in giudizio per la violazione di un diritto fondamentale indipendentemente dalla titolarità di un interesse diretto e personale (cf. *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, AIR 1984 SC 802: «*it is clear on the plain language of clause (1) of Article 32 that whenever there is a fundamental right, anyone can move the Supreme Court for enforcement of such a fundamental right*»).

¹⁶⁶ Per la giurisprudenza indiana in materia ambientale si veda Gill (2017); Francavilla (2009); Amirante (2004).

del Panel la questione a mio avviso centrale nel caso trattato: ovvero se l'adesione di un Paese a trattati internazionali che impongano determinate condotte sia una scriminante, ai sensi dell'XX(d) del GATT. Ebbene, facendo corretta applicazione dei principi enunciati proprio dalla giurisprudenza del DSU sembrerebbe di sì.

7.3 U.S. – RENEWABLE ENERGY

Il 9 settembre 2016 l'India ha richiesto una consultazione con gli Stati Uniti relativamente a programmi di sostegno alle energie rinnovabili adottati da alcuni Stati della Federazione¹⁶⁷, deducendo la violazione degli Articoli III:4, XVI:1 e XVI:4 del GATT; degli Articoli 2.1 del TRIMS Agreement; e degli Articoli 3.1(b), 3.2, 5(a), 5(c), 6.3(a), 6.3(c) e 25 del SCM Agreement.

Il 27 giugno 2019 il Panel ha pubblicato il suo rapporto¹⁶⁸, non ancora adottato perché nel frattempo gli USA hanno interposto appello.

Si tratta anche in questo caso di regimi di sostegno all'energia da fonti rinnovabili che impongono ai beneficiario l'uso di prodotti locali.

Il Panel, accertata la violazione della clausola del trattamento nazionale prevista dall'art. III:4 del GATT, ha declinato la decisione sugli altri profili dedotti dall'India per ragioni di «*judicial economy*».

8 CONCLUSIONI

Dai rapporti dell'Organo di appello e del Panel sinora resi in materia di regimi di sostegno all'energia da fonti rinnovabili si possono trarre indicazioni importanti per i fini del presente lavoro.

Innanzitutto, gli organi del DSU hanno ritenuto incompatibili con l'art. III:4 del GATT – e con le disposizioni degli accordi TRIMs e SCM che a tale norma fanno rinvio – le misure degli Stati – obiettivamente protezionistiche – che condizionavano il sussidio all'energia rinnovabile all'acquisto di componenti tecnologiche di produzione locale (c.d. *Local Content Requirement*)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Gli Stati di Washington, California, Montana, Massachusetts, Connecticut, Michigan, Delaware e Minnesota.

¹⁶⁸ *United States – Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*, WT/DS510/R, del 27 giugno 2019 (d'ora in poi *U.S. – Renewable Energy*).

¹⁶⁹ Su tali misure si veda Hufbauer et al. (2013).

Diversamente da quanto sostenuto in dottrina¹⁷⁰, tali decisioni non sono in conflitto con la produzione energetica rinnovabile, anzi, ripristinando una piena e libera competizione sulle tecnologie e sui componenti utilizzabili, favoriscono la produzione migliore e più efficiente di quell'energia, incentivando la stessa industria locale ad innovare per competere con i *players* internazionali¹⁷¹. D'altronde, vi sono altri strumenti non discriminatori e quindi compatibili con le regole della WTO (come le politiche fiscali o di supporto agli investimenti) che i governi possono utilizzare per favorire lo sviluppo sul proprio territorio della ricerca nelle tecnologie funzionali alle energie rinnovabili e di un'industria ad esse dedicata.

La questione della compatibilità con le regole del GATT e dell'ASCM delle sovvenzioni alla produzione di energia rinnovabile è, invece, stata posta solo nel caso *Canada – Renewables* e rigettata dall'Organo di appello, il quale ha ritenuto non dimostrata l'esistenza del "vantaggio" per i beneficiari delle stesse, avendo i *complainants* erroneamente usato come mercato di riferimento quello all'ingrosso dell'energia elettrica e non il particolare mercato delle tecnologie energetiche contestate.

Si tratta di una pronuncia di fondamentale importanza, perché esclude in radice che si possa parlare di sovvenzioni vietate nel sistema WTO per quelle finalizzate a correggere fallimenti del mercato, nei limiti in cui non eccedano rispetto a tale finalità.

Un commentatore del rapporto ha suggerito che se il mercato di riferimento per valutare l'esistenza del vantaggio per i beneficiari delle *feed-in tariff* canadesi fosse stato l'intero mercato dell'energia elettrica, ci sarebbero stati pochi dubbi per ritenere le stesse vietate dall'ASCM¹⁷². Probabilmente, ciò corrisponde a verità, in quanto, nel caso trattato, l'energia era acquistata con tariffa incentivante da un'agenzia governativa (la *Ontario Power Authority*).

¹⁷⁰ Ghory (2018), nel commentare *India – Solar Cells*, e l'obiettivo del governo indiano di non limitarsi a promuovere progetti di energia rinnovabile, «*but also wish to marry this particular aim with the objective of enhancing domestic manufacturing of solar cells, modules, and other apparatus for use in Solar PV technology*», si pone la domanda di come «*developing countries can pursue policies that are WTO-compliant and environmental-friendly*», rispondendo che «*[i]t is clear that existing WTO rules, in their present state, are unsuited for the attainment of this goal*».

¹⁷¹ Espa e Durán (2018, p. 627), affermano che non vi è chiara evidenza che i LCRs «*bring any added environmental benefits. Quite the contrary, at least in the short-run, such LCRs increase the cost of renewable energy by forcing investors to rely on less competitive local suppliers rather than importing cheaper foreign RE technology, and hence result in environmentally inferior outcomes*». Si vedano sul tema anche Cosbey e Rubini (2013); Kuntze e Moerenhout (2012).

¹⁷² Pal (2014, p. 129): «*Had the relevant market [per l'analisi del vantaggio] been the 'competitive wholesale electricity market as whole,' there would have been little doubt that the FIT Program conferred a 'benefit,' and therefore constituted a 'subsidy,' because the FIT Program provided wind and solar PV electricity producers with rates higher than the wholesale market rate for electricity in Ontario and ensured the entry of these producers into the Ontario electricity market when they otherwise would not have existed if left to operate under market conditions without government intervention*».

La pronuncia dell'organo di appello consente però di saltare a piè pari ogni indagine e valutazione su come il regime di sostegno è costruito, in quanto se questo non è distorsivo del mercato, ma è anzi finalizzato a riportare il mercato in una condizione di reale equilibrio, non può dirsi vietato.

Mi sembra, per concludere sul punto, che il rapporto suggelli con rara efficacia i termini della relazione tra mercato ed ambiente nel sistema della WTO: questo, istituito a garanzia di scambi commerciali internazionali correttamente regolati, non solo non è incompatibile con la tutela dell'ambiente, ma può esserne un formidabile strumento.

Altra indicazione che possiamo trarre dalla giurisprudenza del DSU è relativa alle implicazioni "ambientali" dell'eccezione generale prevista dall'art. XX(d). Questa, infatti, può avere un impiego particolarmente efficace al fine di rendere il commercio internazionale strumento che favorisca la transizione energetica.

L'organo di appello, in *India – Solar Cells* – nonostante non tragga direttamente nella decisione del caso le conclusioni conseguenti ai principi espressi – statuisce che le regole del GATT non trovano applicazione quando una misura sia stata presa da uno Stato membro per dare attuazione a trattati internazionali ratificati o comunque direttamente efficaci nel suo ordinamento. Il Report precisa anche che, perché un trattato internazionale possa essere considerato rilevante ai fini dell'applicazione dell'eccezione in questione, non è necessario che preveda sanzioni per la sua violazione, essendo sufficiente che ponga regole di condotta con un certo grado di specificità e normatività e strumenti per tentare di assicurarne la *compliance*.

A me sembra che in tale definizione possiamo ricomprendere l'Accordo di Parigi, il quale sicuramente pone regole di condotta precise agli Stati Parti, presidiate da norme – soprattutto di carattere procedurale – tese ad assicurarne l'osservanza, sia pure senza penalità e sanzioni.

Rimane, ai nostri fini, in disparte il tema – che divide la dottrina – dell'ambito di efficacia delle eccezioni previste dall'art. XX. Queste, sicuramente derogano alle regole del GATT e di quegli accordi (come l'*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*) che espressamente le richiamano. Si dubita se ciò valga per tutti gli accordi in ambito WTO ed in particolare per l'ASCM¹⁷³. A me sembra si possano sostenere solide argomentazioni per concludere in senso favorevole. Innanzitutto, il GATT ha, rispetto agli accordi cosiddetti operativi, un carattere generale, e quindi dovrebbe trovare applicazione per tutto quanto non espressamente disciplinato da questi¹⁷⁴. Inoltre, l'art. II:2, dell'Accordo di Marrakech, istitutivo della WTO, ha posto la regola del

¹⁷³ Si veda sul tema Farah e Cima (2015a, p. 404-407).

¹⁷⁴ Sono di questa opinione Farah e Cima (2015a, p. 405).

c.d. *single undertaking* disponendo che «[t]he agreements and associated legal instruments included in Annexes 1, 2 and 3 (hereinafter referred to as “Multilateral Trade Agreement”) are integral parts of this Agreement, binding on all Members». Si è già dato conto della giurisprudenza che afferma che l’Accordo di Marrakech nella sua interezza («*as a whole*») «*to reflect the balance struck by WTO Members between trade and non-trade-related concerns*»¹⁷⁵. Quindi, le eccezioni poste dall’art. XX possono dirsi parte integrante di un unico complessivo accordo, che si articola in più trattati multilaterali, ed operare quindi nei confronti di tutti questi.

Tale tema, però, rileva relativamente nell’economia del presente lavoro in quanto sia le misure incentivanti l’energia sostenibile che le misure di *carbon pricing* pongono problemi di compatibilità con i principi posti dagli articoli I e III del GATT, che – per quanto attiene ai regimi incentivanti – sono ulteriormente esplicitati nell’ASCM e nell’accordo TRIMS. Tanto che il report del Panel in *U.S. – Renewable Energy*, una volta accertata la violazione dell’art. III:4 del GATT ha ritenuto assorbite (per economia processuale) le contestazioni mosse con riferimento agli altri accordi multilaterali. Non vi può essere, pertanto, alcun dubbio che le eccezioni c.d. ambientali poste dall’art. XX operino per le tematiche che stiamo affrontando.

Per queste ragioni mi sembra non condivisibile l’opinione diffusa in dottrina circa l’esistenza di un insanabile conflitto tra l’obiettivo della promozione dell’energia sostenibile e le regole della WTO in materia di sovvenzioni, tanto da rendersi necessaria la riforma dell’ASCM¹⁷⁶.

Infine, possono – se non lasciate cadere – rappresentare l’inizio di un orientamento giurisprudenziale straordinariamente importante ai fini della permeabilità del sistema della WTO alle istanze ambientali le aperture di *Canada – Feed-in tariff* e *India Solar Cells* in tema di *Non Related Process and Production Methods*. Questo tema apre alla possibilità di rendere compatibili con le regole del commercio internazionale trattamenti differenziati di beni in tutto simili e competitivi, ma prodotti con metodi diversi e, in particolare, utilizzando fonti energetiche differenti.

¹⁷⁵ *China – Raw Materials*, op. cit., par. 306.

¹⁷⁶ Questo orientamento parte da Rubini (2012). Tra gli scritti successivi che esprimono analogo orientamento si vedano: Shadikhodjaev (2015); Farah e Cima (2015b); Cosbey e Mavroidis (2014); Casier e Moerenhout (2013).

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. A.; STEWART, R. B. Reforming Environmental Law. **Stanford Law Review**, [s. l.], v. 37, p. 1.333-1.365, 1985.
- ADINOLFI, G. **L'Organizzazione mondiale del commercio**: profili istituzionali e normativi. Padova: Cedam, 2001.
- ADINOLFI, G. La soluzione delle controversie. In: VENTURINI, G. **L'Organizzazione Mondiale del Commercio**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 303-331
- ALLENA, M. I mercati artificiali dei certificati verdi e bianchi. In: FRACCHIA-M OCCHIENA, F. **Climate Change**: la risposta del diritto. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010. p. 207-216.
- AMIRANTE, D. Il consolidamento del diritto ambientale in India. In: ACUÑA, E. R. (ed.). **Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg**. Torino: Giappichelli, 2004. p. 327-344.
- APPLETON, A. E. The Agreement on Technical Barriers to Trade. In: MACRORY, P. F. J.; APPLETON, A. E.; PLUMMER, M. G. (ed.). **The World Trade Organization: Legal Economic and Political Analysis**. New York: Springer, 2005. v. 1. p. 371-409.
- ARCAS, R.; FILIS, A. Renewable energy disputes in the World Trade Organization. **Oil, Gas & Energy Law**, [s. l.], 2015.
- AUST, A. **Handbook of International Law**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2010.
- BACCHETTA, M. **The WTO, subsidies and countervailing measures**. Cheltenham, UK/Northampton, MA: Edward Elgar, 2011.
- BARONCINI, E. An impossible relationship? Article XX GATT and China's accession protocol in the China – Raw Materials case. **Biores**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 18-22, 2012.
- BARONCINI, E. Il sistema di etichettatura «dolphin-safe» e l'Organo d'Appello dell'OMC: la corretta informazione del consumatore e la salute e il benessere degli animali al vaglio del sistema multilaterale degli scambi. **Diritto del Commercio Internazionale**, [s. l.], v. 1, p. 109-134, 2014.
- BATRA, M.; BAFNA, N. Renewable Energy: the WTO's Position on Local Content Requirements. **Energy Law Journal**, [s. l.], v. 39, p. 401-426, 2018.
- BENEDEK, W. The World Trade Organization and Human Rights. In: BENEDEK, W.; DE FEYTER, D.; MARRELLA, F. (ed.). **Economic Globalisation and Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 143-150.
- BENITAH, M. **The Law of Subsidies under the GATT/WTO System**. London: Kluwer Law International, 2001.
- BESTAGNO, F. Organizzazione Mondiale del Commercio. In: DRAETTA, U.; FUMAGALLI MERAVIGLIA, M. (ed.). **Il diritto delle organizzazioni internazionali**: Parte speciale. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 255-288.

BHALA, R. **Modern GATT Law: a Treatise on the General Agreement on Tariffs and Trade and Other World Trade Organization Agreement**. 2. ed. Londra: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2013.

BIGDELI, S. Z. Feed-in-tariffs and WTO regulation of subsidies – a moment of progressive adjudication in Canada-Renewable Energy. *In: DELIMATSI, P. (ed.). **Research Handbook on Climate Change and Trade Law***. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 119-147.

BIGDELI, S. Z. Incentive Schemes to Promote Renewables and the WTO Law of Subsidies. *In: BIGDELI, S. Z.; COTTIER, T.; NARTOVA, O. (ed.). **International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change***. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009. p. 155-192.

BODANSKY, D. Customary (and Not So Customary) Environmental Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, [s. l.], v. 3, p. 105-119, 1995.

BODANSKY, D. New Developments in International Environmental Law. **American Society of International Law Proceedings**, [s. l.], v. 85, p. 413-418, 1991.

BORA, B. Trade-Related Investment Measures. *In: HOEKMAN, B.; MATTOO, A.; ENGLISH, P. (ed.). **Development, Trade, and The WTO A Handbook***. Washington, DC: The International Bank for Reconstruction and Development, 2002. p. 171-178.

BREE, A. Article XX GATT – QUO VADIS? The Environmental Exception After The Shrimp/Turtle Appellate Body Report. **Penn State International Law Review**, [s. l.], v. 17, p. 99-134, 1998.

BRONCKERS, M.; MCNELIS, N. Rethinking the “Like Product” Definition in WTO Antidumping Law. **Journal of World Trade**, [s. l.], v. 33, n. 3, p. 73-91, 1999.

CAMERON, J. The Status of the Precautionary Principle in International Law. *In: O’RIORDAN, T.; CAMERON, J. (ed.). **Interpreting the Precautionary Principle***. Londra: Routledge, 1994. p. 263-275.

CANTONI, S. L’accordo istitutivo dell’Organizzazione mondiale del commercio. Dal GATT 1947 al GATT 1994. *In: COMBA, A. (ed.). **Neoliberalismo internazionale e Global Economic Governance: Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti***. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2013. p. 173-220.

CARREAU, D.; JUILLARD, P. **Droit international économique**. Paris: Dalloz, 2013.

CASIER, L.; MOERENHOUT, T. WTO Members, Not the Appellate Body, Need to Clarify Boundaries in Renewable Energy Support. **International Institute for Sustainable Development**, [s. l.], 2013.

CHANG, C. S. W. Gating a Green Trade Barrier: Eco-Labeling and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade. **Journal of World Trade**, [s. l.], p. 137-159, 1997.

CHARNOVITZ, S. Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX. **Journal of World Trade**, [s. l.], v. 5, p. 37-55, 1991.

CHARNOVITZ, S. The Law of Environmental «PPMs» in the WTO: Debunking the Myth of Illegality. **Yale Journal of International Law**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 59-110, 2002.

CHARNOVITZ, S.; FISCHER, C. Canada – Renewable Energy: Implications for WTO on Green and Not-So-Green Subsidies. **World Trade Review**, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 177-210, 2015.

CHOI, W. M. «**Like Products**» in **International Trade Law**: Towards a Consistent GATT/WTO Jurisprudence. Oxford: Oxford Scholarship, 2003.

CLARICH, M. La tutela dell'ambiente attraverso il mercato. **Diritto Pubblico**, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 219-240, 2007.

CLARKE, P. A.; HORLICK, G. N. The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. In: MACRORY, P. F. J.; APPLETON, A. E.; PLUMMER, M. G. (ed.). **The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis**. Berlino: Springer, 2005. p. 679-734.

COPPENS, D. **WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures**: Balancing Policy Space and Legal Constraints. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014.

COSBEY, A.; MAVROIDIS, P. C. A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy – the Case for Re-drafting the Subsidies Agreement of the WTO. **Journal of International Economic Law**, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 11-47, 2014.

COSBEY, L. A.; RUBINI, L. Does is FIT? An Assessment of the Effectiveness of Renewable Energy Measures and of the Implications of the Canada – Renewable Energy/FIT Disputes. In: **The E15 Initiative Strengthening the Global Trade System**, [s. l.], 2013.

COTTIER, T. Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines? **Renewable Energy Law and Policy Review**, [s. l.], v. 1, p. 40-52., 2014.

COTTIER, T.; ELSIG, M. **Governing the World Trade Organization**: Past, Present and beyond Doha. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2011.

COTTIER, T.; ESPA, I. (ed.). **International Trade in Sustainable Electricity**: Regulatory Challenges in International Economic Law. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2017.

COTTIER, T.; NARTOVA, O.; BIGDELI, S. Z. (ed.). **International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2010.

DE STERLINI, M. L. The Agreement on Trade-Related Investment Measures. In: MACRORY, P. F. J.; APPLETON, A. E.; PLUMMER, M. G. (ed.). **The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis**. Boston (MA): Springer, 2005. p. 437-483.

DEMEDT, A. Proportionality in WTO Law. **Journal of International Economic Law**, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 441-480, 2001.

DI COMITE, V. **Le sovvenzioni e le misure compensative nell'Organizzazione Mondiale del Commercio**. Milano: Cedam, 2009.

- ELIASON, A. Using the WTO to Facilitate the Paris Agreement: A Tripartite Approach. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [s. l.], v. 52, n. 3, p. 545-576, 2019.
- EMCH, A. Same Same but Different? Fiscal Discrimination in WTO Law and EU Law. What are «Like» Products? **Legal Issues of Economic Integration**, [s. l.], v. 32, n. 4, p. 369-415, 2005.
- EPPS, T.; TREBILCOCK, M. J. **Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013.
- ESPA, I.; DURÁN, G. M. Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program. **Journal of International Economic Law**, [s. l.], v. 21, p. 621-653, 2018.
- FARAH, P. D.; CIMA, E. Il sistema OMC di risoluzione delle controversie, le sovvenzioni alle energie rinnovabili e le feed-in tariffs. **Diritto del Commercio Internazionale**, [s. l.], v. 2, p. 381-408, 2015a.
- FARAH, P. D.; CIMA, E. L'energia nel contesto degli accordi dell'OMC: sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche OPEC di controllo dei prezzi. **Rivista di Diritto del Commercio Internazionale**, [s. l.], v. 2, p. 343-381, 2013.
- FARAH, P. D.; CIMA, E. The World Trade Organization, Renewable Energy Subsidies, and the Case of Feed-in Tariffs: Time for Reform Towards Sustainable Development. **Georgetown International Environmental Law Review**, [s. l.], p. 515-537, 2015b.
- FATOUROS, A. A. An International Legal Framework for Energy. **Recueil Des Cours**, [s. l.], v. 332, p. 355-365, 2007.
- FLORY, T. **L'Organisation Mondiale du Commerce: droit institutionnel et substantiel**. Bruxelles: Bruylant, 1999.
- FOCARELLI, C. **Economia globale e diritto internazionale**. Bologna: Il Mulino, 2016.
- FRANCAVILLA, D. Il diritto dell'India post-coloniale tra imitazione e autonomia. Tutela dell'ambiente e judicial activism. **Jura Gentium**, [s. l.], v. 1, 2009.
- FRANCIONI, F. Environment, Human Rights and the Limits of Free Trade. *In: Environment, Human Rights and International Trade*. Oxford: Hart Publishing, 2001. p. 1-26.
- FRANCIONI, F. La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale. *In: Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio. Atti del Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale*, Napoli, 1998. p. 147-180.
- GHORI, U. “Reverse Permissibility” in the Renewable Energy Sector: Going Beyond the US-India Solar Cells Dispute. **Asian Journal of International Law**, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 322-349, 2018.
- GIARDINA, A.; TOSATO, G. L. **Diritto del commercio internazionale**. Milano: Giuffrè, 1996.

GILL, G. N. **Environmental Justice in India: The National Green Tribunal**. Abington and New York, NY: Routledge, 2017.

GRADONI, L. Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. *In*: BIANCHI, A.; GESTRI, M. (ed.). **Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario**. Milano: Giuffrè, 2006. 147-220.

GRAZ, J-C. **Aux sources de l'OMC**. La Charte de La Havane 1941-1950. Ginevra: Droz, Publications d'Histoire Économique et Sociale Internationale, 1999.

GREPPI, E. WTO (World Trade Organisation). *In*: **Digesto delle Discipline Pubblicistiche**. Aggiornamento. Torino: UTET, 2000. p. 718-739.

H2GREENTECH. A hidrogen strategy for a climate-neutral Europe. **COM(2020)**, [s. l.], 8 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3tOFEz5>. Acesso em: 22 mar. 2022.

HADDAD, B. M. **Putting Markets to Work: The Design and Use of Marketable Permits and Obligations**. Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 1997.

HAJDUKIEWICZ, A.; PERA, B. International Trade Disputes over Renewable energy – the Case of the Solar Photovoltaic Sector. **Energies**, [s. l.], v. 13, n. 2, p. 500, 2020.

HEAL, G. Markets and sustainability. *In*: REVESZ, R.; SANDS, P.; STEWART, R. (ed.). **Environmental law, the economy and sustainable development**. The United States, the European Union and the International Community, Cambridge (UK): CUP, 2000. p. 410-427.

HERWIG, A. The precautionary principle in support of practical reason: an argument against formalistic interpretations of the precautionary principle. *In*: JOERGES, C.; PETERSMAN, E. U. (ed.). **Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation**. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 301-326.

HORLICK, G. N.; CLARKE, P. A. WTO Subsidies Discipline During and after the Crisis. **Journal of International Economic Law**, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 859-874, 2010.

HOUSE, R.; VAN BORK, P. B. **Options for Liberalising Trade in Environmental Goods in the Doha Round**. ICTSD Trade and Environment Series Issue Paper No. 2, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, 2006.

HOWSE, R.; REGAN, D. The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining «Unilateralism» in Trade Policy. **European Journal of International Law**, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 249-289, 2000.

HUDEC, R. E. «Like Products»: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III. *In*: COTTIER, R.; MAVROIDIS, P. (ed.). **Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000a. p. 101-123.

HUDEC, R. E. The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence. *In*: BRONCKERS, M.; QUICK, R. (ed.). **New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson**. Londra – Boston: Kluwer Law International, 2000b. p. 187-217.

HUFBAUER, G. C.; SCHOTT, J. J.; CIMINO-ISAACS, C.; VIEIRO, M.; WADAM, E. **Local Content Requirements: A Global Problem**. New York: Peterson Institute for International Economics, 2013.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY (IRENA). **Renewable Power Generation Costs in 2018**. Abu Dhabi, maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uzcgff>. Acesso em: 21 mar. 2022.

IRWIN, D. A. The GATT in Historical Perspective. *In*: KIRTON, J. J. (ed.). **Global Trade**. Farnham: Routledge, 2009. p. 333-338.

IRWIN, D. A.; MAVROIDIS, P. C.; SYKES, A. O. **The Genesis of the GATT**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2008.

ISAAC, G.; MENON, T. When Good Intentions are Not Enough: Revisiting the US – India Solar Panels WTO Dispute. **OIDA International Journal of Sustainable Development**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 37-44, 2017.

JAKIR, V. The New WTO Tuna Dolphin Decision: Reconciling Trade and Environment? **Croatian Yearbook of European Law & Policy**, [s. l.], v. 9, p. 143-176, 2013.

JAYAGOVIND, A. Missing the wood for the tress: a critique of the WTO ruling in India: solar cells and modules. **Indian Journal of International Law**, [s. l.], v. 56, n. 2, p. 201-220, 2016.

KARTTUNEN, M.; MOORE, M. O. India – Solar Cells: Trade Rules, Climate Policy, and Sustainable Development Goals. **World Trade Review**, [s. l.], v. 2, n. 17, p. 215-237, 2018.

KELLY, T. Tuna-Dolphin Revisited. **Journal of World Trade: Law, Economics, Public Policy**, [s. l.], v. 48, n. 3, p. 501-524, 2014.

KUNTZE, J. C.; MOERENHOUT, T. Local Content Requirements and the Renewable Energy Industry – A Good Match? **Expert Study**. Geneva: ICTSD, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3JO5OYg>. Acesso em: 22 mar. 2022.

LERCHE, P. **Übermaß und Verfassungsrecht**. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 1961.

LESTER, S. **World Trade Law: Text, Materials and Commentary**. Oxford: Hart Publishing, 2008.

LEWIS, J. The Rise of Renewable Energy Protectionism: Emerging Trade Conflicts and Implications for Low Carbon Development. **Global Environmental Politics**, [s. l.], v. 14, n. 4, p. 14-15, nov. 2014.

LUFF, D. **Le droit de l'Organisation mondiale du commerce: analyse critique**. Bruxelles: Bruylant, 2004.

- MANDRINO, C.; GRANZIERA, E. Gli accordi commerciali multilaterali e settoriali. *In: COMBA, A. (ed.). Neoliberalismo internazionale e Global Economic Governance: Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti.* 2. ed. Torino: Giappichelli, 2013. p. 222-226.
- MANZINI, P. Environmental Exceptions of Article XX GATT 1994. Revisited in the Light of the Rules of Interpretation of General International Law. *In: MENGOZZI, P. (ed.). International Trade Law in the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System.* Milano: Giuffrè, 1999. p. 811-848.
- MARTIN, A.; MERCURIO, B. Doha Dead and Buried in Nairobi: Lessons for the WTO. **Journal of International Trade Law and Policy**, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 40-66, 2017.
- MATHENY, R. L. In the Wake of the Flood: «Like Products» and Cultural Products after the World Trade Organization's Decision in Canada. Certain Measures Concerning Periodicals. **University of Pennsylvania Law Review**, [s. l.], v. 147, n. 1, p. 245-278, 1998.
- MATSUSHITA, M.; SCHOENBAUM, T. J.; MAVROIDIS, P. C.; HAHN, M. J. **The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy.** 3. ed. Oxford: The Oxford International Law Library, 2015.
- MAVROIDIS, P. C. **Trade in Goods: the GATT and the Other Agreements Regulating Trade in Goods.** 2. ed. Oxford: Oxford Scholarship, 2012.
- MAVROIDIS, P. C.; WU, M. **The Law of the World Trade Organization (WTO): Documents, Cases & Analysis.** St Paul (MN): West, 2013.
- MCGRADY, B. Necessity Exceptions in WTO Law: retreaded Tyres, Regulatory Purpose and cumulative Regulatory Measures. **Journal of International Economic Law**, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 153-173, 2009.
- MCINTYRE, O.; MOSEDALE, T. The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law. **Journal of Environmental Law**, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 221-241, 1997.
- MERUSI, F. **La legalità amministrativa: Altri sentieri interrotti.** Bologna: Il Mulino, 2012.
- MESSENGER, G. **The Development of World Trade Organization Law: Examining Change in International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2016.
- MIGLIORINO, L. Le eccezioni "ambientali" ai principi del GATT nella prassi dei "panels": **Diritto del Commercio Internazionale**, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 673-693, 1997.
- MOLINA, A. C.; KHOROSHAVINA, V. How Regional Trade Agreements Deal with Disputes Concerning their TBT Provisions? **WTO Working Papers**, Ginevra, n. 2018/09.
- MOLINA, A. C.; KHOROSHAVINA, V. TBT provisions in Regional Trade Agreements. To what extent do they go beyond the WTO TBT Agreement? **WTO Staff Working Paper**, Ginevra, n. ERSD-2015/09.

- MONTINI, M. Il principio di necessità ambientale come criterio di bilanciamento tra commercio internazionale e protezione dell'ambiente. **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 137-168, 2002.
- MONTINI, M. International Trade and Environmental Protection. The Treatment of National Measures Introducing Trade Restriction on Environmental Grounds under WTO Law. In: MACRORY, R. (ed.). **Reflections on 30 Years of EU Environmental Law: A High Level of Protection?** Groningen: Europa Law Publishing, 2005. p. 531-554.
- MONTINI, M. The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in The Trade and Environment Context. **Review of European Community and International Environmental Law**, [s. l.], v. 6, n. 2, p. 121-130, 1997.
- MULL, K. T. Making Sense of «Mandatory» Measures in the TBT Agreement: Why the Majority Panel's Determination in U.S. Tuna II Rendered the Distinction between Technical Regulations and Standards to be Meaningless. **Georgetown International Environmental Law Review**, [s. l.], v. 25, n. 2, p. 367-387, 2013.
- MÜLLER, W. **WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: A Commentary**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2017.
- MUNARI, F. La libertà degli scambi internazionali e la tutela dell'ambiente. **Rivista Diritto Internazionale**, [s. l.], p. 389-429, 1994.
- MUNARI, F.; SCHIANO DI PEPE, L. **Tutela transnazionale dell'ambiente**. Bologna: Il Mulino, 2012.
- NEUMANN, J.; TURK, E. Necessity revisited: Proportionality in World Trade Organization law after Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines. **Journal of World Trade**, [s. l.], v. 37, n. 1, p. 199-234, 2003.
- NEVEN, D. J.; TRACHTMAN, J. P. Philippines – Taxes on Distilled Spirits: Like Products and Market Definition. **World Trade Review**, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 297-326, 2013.
- ODDENINO, A. La ricerca di una tutela effettiva dei valori non commerciali nelle controversie OMC. In: COMBA, A. (ed.). **Neoliberalismo internazionale e Global Economic Governance: Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2013. p. 263-301.
- OECD/WTO. **Facilitating Trade through Regulatory Cooperation**. The Case of the WTO's TBT/SPS Agreements and Committees. Ginevra: OECD Publishing, 2019.
- ORLANDI, M. **Il commercio internazionale e la sua regolamentazione: una storia dei Trattati economici e commerciali**. Padova: CEDAM, 2016.
- ORLANDI, M. La disciplina delle sovvenzioni concesse dagli Stati nella normativa OMC. **Quaderni della Scuola Europea**, [s. l.], n. 2, p. 1-53, 2002.

ORTINO, F. GATT. In: BETHLEHEM, D. L.; MCRAE, D.; NEUFELD, R.; VAN DAMME, I. (ed.). **The Oxford Handbook of International Trade Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 133-134.

ORTINO, F. WTO Jurisprudence on De Jure and De Facto Discrimination. In: ORTINO, F.; PETERSMANN, E. U. (ed.). **The WTO Dispute Settlement System, 1995-2003**. The Hague: Kluwer, 2004. p. 217-262.

OWEN, A. D. Renewable energy: Externality costs as market barriers. **Energy Policy**, [s. l.], v. 34, n. 5, p. 632-642, 2006.

PAL, R. Has he Appellate Body's Decision in Canada – Renewable Energy/Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies? **Journal of International Economic Law**, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 125-137, 2014.

PICONE, P.; LIGUSTRO, A. **Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio**. Padova: Cedam, 2002.

QURESI, A. H. **The World Trade Organization: Implementing International Trade Norms**. Manchester: Manchester University Press, 1996.

REGALI COSTA DO AMARAL, C. La feed-in tariff in UE: la Corte afferma la “non obbligatorietà” dei regimi di sostegno nella promozione delle energie rinnovabili. **DPCE Online**, [s. l.], v. 4, p. 3.057-3.066, 2019.

REGAN, D. H. Regulatory Purpose and «Like Products» in Article III:4 of the GATT (with Additional Remarks on Article III:2). **Journal of World Trade**, [s. l.], v. 36, n. 3, p. 443-478, 2002.

REGE, V. GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries. **Journal of World Trade**, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 95-170, 1994.

REN21. **Global Status Report 2019**. Disponível em: <https://bit.ly/36xJnZ0>. Acesso em: 22 mar. 2022.

RUBINI, L. Ain't Wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform. **Journal of International Economic Law**, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 525-579, 2012.

RUBINI, L. **The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective**. Oxford: Oxford Scholarship, 2009.

RUBINI, L. The Good, the Bad, and the Ugly: Lessons on Methodology in Legal Analysis from the Recent WTO Litigation on Renewable Energy Subsidies. **Journal of World Trade**, [s. l.], v. 48, n. 5, p. 895-938, 2014.

RUBINI, L. The Subsidization of Renewable Energy in the WTO: Issues and Perspective. **SSRN**, [s. l.], 3 ago. 2011.

- RUBINI, L. The Wide and the Narrow Gate: Benchmarking under the SCM Agreement after the Canada – Renewable Energy/FIT Ruling. **World Trade Review**, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 211-237, 2015.
- RUOZZI, E. I principi di necessità e di proporzionalità all'interno dell'art. XX GATT. **Il Diritto dell'Economia**, [s. l.], p. 139-167, 2007.
- RUOZZI, E. L'Organizzazione mondiale del commercio: aspetti istituzionali. In: PORRO, G. (ed.). **Studi di diritto internazionale dell'economia**. Torino: G. Giappichelli, 2006. p. 197-217.
- SACERDOTI, G. La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente. In: FOIS, P. (ed.). **Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale e la protezione dell'ambiente**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 63-83.
- SANNA, S. Il GATT 1994 e gli accordi in materia doganale. In: VENTURINI, G. **L'Organizzazione Mondiale del Commercio**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 23-62.
- SCACCIA, G. Il controllo di proporzionalità della legge in Germania. **Annuario di Diritto Tedesco**, [s. l.], p. 409-445, 2002.
- SCHOENBAUM, T. J. International Trade and Protection of the Continuing Search for Reconciliation. **American Journal of International Law**, [s. l.], v. 91, n. 2, p. 268-313, 1997.
- SHADIKHODJAEV, S. India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules. **American Journal of International Law**, [s. l.], v. 111, n. 1, p. 139-147, 2017.
- SHADIKHODJAEV, S. Renewable Energy and Government Support: Time to 'Green' the SCM Agreement? **World Trade Review**, [s. l.], v. 14, n. 3, p. 479-506, 2015.
- SHAFFER, G. The WTO Tuna – Dolphin II Case: United States. Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. **American Journal of International Law**, [s. l.], v. 107, n. 1, p. 192-199, 2013.
- SIFONIOS, D. **Environmental Process and Production Methods (PPMs) in WTO Law**. Cham: Springer, 2018.
- SILINGARDI, S. La disciplina delle misure di difesa commerciale. In: VENTURINI, G. **L'Organizzazione Mondiale del Commercio**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 63-94.
- SKOVGAARD, J.; VAN HASSELT, H. (ed.). **The Politics of Fossil Fuel Subsidies and their Reform**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2018.
- STEWART, T. P. **The GATT Uruguay Round**. A Negotiating History (1986-1994). Deventer: Kluwer Law International, 1999.
- STEWART, R. B. Il diritto amministrativo nel XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, [s. l.], v. 54, n. 1, p. 1-29, 2004.

SYKES, A.O. Subsidies and Countervailing Measures. In: MACRORY, P. F. J.; APPLETON, A. E.; PLUMMER, M. G. (ed.). **The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis**. Berlino: Springer, 2005. p. 1.682-1.706.

THOMAS, R. D. Where's the Beef? Mad Cows and the Blight of the SPS Agreement. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [s. l.], v. 32, p. 487-517, 1999.

THORN, C.; CARLSON, M. The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade. **Law and Policy in International Business**, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 841-854, 2000.

VAN DEN BOSSCHE, P. **The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2005.

VAN DEN BOSSCHE, P. **The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

VAN DEN BOSSCHE, P.; ZDOUC, W. **The Law and Policy of the World Trade Organization**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2013.

VENTURINI, G. (ed.). **L'Organizzazione Mondiale del Commercio**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2015.

VITA, M.; LIAKOPOULOS, D. Eccezioni per la tutela dell'ambiente relative a processi e metodi produttivi entro il sistema dell'organizzazione mondiale del commercio. **Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'ambiente**, [s. l.], v. 6, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3J1rUp3>. Acesso em: 22 mar. 2022.

VON BERG, G. H. **Handbuch des deutschen Polizeirechts**. Berlino: Verlag der Hahnischen Buchhandlung, 1799.

VRANES, E. Carbon taxes, PPMs and the GATT. In: DELIMATSI, P. (ed.). **Research Handbook on Climate Change and Trade Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 77-108.

WIJKSTRÖM, E.; MCDANIELS, E. International Standards and the WTO TBT Agreement: Improving Governance for Regulatory Alignment. **SSRN Electronic Journal**, [s. l.], mar. 2013.

WOLFRUM, R.; STOLL, P. T.; HESTERMEYER, H. P. (ed.). **WTO: Trade in Goods**. Leida; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **Detailed Presentation of Subsidies and Countervailing Measures in the WTO**. Disponível em: <https://bit.ly/3NGHI47>. Acesso em: 21 mar. 2022.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **The WTO Agreements Series – Technical Barriers to Trade**. 13 dez. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3IVeQS4>. Acesso em: 22 mar. 2022.

ZARRILLI, S. Domestic Taxation of Energy Products and the Multilateral Trade System. **Oil, Gas & Energy Law**, [s. l.], 2004.