

I servizi pubblici nella *World Trade Organization* tra libero mercato e tutela dei diritti umani*.

di Francesca Spagnuolo

Sommario: 1. Introduzione.- 2. La disciplina degli scambi di servizi nella *World Trade Organization*: struttura e caratteristiche del *General Agreement on Trade in Services*. - 3. Concorrenza e regolazione dei servizi nel sistema mondiale del commercio.- 4. I servizi pubblici nella WTO e nell'Unione europea: un confronto tra i due ordinamenti.- 5. Diritti umani e liberalizzazione degli scambi di servizi: quale possibile compenetrazione? - 6. Conclusioni.

I. Introduzione.

La creazione della *World Trade Organization* (WTO) ha sancito un cambiamento epocale nelle relazioni economiche internazionali, consentendo agli Stati membri, provenienti da ogni area del mondo e con livelli di sviluppo assai diversi, la possibilità di negoziare la concessione di vantaggi commerciali reciproci, in un contesto istituzionale stabile e permanente¹.

L'adesione alla WTO di un elevato numero di Paesi², l'estensione della disciplina materiale dei suoi Accordi multilaterali al commercio dei servizi e ai diritti di proprietà intellettuale³; l'istituzione di un sistema di risoluzione delle controversie, nel quale la parte soccombente,

¹ La *World Trade Organization*, è un organizzazione economica internazionale creata al termine dell'ottavo ed ultimo ciclo di negoziati commerciali del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) avviato a Punta del Este (in Uruguay) nel settembre 1986 e concluso a Marrakesh il 15 aprile 1994. A differenza del GATT, del quale essa raccoglie l'eredità, la WTO possiede un articolato sistema istituzionale costituito da una Conferenza dei Ministri, organo plenario, dotato di competenza generale e composto dai rappresentanti di tutti gli Stati membri; da un Consiglio generale, incaricato di gestire il corretto funzionamento dell'Organizzazione, mediante l'esercizio di funzioni di conciliazione e di esame delle politiche commerciali degli Stati membri; da un Segretariato, con a capo un Direttore generale, con funzioni di assistenza amministrativa; nonché da una serie di organi sussidiari, permanenti o ad *hoc* che assistono gli organi principali nell'espletamento dei loro compiti. Per un'analisi dettagliata delle istituzioni e del loro funzionamento cfr. G., ADINOLFI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001.

² Al momento gli Stati membri della WTO sono 149.

³ All'Accordo istitutivo della WTO sono allegati numerosi Accordi commerciali multilaterali (ACM) che disciplinano gli scambi di merci (GATT 1994) e di servizi (GATS), gli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS), le norme e le procedure per la risoluzione delle controversie (DSU) ed un meccanismo di esame delle politiche commerciali degli Stati membri (TRIMS). Agli ACM devono aggiungersi gli Accordi commerciali plurilaterali (ACP), sottoscritti da un numero più ristretto di Stati membri e comprendenti, ad oggi, l'Accordo sul commercio degli aereomobili civili e l'Accordo sugli appalti pubblici.

*L'articolo riproduce, in sintesi, i principali risultati della tesi di Dottorato sul tema "Liberalizzazione e regolazione dei servizi pubblici nella *World Trade Organization* tra libertà di commercio e tutela dei diritti umani" discussa dall'A. il 13 luglio 2005 a conclusione del II ciclo del Dottorato di ricerca in Diritto dei servizi pubblici del Dipartimento di Istituzioni, Impresa e Mercato dell'Università di Pisa.

diversamente dal passato, non può sottrarsi alle conseguenze del giudizio⁴, rendono la WTO un'organizzazione affatto peculiare⁵. Essa è, per altro, l'unica delle istituzioni economiche internazionali create nel secondo dopoguerra (GATT, Fondo monetario internazionale, Banca Mondiale) a possedere importanti competenze regolatorie nel settore degli scambi internazionali di beni e di servizi; questi ultimi specificatamente disciplinati da un apposito accordo, il *General Agreement on Trade in Services* (GATS), il cui scopo preminente è promuovere la più ampia liberalizzazione del settore terziario. L'Accordo si applica, infatti, a qualsiasi categoria di servizi, con poche eccezioni rappresentate dai servizi connessi al trasporto aereo e da quelli forniti nell'esercizio dei poteri governativi, vale a dire non su base commerciale, né in regime di concorrenza tra più operatori.

Il GATS, che riconosce agli Stati membri una certa flessibilità nell'assunzione degli impegni di libero scambio e nella definizione di standard e procedure nazionali, subordina l'adozione di misure di regolazione domestica al rispetto dei principi di obiettività, ragionevolezza ed imparzialità, imponendo un bilanciamento tra gli obiettivi di politica interna perseguiti dai governi nazionali e l'esigenza di garantire un costante incremento degli scambi.

Nella logica mercantile dell'Accordo anche i servizi pubblici - ai quali a differenza del diritto comunitario non è riconosciuta alcuna peculiarità - possono formare oggetto di scambio commerciale, nella misura in cui gli Stati membri intendano consentire l'accesso al mercato nazionale dei prestatori di servizi stranieri. Tale tendenza alla commercializzazione dei servizi pubblici, inclusi quelli a contenuto sociale, come l'istruzione ed i servizi sanitari, è confermata dalle risultanze del processo negoziale in corso, dal quale emerge chiaramente l'intenzione di alcuni Stati membri di negoziare impegni di libero scambio anche nei settori summenzionati⁶.

⁴ La soluzione delle controversie tra gli Stati membri della WTO è disciplinata dal *Dispute Settlement Understanding* (DSU), un'Intesa allegata all'Accordo istitutivo della WTO, applicabile ad ogni materia rientrante nelle competenze dell'Organizzazione ed a tutti i suoi Membri. L'Intesa prevede un duplice grado di giudizio e la possibilità di autorizzare l'adozione di contromisure (c.d. *cross-retaliation*) contro la parte soccombente che rifiuti di conformarsi alle decisioni all'Organo di conciliazione (*Dispute Settlement Body*- DSB). L'analisi delle controversie è affidata ad appositi panel, nominati dal DSB, il quale, al termine del procedimento contenzioso, dovrà approvare o respingere (ma solo con deliberazione unanime) il report finale da questi elaborato sulla base delle risultanze della causa. L'Organo di appello (*Appellate Body*- AB), ha carattere permanente ed è composto da sette membri nominati per un quadriennio dal DSB. L'AB è articolato in sezioni di tre membri, ognuna competente ad esaminare singoli ricorsi presentati nell'ambito della procedura di soluzione delle controversie ed attinenti questioni di natura giuridica. Nel suo rapporto finale, l'Organo d'appello, può confermare, modificare o respingere le decisioni prese nel primo grado di giudizio.

⁵ Cfr. in tal senso G., SACERDOTI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio: un'organizzazione sui generis*, in *Le frontiere della globalizzazione: negoziati commerciali e riforma dell'OMC*, (a cura di), L., IAPADRE- F., PAGANI, Bologna, 2001, 97.

⁶ Per un aggiornamento sullo stato dei negoziati in corso si veda il sito internet http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/s_negs_e.htm.

La sottoposizione alle regole del libero mercato di servizi che realizzano interessi pubblici fondamentali e che dovrebbero, quindi, essere garantiti all'intera collettività in condizioni di uguaglianza, continuità e adeguamento ai bisogni (*Lois de Rolland*, 1930)⁷, si scontra con un modello sociale, come quello europeo, nel quale i servizi pubblici sono riconosciuti elemento indispensabile per assicurare ai cittadini il pieno beneficio dei propri diritti fondamentali, se necessario, anche in deroga alle regole di concorrenza⁸.

Nel contesto della WTO, le considerazioni di carattere extra-commerciale, quali la tutela dell'ambiente, la salute dei consumatori, la garanzia del servizio universale, la protezione dei lavoratori, risultano, invece, del tutto marginali e solo in casi eccezionali possono consentire una restrizione alla libertà di commercio.

II. La disciplina del commercio dei servizi nella *World Trade Organization*: struttura e caratteristiche del *General Agreement on Trade in Services*.

Il *General Agreement on Trade in Services* disciplina il commercio dei servizi su scala universale⁹ definendo un quadro comune di principi e regole vincolanti tutti gli Stati membri della WTO¹⁰. L'Accordo non fornisce alcuna definizione della nozione di servizio, né una classificazione puntuale delle diverse categorie di servizi che rientrano nella sua disciplina, ma prevede che le norme in esso contenute debbano applicarsi a tutti i provvedimenti nazionali che influiscono sugli scambi di servizi¹¹.

In linea di massima, i settori sottoposti alla disciplina del GATS sono quelli elencati nel *Central Product Classification System (CPC System)* delle Nazioni Unite, il quale distingue dodici settori di servizi (relativi al mondo degli affari, alle comunicazioni, alle attività di costruzione, alla distribuzione, all'ambiente, alle attività sanitarie e sociali, alle attività finanziarie, al turismo, alle

⁷ L'uguaglianza, la continuità e l'adattamento ai bisogni sono i tre principi inderogabili cui si fonda il modello storico-concettuale del "*service public à la française*", prevalente nella tradizione giuridica continentale. Sul punto v. L., Rolland, *Précis de Droit administratif*, Paris, 1930.

⁸ Sul punto *infra* §. 4.

⁹ In assenza di un quadro multilaterale unico del commercio dei servizi, gli scambi internazionali in questo settore hanno formato oggetto di accordi regionali (ad esempio nell'ambito dell'UE o del NAFTA) o di natura settoriale, come il codice sulle transazioni internazionali di servizi e quello sui relativi pagamenti dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico.

¹⁰ Il testo dell'Accordo è reperibile in GUCE, L 336 del 23 dicembre 1994, 190; nonché in *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, The Legal Texts*, GATT Secretariat, Geneva, 1994.

¹¹ Articolo I.1. GATS.

attività educative, a quelle ricreative, culturali e sportive, nonché una categoria eterogenea che comprende i c.d. “*miscellaneous services*”) suddivisi in ulteriori 160 sub-settori¹².

Le norme dell'Accordo si applicano a tutte le misure, adottate dal governo o da un'autorità di uno Stato membro, a livello centrale, regionale o locale, nonché da organismi non governativi agenti sulla base di poteri delegati dall'esecutivo o da una delle suddette autorità (e.g. i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti)¹³. Tali misure possono consistere in leggi, regolamenti, norme, procedure, decisioni, provvedimenti amministrativi o altro genere di regole¹⁴. L'unica eccezione esplicita riguarda i servizi forniti nell'esercizio dei poteri di governo¹⁵, nonché i servizi aerei e quelli connessi con i diritti di traffico aereo.

I principi fondamentali, su cui poggia l'intero apparato dell'Accordo, sono il trattamento più favorevole (o clausola della nazione più favorita) e la trasparenza. Il primo impone ai Paesi della WTO di garantire, in via immediata ed incondizionata, ai servizi e ai prestatori di servizi di ogni Stato membro, il trattamento più favorevole concesso ad analoghi servizi e prestatori di servizi di qualsiasi altra nazionalità¹⁶. Tale clausola vieta, in sostanza, la discriminazione tra i servizi e i prestatori di servizi di origine straniera ed estende a ciascuno di essi la disciplina più favorevole posta in essere da uno Stato membro. L'obbligo di dare applicazione alla clausola della nazione più favorita comporta il divieto di condotte discriminatorie non solo *de jure* (ossia mediante una espressa previsione normativa) ma anche *de facto* (vale a dire attraverso un provvedimento formalmente non discriminatorio, ma tale nella sostanza), salvo la possibilità di una deroga in un numero limitato di ipotesi previste da un apposito Allegato e dalle norme del GATS a favore dell'integrazione economica e dei mercati del lavoro¹⁷. In particolare, la possibilità di usufruire di una deroga è concessa agli Stati che partecipano ad accordi di integrazione regionale (e.g. l'Unione europea o il *North American Free Trade Agreement-NAFTA*), in maniera tale da consentire loro maggiore flessibilità nella gestione dei rapporti con i propri partner commerciali.

Al fine di rendere più trasparenti le relazioni economiche tra gli Stati membri, le deroghe al trattamento della nazione più favorita devono essere inserite in un'apposita lista e possono essere

¹² *Services Sectoral Classification List*, 10 July 1991, MTN. GNS/W/120. Sul punto si veda inoltre, la pubblicazione del Segretariato della WTO, *An Introduction to the GATS*, Geneva, 1999.

¹³ Articolo I.3. (a) GATS.

¹⁴ Articolo XXVIII (a) GATS.

¹⁵ Articolo I.3. (b) e (c) GATS.

¹⁶ Articolo II GATS.

¹⁷ Le deroghe alla clausola della nazione più favorita sono previste dall'Allegato sulle esenzioni degli obblighi a norma dell'articolo II e dagli articoli V, V *bis* e IV del GATS.

modificate solo con il consenso di tre quarti dei Membri¹⁸. In teoria, tali eccezioni non dovrebbero avere durata superiore ad un decennio e dovrebbero, comunque, essere sottoposte a riesame entro cinque anni dalla loro concessione.

L'esigenza di una maggiore trasparenza nella gestione delle relazioni commerciali internazionali ha comportato l'inserimento nel GATS di una norma specifica che impone agli Stati membri l'obbligo di pubblicazione immediata di tutte le misure nazionali che possono condizionare gli scambi di servizi¹⁹. Tale obbligo sussiste anche in relazione agli accordi internazionali conclusi in questo settore e si spiega con la necessità di garantire agli operatori stranieri la piena conoscenza di tutte le norme interne che possono riguardarli.

In ossequio al principio di trasparenza, gli Stati sono tenuti ad informare periodicamente il Consiglio per gli scambi dei servizi circa l'emanazione o la modifica di leggi, regolamenti o direttive amministrative relative al settore dei servizi, rispondendo senza indugio alla richiesta di informazioni specifiche che può essere rivolta loro da qualsiasi altro Membro²⁰. Ciascuno Stato può, inoltre, notificare al Consiglio per gli scambi di servizi una misura adottata da altre parti contraenti del GATS, se ritenuta idonea ad influire sul corretto funzionamento dell'Accordo.

Il GATS si fonda su una struttura a tre pilastri²¹, il primo prevede obblighi e principi generali al cui rispetto sono tenuti tutti i Membri; il secondo contiene le liste degli impegni liberamente assunti dai singoli governi e soggetti ad un processo di progressiva liberalizzazione; il terzo, infine, è costituito da otto allegati che disciplinano settori specifici²².

Diversamente dal commercio dei beni, il quale implica essenzialmente il trasferimento di un prodotto da uno Stato all'altro, lo scambio dei servizi può avvenire attraverso quattro differenti modalità (*modes of supply*) espressamente elencate dal GATS: (1) la fornitura transfrontaliera; (2) il consumo all'estero; (3) la presenza commerciale; (4) la presenza di persone fisiche²³. Mentre la prima delle suddette modalità comporta, fondamentalmente, l'erogazione di una prestazione che attraversa i confini dello Stato del fruitore (*e.g.* una consulenza trasmessa via fax), le restanti

¹⁸ Articolo IX dell'Accordo WTO.

¹⁹ Articolo III GATS.

²⁰ Il Consiglio per gli scambi di servizi è un organo sussidiario del Consiglio generale, il suo ruolo principale è quello di facilitare il funzionamento del GATS e di perseguirne gli obiettivi; a tal fine esso può istituire appositi organi sussidiari la cui partecipazione è aperta ai rappresentanti di tutti gli Stati membri. Un esempio è il *Working Party on Professional Services* (WPPS) istituito dal consiglio per gli scambi di servizi nel marzo 1995.

²¹ Così P., SAUVÈ, *Assessing the General Agreement on Trade in Services. Half- Full or Half- Empty?*, in *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, London, 2003.

²² Gli allegati del GATS riguardano l'esenzione dall'obbligo della nazione più favorita, la circolazione delle persone fisiche, i trasporti aerei, i servizi finanziari (Annex I e II), i trasporti marittimi, le telecomunicazioni ed i negoziati sulle telecomunicazioni di base.

²³ Articolo I.2. GATS.

comportano, rispettivamente, lo spostamento del beneficiario della prestazione (e.g. il cliente di un villaggio turistico all'estero); l'istituzione di un'organizzazione commerciale o professionale nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del fornitore della prestazione (e.g. mediante la creazione di una filiale); il trasferimento del prestatore del servizio (e.g. l'ingegnere che collauda un'opera in territorio straniero).

I diversi modi di fornitura contemplati dal GATS pongono, pertanto, questioni specifiche, connesse alla circolazione internazionale di persone e capitali, nonché, in alcune circostanze, al diritto di stabilimento del prestatore. Peraltro, l'eterogeneità del settore terziario e le caratteristiche proprie dei servizi, i quali sono intangibili, non immagazzinabili e difficilmente standardizzati, hanno conferito notevole complessità al processo di liberalizzazione internazionale degli scambi in questo settore.

Il GATS, pur avendo una geometria estremamente variabile, per la coesistenza di obblighi generalmente validi e di impegni specifici che i Membri possono liberamente decidere di assumere o meno, è ritenuto il più “*development-friendly*” tra gli Accordi dell'Uruguay Round²⁴.

L'elemento distintivo dell'Accordo è, senza dubbio, la flessibilità del sistema, resa necessaria dalla tradizionale diversità di approccio nella disciplina dei servizi da parte degli Stati aderenti alla *World Trade Organization*, nonché dalla difficoltà oggettiva di stabilire un quadro normativo unico capace di regolare settori profondamente eterogenei. L'Accordo sui servizi, nel tentativo di soddisfare le mutue esigenze dei Paesi membri prevede, infatti, un'apertura graduale dei mercati nazionali alla concorrenza dei servizi e dei prestatori dei servizi stranieri, mediante un approccio che consente agli Stati di impegnarsi nella misura ritenuta più opportuna, selezionando settori, sub-settori e modalità di fornitura da sottoporre alla concorrenza straniera (c.d. “*bottom up*”).

In sostanza, il sistema di impegni previsto dall'Accordo (definito *listing approach*) permette a ciascun Membro di inserire nelle proprie liste nazionali obblighi specifici di liberalizzazione relativi ai soli settori selezionati, prevedendone la possibilità di un ampliamento nel futuro.

Gli impegni specifici consistono, principalmente, nell'obbligo di accesso al mercato e del trattamento nazionale²⁵. Il primo di questi comporta l'impegno, da parte degli Stati membri, di garantire ai servizi e ai prestatori di servizi stranieri la possibilità di operare nel mercato nazionale senza subire discriminazioni ingiustificate. L'Accordo prevede, espressamente, alcune tipologie di

²⁴ Così P., SAUVÉ, *Open Services Markets Matter*, Paris, 2002.

²⁵ Rispettivamente articoli XVI e XVII GATS.

provvedimenti nazionali che possono tradursi in una violazione dell'obbligo di accesso al mercato. Si tratta fundamentalmente di misure che impongono restrizioni quantitative al numero dei prestatori di servizi, al valore quantitativo delle transazioni commerciali in un determinato settore, alla quota di imprese ammesse sul mercato, al numero di persone impiegate nella fornitura di un servizio, alla partecipazione di capitale straniero in una società di servizi o alla quantità di investimenti esteri ²⁶.

Il trattamento nazionale consiste nella concessione ai servizi e ai prestatori di servizi degli Stati membri di un trattamento non meno favorevole di quello riservato ad analoghi servizi e fornitori di servizi nazionali. L'inserimento nella propria lista di impegni di un obbligo di trattamento nazionale comporta, a carico degli Stati, l'onere di garantire agli operatori esteri un trattamento che, nella forma, può essere identico o diverso da quello accordato ai prestatori di servizi nazionali ma che, nella sostanza, deve risultare ugualmente favorevole.

Il "*listing approach*" ammette, in ogni caso, la possibilità di inserire nell'elenco di impegni nazionali alcune limitazioni ed eccezioni. In teoria, tali deroghe dovrebbero essere, comunque, gradualmente eliminate nei successivi negoziati commerciali, in linea con l'obiettivo previsto dall'Accordo di realizzare la progressiva liberalizzazione degli scambi internazionali ²⁷.

Gli Stati membri che hanno assunto obblighi specifici non possono, infatti, adottare misure più restrittive di quelle espressamente elencate nella lista di impegni sottoscritti (c.d. principio di *stand-still*), mentre è loro consentito di introdurre misure più favorevoli e di apportare alcune modifiche. Peraltro, poiché il sistema delle liste garantisce chiarezza e stabilità nelle relazioni commerciali multilaterali, i Membri del GATS sono tenuti al rispetto degli impegni negoziati quanto meno per un periodo di tre anni. Le eventuali variazioni negli elenchi nazionali devono essere comunicate al Consiglio per gli scambi dei servizi, non oltre i tre mesi precedenti la data della loro entrata in vigore. In tal modo gli Stati, che ritengono di esserne danneggiati, hanno l'opportunità di avviare le consultazioni necessarie per ottenere un adeguamento compensativo che assicuri un vantaggio pari a quello derivante dagli impegni sottoposti a modifica. Nel caso in cui i Paesi interessati non pervengano ad un accordo, lo Stato che ritiene di aver subito un pregiudizio e che voglia ottenere un risarcimento può sottoporre la questione ad un arbitro, la cui decisione finale è vincolante per tutte le Parti coinvolte ²⁸.

²⁶ Articolo XVI. 2. GATS.

²⁷ Parte XIX. 1. GATS.

²⁸ La procedura da seguire per la modifica delle liste di impegni nazionali è disciplinata dall'articolo XXI GATS.

Gli Stati membri che hanno assunto obblighi di accesso al mercato e di trattamento nazionale possono, inoltre, negoziare ulteriori impegni di liberalizzazione²⁹. Il sistema di impegni previsto dall'Accordo sui servizi combina un approccio positivo, fondato sull'inserimento nell'elenco nazionale dei settori prescelti, con un approccio negativo, basato sull'esclusione, dal novero degli obblighi assunti, di determinati sub-settori o modalità di fornitura³⁰. Mentre tale metodo (utilizzato dai Paesi del NAFTA) implica che solo i servizi elencati in un'apposita lista di eccezioni possano essere esclusi dalla disciplina dell'Accordo, il primo vincola gli Stati al rispetto dei soli impegni inseriti nell'elenco nazionale.

In sintesi, i Membri del GATS possono decidere non solo se assumere o meno obblighi di liberalizzazione, ma anche in che misura impegnarsi, prevedendo eventualmente delle limitazioni di carattere "orizzontale", ossia escludendo una particolare modalità di prestazione (e.g. la presenza delle persone fisiche) da tutti gli obblighi specifici inseriti nella lista nazionale; o di carattere "verticale", vale a dire eliminando dall'apposito elenco un'intera categoria di servizi (e.g. i servizi sociali).

Gli Stati che volessero introdurre limiti o deroghe ulteriori possono, inoltre, avvalersi delle eccezioni generali previste dalle norme del GATS. L'Accordo sui servizi, analogamente al GATT, contiene, infatti, alcune clausole di eccezione che ammettono la possibilità per gli Stati membri di adottare misure nazionali necessarie a garantire l'ordine pubblico e la morale, a proteggere la salute delle persone, degli animali e delle piante, ad assicurare la tutela di obiettivi di politica nazionale, nonché a garantire la sicurezza interna³¹. Tali misure non devono, comunque, generare "discriminazioni arbitrarie o ingiustificate" tra Stati, né produrre "restrizioni dissimulate al commercio dei servizi"³².

Alle eccezioni di carattere generale si aggiungono, poi, alcune misure specifiche (le c.d. clausole di salvaguardia), le quali consentono agli Stati membri di derogare agli obblighi assunti in precedenza per motivi attinenti a situazioni di grave crisi economica o finanziaria³³.

Tale sistema di impegni e deroghe, pur essendo estremamente elastico deve conciliarsi con l'esigenza di mantenere l'equilibrio tra i vantaggi reciproci che derivano agli Stati membri dell'Organizzazione dalla partecipazione al GATS. Proprio a tutela di questo equilibrio l'Accordo

²⁹ Articolo XVIII GATS.

³⁰ Cfr. sul punto B., HOEKMAN, *The General Agreement on Trade in Services*, in *Readings on the New World Trading System*, Paris, 1994.

³¹ Articoli XIV e XIV bis GATS.

³² Articolo XIV. 1. GATS.

³³ Articoli X e XII GATS.

sui servizi, oltre a prevedere la possibilità generale del ricorso all'Organo di soluzione delle controversie, rafforza la certezza del diritto e la garanzia dell'effettivo rispetto degli obblighi negoziati, contemplando il diritto alla compensazione per i danni che derivano dalla modifica degli impegni negoziati.

III. - Concorrenza e regolazione degli scambi di servizi nel sistema mondiale del commercio.

L'Accordo generale sul commercio dei servizi non contiene una normativa dettagliata in materia di concorrenza, ma si limita a prevedere solo alcune regole basilari sulla “*pro-competitive regulation*”. Il GATS, riprendendo alcune norme sulle imprese statali contenute nell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio³⁴, ammette la possibilità per gli Stati membri di attribuire diritti esclusivi o di monopolio alle aziende operanti sul territorio nazionale, ma a condizione che i beneficiari non violino il principio della nazione più favorita, né gli altri impegni assunti nell'ambito dell'Accordo³⁵.

Le imprese monopoliste che operano in regime di concorrenza per la fornitura di un servizio diverso da quello oggetto dei diritti di monopolio devono, inoltre, rispettare il divieto di posizione dominante. Gli Stati membri sono obbligati, pertanto, a garantire, sul piano nazionale, l'osservanza, da parte degli operatori monopolisti, delle regole di concorrenza stabilite nel contesto multilaterale³⁶. In ossequio al principio generale di trasparenza essi sono tenuti, inoltre, a notificare al Consiglio per gli scambi dei servizi le concessioni di diritti esclusivi o di monopolio che, nei settori oggetto di impegni specifici, siano state rilasciate successivamente all'adesione alla WTO. La procedura per la concessione di tali diritti è sottoposta alle norme che regolano la modifica degli impegni inseriti nelle apposite liste nazionali e può comportare il ricorso all'arbitrato ed un eventuale adeguamento compensativo³⁷. Di conseguenza, le norme dell'Accordo vincolano i Paesi membri a non adottare, in futuro, misure più restrittive o discriminatorie di quelle già esistenti.

Le restrizioni alla concorrenza nel commercio dei servizi dovrebbero, ai sensi dell'Accordo, formare oggetto di consultazione tra gli Stati membri, i quali sono tenuti al dialogo e al rilascio di

³⁴ Articolo XVII GATT 1947.

³⁵ Articolo VIII GATS.

³⁶ Articolo VIII. 2. GATS.

³⁷ Articolo VIII. 4. GATS.

informazioni relative ai comportamenti lesivi della concorrenza eventualmente posti in essere dalle imprese nazionali ³⁸.

Le norme del GATS non contengono un mandato specifico per lo svolgimento di negoziati multilaterali finalizzati ad elaborare una disciplina pro-concorrenziale in materia di scambi di servizi, la quale rientra, pertanto, nella negoziazione degli impegni specifici, sul modello del documento di riferimento (*Reference Paper*), adottato simultaneamente alla conclusione del IV Protocollo del GATS sui servizi di telecomunicazione di base ³⁹.

L'assunzione di obblighi specifici di liberalizzazione può, infatti, essere neutralizzata dall'esistenza di pratiche anticoncorrenziali che limitano o eliminano i vantaggi derivanti dal libero scambio, in particolare, allorché per la fornitura di un servizio è necessaria una rete di infrastrutture non duplicabile. La prestazione dei servizi a rete rende, infatti, particolarmente necessaria la definizione di regole di mercato che consentano agli operatori l'accesso alle infrastrutture e all'autorità di regolamentazione nazionale di operare in tutta indipendenza, vigilando sul comportamento dei fornitori ed evitando distorsioni del mercato ⁴⁰.

La definizione sul piano ultraregionale di una disciplina pro-concorrenziale pone, tuttavia, forti resistenze, come dimostra il fallimento dei ripetuti tentativi di elaborare, all'interno del sistema del commercio mondiale, una disciplina multilaterale a sostegno della concorrenza. Inoltre, sebbene la progressiva apertura dei mercati internazionali dei servizi abbia favorito il sorgere di pratiche anticoncorrenziali di dimensione sopranazionale, essa non ha, invece, facilitato l'internazionalizzazione del diritto antitrust ⁴¹. Le profonde differenze esistenti nelle normative nazionali sulla concorrenza (più della metà degli Stati membri dell'Organizzazione sono dotati di una propria legislazione sul tema) hanno, infatti, finora ostacolato il conseguimento di un accordo sulla definizione di standard generali di "*pro-competitive regulation*", nonostante la creazione di un

³⁸ Articolo IX GATS.

³⁹ Il IV Protocollo sulle telecomunicazioni di base è un accordo contenente impegni specifici nel settore delle telecomunicazioni (telefonia fissa e mobile, comunicazioni satellitari e altro), nonché una serie di principi pro-concorrenziali inseriti in un documento di riferimento e sottoscritti dagli Stati membri in qualità di impegni aggiuntivi ai sensi dell'articolo XVIII GATS. Il Protocollo e il relativo *Reference Paper* (in *ILM*, 1997, 362) sono entrati in vigore il 5 febbraio 1998.

⁴⁰ Sul punto C., GAMBERALE, *Gats 2000: la liberalizzazione multilaterale dei servizi*, in *Il WTO dopo Seattle: scenari a confronto*, (a cura di) I., FALAUTANO - P., GUERRIERI, Quaderni IAI, Roma, 2000, 51.

⁴¹ Sul diritto antitrust nella WTO si veda R., SCHIANO, *Unione Europea, diritto antitrust e WTO: verso un nuovo accordo sulla concorrenza*, in *Commercio internazionale sostenibile? WTO ed Unione Europea*, (a cura di) L. S., ROSSI, Bologna, 2003, 293. V. altresì G., BERNINI, *La dimensione internazionale della concorrenza: prospettive di regolazione in ambito OMC*, in *Regolazione e concorrenza*, (a cura di) G., TESAURO - M., D'ALBERTI, Bologna, 2000, 203.

apposito Gruppo di lavoro incaricato di precisare i principi fondamentali in materia e di definire le disposizioni applicabili in particolare alle intese restrittive della concorrenza ⁴².

Una delle maggiori difficoltà, riscontrate nella definizione di un regime comune della concorrenza, consiste nella contrapposizione tra gli Stati che sostengono la creazione di un quadro multilaterale unico in materia di politiche antitrust ed i Paesi membri favorevoli, invece, alla conclusione di accordi di cooperazione bilaterali o regionali. Tale contrapposizione riproduce, seppure per grandi linee, le rispettive posizioni della Comunità europea e degli Stati Uniti d'America. La soluzione auspicata dalla Comunità è, infatti, quella di elaborare una disciplina antitrust di base, comune a tutti i Membri della WTO e contenente principi essenziali e modalità idonee a garantire un costante scambio di informazioni tra le varie autorità competenti a livello statale ⁴³. Diversamente, gli USA sostengono, con vigore, l'applicazione extraterritoriale della normativa nazionale e la conclusione di accordi di cooperazione a livello bilaterale o regionale ⁴⁴.

L'ipotesi più realistica, al momento attuale, sembra essere l'adozione, nel contesto della WTO, di pochi principi generali complementari alle regole di liberalizzazione commerciale (e.g. trasparenza e non discriminazione), rinviando ad una fase successiva l'elaborazione di norme più dettagliate ⁴⁵. Una soluzione di questo tipo avrebbe il vantaggio di consentire ai Paesi in via di sviluppo (PVS) di elaborare gradatamente una più articolata legislazione antitrust, istituendo o consolidando, al contempo, le istituzioni nazionali preposte alla tutela della concorrenza.

Al contrario, la proposta di elaborare una normativa antitrust multilaterale, la cui applicazione dovrebbe essere affidata ad un'apposita organizzazione internazionale, anche diversa dalla WTO, non ha avuto alcun seguito, data la tradizionale resistenza degli Stati ad accettare limitazioni della propria sovranità, nonché la difficoltà di conciliare regimi nazionali notevolmente differenti ⁴⁶.

⁴² Il *Working Group on the interaction between trade and competition* è stato istituito nel 1996 in occasione della Conferenza ministeriale di Singapore (*Singapore Ministerial Declaration*, 13 Dec. 1996, WT/MIN(96)/DEC, punto 20). Per un'analisi dei risultati conseguiti negli ultimi anni cfr. *Doha Ministerial Declaration*, 14 Nov. 2001, WT/MIN(01)/DEC/W/1, punti 23-25; *Report of Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy to the General Council* (2003), 17 July 2003, WT/WGTCO/7; *Cancùn Ministerial Statement*, 23 Sep. 2003, WT/MIN/03/20.

⁴³ Cfr. R., SCHIANO, *Unione Europea, diritto antitrust e WTO*, cit., 299, 310. Sulle posizioni della Comunità europea si vedano le più recenti Comunicazioni al *Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy*, 6 Feb. 2003, WT/WGCP/223; 14 May 2003, WT/WGCP/229; 26 June 2003, WT/WGCP/234; 5 Aug. 2003, WT/WGCP/223/Rev. 1.

⁴⁴ Sul modello degli accordi conclusi con la Comunità europea nel 1991 (GUCE L 95, 1995, 27.4.95, 47) e nel 1998 (GUCE L 173, 1998, 6 giugno 1998, 28).

⁴⁵ Cfr. M., MONTI, *La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea*, in *Merc. Concor. e Reg.*, 3/2004, 436.

⁴⁶ L'elaborazione di un codice mondiale sulla concorrenza e la creazione di un ente sovranazionale preposto alla sua applicazione è, in sostanza, l'orientamento promosso da alcuni esperti indipendenti riuniti nel c.d. "Gruppo di Monaco", il quale nel 1993 ha diffuso un Codice internazionale antitrust che avrebbe dovuto fungere da minuta per la conclusione

Per quanto riguarda, in maniera specifica, l'Accordo generale sul commercio dei servizi, l'adozione di una disciplina antitrust appare destinata ad assumere carattere settoriale, sul modello del *Reference Paper* elaborato nel settore delle telecomunicazioni di base. Un tale approccio, come osservato in precedenza, risulta più probabile con riferimento ai servizi a rete oggetto di impegni di liberalizzazione specifici: il rispetto effettivo degli obblighi assunti dagli Stati membri in questi settori presuppone, infatti, la garanzia per i fornitori stranieri di poter accedere al mercato nazionale, senza dover subire discriminazioni derivanti da normative o pratiche anticompetitive⁴⁷.

Sotto il profilo delle garanzie di accesso al mercato non meno rilevanti risultano le norme del GATS in materia di regolazione domestica. Al fine di assicurare il rispetto degli obiettivi di politica nazionale, autonomamente stabiliti dai governi, il GATS riconosce esplicitamente il diritto degli Stati di regolare, anche mediante l'introduzione di nuove norme, la fornitura dei servizi all'interno del proprio territorio⁴⁸, distinguendo le misure di regolazione domestica, dalle misure che implicano restrizioni all'accesso al mercato e al trattamento nazionale (c.d. barriere agli scambi *per sé*)⁴⁹. Mentre queste ultime sono sottoposte ai negoziati sugli impegni specifici, le prime sono soggette alle disposizioni dell'Accordo in materia di "*Domestic Regulation*"⁵⁰.

Le norme sulla regolazione domestica mirano a garantire il bilanciamento tra gli obiettivi di politica nazionale e lo sviluppo degli scambi internazionali, limitando o rimuovendo le barriere commerciali create da leggi e regolamenti che prevedono procedure e requisiti obbligatori per la fornitura dei servizi. Nei settori in cui sono stati assunti impegni specifici i Paesi membri sono obbligati, pertanto, ad applicare le misure di regolazione nazionale con obiettività, ragionevolezza ed imparzialità, garantendo su richiesta del fornitore di servizi interessato, la verifica delle decisioni amministrative assunte nel settore dei servizi. Ciò comporta l'istituzione di tribunali e procedure che, compatibilmente con la struttura costituzionale dello Stato membro, siano in grado di assicurare un esame obiettivo ed imparziale delle decisioni in questione.

Inoltre, nei settori oggetto di impegni specifici, gli Stati la cui regolazione nazionale preveda il rilascio di un'autorizzazione per la fornitura di un determinato servizio devono garantire al richiedente, entro un termine ragionevole e senza inutili ritardi, le informazioni relative alla sua

di un accordo multilaterale sulla politica di concorrenza nell'ambito del GATT. Il Codice è pubblicato in W., FIKENTSCHER – U., IMMENGA, (a cura di) *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, 1995.

⁴⁷ Sul punto C., GAMBERALE, *Gats 2000: la liberalizzazione multilaterale dei servizi*, cit., 50-51; nonché J., GRIESHABER-OTTO – S., SINCLAIR, *Return to Sender: the Impact of GATS "pro-competitive regulation" on postal and other public services*, Ottawa, 2004.

⁴⁸ Il Preambolo del GATS riconosce, infatti "(...) the right of Members to regulate, and to introduce new regulations, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives (...)"

⁴⁹ Cfr. C., GAMBERALE, *op. cit.*, 47 et seq.

⁵⁰ Articolo VI GATS.

domanda e allo stato della pratica che lo riguarda. In particolare, nel settore dei servizi professionali devono essere stabilite procedure adeguate per verificare le competenze degli operatori esteri che intendono fornire un servizio nel territorio di un altro Stato membro.

Proprio al fine di evitare che le misure attinenti ai requisiti obbligatori, alle procedure, alle norme tecniche e agli obblighi di licenza stabiliti dai singoli Paesi si traducano in ostacoli non necessari agli scambi, il GATS prevede che il Consiglio per gli scambi di servizi formuli, anche per mezzo di appositi organismi, norme idonee ad assicurare che gli obblighi posti a carico dei prestatori: (a) siano basati su criteri oggettivi e trasparenti; (b) non siano più onerosi del necessario per garantire la qualità della prestazione; (c) non rappresentino una limitazione alla fornitura di un servizio (in particolare allorché è necessaria la concessione di una licenza) ⁵¹. Fintanto che la suddetta normativa non sarà entrata pienamente in vigore, gli Stati membri che hanno assunto impegni specifici dovranno astenersi dall'imporre, nei settori liberalizzati, obblighi e requisiti che possano annullare o compromettere gli impegni negoziati ("*nullification or impairment*"). Per valutare la conformità della regolazione nazionale ai criteri di obiettività e trasparenza previsti dall'Accordo sui servizi si fa riferimento a standard internazionali, fissati da pertinenti organizzazioni internazionali ("*standards of relevant international organizations*") ed applicati dagli Stati Membri della WTO ⁵².

Il GATS subordina, pertanto, il diritto degli Stati di regolare i servizi sottoposti al libero scambio al rispetto degli impegni concordati a livello multilaterale. Il "diritto di regolare" non è, dunque, assoluto, ma trova un limite nelle disposizioni multilaterali che mirano a minimizzare l'impatto della regolazione domestica sugli scambi commerciali ed a limitare le norme prescrittive di requisiti e procedure di accesso alla fornitura dei servizi. Tale auto-limite che deriva agli Stati dalla partecipazione alla WTO e dalla conseguente restrizione della sovranità nazionale, nelle materie sottoposte alla disciplina dell'Accordo, deve essere distinto dal limite esterno che scaturisce dall'applicazione delle regole poste in essere da organi sussidiari istituiti nell'ambito del GATS. Nel primo caso, gli Stati sono vincolati al rispetto di regole contenute in un accordo internazionale negoziato e approvato dai rispettivi governi nazionali, mentre, nel secondo caso, la regolazione internazionale è frutto del lavoro di un organo collegiale, composto da burocrati e al quale partecipano organismi nazionali sia pubblici che privati. È il caso delle "*Disciplines on domestic*

⁵¹ Articolo VI. 4. GATS.

⁵² Articolo VI. 5. b) GATS.

*regulation on accountancy sector*⁵³” alla cui elaborazione hanno partecipato organizzazioni internazionali private, come l’*International Federation of Accountants* (IFAC), ed organizzazioni nazionali, come il Consiglio nazionale dei ragionieri e dei periti commerciali⁵⁴.

Tuttavia, mentre le regole contenute nel GATS hanno valore coercitivo per tutti i Membri dell’Accordo, quelle prodotte dagli organi sussidiari della WTO, in linea di principio, obbligano solo gli Stati che volontariamente le accettano. Come è accaduto per le citate “*Disciplines*”, le quali sono state ritenute vincolanti solo per gli Stati che le hanno liberamente negoziate. Peraltro, tali norme produrranno pienamente i loro effetti solo dopo essere state integrate nella disciplina del GATS (probabilmente sotto forma di un apposito Allegato). Fino ad allora, tutti i Membri che hanno assunto impegni relativi ai servizi di contabilità devono, comunque, astenersi dall’applicare norme nazionali che possono annullare o compromettere gli impegni negoziati.

È evidente, pertanto, che la potestà normativa attribuita al Consiglio per gli scambi dei servizi in materia di regolazione nazionale integra, mediante appositi strumenti normativi, la disciplina stabilita dall’Accordo relativamente alle procedure, ai requisiti obbligatori, alle norme tecniche e agli obblighi di licenza che possono ostacolare l’accesso al mercato dei fornitori. Ciò avviene coinvolgendo nella produzione del diritto non soltanto i governi nazionali, ma anche soggetti privati che, pur non avendo una caratterizzazione giuridica ufficiale, collaborano all’elaborazione di regole destinate a regolare assetti di interessi, ai quali per altro essi non sono estranei⁵⁵. La partecipazione dei privati alla creazione del diritto del commercio internazionale sembrerebbe, pertanto, configurare una nuova *lex mercatoria*⁵⁶ formulata, come quella medievale, da un gruppo sociale in base alle proprie necessità, ma rispetto a quest’ultima meno radicata nella tradizione del mondo del commercio e più facilmente plasmabile in base alle necessità del mercato⁵⁷.

Il principio di necessità, richiamato dalle norme del GATS sulla regolazione domestica, è il criterio fondamentale per valutare che le misure nazionali, poste in essere nell’esercizio del diritto degli Stati di regolare la prestazione dei servizi all’interno del proprio territorio, non siano di

⁵³ *Decision on Disciplines Relating to the Accountancy Sector, adopted by the Council for Trade in Services on 14 December 1998*, 15 Dec. 1998, S/L/63 e 17 Dec. 1998, S/L/64.

⁵⁴ Sull’argomento cfr. S., CASSESE, *Gamberetti, Tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, Riv. Trim. Dir. Pub., 3/2004, 657.

⁵⁵ Tale fenomeno di co-titolarità del diritto è descritto ed analizzato da M. R., FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 133 et seq.

⁵⁶ Sull’argomento si veda F., GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993.

⁵⁷ Sul punto cfr. M. R., FERRARESE, secondo la quale “l’attuale *lex mercatoria* appare un diritto delle possibilità di scambio sempre nuove che il mercato sa tracciare”, *op. cit.*, 150-151.

ostacolo agli scambi più di quanto necessario per garantire il conseguimento di obiettivi di politica interna⁵⁸.

Le misure di regolazione nazionale nel settore dei servizi sono, generalmente, giustificate da ragioni di ordine economico e sociale (*i.e.* monopoli, asimmetrie informative, servizio universale) e comportano la definizione di standard e requisiti tecnici, il cui rispetto è imposto ai fornitori che intendono accedere al mercato interno dei servizi. Allo scopo di evitare che la regolazione sia utilizzata per mascherare intenti protezionistici, il GATS prevede l'elaborazione di un'apposita disciplina che assicuri agli Stati il diritto di regolare autonomamente la prestazione dei servizi nel proprio territorio, senza creare, tuttavia, inutili barriere agli scambi⁵⁹.

L'Accordo generale sul commercio dei servizi si avvale del concetto di necessità per determinare la legittimità di misure nazionali "eccezionalmente" adottate in violazione delle norme del GATS ed ammesse solo in quanto necessarie a soddisfare fondamentali interessi nazionali (*e.g.* ordine pubblico, tutela della vita e della salute)⁶⁰. In tale circostanza il test di necessità svolge, comunque, un ruolo ben diverso, dal momento che le misure in questione non solo sono adottate in deroga alle norme dell'Accordo, ma rispondono anche ad un numero limitato di obiettivi espressamente elencati. Diversamente, nel caso della regolazione domestica, gli Stati si avvalgono di un diritto che è loro esplicitamente riconosciuto, al fine di soddisfare obiettivi di politica interna potenzialmente illimitati⁶¹.

Nelle "*Disciplines on domestic regulation in accountancy sector*" è esplicitamente previsto che sulle misure di regolazione nazionale relative alla prestazione dei servizi di contabilità venga effettuato un test di necessità, il cui fine è quello di garantire che tali disposizioni non risultino di ostacolo agli scambi più di quanto è necessario per realizzare un obiettivo legittimo (*e.g.* la protezione dei consumatori, la qualità del servizio, le competenze e l'integrità professionali)⁶².

Analogamente, l'Allegato al GATS sui servizi di telecomunicazione richiede agli Stati membri di imporre ai prestatori di servizi stranieri, che intendono accedere alle reti pubbliche ed

⁵⁸ Articolo VI. 4. GATS.

⁵⁹ L'Accordo generale sugli scambi dei servizi non impone l'adozione di un test di necessità, ma sollecita il Consiglio per gli scambi dei servizi ad avviare negoziati finalizzati all'elaborazione della disciplina necessaria a garantire che le misure di regolazione nazionale non costituiscano un'inutile ostacolo al commercio. Ciò è avvenuto nel settore dei servizi di contabilità con l'istituzione di un apposito gruppo di lavoro e l'elaborazione delle "*Disciplines on accountancy sector*", *cit.*

⁶⁰ Articolo XIV GATS.

⁶¹ Cfr. "*Article VI.4. of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation applicable to all services*", Note by the Secretariat, 1 Mar. 1999, S/C/W/96 e "*Necessity tests in the WTO*", Note by Secretariat, 2 Dec. 2003, S/WPDR/W/27, § I. (A), punto 5.

⁶² Il paragrafo II delle *Accountancy Disciplines* (WTO. doc. S/L/64) stabilisce, infatti, che: "*(...) Members shall ensure that such measures are not more trade restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective (...)*".

utilizzare i servizi di telecomunicazione nazionali, le sole condizioni necessarie a (I) garantire l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, (II) proteggere l'integrità delle reti e (III) assicurare il rispetto degli impegni specifici inseriti nelle apposite liste nazionali⁶³.

Lo scopo del test di necessità dovrebbe essere, in generale, quello di garantire un nesso di necessità tra le normative adottate da uno Stato e gli obiettivi di politica nazionale desiderati, escludendo, invece, il sindacato sulla legittimità degli obiettivi stessi. Ma nelle *Disciplines* questa distinzione non è sufficientemente chiara, al contrario, sembrerebbe che il diritto degli Stati di porre in essere misure di regolazione nazionale sia subordinato tanto al riconoscimento della legittimità degli obiettivi che si intendono realizzare⁶⁴, quanto al conseguimento del fine più ampio, e prevalente, di minimizzare gli ostacoli agli scambi⁶⁵.

Esistono, pertanto, alcuni dubbi circa la desiderabilità e la fattibilità, nel contesto del GATS, di un test di necessità sulla regolazione domestica, di cui si teme, soprattutto, l'impatto sulla condotta regolatoria dei governi, i quali potrebbero essere forzati a ridurre gli obiettivi sociali perseguibili per ragioni di carattere commerciale⁶⁶.

Per di più, le pronunce emesse dall'Organo di soluzione delle controversie nell'ambito degli altri Accordi commerciali multilaterali della WTO hanno fornito, in passato, un'interpretazione piuttosto severa del principio di necessità⁶⁷, fondata tanto su un sindacato di legittimità sugli obiettivi, quanto sul bilanciamento tra gli obiettivi di politica nazionale perseguiti da uno Stato membro e le restrizioni al commercio derivanti dall'adozione della misura contestata⁶⁸.

⁶³ Articolo 5 (e) ed (f) GATS *Annex on Telecommunication*.

⁶⁴ Cfr. "Article VI.4. of the GATS: *Disciplines on Domestic Regulation applicable to all services*", cit., al punto 22, dove è sottolineato che "(...) *necessity test only applies to trade restrictive measures (...) which can be objectively justifiable if they are necessary to achieve a legitimate policy objective (...)*"; mentre al punto 27 è specificato che "(...) *once the legitimacy of the policy objective invoked to justify a measure has been established, the next step consists in establishing whether that measure is "necessary" to achieve that objective (...)*".

⁶⁵ *Ibidem*, al punto 28, laddove è precisato che "(...) *if it is established that equally satisfactory and effective alternative means exist the necessity test requires the Member whose measure is at issue to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of trade restrictiveness (...)*".

⁶⁶ In senso critico sull'argomento cfr. S., SINCLAIR, *How The World Trade Organisation's new "services" negotiations threaten democracy*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives, 2000. Si veda, inoltre, A., MATTOO, *Domestic Regulation and Trade in Services: Designing GATS Rules*, Workshop on Domestic Regulation, Ginevra, 29- 30 Mar. 2004.

⁶⁷ *United States- Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R, 15 May 1998, WT/DS58/AB/R, 12 Oct. 1998, WT/DS58/RW, 15 June 2001; *European Communities- Measures Affecting Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/R e WT/DS48/R, 18 Aug. 1997, WT/DS27/AB/R e WT/DS48/AB/R 16 Jan. 1998. Un'eccezione all'interpretazione restrittiva della "dottrina della necessità" è rappresentata dalla controversia relativa all'uso e all'importazione dell'amianto e dei prodotti che lo contengono (*EC -Measures Affecting Asbestos and Asbestos- Containing Products*), sulla quale si veda il rapporto dell'Organo di appello WT/DS135/AB/R, 1 Mar. 2001, § 164-175.

⁶⁸ Cfr. sul punto P., PICONE, A., LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, 328 *et seq.*

Con riferimento al GATS, un recente *report* relativo ai servizi di telecomunicazione ha, ulteriormente, precisato il contenuto del test di necessità sulle misure di regolazione nazionale che limitano la possibilità di accesso degli operatori stranieri al mercato nazionale⁶⁹. Il panel incaricato di esaminare la controversia, ha sostenuto che una misura di regolazione nazionale può essere considerata necessaria, sia se risulta indispensabile al conseguimento di un obiettivo di politica interna, sia se alla realizzazione di un tale obiettivo essa semplicemente concorre⁷⁰. Nel caso specifico, pur avendo ammesso che le misure adottate dal governo dello Stato membro rientrano in questa seconda ipotesi, il panel ha, tuttavia, risolto negativamente il test di necessità, alla luce del mancato rispetto del principio generale di ragionevolezza⁷¹.

La decisione assunta nel caso “*Telmex*” conferma la difficoltà di conciliare la liberalizzazione degli scambi di servizi con l'autonomia regolatoria degli Stati membri. L'assunzione di impegni di accesso al mercato e di trattamento nazionale limita, infatti, la libertà dei governi di porre in essere misure di regolazione nazionale che, se anche soddisfano le esigenze degli utenti, come nel caso del servizio universale, possono tradursi in una discriminazione ingiustificata nei confronti degli operatori stranieri o risultano più onerose del necessario in termini di restrizione agli scambi.

L'adozione di un test di necessità, analogo a quello utilizzato negli altri settori di competenza della WTO, potrebbe orientare le scelte del regolatore nazionale verso obiettivi di efficienza economica, ma potrebbe anche generare una riduzione delle garanzie di tutela stabilite nella regolazione nazionale a favore degli utenti e dei consumatori dei servizi (c.d. *race to the bottom*). Per questa ragione, l'applicazione del test di necessità dovrebbe essere preceduta dalla definizione di un concetto di necessità più preciso e dovrebbe, comunque, essere esclusa quando è in gioco la tutela di un interesse pubblico fondamentale.

IV. I servizi pubblici nella WTO e nell'Unione europea: un confronto tra i due ordinamenti.

⁶⁹ Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services, (*Telmex*) WT/DS204/R, 2 Apr. 2004.

⁷⁰ Sul punto cfr. Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R, 11 Dec. 2000, § 161.

⁷¹ Mexico – Measures Affecting Telecommunications Service, § VII, punti 338 e 343.

L'assenza di una definizione universalmente condivisa di servizio pubblico che consenta di cogliere, al di là delle differenze terminologiche riscontrabili nei vari ordinamenti nazionali⁷², la peculiarità di servizi che soddisfano bisogni essenziali dei cittadini, appare conseguenza del fatto che la qualificazione di un'attività come "attività di servizio pubblico" comporta un giudizio di valore, sostenuto dall'interpretazione di bisogni collettivi variabili in relazione ai diversi contesti storici, economici e sociali⁷³.

A livello comunitario, avendo constatato i contorni poco netti della nozione di servizio pubblico⁷⁴- dovuti alle differenze semantiche, oltre che alla diversa evoluzione della disciplina giuridica del servizio pubblico nei singoli contesti nazionali- si è preferito utilizzare, secondo i casi, le espressioni di "servizio di interesse generale"(SIG), di "servizio di interesse economico generale" (SIEG)⁷⁵, o di "servizio universale". Una tale pluralità di nozioni ha consentito alle istituzioni comunitarie di operare una distinzione tra la sfera del servizio che può - e deve - essere fornita nel mercato concorrenziale e quella che, in ragione di una specifica missione di interesse pubblico, è soggetta ad una disciplina speciale. Infatti, mentre i servizi di interesse economico generale individuano quelle attività di natura economica, svolte in forma imprenditoriale, che "in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico"⁷⁶, quelli di interesse generale comprendono i servizi che non sono di mercato o la cui natura (economica o meno) è irrilevante⁷⁷.

In ambito comunitario, le attività di servizio pubblico realizzate in forma di impresa, pubblica o privata⁷⁸, sono, quindi, generalmente sottoposte alle regole di concorrenza stabilite dal

⁷² La letteratura sul servizio pubblico è sterminata, con riferimento all'ordinamento italiano cfr. U., POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; F., MERUSI, *Servizio Pubblico*, in *Nss. D.I.*, vol. XVII, Torino, 1970, *ad vocem*; N., RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999. Con riferimento ad altri ordinamenti si veda in particolare J., CHEVALLIER, *Le service public*, Paris, 1997; P. VALETTE, *Le service public à la française*, Paris, 2000; G., ARIÑO ORTIZ - J.M., DE LA CUÉTARA - J.L., MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, *El nuevo servicio publico*, Madrid, 1997; T., PROSSER, *Regolazione dei servizi di pubblica utilità: l'esperienza anglosassone*, in G., TESAURO - M., D'ALBERTI, *op. cit.*, 65. Sul piano del diritto comunitario ed internazionale cfr. inoltre, Parlamento europeo, *Entreprises publiques et services publics dans l'Union européenne*, Lussemburgo, 1997; M., FREEDLAND - S., SCIARRA (eds), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, 1998; G., CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.*, 1999, 7; J., GRIESHABER OTTO - S., SINCLAIR, *op. cit.*; F., SPAGNUOLO, *I servizi pubblici nell'ordinamento internazionale: l'OMC e l'Accordo generale sul commercio dei servizi*, in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, (a cura di) A., MASSERA, Pisa, 2004, 45.

⁷³ Così Y., GAUDEMET, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale*, in G. TESAURO- M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 50-52.

⁷⁴ L'unico richiamo alla nozione di servizio pubblico si ritrova nella parte dedicata al settore dei trasporti (articolo 73 TCE).

⁷⁵ Articoli 16 e 86. 2. TCE.

⁷⁶ Libro verde sui servizi di interesse generale, COM (2003) 270 def., punto 17.

⁷⁷ Si noti che l'espressione "servizi di interesse generale" è adoperata nella prassi comunitaria ma non nel Trattato CE.

⁷⁸ Nel diritto comunitario è, infatti, irrilevante il regime di proprietà (articolo 295 TCE).

Trattato per l'esercizio delle attività economiche, a meno che il rispetto di tali norme non sia di ostacolo all'adempimento della specifica missione di servizio pubblico imposta dagli Stati membri o dalla Comunità europea al fornitore del servizio.

L'applicazione di un regime privilegiato - di esenzione dal rispetto delle regole della concorrenza - è, pertanto, giustificata dalla sussistenza di un ostacolo all'assolvimento di una missione di servizio pubblico che dovrà essere valutata dalla Corte di Giustizia⁷⁹. Con la conseguenza che, sebbene gli Stati membri rimangano liberi di scegliere gli obblighi ai quali i fornitori devono conformarsi, è a livello comunitario che si decide il regime giuridico applicabile all'attività di prestazione del servizio.

Il diritto comunitario ha, pertanto, aggiunto elementi nuovi alla tradizionale nozione di servizio pubblico, non soltanto in termini lessicali, sostituendo al termine "pubblico" quello equivalente di "interesse generale"⁸⁰, ma anche sul piano sostanziale, stabilendo un regime giuridico diverso per singoli segmenti di servizio. All'interno di un medesimo settore possono, perciò, coesistere servizi economici offerti in un mercato concorrenziale e servizi non economici esclusi dalle regole di mercato (e.g. l'istruzione), con la conseguente frammentazione del servizio pubblico e della disciplina ad esso applicabile.

Peraltro, al fine di garantire l'equilibrio tra l'efficienza economica e la realizzazione dei principi di uguaglianza e solidarietà, la normativa comunitaria, ha attinto dalla tradizione di *common law* il concetto di "servizio universale"⁸¹, il quale impone l'obbligo di "garantire ovunque l'accesso di tutti a prestazioni essenziali, di qualità e a prezzi ragionevoli"⁸².

Le attività che formano oggetto del servizio universale non differiscono, nella sostanza, dalle tradizionali attività di servizio pubblico, ma sono fornite in base a principi, regole e condizioni definite a livello comunitario. Così, mentre i servizi di interesse economico generale restano prerogativa dei singoli Stati membri, liberi di scegliere la missione di interesse generale da affidare ai prestatori del servizio, il servizio universale rientra nelle prerogative della Comunità europea, la quale definisce una serie di principi comuni che i singoli Stati hanno il compito di attuare, tenendo

⁷⁹ CGCE nelle sentenze 19 maggio 1993, causa C- 320/91, *Corbeau*, in *Racc.*, 1993, 2533, § 14; 27 aprile 1994, causa C- 393/92, *Comune di Almelo*, in *Racc.* 1994, 1477, § 46 e 51 lettera (c); 17 maggio 2001, causa C- 340/99, *TNT TRACO/Poste italiane*, in *Racc.*, 2001, 4109, § 53-55.

⁸⁰ Sul punto si veda la sentenza della Corte di giustizia, 1 ottobre 1998, causa C- 38/97, *Librandi*, in *Racc.*, 1998, 5955, § 41.

⁸¹ Sull'origine storico - giuridica del concetto di servizio universale si veda G. F., *CARTEI, Il servizio universale*, Milano, 2002.

⁸² Cfr. M., CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pub.*, 1998, 184.

conto delle specifiche situazioni nazionali. Il servizio universale appare, quindi, come una sorta di “servizio minimo” garantito a tutti i cittadini europei sull’intero territorio dell’Unione.

Nonostante la parcellizzazione dei servizi pubblici, all’interno dell’Unione europea, può, pertanto, essere individuata una nozione comune di interesse pubblico, la quale riflette quei principi di continuità, uguaglianza e adattamento ai bisogni che, nella tradizione giuridica continentale, connotano i servizi in questione, a prescindere dalla loro natura economica.

Ben diversa è la disciplina dei servizi pubblici nel contesto del sistema del commercio mondiale, il *General Agreement on Trade in Services* esclude, infatti, dalla sua sfera di applicazione i soli servizi forniti nell’esercizio dei poteri governativi, ossia non su base commerciale, né in regime di concorrenza⁸³, senza alcuna distinzione tra i servizi normalmente forniti in un mercato aperto e competitivo (e.g. i servizi di telecomunicazione, i trasporti, i servizi postali) e quelli che pur non essendo, nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, forniti su base commerciale possono, a certe condizioni, essere erogati in concorrenza da operatori pubblici e privati (e.g. l’istruzione, i servizi sociali e sanitari).

La sottoposizione dei servizi pubblici alle regole del GATS risponde, di fatto, ad una logica prettamente mercantile nella quale, non sembrano trovare riconoscimento istanze di carattere sociale, quali la garanzia del servizio universale o la tutela degli utenti. Peraltro, a dispetto delle numerose prese di posizione, da parte delle istituzioni comunitarie e degli organi della *World Trade Organization*, circa la sostanziale esclusione dei servizi pubblici dall’applicazione delle regole del commercio internazionale⁸⁴, le richieste e le offerte negoziali presentate dai Paesi membri nell’ambito delle trattative in corso sembrano deporre in senso contrario⁸⁵.

In un recente documento di consultazione presentato dalla Commissione europea sono, infatti, espressamente indicati i settori nei quali la Comunità ha negoziato impegni di liberalizzazione specifici: essi includono sia i servizi di utilità pubblica (*i.e.* poste, telecomunicazioni, trasporti) sia i servizi di insegnamento e socio-sanitari⁸⁶.

⁸³ Articolo I.3. (b) e (c) GATS.

⁸⁴ Sulla posizione della WTO cfr. *GATS - Fact and Fiction*, Geneva, 2001, 10; mentre per l’Unione Europea si veda il sito web della Direzione generale Commercio (http://europa.eu.int/comm/trade/issues/sectoral/services/index_en.htm).

⁸⁵ Le richieste e le offerte di accesso ai mercati dei servizi che riguardano gli Stati membri dell’UE sono consultabili sul sito internet dell’apposito *Information Centre* (http://europa.eu.int/comm/trade/icentre/index_en.htm).

⁸⁶ Il documento è reperibile sul sito web della DG Commercio (www.europa.eu.int/comm/trade/index_en.htm).

In realtà, già in passato la CE aveva assunto impegni relativi al settore dell'istruzione⁸⁷, inserendo alcune limitazioni al trattamento nazionale e all'accesso al mercato e stabilendo, tra l'altro, che gli impegni assunti dovessero applicarsi in linea di massima ai soli servizi finanziati dai privati⁸⁸. Sul versante dei servizi sanitari e sociali (ripartiti in servizi ospedalieri, sanitari, sociali ed altri) la Comunità ha, invece, assunto impegni di liberalizzazione più limitati, dato che la fornitura delle relative prestazioni è ampiamente subordinata alle necessità individuate in sede di programmazione nazionale⁸⁹.

Nell'ambito degli ultimi negoziati commerciali, la Comunità europea ed i suoi Stati membri non hanno, invece, presentato ai Paesi della WTO richieste relative ai servizi sanitari e sociali, mentre una proposta in materia di servizi di istruzione superiore, finanziata da privati, è stata avanzata ai soli Stati Uniti d'America.

Nonostante la presunta esenzione dei servizi pubblici dalle regole del GATS, i Paesi membri dell'Organizzazione hanno accettato, pertanto, di estendere il libero scambio anche a settori tradizionalmente ritenuti prerogativa dei poteri pubblici, come dimostra, per l'appunto, l'assunzione di impegni di liberalizzazione specifici nei settori dell'istruzione e della sanità⁹⁰. Oltretutto, il Consiglio per gli scambi di servizi ha voluto precisare che l'eccezione prevista dall'Accordo a favore dei servizi forniti nell'esercizio dei poteri di governo deve essere interpretata in maniera restrittiva e non comporta, in ogni caso, l'esclusione a priori di alcuna categoria⁹¹.

Vero è che l'Accordo generale sul commercio dei servizi non obbliga i governi nazionali a liberalizzare o privatizzare alcun settore, ma rimette alle competenti autorità nazionali la responsabilità di negoziare, attraverso offerte e richieste reciproche, eventuali impegni di accesso al mercato o di trattamento nazionale. Nondimeno, il continuo "mercanteggiamento diplomatico ed economico"⁹² che ha luogo in seno alla WTO esercita una considerevole pressione sugli Stati

⁸⁷ Nella classificazione utilizzata dal GATS gli "educational services" comprendono i servizi di istruzione elementare e secondaria, l'istruzione superiore, l'insegnamento per gli adulti ed i servizi cosiddetti "di formazione", tra cui l'insegnamento professionale

⁸⁸ Si noti che nessun impegno è stato negoziato in questi settori dalla Finlandia, dalla Svezia e dall'Austria.

⁸⁹ La Finlandia e la Svezia non hanno assunto impegni in materia.

⁹⁰ Si vedano le liste di impegni nazionali sull'apposito sito internet della WTO (<http://tsdb.wto.org/WTOHomepublic.htm>).

⁹¹ Si veda il "Report of the Meeting Held on 14 October 1998", 12 Nov. 1998, S/C/M/30, § 22, nel quale si legge che "malgrado una sostanziale implicazione dei governi, la sanità ed i servizi sociali non sono esclusi dal GATS e le eccezioni all'articolo I.3. devono essere interpretate in maniera restrittiva". V. inoltre, *GATS Negotiation Guidelines and Procedures*, cit., § 5.

⁹² Così G., SACERDOTI, *op.cit.*, 101.

membri, facilitando la concessione di mutui vantaggi in settori chiave per le economie nazionali ⁹³. D'altra parte, l'introduzione nel sistema del commercio internazionale di un accordo sugli scambi di servizi è il risultato di un processo negoziale fortemente voluto dai Paesi industrializzati, al fine di incrementare le possibilità di scambio a vantaggio dei propri operatori economici ⁹⁴.

Dal momento che l'obiettivo principale è, pertanto, quello di aumentare il volume degli scambi, il GATS non prevede alcun regime speciale a favore dei servizi pubblici, la cui fornitura deve avvenire nel rispetto delle regole generali, a meno che uno Stato membro non decida di escludere esplicitamente dalla sfera dell'Accordo un determinato settore o sub-settore. In tutte le altre ipotesi, un trattamento eccezionale è ammesso solo a condizione di una minaccia concreta e sufficientemente grave ad interessi fondamentali della società ⁹⁵.

Gli Stati membri che abbiano assunto impegni specifici in relazione alla fornitura di un servizio pubblico sono, inoltre, ugualmente tenuti a garantire che le misure di regolazione nazionale siano applicate in maniera ragionevole, obiettiva ed imparziale, senza creare inutili ostacoli agli scambi.

Come si è visto, i Membri della WTO, pur conservando il diritto di regolare all'interno del proprio territorio la prestazione dei servizi sono infatti, tenuti, ad esercitare i propri poteri nel rispetto delle norme e dei principi stabiliti dall'Accordo e, qualora ritenuti inadempienti, a conformarsi alle eventuali pronunce dell'Organo di soluzione delle controversie, la cui apertura nei riguardi di valori non mercantili quali, per esempio, la tutela dell'ambiente e la protezione della salute è stata, finora, piuttosto limitata .

Per quanto non esista, al momento, una giurisprudenza analoga in materia di servizi è verosimile ritenere che, in ragione della sostanziale omogeneità tra le norme del GATT e quelle del GATS, i panel e l'AB nelle future pronunce relative agli scambi di servizi si ispireranno a criteri analoghi, attribuendo agli obiettivi di natura commerciale un peso maggiore rispetto a quelli di interesse pubblico. Come si evince dal già citato caso *Telmex*, nel quale i *panelists* hanno stabilito, infatti, che la regolazione nazionale, posta in essere dalle competenti autorità al fine di realizzare obiettivi di politica interna, risulta incompatibile con gli impegni di liberalizzazione negoziati nell'ambito del GATS, oltre che con le norme in materia di concorrenza stabilite nell'apposito

⁹³ Si veda da ultimo, *Doha Work Programme*, 2 Aug. 2004, WT/L/579, punto 1, lettera (e), nonché il resoconto della sessione speciale del Consiglio per il commercio dei servizi al *Trade Negotiation Committee, Recommendations to the Trade Negotiations Committee*, 7 July 2004, TN/S/16, punti (a) e (d).

⁹⁴ Cfr. B. M., HOEKMAN - M. M., KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System: WTO and beyond*, Oxford, 2001, 250, 465- 466; S., GEORGE, *Remettre l'OMC à sa place*, Paris, 2001, *passim*. Per un'opinione diversa si veda M., NETTESHEIM, *Legitimizing the WTO*, in *Riv. Dir. Pub.*, 3/2003, 715.

⁹⁵ Articolo XIV GATS.

Reference Paper ed inserite nella lista di impegni nazionale ⁹⁶. In particolare, il panel ha ritenuto contrarie alle disposizioni contenute nell'Allegato sulle telecomunicazioni le misure di regolazione che imponevano ai fornitori stranieri, aventi accesso alle infrastrutture nazionali, di contribuire alla realizzazione di obiettivi di servizio pubblico mediante forme di “*cross-subsidiation*”, giustificate dal governo nazionale (nella fattispecie quello messicano) con riferimento alle norme dell'Accordo che consentono ai PVS - e in alcuni casi anche agli altri Stati membri - di prevedere a carico degli operatori esteri particolari condizioni di accesso ed utilizzo delle infrastrutture pubbliche di telecomunicazione, in vista di un miglioramento dei servizi e delle infrastrutture nazionali ⁹⁷. Lo stesso “Documento di riferimento”, pur riconoscendo il diritto degli Stati membri di definire gli obblighi di servizio universale che si desiderano mantenere a livello nazionale, stabilisce che le relative disposizioni siano applicate in maniera trasparente, non discriminatoria e “*competitively neutral*”, non potendo risultare, in nessun caso, più onerose di quanto necessario per la realizzazione dell'obiettivo desiderato ⁹⁸.

Di conseguenza, anche quando il GATS sembra aprirsi ad istanze diverse da quelle puramente commerciali, ammettendo la possibilità per gli Stati membri di mantenere obblighi di servizio pubblico nei mercati di servizi soggetti ad impegni di liberalizzazione e, per i PVS, di usufruire di un trattamento speciale, in realtà, subordina la realizzazione di tali fini all'obiettivo prioritario di assicurare la più ampia libertà degli scambi.

Emerge, ampiamente, sotto quest'aspetto, la differenza di approccio tra la strategia di liberalizzazione dei servizi attuata nell'ordinamento comunitario e quella perseguita dalla WTO, nella quale i servizi pubblici, se forniti su base commerciale o in concorrenza tra l'operatore pubblico e quello privato, restano assoggettati alle regole di libero scambio anche in presenza di un ostacolo all'adempimento della specifica missione pubblica loro affidata.

Nel diritto globale del commercio, a differenza che nel contesto comunitario, non esiste alcuna distinzione tra i servizi non remunerativi (e.g. l'assicurazione per gli infortuni sul lavoro o la previdenza sociale ⁹⁹) -ai quali nella CE non si applicano le norme sugli aiuti di stato e più in generale sul mercato interno- e quelli normalmente erogati dietro versamento di un contributo economico. Inoltre, se a livello comunitario, è solo con riferimento ai servizi pubblici economici che valgono il divieto di non discriminazione in base alla nazionalità e l'obbligo di garantire al

⁹⁶ *Mexico- Measures Affecting Telecommunications Services, cit.*

⁹⁷ Section 5, *Annex on Telecommunication.*

⁹⁸ Articolo 3 del *Reference Paper.*

⁹⁹ Si veda a tal proposito Corte di Giustizia, 22 gennaio 2002, C- 218/200, *INAIL*, in *Racc.*, 2002, 691.

prestatore di servizi il diritto di stabilimento¹⁰⁰, nella WTO, invece, le regole di libero scambio si applicano, alle stesse condizioni, a qualsiasi categoria di servizi. In più, nell'Unione europea, il divieto di porre in essere discriminazioni o restrizioni alle libertà previste dal Trattato in materia di servizi può trovare un limite nelle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che gli Stati membri adottano per motivi di sicurezza, sanità o di ordine pubblico¹⁰¹.

Pertanto, se anche la nozione di non discriminazione sembra accomunare i due ordinamenti, è doveroso sottolineare come nell'UE, l'applicazione del principio abbia subito un'evoluzione diversa¹⁰². Come si evince, tra l'altro, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha precisato che le norme del Trattato in materia di non discriminazione non prescrivono semplicemente l'eliminazione di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità (e quindi il rispetto del principio del trattamento nazionale), ma impongono, anche, la soppressione delle restrizioni che incidendo indistintamente sui prestatori di servizi stranieri e su quelli nazionali, vanificano, comunque, la possibilità di accesso al mercato¹⁰³. Un tale orientamento è stato, peraltro, favorito dal principio del mutuo riconoscimento e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, cosa che è mancata nel contesto del GATS e che difficilmente potrà essere realizzata in presenza di un'elevata disomogeneità tra le regolazioni nazionali dei Paesi aderenti alla WTO.

Altro elemento di differenziazione, non trascurabile, tra l'ordinamento comunitario e quello mondiale del commercio è la mancata previsione, all'interno di quest'ultimo, di norme che disciplinano, insieme alla liberalizzazione del commercio dei servizi, anche la libera circolazione delle persone e dei capitali, come pure la libertà di stabilimento. Nel Trattato è netta la distinzione tra i prestatori di servizi che svolgono, temporaneamente, la loro attività sul territorio di un altro Stato membro - nel qual caso le norme applicabili sono quelle sulla libera circolazione - e quelli che esercitano in maniera permanente un'attività economica in uno Stato diverso da quello di cui hanno la nazionalità - nel qual caso si applicano, invece, le norme sulla libertà di stabilimento. Al contrario, le norme del GATS si riferiscono indistintamente alle due fattispecie, ovvero nel linguaggio dell'Accordo, tanto alla presenza commerciale, quanto alla presenza di una persona

¹⁰⁰ Salvo l'ipotesi di attività che partecipano "sia pure occasionalmente all'esercizio dei pubblici poteri" (art. 45 TCE).

¹⁰¹ Articoli 46 e 55 TCE (III. 140 e III. 150 Cost. europea).

¹⁰² Cfr. P., EECKHOUT, *Constitutional Concepts for Free Trade in Services*, in *The EU and the WTO- Legal and Constitutional Issues*, (ed. by) G., DE BURCA- J., SCOTT, Oxford- Portland Oregon, 2001, 225.

¹⁰³ Corte di giustizia, 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger v. Dennemeyer*, in *Racc.*, 1991, 4221; 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments*, in *Racc.*, 1995, 1141, §. 35-38.

fisica¹⁰⁴. L'Accordo generale sugli scambi di servizi consente, tuttavia, agli Stati membri, di adottare misure di regolazione che disciplinano l'ingresso o il soggiorno temporaneo, all'interno del proprio territorio, di fornitori di servizi stranieri (persone fisiche), purché tali misure non abbiano l'effetto di annullare o compromettere i vantaggi derivanti agli altri Membri dalle condizioni e modalità negoziate nelle proprie liste di impegni specifici¹⁰⁵.

Per quanto riguarda, infine, la libera circolazione dei capitali, gli investimenti esteri, da parte delle imprese fornitrici di servizi, rientrano nelle norme del GATS e sono sottoposti al principio della nazione più favorita solo se gli Stati membri hanno negoziato appositi impegni di liberalizzazione nelle proprie liste nazionali.

Concludendo, a prescindere dalle differenze riscontrate, il principale elemento distintivo tra i due sistemi deve essere, comunque, individuato nel fatto che, mentre dalla disciplina comunitaria degli scambi di servizi restano esclusi i servizi - pubblici o privati - che non sono forniti dietro retribuzione, questi stessi servizi possono rientrare nelle norme del GATS, se resi su base commerciale o in regime di concorrenza tra più operatori. Con la conseguenza che le regole di libero scambio, generalmente applicabili al settore terziario, si estendono anche a quelle categorie di servizi che, nel contesto comunitario, sono escluse dalle norme di concorrenza e dalle altre disposizioni sul funzionamento del mercato interno.

Se, infatti, nell'ottica della WTO, i servizi, inclusi quelli pubblici, rappresentano, come si è visto, uno strumento attraverso il quale realizzare l'obiettivo prioritario della crescita e dello sviluppo dell'economia mondiale, nell'Unione europea essi non costituiscono, solamente, un incentivo per l'economia e la competitività dell'industria¹⁰⁶, ma anche uno strumento di coesione sociale ed un fattore essenziale per realizzare "una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro"¹⁰⁷.

L'Unione europea, con riferimento in particolare ai servizi sanitari e sociali, ha riconosciuto, inoltre, l'impatto che la normativa comunitaria può avere sull'erogazione ed il finanziamento del servizio pubblico, sottolineando che la scelta di utilizzare, nella fornitura dei suddetti servizi, sistemi basati sul mercato, oppure, agenzie dello Stato finanziate mediante tassazione, deve essere lasciata alla discrezionalità politica di ciascuno Stato membro. In sostanza, l'UE ha ammesso la

¹⁰⁴ Si noti che l'Allegato sulla circolazione delle persone fisiche specifica che il GATS "*shall not apply to measures affecting natural persons seeking access to the employment market of a Member, nor shall it apply to measures regarding citizenship, residence or employment on a permanent basis*".

¹⁰⁵ *Ibidem*, § 4.

¹⁰⁶ Così la Commissione europea nel recente Libro Bianco sui servizi di interesse generale, COM (2004) 374 def. § 2.1.

¹⁰⁷ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000, punto 5.

specificità dell'interesse pubblico legato alla prestazione di quelle categorie di servizi che consentono il rispetto del principio di solidarietà e garantiscono ai cittadini di poter beneficiare concretamente dei loro diritti fondamentali ¹⁰⁸.

I servizi pubblici, in ambiente comunitario, indipendentemente dalla natura economica delle prestazioni che ne formano l'oggetto, si fondano, pertanto, su una serie di elementi comuni, quali il servizio universale, la continuità, la qualità, l'accessibilità dei prezzi, la tutela degli utenti e dei consumatori. Ai suddetti elementi non è riconosciuto lo stesso rilievo nell'ambito del GATS, il quale, essendo un accordo di libero scambio, è incentrato sugli imperativi del mercato e riconosce maggior valore al libero commercio piuttosto che ai principi e agli obiettivi di politica sociale.

Se, infatti, sia nell'Unione europea che nella WTO, le eccezioni alle regole del mercato sono ammesse in ipotesi limitate e nella misura strettamente necessaria alla realizzazione dell'obiettivo di politica nazionale desiderato, nel contesto europeo sono, tuttavia, costituzionalmente riconosciuti e, quindi, garantiti in qualità di diritti fondamentali, non solo le libertà economiche, ma anche l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, ai servizi sociali e all'istruzione obbligatoria, la protezione della salute e dei consumatori, la tutela dell'ambiente, l'accesso ai servizi di interesse economico generale.

Oltretutto, mentre nell'UE la responsabilità di ponderare l'interesse pubblico con considerazioni di carattere commerciale compete alla Corte di Giustizia, vale a dire ad un'istituzione giudiziaria le cui decisioni godono di un certo grado di legittimazione sociale e si ispirano a valori e principi generalmente condivisi dagli Stati membri, nella WTO, tale funzione viene esercitata da "giudici del commercio", il cui ruolo essenziale è quello di garantire ai Paesi membri i benefici derivanti dalla partecipazione al sistema degli scambi multilaterali e la cui "accountability" è ben diversa da quella dei giudici comunitari ¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cfr. Libro Bianco della Commissione europea sui servizi di interesse generale, *cit.*, § 4.4. ed Allegato 2.

¹⁰⁹ Sull' "adjudicative legitimacy" dei "giudici" del commercio internazionale si veda R., HOWSE, *Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence*, in *The EU, the WTO, and the NAFTA- Toward a Common Law of International Trade?*, (ed. by) J.H.H., WEILER, Oxford, 2000, 35.

V. Diritti umani e liberalizzazione degli scambi di servizi: quale possibile compenetrazione?

Il legame tra la progressiva liberalizzazione degli scambi di beni e di servizi e la tutela dei diritti umani è, negli ultimi anni, al centro del dibattito sulle prospettive di riforma del sistema del commercio mondiale¹¹⁰. Quanto più il diritto della WTO si presta a divenire un diritto globale del commercio, tanto più le norme degli Accordi che lo compongono dovrebbero prevedere clausole idonee a garantire la tutela dei diritti dell'uomo. In più, dal momento che il benessere economico è il presupposto per il pieno godimento di molti diritti umani, una parte della dottrina ritiene che le libertà economiche garantite dal diritto globale del commercio possano contribuire efficacemente alla promozione dei diritti dell'uomo¹¹¹.

Una tale opinione si fonda sull'idea che l'integrazione dei diritti umani nel sistema del commercio mondiale possa porre al centro del processo di liberalizzazione degli scambi le esigenze dei cittadini, riconoscendoli come soggetti di diritto, titolari di interessi giuridicamente rilevanti anche nel contesto dell'ordinamento internazionale del commercio. In base a siffatta prospettiva, la globalizzazione dei mercati non può prescindere dalla globalizzazione dei diritti, delle libertà individuali, degli istituti e delle regole che garantiscono il rispetto della *rule of law* e dei principi di governo democratico¹¹². Inoltre, poiché il diritto di proprietà e le libertà economiche si legano strettamente ai diritti umani fondamentali e svolgono un'importante funzione strumentale "rendendo gli uomini migliori attori economici¹¹³", la mancata garanzia dei diritti di libertà economica e di proprietà privata può essere ritenuta come la ragione principale dell'arretratezza e del sottosviluppo di molti Paesi¹¹⁴.

In altri termini, le norme contenute negli Accordi WTO amplirebbero le possibilità di tutela dei diritti umani, garantendo il rispetto delle libertà fondamentali di ciascun individuo anche nello

¹¹⁰ Cfr. E.U., PETERSMANN, *From 'Negative' to 'Positive' Integration in the WTO: Time for 'Mainstreaming Human Rights' into WTO Law?*, in *CMLR*, 2000, 1363; IDEM, *Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations. Lessons from European Integration Law for Global Integration Law*, Jean Monnet Working Paper, 7/2001; R., HOWSE, *Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann*, in *EJIL*, 3/2002, 651; G., MARCEAU, *WTO Dispute Settlement and Human Rights*, in *EJIL*, 4/2002, 753; P., ALSTON, *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann*, *Ibidem*, 815.

¹¹¹ E.U., PETERSMANN, *The WTO constitution and human rights*, in *JIEL*, 2000, 19.

¹¹² IDEM, *From 'Negative' to 'Positive' Integration in the WTO*, *cit.*, 1374 *et seq.*

¹¹³ Cfr. United Nations Development Program, *Human Development Report 2000: Human Rights and Human Development*, New York, 2000, p. iii.

¹¹⁴ E.U., PETERSMANN, *Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations*, *cit.*, 40 *et seq.*, in senso critico sul punto cfr. P., ALSTON, *op. cit.*, 832 e da ultimo la replica di E.U., PETERSMANN, *Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston*, in *EJIL*, 4/2002, 845 *et seq.*

svolgimento di attività economiche e professionali, come la produzione di beni o la fornitura di servizi. La stessa libertà di commercio deve essere considerata “*as a human rights problem rather than merely as a legislative or administrative task (...)*”¹¹⁵. Secondo una tale visione del sistema, il diritto della WTO potrebbe non solo aumentare la disponibilità di beni e di servizi essenziali a realizzare la libertà dal bisogno, ma anche svolgere un'importante funzione costituzionale, obbligando gli Stati membri a garantire il rispetto di quei principi di libertà e di non discriminazione che costituiscono il fondamento della libertà personale e della dignità umana.

Tuttavia, pur essendo indubbio che la piena realizzazione dei diritti umani risulta inconciliabile con la negazione delle libertà economiche, sostenere che la WTO, garantendo il “*right to free trade*”, possa tutelare i diritti e le libertà fondamentali in maniera più efficace di qualsiasi altra organizzazione internazionale, significa sopravvalutare l'equazione esistente tra la garanzia delle libertà economiche ed il rispetto dei diritti dell'uomo. Oltretutto, la libertà di commercio, la non discriminazione ed i diritti di proprietà previsti dalle norme degli Accordi WTO, non essendo conferiti direttamente in capo ai singoli (ad eccezione dei diritti di proprietà intellettuale)¹¹⁶, non possono considerarsi alla stregua di veri e propri diritti individuali ma, piuttosto, strumenti utili a realizzare il migliore sviluppo della persona umana.

All'opposto, le regole del commercio internazionale potrebbero, secondo alcuni, risultare addirittura incompatibili con le norme stabilite da molti trattati internazionali a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo¹¹⁷. Come sembra confermare un *report* elaborato dal Gruppo di esperti della “*SubCommission on Human Rights*” del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, nel quale l'impatto della globalizzazione degli scambi sui diritti umani viene definito in termini negativi (“*the WTO is a veritable nightmare*”), sottolineando, in particolare, l'uso strumentale che i Paesi industrializzati spesso fanno di tali diritti, al fine di limitare i vantaggi comparativi che i PVS vantano in settori ad alta densità di capitale umano, come l'agricoltura ed i prodotti tessili¹¹⁸.

La questione della compatibilità con la disciplina stabilita dagli Accordi commerciali multilaterali di norme che, pur tutelando i diritti umani, si traducono in restrizioni agli scambi, si è posta in termini concreti all'interno della *World Trade Organization*, nell'ambito di una disputa relativa all'aggiudicazione di appalti di merci e di servizi ad imprese coinvolte in attività

¹¹⁵ E. U., PETERSMANN, *op. ult. cit.*, 2.

¹¹⁶ Sul punto cfr. P., ALSTON, secondo cui “*individuals are seen as objects rather than as holder of rights*”, *op. cit.*, 830 *et seq.*

¹¹⁷ G., MARCEAU, *op. cit.*, 755.

¹¹⁸ UN Economic and Social Council, Sub-Commission on the promotion and the protection of Human Rights, *The realization of economic, social and cultural rights: Globalisation and its impact on the full enjoyment of human rights*, 15 June 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/13, punti 14, 15 e 17.

commerciali con la Birmania (Paese noto per le ripetute violazioni dei diritti dei lavoratori)¹¹⁹. La controversia che si è, tuttavia, conclusa con una soluzione concordata tra le parti, non ha consentito al DSB di affrontare nel merito il problema che pure avrebbe potuto fornire indicazioni utili riguardo all'integrazione, negli Accordi WTO, di norme a tutela dei diritti dell'uomo.

Una maggiore attenzione per la dimensione sociale della globalizzazione economica, di cui la liberalizzazione degli scambi è parte integrante, è stata di recente suggerita anche dalla "*World Commission on the Social Dimension of Globalization*", una commissione istituita dall'Organizzazione internazionale del lavoro con l'intento di promuovere un più ampio dibattito sulle conseguenze che il processo di globalizzazione produce nei diversi contesti sociali in termini di sviluppo e di libertà dal bisogno. La "*World Commission*" ha evidenziato, in particolare, la centralità del tema della giustizia sociale e di un'equa distribuzione dei benefici derivanti dalla crescita dell'economia mondiale, sottolineando gli squilibri prodotti da una regolazione internazionale dei mercati che favorisce la libera circolazione di beni, servizi e capitali, ma ostacola quella delle persone, privilegiando taluni settori produttivi a scapito di altri (e.g. l'agricoltura). Secondo il gruppo di esperti riunito nella Commissione, il processo di globalizzazione dei mercati dovrebbe, al contrario, fondarsi sui principi di democrazia, uguaglianza sociale, rispetto dei diritti umani e della *rule of law*¹²⁰.

La stretta correlazione esistente tra la tutela dei diritti dell'uomo e la liberalizzazione del commercio è stata parimenti sottolineata dall'Assemblea Generale dell'ONU, con esplicito riferimento al *General Agreement on Trade in Services*¹²¹. Gli obiettivi enunciati nel Preambolo dell'Accordo WTO ed in particolare l'innalzamento del tenore di vita, la piena occupazione, la crescita del reddito reale ed il trattamento preferenziale dei PVS possono, secondo le Nazioni Unite, favorire lo sviluppo dell'economia mondiale, rendendo disponibili le risorse necessarie a garantire ovunque ed a chiunque il pieno beneficio dei diritti umani. La potenziale convergenza tra i principi del commercio mondiale e le norme a garanzia dei diritti umani non è, tuttavia, sufficiente ad assicurare il pieno rispetto di quest'ultimi, giacché le regole adottate nell'ambito della WTO si

¹¹⁹ *United States- Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS88, 11 Feb. 2000. Sull'argomento si veda anche *Forced labour in Myanmar (Burma)*, ILO Report, 2 July 1998.

¹²⁰ *A Fair Globalization: creating opportunities for all*, Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization, Geneva, 2004, 3, 17, 55 *passim*.

¹²¹ UN- General Assembly, *Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights*- Preliminary report of the Secretary-General, 31 Aug. 2000, A/55/342; UN Economic and Social Council, Sub- Commission on the promotion and the protection of Human Rights, *Liberalization of trade in services and human rights*, Report of the High Commissioner, 25 June 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/9.

sono, in alcune circostanze, rivelate contrastanti con gli obiettivi di tutela dei diritti dell'uomo (e.g. con riferimento ai diritti dei popoli indigeni o nel caso dei brevetti sui farmaci anti- AIDS ¹²²).

Nel settore dei servizi è, soprattutto, rispetto al diritto alla salute, e all'istruzione che gli Stati membri della WTO dovrebbero impegnarsi a garantire standard adeguati di protezione ¹²³. La liberalizzazione internazionale del commercio dei servizi, la quale comporta, tra l'altro, la possibilità di effettuare investimenti esteri diretti, può avere, infatti, un impatto negativo sulla protezione dei diritti umani, giacché il potenziamento del settore privato, al quale tali investimenti sono rivolti, rischia di generare un mercato di servizi a doppia velocità: da un lato, un settore privato riservato ai benestanti e attrattivo delle migliori professionalità, dall'altro, un settore pubblico, destinato ai meno abbienti e privo delle risorse finanziarie ed umane necessarie per competere col primo. I finanziamenti privati possono, inoltre, condurre ad una preponderanza degli obiettivi commerciali su quelli sociali, mentre la liberalizzazione degli scambi di servizi dovrebbe essere orientata, più che al conseguimento dell'utile economico, alla tutela dei diritti fondamentali. L'assunzione di impegni di libero scambio in settori come la sanità, l'istruzione o l'ambiente incide, infatti, sul godimento dei diritti alla salute, allo studio, allo sviluppo ed implica la responsabilità dello Stato di rendere accessibili, disponibili, accettabili ed adattabili tali servizi anche alle fasce più deboli della popolazione ¹²⁴.

Con particolare riguardo al GATS è essenziale comprendere, pertanto, in che modo le regole del commercio e le norme ed i principi che disciplinano la tutela dei diritti dell'uomo interagiscono tra loro. Per esempio, nonostante il diritto degli Stati membri di regolare la prestazione dei servizi all'interno del proprio territorio sia previsto dallo stesso Accordo sui servizi, le decisioni assunte dall'Organo di soluzione delle controversie ed il test di necessità sulle misure restrittive del commercio possono, come si è visto, compromettere, l'attuazione di politiche nazionali finalizzate alla tutela di interessi pubblici collettivi di carattere extra-commerciale.

Un approccio alla liberalizzazione del commercio più rispettoso dei diritti della persona si impone, soprattutto, in relazione al diritto di accesso ai servizi essenziali, il quale dovrebbe essere assicurato a chiunque, indipendentemente dalle proprie possibilità. Ciò comporta una maggiore

¹²² Un'interpretazione dell'accordo TRIPs più conforme alle norme a tutela dei diritti umani è stata auspicata nella "Doha Declaration on TRIPs and Public Health", adottata il 14 novembre 2001 (WT/MIN(01)/DEC/2). Sulla compatibilità dell'accordo TRIPs con le norme a tutela dei diritti umani cfr. United Nations Economic and Social Council, Sub- Commission on the promotion and the protection of Human Rights, *The impact of the agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights*, 27 June, 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/13.

¹²³ In tal senso cfr. E/CN.4/Sub.2/2002/9, *cit.*, 3.

¹²⁴ *Ibidem*, punto 28 *et seq.* Sul diritto allo sviluppo si veda il recente documento della Sub-Commission delle Nazioni Unite sulla promozione e la protezione dei diritti umani "Mainstreaming the right to development into international trade law and policy at the World Trade Organization", 9 June 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/17.

deferenza alle regolazioni nazionali ed, in particolare, alla legislazione posta in essere dai PVS e dai Paesi meno avanzati al fine di garantire che la prestazione dei servizi avvenga nel rispetto dei principi di non discriminazione e di giustizia, in conformità ai bisogni sociali piuttosto che alle richieste del mercato¹²⁵.

L'interpretazione delle norme del GATS dovrebbe, in ogni caso, risultare coerente con gli obblighi assunti dagli Stati membri in materia di diritti umani - anche quando ciò significherebbe accettare una restrizione degli scambi - e dovrebbe suggerire ai governi nazionali di negoziare impegni di liberalizzazione compatibili con la tutela dei diritti individuali¹²⁶.

La crescente pervasività del diritto del commercio internazionale, anche in settori generalmente sottratti alle regole del mercato e strumentali alla realizzazione delle condizioni necessarie a garantire il pieno beneficio dei diritti umani fondamentali, rende essenziale rivedere l'intera impostazione del sistema del commercio globale, bilanciando le ragioni dell'economia con quelle sociali. Dal momento che gli Stati membri della WTO hanno, in gran numero, ratificato almeno uno degli accordi internazionali a tutela dei diritti dell'uomo, nonché l' *"International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights"* (ICESCR), esiste, peraltro, una fondata base giuridica per l'adozione di un approccio al libero scambio che sia più coerente con la protezione dei diritti dell'uomo. La tutela di tali diritti non può assumere, infatti, un valore marginale, di mera eccezione al rispetto delle regole del libero scambio, ma deve piuttosto rientrare tra le stesse finalità dell'Organizzazione al pari della crescita economica, dello sviluppo sostenibile e della piena occupazione. Perché questo avvenga gli Stati membri devono assumersi pienamente non solo la responsabilità di negoziare le regole del commercio e di definire le politiche commerciali più convenienti, ma anche di sostenere, sia sul piano nazionale che internazionale, adeguati standard di tutela dei diritti umani, riappropriandosi di una funzione che viene troppo spesso lasciata al mercato¹²⁷.

In linea con le norme ed i principi stabiliti nell'ICESCR, i servizi pubblici sanitari dovrebbero, per esempio, essere garantiti ovunque, in condizioni di uguaglianza e accessibilità, nel rispetto dell'etica medica e delle tradizioni culturali di ogni Paese¹²⁸, mentre la crescente privatizzazione e l'aumento degli investimenti esteri diretti dovrebbe far riflettere sui rischi che un tale processo implica in termini di tutela dei diritti degli utenti e di crescita dei prezzi delle

¹²⁵ *Ibidem*, Annex, punto 18.

¹²⁶ *Ibidem*, 5.

¹²⁷ *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, § 2, 18.

¹²⁸ Sul punto cfr. UN Committee on Social, Economic and Cultural Rights, *Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights*, 11 Aug. 2000, E/C. 12/2000/4.

prestazioni ¹²⁹. Analogamente, i servizi di istruzione dovrebbero essere resi accessibili e gratuiti senza discriminazioni di genere e l'assunzione di impegni di liberalizzazione a livello internazionale dovrebbe essere, comunque, accompagnata da adeguate garanzie di tutela del diritto universale all'istruzione ¹³⁰.

Nel Rapporto annuale sul diritto all'istruzione (2002), la Commissione sui diritti umani del Consiglio economico e sociale delle NU, pur sottolineando il fatto che l'istruzione è considerata in gran parte degli Stati membri della WTO una responsabilità dei governi nazionali ed in quanto tale è garantita a titolo di servizio pubblico essenziale ha constatato un'eccessiva tendenza alla commercializzazione degli "educational services"¹³¹. Il Rapporto evidenzia il ruolo necessario delle autorità nazionali nel definire politiche economiche e sociali in linea con l'obbligo di assicurare un'adeguata garanzia del diritto all'istruzione e mette in guardia da politiche di riduzione delle tasse che si traducono in tagli alla scuola pubblica ¹³². La possibilità per gli Stati membri della WTO di regolare la fornitura di servizi pubblici essenziali, come l'istruzione e la sanità, è di conseguenza più che un diritto, un autentico obbligo che si impone ai governi nazionali e che comporta l'adozione di tutte le misure legislative, amministrative, finanziarie e giudiziarie necessarie a garantire la piena realizzazione dei diritti umani ¹³³.

L'intervento delle istituzioni governative nazionali nella prestazione dei servizi essenziali di interesse generale (istruzione, sanità, fornitura di acqua ed energia elettrica, trasporti, telecomunicazioni) si fonda, infatti, su ragioni etiche di giustizia sociale che implicano il dovere degli Stati di rendere accessibili tali servizi anche agli strati più poveri della popolazione, in condizioni di uguaglianza e adattamento ai bisogni ¹³⁴.

VI. Conclusioni

Il crescente sviluppo di procedure e standard di regolazione globali che penetrano direttamente - ed indirettamente - negli ordinamenti nazionali, condizionando le scelte di politica sociale, ambientale, sanitaria effettuate dai singoli governi rende necessario conciliare il processo di

¹²⁹ Cfr. WHO, *The World Health Report 2000: Health Systems, Improving Performance*, Geneva, 2000, 128; World Bank, *Global Economic Prospects, Trade in Services: Using Openness to Grow*, Washington D.C., 2001, 80.

¹³⁰ Così UN Committee on Social, Economic and Cultural Rights, *Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 8 Dec. 1999, E/C. 12/1999/10, § 56, 59.

¹³¹ UN Economic and Social Council, Commission on Human Rights, *Annual Report of the Special Rapporteur on the right to education*, 7 Jan. 2002, E/CN.4/2002/60, § 20-21.

¹³² *Ibidem*, § 70.

¹³³ *Maastricht Guidelines*, cit., §.6; art. 2(3) *Declaration on the Right to development*.

¹³⁴ Cfr. World Bank, *World Development Report 2004: Making Services Work for Poor People*, Washington DC, 2003.

liberalizzazione degli scambi di beni e di servizi con valori ritenuti antagonisti al libero commercio (e.g. la tutela dell'ambiente, i diritti dei lavoratori, la protezione dei consumatori).

Una tale esigenza è avvertita, in special modo, con riferimento ai servizi pubblici, il cui ruolo essenziale nel soddisfacimento dei bisogni primari della collettività dovrebbe consigliare di anteporre gli obiettivi di carattere sociale alle ragioni del libero scambio.

La liberalizzazione del commercio internazionale dei servizi si fonda sulla presunzione che la garanzia di libero accesso, sui mercati nazionali, dei prestatori di servizi stranieri possa realizzare una più ampia crescita economica, indirizzando la produzione verso i settori in cui gli Stati membri godono di un vantaggio comparativo. L'esperienza dell'ultimo decennio ha dimostrato, tuttavia, che la negoziazione degli impegni di liberalizzazione nel contesto internazionale è, spesso, avvenuta a vantaggio esclusivo di alcuni settori, generalmente dominati dalle imprese dei Paesi più industrializzati¹³⁵.

La peculiarità del settore dei servizi rispetto al quale, come noto, le barriere al libero commercio sono rappresentate, essenzialmente, dai diversi regimi di regolazione nazionale, ha, peraltro, reso più difficile il processo di liberalizzazione degli scambi, suggerendo agli Stati membri una maggiore prudenza nella negoziazione degli impegni di accesso al mercato e del trattamento nazionale. Malgrado ciò, la tendenza in atto, nell'ambito dei negoziati del GATS, è quella di ampliare la sfera dei servizi commerciabili, con scarsa attenzione per gli effetti che un tale processo può avere nei diversi contesti sociali.

In generale, laddove la liberalizzazione del commercio è stata accompagnata da misure di regolazione che hanno consentito l'apertura graduale dei mercati nazionali alla concorrenza degli operatori esteri, nonché la predisposizione di reti di protezione a vantaggio degli strati meno abbienti della popolazione, la crescita economica è stata sostenibile ed equa, diversamente, in Paesi che hanno adottato in maniera passiva le politiche di liberalizzazione e di privatizzazione incoraggiate dalle organizzazioni economiche internazionali, lo sviluppo economico è stato inferiore e mal distribuito¹³⁶. Tale evidenza, unita alla consapevolezza - maturata anche all'interno di alcune istituzioni internazionali¹³⁷ - delle conseguenze negative prodotte da un processo di liberalizzazione degli scambi, non assistito da sufficienti tutele sociali, non ha impedito la

¹³⁵ Cfr. World Bank, *World Development Indicators 2000*, Washington D.C., 2000.

¹³⁶ Sul punto si veda J., STIGLITZ, *The Globalization and its Discontents*, New York, 2002, 224 e *passim*.

¹³⁷ Si veda a tal proposito l'ultimo *World Development Report* (2004) della Banca Mondiale, *cit.*

negoziazione di impegni di libero scambio in settori “sensibili” come i servizi sanitari, l’istruzione, la fornitura delle *public utilities*¹³⁸.

Tali servizi, la cui prestazione può avvenire anche ad opera di operatori economici privati (ma sempre nel rispetto della missione di interesse generale stabilita dai pubblici poteri in relazione ai bisogni della comunità), poiché realizzano le condizioni necessarie a garantire ai cittadini il pieno beneficio dei propri diritti fondamentali, devono poter essere accessibili a chiunque, indipendentemente dalle condizioni economiche e dalla dislocazione sul territorio nazionale. Nella misura in cui le regole previste dall’Accordo generale sul commercio dei servizi non consentono agli Stati membri di adempiere al dovere di rendere accessibili, disponibili, accettabili ed adattabili i servizi pubblici all’intera popolazione nazionale, i governi dovrebbero, pertanto, astenersi dal negoziare impegni di liberalizzazione multilaterale.

L’assenza all’interno del sistema WTO di adeguate garanzie di rispetto dei diritti fondamentali dell’uomo, inclusi i diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al suo sviluppo; la difficoltà di ammettere eccezioni al libero scambio giustificate da motivi di interesse pubblico; la mancanza di un adeguato confronto tra tutti gli interessi coinvolti nel processo di liberalizzazione degli scambi e la pervasività delle regole del commercio internazionale nella definizione degli standard di regolazione nazionale, dovrebbe far riflettere sull’opportunità di integrare la disciplina del commercio multilaterale con misure volte a garantire che l’assunzione di impegni di accesso al mercato, nel settore dei servizi pubblici, non interferisca con la piena realizzazione dei bisogni essenziali dell’uomo.

In assenza di un sistema di valori condivisi tra gli Stati membri della WTO appare, dunque, sconsigliabile l’assunzione di impegni di liberalizzazione in grado di incidere sulla tutela dei bisogni essenziali dei cittadini. Mentre decisivo è il ruolo dei governi, i quali dovrebbero predisporre meccanismi idonei a garantire che, nella negoziazione degli impegni di liberalizzazione e nella definizione delle regole commerciali multilaterali, venga dato giusto rilievo alle istanze di carattere sociale, ambientale e culturale, percepite come fondamentali all’interno dei singoli ordinamenti statali (per esempio promuovendo occasioni di dialogo e di consultazione con i vari enti e le organizzazioni rappresentanti della società civile).

Non meno determinante sarà il ruolo riconosciuto, nel sistema di soluzione delle controversie, ai vari gruppi esponenziali di interessi diffusi e collettivi, la cui partecipazione alle

¹³⁸ Cfr. le “*lists of commitments*” degli Stati membri sull’apposito sito internet (<http://tsdb.wto.org/WTOHomepublic.htm>).

procedure contenziose ha, già in passato, favorito l'apertura del sistema del commercio mondiale a valori diversi dal libero scambio (seppure con esiti non sempre di favore ¹³⁹).

È, peraltro, difficile immaginare che le eccezioni e le deroghe alla libertà di commercio possano, in futuro, aumentare sensibilmente, a meno di un ripensamento generale, in senso 'garantista', dell'intero sistema e dei principi che lo ispirano.

Solo se il neoliberismo sarà mitigato da più ferree garanzie dei diritti e dalla previsione di strumenti che consentano ai governi nazionali di poter intervenire, efficacemente, nel processo di liberalizzazione degli scambi, a tutela di interessi pubblici fondamentali, sarà possibile ipotizzare una svolta "democratica" del sistema del commercio mondiale. Peraltro, anche in questo caso, risulta difficile accettare l'idea di una commercializzazione di quei servizi pubblici, come l'istruzione, l'assistenza sanitaria, i servizi sociali, la cui disponibilità e accessibilità è indispensabile alla realizzazione dei diritti dell'uomo e che rientra nella responsabilità dei governi nazionali dover garantire. Non si può trascurare, infatti, la funzione irrinunciabile e insostituibile che gli apparati giurisdizionali ed amministrativi nazionali svolgono nel rendere effettivi tali diritti, mediante la predisposizione degli strumenti normativi, giurisdizionali, amministrativi e finanziari necessari allo scopo.

Peraltro, l'apertura del sistema del commercio mondiale alla tutela dei diritti umani, alla salvaguardia dell'ambiente, alla protezione dei consumatori, potrebbe contribuire, quantomeno, a conferire maggiore legittimazione alla *World Trade Organization* e consentire agli Stati membri di prender parte al processo di liberalizzazione e regolazione dell'economia e degli scambi, senza dover rinunciare alla responsabilità di realizzare l'interesse pubblico collettivo.

¹³⁹ *United States- Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, cit.*