

Corso di Laurea magistrale

in Lingue e Istituzioni Economiche e Giuridiche
dell'Asia e dell'Africa Mediterranea

Tesi di Laurea

La Crescente Disponibilità della Cina al Confronto Giuridico nei Fori Internazionali

Verso un Difficile Bilanciamento di Interessi
Complessi

Relatore

Ch. Prof. Renzo Cavalieri

Correlatore

Ch. Prof. Fabrizio Marrella

Laureando

Elisa Gelmi

Matricola 821899

Anno Accademico

2012 / 2013

引言

鉴于中国在全球多边体系的经济权重越来越强劲并且鉴于中国的经济、社会、政治体系与体制特点的独特性，研究该国参与国际关系博弈的策略、对全球治理趋势的影响与愿意接受经济和政治问题国际化的程度是不可避免的。根据“中国加入工作组报告书”的分析，带来中国重要性和独特性的因素主要有三个：中国经济的巨大规模、中国经济发展的飞快速度与中国经济的过渡形势。

首先，关于中国经济的巨大规模，我们可以用三个宏观经济指标来显明中国市场的大小：国内生产总值——也就是每个经济体系的主要衡量单位——与另外两个跟下面分析关系重大的指标——对外贸易总额和外商投资流量。第一，从2009年中国国产值超过了日本国产值的时候开始，中国就正式成为了世界第二大经济体；而且根据英国周刊“经济学人”的预测，2018年中国GDP会超过美国成为世界上最大的经济体。第二，虽然最近几年中国出口的主要目标市场——美国与欧盟因经济危机的恶劣影响而比较动荡，但是2009年中国还是成为了世界上出口量最大的国家。此外，与2011年相比，2012年中国进口增长了4.2%，这件事情表明中国在国际贸易交流中扮演的角色越来越重要。第三，中国对外商直接投资的策略是双重的，一边尽量吸引外商投资，一边促进中国投资者投资到国外市场。这样一来，中国除了是世界上最重要的被投资国，也是一个越来越积极的投资国。

其次，从1978年邓小平主持召开的改革开放开始，中国经济以惊人的节奏和速度一直不断地发展。最近三十多年，中国的国产值每年增长了10%左右，综合生产能力增长了二十倍，并且以上提到的外贸与外商投资方面的经济结果迅速地被实现了。这么快速、深度、广泛的改革与发展过程在世界历史上没有先例。虽然由于最近几十年的飞快改革给中国带来了经济发展不平衡以及不可持续的问题，中国政策者在十二个五年规划（2011-2015年）指定的GDP增长目标比以前稍微低一些，但是中国还是世界上经济发展最活跃的大国之一。

最后，在第三个因素的分析里，单纯的经济特点与政治体制结构的独特性融合合一。中国是一个属于过渡阶段的经济和政治体系。过渡的出发点明确是效率低的毛时代计划经济体制，目的地却是一个独创，混合的体制——邓小平的“有中国特色的社会主义市场经济”。在这种体制里，接受私产权和私人倡议的渐进过程与国有制和中央监督的坚持重要性并存。这种多相模式的主要目的就是让必要的经济市场化和国际化与中央政府的坚持强制角色和平共处。

市场潜力这么大、发展和改革节奏这么快、体质特点这么独特、国际地位提高速度这么高的国家怎么与国际体系互相联系的确是一个非常有趣的问题。毛时代结束后，中国自我实习的外交孤立状态终于给国际外交关系的重建让路了。几十年以来，中国开始积极参加全球体系的复杂博弈、同意遵守国际义务并且尽量有效地影响国际体系的发展趋向。该论文将集中讨论这个综合题目的一个具体问题，也就是说中国愿意参加国际司法机构的活动、接受它们管辖并影响它们的决定过程的日益增加的决心。

首先，我在本论文的第一部分将阐述在这短时间内中国对国际司法机构的态度怎么演变。开始的时候，由于以国家主权为无可置否的基础原则，因此共和国断然拒绝认可国际法院在任何争端上的管辖权。后来，中国开始接受国际法院在有限争端种类的管辖权作为国际经济一体化的代价。最后，中国愿意积极参加国际私法对抗，为了有效地保卫自己的利益并加强自己的国际地位。

刚描述的日益开放并不统一，并没有一样涉及到法律体系的各个领域，而主要只涉及国际贸易法与国际投资法，也就是说法律体系内与经济方面关系最大并且政治敏感度最低的两个部门。由于开放过程的选择性这么强，因此中国好像只有在两个国际法院才正在有意义地提高主动参与对抗的程度。第一，世界贸易组织的司法机构——WTO 争端解决机构。该法院被所有的国际行为体公认是能够解决贸易争端的最权威最有效的机构，因此被视为“世界贸易法院”。第二，世界银行为解决外国投资者与主权国家之间的投资争议而成立的仲裁院——国际投资争端解决中心。中国同意接受该中心管辖权的先决条件是该国与许多外国签订的双边投资条约的逐渐自由化。这些条约的条款中包括被投资国同意外国投资者有权将外商直接投资可能引起的争议提交给国际仲裁院的条件，并且可视为主权国家事先、不可撤销地保证愿意接受国际仲裁的法律工具。相反，鉴于在中国传统政治外交概念中国家主权原则非常重要，因此该国对那些对敏感度比较高的政治与领土问题主张管辖权的国际法院——像国际法院或者国际海洋法法庭——持相当谨慎的态度并不出人意料。

其次，我在本论文的第二个部分将研究这场正在进行的演变过程的主要因素，也就是说中国越来越乐意参与国际司法对抗的主要理由和目的，并且我将通过一些特别有代表性的具体案件来澄清理论分析的一些环节。当然，由于每个国家是一个特别复杂的整体并且全球多边体系是一个非常纠缠的关系网，因此这种策略变更来源于各种各样的国内外条件、压力和利益的相互影响。所以，我这里的分析并非详尽无遗，

相反我将采用一个操作的图式化与简单化来把注意力集中在三个互相补充并互相渗透的主要因素。

第一，社会文化因素。在传统儒家视阈，解决争端最理想的方法并不是通过第三方作出的强制决定让一方的利益战胜另一方的利益，而是通过道德劝告来调和双方的利益。该概念不仅涉及普通公民之间的争议，也影响到国家之间关系的管理。中国最近同意参加国际争端解决机制的原因是终于放弃了把诉讼看作破坏社会和谐和外交关系的暴力行为，相反开始赏识国际司法机构能够保障在全球多边体系的范围内国家之间关系的和平、合法、有效管理的重要功能。

其余的两个因素反映中国在一定程度上对法律工具的功利使用意识。第二个因素是东南亚特有的“侵略法家”或者“强势法家”，也就是说有意识地、实用地利用一定规则来在国际对抗中保卫自己利益的趋势。

随着中国对世界贸易组织规则熟悉程度的逐渐提高，该国对争端解决过程的功利性越来越强，甚至好像习得了采用一些技巧、找出并利用规则的实质性和程序性漏洞的能力。这样做的目的不仅是在案件真情和可能结果不清楚的情况下尽量赢得诉讼，而且也是努力通过对世界贸易组织规则与争端解决程序的创造性诠释来缓解并改变中国为能够“入世”而同意接受的苛刻条款。为了澄清这一点，我将具体分析“美国—反倾销反补贴案”。在这个案件，中国通过熟练地利用实质性和程序性技巧成功有利地澄清一些含混的重要概念——像“双反措施”的合法性、把国有企业和国有贸易银行看成政府机构或公共机构的合理性与中国在反补贴调查的非市场经济地位。

关于国际投资，中国由于从几十年开始不再是外商直接投资的净进口国，而变成了一个越来越重要的投资国，因此需要同时保卫自己作为被投资国与作为投资国的互补利益。为了调解这两套不同的利益，中国选择了更新自己的双边投资条约范本的途径。这个最新的条约范本尽量平衡被投资国的监督权利与外国投资者需求的实质性和程序性保证。我将分析两个最近提交给“国际投资争端解决中心”的具体案件来评价中国对解决外商直接投资引起的争议的机制的态度和策略——中国作为被投资国的“伊佳兰公司诉中国案”和有一家中国公司作为外商投资者的“中国平安保险（集团）公司诉比利时案”。

中国越来越乐意参与国际司法对抗的第三个因素跟全球治理有关。随着它经济规模的不断提高，中国越来越清楚地意识到不再能避免负担自己充当全球领导者的责任。

通过作为申诉方、应诉方和第三方主动参加“世界贸易组织”争端解决的程序，中国可以有效地影响到法官在重要外贸问题上作出的决定，并为国际体系发展的方向提出自己的主张。这种策略是中国通过软实力实现和平崛起并建立和谐世界计划的一部分。在这个策略中，国家利益和全球责任混合不清。比如说，通过“欧盟——紧固件反倾销案”的分析，我们将注意到中国在这个不顺利的全球经济状况反对保护贸易主义并支持自由贸易主义的努力既对中国自己有利又对国际体系有利。

说到中国在更新的双边投资条约范本给外国投资者保证的能够把跟投资有关的争议提交给国际仲裁院的权利，该政策保卫中国作为投资国日益增长的利益同时，也实现国际公共利益。中国同意放弃自己的国家主权的一部分来促进国际投资流量的增长并提倡世界资源的有效配置。

该论文的最后一部分是关于中国儒家传统的“和为贵”概念的新思考。参与国际争端解决机制并不意味着破坏公民和国家之间的和谐关系，而是在相当复杂的全球多边体系中促进并保卫一种新式现代的和谐模式。通过因共同认可而正当的、因有拘束力而有效的法律工具，国家之间的摩擦被隔离掉、在司法领域之内非政治化处理并解决。这样一来，共同接受一个用法律技术来解决争端并保持各种各样的国内外利益的和谐平衡的关系体系可以视为实现“和为贵”目的的良好渠道。

Indice

Introduzione	9
Parte I - L'evoluzione dell'approccio cinese alla risoluzione delle controversie nei fori internazionali	17
1. L'organo di conciliazione della WTO e le dispute commerciali	20
1.1 Rule-taker	22
1.2 Rule-shaker	25
1.3 Rule-maker	27
2. ICSID, BITs e la protezione degli investimenti internazionali	28
2.1 L'approccio restrittivo dei BIT di prima generazione. Il BIT Cina-Italia	31
2.2 L'approccio liberale dei BIT di seconda generazione. Il BIT Cina-Germania	34
2.3 L'approccio bilanciato del nuovo modello di BIT. Il BIT Canada-Cina	37
3. Altri tribunali internazionali	41
Parte II - Cause e obiettivi dell'apertura al confronto giuridico: il difficile bilan- ciamento d'interessi complessi	45
1. Il fattore socio-culturale. Il superamento della concezione della lite come falli- mento sociale	49
2. "Assertive legalism". La pragmatica difesa d'interessi eterogenei	52
2.1 La spregiudicata forzatura delle regole WTO per migliorare le condizioni d'accesso. Il caso <i>US - Anti-dumping and Countervailing Duties</i>	57
2.2 Il cambiamento della <i>ratio</i> FDI/ODI e la natura duale del nuovo modello di BIT e dell'approccio cinese all'ICSID	67
2.2.1 L'anima difensiva dell'approccio cinese agli arbitrati internazionali. Il caso <i>Ekran Be- rhad v. People's Republic of China</i>	70
2.2.2 L'anima offensiva dell'approccio cinese agli arbitrati internazionali. Il caso <i>Ping An v. Kingdom of Belgium</i>	75
3. Global governance. Tra sovranità e interessi nazionali e responsabilità da lea- der mondiale	82
3.1 L'orientamento dei trend di governance globale attraverso le dispute WTO. Il caso <i>EU - Anti-dumping measures on fasteners</i>	85
3.2 La promozione degli interessi aggregati tramite l'incoraggiamento dei flussi d'investimento	88
Conclusioni. Una rilettura dello 和为贵	90
Bibliografia	93

Fonti primarie	93
Fonti secondarie	98

Introduzione

Le particolari condizioni socio-economiche e politico-istituzionali in cui il sistema Cina si è venuto a trovare nell'attuale frangente storico, ne hanno fatto, ormai da alcuni decenni, il centro indiscusso di ogni analisi dell'allocazione della sempre fluida *governance* globale e del delicato gioco degli equilibri politico-economici internazionali. Nel report del *Working Party* sull'accesso della Cina alla Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO, World Trade Organization), i fattori dell'originalità del Paese sono sinteticamente descritti, da una prospettiva almeno primariamente economica, come:

[...] the significant size, rapid growth and transitional nature of the Chinese economy
[...]¹

In primo luogo, per rendere ragione delle dimensioni del sistema economico cinese, sia in termini assoluti che comparativi, consideriamo tre indicatori macroeconomici: il prodotto interno lordo (PIL), misura di grandezza d'elezione di un'economia; e due parametri particolarmente funzionali ai fini dell'analisi che stiamo per svolgere, il volume del commercio estero e il flusso degli investimenti esteri.

Nel 2012, con un PIL di 8.227 miliardi di US\$ e un tasso di variazione rispetto al 2011 del 7,8%, la Cina si è confermata come la seconda più grande economia del mondo, posizione che occupa da quando nel 2009 il suo PIL ha superato quello del Giappone². Secondo una proiezione di *The Economist*, basata su una stima dell'interazione dei tassi di variazione del PIL dei due paesi, dei tassi d'inflazione delle due monete e del tasso di apprezzamento dello yuan sul dollaro nei prossimi anni, nel 2018 verosimilmente la Cina raggiungerà e supererà le dimensioni economiche degli Stati Uniti, affermandosi come prima economia del mondo³.

Quanto al volume del commercio estero, nel 2009 la Cina è diventata, a scapito della Germania, il più grande esportatore mondiale per valore dell'export. Nel 2012 con esportazioni per 2.050 miliardi di US\$ e un tasso di crescita del 7,4%, ha consolidato il primato, staccando nettamente sia gli Stati Uniti (US\$ 1.612 miliardi) che la Germania (US\$ 1.492 miliardi); e ciò a dispetto di una leggera flessione rispetto al trend del decen-

¹ WTO, *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/ACC/CHN/49, Ginevra, 1 ottobre 2001, consultabile a <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan002144.pdf>, par. 9.

² Dati tratti da WORLD BANK, *China. Country at a Glance*, in "The World Bank", 2013, <http://www.worldbank.org/en/country/china>, 05 luglio 2013.

³ THE ECONOMIST, *Daily Chart. Rancho Eclipse*, in "The Economist", 2013, <http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2013/06/daily-chart-0>, 05 luglio 2013.

nio, determinata soprattutto dalla crisi economica nell'Unione Europea e dalla fragilità della ripresa negli Stati Uniti, i due maggiori mercati di sbocco delle merci cinesi. Il fatto che anche le importazioni abbiano registrato una netta crescita, raggiungendo la soglia di 1.817 miliardi di US\$ con una variazione del 4,2% rispetto al 2011, sancisce il ruolo da protagonista che la Cina sempre più gioca sullo scacchiere degli scambi commerciali internazionali⁴.

Nell'ambito dei flussi globali d'investimento, la Cina è il più importante paese meta d'investimenti diretti esteri (FDI, Foreign Direct Investment) dal 2003. Nel corso del 2012, non soltanto ha attirato più FDI di qualsiasi altro paese, assicurandosi, con 253 miliardi di US\$ di capitali in entrata, ben il 18% degli investimenti mondiali aggregati; ma ha anche continuato il recente trend di stimolo degli FDI in uscita (o ODI, Outward Direct Investment) e, acquistando all'estero azioni per 62,4 miliardi di US\$, ha consolidato il suo stock di capitale estero e il suo ruolo di grande paese investitore a livello internazionale⁵.

La seconda peculiarità del sistema Cina isolata dall'analisi del Working Party è l'eccezionale rapidità con cui l'economia è cresciuta negli ultimi decenni. A partire dalla politica di "Riforme e Apertura" (*Gaige Kaifang*, 改革开放) voluta da Deng Xiaoping nel 1978, e dalle conseguenti riforme istituzionali e strutturali tese alla parziale liberalizzazione dell'economia, il PIL cinese è cresciuto a un tasso medio annuo del 10%, in soli trent'anni la Cina ha visto aumentare di 20 volte la propria capacità produttiva, e in tempi sorprendentemente rapidi si sono raggiunti i risultati economici di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti. Si tratta di un processo di crescita che non ha precedenti nella storia dello sviluppo economico mondiale, per rapidità d'implementazione, profondità delle ristrutturazioni ed estensione della sfera territoriale e demografica interessata.

Questo pluridecennale, totalizzante focus sul solo obiettivo della crescita economica ha, però, inevitabilmente ingenerato gravi squilibri ambientali e sociali, che l'*establishment* cinese si è trovato costretto a fronteggiare nell'ambito della definizione del Dodicesimo Piano Quinquennale (2011-2015), scegliendo di tagliare il tasso di crescita previsto per i prossimi anni di alcuni punti percentuali:

⁴ I dati del paragrafo sono tratti da THE WORLD FACTBOOK, *China. Economy*, in "Central Intelligence Agency", 2013, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ch.html>, 05 luglio 2013

⁵ I dati del paragrafo sono tratti da Ayse BERTRAND, Emilie KOTHE, *FDI in Figures*, in "OECD", 2013, <http://www.oecd.org/daf/inv/FDI%20in%20figures.pdf>, 05 luglio 2013.

Fissando un tasso di crescita del PIL leggermente più basso, speriamo di [...] far sì che in ogni settore la massima attenzione sia rivolta all'accelerazione della trasformazione dei modi dello sviluppo economico, e al perseguimento di maggiori qualità ed efficacia, così che si affermi un sistema di sviluppo più sofisticato e più sostenibile nel tempo.⁶

Una deliberata decelerazione del ritmo di sviluppo, quindi, nel segno di sostenibilità ed efficienza. Anche a fronte di questa scelta strategica cautelare, tuttavia, con un tasso di crescita target del 7,5%, la Cina è destinata a rimanere la potenza più dinamica sul panorama internazionale.

Nella terza formulazione, infine, gli elementi di originalità strettamente economici si fondono con le peculiarità della struttura politico-istituzionale. La Cina è un sistema economico in transizione. Mentre chiaro è il punto di partenza del processo evolutivo, l'inefficiente economia centralizzata, lascito del maoismo; meno chiaro è il suo punto d'arrivo, laconicamente individuato da Deng Xiaoping in un originale quanto ambiguo "socialismo di mercato con caratteristiche cinesi" (*You Zhongguo Tese de Shehui Zhuyi Shichang Jingji* 有中国特色的社会主义市场经济, Deng Xiaoping 邓小平, 1984). Fondata su una coraggiosa scissione dei tradizionali binomi che vogliono l'economia di mercato indissolubilmente legata al capitalismo e l'economia pianificata sinonimo di socialismo, questa teoria e prassi economica tendono alla creazione di un sistema ibrido, in cui la crescente accettazione della proprietà privata convive con il ruolo centrale che la proprietà statale continua a giocare, mentre le progressive liberalizzazioni e concessioni al mercato si fanno strada fra le maglie di un controllo ancora fortemente centralizzato. Questo modello eterogeneo, virtuosismo della flessibilità alla cinese, è frutto del tentativo di trovare un equilibrio fra uno stato autoritario forte, in cui rimane centrale il ruolo guida del partito comunista, e le esigenze di uno sviluppo economico guidato da un mercato per necessità integrato con il sistema economico internazionale. In generale, però, sono ormai lontani i tempi in cui la coerenza politica contava più dell'efficienza economica, e le concessioni al mercato sono state tali e tante da far storpiare ad alcuni scettici la dizione denghista in "*capitalismo con caratteristiche cinesi*"⁷.

Data questa presentazione del sistema Cina, è naturale chiedersi come un'entità nazionale di tali dimensioni, peso economico e singolarità istituzionale interagisca con

⁶ WEN Jiabao 温家宝, *Zhengfu Gongzuo Baogao* 政府工作报告 (Rapporto sul Lavoro del Governo), Pechino, presentato alla quinta sessione della Dodicesima Assemblea Nazionale del Popolo il 5 marzo 2012, consultabile a http://news.xinhuanet.com/english/service/2012-03/16/c_131471585.htm, parte II.

⁷ Cfr. HUANG Yasheng 黄亚生, *Capitalism with Chinese Characteristics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

gli altri attori nazionali nel contesto del sistema politico-economico globale, in che misura consenta all'internazionalizzazione delle questioni politiche, economiche e giuridiche che la riguardano, quale ruolo rivendichi per sé nella continua ridefinizione della *governance* globale e quali siano le sue effettive potenzialità d'indirizzamento dell'evoluzione del sistema internazionale. Rigettato il modello maoista dell'autoisolamento autarchico, la Cina ha, infatti, da alcuni decenni aderito, per necessità ma con grande consapevolezza, al gioco dell'ordine globale, in cui ogni attore internazionale e il sistema stesso si definiscono non staticamente, ma nella dinamica delle reciproche interazioni.

La nostra analisi verterà su di un particolare aspetto del complesso e multiforme processo di "*socializzazione*"⁸ della Cina nel sistema internazionale, e cioè sulla sua crescente disponibilità al confronto giuridico nei fori internazionali e, più in generale, sul suo crescente coinvolgimento nelle attività dei sistemi multilaterali di risoluzione delle controversie.

Nella Parte I descriveremo come è cambiata la reazione della Cina alla richiesta da parte di diversi attori internazionali, privati ed istituzionali, di rimettere alcune controversie giuridiche al giudizio dei tribunali internazionali: dal categorico rifiuto di riconoscere la giurisdizione delle corti internazionali su alcuna disputa, all'obbligata accettazione della loro competenza in alcuni casi limitati come prezzo da pagare per l'integrazione economica, alla recente attiva partecipazione al confronto giuridico internazionale non solo come mezzo efficace per la tutela dei propri interessi, ma anche come canale d'indirizzamento del *decision-making* su scala globale.

Questa progressiva apertura non ha uniformemente interessato tutte le sfere del diritto, ma ha riguardato due ambiti in particolare: la disciplina del commercio internazionale e degli investimenti esteri. I due rami, cioè, del diritto internazionale che vantano le ricadute più direttamente economiche e che si qualificano come politicamente meno sensibili, in termini del grado di trasferimento di sovranità nazionale a organismi sovranazionali che implicano. Vedremo che, in conseguenza di questo approccio selettivo, sono due in particolare gli organismi che hanno visto negli ultimi anni aumentare sensibilmente il livello di coinvolgimento della Cina: l'organo di risoluzione delle controversie della WTO, "*world trade court*"⁹ per eccellenza, per dispute relative a frizioni

⁸ Cfr. Ann KENT, "China's International Socialization: The Role of International Organizations", *Global Governance*, 8, 2002, pp. 343-364.

⁹ John H. JACKSON, "The Impacts of China's Accession on the WTO", in Deborah Z. CASS, Brett G. WILLIAMS, George BARKER (a cura di), *China and the World Trading System: Entering the New Millenium*, Cambridge, Cambridge UP, 2003, p. 24. Cit. in CHI Manjiao, "China's Participation in WTO Dispute Settlement over the Past Decade: Experiences and Impacts", *Journal of International Economic Law*, 15, 1, 2012, p. 30.

commerciali fra diversi Paesi; e il Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie Relative ad Investimenti (ICSID, International Center for Settlement of Investment Related Disputes) per dispute relative a investimenti esteri. L'attuale disponibilità a sottoporsi a giudizio in sede ICSID è tecnicamente frutto dell'evoluzione, in senso liberalistico, dei trattati bilaterali per gli investimenti (BITs, Bilateral Investment Treaties), sottoscritti dalla Cina con un gran numero di altri Stati. Questi trattati, infatti, contengono le condizioni alle quali gli Stati firmatari accordano agli investitori esteri il diritto di rivolgersi a camere arbitrali internazionali per la risoluzione di eventuali dispute relative agli investimenti e rappresentano, quindi, gli strumenti del consenso degli Stati, preventivo e irrevocabile, alla vertenza giudiziale in sede ICSID. Data la tradizionale importanza attribuita dalla Cina alla conservazione della sovranità nazionale soprattutto in ambito geopolitico, non stupisce che il suo approccio a tribunali e accordi che rivendicano giurisdizione su temi politicamente più sensibili, come la Corte Internazionale di Giustizia (ICJ, International Court of Justice) o la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (UNCLOS, United Nations Convention on the Law of the Sea), sia, invece, molto più cauto e condizionale.

Nella Parte II cercheremo di individuare e analizzare i fattori del cambiamento in corso, in termini di cause e obiettivi dell'apertura al confronto giuridico internazionale; e lo faremo anche attraverso lo studio di alcuni recenti casi particolarmente significativi ai fini della nostra analisi. Naturalmente, essendo gli Stati organismi complessi e saldati al delicato meccanismo delle relazioni internazionali tramite connessioni oltremodo articolate, è chiaro che riorientamenti strategici di questo tipo emergono da un background estremamente composito e sono il frutto, più o meno consapevole, dello stratificarsi nel tempo dei più diversi stimoli, istanze, pressioni e interessi, interni ed esterni. Senza avere, quindi, alcuna pretesa di esaurire l'esame delle eterogenee forze in gioco, e adottando le inevitabili semplificazioni di ogni schematizzazione, approfondiremo la *ratio* del cambiamento da tre punti di vista, complementari e osmotici.

In primo luogo, da un punto di vista socio-culturale, la recente disponibilità al confronto giuridico internazionale è frutto di un progressivo superamento della percezione confuciana della lite come momento di negazione violenta dell'armonia sociale, per cui l'intentare causa era insieme una forma di fallimento sociale e di violenza individuale. In questo scenario, la soluzione ottimale all'insorgere di una controversia non era la decisione coercitiva da parte di un terzo di far valere i diritti di un litigante su quelli dell'altro, ma piuttosto la conciliazione degli interessi delle parti attraverso una forma di

persuasione morale. Quest'approccio non interessava soltanto le dispute fra privati cittadini, ma si rifletteva anche nella concezione e gestione da parte della Cina delle relazioni internazionali. La decisione di prendere parte ai meccanismi sovranazionali di risoluzione delle controversie è, quindi, potuta maturare perché la Cina ha progressivamente smesso di rappresentarsi potenziali dispute con altri Stati come momenti di sconfitta nazionale e ha iniziato ad apprezzarne, invece, la natura di strumenti legittimi e funzionali a un'efficace e pacifica gestione delle relazioni fra stati nell'arena globale.

Gli altri due fattori rispecchiano, uno più e uno meno manifestamente, un approccio tipicamente cinese, in qualche misura utilitaristico, allo strumento giuridico. Identifieremo, per comodità, il primo con l'adesione della Cina al cosiddetto "*aggressive legalism*"¹⁰, o meglio "*assertive legalism*", di matrice orientale, che consiste nel servirsi, con consapevolezza e pragmatismo e aldilà di ogni giudizio di valore, di un dato sistema di regole legali per la difesa dei propri interessi nelle dispute con gli altri Stati.

Vedremo come la Cina, spinta dalla necessità di tutelare interessi crescentemente complessi e sempre più minacciati, man mano che acquisisce familiarità con gli strumenti giuridici e giudiziari messi a sua disposizione in sede WTO, adotti un approccio sempre più pragmatico e strumentale alle controversie. Negli ultimi anni, si è, infatti, dimostrata capace di servirsi, coscientemente e dichiaratamente, delle falle e delle scappatoie delle regole sostanziali e procedurali della WTO, non soltanto per avere la meglio in casi dal dubbio esito, ma addirittura, per forzare, piegare e finanche modificare attraverso le sentenze della corte d'appello le proprie sfavorevoli condizioni d'accesso all'organizzazione, che le sarebbe altrimenti pressoché impossibile emendare in sede negoziale. Analizzeremo, in particolare, il caso "*US – Anti-Dumping and Countervailing Duties*"¹¹, in cui la Cina, appellandosi a buon titolo a tecniche sostanziali e procedurali, ha cercato, ed è in parte riuscita a chiarire a proprio vantaggio l'interpretazione di concetti dubbi, delicati e della massima importanza, come la legittimità del cosiddetto 'doppio rimedio', la natura pubblica o meno delle imprese e delle banche di proprietà statale (SOEs, State Owned Enterprises; SOCBs, State Owned Commercial Banks) e la propria posizione come economia non di mercato nelle investigazioni sui sussidi.

Il fatto che, come già ricordato, la Cina stia prepotentemente emergendo come Paese investitore, e non sia, quindi, più soltanto un'importatrice netta di capitali esteri,

¹⁰ Cfr. Saadia M. PEKKANEN, "Aggressive Legalism: The Rules of the WTO and Japan's Emerging Trade Strategy", *The World Economy*, 24, 5, 2001, pp. 707-737.

¹¹ WTO, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, DS379*, Ginevra, richiesta di consultazione ricevuta il 19 settembre 2008, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm.

sta lentamente riequilibrando la *ratio* FDI/ODI, e ha fatto insorgere la necessità di tutelare i propri interessi sia come paese d'origine d'investitori all'estero (*home country*), che come paese meta d'investimenti esteri (*host country*). Per conciliare questi interessi contrapposti, la Cina ha scelto la strada dell'aggiornamento del proprio modello di BIT, nel senso di un bilanciamento dei diritti e delle concessioni a investitore estero e *host country*. Ne sono derivati BIT in cui al riconoscimento di una protezione rafforzata degli investitori esteri, grazie al potenziamento di alcune tutele sostanziali e, soprattutto, al rilassamento delle condizioni di accesso alla risoluzione delle controversie presso tribunali arbitrali internazionali, fa da contraltare una decisa tutela dei diritti di controllo conferiti allo Stato meta dell'investimento. Vedremo cosa questo aggiornamento comporti in termini di consenso della Cina a sottoporsi al giudizio di arbitrati internazionali e testeremo l'efficacia di questo nuovo duale modello di BIT in entrambe le circostanze, attraverso l'analisi di due recentissimi casi ICSID, *Ekran Berhad v. People's Republic of China*¹² e *Ping An v. Kingdom of Belgium*¹³, in cui la Cina si è trovata e si trova rispettivamente nella posizione del convenuto e del ricorrente, o meglio della *host country* e della *home country*.

L'ultimo aspetto della partecipazione della Cina ai meccanismi di risoluzione delle controversie nei fori internazionali che prenderemo in considerazione, sono i suoi risvolti in termini di *governance* globale. Via via che il suo peso economico aumenta, diventa sempre più chiaro agli occhi del mondo e ai suoi, che la Cina non si può più esimere dall'assumersi le responsabilità da paese *leader* che detto peso economico comporta.

Partecipando come attore, convenuto, o paese terzo alle dispute WTO, la Cina ha modo di influenzare le decisioni dei giudici su importanti questioni commerciali, con più efficacia di quanta ne avrebbero i suoi interventi in sede negoziale durante il Doha Round, e gioca così un ruolo chiave nel determinare la direzione verso cui indirizzare il *decision-making* su scala globale. Si tratta di una forma di esercizio di *soft power*, strumento principe dell'"*ascesa pacifica*" (*Zhongguo Heping Jueqi* 中国和平崛起, Zheng Bijian 郑必坚, 2003) della Cina, e dei suoi sforzi per l'edificazione di un "*mondo armonioso*" (*Hexie Shijie* 和谐世界, Hu Jintao 胡锦涛, 2005). Nell'alveo di questa politica inte-

¹² ICSID, *Ekran Berhad v. People's Republic of China*, ARB/11/15, registrato il 24 maggio 2011, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

¹³ ICSID, *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ARB/12/29, registrato il 19 settembre 2012, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

ressi nazionali e responsabilità globali si sovrappongono e si confondono. Con il caso “*EC – Anti-Dumping Measures on Fasteners*”¹⁴, ad esempio, approfondiremo come, in questa congiuntura economica negativa, la Cina, nell’interesse proprio e del sistema, si ponga a baluardo del liberalismo, contro il rinnovato insorgere di istanze protezionistiche.

Quanto al consenso accordato dalla Cina alla protezione degli investimenti esteri nei tribunali ICSID, come garantito dai BIT di nuova generazione, si tratta di una politica che, mentre tutela i crescenti interessi della Cina come paese investitore, promuove al contempo l’interesse aggregato del bene pubblico internazionale, attraverso una rinuncia a parte della propria sovranità nazionale per stimolare ampi investimenti transnazionali e promuovere, così, un’efficiente allocazione delle risorse su scala globale.

Nella Conclusione, ipotizzeremo che la partecipazione alla risoluzione delle controversie nei fori internazionali, lungi dal rappresentare un momento di frattura nel corso armonioso delle relazioni fra individui e fra nazioni, possa, invece, essere lo strumento dell’affermazione di una nuova forma di armonia, più coerente con la complessità del panorama globale in cui la Cina si trova ad agire del mero negarsi al confronto. Tramite lo strumento giuridico, legittimo perché consensuale ed efficace perché vincolante, le frizioni sono, infatti, almeno idealmente, isolate, gestite ed estinte nella sfera legale, e l’obiettivo dello “*和为贵*” (*He Wei Gui*, L’armonia è il più prezioso conseguimento)¹⁵ è garantito dalla comune adesione a un ordine di relazioni in cui l’appianamento tecnico dei dissidi è mezzo di conservazione di un armonioso equilibrio di interessi nazionali e internazionali eterogenei.

¹⁴ WTO, *European Communities – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*, DS397, richiesta di consultazione ricevuta il 31 Luglio 2009, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds397_e.htm.

¹⁵ CONFUCIO, *Dialoghi*, a cura di Tiziana LIPPIELLO, Torino, Einaudi, 2003, dialogo 1.12, p. 7.

Parte I - L'evoluzione dell'approccio cinese alla risoluzione delle controversie nei fori internazionali

L'atteggiamento della neonata Repubblica Popolare Cinese (RPC) verso la legge internazionale era un misto di diffidenza e, quindi, elusione. Muovendo dalla teoria marxista del diritto internazionale e dall'esperienza del colonialismo occidentale e dei cosiddetti "trattati ineguali"¹⁶, la RPC, durante i primi tre decenni dalla sua fondazione, denunciava la legge internazionale come una legge borghese, imperialista, pensata e promossa dagli stati civilizzati per opprimere quelli che erano ritenuti stati non civilizzati. Così si esprimeva, in proposito, un articolo sulla Corte Internazionale di Giustizia, significativamente intitolato "*La Corte Internazionale di Giustizia – Un Covo di Gangster*", apparso sul *Quotidiano del Popolo* nel 1966:

L'imperialismo ha sempre considerato la diffusa accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte Internazionale di Giustizia come un importante avamposto sulla strada dell'universalismo. [...] Negli ultimi anni, l'imperialismo americano si è evidentemente convinto che controllare i vari paesi attraverso l'[ICJ] andrebbe a proprio vantaggio [...].¹⁷

La RPC viveva allora barricata in un volontario autoisolamento, da dove proteggeva da possibili assedi la propria sovranità nazionale, percepita come necessariamente assoluta e incondizionata. Era, quindi, naturale che la pretesa da parte di un organismo sovranazionale – un corpo estraneo alla nazione – al conferimento di un potere decisionale vincolante, inappellabile, e immediatamente operativo sul territorio cinese, venisse liquidata come un'intollerabile ingerenza. Come ricordava nel 1958 un portavoce della RPC, l'unico legittimo arbitro del diritto non poteva che essere lo stato sovrano stesso.

Dal momento che i soggetti dei trattati internazionali sono gli stati sovrani, non può esistere nel contesto degli affari internazionali un organo sovranazionale che interpreti i trattati internazionali e obblighi le parti contraenti ad accettare la sua in-

¹⁶ Trattati imposti alla Cina dalle potenze occidentali nella seconda metà del XIX secolo, a seguito delle Guerre dell'Oppio. Devono il nome alla loro onerosità ai danni della Cina e alla loro assoluta mancanza di reciprocità. [n.d.a]

¹⁷ "La Corte Internazionale di Giustizia – Un Covo di Gangster", *Renmin Ribao*, 26 Luglio 1966, p. 6. Cit. in Julian KU, "China and the Future of International Adjudication", *Maryland Journal of International Law*, 27, 1, 2012, p. 160. (Traduzione mia).

interpretazione. Di conseguenza, gli interpreti dei trattati internazionali non possono essere altri che gli stessi stati contraenti [...]»¹⁸.

Sulla base di questa concezione del diritto internazionale, la RPC ritirò nel 1950 la propria adesione all'Accordo Generale sulle Tariffe ed il Commercio (GATT, General Agreement on Tariffs and Trade), di cui il suo predecessore, la Repubblica di Cina nazionalista, coerentemente con una politica estera di apertura al giudizio internazionale, era stato uno dei paesi fondatori. La RPC non appuntò, inoltre, un proprio membro alla Corte Internazionale di Giustizia fino al 1985.

Il 1978 è l'anno che segna una svolta nella concezione cinese del diritto, interno e internazionale, e con essa un cambio di rotta rispetto a questa politica di non partecipazione. Al momento di intraprendere il processo di riforma e apertura del mercato cinese, Deng Xiaoping, realizzò con grande lucidità e pragmatismo che il raggiungimento dell'obiettivo di partecipazione ai flussi globali di merci e di capitali sarebbe necessariamente dovuto passare per una riforma giuridica in due momenti: una riforma del diritto interno, nel senso di una parziale depoliticizzazione del diritto stesso e di un certo rispetto della *“rigidità meccanica del metodo legale”*, come funzionale *“fonte primaria di regolazione dei rapporti economici, politici e sociali”*¹⁹; e uno sforzo di maggiore integrazione della Cina nella comunità internazionale, attraverso un certo grado di accettazione della sua legge e dei suoi meccanismi giudiziari. La RPC depose, così, il proprio decennale antagonismo rispetto al diritto internazionale e, sottoscrivendo in breve tempo un numero sorprendente di convenzioni multilaterali e trattati bilaterali, intrecciò progressivamente le proprie riforme interne al titanico apparato della legge internazionale.

In questi tre decenni, l'approccio della RPC al diritto internazionale e, in particolare, alla risoluzione delle controversie nei fori sovranazionali si è evoluto in due direzioni. In primo luogo, la Cina è passata da un'iniziale predilezione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie tramite negoziazioni bilaterali, all'attuale consapevole, deliberato e, in qualche misura, spregiudicato utilizzo dello strumento giudiziale come mezzo d'elezione di appianamento delle dispute. In secondo luogo, il passato modello di adesione della Cina all'attività degli organi di conciliazione internazionali, passivo, di-

¹⁸ Cit. in KU, “China and the Future of International Adjudication”, cit., pp. 155-156. (Traduzione mia)

¹⁹ Renzo R. CAVALIERI, “La Cina e le Regole Internazionali”, *Aspenia*, 50, 2010, p. 110.

fensivo e defilato, ha lasciato il posto a una nuova modalità di partecipazione, attiva, dinamica e assertiva.

Questa positiva evoluzione non deve, però, indurre a credere che la Cina abbia dismesso ogni forma di diffidenza verso tutti i tribunali internazionali, che abbia incondizionatamente accettato la loro giurisdizione in ogni ambito e rinunciato *in toto* alla propria sovranità nazionale. Come accennato nell'Introduzione, l'apertura descritta ha interessato in maniera significativa soltanto la corte internazionale di diritto commerciale della WTO e il tribunale arbitrale per la protezione degli investimenti dell'ICSID, gli unici due tribunali di cui la RPC ad oggi riconosca ed accetti la giurisdizione obbligatoria nei rispettivi ambiti. L'approccio cinese ad altri tribunali è, invece, molto più cauto, e il consenso a sottoporsi al loro giudizio, laddove accordato, è condizionato al punto da essere in molti casi svuotato di qualsiasi reale efficacia. Le ragioni di questo pattern di partecipazione limitata al confronto giuridico internazionale, che accomuna la Cina ad altre potenze mondiali come gli Stati Uniti, sono di duplice natura. Da una parte, riflettono le riserve della RPC a rimettersi al giudizio di tribunali sovranazionali su temi politicamente sensibili; dall'altra, confermano la centralità del fattore economico e il valore in buona parte strumentale al servizio dello sviluppo economico che la partecipazione alla risoluzione dei conflitti nei fori internazionali ha per la Cina. Zhao Haifeng ha scritto in proposito:

[...] la Cina, guidata dall'idea della centralità dell'edificazione economica, adotta negli affari internazionali il principio del pragmatismo, acconsentendo a confrontarsi con le altre nazioni su questioni economiche sulla base di regole del gioco condivise, e persino a risolvere i conflitti attraverso la giustizia internazionale.²⁰

Secondo Zhao, l'approccio selettivo della Cina alla risoluzione sovranazionale delle controversie va, comunque, considerato in prospettiva come un fattore positivo. La disponibilità a sottoporsi al giudizio di tribunali internazionali su questioni economiche rappresenta, secondo lui, una breccia nel tradizionale rifiuto cinese alla messa in discussione della propria sovranità e un potenziale punto di partenza per una più generale rivalutazione delle vertenze internazionali. Quest'auspicabile rivalutazione sarebbe, a

²⁰ Zhao Haifeng 赵海峰, "Zhongguo yu Guoji Sifa Jigou Guanxi de Yanjin" 中国与国际司法机构关系的演进 (Evoluzione delle Relazioni tra la Cina e le Organizzazioni Giudiziarie Internazionali), *Faxue Pinglun*, 6, 2008, p. 12. (Traduzione mia)

suo dire, prefigurata e resa probabile anche dai reciproci *spill-out* determinati dal rapido ritmo del contestuale sviluppo del *rule of law* all'interno del Paese.

La Cina dovrebbe aprirsi a una complessiva riconsiderazione e rivalutazione della sua tradizionale visione negativa della giustizia internazionale. [...] In considerazione dell'incessante sviluppo del diritto interno del Paese, [...] una decisa evoluzione dell'atteggiamento della Cina verso i tribunali internazionali è assolutamente possibile.²¹

1. L'organo di conciliazione della WTO e le dispute commerciali

L'appendice 2 del WTO Agreement²², contiene una convenzione nota come Dispute Settlement Understanding (DSU)²³, che stabilisce regole e procedure per la risoluzione attraverso il Dispute Settlement Body (DSB), l'organo di conciliazione della WTO, di eventuali controversie che insorgano fra stati membri in merito a temi di pertinenza dell'organizzazione. Il DSB, che esplica le proprie funzioni giudiziarie attraverso un meccanismo di consultazioni, *panel* per udienze di primo grado, e una corte d'appello di secondo grado, vanta due caratteristiche salienti che ne determinano l'originalità e il successo nel variegato panorama dei tribunali internazionali.

La prima peculiarità della funzione giudiziaria della WTO è la sua obbligatorietà, nel senso della "giurisdizione automatica"²⁴ su tutti i temi coperti dal WTO Agreement che ogni stato membro accorda al DSB al momento dell'adesione all'organizzazione. Ogni stato membro è, infatti, tenuto a riconoscere il DSB come l'unico legittimo strumento di risoluzione delle dispute commerciali fra paesi, e a garantire preventivamente il proprio consenso a sottoporsi a giudizio nelle sue aule ogniqualvolta richiesto; in quest'ottica, il DSU stabilisce uno specifico *set* di misure atte a impedire che gli stati convenuti si sottraggano ai procedimenti giudiziari intentati contro di loro.

²¹ *Ibidem*. (Traduzione mia)

²² WTO, *Agreement Establishing the World Trade Organization* (noto come Marrakesh Agreement o WTO Agreement), Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf.

²³ WTO, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. Annex 2 of the WTO Agreement*, (noto anche come Dispute Settlement Understanding, d'ora in avanti abbreviato in DSU), Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm.

²⁴ Donald MCRAE, 'What Is the Future of WTO Dispute Settlement?', *Journal of International Economic Law*, 7, 1, 2004, p. 3. Cit. in CHI, "China's Participation in WTO Dispute Settlement...", cit, p. 29.

In secondo luogo, l'eccezionale efficacia del DSB si deve alla natura vincolante delle sue sentenze. Se, infatti, assumiamo che il diritto sia in buona parte snaturato laddove la sua forza vincolante non sia garantita dalla previsione di pene adeguate, diventa fondamentale notare che il DSU prevede un efficace sistema sanzionatorio, di cui avvalersi nel caso in cui gli stati convenuti si rifiutino o comunque non riescano a implementare le decisioni finali delle corti. Se, infatti, una sentenza stabilisce che una misura adottata da un paese membro non è conforme con le norme WTO, il paese in questione è tenuto a ricondurre a conformità tale misura secondo le disposizioni del tribunale, entro un ragionevole periodo di tempo. Laddove venga meno a questo obbligo e laddove falliscano le negoziazioni previste col paese leso dalla non-conformità della misura rilevante per decidere un'equa compensazione, il DSU accorda a quest'ultimo il diritto di mettere in atto una ritorsione nella forma della temporanea sospensione di una concessione commerciale al paese inadempiente, al fine di riequilibrare la distribuzione di obbligazioni e diritti fra i paesi.

If the Member concerned fails to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations and rulings within [a] reasonable period of time, [...] any party having invoked the dispute settlement procedures may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements.²⁵

Queste due caratteristiche fanno del DSB il vero *"gioiello sulla corona dell'Uruguay Round"*²⁶ e uno dei pilastri del sistema multilaterale di relazioni commerciali istituito dalla WTO, capace di garantirne la stabilità e la prevedibilità. Non solo. Questa configurazione funzionale ne giustifica, inoltre, il ruolo di più autorevole corte mondiale del commercio, e lo rende il modello più di successo nella storia delle relazioni multilaterali d'implementazione efficace della legge internazionale.

²⁵ DSU, cit., art. 22, par. 2.

²⁶ Bernhard SPEYER, "Dispute Settlement: A Gem in Need of Polish and Preservation," in Klaus-Günter DEUTSCH, Bernhard SPEYER (a cura di) *The World Trade Organization Millennium Round: Freer Trade in the Twenty-First Century*, Londra, Routledge, 2001, p. 275. Cit. in Kristie THOMAS, "China and the WTO Dispute Settlement System: From Passive Observer to Active Participant?", *Global Trade and Customs Journal*, 6, 10, 2011, p. 481.

The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system.²⁷

Quando nel 2001 la RPC ebbe finalmente accesso alla WTO, a seguito di negoziazioni durate 15 anni, dovette, quindi, accettare come parte del pacchetto d'ammissione la giurisdizione obbligatoria del DSB sulle dispute commerciali. Sebbene nel quadro di una più ampia, progressiva integrazione della Cina nel sistema multilaterale del diritto internazionale, l'organo giudiziario della WTO rappresentava comunque il meccanismo sovranazionale di risoluzione delle controversie più intrusivo cui la Cina avesse mai accettato di aderire, e il fatto stesso del consenso cinese all'adesione la più importante concessione del Paese alla giustizia internazionale. L'entità del compromesso accettato era direttamente proporzionale all'importanza per la Cina dell'ammissione alla WTO; era il prezzo che il Paese era disposto a pagare per garantirsi i benefici economici dell'integrazione nel sistema del commercio multilaterale.

Adesione al sistema non significava, però, immediata attiva partecipazione alle sue attività. Il livello di coinvolgimento della Cina e il pattern del suo comportamento in sede DSB nel primo decennio trascorso dal suo accesso possono essere descritti come una progressiva, graduata evoluzione da osservatore passivo a partecipante attivo²⁸. Con Gao, suddivideremo e analizzeremo questa evoluzione in tre fasi: da *"rule-taker"*, a *"rule-shaker"*, a, infine, *"rule-maker"*²⁹.

China has transformed itself from being a reluctant player into an aggressive litigant in WTO dispute settlement activities.³⁰

1.1 Rule-taker

Negli anni immediatamente successivi all'accesso, il profilo della partecipazione della Cina al DSM (Dispute Settlement Mechanism) era estremamente basso e raramente si registrava qualche sporadico caso che coinvolgesse la Cina come attore o convenuto.

²⁷ DSU, cit., art. 3, par. 2.

²⁸ Cfr. THOMAS, "China and the WTO Dispute Settlement System...", cit.

²⁹ Cfr. Henry GAO, "China's Ascent in Global Trade Governance: From Rule Taker to Rule Shaker, and Maybe Rule Maker?", in Carolyn DEERE-BIRKBECK (a cura di), *Making Global Trade Governance Work for Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

³⁰ GAO, "China's Ascent in Global Trade Governance...", cit., p. 166.

Si parla, infatti, nella letteratura della WTO, del periodo 2001-2006 come di una fase di transizione, assestamento e familiarizzazione della Cina con le dinamiche del sistema. Considerando il fatto che il numero di dispute in cui un paese membro è coinvolto è normalmente proporzionale al volume del commercio bilaterale che il paese stesso sostiene con gli altri membri³¹, e aggiungendo a ciò l'onerosità senza precedenti nella storia della WTO delle condizioni d'accesso della Cina, che rendeva probabili difficoltà di implementazione, ci si sarebbe potuti aspettare da subito un grado di coinvolgimento del nuovo arrivato nella funzione giudiziaria dell'organizzazione molto maggiore. In realtà, questo iniziale scarso coinvolgimento, almeno in via diretta, della Cina nella risoluzione delle controversie può essere ricondotto a motivi sia esterni che interni alle politiche del Paese. Innanzitutto gli stessi partner commerciali della Cina erano inizialmente restii a presentare reclami al DSB contro la Cina, sia per concederle un periodo di acclimatamento, sia nel rispetto dei "phase-in period" decisi in sede di ammissione, che posticipavano ad alcuni anni dopo l'accesso l'entrata in vigore di alcune delle disposizioni più onerose per la Cina, in modo da facilitarne l'implementazione attraverso un approccio graduale. In secondo luogo, l'attenzione della Cina era allora concentrata sull'emendamento della propria legislazione interna per renderla conforme alle previsioni WTO e allo studio delle complicate leggi della WTO e delle dinamiche di funzionamento del DSM. Le regole WTO formano, infatti, un apparato estremamente complesso, per ambiguità costitutiva - funzione della ricercata flessibilità - e per tecnicità, di norme sostanziali e procedurali, la cui digestione risulta estremamente difficile per i nuovi membri. La Cina, quindi, perfettamente consapevole di mancare degli strumenti necessari a confrontare in giudizio altri membri, ben più esperti di lei delle tecnicità legalistiche del sistema, si asteneva dal portare dispute davanti al DSB e, quando citata da altri stati, si affrettava a risolvere le controversie in sede negoziale, solitamente cedendo alle richieste della controparte e revocando le misure oggetto del contenzioso ancor prima che il *panel* fosse istituito.

From the time of its accession to early 2006, China took on a cautious approach towards WTO litigation. As a newcomer unfamiliar with the WTO legal rules, China put

³¹ Cfr. Henrik HORN, Petros C. MAVROIDIS e Håkan NORDSTRÖM, "Is the Use of the WTO Dispute Settlement System Biased?" in Petros C. MAVROIDIS e Alan O. SYKES (a cura di), *The WTO and International Trade Law/Dispute Settlement*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2005. Cit. in THOMAS, "China and the WTO Dispute Settlement System...", cit., p. 483.

more emphasis on learning WTO rules than on winning specific disputes.³²

Il caso più emblematico di questo approccio cauto e di questa riluttanza a comparire in giudizio è probabilmente la risposta cinese alla minaccia da parte degli Stati Uniti di presentare un formale reclamo in sede WTO in merito ai dazi anti-dumping imposti dalla Cina sulle importazioni di cartone ondulato dagli Stati Uniti nel 2005: la Cina reagì affrettandosi a revocare la misura contestata il giorno lavorativo immediatamente seguente la dichiarazione d'intenti statunitense³³.

L'unica, apparente eccezione a questa strategia di elusione del confronto è il caso *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*³⁴. Nel marzo 2002, a soli pochi mesi dall'accesso all'Organizzazione, la Cina presentò, portò avanti attraverso l'intero processo, e vinse il suo primo reclamo ufficiale davanti al DSB, in merito a misure definitive di salvaguardia nella forma di aumentate tasse di importazione, adottate dagli Stati Uniti su alcuni prodotti d'acciaio. Alcuni fattori rendono, però, questa precoce azione giudiziaria poco significativa ai fini della determinazione dell'effettiva disponibilità della Cina al confronto giuridico in quel periodo, minimizzando l'incoerenza rispetto al pattern di comportamento che abbiamo tracciato. In primo luogo, la Cina iniziò questa disputa perché forte del sostegno di sette altri stati ricorrenti e, rivestendo un ruolo secondario durante l'intero procedimento, si limitò in buona misura a raccogliere i frutti del successo di altri attori tecnicamente più preparati, come l'Unione Europea. Inoltre, l'esito favorevole del caso era ampiamente prevedibile, dal momento che ogni misura di salvaguardia contestata davanti al DSB è stata finora giudicata non conforme con *l'Agreement on Safeguards*³⁵. Infine, erano gli stessi Stati Uniti, spaventati dalla possibilità che l'Unione Europea mettesse in atto una qualche ritorsione commerciale, a indicare nell'organo giudiziario della WTO la sede legittima di risoluzione della controversia, e a caldeggiare la remissione della decisione al giudizio al DSB da parte dei paesi danneggiati dalla presunta violazione. Non va, tuttavia, trascurata l'importanza di questo primo caso per la Cina da un punto di vista procedurale e psicologico. Da un lato, la Cina dovette per la prima volta sostenere un processo di fronte a un organo giudiziario internazionale, redigere e presentare richieste e argomentazioni

³² GAO, "China's Ascent in Global Trade Governance...", cit., p. 166.

³³ *Ibidem*.

³⁴ WTO, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, DS252, richiesta di consultazione ricevuta il 26 marzo 2002, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds252_e.htm.

³⁵ WTO, *Agreement on Safeguards*, (d'ora in avanti abbreviato in SG Agreement), Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/safeint.htm.

scritte, avendo così modo di impraticarsi delle dinamiche processuali. Dall'altro, questo tempestivo successo si dimostrò utile a dissipare la diffidenza diffusa in seno alla nazione in merito all'obiettività e all'efficacia della funzione giudiziaria della WTO³⁶.

A questa resistenza al confronto diretto, faceva da contraltare un incredibile dinamismo nella partecipazione alle dispute in veste di paese terzo. È questa una possibilità che la WTO garantisce a qualsiasi paese membro abbia interessi economici e commerciali nel caso in questione e ne faccia domanda. Mentre rifuggiva il confronto diretto, la Cina faceva ampissimo uso del diritto di assistere allo svolgersi dei contenziosi come spettatore privilegiato; basti dire che dall'agosto del 2003 all'inizio del 2007 si riservò questa possibilità in ogni *panel* istituito³⁷. Il motivo principale di questa scelta della Cina era la legittima e fondata convinzione che partecipare alle dispute in qualità di paese terzo le avrebbe permesso di fare esperienza in prima persona del funzionamento tecnico e procedurale del meccanismo giudiziario della WTO e di formare un *team* di avvocati familiari con questo sistema e in grado di difendere in futuro gli interessi del paese in questa sede. Ciò avrebbe in prospettiva permesso alla Cina di chiudere il gap di risorse che la separava dagli altri paesi membri, a fronte di un investimento relativamente limitato e in tempi relativamente brevi.

Un approccio da *rule-taker*, quindi, sia nel senso di accettazione passiva del sistema costituito, sia nel senso di sforzo di assimilazione delle norme che lo regolano.

1.2 Rule-Shaker

Forte dell'esperienza maturata come paese terzo nell'ambito di numerosissimi contenziosi, la Cina fece registrare nel 2006 una decisa virata verso una strategia di partecipazione alle attività del DSB più attiva e, in una certa misura, più aggressiva. Smise, infatti, di preferire la conciliazione tramite negoziazione al confronto giudiziario, e non solo iniziò, quando citata in giudizio, a consentire l'istituzione dei *panel* e a portare avanti i processi attraverso tutte le loro fasi, se ravvisava in ciò un qualche vantaggio per sé; ma cominciò anche a presentare reclami formali contro altri stati membri, laddove ritenesse i propri interessi commerciali ingiustamente danneggiati. Come vedremo più da vicino quando ci occuperemo del legalismo assertivo e della nuova strategia di difesa

³⁶ HUANG Cui e JI Wenhua, "China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective", *Journal of World Trade*, 45, 1, 2011, p. 5.

³⁷ HUANG e JI, "China's Experience in Dealing...", cit., p. 25.

dei propri interessi tramite un approccio strumentale al diritto internazionale³⁸, la Cina imparò in questa fase a flettere le regole della WTO a proprio vantaggio, avanzando sofisticate argomentazioni sostanziali e procedurali per far valere le proprie ragioni.

In all these cases, China tried to shake or even bend the existing rules by aggressively making legal arguments that put its position in a better light. This strategy was reflected not only in the extensive substantive legal arguments China made, but also in its sophisticated use of procedural objection.³⁹

Il caso che segnò il passaggio a questa nuova fase nelle relazioni della Cina col DSM fu il caso *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts*⁴⁰, iniziato nel 2006 da Unione Europea, Stati Uniti e Canada. Secondo il programma tariffario che la Cina ha accettato di rispettare come impegno in fase di ammissione alla WTO, i dazi su parti di automobili importate nel Paese non possono superare il 10%, mentre i dazi applicati alle automobili intere possono arrivare al 25%. Gli stati ricorrenti contestavano come non conformi con il Protocollo d'Accesso della Cina, e con svariati articoli del GATT, dell'Accordo sulle Misure Relative ad Investimenti che Incidono sugli Scambi Commerciali (TRIMs Agreement)⁴¹ e dell'Accordo su Sovvenzioni e Misure Compensative (SCM Agreement)⁴² le misure adottate dalla Cina nel 2004/2005, che decretavano l'imposizione del più alto dazio previsto per i veicoli interi alle parti di automobili importate oltre una determinata soglia⁴³. Sebbene le ragioni del caso fossero molto chiare e la Cina sapesse bene di prepararsi a combattere una battaglia persa in partenza, il Paese decise, altresì, di non cedere alle richieste degli attori in fase di consultazione, ma di difendere le proprie ragioni attraverso tutte le fasi del processo, per la prima volta in qualità d'imputato. La non conformità delle misure in questione fu stabilita prima dal *panel* e poi dall'organo di appello, e la Cina dovette ricondurre a conformità la propria normativa interna per appianare la comprovata contraddizione fra la misura tariffaria e

³⁸ Vedi parte 2, cap. 2

³⁹ GAO, "China's Ascent in Global Trade Governance...", cit., p. 168.

⁴⁰ WTO, *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts, DS339(EU) / DS340(US) / DS342(Canada)*, richieste di consultazioni ricevute il 30 marzo 2006 (EU/US) e il 13 Aprile 2006 (Canada), consultabili a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds339_e.htm, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds340_e.htm, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds342_e.htm.

⁴¹ WTO, *Agreement on Trade-Related Investment Measures* (d'ora in avanti abbreviato in TRIMs Agreement), Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims.pdf.

⁴² WTO, *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (d'ora in avanti abbreviato in SCM Agreement), Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf.

⁴³ HUANG e JI, "China's Experience in Dealing ...", cit., p. 16.

le proprie obbligazioni verso il sistema multilaterale. Non cedendo immediatamente alle pressioni, il Paese riuscì, però, a dilazionare la revoca delle misure contestate di ben due anni, acquistando, così, fiducia nella possibilità di servirsi delle technicalità del diritto internazionale per flettere le stesse norme WTO a difesa dei propri interessi.

1.3 Rule-Maker

L'ultimo stadio dell'evoluzione dell'approccio cinese alla risoluzione delle controversie in sede WTO - che identifica l'attuale linea di condotta del Paese - si caratterizza per una politica di partecipazione ancora più attiva, assertiva e, soprattutto, influente. Da alcuni anni, infatti, la Cina non si limita più a servirsi abilmente delle norme a disposizione per far valere le proprie ragioni, ma cerca piuttosto di modificare le previsioni, agendo in modo creativo sul testo stesso delle norme per proporre le letture desiderate. In questo modo spera di influenzare l'interpretazione e la creazione del diritto commerciale internazionale attraverso le attività della funzione giudiziaria della WTO, in particolare in due sensi.

In primo luogo - come vedremo in dettaglio con l'analisi del caso *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties*⁴⁴ e, quindi, dello spregiudicato strumentalismo con cui la Cina cerca di migliorare la propria posizione nel sistema multilaterale⁴⁵ - la RPC si sta sforzando attraverso la risoluzione giudiziaria delle controversie di modificare le proprie sfavorevoli condizioni d'accesso all'organizzazione. Ben consapevole del fatto che ottenere in sede negoziale una modifica delle onerose previsioni contenute nel proprio Protocollo d'Accesso sarebbe quantomeno improbabile, la Cina, iniziando casi mirati e presentando alle corti, nel corso dei processi, sofisticate argomentazioni tanto su temi procedurali quanto sostanziali, appare decisa a far affermare un'interpretazione restrittiva di certi termini ed espressioni particolarmente delicati e a limitare, così, l'applicabilità e l'efficacia delle relative previsioni.

[...] While China accepted some rather harsh terms as the price for its WTO accession, it is likely to be difficult for China to change these terms through the multilateral negotiation process. This has left China with only one option: trying to challenge

⁴⁴ Vedi nota 11.

⁴⁵ Vedi parte 2, cap. 2.1.

them and soften their negative impacts through creative interpretation in WTO dispute settlement proceedings.⁴⁶

In secondo luogo – come vedremo analizzando il ruolo sempre più attivo della Cina nell’orientamento dei trend di *governance* globale in materia commerciale⁴⁷ - la RPC si sta spendendo con grande dinamismo al fine di mettere in discussione le politiche commerciali di alcune potenze, reindirizzate dalla difficile congiuntura economica verso un rinnovato nazionalismo e protezionismo, attraverso il frequente sollevamento di casi relativi alle barriere commerciali imposte da questi paesi. In questo modo, mentre tutela i propri interessi, la Cina gioca un ruolo centrale nella battaglia per un’interpretazione delle norme WTO coerente con l’obiettivo principe del sistema multilaterale: la liberalizzazione dei flussi commerciali.

2. ICSID, BITs e la protezione degli investimenti internazionali

Il Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie Relative a Investimenti (ICSID), creato nel 1966 dalla Convenzione ICSID⁴⁸ come un’istituzione della Banca Mondiale, è una camera arbitrale indipendente per la risoluzione di controversie relative a investimenti e sorte fra uno stato firmatario e un soggetto privato, che sia un cittadino - nel caso di persona fisica - o abbia sede - nel caso di persona giuridica - in un altro stato firmatario⁴⁹. Il contributo più innovativo e più significativo dell’ICSID alla protezione degli investimenti in ambito internazionale è la possibilità offerta agli investitori, cioè a soggetti privati, di citare direttamente in giudizio lo stato ospitante e di difendere il proprio investimento in una sede processuale diversa dalle sue corti nazionali. In un passato recente, al contrario, lo stato di provenienza dell’investimento era l’unico soggetto legittimato a cercare soddisfazione per presunte illecite interferenze dello stato ospitante nelle attività collegate all’investimento; la legge nazionale dello stato ospitante era l’unica legge applicabile in caso di disputa; le sue corti nazionali gli unici fori di competenza.

⁴⁶ GAO, “China’s Ascent in Global Trade Governance...”, cit., p. 169.

⁴⁷ Vedi parte 2, cap. 3.1

⁴⁸ ICSID, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (d’ora in avanti abbreviata in ICSID Convention), Washington, aperta alla firma il 18 marzo 1965, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>.

⁴⁹ ICSID Convention, cit., art. 1, par. 2.

Un tema centrale inerentemente all'ICSID è quello del consenso che ne determina la competenza giurisdizionale. L'ICSID è, infatti, un istituto arbitrale volontario, la cui giurisdizione è, cioè, subordinata alla manifestazione del consenso da parte degli stati:

Consent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre.⁵⁰

La competenza giurisdizionale dell'ICSID richiede l'espressione del consenso degli stati coinvolti a un doppio livello, generale e particolare. In primo luogo, entrambi gli stati – stato d'origine e stato d'investimento - devono avere ratificato la Convenzione ICSID, garantendo, così, la propria generica disponibilità a sottoporre le controversie a questo tribunale arbitrale. In secondo luogo, una clausola di consenso deve essere inserita nello strumento giuridico, vincolante le due parti, che regola lo specifico investimento - il contratto d'investimento o, più frequentemente, un trattato per la protezione dei reciproci investimenti in vigore fra *host state* e *home state*⁵¹. Una volta garantito in questo modo il proprio consenso, gli stati non possono revocarlo unilateralmente e, se citati da un investitore, sono obbligati a sottoporsi alle procedure arbitrali in sede ICSID, e a garantire l'implementazione delle sentenze arbitrali, vincolanti per le parti.

Il fatto che la viabilità o meno della soluzione arbitrale sia determinata dall'esistenza e dalla portata della *consent clause* nei trattati bilaterali a protezione degli investimenti esteri fa di questi trattati l'espressione giuridica del grado di disponibilità degli stati al confronto arbitrale internazionale in materia d'investimenti, e, quindi, gli strumenti giuridici attraverso cui si realizza la protezione procedurale, oltre che sostanziale degli investimenti stessi. I BIT sono, infatti, riconosciuti come la più importante istituzione legale per la gestione dei flussi di FDI, pensata per stimolarne l'intensificazione attraverso queste garanzie di protezione e per promuovere, così, lo sviluppo e la cooperazione economica fra paesi. Esaustiva in questo senso la definizione data dal giurista Vandeveldel dell'obiettivo e della *ratio* dei BIT:

[...] Protect investments by investors of one state in the territory of another state by articulating substantive rules governing the host state's treatment of the investment and by establishing dispute resolution mechanisms applicable to alleged violations

⁵⁰ ICSID, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Washington, 10 settembre 1964, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section01.htm>, parte V, art. 23.

⁵¹ Tong QI, "How Exactly Does China Consent to Investor-State Arbitration: On the First ICSID Case against China", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 5, 2, 2012, pp. 269-270.

of those rules.⁵²

Diritti sostanziali e procedurali sono, dunque, le due facce, complementari e interdipendenti, dello stesso meccanismo di tutela, e l'importanza del riconoscimento della competenza giurisdizionale dell'ICSID per la protezione giudiziaria dell'investimento emerge dalla considerazione che "i diritti degli investitori esistono soltanto nella misura in cui possono essere fatti rispettare da un arbitrato internazionale vincolante"⁵³.

Prima delle riforme denghiste, la RPC non acconsentiva alla protezione degli FDI sotto gli auspici della legge internazionale. I flussi d'investimenti esteri erano gestiti in conformità con i *Cinque Principi della Coesistenza Pacifica*⁵⁴, che regolavano allora le relazioni internazionali del Paese. Da una parte, quindi, la Cina faceva valere la prelazione sugli interessi sostanziali degli investitori esteri di un diritto assoluto dello Stato alla sovranità nazionale, riservandosi la possibilità di espropriare e nazionalizzare senza precondizioni richieste qualsiasi FDI sul suo territorio. Dall'altra, appellandosi al principio di non interferenza nei rispettivi affari interni, si rifiutava di delegare all'autorità di un organismo arbitrale transnazionale la decisione in merito alla legittimità di tali atti espropriativi e, quindi, l'implementazione procedurale dei diritti degli investitori.

L'apertura del 1978 determinò un radicale mutamento nella politica estera, anche e soprattutto economica, cinese. Bisognosa di capitale estero per finanziare le riforme e far crescere il settore privato dell'economia e, soprattutto, le aziende *export-oriented*, la Cina entrò finalmente nella competizione mondiale per l'attrazione dei flussi di capitali, aggiungendo alla naturale attrattività del proprio enorme mercato in rapida crescita, l'inestimabile incentivo della protezione da rischi politici e della prevedibilità di trattamento degli investimenti. Come abbiamo visto lo strumento principe per la promozione degli FDI sono i trattati bilaterali sugli investimenti. La Cina, iniziò, quindi, all'inizio degli anni Ottanta a sottoscrivere BIT: alla sottoscrizione del primo accordo con

⁵² Kenneth J. VANDEVELDE, "The Economics of Bilateral Investment Treaties", *Harvard International Law Journal*, 41, 2000, pp. 469-470. Cit. in Axel BERGER, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", paper non pubblicato presentato a *The Politics of International Economic Law: The Next Four Years*, Washington, D.C., November, 2008, consultabile a <http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/berger.pdf>, p. 2.

⁵³ Scott VESEL, "Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law*, 32, 2007, p. 158. Cit. in Aaron M. CHANDLER, "BITs, MFN Treatment and the PRC: The Impact of China's Ever-Evolving Bilateral Investment Treaty Practice", *International Lawyer*, 43, 3, 2009, p. 1309. (Traduzione mia)

⁵⁴ Sistema di principi a regolazione delle relazioni internazionali, formalmente codificato per la prima volta nel 1954 nell'ambito di un accordo commerciale tra Cina e India, l'"Accordo sul Commercio e gli Scambi fra la Regione Cinese del Tibet e l'India". L'accordo individuava i seguenti principi: 1. Reciproco rispetto della sovranità e dell'integrità territoriale della controparte; 2. Reciproca non-aggressione; 3. Reciproca non-interferenza nei rispettivi affari interni; 4. Parità e benefico comune; 5. Coesistenza pacifica. [n.d.a.]

la Svezia nel 1982 seguì una febbrile attività di stipulazione di trattati bilaterali con moltissimi paesi. Ad oggi, 88 BIT⁵⁵ sono in vigore fra la Cina e altrettanti paesi, sviluppati ed in via di sviluppo; numero che qualifica la Cina come uno dei paesi più attivi al mondo nel contrarre questo tipo di accordi. Complementarmente, la Cina firmò nel 1990 e poi ratificò nel 1993 la Convenzione ICSID. Era la prima volta che la Cina accettava la giurisdizione obbligatoria di un organismo giudiziario internazionale. A partire dal momento della ratifica, il tribunale arbitrale dell'ICSID è citato nella maggior parte dei trattati come sede d'elezione per la risoluzione di eventuali controversie che dovessero sorgere fra un investitore e uno stato contraente.

Se, come abbiamo assunto, l'ampiezza della *consent clause*, contenuta nelle previsioni procedurali dei trattati bilaterali sugli investimenti, è la misura della disponibilità di un paese a sottoporsi alla giurisdizione di una corte internazionale in materia d'investimenti esteri, è interessante, allora, verificare come questa clausola si sia evoluta nella storia dei BIT contratti dalla Cina nel corso di questi due decenni, riflettendo le posizioni via via diverse del paese verso il confronto giuridico internazionale.

The scope of the consent to arbitration contained in the host state's binding offer directly affects the tribunal's subject matter and personal jurisdiction. This is particularly true with respect to Chinese BITs, as the consent clauses are worded to reflect each of the stages of China's international economic and investment policy.⁵⁶

2.1 L'approccio restrittivo dei BIT di prima generazione. Il BIT Cina-Italia

La prima generazione di BIT, sottoscritti dalla Cina fra il 1982 e la seconda metà degli anni Novanta, riflette il tentativo da parte del governo di Pechino di trovare un compromesso fra il desiderio di fornire agli investitori internazionali le garanzie di protezione necessarie a far confluire nel proprio mercato capitale estero e la perdurante centralità del principio di sovranità nazionale. Si tratta, quindi, di una fase di transizione, caratterizzata da un'apertura soltanto parziale e da un approccio fortemente restrittivo

⁵⁵ Si veda il BIT database della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development) consultabile a <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>, data d'accesso 15 luglio 2013.

⁵⁶ Jane Y. WILLEMS, "The Settlement of Investor State Disputes and China. New Developments on ICSID Jurisdiction", *South Carolina Journal of International Law and Business*, 8, 1, 2011, articolo 2, p. 21.

alla protezione degli FDI. Il BIT tra il governo cinese e quello italiano⁵⁷, sottoscritto nel 1985 e tuttora in vigore, appartiene a questa prima categoria e può, dunque, fornirci un valido esempio della natura delle previsioni sostanziali e - aspetto per noi di maggior interesse - procedurali in questa fase iniziale.

I diritti sostanziali degli investitori sono in buona parte soddisfacentemente garantiti. Lo sono, in particolare, il trattamento giusto ed equo (FET, Fair and Equitable Treatment)⁵⁸, un concetto il cui esatto significato operativo è ampiamente dibattuto, ma che può essere definito, con buona approssimazione, come uno standard di protezione assoluto e indipendente dall'ordine legale nazionale del paese d'investimento, teso a rendere giustizia in modo imparziale ed equilibrato a tutte le parti in causa⁵⁹; la clausola di nazione più favorita (MFN, Most Favored Nation)⁶⁰, con la quale i paesi firmatari si impegnano a estendere alla controparte qualsiasi previsione relativamente più favorevole accordata a un paese terzo; la garanzia di adeguata protezione e sicurezza⁶¹, in forza della quale è responsabilità del paese meta dell'investimento proteggere l'integrità fisica dello stesso contro eventuali azioni intraprese da agenti nazionali, governativi e non; e il libero trasferimento dei proventi e dei beni relativi all'investimento operato⁶².

In questo quadro generalmente positivo si rilevano, però, due aree di criticità. In primo luogo, mentre nei trattati successivi il diritto dello stato ospitante di procedere all'espropriazione e nazionalizzazione dell'investimento è espresso in negativo, come eccezione in una generale politica di garanzia della titolarità dell'investimento in capo all'investitore estero, in questi primi trattati, al contrario, la facoltà dello stato di investimento di procedere all'espropriazione è posta al centro della previsione normativa ed è linguisticamente rimarcata da una enunciazione in positivo. Così, ad esempio, nel BIT Italia-Cina:

Ogni Parte Contraente può, per pubblico interesse, espropriare, nazionalizzare o adottare misure simili concernenti gli investimenti nel suo territorio da parte di residenti o società dell'altra Parte Contraente. [...]⁶³

⁵⁷ *Accordo fra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica Popolare Cinese Relativo alla Promozione ed alla Reciproca Protezione degli Investimenti*, (d'ora in avanti abbreviato in BIT Cina-Italia) Roma, 28 Gennaio 1985, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/italy_china_it.pdf.

⁵⁸ *BIT Cina-Italia*, cit., art. 1.

⁵⁹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York e Ginevra, 2012, cap. 1, par. 2(1), p. 7.

⁶⁰ *BIT Cina-Italia*, cit., art. 3(1).

⁶¹ *BIT Cina-Italia*, cit., art. 4(1).

⁶² *BIT Cina-Italia*, cit., art. 6.

⁶³ *BIT Cina-Italia*, cit., art. 4(2).

L'accento è, quindi, posto sulla facoltà sovrana dello *host state* di disporre liberamente dell'investimento, certo condizionata dal prerequisito necessario che l'espropriazione sia operata nel pubblico interesse e dalla previsione di un indennizzo equivalente al valore dell'investimento al momento in cui l'espropriazione è annunciata, ma, ciò non di meno, insindacabile.

In secondo luogo, il trattamento nazionale (NT, National Treatment), che vuole che lo stato ospitante assicuri a investimenti e investitori esteri un trattamento egualmente favorevole rispetto a quello riservato a investimenti e investitori nazionali, non era generalmente garantito da questa prima generazione di trattati. Non lo è, ad esempio, nell'accordo Italia-Cina. Anche nei casi in cui questa previsione fosse, invece, inserita nei testi degli accordi, l'impegno alla sua implementazione era, comunque, generalmente inteso "nel limite del possibile"⁶⁴, subordinato alla compatibilità con "le disposizioni della [...] legge e dei regolamenti [nazionali]"⁶⁵ dello stato ospitante, e derogabile "per motivi di ordine pubblico, sicurezza nazionale e sviluppo dell'economia domestica"⁶⁶. Tutti condizionamenti questi che limitavano l'efficacia della previsione e avallavano come legittime discriminazioni, anche manifestamente discrezionali, da parte dello stato tra investitori nazionali ed esteri.

La gestione dei diritti procedurali degli investitori esteri avveniva, poi, su base ancor più restrittiva. I primi BIT potevano, infatti, non contenere alcuna delega della risoluzione delle controversie legate agli investimenti alla giurisdizione di tribunali arbitrali internazionali, come accade, ad esempio, nel primo BIT, tra Svezia e Cina; oppure potevano limitare la giurisdizione di tali tribunali a dispute concernenti il solo ammontare dell'indennizzo dovuto in caso di espropriazione, come nel caso del BIT tra Italia e Cina, che prevede che, qualora una controversia sull'ammontare di un indennizzo per espropriazione non sia composta entro sei mesi, essa possa essere sottoposta, su richiesta dell'investitore, a un tribunale nazionale del paese ospitante o a un tribunale arbitrale internazionale *ad hoc*⁶⁷. Il giudizio in merito a ogni altro tipo di dispute derivanti da un investimento è, invece, riservato alle corti domestiche dello *host state*.

⁶⁴ *Agreement between the Government of the Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments with Exchanges of Notes*, Londra, 15 Maggio 1986, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_china.pdf, art. 3(3). (Traduzione mia)

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Agreement between Japan and the People's Republic of China Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, Beijing, Agosto 1988, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_japan.pdf, protocollo, art. 3 (ad art. 3(2)). (Traduzione mia)

⁶⁷ BIT Cina-Italia, cit., protocollo, art. 4 (ad art. 5).

A limitare la portata del consenso contribuiva, inoltre, la Notifica che la Cina si riservò il diritto di depositare presso il Segretariato ICSID al momento della ratifica della Convenzione nel 1993, per rendere noto che:

The Chinese government would only consider submitting to the jurisdiction of ICSID disputes over compensation resulting from expropriation or nationalization.⁶⁸

Quella di depositare una notifica per comunicare le classi di dispute che si è disposti o meno a rimettere al giudizio dei tribunali ICSID è una possibilità accordata dal Centro a ogni membro, in applicazione dell'Articolo 25(4) della ICSID Convention. Tale dichiarazione ha valore esclusivamente informativo, non si sostituisce alle *consent clause* espressamente previste dagli specifici accordi, e, in particolare, non ne può limitare la portata; ha, tuttavia, importantissime ripercussioni sull'interpretazione delle stesse *consent clause* e, quindi, sulla determinazione in merito alla competenza giurisdizionale delle corti arbitrali ICSID.

Queste limitazioni - e in particolare la sostanziale impraticabilità della via della difesa giuridica dell'investimento nei fori internazionali - minavano seriamente l'efficacia della tutela e, con essa, la funzione dichiarata dei BIT di strumenti di una promozione degli FDI che giovasse alla prosperità economica delle due parti.⁶⁹

2.2 L'approccio liberale dei BIT di seconda generazione. Il BIT Cina-Germania

Via via che la Cina smetteva di essere un importatore netto di FDI e sempre più si affermava nell'ambito dei flussi globali d'investimento come grande paese esportatore di ODI, al tradizionale desiderio di attirare capitale estero andò affiancandosi l'esigenza di proteggere i propri investimenti oltreconfine. Nella seconda metà degli anni Novanta si rese, quindi, necessaria una riforma in senso liberale della politica nazionale di protezione degli investimenti, che, attraverso una decisa legalizzazione dei BIT - cioè

⁶⁸ ICSID, *Notifications Concerning Classes of Disputes Considered Suitable or Unsuitable for Submission to the Centre*, ICSID/8-D - China, data di notifica 7 Gennaio 1993, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&Measures=True&language=English>.

⁶⁹ BIT Cina-Italia, cit., preambolo.

un'espansione delle norme e degli obblighi in capo al paese ospitante⁷⁰ - realizzasse una più cogente ed efficace protezione degli investimenti. Il *climax* di questa politica di liberalizzazione si ebbe con l'aggiornamento all'inizio degli anni Duemila dei due trattati bilaterali con i Paesi Bassi⁷¹ e con la Germania⁷², rispettivamente nel 2001 e nel 2003. Assumeremo, in particolare, il trattato sino-tedesco come esemplare nell'analisi di questa seconda generazione di BIT⁷³.

Quanto alle previsioni sostanziali, questi più recenti BIT, non solo confermavano la tutela dei diritti degli investitori già accordata dai primi trattati, ma garantivano anche una protezione più efficace contro i rischi politici derivanti da possibili illegittime interferenze governative, attraverso una nuova formulazione della possibilità per gli stati ospitanti di procedere all'espropriazione e nazionalizzazione degli investimenti. Questa era, infatti, espressa non più in positivo, come facoltà assicurata allo *host state* ad alcune condizioni, bensì in negativo, come misura eccezionale contro la quale gli investitori erano normalmente protetti, salvo il verificarsi di particolari circostanze. Così si legge, ad esempio, nel BIT tra Cina e Germania:

Investments by investors of either Contracting Party shall not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting Party [...] except for the public benefit and against compensation.⁷⁴

Sebbene il significato letterale della previsione non cambi, è, tuttavia, molto significativo il mutamento di prospettiva che questa diversa formulazione comporta, non senza conseguenze nell'interpretazione giudiziaria delle intenzioni delle parti.

Vi sono, poi, nella tutela sostanziale altre due novità ancor più importanti. In primo luogo, l'introduzione del diritto al trattamento nazionale per gli investitori este-

⁷⁰ BERGER, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme...", cit., p. 2.

⁷¹ *Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of the Netherlands*, Beijing, 26 novembre 2001, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_netherlands.pdf, in sostituzione del precedente accordo del 17 Giugno 1985.

⁷² *Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments* (d'ora in avanti abbreviato in BIT Cina-Germania), Beijing, 1 Dicembre 2003, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_germany.pdf, in sostituzione del precedente accordo del 7 Ottobre 1983.

⁷³ Le modalità di classificazione dei BIT in generazioni successive variano nella letteratura a seconda della sensibilità dell'autore. Quella qui utilizzata è una convenzione funzionale all'analisi che ci proponiamo di svolgere e può discorrere dalle ripartizioni più diffuse. [n.d.a.]

⁷⁴ *BIT Cina-Germania*, cit., art. 4(2).

ri⁷⁵. A questi è, così, garantito un trattamento non meno favorevole di quello riservato agli investitori nazionali, salvo casi di continuazione ed emendamento di non-conformità esistenti, che la Cina s'impegna, comunque, a rimuovere progressivamente⁷⁶. In secondo luogo, molti di questi più recenti trattati, tra cui il BIT sino-tedesco⁷⁷, estendono la protezione anche agli investimenti indiretti, cioè a investimenti non direttamente effettuati nello *host state*, ma strutturati attraverso una o più sussidiarie in paesi terzi. Questa impalcatura permette non solo di combinare la protezione offerta da un BIT con i vantaggi – soprattutto di natura tributaria - offerti dalla legislazione di un paese terzo, ma anche di portare un investimento sotto la protezione del BIT di un paese terzo, in caso non esistano accordi in materia d'investimento tra *home state* e *host state*.

È forse quella procedurale, però, l'evoluzione più significativa in questa nuova generazione di trattati. Superando la precedente circoscrizione alle controversie sull'ammontare dell'indennizzo dovuto in caso di espropriazione, il consenso alla soluzione arbitrale internazionale è, infatti, qui esteso a qualsiasi disputa concernente un investimento.

Any dispute concerning investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party [...] shall at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted for arbitration.⁷⁸

Si tratta di una formulazione estremamente ampia e inclusiva, che amplifica enormemente la portata del consenso e sostanzia il diritto alla tutela procedurale dell'investimento. L'ICSID è indicata come la sede d'elezione per la risoluzione arbitrale di queste dispute; in alternativa, le due parti possono concordare la risoluzione della controversia presso un tribunale arbitrale *ad hoc*, sotto gli auspici delle Regole Arbitrali della Commissione delle Nazioni Unite sulla Legge Commerciale Internazionale (UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law). In ogni caso, la possibilità per l'investitore di risolvere il contenzioso in una sede arbitrale internazionale non è contestabile da parte del paese ospitante e la sentenza di questa corte è definitiva e vincolante. Le uniche restrizioni a questa comprensiva previsione giudiziaria sono la richiesta di rispettare un periodo d'attesa di sei mesi dal sollevamento della controver-

⁷⁵ BIT Cina-Germania, cit., art. 3(2).

⁷⁶ BIT Cina-Germania, cit., protocollo, art. 3 (ad articoli 2 e 3).

⁷⁷ BIT Cina-Germania, cit., art. 1(1).

⁷⁸ BIT Cina-Germania, cit., art. 9(1, 2).

sia per tentare una risoluzione amichevole tramite consultazioni, e, nel caso di dispute in cui la Cina compaia come *host state*, l'obbligo di esaurire la nuova Procedura di Revisione Amministrativa cinese. È questo un meccanismo di valutazione interna della legittimità e dell'efficienza dell'operato delle autorità pubbliche e degli uffici amministrativi cinesi nei casi che coinvolgono investitori esteri; si tratta di un sistema concepito, quindi, a beneficio e non a detrimento di questi ultimi.

2.3 L'approccio bilanciato del nuovo modello di BIT. Il BIT Canada-Cina

Molti commentatori, a buon diritto, vedevano in queste aperture e in questa inedita disponibilità al confronto giuridico internazionale il segno di un ormai incontrovertibile processo di liberalizzazione nella gestione dei flussi di FDI in Cina; cosa che l'attesa stipulazione di un BIT con gli Stati Uniti, tradizionalmente fautori di una politica liberale in materia d'investimenti esteri, avrebbe dovuto confermare. La recentissima firma di alcuni trattati, tra i quali l'accordo sino-canadese⁷⁹, che analizzeremo da vicino, ha, tuttavia, costretto a rivedere questi prematuri pronostici. L'ultima, recentissima fase della politica cinese di protezione degli investimenti non si pone, infatti, come la naturale prosecuzione delle aperture della fase precedente, ma rappresenta, piuttosto, il più sofisticato e maturo tentativo di ricomporre interessi crescentemente eterogenei. Come vedremo meglio trattando dell'approccio strumentale della Cina ai trattati bilaterali per gli investimenti per tutelare i propri interessi duali da *home country* e da *host country* in sede giudiziaria⁸⁰, questo nuovissimo modello di BIT si propone, attraverso una strutturazione molto più complessa ed articolata di quella dei precedenti, di realizzare un difficile contemperamento dei diritti alla tutela dell'investitore e dei diritti di controllo del paese d'investimento. Ne risultano accordi in cui a previsioni liberali fanno da contrappeso altrettante misure restrittive, in un delicato equilibrio di posizioni⁸¹.

Vediamo nel dettaglio alcune previsioni particolarmente significative del recentissimo accordo tra Cina e Canada.

Fra le misure sostanziali garantite agli investitori figura naturalmente il FET, il

⁷⁹ *Agreement between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments* (d'ora in avanti abbreviato in BIT Canada-Cina), Vladivostok, 9 Settembre 2012, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_china.pdf.

⁸⁰ Vedi parte 2, cap. 2.2.

⁸¹ Trattandosi di un trend tanto recente da poter essere ascritto all'attualità politico-economica della Cina, le conclusioni qui tratte e le previsioni formulate risentono della parzialità e incertezza che inevitabilmente caratterizzano l'analisi di realtà fluide, in divenire. [n.d.a.]

trattamento giusto ed equo⁸² – concetto, come abbiamo visto, piuttosto ambiguo, passibile delle più svariate spiegazioni e, pertanto, spesso invocato dagli investitori che lamentano presunte violazioni. Per limitarne, quindi, la portata e per non lasciarne l'interpretazione a soggetti terzi, gli stati contraenti l'hanno definito in un paragrafo aggiuntivo come lo standard internazionale minimo di trattamento, connotandolo, quindi, in senso marcatamente restrittivo e poco oneroso per il paese d'investimento.

The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” [...] do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the international law minimum standard of treatment of aliens as evidenced by general State practice accepted by law.⁸³

Allo stesso modo, il trattamento nazionale⁸⁴ è, sì, garantito agli investitori esteri, ma limitato alla fase post-investimento. I trattati bilaterali sottoscritti dalla Cina appartengono, infatti, tutti al cosiddetto *admission model*, che - contrariamente al *pre-establishment model* sostenuto, ad esempio, dagli Stati Uniti - prevede che tutte le tutele e garanzie previste dall'accordo entrino in vigore soltanto una volta che l'investimento è stato ammesso nel Paese. Quello di decidere dell'ammissione o meno dell'investimento resta, invece, un diritto discrezionalmente esercitato dallo *host state*, il che conferisce a quest'ultimo un importante potere di controllo sugli investimenti in entrata, soprattutto nei settori più sensibili dell'economia. Nell'accordo tra Cina e Canada l'unica garanzia fornita agli investitori nella fase pre-ammissione è, quindi, la clausola della nazione più favorita.

Quanto alle previsioni circa l'espropriazione, diretta e indiretta, gli investitori sono garantiti contro questa pratica, salvo che per casi in cui la suddetta misura sia adottata per motivi di pubblica utilità, conformemente alle previsioni legislative nazionali, in maniera non discriminatoria e dietro il pagamento di un indennizzo⁸⁵. Anche qui, però, un'aggiuntiva chiarificazione della previsione interviene a limitarne la portata e a bilanciare diritti e doveri delle due parti. In un allegato all'accordo si legge, infatti, che determinare se una misura adottata dal paese ospitante costituisca o meno un'espropriazione indiretta richiede un'analisi caso per caso, che tenga conto

⁸² *BIT Canada-Cina*, cit., art. 4(1).

⁸³ *BIT Canada-Cina*, cit., art. 4(2).

⁸⁴ *BIT Canada-Cina*, cit., art. 6.

⁸⁵ *BIT Canada-Cina*, cit., art. 10(1).

dell'interazione di una serie di variabili⁸⁶. Soltanto in rari casi misure applicate in buona fede e su base non discriminatoria per la protezione di legittimi interessi pubblici costituiranno un'espropriazione indiretta.

Except in rare circumstances, such as if a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, a non-discriminatory measure or series of measure of a Contracting Party that is designed and applied to protect the legitimate public objectives for the well-being of citizens, such as health, safety and the environment, does not constitute indirect expropriation.⁸⁷

Questa precisazione appare piuttosto tollerante di eventuali interferenze dello stato ospitante, e sembrerebbe avallare un ampio spettro di possibili azioni regolative⁸⁸.

Il mutamento, forse, più significativo riguarda una previsione sostanziale, ma con profondissime ripercussioni giudiziarie: la clausola MFN, della nazione più favorita. Oltre a non applicarsi, come di consueto, nel caso di trattamenti preferenziali accordati a paesi terzi in virtù dell'esistenza di zone di libero commercio o di unioni doganali, la portata della MFN è circoscritta in questa nuova fase da una limitazione dalle notevoli conseguenze: per esplicita dichiarazione non si estende ad eventuali meccanismi di risoluzione delle controversie più liberali, eventualmente contenuti in altri accordi; non copre cioè l'aspetto procedurale della protezione, ma soltanto quello sostanziale.

For greater certainty, the "treatment" referred to in paragraphs 1 and 2 of this Article does not encompass the dispute resolution mechanisms [...] in other international investment treaties and other trade agreements.⁸⁹

L'importanza di questa riserva va apprezzata alla luce dell'annoso dibattito circa la legittimità o meno del richiamo alla clausola della nazione più favorita per eludere le sfavorevoli condizioni d'accesso alla risoluzione arbitrale delle controversie contenute nei BIT di vecchia generazione, o, addirittura, per introdurre *ex novo* il consenso all'arbitrato nei trattati che non lo prevedevano. Inserendo per la prima volta questa

⁸⁶ BIT Canada-Cina, cit., appendice B10(2).

⁸⁷ BIT Canada-Cina, cit., appendice B10(3).

⁸⁸ John W. BOSCARIOL, Simon V. POTTER, Brenda C. SWICK, Robert GLASGOW, *A Primer on the New China-Canada Bilateral Investment Treaty*, in "McCarthy Tetrault", 2012, http://www.mccarthy.ca/article_detail.aspx?id=6023, 28 giugno 2013.

⁸⁹ BIT Canada-Cina, cit., art. 5(3).

precisazione in un trattato, la Cina ha accolto le richieste di quanti chiedevano che la stessa MFN esplicitasse, per chiarezza, i propri limiti, e ha, così, chiaramente manifestato il proprio rifiuto ad acconsentire a che gli investitori di ogni paese, appellandosi all'interazione della clausola della nazione più favorita contenuta nei propri BIT con le previsioni procedurali estremamente liberali dei BIT di seconda generazione, possano avere facilmente accesso all'arbitrato internazionale.

Alla vera e propria protezione procedurale dell'investimento è, poi, dedicata un'intera parte dell'accordo, la Parte C, che stabilisce un meccanismo per la risoluzione delle controversie. Mentre la generale portata del consenso alla risoluzione arbitrale resta relativamente ampia, alcune inedite limitazioni e obbligazioni ne riducono la praticabilità rispetto alla generazione precedente di BIT. In primo luogo, nel caso in cui l'investimento riguardi un istituto finanziario, la possibilità di portare la disputa davanti a una corte arbitrale internazionale è limitata a controversie riguardanti espropriazioni e trasferimenti⁹⁰. In secondo luogo, alcune onerose obbligazioni procedurali sono state introdotte. Innanzitutto, i tempi d'attesa per la presentazione del reclamo si sono allungati e al periodo d'attesa di sei mesi a partire dalla violazione contestata si è aggiunto un ulteriore periodo di quattro mesi, che devono necessariamente decorrere dalla notifica scritta dall'investitore allo *host state* dell'intenzione di presentare il reclamo. L'investitore è, inoltre, tenuto a percorrere in prima istanza la via della risoluzione della disputa presso le corti nazionali della controparte; soltanto laddove la disputa ancora non sia stata appianata a quattro mesi di distanza dall'inizio del procedimento in questa sede, il ricorrente ha titolo a rivolgersi a un tribunale arbitrale internazionale⁹¹.

Infine, alcune eccezioni generali sono inserite in coda al trattato, per esonerare, ad esempio, dall'applicazione di tutte le misure previste eventuali investimenti in settori particolarmente sensibili - come l'industria della cultura - così da garantire, ad esempio, al paese d'investimento ampia libertà nell'adozione di misure per la protezione ambientale, e da legittimare manovre a protezione dei risparmiatori nazionali e a garanzia della stabilità del sistema finanziario domestico. Queste esclusioni sono pensate per riequilibrare le posizioni d'investitore e paese d'investimento, consolidando il potere regolatore dello *host state*, tradizionalmente la parte cui, nell'ottica della promozione degli investimenti, sono richieste da questo tipo di accordi le concessioni più onerose.

⁹⁰ *BIT Canada-Cina*, cit., art. 20(1b).

⁹¹ *BIT Canada-Cina*, cit., appendice C21(1).

3. Altri tribunali internazionali

Come anticipato, il processo di apertura della Cina alla giustizia internazionale non ha uniformemente interessato tutti i settori del diritto e l'atteggiamento cinese verso le corti sovranazionali che si propongono di condizionare le decisioni geopolitiche degli stati membri resta decisamente improntato alla chiusura. All'origine di questa disposizione negativa sta la tradizionale sensibilità cinese al tema della sovranità, soprattutto territoriale, che rende inaccettabile l'ipotesi di sottoporre al giudizio di organismi extranazionali le proprie rivendicazioni, su Taiwan, ad esempio, sulle isole Diaoyu e su svariati territori nel Mar Cinese Meridionale. Questa ferma opposizione all'intromissione delle corti internazionali nei conflitti territoriali fra paesi è stata di recente ribadita dal governo di Pechino con l'aperta denuncia del tentativo della Corte Criminale Internazionale (ICC, International Criminal Court) di definire il crimine di "aggressione", in occasione della prima conferenza per la revisione dello Statuto di Roma (Kampala, 2010). Per sottrarsi, quindi, al giudizio di queste corti, la Cina, da un lato, evita di sottoscrivere qualsiasi convenzione che conferisca loro la giurisdizione obbligatoria sulla decisione delle dispute relative e, dall'altro, si dichiara non vincolata alla risoluzione di eventuali controversie in queste sedi, in tutti i casi di accordi che lascino questa decisione alla discrezione dello stato membro.

Verifichiamo questo comportamento della Cina in due casi significativi: l'accettazione solo parziale della giurisdizione dei tribunali istituiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare⁹² e le riserve all'adesione alla Corte Internazionale di Giustizia.

L'UNCLOS, entrata in vigore nel 1994, è un trattato che definisce diritti e responsabilità dei diversi attori internazionali nell'utilizzo dei mari, coprendo un ampio spettro di tematiche - dal controllo sulle acque territoriali e sui fondali marini, all'estensione delle zone economiche, passando per la questione ambientale e la gestione delle risorse naturali. La convenzione prevede un set di opzioni per la risoluzione delle controversie: le parti in causa possono accordarsi sulla remissione della disputa al Tribunale internazionale per la Legge del Mare (ITLOS, International Tribunal for the Law of the Sea), alla Corte Internazionale di Giustizia, o ad un tribunale arbitrale. Se le parti in causa non

⁹² UN, United Nations Convention on the Law of the Sea (d'ora in avanti abbreviato in UNCLOS), 10 Dicembre 1982, disponibile a http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/UNCLOS-TOC.htm.

riescono a concordare una procedura condivisa per la risoluzione della controversia, scatta, allora, l'obbligo dell'arbitrato⁹³.

La Cina ha aderito all'UNCLOS nel 1996 e, al momento dell'accesso, ha esercitato il diritto, concesso dalla convenzione a ogni stato costiero, di limitare, per *rationae materiae*, il tipo di dispute in merito alle quali è disposta ad accettare la giurisdizione arbitrale obbligatoria⁹⁴, escludendo, in particolare, problemi concernenti la definizione dei confini marittimi, alcune attività militari o misure in applicazione di decisioni del Consiglio di Sicurezza. I principali conflitti che contrappongono la Cina ai suoi vicini - concernenti, come è noto, per la maggior parte questioni di definizione dei confini marittimi - sono, quindi, sottratti alla competenza giurisdizionale di qualsiasi sede giudiziaria e arbitrale prevista dall'UNCLOS, dal momento che la loro remissione al giudizio di queste corti necessiterebbe dell'improbabile consenso della Cina dopo che la disputa è sorta. Quand'anche la Cina desse il suo consenso alla risoluzione della disputa sotto gli auspici dell'UNCLOS, opterebbe molto probabilmente per un arbitrato piuttosto che per un processo presso l'ITLOS, così da avere la possibilità di nominare almeno uno dei giudici arbitri⁹⁵.

Un caso recentissimo conferma questo *pattern* di partecipazione limitata della Cina all'UNCLOS. Nel gennaio di quest'anno, le Filippine hanno formalmente denunciato in questa sede le rivendicazioni cinesi su quello che, significativamente, i due paesi chiamano rispettivamente Mare delle Filippine Occidentali e Mar Cinese Meridionale. Queste rivendicazioni, che si basano sulle zone d'influenza create dalle "nove linee di demarcazione marittima" di Chiang Kai Shek⁹⁶, riporterebbero gran parte delle acque di questo mare sotto il controllo del governo di Pechino, defraudando, così, le Filippine dell'80% della loro zona economica esclusiva e del 100% del prolungamento della loro piattaforma continentale⁹⁷. Sostenendo l'illegittimità della posizione cinese secondo la legge internazionale, le Filippine hanno chiesto la decisione di questa controversia attraverso un procedimento arbitrale in sede UNCLOS, ma la Cina, forte dell'opzionalità del consenso, ha rifiutato di prendere parte a questo processo. Queste le dure parole

⁹³ UNCLOS, cit., parte XV.

⁹⁴ UNCLOS, cit., art. 298.

⁹⁵ KU, "China and the Future of International Adjudication", cit., pag. 166.

⁹⁶ Nel 1947 Chiang Kai Shek tracciò undici linee tratteggiate sulla cartina del Mar Cinese Meridionale, affermando la sovranità della Repubblica di Cina sulle acque e sui territori all'interno di questi confini immaginari. Nel 1949, la RPC fece propria questa rivendicazione, eliminando, però, due delle undici linee originarie. [n.d.a.]

⁹⁷ Jojo MALIG, *Carpio: China Claim Illegal under UNCLOS*, in "ABS-CBN News", 2013, <http://www.abs-cbnnews.com/focus/05/23/13/carpio-china-claim-illegal-under-unclos>, 17 luglio 2013.

pronunciate in proposito al rifiuto cinese dal direttore del China Maritime Studies Institute del Naval War College degli Stati Uniti, Peter Dutton:

China has refused international law because they know it does not support their claims. States deviate from international norms when [these] does not meet their objectives and have power to shield selves from non-compliance.⁹⁸

Secondo la Convenzione, l'UNCLOS ha titolo per procedere all'istituzione di un tribunale arbitrale e alla decisione della disputa anche senza la partecipazione della Cina, cosa che sarebbe, tuttavia, di dubbia efficacia, dal momento che la sentenza emessa nell'ambito di un processo unilaterale non ha natura vincolante per la parte che si sottrae al processo stesso. La non compiacenza della Cina verso il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'UNCLOS ne ha, quindi, svelato la relativa inefficacia, minandone gravemente l'autorevolezza⁹⁹.

Ancora più restrittivo è, se possibile, l'approccio cinese alla Corte Internazionale di Giustizia. L'ICJ è l'istituto giudiziario delle Nazioni Unite, creato nel 1945 dallo Statuto delle Nazioni Unite, con il compito di risolvere dispute presentate dagli stati membri e di fornire opinioni consultive su questioni sottoposte da agenzie e organismi internazionali autorizzati e dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha il potere di decidere l'applicazione obbligatoria delle sentenze della Corte, ma l'efficacia di questo meccanismo di *enforcement* è sensibilmente minata dal diritto di cui gode ognuno dei cinque membri permanenti del consiglio di opporvi il proprio veto. Fu soltanto nel 1985 che la RPC, nel quadro della più generale revisione della propria tradizionale politica di non partecipazione alla giustizia internazionale, nominò un proprio membro all'ICJ. Nonostante questa parziale apertura, la Cina continua, però, a rifiutare la giurisdizione obbligatoria di questa corte e, all'atto della ratifica della Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati nel 1997, ha chiesto e ottenuto un esonero dall'Art. 66, sulla remissione delle dispute all'ICJ.

L'atteggiamento cinese verso questo tipo di tribunali, se, in parte, è frutto dell'originale, tradizionale sensibilità della Cina ai temi della sovranità nazionale e della

⁹⁸ Peter DUTTON, discorso pronunciato in occasione di una conferenza del Centro per Studi Strategici e Internazionali, Washington, 2013. Cit. in Jojo MALIG, *UNCLOS Does Not Support China's Claims, US Naval Expert Says*, in "ABS-CBN News", 2013, <http://www.abs-cbnnews.com/focus/06/06/13/unclos-does-not-support-chinas-claims-us-naval-expert-says>, 17 luglio 2013.

⁹⁹ Julian KU, *Goodbye UNCLOS Dispute Settlement? China Walks Away from UNCLOS Arbitration with the Philippines*, in "Opinio Juris Blog", 2013, <http://opiniojuris.org/2013/02/19/goodbye-unclos-dispute-settlement-china-walks-away-from-unclos-arbitration-with-the-philippines/>, 17 luglio 2013.

giustizia sovranazionale, d'altra parte è pienamente in linea con la posizione dell'altra grande potenza mondiale, gli Stati Uniti. Come la Cina, gli Stati Uniti non accettano, infatti, la giurisdizione obbligatoria dell'ICJ, ma si riservano la possibilità di decidere se accordare o meno il proprio consenso sulla base di analisi caso per caso e, mostrando una disposizione ancora meno conciliante della Cina sulle questione geopolitiche, non hanno, inoltre, aderito - nemmeno con riserva - all'UNCLOS. Come la Cina, prediligono la soluzione arbitrale delle dispute ai processi in tribunali internazionali costituiti, e, mentre sostengono caldamente la risoluzione internazionale delle controversie su temi economici, la evitano e talvolta persino denunciano in altri contesti. Alla luce del modello offerto dagli Stati Uniti, il professor Su Xiaohong ha invitato la RPC alla cautela nell'abbandono delle attuali riserve verso questo tipo di tribunali, e ha suggerito che il governo analizzi attentamente le ragioni che spingono le altre grandi potenze alla stessa ritrosia, prima di decidere di vincolarsi all'accettazione della giurisdizione obbligatoria di altre corti internazionali¹⁰⁰.

Il quadro non è, tuttavia, monocromatico ed è doveroso dare conto di alcuni, seppur timidi, segnali di disponibilità a una relativa apertura alla giustizia internazionale anche in ambiti politicamente delicati. Nel 2009, in occasione del procedimento consultivo dell'ICJ sulla questione del Kosovo, Han Xueqin, il giudice appuntato alla corte dalla RPC, ha rilasciato, per la prima volta nella storia della partecipazione della Cina a questo tribunale, una dichiarazione orale, in cui sottolineava l'importanza riconosciuta dalla Cina all'opinione consultiva della Corte e il rispetto nutrito per la sua autorità nel campo della legge internazionale.

The Chinese Government attaches importance to the advisory opinion of the Court on the question of Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo. [...] Although this is the first time for the People's Republic of China to participate in the proceedings of the Court, the Chinese Government has always held great respect for the authority and importance of the Court in the field of international law.¹⁰¹

¹⁰⁰ SU Xiaohong 苏晓宏, "Daguo Weishenme bu Xihuan Guoji Sifa" 大国为什么不 喜欢国际司法, (Perché alle Grandi Potenze non Piace la Giustizia Internazionale), *Legal Science Monthly*, 11, 2003, p. 8. Cit. in KU, "China and the Future of International Adjudication", cit., pp. 169-170.

¹⁰¹ XUE Hanqin, dichiarazione orale rilasciata il 16 aprile 2009, nel corso del procedimento consultivo della ICJ sulla questione del Kosovo. Cit. in Dapo AKANDE, *Is China Changing its Views of International Tribunals?*, in "Blog of the European Journal of International Law", 2010, <http://www.ejiltalk.org/is-china-changing-its-view-of-international-tribunals/>, 04 luglio 2013.

Parte 2 - Cause e obiettivi dell'apertura al confronto giuridico: il difficile bilanciamento d'interessi complessi

La *ratio* della progressiva, seppur discontinua e disomogenea, apertura della Cina al confronto giuridico internazionale fin qui descritta non può chiaramente essere ricondotta a un solo movente, univoco e di facile lettura, al cambiamento. Questo costante riposizionamento sulla scacchiera del sofisticato gioco delle relazioni internazionali è, piuttosto, il prodotto complesso di un numero imprecisato di fattori eterogenei, dell'interagire e del confondersi di condizioni ambientali date e di precise strategie nazionali, di pressioni esterne e di interessi domestici, di obiettivi dichiarati e di cause latenti.

In primo luogo, il crescente coinvolgimento della Cina nei meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie va ascritto alla variabile indipendente dei mutamenti che costantemente intervengono a modificare il contesto in cui il Paese si trova ad agire, mischiando le carte del gioco delle relazioni multilaterali. Il mutamento in questione è il sensibile aumento, negli ultimi anni, del numero assoluto di casi iniziati contro la Cina, che il Paese non può esimersi dal gestire.

Nel caso delle dispute commerciali sollevate in sede WTO, complice di questo aumento è stato il giungere al termine dei *phase-in period* che dovevano gradualizzare le riforme richieste al Paese come prezzo dell'ammissione all'organizzazione, dilazionando l'entrata in vigore degli impegni assunti. Venuto meno questo esonero temporaneo, le sfavorevoli condizioni d'accesso del Paese hanno, infine, iniziato a pesare sulla bilancia dei casi intentati, sostanziando e legittimando estese rivendicazioni e, quindi, estesi reclami da parte dei partner commerciali della Cina. Se accettiamo la già citata ipotesi per cui il numero di dispute in cui un paese è coinvolto sarebbe legato al volume del commercio che il paese stesso intraprende¹⁰², appare naturale che, una volta rimossa la distorsione menzionata, la Cina - come le altre potenze commerciali a cui va ascritta una considerevole quota del commercio mondiale - sia tra i paesi più frequentemente citati davanti ai *panel* WTO.

Anche in sede ICSID è bene che la Cina si prepari sia a sedere più di frequente al banco degli imputati, sia a sostenere un crescente numero d'investitori nazionali nelle loro rivendicazioni contro paesi esteri d'investimento. I numerosissimi investimenti esteri in entrata e in uscita dalla Cina negli ultimi anni cominciano, infatti, in molti casi a

¹⁰² Vedi nota 31.

necessitare di protezione giuridica. Al contempo e in risposta a questa esigenza, il potenziamento delle garanzie di tutela in sede arbitrale internazionale offerte dalla Cina con i trattati d'investimento di seconda generazione, soprattutto se esteso anche a trattati precedenti per effetto della clausola della nazione più favorita, fornisce agli investitori uno sfogo giuridico per i propri reclami. Dopo due decenni di tranquillità, il 2012 ha, in effetti, portato alla Cina i primi due casi ICSID: il primo iniziato da un investitore estero contro la Cina come *host state*; il secondo intentato da un investitore nazionale contro un paese estero d'investimento. Soprattutto nel caso in cui le corti arbitrali dell'ICSID dovessero dimostrarsi in questi anni particolarmente inclini ad assecondare le rimostranze degli investitori, sarebbe lecito aspettarsi nel futuro prossimo un importante incremento delle dispute relative a investimenti qui intentate e un conseguente maggiore coinvolgimento della Cina nelle attività di questo centro.

Intervengono, poi, a influenzare la progressiva apertura del Paese una serie di spinte e dinamiche interne. Di una certa importanza, ad esempio, l'acquisizione delle competenze tecniche necessarie a sostenere un processo in condizioni di parità rispetto alle controparti. Attraverso una fase iniziale di osservazione e assimilazione delle complesse regole e dei sofisticati meccanismi procedurali della risoluzione delle controversie nei fori internazionali, attraverso l'incoraggiamento di un numero crescente di propri cittadini a lavorare all'interno degli organi giudiziari internazionali – uno su tutti il Segretariato della WTO -, e attraverso la creazione in seno alla nazione di centri di consultazione sulle attività della WTO, la Cina ha creato, in un tempo relativamente breve, un pool di esperti del diritto internazionale, capaci di difendere con efficacia e perizia i diritti della nazione nei fori multilaterali. Questa acquisita preparazione ha di certo contribuito a renderla più sicura e più incline ad accettare il confronto giudiziario.

Ulteriori incentivi all'adozione di una linea più assertiva nell'arena giuridica internazionale sono alcune considerazioni di carattere commerciale. Non soltanto, in via generale, l'aumentato peso economico della Cina, incrementando proporzionalmente il suo peso negoziale, l'ha resa più sicura nel confronto, ma, più nello specifico, sembra aver paradossalmente contribuito a questo effetto anche il recente trend di riduzione del surplus commerciale del Paese. Secondo l'interessante analisi di Henry Gao¹⁰³, basata sull'esperienza delle due potenze asiatiche di Giappone e Corea, infatti, un paese che registri un consistente surplus commerciale con i propri partner sarebbe disincentivato

¹⁰³ Henry S. GAO, "Aggressive Legalism: The East Asian Experience and Lessons for China", in Henry S. GAO, Donald LEWIS (a cura di), *China's Participation in the WTO*, London, Cameron May, 2005, pp. 350-351

dall'utilizzare con spregiudicatezza a proprio vantaggio i meccanismi giuridici multilaterali, per evitare i rischi politici di inasprire, così facendo, le difficoltà economiche delle controparti e di diventare, quindi, il bersaglio del loro malcontento interno. Quando, invece, il surplus si trasforma in deficit, all'effetto del venir meno di questo deterrente si aggiunge l'incentivo della pressione domestica sul governo per una difesa efficace degli interessi nazionali attraverso un approccio legalistico più risoluto. L'impegno alla riduzione del proprio livello tariffario, assunto dalla Cina al momento dell'accesso alla WTO, doveva verosimilmente determinare un aumento del volume d'importazioni nel Paese, mentre numerose misure discriminatorie contenute nel Protocollo d'Accesso erano intese a limitarne gli export. L'effetto atteso della combinazione di questi due fattori doveva essere il desiderato riequilibrio della bilancia commerciale della Cina. In effetti, a soddisfazione di queste aspettative, complice anche la riduzione della domanda mondiale, e quindi delle esportazioni cinesi, e l'aumento in Cina della richiesta di import di beni per la realizzazione di vasti progetti infrastrutturali, il surplus commerciale del Paese sta facendo registrare un lento declino¹⁰⁴. Se la Cina si conformerà alla linea di condotta tenuta prima di lei dai suoi vicini, questo trend dovrebbe risultare in un più deciso ricorso ai meccanismi sovranazionali di risoluzione delle controversie nel futuro prossimo.

Un altro importante motore del cambiamento è l'a lungo invocato e finalmente, almeno in parte, realizzato coordinamento fra governo e settore privato. Le aziende cinesi giocano, infatti, un ruolo sempre più determinante nell'individuazione di quelle violazioni della legge internazionale da parte di paesi esteri che più vanno a detrimento degli interessi nazionali e nell'esercizio di forti pressioni sul governo affinché le confronti per via giudiziaria.

Nel caso *WTO European Union — Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China*¹⁰⁵, ad esempio, fu il settore calzaturiero cinese a spingere per la presentazione del caso. Quando nel 2009 il Consiglio Europeo approvò la proposta di estensione per altri quindici mesi del periodo di validità dei dazi antidumping originariamente imposti nel 2006, per un periodo di due anni, su alcune calzature di pelle di origine cinese, i grandi calzaturifici cinesi, gravemente danneggiati da questa misura, collaborarono alla stesura dei documenti necessari all'avviamento del processo giudiziario in sede WTO ed

¹⁰⁴ *China Balance of Trade*, in "Trading Economics", 2003, <http://www.tradingeconomics.com/china/balance-of-trade>, 22 luglio 2013.

¹⁰⁵ WTO, *European Union — Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China*, DS405, richiesta di consultazione ricevuta il 4 Febbraio 2010, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds405_e.htm.

esortarono il governo a portare il caso di fronte ai *panel* WTO e alla Corte Europea di Giustizia (ECJ, European Court of Justice)¹⁰⁶.

Nell'ambito degli investimenti esteri, allo stesso modo, è sempre più stretto il rapporto di collaborazione tra il governo cinese e i grandi investitori nazionali. Come vedremo più avanti¹⁰⁷, quando nel 2008 l'assicuratore cinese Ping'an contabilizzò una perdita di circa 15,7 miliardi di yuan, a seguito della nazionalizzazione della compagnia finanziaria europea Fortis, di cui deteneva una quota del 5%, la compagnia assicurativa e il Ministero del Commercio cinese (MOFCOM, Minister of Commerce) agirono d'accordo per chiedere un indennizzo al governo belga; azione che sarebbe, poi, sfociata qualche anno più tardi nella registrazione del primo caso ICSID iniziato da un investitore cinese¹⁰⁸.

Secondo alcuni autori, poi, all'origine di questo maggior coinvolgimento nei meccanismi sovranazionali di risoluzione delle controversie ci sarebbe la volontà del governo cinese di manifestare simbolicamente il proprio rispetto delle regole internazionali e la propria fiducia nelle istituzioni giuridiche multilaterali e forse, addirittura, nella *western legal tradition* di cui sono espressione¹⁰⁹.

Dato questo complesso amalgama di istanze e forze in gioco, tenteremo qui l'esercizio di isolare tre fattori del cambiamento particolarmente significativi: il fattore socio-culturale, il movente dell'utilitarismo economico e il desiderio della Cina di esercitare un grado di *governance* globale proporzionale al proprio peso economico. A questo tipo di esame è necessario accostarsi con la chiara coscienza che questa schematizzazione non è che un'approssimazione funzionale alla nostra analisi, che i confini fra queste tre aree sono una costruzione artificiale e labile e che ognuno di questi tre elementi non ha alcun valore esegetico in sé, ma ne acquista soltanto nell'interazione con gli altri.

Vedremo che da ognuno di questi tre punti di vista, l'atteggiamento della Cina, mutato e in continuo divenire, e la direzione in cui la muovono le sue politiche, strategie e decisioni, si spiegano come l'ambizioso tentativo di ricomporre con flessibilità e pragmatismo gli eterogenei, e spesso contraddittori, interessi, interni ed esterni, di quelli che Ronal Brown definisce "*una terra e un popolo di contrasti*"¹¹⁰.

¹⁰⁶ XINHUA, "China Shoemakers Call for Appeal against EU's Extension of Anti-dumping Duties", 2009, http://news.xinhuanet.com/english/2009-12/27/content_12708125.htm, 20 luglio 2013.

¹⁰⁷ Vedi parte 2, cap. 2.2.2.

¹⁰⁸ Eadie CHEN, "Ping An Seeks Beijing's Help over Nationalization of Fortis", *The New York Times*, 28 ottobre 2008.

¹⁰⁹ CHI, "China's Participation in WTO Dispute Settlement...", cit., p. 38.

¹¹⁰ Ronald C. BROWN, "The Role of the Legal Environment in Doing Business in the People's Republic of China", *International Business in China*, 63, 1993, p. 63. Cit. in CHANDLER, "BITs, MFN Treatment and the PRC...", cit., p. 1301. (Traduzione mia)

The People's Republic of China [...] has been called "a land and people of contrasts". China is something of a dichotomy as it seeks to entice foreign trade and investment with its sweet siren songs of economic benefits, while at the same time somewhat petulantly seeking to regulate the contact and the degree of influence. [...] Indeed, many of the terms the Chinese use to describe their country and its evolving economic, social, and political structures are seemingly oxymoronic or paradoxical.¹¹¹

1. Il fattore socio-culturale. Il superamento della concezione della lite come fallimento sociale

Per inquadrare l'analisi nel contesto socio-culturale che le è proprio, va detto, innanzitutto, che la crescente disponibilità della Cina al confronto giuridico internazionale è il risultato del progressivo superamento della contraddizione fra la tradizionale percezione confuciana della lite come momento di negazione violenta dell'armonia sociale e la moderna necessità politica di trovare efficaci modalità di gestione delle relazioni tra paesi.

I Paesi dell'Asia Orientale, e la Cina fra di essi, fino ad un passato recente avevano – e a buon motivo – fama di essere "contendenti riluttanti"¹¹², di preferire, cioè, la risoluzione delle controversie fra paesi per via stragiudiziale, negoziale e conciliativa, alla modalità processuale. Secondo alcuni commentatori, questa resistenza areale al confronto giuridico sarebbe il retaggio della comune, millenaria influenza della cultura confuciana e del sistema valoriale ad essa connesso.

This reluctance has been stated as [...] reflecting the East Asian cultural aversion to open conflicts and legal settlements as they still cling to their non-litigious tradition of the past.¹¹³

L'ideale dell'universo confuciano è un ordine armonioso di relazioni familiari, sociali, fra popoli diversi e fra uomo e Natura, un mosaico organizzato secondo un dise-

¹¹¹ CHANDLER, "BITS, MFN Treatment and the PRC...", cit., pp. 1301-1302.

¹¹² Ichiro ARAKI, "Beyond Aggressive Legalism: Japan and the GATT/WTO Dispute", in Mitsu Matsushita & Dukgeun Ahn (a cura di), *WTO and East Asia: New Perspectives*, Londra, Cameron, 2004, p. 15. Cit. in GAO, "Aggressive Legalism: The East Asian Experience...", cit., p. 316.

¹¹³ THOMAS, "China and the WTO Dispute Settlement System...", cit., p. 495.

gno concentrico espansivo, in cui ogni tassello, riconoscendo e rispettando la propria collocazione nella struttura superiore, contribuisce alla realizzazione del *Dao* (道), l'equilibrio ultimo di tutte le cose. A garantire che nessuno trascenda il ruolo che gli è assegnato, coincidente, in ultima analisi, con la sua identità stessa, e che regni ovunque la coerenza tra essere e agire necessaria alla conservazione dell'ordine sociale, non interviene la legge scritta, coercitiva e punitiva, il *Fa* (法), bensì un complesso di regole morali, il *Li* (礼), cristallizzate in rituali, in rigide indicazioni operative che guidano ognuno al corretto agire in ogni circostanza.

Data questa concezione di un ordine sociale armonico, la cui realizzazione passa per l'accettazione da parte dei singoli del loro ruolo e per la rinuncia alla ricerca dell'interesse individuale a detrimento dell'equilibrio del sistema, la lite, l'interruzione brutale del fluido procedere delle relazioni - a qualsiasi livello avvenga, fra familiari, fra cittadini o fra stati - rappresenta un momento di lacerazione e sconfitta su due piani. È, da un lato, espressione del fallimento sociale del progetto e della responsabilità collettiva della conservazione dell'armonia, *He* (和). Dall'altro, è il segno della violenza individuale del travalicamento del proprio ruolo da parte di un singolo che ricerca la "massimizzazione del proprio utile a spregio degli interessi dell'altra parte"¹¹⁴, in violazione del principio della rinuncia in favore del prossimo, *Rang* (让).

Nella tradizione confuciana, la necessaria ricomposizione di questa frattura e il ripristino dell'equilibrio delle relazioni non può passare per l'avallo di un meccanismo di conflittualità esasperata, come quello di un contenzioso in cui ognuna delle parti si faccia scudo di una legge rigida, coercitiva e vincolante per far valere la propria ragione su quella della controparte. Al contrario, l'unica modalità legittima di soluzione del conflitto è il ricorso a un processo di conciliazione, che, attraverso pratiche di consultazione amichevole, di compromesso e mediazione, pervenga a una soluzione soddisfacente per tutte le parti in causa. Va detto che questo approccio conciliativo non era scevro dalla previsione di un certo grado di coercizione: non la forza coattiva di una legge vincolante, ma il potere esortativo della persuasione morale. Secondo una massima attribuita allo stesso Confucio, infatti, la risoluzione ideale di una controversia si troverebbe tramite la persuasione morale e l'accordo e non sotto coercizione.

¹¹⁴ Rossella ORFEO, *Le Origini della Conciliazione in Cina: il Pensiero Confuciano*, in "Associazioni Mediatori e Conciliatori Italiani", 2012, <http://www.mediatoriconciliatori.it/allegati/LE%20ORIGINI%20DELLA%20CONCILIAZIONE%20IN%20CINA149Le%20o.pdf>, 22 luglio 2013.

Di qui la tradizionale preferenza dei paesi asiatici di cultura confuciana per meccanismi stragiudiziali, amichevoli e conciliativi di risoluzione delle controversie, sia quelle fra singoli individui, sia quelle fra collettività e stati. Tale impostazione si rifletteva, e si è riflessa fino a un passato molto recente anche sulla concezione che questi paesi - e in particolare la Cina, che del confucianesimo è stata la culla - avevano della gestione delle relazioni internazionali, alimentando la percezione del confronto giuridico tra stati come di un fallimento politico e insieme di un atto violento di distruzione delle normali relazioni diplomatiche fra le parti.

La prima delle contraddizioni tra istanze e interessi divergenti che la recente progressiva integrazione della Cina nel sistema multilaterale delle relazioni ha creato e che il Paese è chiamato ad appianare è proprio il conflitto tra quest'impostazione culturalmente consolidata e la necessità di trovare un canale di sfogo per i frequenti conflitti che intensi interscambi fra stati inevitabilmente determinano. La soluzione di questo contrasto è passata per la graduale accettazione da parte della Cina dell'idea che i meccanismi multilaterali di risoluzione delle controversie siano stati concepiti non come occasioni di contrapposizione ostile fra interessi nazionali inconciliabili, risultanti nell'affermazione di una parte sull'altra, ma anzi come strumenti, legittimi ed efficaci, di normalizzazione per via giudiziaria dei rapporti fra stati. È lo stesso Dispute Settlement Understanding a chiarirne in questi termini natura e funzione:

It is understood that requests for conciliation and the use of the dispute settlement procedures should not be intended or considered as contentious acts and that, if a dispute arises, all Members will engage in these procedures in good faith in an effort to resolve the dispute. [...] ¹¹⁵

La Cina ha forse scoperto non troppo lontana dalla propria sensibilità la *ratio* della risoluzione delle controversie nei fori internazionali, basata, sì, su un confronto coercitivo e dall'esito vincolante, ma almeno intenzionalmente fondata sulla conciliazione e tesa al temperamento d'interessi alla luce di una legge internazionale legittima perché condivisa.

¹¹⁵ DSU, cit., art. 3(10).

2. “Assertive Legalism”. La pragmatica difesa d’interessi eterogenei

Il secondo fattore dell’apertura al confronto giuridico internazionale può essere identificato nell’avvenuta presa di coscienza da parte del governo di Pechino che soltanto una partecipazione attiva e intelligente ai meccanismi multilaterali di risoluzione delle controversie avrebbe garantito un’efficace tutela d’interessi economici nazionali crescentemente estesi, articolati e minacciati. La Cina ha, cioè, riconosciuto nella legge e nelle corti internazionali strumenti raffinati, versatili e funzionali a una gestione efficace del *trade-off* economico fra paesi. E ha, quindi, manifestato la propria determinazione a servirsene al duplice scopo di difendere le proprie posizioni e interessi economici da misure illegittime adottate dai partner commerciali in violazione della legge internazionale, e di rivendicare per sé diritti più estesi e margini d’azione economica più ampi, nella misura in cui le norme a regolazione del sistema lo permettono.

La prima formalizzazione teorica di questa modalità di approccio alla legge e al confronto giuridico multilaterale si deve a Saadia Pekkanen. L’autrice, analizzando il comportamento del Giappone nella WTO e il suo rapporto con le norme commerciali internazionali, vi ravvisò una precisa strategia di politica economica internazionale, che definì “*legalismo aggressivo*”, per evidenziarne la caratteristica fondamentale di volitivo, spregiudicato e utilitaristico piegamento dello strumento legale alla realizzazione dei propri interessi.

This is a conscious strategy where a substantive set of international rules can be made to serve as both ‘shield’ and ‘sword’ in trade disputes among sovereign states.¹¹⁶

Questo termine e la teoria cui esso rimanda hanno avuto grande fortuna nella letteratura, tanto settoriale quanto generica, e sono stati affiancati da altre definizioni, che, pur nella conferma sostanziale, ne sfumano il concetto secondo diverse suggestioni. Preferiremo in questa sede la dizione di “*legalismo assertivo*”, che espunge le connotazioni negative di unilateralismo e prevaricazione cui la scelta aggettivale originaria, più o meno consapevolmente, allude, e richiama, piuttosto, un approccio propositivo e fermo allo strumento legale, punto di equilibrio tra passività e aggressività.

¹¹⁶ PEKKANEN, “Aggressive Legalism: The Rules...”, cit., p. 708. Cit. in GAO, “Aggressive Legalism: The East Asian Experience...”, cit., p. 315.

Nell'analisi della Pekkanen, il ricorso allo strumento giuridico come 'spada' e 'scudo' nel confronto tra le parti prescinde da qualsiasi giudizio di valore; è, cioè, frutto di considerazioni altre, assolute e indipendenti dalla condivisione o meno come giuste delle regole di cui ci si serve. L'esperta di relazioni internazionali ha, infatti, rimarcato:

It is not important whether [...] officials fundamentally believe in the procedural and substantive fairness of the legal rules of the WTO. Rather, the important point is that they are willing to use them to buttress their positions and arguments in confronting their trade partners.¹¹⁷

Questo discorso, che ben si accorda a un certo tradizionale strumentalismo nella concezione cinese del diritto, sembra riecheggiare nelle parole con cui nel 2006 Ji Wenhua, responsabile delle attività di risoluzione delle controversie nell'ambito della missione cinese presso la WTO, analizzando la strategia processuale del Messico nel caso *WTO Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*¹¹⁸, invocava anche per la Cina un utilizzo più spregiudicato e creativo delle tecniche e delle scappatoie sostanziali e, più ancora, procedurali del diritto internazionale nei casi da venire, per migliorare la propria posizione giudiziaria. Nel 2004 gli Stati Uniti avevano contestato davanti al DSB l'imposizione da parte del Messico di una tassa del 20% su bevande analcoliche che contenessero dolcificanti diversi dallo zucchero di canna. Nonostante le misure in questione fossero in palese violazione dell'Articolo III del GATT 1994¹¹⁹ - che prevede che ai prodotti esteri importati nel territorio di una parte contraente debba essere accordato il trattamento nazionale, e che, in particolare, non possano esservi applicate tasse interne in eccesso a quelle applicate ai prodotti nazionali - il Messico, pur consapevole della debolezza della propria posizione, portò, comunque, il caso fino in appello e affrontò l'intero procedimento con grande caparbietà e determinazione a difendere la propria posizione, anche con argomenti poco più che pretestuosi.

In questo caso, la posizione legale del Messico era decisamente sfavorevole; e tuttavia il Paese si è mostrato instancabile nel sollevare argomentazioni, anche se deboli, e nel combattere quella che appariva una battaglia persa. Se è vero che questo tipo

¹¹⁷ PEKKANEN, "Aggressive Legalism: The Rules...", cit., p. 733. Cit. in GAO, "Aggressive Legalism: The East Asian Experience...", cit., p. 322.

¹¹⁸ WTO, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, DS308*, richiesta di consultazione ricevuta il 16 marzo 2004, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds308_e.htm.

¹¹⁹ WTO, *General Agreement on Tariffs and Trade* (d'ora in avanti abbreviato in GATT), Ginevra, 30 ottobre 1947, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#art3, parte II, art. III(2).

di strategia e di atteggiamento processuale non vanno lodati apertamente, questo caso ci offre, cionondimeno, un valido insegnamento: in certe circostanze, cioè, dovremmo anche noi imparare a servirci di alcune strategie, comprese sofisticherie e tattiche di temporeggiamento. Come convenuti, dovremmo cercare di escogitare quanti più argomenti, fattuali e legali. Tali argomenti, anche laddove non fossero che mere capziosità pensate per creare difficoltà artificiali ai *panel*, per accattivarsi simpatie, per distrarre le controparti o per rallentare il procedere del caso, sarebbero comunque giustificati, nella misura in cui servissero a difendere i nostri interessi.¹²⁰

Il fine ultimo della difesa degli interessi nazionali richiede e giustifica, quindi, un utilizzo del diritto internazionale strumentale, spregiudicato e amorale, cioè sciolto da sovrastrutture valoriali esterne e votato esclusivamente al rispetto dei meccanismi di coerenza interna del set normativo di riferimento.

Per dare atto di come la Cina abbia abbracciato il pragmatismo funzionale alla difesa dei propri interessi del legalismo assertivo, vediamo l'esempio della politica cinese di reazione ai casi intentati contro di lei dai partner commerciali, cioè del suo record di condotta nelle vesti di paese convenuto in sede WTO. Quando chiamato a rispondere di misure controverse di fronte al DSB, il Paese sembra adottare un approccio flessibile e caso per caso, decidendo se difendere strenuamente le proprie ragioni attraverso tutte le fasi del procedimento giudiziario o se, invece, scendere a compromesso e risolvere preventivamente il conflitto in sede negoziale, sulla base degli specifici meriti del caso.

In particolare, acconsente a comparire di fronte al *panel* e alla corte d'appello se, e solo se, ravvisa nella partecipazione al processo la possibilità di ricavarne un qualche beneficio, se riconosce, cioè, un concreto margine di difesa, anche parziale, delle proprie posizioni o se anche soltanto percepisce come un potenziale vantaggio la dilazione di una risoluzione della controversia che si preannunci sfavorevole. È stato questo, ad esempio, il caso della già citata disputa *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts*¹²¹. Nonostante i meriti del dibattito fossero chiarissimi e le misure tariffarie adottate dalla Cina evidentemente non conformi tanto con gli impegni presi dal Paese in sede di ammissione all'organizzazione ed enumerati nel Protocollo d'Accesso, quanto con molteplici articoli del GATT e del SCM Agreement, la Cina non rinunciò, tuttavia, a difendere le proprie misure in sede processuale, attraverso il ricorso a sofisticate obie-

¹²⁰ HUANG Zuo, Ji Wenhua, "Cong 'Moxige Yinliao An' Kan WTO Susong Celüe" 从'墨西哥饮料案'看 WTO 诉讼策略 (Una riflessione sulla strategia di litigazione in sede WTO a partire dal "Caso bibite" del Messico), *WTO Jingji Daokan*, 7, 2006, pp. 62-64. Cit. in GAO, "China's Ascent in Global Trade Governance...", cit., p. 167-168. (Traduzione mia)

¹²¹ Vedi nota 40.

zioni procedurali. Sebbene sia la sentenza del *panel* che quella della corte d'appello comprovarono l'illegittimità dei dazi applicati e ne ingiunsero l'abolizione, la Cina ottenne, comunque, l'importante e concreto risultato di poter mantenere in vigore il provvedimento discusso per tutta la durata del processo, posticipando di due anni l'implementazione dell'ordinanza avversa.

Laddove, invece, i vantaggi sperati non bastino a giustificare la partecipazione a un lungo e gravoso processo e s'intraveda, invece, la possibilità di negoziare una soluzione soddisfacente per entrambe le parti, la Cina ha spesso scelto di appianare la controversia in fase di consultazione. Pur rispondendo, certo, da una parte, alla logica d'iniziale resistenza del Paese al confronto giudiziario nelle sedi internazionali di cui si è dato conto, la soluzione negoziale delle controversie, in alcuni casi, va, cionondimeno, letta anche come una cosciente strategia di pragmatica elusione di confronti deleteri.

Si consideri, ad esempio, la disputa, risolta prima di diventare un caso WTO, che ha visto contrapposte per alcuni mesi nel 2004 la Cina e l'Unione Europea, in merito a una quota imposta dalla Cina sull'esportazione del carbone coke. La Cina è il più importante produttore ed esportatore mondiale di questo carburante, che ha un ruolo centrale nella produzione dell'acciaio dal minerale di ferro. Il primo gennaio 2004, il governo di Pechino annunciò che avrebbe tagliato del 26% le esportazioni di carbone, col duplice obiettivo di ridurre i gravi effetti inquinanti legati alla sua produzione e di soddisfare la crescente domanda del combustibile da parte dell'industria domestica dell'acciaio e della produzione energetica, entrambe in rapidissima espansione. L'Unione Europea, che è patria di quattro dei dieci più importanti produttori d'acciaio al mondo e che si è vista costretta negli ultimi anni a chiudere numerosi stabilimenti per la produzione di carbone coke a causa delle pressioni interne dei gruppi ambientalisti, dipende largamente dalle importazioni di questo carburante dalla Cina e sarebbe, quindi, stata pesantemente danneggiata da una riduzione delle quote cinesi d'esportazione. Alcuni mesi dopo l'annuncio, l'Unione Europea chiese che la Cina revocasse la misura e minacciò, in caso contrario, di portare la disputa davanti alla WTO. Dopo solo alcune settimane, la Cina raggiunse con l'Unione un accordo che, pur nel permanere della misura, garantiva alla controparte una quota annua di carbone di 4,5 milioni di tonnellate, pari a quella importata dal Paese nel corso dell'anno precedente¹²².

In questo caso, la Cina aveva al suo arco valide argomentazioni per difendere la misura adottata. Avrebbe, per esempio, potuto invocare, alcune eccezioni previste dal

¹²² I dati del paragrafo sono tratti da GAO, "Aggressive Legalism: The East Asian Experience...", cit., pp. 334-336.

GATT alla generale proibizione di adottare restrizioni quantitative alle esportazioni¹²³, come la possibilità di limitare temporaneamente l'esportazione di prodotti essenziali per evitarne gravi ammanchi nel paese esportatore¹²⁴, o la possibilità di adottare misure necessarie a proteggere la salute e la vita di uomini, animali e piante¹²⁵. Tali argomentazioni, pur non inattaccabili, avrebbero posto la Cina in una posizione di forza, qualora l'Unione avesse concretizzato la minaccia di portare la controversia davanti al DSB. È opinione di alcuni autori che la decisione in senso contrario della Cina - di non far valere, cioè, le proprie ragioni in sede processuale, ma di raggiungere, invece, un compromesso con la controparte tramite negoziazioni bilaterali - non sia scaturita soltanto dalla riluttanza al confronto giuridico internazionale che caratterizzava all'epoca l'atteggiamento del Paese, ma anche e soprattutto da disincantate e pragmatiche considerazioni di vantaggio materiale. Garantendo all'Unione Europea una quota minima di esportazioni tale da soddisfare la sua domanda interna, cioè con una concessione relativamente poco gravosa, la Cina ottenne di mantenere in vigore il proprio regime di limitazione quantitativa delle esportazioni, che non fu più contestato per ben cinque anni, fino a che la stessa Unione Europea iniziò una disputa nel 2009, denunciando le restrizioni cinesi sull'esportazione di svariate materie prime.

It is plausible to argue that the EU's systematic challenge against China's export regulatory regime was effectively delayed by five years as a result of the amicable solution reached in the coke case.¹²⁶

Se accettiamo che questo risultato sia stato frutto di una strategia consapevole e non, o almeno non solo, di una generica riluttanza al confronto, riconosciamo allora che la Cina ha adottato la soluzione più ragionevole e vantaggiosa, in termini di bilanciamento di costi e guadagni.

Come altri paesi, la Cina sembra, cioè, aver imparato a riconoscere i diversi vantaggi e svantaggi delle vie alternative per la risoluzione dei conflitti e a imboccare quella che le specifiche circostanze del caso e il fine della tutela degli interessi in gioco rendono di volta in volta più conveniente, secondo considerazioni di puro opportunismo politico-economico.

¹²³ *GATT*, cit., art. XI(1).

¹²⁴ *GATT*, cit., art. XI(2a).

¹²⁵ *GATT*, cit., art. XX(b).

¹²⁶ HUANG e JI, "China's Experience in Dealing ...", cit., p. 35.

After more than fifteen years of practice and experience, quite a number of WTO Members have developed a good, yet not perfect, understanding of the pros and cons of WTO of settling cases through consultation and negotiation rather than through litigation.¹²⁷

2.1 La spregiudicata forzatura delle regole WTO per migliorare le condizioni di accesso: il caso US – Anti-dumping and Countervailing Duties

L'assunzione che la ricerca di concreti, significativi e immediati benefici economici sia uno dei principali motori dell'apertura della Cina al confronto giuridico internazionale trova conferma ancor più che nel pragmatismo della sua flessibile strategia difensiva, nella natura e nella logica dei casi che essa stessa intenta da alcuni anni a questa parte. La maggior parte delle dispute iniziate dal Paese sembra, infatti, rispondere non tanto a criteri di tutela d'interessi particolari e circoscritti al caso in questione, quanto a una volontà più comprensiva e ampia di modificare, condizionare e alleggerire, per via giudiziaria, la portata generale di alcune delle onerose previsioni contenute nel suo Protocollo d'Accesso, secondo quella che abbiamo definito un'assertiva strategia da *'rule-maker'*¹²⁸.

Il prezzo imposto alla Cina per l'accesso all'Organizzazione Mondiale del Commercio eccede, infatti, considerevolmente quello normalmente pagato dagli altri aspiranti membri. Sebbene, infatti, l'uniformità di applicazione delle regole commerciali sia considerata, a partire dall'Uruguay Round, il presupposto fondamentale dell'unitarietà strutturale e della giustizia del sistema multilaterale, il WTO Agreement contiene, tuttavia, nel dibattito¹²⁹ Articolo XII, un meccanismo di elusione di questa dichiarata omogeneità normativa:

Any State or separate customs territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of other matters provided for in this Agreement

¹²⁷ HUANG e JI, "China's Experience in Dealing ...", cit., p. 33.

¹²⁸ Vedi parte 1, cap. 1.3.

¹²⁹ Per un dibattito sulla legittimità della previsione di obbligazioni aggiuntive su base selettiva, cfr. Julia Y. QIN, "WTO-Plus' Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System. An Appraisal of the China Accession Protocol", *Journal of World Trade*, 37, 3, 2003, pp. 483-522.

and the Multilateral Trade Agreement may accede to this Agreement, on terms to be agreed between it and the WTO. [...] ¹³⁰

Questa previsione accorda all'Organizzazione la possibilità di trattare, su base largamente discrezionale e forte di un considerevole peso negoziale, con ogni paese candidato all'ammissione condizioni d'accesso specifiche, in termini di assunzione d'impegni ulteriori rispetto a quelli generalmente richiesti e di ammissione di specifici condizionamenti delle tutele normalmente garantite. Il Protocollo d'Accesso della RPC rappresenta il caso più eclatante di espansione discriminatoria del modello standard, a comprendere previsioni che trascendono la normale cornice normativa della WTO, particolarmente onerose per il Paese e specificamente pensate per attutire l'impatto del suo ingresso nell'Organizzazione sulle economie nazionali degli altri stati membri.

Queste speciali misure si dividono in "*WTO-plus obligations*"¹³¹, cioè impegni che eccedono quelli normalmente richiesti ai membri dell'Organizzazione, e "*WTO-minus rights*"¹³², diritti meno comprensivi di quelli di cui godono gli altri paesi. Alla prima categoria appartengono una serie di norme particolarmente stringenti su un ampio ventaglio di temi, quali la trasparenza, i meccanismi interni di revisione giudiziaria, la non-discriminazione degli investitori stranieri, le riforme economiche, la gestione delle relazioni fra diversi livelli di governo e la revisione esterna del grado di implementazione delle riforme. Alcune delle previsioni aggiuntive più invasive e sfavorevoli sono, ad esempio, l'obbligo di tradurre tutte le leggi e i regolamenti riguardanti misure commerciali in almeno una delle tre lingue ufficiali della WTO – inglese, francese e spagnolo – e di rendere tali traduzioni disponibili entro e non oltre 90 giorni dall'entrata in vigore delle norme in questione¹³³; il riconoscimento del trattamento nazionale non soltanto a beni, servizi e diritti di proprietà intellettuale esteri - come previsto dal GATT, dall'Accordo Generale sul Commercio di Servizi (GATS, General Agreement on Trade in Services) e dall'Accordo sugli Aspetti dei Diritti di Proprietà Intellettuale Legati al Commercio (TRIPs Agreement, Agreement on Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights) - ma anche a persone naturali e giuridiche straniere¹³⁴; e l'accettazione di uno speciale meccanismo transitorio di revisione (TRM, Transitional Review Mechanism),

¹³⁰ WTO, *Agreement Establishing the World Trade Organization* (d'ora in avanti abbreviato in Marrakesh Agreement), Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf.

¹³¹ Cfr. QIN, "WTO-Plus' Obligations...", cit.

¹³² Cfr. *Ibidem*.

¹³³ WTO, *Report of the Working Party on the Accession of China*, cit., par. 334.

¹³⁴ WTO, *Report of the Working Party on the Accession of China*, cit., par. 18.

che prevede una serie di nove verifiche del livello di effettiva implementazione delle riforme in programma, da compiersi, in aggiunta ai controlli quadriennali normalmente previsti, ogni anno per i primi otto anni dall'ammissione e un'ultima volta entro e non oltre il decimo anno, sotto la responsabilità degli organi competenti della WTO, in collaborazione col Consiglio Generale¹³⁵.

Alla seconda categoria, dei *'WTO-minus rights'*, appartengono, invece, speciali previsioni riguardanti i rimedi commerciali, che potenziano, in particolare, la possibilità garantita ai partner della Cina di adottare meccanismi di salvaguardia contro il Paese e che rendono i rimedi commerciali implementati da quest'ultimo più facilmente contestabili. La Cina ha, ad esempio, accettato l'introduzione nel suo Protocollo d'Accesso di uno speciale meccanismo transitorio di salvaguardia per prodotti specifici¹³⁶, in vigore per dodici anni dall'adozione. Tali meccanismi sono previsti in via generale dal GATT, come restrizioni temporanee delle importazioni di un prodotto nel territorio di un paese contraente, tese a proteggerne il mercato interno, in casi in cui un aumento delle suddette importazioni causi, o rischi di causare gravi danni all'industria nazionale¹³⁷. Mentre, però, la generale previsione del GATT restringe significativamente le possibilità di ricorso a questo meccanismo, il margine di applicazione della specifica previsione accettata dalla Cina è, invece, molto ampio. In particolare, mentre la previsione generale nega la possibilità di adottare tali misure su base discriminatoria, prevedendo, invece, la generale, indifferenziata restrizione delle importazioni da tutti i paesi esportatori, e richiede, altresì, che siano comprovati l'esistenza o il pericolo di un danno grave al mercato interno, lo specifico meccanismo previsto nel Protocollo d'Accesso della RPC consente, invece, la restrizione discriminatoria delle sole importazioni cinesi e accetta come condizione dell'implementazione la sola verifica dell'esistenza di un danno, attuale o potenziale, indipendentemente da valutazioni di gravità.

A questa seconda categoria di *'WTO-minus rights'* possono, inoltre, essere ricondotte altre due previsioni, particolarmente sfavorevoli e, quindi, interessanti ai fini della nostra analisi, perché largamente contestate dalla Cina. La prima di esse è il mantenimento dello *status* di 'economia non di mercato' (NME, Non Market Economy) nelle investigazioni anti-dumping per quindici anni dalla data di accesso all'Organizzazione. I dazi anti-dumping sono misure tariffarie che un Paese è autorizzato a imporre, per deci-

¹³⁵ WTO, *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, WT/L/432, 11 dicembre 2001, consultabile a <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN002123.pdf>, art. 18.

¹³⁶ WTO, *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, cit., art. 20.

¹³⁷ GATT, cit., art. XIX (1).

sione unilaterale, su prodotti importati che, a seguito di un'indagine, risultino essere venduti sui mercati esteri ad un prezzo d'esportazione inferiore al prezzo applicato nel mercato domestico o, comunque, inferiore al costo di produzione del bene¹³⁸. Quando un paese che stia investigando su un presunto caso di dumping si trova a dover determinare il costo di produzione di un bene in un'economia non di mercato, sorge il problema che, in assenza di prezzi di mercato, non è possibile determinare i costi degli input utilizzati e, quindi, in ultima analisi, il costo del bene. Il paese è, pertanto, autorizzato a determinarne il costo di produzione sulla base di 'prezzi surrogati', cioè dei prezzi degli stessi input in un'economia di mercato che si trovi all'incirca allo stesso stadio di sviluppo del paese indagato. Questa metodologia garantisce agli stati importatori una grande discrezionalità nella determinazione dell'esistenza di pratiche di dumping e nella stima del margine di dumping, dal quale dipende direttamente la grandezza del dazio imponibile¹³⁹. È chiaro, quindi, che per la Cina, frequentemente oggetto d'investigazioni antidumping, lo *status* di economia non di mercato e la conseguente applicazione della relativa metodologia investigativa rappresentino condizioni oltremodo sfavorevoli.

L'ultima speciale, sfavorevole previsione di nostro interesse è la possibilità di avvalersi della metodologia dello 'standard alternativo' nelle investigazioni su sovvenzioni e misure compensative condotte contro la Cina. Secondo quanto previsto dagli Articoli VI e XVI del GATT e dall' SCM Agreement, un paese può reagire a un sussidio garantito da un altro paese ad alcuni prodotti o industrie, reclamando la rimozione del sussidio davanti all'organo di conciliazione della WTO, o imponendo sugli import sovvenzionati una tariffa nota come 'dazio compensativo'. Il ricorso a queste azioni richiede il presupposto di una duplice investigazione, che accerti, da una parte, l'effettiva esistenza del sussidio, e dall'altra, l'esistenza di un danno procurato da detto sussidio ai produttori nazionali del paese ricorrente, resi meno competitivi nel mercato domestico, nel mercato del paese sussidiante o nel mercato di un paese terzo. Come già nel caso delle investigazioni antidumping, la Cina ha accettato l'inserimento nel proprio Protocollo d'Accesso di una deroga al normale iter investigativo, in virtù della quale, nel caso sorgano 'speciali difficoltà' nell'utilizzo dei termini e delle condizioni prevalenti sul mercato cinese come standard di riferimento per la stima dell'entità della sovvenzione, il paese

¹³⁸ GATT, cit., art. VI(1, 2).

¹³⁹ Elliot J. FELDMAN, *China's Status as a Non-Market Economy*, in "China-U.S. Trade Law Blog", 2010, consultabile a <http://www.chinaustradelawblog.com/2010/09/articles/cvd/chinas-status-as-a-nonmarket-economy-aaceaacaeeaa/>, 27 luglio 2013.

investigatore ha titolo a utilizzare uno standard alternativo¹⁴⁰. L'uso di uno standard alternativo è stato pensato per risolvere il problema della mancata corrispondenza tra prezzi e costi reali in un'economia ancora non di mercato, e come nel caso dell'utilizzo di prezzi surrogati nelle investigazioni antidumping, facilita sensibilmente la comprovazione dell'esistenza di un sussidio, determinando, così, per la Cina un grave pregiudizio. Nel valutare la portata negativa di questa previsione si consideri la frequenza con cui il Paese è sottoposto a tali investigazioni, a ragione delle controverse politiche di sostegno del governo di Pechino alle numerose e inefficienti imprese di proprietà pubblica (SOEs, State Owned Enterprises), che ancora a fine 2011 contavano per il 35% del fatturato e per il 43% dei profitti industriali e commerciali aggregati nazionali¹⁴¹, e l'assenza nel Protocollo di un termine temporale per questa previsione, che, a differenza dello status di economia non di mercato nelle investigazioni anti-dumping, potrebbe, quindi, potenzialmente restare valida per sempre.

Data l'onerosità delle suddette sfavorevoli condizioni d'accesso e dato il fatto che, secondo il criterio giuridico di specialità, per cui "*lex specialis derogat legi generali*", queste specifiche previsioni prevalgono sulle più favorevoli norme generali previste dal GATT, non stupisce che l'emendamento del Protocollo d'Accesso sia, ad oggi, uno degli obiettivi prioritari della Cina.

Una serie di ragioni rende, però, quantomeno improbabile per il Paese la prospettiva di raggiungere questo risultato per via negoziale. Pesano, in primo luogo, una deficienza strutturale della WTO, che non prevede norme a regolazione di un'estensiva revisione delle condizioni d'accesso di un paese membro, e la mancanza di precedenti, non avendo l'Organizzazione mai portato a termine un simile processo, se si escludono rari casi di circostanziate e marginali modifiche di singole clausole. Un'eventuale approvazione dell'emendamento sarebbe, poi, condizionata all'espressione del consenso da parte di tutti i paesi membri, compresi quegli stessi paesi che in sede di negoziazione dell'accesso della Cina alla WTO hanno indicato l'inserimento delle previsioni in discussione come condizione imprescindibile per l'ammissione; scenario questo – si capisce – altamente inverosimile. Infine, anche nell'improbabile ipotesi che la Cina riuscisse a convincere tutti i paesi membri della validità dell'emendamento, sarebbe, comunque, chiamata ad accordare concessioni compensative per mantenere in equilibrio la bilancia di diritti e obbligazioni, come previsto dalla normativa sulla rinegoziazione dei pro-

¹⁴⁰ WTO, *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, cit., art. 15(b).

¹⁴¹ XINHUA, *China Focus: China Pledges Further Reforms for State-Dominated Sectors*, in "Xinhua", 2012, http://news.xinhuanet.com/english/indepth/2012-10/24/c_131928023.htm, 27 luglio 2013.

grammi vigenti¹⁴²; cosa che presupporrebbe una dubbia disponibilità da parte del Paese ad addossarsi oneri ulteriori.

La Cina sembra aver scelto di aggirare queste difficoltà, imboccando, invece, la via di una contestazione mirata di queste previsioni in sede giudiziaria, dove, proponendo spregiudicate e ingegnose interpretazioni alternative di alcuni delicati concetti chiave, cerca di indurre i giudici a emettere sentenze che limitino la portata e l'impatto negativo delle norme impugnate.

[...] while China has accepted some rather harsh terms as the price for its WTO accession, it is likely to be difficult for China to change these terms through the multi-lateral negotiation process. This has left China with only one option: trying to challenge them and soften their negative impacts through creative interpretation in WTO dispute settlement proceedings.¹⁴³

Non è un caso che sette delle undici dispute portate finora dalla Cina come ricorrente di fronte al DSB della WTO¹⁴⁴ riguardino proprio l'imposizione di dazi anti-dumping o di dazi di compensazione su prodotti di origine cinese; le due pratiche, cioè, avallate dalle sfavorevoli condizioni contenute nel Protocollo d'Accesso della Cina, che il Paese ha maggiore interesse a scoraggiare.

Il caso finora più emblematico di questo approccio è il caso *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties*¹⁴⁵, iniziato dalla Cina nel 2008 per fronteggiare la simultanea imposizione da parte degli Stati Uniti di dazi anti-dumping e dazi di compensazione sulle stesse quattro classi di prodotti di origine cinese¹⁴⁶. Gli Stati Uniti avevano adottato questa duplice misura coerentemente con le conclusioni tratte dal Dipartimento del Commercio degli Stati Uniti d'America (USDOC, United States Department of Commerce) a seguito d'investigazioni anti-dumping, condotte attraverso l'utilizzo di prezzi surrogati, e d'investigazioni sulle sovvenzioni, calcolate sulla base di standard alternativi.

Il target principale dell'offensiva cinese in questa disputa sono, e a buon motivo, la metodologia di determinazione dell'esistenza dei sussidi e, quindi, l'imposizione dei dazi di compensazione. Mentre, infatti, la possibilità di utilizzare prezzi surrogati nelle

¹⁴² GATT, cit., art. XVIII.

¹⁴³ GAO, "China's Ascent in Global Trade Governance...", cit., p. 169.

¹⁴⁴ Cfr. la tabella dei casi WTO riguardanti la Cina, consultabile a http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/china_e.htm.

¹⁴⁵ Vedi nota 11.

¹⁴⁶ Tubi a sezione circolare in acciaio al carbonio, tubi a sezione rettangolare light-walled, sacchi in tessuto laminato e alcuni nuovi tipi di pneumatici fuori strada. [n.d.a.]

indagini anti-dumping si avvia al termine nel 2016, per il ricorso a standard alternativi nelle investigazioni sui sussidi non è stata prevista nel Protocollo d'Accesso alcuna scadenza. È, quindi, estremamente probabile che, in un futuro prossimo, la riduzione del margine di discrezionalità nella determinazione del dumping farà convergere i rimedi commerciali adottati contro la Cina su dazi a compensazione di presunte sovvenzioni. È, pertanto, in considerazione dei propri interessi di medio periodo che il Paese cerca di rendere meno agevoli le modalità di verifica dell'esistenza dei sussidi.

Sebbene il concetto di sovvenzione governativa sia teoreticamente inapplicabile a un'economia, in tutto o in parte, centralizzata, in cui lo Stato controlli, cioè, in qualche misura, le attività di produzione, distribuzione ed esportazione, ciò non significa, tuttavia, che l'intervento del governo nell'allocazione delle risorse non possa, comunque, determinare distorsioni svantaggiose per altri paesi anche in un'economia non di mercato. Data la contraddittorietà e complessità dell'argomento, l'Accordo sulle Sovvenzioni e sulle Misure di Compensazione della WTO ne elude la trattazione, lasciando la regolamentazione della reazione a sussidi adottati in economie non di mercato alle normative nazionali sulle misure compensative dei singoli stati membri¹⁴⁷. La battaglia della Cina per la marginalizzazione del ricorso ai dazi di compensazione si gioca, quindi, su due livelli: col tentativo, che analizzeremo trattando questo caso, di indebolire l'efficacia delle sfavorevoli previsioni a riguardo contenute nel proprio Protocollo d'Accesso, e con la parallela contestazione di normative interne adottate dai partner commerciali, che il Paese ritenga lesive dei propri interessi. Di pochi mesi fa, ad esempio, la notizia che la Cina ha richiesto l'avvio di consultazioni con gli Stati Uniti¹⁴⁸ che, dopo aver determinato nel 2007 che la Cina, pur non ancora un'economia di mercato, avrebbe realizzato riforme tali da rendere identificabili e, quindi, compensabili le sovvenzioni governative, hanno adottato nel marzo del 2012 una nuova normativa che consente esplicitamente l'applicazione di misure compensative a economie non di mercato¹⁴⁹.

Nel confrontare i rimedi tariffari statunitensi nell'ambito del caso *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties*¹⁵⁰, la Cina si è avvalsa, con esito variabile, di un'efficace serie di argomenti sostanziali e procedurali, contestando, in particolare, la

¹⁴⁷ Julia Y. QIN, "WTO Regulation of Subsidies to State-Owned Enterprises (Soes) – A Critical Appraisal of the China Accession Protocol", *Journal of International Economic Law*, 7, 4, 2004, p. 870.

¹⁴⁸ WTO, *US – Countervailing and Anti-Dumping Measures on Certain Products from China, DS449*, richiesta di consultazioni ricevuta il 17 settembre 2012, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds449_e.htm.

¹⁴⁹ *Public Law 112-99*, 13 marzo 2012, consultabile a <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-112publ99/pdf/PLAW-112publ99.pdf>.

¹⁵⁰ Vedi nota 11.

legittimità del ‘doppio rimedio’, la determinazione della natura pubblica di SOE e SOCB, l’utilizzo di standard alternativi per la quantificazione del beneficio creato dal sostegno governativo, e la specificità dei sussidi in questione.

Si parla di doppio rimedio quando un dazio anti-dumping e un dazio compensativo sono imposti simultaneamente sullo stesso prodotto, determinando, così, una doppia compensazione per lo stesso sussidio. La Cina ha ottenuto un’importantissima vittoria quando la corte d’appello ha dichiarato suddetto rimedio inconsistente con il requisito, chiaramente sancito dall’SCM Agreement, che i dazi compensativi siano imposti “in misura adeguata”¹⁵¹ in ogni circostanza.

When a countervailing duty is imposed in respect of any product, such countervailing duty shall be levied, in the appropriate amounts in each case, on a non-discriminatory basis on imports of such product from all sources found to be subsidized and causing injury [...]¹⁵²

La riconosciuta illegittimità della sovracompenrazione conseguente all’esercizio di questa pratica, lungi dal restare circoscritta ai ritrovamenti del caso in questione, si rifletterà con ogni probabilità sulla futura possibilità per i partner della Cina di ricorrere a questo rimedio commerciale.

La seconda argomentazione avanzata dalla Cina è la contestazione della natura di ‘enti pubblici’ delle SOE che avevano fornito gli input di acciaio, gomma e prodotti petrolchimici alle aziende dei settori in discussione e delle SOCB che avevano garantito loro i mutui; misure queste entrambe considerate dall’USDOC equiparabili a sussidi governativi. L’SCM Agreement stabilisce che ci si trova di fronte a un sussidio solo quando il contributo finanziario proviene direttamente dal governo o, in alternativa, da un ente pubblico.

For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member [...].¹⁵³

¹⁵¹ WTO, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties...*, cit., Summary of key findings.

¹⁵² *SCM Agreement*, cit., art. 19.3.

¹⁵³ *SCM Agreement*, cit., art. 1.1.

Nei ritrovamenti della Corte d'Appello un ente pubblico si definisce non semplicemente come "qualsiasi entità controllata da un governo"¹⁵⁴, bensì come un'"entità che possenga, eserciti, o sia investita dell'autorità governativa"¹⁵⁵. Secondo quanto stabilito dalla Corte, è, quindi, improprio considerare le SOE cinesi come enti pubblici sulla base della mera proprietà statale; decisione questa che avrà probabilmente l'esteso effetto di preservare in futuro, a certe condizioni, l'allocatione di risorse da parte delle imprese a proprietà statale dall'essere contestate come sussidi. In applicazione dello stesso principio, la Corte ha, invece, confermato la conclusione dell'USDOC per cui le banche commerciali di proprietà statale cinesi, che sono tenute, per statuto costitutivo, a implementare le politiche economiche del governo, debbano essere considerate come enti pubblici e che i prestiti da loro concessi vadano, quindi, riconosciuti come sussidi¹⁵⁶.

In terzo luogo, la Cina ha contestato il ricorso da parte dell'USDOC a standard alternativi ai tassi d'interesse e ai prezzi degli input correnti sul mercato interno cinese, sostenendo che la controparte sarebbe venuta meno alla condizione indicata nel Protocollo d'Accesso come necessaria all'adozione di standard alternativi, avendo mancato di dimostrare il sussistere nel caso di specie di 'speciali difficoltà' nell'utilizzo dei prezzi domestici, nel senso di distorsioni tali da renderli inservibili ai fini dell'indagine¹⁵⁷. Lo stesso SCM Agreement stabilisce che la verifica di una distorsione dei tassi d'interesse e dei prezzi domestici costituisca la necessaria condizione dell'identificazione di un sussidio e giustificazione dell'adozione di uno standard alternativo per la quantificazione del beneficio accordato.

[...](b) A loan by a government shall not be considered as conferring a benefit, unless there is a difference between the amount that the firm receiving the loan pays on the government loan and the amount the firm would pay on a comparable commercial loan which the firm could actually obtain on the market. [...] (d) The provision of goods or services or purchase of goods by a government shall not be considered as conferring a benefit unless the provision is made for less than adequate remuneration, or the purchase is made for more than adequate remuneration. [...]¹⁵⁸

¹⁵⁴ WTO, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties...*, cit., Summary of key findings.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ WTO, *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, cit., art. 15(b).

¹⁵⁸ *SCM Agreement*, cit., art. 14.

La sentenza del *panel* prima e quella della Corte d'Appello poi hanno, però, decretato l'effettivo sussistere delle distorsioni denunciate dagli Stati Uniti e, quindi, di speciali difficoltà nell'utilizzo delle condizioni prevalenti in Cina ai fini della quantificazione dei sussidi, sancendo, così, la legittimità del ricorso a tal fine a standard alternativi da parte dell'USDOC. Fatto salvo questo teorico diritto, la Corte d'Appello ha, tuttavia, trovato la concreta metodologia investigativa e lo standard effettivamente adottato dagli Stati Uniti inconsistenti con le obbligazioni del Paese in applicazione dell'SCM Agreement e, in assenza di sufficienti elementi fattuali, ha sospeso il giudizio in merito.

Infine, la Cina ha contestato la presunta specificità dei benefici concessi con la discussa allocazione d'input, prestiti e diritti d'uso della terra ad alcune industrie. La comprovata specificità, settoriale o geografica, è, infatti, condizione della compensabilità di un sussidio, secondo quanto previsto dall'SCM Agreement¹⁵⁹. La Corte d'Appello ha, tuttavia, confermato la specificità settoriale, denunciata dall'USDOC, della concessione di prestiti all'industria delle gomme per fuoristrada, conformemente con la definizione datane dall'SCM Agreement:

In order to determine whether a subsidy [...] is specific to an enterprise or industry or group of enterprises or industries [...], the following principles shall apply: (a) Where the granting authority [...] explicitly limits access to a subsidy to certain enterprises, such subsidy shall be specific.¹⁶⁰

La sentenza della Corte ha, inoltre, attestato l'effettiva specificità territoriale dell'allocazione di diritti d'uso della terra a un produttore in particolare, secondo quanto previsto da suddetto Accordo:

A subsidy which is limited to certain enterprises located within a designated geographical region [...] shall be specific.¹⁶¹

Il parziale successo ottenuto dalla Cina in questo caso, in particolare con il riconoscimento dell'illegittimità del doppio rimedio a causa dell'effetto di sovracompensazione che determina, con la negazione dello *status* di enti pubblici delle SOE, laddove non agiscano in attuazione di politiche governative, e con la dichiarazione di

¹⁵⁹ *SCM Agreement*, cit., art.1.2.

¹⁶⁰ *SCM Agreement*, cit., art.2.1.

¹⁶¹ *SCM Agreement*, cit., art.2.2.

non conformità del ricorso a standard alternativi eccessivamente discrezionali e tendenziosi, ha determinato una sensibile ricalibratura della disciplina dei sussidi e dei dazi di compensazione a favore della Cina, un parziale alleggerimento delle relative gravose condizioni d'accesso e una concreta, tangibile riduzione del margine di adottabilità di misure commerciali contro il Paese.

Il ricorso a un'attività giudiziaria spregiudicata, mirata e funzionale è il mezzo con cui la Cina cerca di conciliare due istanze, spesso in conflitto: la realizzazione degli interessi del sistema multilaterale, che passa per il rispetto delle condizioni di partecipazione da parte di tutti i membri, e la difesa dei propri interessi economici nazionali. La Cina pare intenzionata a gestire questa contraddizione tra istanze esterne e interne secondo il principio socratico per cui *"Alla legge si obbedisce. Difendersi si deve"*¹⁶². Da un lato, onora, cioè, i propri impegni verso la WTO in due sensi, rispettando soddisfacentemente la propria normativa commerciale e le proprie obbligazioni in merito e implementando in tempi rapidi e in modo meticoloso le sentenze avverse del DSB; ma, dall'altro, si serve del canale giudiziario interno al sistema per far scudo ai propri interessi e, finanche, per modificare a proprio favore - e con un afflato utilitaristico estraneo, questa volta, al modello socratico - la stessa normativa che s'impegna, altrimenti, a rispettare.

2.2 Il cambiamento della *ratio* FDI/ODI e la natura duale del nuovo modello di BIT e dell'approccio cinese all'arbitrato internazionale

Anche nel caso degli arbitrati internazionali in materia d'investimenti esteri, la recente apertura, condizionata e prudente, della Cina al confronto sembra il segno del tentativo programmatico del Paese di servirsi dell'apparato giuridico a disposizione per difendere e conciliare, con flessibilità e pragmatismo, interessi duplici e contrapposti, stavolta tutti interni alla nazione: l'interesse della Cina come *host country* al controllo governativo degli investimenti esteri in entrata e l'interesse della Cina come *home country* alla protezione degli investimenti esteri in uscita.

Tradizionalmente un'importatrice netta di capitale estero, la Cina negli ultimi decenni ha affiancato ai consueti sforzi di attrazione di FDI un'intensa attività d'investimento all'estero di capitale nazionale. All'origine di questo mutamento strategi-

¹⁶² PLATONE, *Apologia di Socrate*, cap. 2.

co va evidenziata, tra gli altri fattori, l'importante transizione della politica governativa da una volontà di "regolazione" a un obiettivo d'"incoraggiamento" dei flussi di ODI¹⁶³, chiaramente formulato nel 2001 dal primo ministro Zhu Rongji come parte del Decimo Piano Quinquennale per lo Sviluppo Economico e Sociale Nazionale:

[...] Dobbiamo implementare una strategia di "espatrio dei capitali", incoraggiando le imprese che abbiano vantaggi comparati a investire fuori dal Paese, a delocalizzare all'estero alcune lavorazioni, a sfruttare attraverso partnership locali le risorse estere, a partecipare a gare di appalto per progetti ingegneristici internazionali e a esportare manodopera. Dobbiamo fornire una cornice normativa di supporto, che crei condizioni favorevoli per le imprese allo stabilimento di operazioni all'estero. Dobbiamo, inoltre, rafforzare il controllo e prevenire perdite di patrimonio nazionale.¹⁶⁴

L'obiettivo dichiarato di questa politica d'internazionalizzazione è la creazione di vantaggi competitivi, o "*asset augmentation*", cioè l'acquisizione tramite fusioni, acquisizioni e investimenti all'estero di tecnologie avanzate, di marchi rinomati, di know-how manageriale, di reti di distribuzione e di accesso a mercati esteri altrimenti difficilmente penetrabili, allo scopo di plasmare, così, un certo numero di campioni nazionali capaci di competere sui mercati globali.

La conseguente decisa crescita degli ODI ha fatto registrare in quest'ultimo decennio un ritmo più sostenuto della, pur perdurante, crescita degli FDI, e ha, quindi, aumentato la proporzione ODI/FDI, un indicatore che Dunning ha definito come "*la posizione netta di un Paese negli investimenti diretti internazionali*"¹⁶⁵. Si tratta di un bilanciamento programmaticamente ricercato da Pechino e di recente esplicitamente menzionato fra gli obiettivi del Dodicesimo Piano Quinquennale.

La Cina continuerà a combinare le due strategie di "attrazione" ed "espatrio" dei capitali e a prestare eguale attenzione agli investimenti esteri in Cina e agli investi-

¹⁶³ CAI Congyan, "Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice", *Journal of World Investment and Trade*, 7, 5, 2006, p. 626. Cit. in BERGER, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme...", cit., p. 6.

¹⁶⁴ ZHU Rongji 朱镕基, *Guanyu Guomin Jingji he Shehui Fazhan Di Shi ge Wu Nian Jihua Gangyao de Baogao*, 关于国民经济和社会发展第十个五年计划纲要的报告 (Rapporto sui Lineamenti del Decimo Piano Quinquennale per l'Economia Nazionale e lo Sviluppo Sociale), 5 marzo 2001, consultabile a http://www.gov.cn/gongbao/content/2001/content_60693.htm, cap. VII.

¹⁶⁵ John H. DUNNING, "Explaining the International Direct Investment Position of Countries: Towards a Dynamic and Developmental Approach", *Weltwirtschaftliches Archiv*, 117, 1981, p. 30. Cit. in BERGER, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme...", cit., p. 6.

menti cinesi all'estero in modo da alimentare un sicuro ed efficace sfruttamento di entrambi questi mercati e delle relative risorse.¹⁶⁶

Questa nuova posizione meglio bilanciata coincide e risponde, come abbiamo visto, a un problematico biforcamento degli interessi della Cina, la cui gestione necessita di una politica di protezione degli investimenti più sofisticata, flessibile ed equilibrata, che stabilisca un compromesso tra le istanze del Paese rispettivamente come importatore ed esportatore di capitale.

Una prima, istintiva, ipotetica soluzione a questa difficoltà sembrerebbe essere l'adozione di due diversi modelli di trattati bilaterali a protezione degli investimenti: l'uno più restrittivo e più difensivo dei diritti sovrani di controllo riconosciuti al paese d'investimento, da utilizzarsi nella conclusione di accordi bilaterali con paesi esportatori di capitale; l'altro più liberale e più offensivo nella rivendicazione dei diritti alla tutela degli investitori, da utilizzarsi nella stipulazione di trattati con paesi meta di flussi di capitale dalla Cina. Questo allettante approccio apertamente dualistico va, tuttavia, rigettato, perché lontano dalla pratica internazionale consuetudinaria di regolazione degli investimenti, e perché chiaramente discriminatorio e contrario alla clausola della nazione più favorita, generalmente contenuta in ogni BIT¹⁶⁷.

La soluzione adottata dalla Cina, legittima e frutto di un approccio più maturo, è, invece, l'adozione di un nuovo, unico, più complesso modello di BIT, che interiorizzi e risolva la dualità di posizioni in un bilanciamento dell'allocazione di diritti e obblighi in capo a *host state* e investitori. Abbiamo descritto le concrete modalità di questo bilanciamento e le due anime, difensiva e offensiva, di questa nuova generazione di trattati, quando abbiamo analizzato con il *BIT Canada-Cina* l'ultimo stadio della politica cinese di sottoscrizione di trattati bilaterali¹⁶⁸. In particolare, abbiamo visto come, in un delicato e complesso equilibrio d'interessi, a ogni diritto sostanziale e procedurale garantito all'investitore faccia da contrappeso uno strumento di regolazione messo a disposizione del paese d'investimento: alla garanzia di trattamento giusto ed equo, la sua definizione restrittiva come standard minimo internazionale di protezione; al riconoscimento del

¹⁶⁶ *Zhonghua Renmin Gongheguo Guomin Jingji he Shehui Fazhan Di Shi'er ge Wu Nian Guihua Gangyao* 中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要 (Lineamenti del Quindicesimo Piano Quinquennale della Repubblica Popolare Cinese per l'Economia Nazionale e lo Sviluppo Sociale; d'ora in avanti abbreviato in Dodicesimo Piano Quinquennale), presentato il 16 marzo 2011, consultabile a <http://ghs.ndrc.gov.cn/ghwb/gjwnggh/P020110919590835399263.pdf>, parte XII, cap. 52. (Traduzione mia)

¹⁶⁷ Norah GALLAGER, SHAN Wenhua, *Chinese Investment Treaties. Policies and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 384.

¹⁶⁸ Cfr. parte 1, cap. 2.3.

trattamento nazionale, la sua circoscrizione alla fase post-ammissione; all'inclusione della clausola MFN, la sua validità esclusivamente sostanziale; alla generale protezione contro l'espropriazione, un ampio margine di tolleranza per le espropriazioni indirette; al consenso alla risoluzione arbitrale di eventuali controversie, la previsione di alcuni ostacoli di carattere procedurale.

Mentre i BIT di prima generazione lasciavano gli investitori pressoché inermi di fronte ai discrezionali interventi regolativi dello *host state*, e i BIT di seconda generazione, al contrario, conferivano loro un margine di rivendicazione eccessivamente ampio, questo modello bivalente di trattato rappresenta uno strumento equilibrato e flessibile nelle mani della Cina, per la difesa in un foro arbitrale internazionale della sua posizione giuridica, di volta in volta di attore o di convenuto, nell'eventualità che una disputa relativa all'investimento sorga fra le parti. Il suo concepimento s'inserisce, altresì, in una generale politica di utilizzo pragmatico, contestuale e circostanziale degli strumenti giuridici per una gestione efficace in sede arbitrale delle controversie derivanti da investimenti esteri, in cui verosimilmente la Cina si vedrà sempre più spesso coinvolta.

2.2.1 L'anima difensiva dell'approccio cinese agli arbitrati internazionali in sede ICSID: Il caso *Ekran Berhad v. People's Republic of China*

La recente registrazione presso l'ICSID della prima richiesta di arbitrato presentata da un investitore estero contro la Cina ci consente di verificare nella pratica i principali fattori di criticità che un procedimento di questo tipo, affrontato dalla Cina come *host state*, presenta per il Paese e di testare l'efficacia difensiva delle armi giuridiche in suo possesso.

Dopo quasi due decenni dalla ratifica della Convenzione ICSID, trascorsi dalla Cina in un'inaspettata immunità da disputa alcuna, il 24 maggio 2011 il Centro ha finalmente registrato la prima, storica richiesta da parte di un investitore estero di risolvere per via arbitrale, sotto la giurisdizione del Centro, una controversia sorta con la Cina relativamente a un caso di espropriazione. L'investitore in questione è la *holding* d'investimento malesiana Ekran Berhad, compagnia che detiene una quota di partecipazione azionaria del 70% nella sussidiaria Sino-Malaysia Culture & Art Co. Ltd. (SMCAC), registrata e incorporata in Cina nel 1993 come compagnia per lo sviluppo di strutture per centri artistici e culturali. La SMCAC ha sottoscritto nel 1993 un accordo con il go-

verno locale della provincia cinese di Hainan, per l'acquisizione dei diritti d'uso per settant'anni di un appezzamento di terreno di 900 ettari sull'isola. Nel 2004, però, la compagnia, accusata di aver mancato di sviluppare il terreno conformemente a quanto previsto dalla normativa provinciale, è stata espropriata di tali diritti dall'autorità locale. Il Regolamento sull'Amministrazione della Terra nella Zona Economica Speciale di Hainan contiene, infatti, una serie di previsioni volte a scoraggiare pratiche di accaparramento speculativo della terra. In particolare, questa normativa conferisce al governo provinciale la facoltà di imporre una tassa sul terreno inattivo, di valore variabile dal 5% al 20% del canone d'affitto, in caso il beneficiario del diritto d'uso manchi di sviluppare il terreno per un periodo compreso tra un anno e due anni¹⁶⁹, e di revocare, poi, i diritti d'uso, espropriando senza indennizzo alcuno il terreno e procedendo alla sua riallocazione, in caso il beneficiario lasci la terra inattiva per almeno due anni consecutivi¹⁷⁰.

Il caso è stato sospeso pochi mesi dopo la registrazione, prima ancora della costituzione del tribunale, per raggiunto accordo fra le parti, come previsto dall'art. 43 delle Regole Arbitrali ICSID¹⁷¹. In applicazione di tale articolo, le parti hanno, poi, presentato una richiesta di cessazione del procedimento per avvenuta risoluzione amichevole della disputa, secondo un accordo che non è stato reso pubblico. Il Segretario Generale ha accolto tale richiesta, emettendo un ordine procedurale di cessazione il 16 maggio 2013.

L'interessante problema - puramente speculativo, data la rapida risoluzione amichevole della controversia - posto da questo caso è quello della discussa competenza giurisdizionale dell'ICSID sulla disputa. In particolare, la decisione se, alla luce delle previsioni dell'accordo bilaterale tra Cina e Malesia, il Centro avesse o meno titolo a decidere del caso in questione, sarebbe dovuta passare per il necessario, preliminare scioglimento di alcuni nodi critici, quali la portata della *consent clause* nel China-Malaysia BIT¹⁷², l'applicabilità della clausola della nazione più favorita al problema procedurale della giurisdizione e l'interazione di un'ampia clausola MFN con una ristretta *consent clause*. Sono proprio queste criticità a rappresentare le più importanti, potenziali armi difensive nella mani della Cina, nei casi di dispute che la vedano coinvolta come

¹⁶⁹ Hainan Jingji Tequ Tudi Guanli Tiaoli 海南经济特区土地管理条例 (Regolamento sull'Amministrazione della Terra nella Zona Economica Speciale di Hainan), 24 giugno 1994, come emendato il 31 luglio 2008, consultabile a <http://www.hainan.gov.cn/data/law/2008/08/1165/>, art. 43(1).

¹⁷⁰ Hainan Jingji Tequ..., cit., art. 44(2).

¹⁷¹ ICSID, *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings* (d'ora in avanti abbreviato in Arbitration Rules), Washington, 1965, consultabili a https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf, art. 43(1).

¹⁷² *Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of Malaysia Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments* (d'ora in avanti abbreviato in BIT Cina-Malesia), 21 novembre 1988, consultabile a <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/at/200212/20021200058404.html>.

convenuto. Calibrando le previsioni dei trattati bilaterali che sottoscrive e la propria strategia difensiva in modo da trarne vantaggio, il Paese può cercare di eludere, quando possibile, la giurisdizione dell'ICSID, proteggendosi, così, dal concreto pericolo di dover sostenere nel futuro prossimo una pioggia di procedimenti arbitrari promossi ai suoi danni.

Nel caso in questione, il consenso alla risoluzione arbitrale di eventuali dispute è creato dalla previsione dell'art. 7(4) del China-Malaysia BIT:

The disputes relating to the amount of compensation and any other disputes agreed upon by both parties may be submitted to an International Arbitral Tribunal.¹⁷³

Trattandosi di un trattato bilaterale di prima generazione e precedente la ratifica da parte della Cina della Convenzione ICSID, non solo il consenso automatico è restrittivamente limitato alla decisione di questioni relative alla quantificazione dell'ammontare di un indennizzo per espropriazione, la cui necessità sia già stata appurata, ma, inoltre, il foro designato per l'arbitrato non è l'ICSID, bensì un tribunale arbitrale *ad hoc*. Nello scambio di note che accompagnava il trattato, le parti contraenti concordavano che, non appena la Cina avesse ratificato la Convenzione, si sarebbe dovuta tenere una nuova sessione di negoziazioni per decidere della possibilità di emendare l'art. 7(4) e di riconoscere all'ICSID competenza giurisdizionale su uno spettro di dispute più ampio. Ad oggi, però, questo annunciato, ulteriore *round* di negoziazioni non ha ancora avuto luogo e le previsioni del sopraccitato art. 7 restano l'unica, legittima espressione del consenso delle due parti alla risoluzione arbitrale delle controversie; circostanza che mette in dubbio la legittimità della remissione del caso in questione alla competenza del Centro.

Lo stesso tribunale arbitrale ICSID, una volta costituito, sarebbe, dunque, stato chiamato a decidere in merito al problema della propria giurisdizione sul caso, interpretando l'art. 7(4) alla luce dei tre principi base dell'interpretazione dei trattati, individuati dalla Convenzione di Vienna in buona fede, rispetto del significato ordinario dei termini del trattato nel loro contesto e considerazione dell'oggetto e dell'obiettivo dell'accordo¹⁷⁴. Nella pratica giudiziaria, tuttavia, la combinazione in proporzioni diverse degli stessi tre principi ha portato a interpretazioni di volta in volta diverse e contrastanti di clausole di consenso anche molto simili tra loro. Alcuni tribunali internazionali

¹⁷³ BIT Cina-Malaysia, cit., art. 7(4).

¹⁷⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 maggio 1969, consultabile a http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, art. 31(1).

hanno adottato un approccio testuale all'interpretazione di clausole molto vicine al nostro art. 7(4), privilegiando l'analisi del significato delle parole nel contesto della clausola di espropriazione, cui esse si riferiscono, ed evidenziandone il valore qualificativo e limitativo della tipologia di dispute che è possibile rimettere a un tribunale arbitrale. Questi tribunali hanno, quindi, generalmente negato la propria competenza a decidere del diritto al riconoscimento di un indennizzo, dichiarando la propria giurisdizione limitata a questioni di quantificazione materiale dell'indennizzo stesso¹⁷⁵. Altri tribunali hanno, invece, concentrato la propria attenzione sul principio della necessaria coerenza dell'interpretazione con le finalità del trattato, secondo un approccio cosiddetto teleologico. Riconoscendo nell'incoraggiamento dei reciproci investimenti, attraverso garanzie d'internazionalizzazione degli obblighi, anche procedurali, dello *host state*, l'obiettivo ultimo dei BIT, questi tribunali hanno dato un'interpretazione estensiva delle *consent clause* e confermato la propria competenza giurisdizionale sui casi¹⁷⁶.

La recente pratica giudiziaria internazionale sembra, comunque, generalmente orientata a un'interpretazione teleologica e comprensiva della clausola di consenso, che renda effettiva la dovuta tutela procedurale implicata dalla natura stessa dei trattati bilaterali a protezione degli investimenti, e che eviti, quindi, l'esito paradossale che l'investitore estero abbia accesso solo in rarissimi casi alla possibilità di arbitrare un'eventuale controversia.

La Cina si sarebbe, comunque, potuta appellare all'argomentazione che la clausola in questione andasse correttamente interpretata alla luce della Notifica d'Intenti¹⁷⁷ depositata presso l'ICSID al momento della ratifica della Convenzione e che la conseguente combinazione della formulazione restrittiva dell'art. 7(4) con la limitazione *rationae materiae* contenuta nella Notifica rendesse inequivocabile l'intento dichiarato di sottrarre all'arbitrato decisioni in merito alla titolarità dell'indennizzo per espropriazione.

La seconda previsione rilevante ai fini della determinazione della giurisdizione sul caso è la clausola MFN, enunciata nei termini consueti dall'art. 3(1) del *BIT Cina-Malaysia*:

¹⁷⁵ Cfr. STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE, *Vladimir Berschader and Moise Berschader v. Russian Federation*, 080/2004, sentenza resa il 21 aprile 2006, consultabile a http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf.

¹⁷⁶ Cfr. STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE, *Renta 4 S.V.S.A., et al. v. Russian Federation*, 020/2007, sentenza resa il 20 marzo 2009, consultabile a <http://italaw.com/documents/Renta.pdf>.

¹⁷⁷ Vedi nota 68.

Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall not be subject to a treatment less favorable than that accorded to investments made by investors of any third State.¹⁷⁸

Tale clausola è, infatti, spesso invocata da investitori esteri i cui interessi siano garantiti da trattati bilaterali particolarmente restrittivi, per avere accesso alle previsioni arbitrali più liberali e inclusive contenute in trattati più recenti. Anche in questo caso, diversi tribunali si sono pronunciati in maniera contrastante sulla controversa questione dell'applicabilità della clausola della nazione più favorita agli aspetti procedurali della tutela. L'orientamento generale, pur non univoco, sembra, comunque, tendere all'estensione della tutela, laddove il trattamento non meno favorevole sia invocato per eludere ostacoli procedurali, quali l'osservanza di un periodo d'attesa in cui tentare la conciliazione e l'esaurimento dei rimedi locali; nei casi in cui il richiamo alla MFN sia, invece, strumentale alla creazione del consenso dove non previsto dal trattato originario, la tendenza sembra essere alla negazione dell'applicabilità della clausola¹⁷⁹.

In forza di tale pratica giudiziaria, la Cina avrebbe potuto far valere la comprovata illegittimità del ricorso alla clausola della nazione più favorita – nel caso di specie all'art. 3(1) del China-Malaysia BIT - per estendere la tutela procedurale garantita da altri trattati a casi che, come quello in questione, ne sono chiaramente esclusi dalla formulazione restrittiva della *consent clause* di riferimento. A sostegno di tale argomento, nelle dinamiche d'interazione della clausola di consenso con la clausola della nazione più favorita, è ragionevole e largamente accettato il principio per cui lo specifico intento restrittivo della prima debba prevalere sulle generiche aperture ventilate dalla seconda.

In generale, la recente tendenza giudiziaria a un'interpretazione espansiva di *consent clause* e *MFN clause*, a estendere la competenza giurisdizionale dei tribunali arbitrali internazionali, se sommata al considerevole numero di trattati bilaterali sottoscritti dalla Cina negli ultimi anni e alle previsioni liberali contenute nei trattati di seconda generazione, rischiava di alimentare la registrazione presso l'ICSID di un gran numero di casi promossi da investitori esteri contro il Paese. La recente evoluzione in senso più bilanciato della strategia cinese di sottoscrizione di BIT sembra essere intervenuta a proteggere proprio da questo pericolo gli interessi da *host state* del Paese. In

¹⁷⁸ BIT Cina-Malaysia, cit., art. 3(1).

¹⁷⁹ WU Fang 吴放, *Never Wake a Sleeping Dragon. On the Jurisdiction Issue of the First ICSID Case Against China*, in "Wuhan University Institute of International Law", 2012, http://translaw.whu.edu.cn/index.php/index/content_zh/id/2077/link/guifsl, 02 agosto 2013.

particolare, la migliore circostanziazione del consenso e l'esplicita negazione dell'applicabilità alle previsioni procedurali del trattamento di nazione più favorita fungeranno presumibilmente da efficaci scudi contro il riconoscimento indiscriminato agli investitori esteri del diritto di contestare nei fori arbitrali internazionali le misure adottate dal governo cinese a regolazione degli FDI.

2.2.2 L'anima offensiva dell'approccio cinese agli arbitrati internazionali in sede ICSID: Il caso *Ping An v. Kingdom of Belgium*

Dopo soltanto un anno dalla registrazione del primo caso ICSID iniziato da un investitore estero contro la Cina, il 19 settembre 2012 ha fatto segnare un altro momento decisivo nella storia della partecipazione del Paese al confronto giuridico internazionale, con l'accettazione da parte del Centro della prima richiesta di arbitrato presentata da un investitore cinese contro un paese d'investimento estero. Secondo Alex Berger, considerata la già citata, recente crescita degli investimenti esteri cinesi, era soltanto questione di tempo prima che una compagnia cinese si decidesse a servirsi del sistema legale sovranazionale per reclamare la dovuta protezione dei propri investimenti¹⁸⁰. Sebbene i dettagli della rivendicazione cinese non siano ancora stati resi pubblici e sebbene, in considerazione dei normali tempi procedurali del Centro, una soluzione della controversia non si attenda verosimilmente prima di due anni dalla data di registrazione, questo caso, per quanto in una fase iniziale e dall'esito incerto, ci consente, tuttavia, di verificare quali siano le armi giuridiche che la Cina ha a disposizione nella sua offensiva da ricorrente - le spade da *home country*, complementari agli scudi da *host state* - e quale il significato di questo nuovo approccio offensivo in termini di strategia di tutela dei propri interessi.

I protagonisti di questa vicenda giudiziaria sono la Ping An Insurance (Group) Company of China, la seconda più grande *holding* cinese di servizi assicurativi e finanziari, fondata a Shenzhen nel 1988 come compagnia privata, e il Regno del Belgio. Nel 2007, la *holding* Ping An acquistò per 23,87 miliardi di RMB una quota azionaria del 4,18% del gruppo bancario e assicurativo belga-olandese Fortis, diventandone, così, il primo azio-

¹⁸⁰ Alex BERGER, *Recognising the Signs of the Times: Investment Protection in the 21st Century*, in "German Development Institute", 2012, [http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/\(ynDK_contentByKey\)/ANES-8ZBHAE?Open&nav=expand:Publikationen%25CMitarbeiter%20sonstige;active:Publikationen%25CMitarbeiter%20sonstige%25CANES-8ZBHAE](http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/(ynDK_contentByKey)/ANES-8ZBHAE?Open&nav=expand:Publikationen%25CMitarbeiter%20sonstige;active:Publikationen%25CMitarbeiter%20sonstige%25CANES-8ZBHAE), 04 agosto 2013.

nista¹⁸¹. Si trattava allora del più consistente investimento all'estero di un provider cinese di servizi finanziari, finalizzato a spianare la strada all'espansione delle operazioni internazionali del gruppo. Già nell'aprile 2007 Fortis aveva, però, dato segni di sofferenza, quando costretta a raccogliere i fondi necessari a finanziare l'acquisizione congiunta con il Banco Santander e con la Royal Bank of Scotland della banca olandese ABN Amro, in una congiuntura economica sfavorevole di drenaggio della liquidità globale causato dalla crisi dei mutui *subprime*. Queste difficoltà portarono nel 2008 a un collasso del 96% del valore delle azioni di Fortis, che nemmeno un'iniezione di liquidità di 11,2 miliardi di € riuscì ad arrestare. I governi di Belgio e Olanda si videro, quindi, costretti a nazionalizzare le operazioni bancarie del gruppo, per evitarne il fallimento e scongiurare, così, il conseguente collasso dei rispettivi settori bancari. Il ramo belga delle operazioni bancarie fu, poi, venduto dal Paese alla banca francese BNP Paribas, nonostante le fortissime opposizioni degli investitori, tra i quali Ping An. Il crollo del valore delle azioni di Fortis sull'Euronext¹⁸² da 30€ nell'aprile 2007 a meno di 1€ nell'ottobre 2008¹⁸³ costrinse Ping An a deprezzare il valore di mercato della propria quota, contabilizzando una perdita di circa 15,7 miliardi di RMB, e a stanziare 22,8 miliardi di RMB in riserve per liquidazioni danni.

Secondo le accuse mosse dalla *holding* cinese al governo del Belgio, le pratiche di smembramento di Fortis per linee nazionali, di nazionalizzazione e cessione delle sue operazioni bancarie belghe al gruppo francese BNP Paribas sarebbero assimilabili a misure espropriative, che avrebbero ulteriormente inasprito le già gravi perdite causate all'investitore cinese dalle difficoltà finanziarie e dalla svalutazione azionaria del gruppo. Un portavoce di Ping An ha dichiarato che la gestione del caso Fortis da parte del Belgio sarebbe stata del tutto inadeguata, contraria a quanto prescritto dai principi base di *corporate governance* e fortemente lesiva dei diritti legali e degli interessi legittimi degli azionisti¹⁸⁴. In particolare, il governo del Belgio, limitando agli investitori istituzionali europei l'accesso a un fondo speciale istituito a indennizzo delle perdite degli investitori, avrebbe mancato di compensare i danni subiti dagli investitori cinesi, li avrebbe discriminati e sarebbe venuto meno all'obbligo di garantire loro un trattamento equo e giusto.

¹⁸¹ "Pingan Zhuanggao Bilishi. Jiu Touzi Futong Kuisun Tiqi Guoji Zhongcai" 平安状告比利时。就投资富通亏损提起国际仲裁 (Ping An Cita il Belgio in un Arbitrato Internazionale per le Perdite Relative all'Investimento in Fortis), *Guoji Jinrong Bao*, 16 novembre 2012.

¹⁸² Euronext è il gruppo che dal 2000 gestisce la borsa valori federativa paneuropea. [n.d.a.]

¹⁸³ Eadie CHEN, "Ping An Seeks Beijing's Help over Nationalization of Fortis", *The New York Times*, 28 ottobre 2008.

¹⁸⁴ "Pingan Zhuanggao Bilishi...", cit.

Secondo Mei Xinyu¹⁸⁵, ricercatore presso il Ministero del Commercio cinese, queste mancanze sono tanto più gravi perché in violazione del pluridecennale accordo di protezione dei reciproci investimenti in vigore tra i due Paesi a partire dalla firma di un trattato bilaterale nel 1984, poi emendato nel 2005¹⁸⁶.

Su queste basi, nel febbraio 2009, l'assicuratore cinese ha presentato al governo belga la prima richiesta privata d'indennizzo, grazie anche al sostegno e alla mediazione del MOFCOM. Dopo ben tre anni di difficili e infruttuose trattative, la compagnia ha, però, rinunciato alla via della negoziazione privata e ha deciso di portare il caso di fronte a una corte ICSID per ottenere un arbitrato decisivo e vincolante. Ha, quindi, presentato al Centro un reclamo ufficiale in data 19 settembre 2012, designando come proprio rappresentante il ramo londinese dello studio legale internazionale Kirkland & Ellis LLP, noto in particolare per la propria esperienza in vertenze internazionali.

Quella di cercare soddisfazione presso l'ICSID è per la compagnia cinese una scelta impegnativa da un punto di vista procedurale, nonché rischiosa. La Convenzione ICSID contiene, infatti, una *fork in the road clause*, una clausola, cioè, che prevede – a meno di diverso, specifico accordo fra le parti – che, chiedendo o acconsentendo alla risoluzione arbitrale di una controversia presso il Centro, le parti rinuncino automaticamente alle possibilità di ricorrere ad altri rimedi giudiziari¹⁸⁷ e di ricercare protezione diplomatica presso il proprio governo¹⁸⁸, rimettendosi, così, esclusivamente e senza possibilità di appello al giudizio decisivo e vincolante della corte arbitrale. Tale giudizio è, poi, in larga misura imprevedibile per le parti, dipendendo da un complesso insieme di variabili - non ultima la particolare sensibilità e inclinazione del Centro e degli arbitri designati in merito alla questione di specie. L'incertezza dell'esito è, inoltre, esasperata per la compagnia cinese dalla natura avanguardistica del suo ricorso.

Anche alla luce di queste problematiche, l'ICSID restava, comunque, per l'investitore la sede più adatta alla ricerca di una tutela efficace dei propri interessi. L'impraticabilità della via negoziale era stata, infatti, resa evidente dalle effettive difficoltà materiali incontrate dal governo belga e dalla sua conseguente, pressoché totale mancanza di collaborazione nelle negoziazioni bilaterali con la controparte. Il Paese, infatti,

¹⁸⁵ Cit. in CHEN, "Ping An Seeks Beijing's Help...", cit.

¹⁸⁶ *Agreement between the Belgium-Luxembourg Economic Union and the Government of the People's Republic of China on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments* (d'ora in avanti abbreviato in BIT Belgio-Cina), Beijing, 6 giugno 2005, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/China_belgium.pdf, in sostituzione del precedente *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Belgian-Luxembourg Economic Union on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, Bruxelles, 1984.

¹⁸⁷ *ICSID Convention*, cit., art. 26.

¹⁸⁸ *ICSID Convention*, cit., art. 27.

aveva, prima, accampato il pretesto dell'impossibilità di destinare i soldi dei contribuenti nazionali a risarcire le perdite d'investitori extraeuropei; poi, dopo le elezioni politiche del 2009, era stato paralizzato per un anno e mezzo dalla mancata costituzione di un nuovo governo; e, in generale, anche in seguito alla stabilizzazione della situazione politica interna, continuava ostinatamente a eludere le richieste avanzate dalla compagnia cinese. A fronte di questa chiusura, restava, però, la necessità per Ping An di ricercare con determinazione un risarcimento delle perdite subite, per dimostrare una forte assunzione di responsabilità nei confronti dei propri azionisti; responsabilità in cui risiederebbe l'essenza stessa delle obbligazioni di un'azienda¹⁸⁹. Questa necessità avrebbe, tuttavia, difficilmente trovato soddisfazione nell'ambito di un processo civile in un qualsiasi tribunale, essendo la controparte uno stato sovrano, esente dalla giurisdizione civile per effetto dell'immunità statale. Date queste circostanze e data la già citata natura dell'ICSID, la presentazione di una richiesta di arbitrato in questa sede era senza dubbio il canale più efficace – sebbene non l'unico – attraverso il quale Ping An, un soggetto giuridico privato, potesse rivendicare la dovuta salvaguardia dei propri interessi legali dalle presunte, illegittime misure di un ente sovrano, anche alla luce della tutela prevista dal vigente *BIT Belgio-Cina*. Secondo Tim Cullen, responsabile dell'ufficio Global Disputes Practice dello studio legale Jones Day, Washington, infatti:

Sebbene questo non sia l'unico metodo per la risoluzione della controversia, si tratta, tuttavia, di un metodo efficace. L'“*Accordo sulla Promozione e Protezione dei Reciproci Investimenti*” [...], sottoscritto dai governi di Cina e Belgio, offre un'adeguata cornice normativa, che crea le condizioni per la promozione di consultazioni, mediazioni e, laddove necessario, persino arbitrati fra individui o aziende private e stati. Tutti gli elementi lasciano, però, intendere che, nel confronto fra Ping An e il governo belga, i primi due metodi menzionati siano già stati esauriti.¹⁹⁰

Quanto agli effettivi meriti del caso, azzardando una previsione inevitabilmente parziale e incerta perché prematura, si può ipotizzare che una delle maggiori difficoltà che l'investitore cinese dovrà affrontare nel corso di questo procedimento sarà dimostrare che le perdite subite vadano effettivamente imputate alle inadeguate misure adottate dal governo belga e che, pertanto, vadano sostenute da quest'ultimo. Il Belgio

¹⁸⁹ HE Yingyan 贺颖彦, SHEN Xuwen 沈旭文, “Pingan Guoji Weiquan” 平安国际维权 (Ping An Difende i Propri Interessi Internazionali), *Huanqiu Qiyejia*, 19, 2012.

¹⁹⁰ Cit.in “Pingan Zhuanggao Bilishi...”, cit.

cercherà, infatti, verosimilmente di scagionarsi dalle imputazioni di Ping An, attribuendo piuttosto i danni subiti dalla compagnia a due altri fattori, indipendenti e irriducibili al proprio controllo. Le perdite sopportate dall'investitore andrebbero, cioè, ricondotte, da un lato, alla "*forza irresistibile dello tsunami finanziario globale*"¹⁹¹, che avrebbe determinato il crollo azionario di Fortis e reso inevitabili la nazionalizzazione e vendita delle sue operazioni bancarie. Dall'altro, sarebbero il frutto della negligenza e superficialità della stessa Ping An nella gestione e amministrazione del gruppo e, in particolare, della sua incapacità, quando la crisi era ormai annunciata, di sfruttare la propria posizione forte nel consiglio di amministrazione della compagnia per far approvare revisioni dello statuto societario, funzionali a un'efficace tutela dei propri interessi di azionista.

A fronte di questa difficoltà, ci sono, d'altra parte, fattori che sembrano conferire all'investitore cinese un certo margine di successo nella controversia in questione e un sicuro vantaggio rispetto agli investitori domestici belgi, costretti ad avanzare le proprie rivendicazioni nei tribunali nazionali, coperti dal diritto interno del Paese. Non soltanto, infatti, l'ICSID è, per sua stessa natura costitutiva, una sede tradizionalmente più incline a riconoscere e tutelare i legittimi interessi degli investitori, di quanto non lo siano i tribunali nazionali; ma, inoltre, il *BIT Belgio-Cina*, che costituisce la cornice normativa di riferimento per il caso in questione, in quanto accordo concepito a protezione e promozione degli FDI, è, certo, uno strumento più servibile a sostegno di una rivendicazione di dovuta tutela di un investimento estero, di quanto non lo possa essere una qualsiasi costituzione nazionale, attenta piuttosto a sottolineare le obbligazioni e responsabilità sociali implicate dal diritto di proprietà¹⁹². E questa riflessione è tanto più rilevante se si considera che il trattato bilaterale attualmente in vigore tra Belgio e Cina, come emendato nel 2005¹⁹³, appartiene alla seconda, più liberale generazione di accordi sottoscritti dalla Cina ed è, quindi, particolarmente funzionale a sostenere le rivendicazioni degli investitori esteri.

Due previsioni, in particolare, sembrano fornire a Ping An importanti armi offensive. In primo luogo, in merito alla risoluzione delle dispute legate agli investimenti, a differenza di quanto previsto dal trattato del 1984, che limitava la possibilità di iniziare una controversia a questioni di quantificazione dell'indennizzo dovuto in seguito a espropriazione, l'art. 8 del BIT 2005 contiene un'espressione di consenso all'arbitrato

¹⁹¹ *Ping An turns to Arbitration in Dispute with Belgian Government*, in "Want China Times", 2012, disponibile a <http://www.wantchinatimes.com/news-subclass-cnt.aspx?id=20121025000122&cid=1502>, 04 agosto 2013.

¹⁹² BERGER, *Recognising the Signs of the Times...*, cit.

¹⁹³ Vedi nota 187.

particolarmente ampia. Quando una qualsiasi disputa legale, non altrimenti connotata e determinata, insorga fra un investitore di una parte contraente e l'altra parte contraente e quando tale generica disputa non possa essere risolta tramite consultazioni entro sei mesi dalla data di notifica, ogni parte contraente acconsente a che la stessa venga sottoposta, a discrezione dell'investitore, alla corte competente della parte imputata o al Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie Relative ad Investimenti, per essere risolta sotto gli auspici della *Convenzione ICSID*¹⁹⁴. Rimane, certo, secondo quanto previsto dalle *Arbitration Rules* del Centro, la possibilità per il Belgio, in quanto parte contraente imputata, di presentare un'obiezione preliminare sul merito legale del caso¹⁹⁵ e di richiedere, quindi, che il tribunale arbitrale, una volta costituito, indaghi il problema della propria competenza giurisdizionale sulla disputa di specie e, laddove si scopra privo della stessa, rigetti, in tutto o in parte, la richiesta di arbitrato dell'investitore cinese¹⁹⁶. È, tuttavia, improbabile, data l'ampiezza della *consent clause* rilevante a comprendere qualsiasi disputa legata a un investimento, che il tribunale arbitrale accolga tale obiezione, anche se sollevata. Ping An dovrebbe, quindi, con buona approssimazione, vedersi riconosciuto il diritto di perseguire i propri interessi in sede arbitrale internazionale.

In secondo luogo, l'art. 4 del nuovo BIT, a regolazione delle misure di privazione e limitazione del diritto di proprietà, sembrerebbe sostenere le rivendicazioni dell'investitore cinese.

(1) Each Contracting Party undertakes not to adopt any measure of expropriation or nationalization or any other measure having the effect of directly or indirectly dispossessing the investors of the other Contracting Party of their investments in its territory. (2) If reasons of public purpose, security or national interest require a derogation from the provisions of paragraph 1, the following conditions shall be complied with: a) the measures shall be taken under domestic legal procedures; b) the measures shall not be discriminatory; c) the measures shall be accompanied by provisions for the payment of compensation. [...] ¹⁹⁷

Se è vero, infatti, che il par. 2 menziona tra i criteri legittimanti un'eventuale espropriazione la considerazione del pubblico bene, della sicurezza e dell'interesse nazionale,

¹⁹⁴ BIT Belgio-Cina, cit., art. 1 e 2.

¹⁹⁵ *Arbitration Rules*, cit., art. 41(5).

¹⁹⁶ HE, SHEN, "Pingan Guoji Weiquan", cit.

¹⁹⁷ BIT Belgio-Cina, cit., art. 4.

giustificando, così, la decisione del governo belga di nazionalizzare le operazioni bancarie del gruppo Fortis, per evitare gravi ripercussioni sull'intero settore bancario nazionale; appare, però, altresì evidente che il Belgio abbia mancato di rispettare almeno due delle tre condizioni cui si deve necessariamente conformare l'esecuzione di un'espropriazione, legittimamente decisa in base al criterio appena menzionato. Escludendo gli investitori esteri dall'accesso al fondo speciale, istituito a risarcimento delle perdite degli azionisti di Fortis, e negando loro il riconoscimento a un adeguato indennizzo, pari al valore dell'investimento appena prima dell'esecuzione della misura espropriativa o, in alternativa, appena prima della divulgazione della notizia che l'investimento sarebbe andato incontro a espropriazione¹⁹⁸, il governo belga sarebbe venuto meno all'obbligazione di condurre la nazionalizzazione in maniera non discriminatoria e, insieme, alla responsabilità di indennizzare gli investitori colpiti. Mancanza questa che, se riconosciuta dal tribunale arbitrale, potrebbe verosimilmente risultare in un pronunciamento a favore delle rivendicazioni compensatorie della compagnia cinese.

In ogni caso, indipendentemente dall'esito della disputa, difficile da prevedere in una fase così prematura, il fatto stesso della sua registrazione testimonia che anche nel mondo dell'impresa cinese è in corso un decisivo cambiamento attitudinale, nel senso di un'innovativa disponibilità a prendere parte al confronto giuridico internazionale e a servirsi, insieme con coraggio e pragmatismo, dei suoi meccanismi, per rivendicare una tutela efficace dei propri interessi all'estero.

Ping An ha rifiutato di comportarsi da "ricco remissivo" come hanno fatto, invece, alcuni fondi sovrani del Medio-Oriente, a cui sembra quasi piacere tacere di fronte a perdite enormi.¹⁹⁹

Al contrario, la compagnia ha cercato con ogni mezzo di ottenere un risarcimento per quello che ritiene essere un danno ingiusto, e ha, infine, portato la propria protesta nel foro che le è parso più appropriato. Quest'avanguardistica, assertiva presa di posizione ha suscitato un forte interesse nelle moltissime imprese cinesi i cui investimenti all'estero, nell'attuale, difficile congiuntura economica, sono sempre più minacciati da incombenti interferenze da parte di *host state* crescentemente allettati da un redivivo protezionismo. Questa richiesta di arbitrato costituirà, pertanto, un importante prece-

¹⁹⁸ BIT Belgio-Cina, cit., art. 4(3).

¹⁹⁹ Lex Zhuanlan: Pingan 'Zhuanggao' Bilishi, Lex 专栏: 平安“状告”比利时 (Lex: Ping An 'Cita' il Belgio), in "FT Zhongwen Wang", 2012, <http://www.ftchinese.com/story/001046729>, 04 agosto 2013.

dente per gli investitori cinesi e li aiuterà verosimilmente a sviluppare una coscienza della possibilità e, insieme, necessità di servirsi dell'esistente, fitta rete di trattati bilaterali cinesi e dei meccanismi giuridici internazionali a disposizione, per assicurare i propri investimenti e proteggere i propri interessi all'estero, secondo il principio per cui *"di più spaventoso del rischio c'è solo l'assenza del diritto di ricorso"*²⁰⁰. Secondo Andy Moody, partner della *law firm* internazionale Eversheds, infatti:

This case may turn out to be the first of many future claims commenced by Chinese investors as they increasingly make investments outside China and recognise that they may try to use bilateral investment treaties to help protect those investments against government interference or expropriation.²⁰¹

In generale, mentre il governo, il mondo dell'impresa e i circoli accademici cinesi hanno continuato fino a un passato molto recente a considerare l'ICSID come uno strumento nelle mani degli investitori occidentali per la penetrazione dei mercati dei paesi in via di sviluppo, è giunto il momento che ne colgano e ne sfruttino, invece, il potenziale complementare di meccanismo di tutela degli investimenti cinesi all'estero, riconoscendo che *"le catene del passato, devono ora diventare un'armatura"*²⁰². Il caso Ping An ha mosso un importantissimo passo in questa direzione.

3. *Global Governance*. Tra sovranità nazionale e responsabilità da leader mondiali

Il terzo e ultimo fattore che prenderemo in considerazione, determinante la recente, inedita disponibilità della Cina al confronto giuridico internazionale, è la sua volontà di influenzare e orientare le linee d'evoluzione del sistema multilaterale, esercitando, anche attraverso una partecipazione attiva ai sistemi internazionali di risoluzione delle controversie, una crescente *governance* a livello globale. Questa volontà è frutto insieme di un'assunzione di responsabilità verso il sistema, auspicabile e ineludibile per un paese dal peso economico della Cina, e di quel programmatico esercizio di *soft power* per cui

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ Cit. in *Chinese Insurer Files First Investment Treaty Claim with ICSID*, in "Wunsch Arb", 2012, <http://www.wunscharb.com/news/chinese-insurer-files-first-investment-treaty-claim-icsid>, 04 agosto 2013.

²⁰² HE, SHEN, "Pingan Guoji Weiquan", cit.

passa l'ascesa del Paese a leader mondiale. In questo aspetto della politica di partecipazione, quindi, responsabilità globali e interessi nazionali, più o meno velati e indiretti, si sovrappongono e si confondono.

La determinazione ad assumere un ruolo crescentemente attivo nella *governance* globale è stata annoverata nel marzo 2011 tra i punti del Dodicesimo Piano Quinquennale, che nel capitolo "*Partecipare attivamente alla governance economica globale e alla cooperazione regionale*"²⁰³ stabilisce che:

La cooperazione multilaterale sarà perseguita attivamente. La Cina spingerà per una riforma del sistema economico internazionale e promuoverà uno sviluppo dell'ordine economico internazionale secondo linee più giuste e ragionevoli. La Cina parteciperà attivamente alla cooperazione per la direzione economica globale nell'ambito del G20, per promuovere e creare una situazione bilanciata e vantaggiosa per tutte le parti del sistema commerciale multilaterale.²⁰⁴

Coerentemente con quanto poi enunciato programmaticamente, la Cina aveva, in effetti, già da qualche anno fattivamente iniziato ad assumere un approccio più partecipe e contributivo alle negoziazioni multilaterali in diverse sedi. Nel Doha Round della WTO, in particolare, non solo ha preso parte a quasi tutte le negoziazioni ufficiali e consultazioni informali, ma ha anche presentato due proposte di emendamento del *DSU Agreement*, a prevedere un trattamento speciale e differenziato (S&D, Special and Differential Treatment) per i paesi in via di sviluppo nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione. Con queste mozioni la Cina cerca di promuovere l'affermazione di un determinato orientamento nel sistema multilaterale, favorevole insieme al particolare interesse nazionale del Paese e all'interesse generale del gruppo di stati in cui esso si riconosce.

Ma come nel caso del tentativo mirato della Cina di modificare e mitigare le specifiche previsioni contenute nel proprio *Protocollo d'Accesso*, anche nel caso del più ampio sforzo di orientare i trend generali del sistema multilaterale, il protrarsi della situazione di stallo del Doha Round e la posizione transattiva debole della Cina intervengono a rendere inefficiente, quando non impraticabile la scelta della trattativa negoziale. La Cina sembra, quindi, intenzionata ad aggirare questa difficoltà, percorrendo la via alternativa dell'esercizio della propria influenza attraverso una precisa strategia di parteci-

²⁰³ *Dodicesimo Piano Quinquennale*, cit., parte XII, cap. 53. (Traduzione mia)

²⁰⁴ *Ibidem*. (Traduzione mia)

pazione alle attività dei sistemi sovranazionali per la risoluzione delle controversie, finalizzata a far prevalere le interpretazioni giudiziarie e, con esse, le tendenze sistematiche desiderate. In particolare, come vedremo, concentrandosi in sede WTO sulla promozione di casi mirati a contestare le barriere commerciali dei partner, il Paese cerca di riaffermare e difendere la centralità del liberalismo come principio fondante dell'Organizzazione. Proponendo il bilanciamento degli interessi delle parti come criterio normativo della gestione dei flussi di FDI, promuove, invece, un incremento degli investimenti funzionale a realizzare un'efficiente allocazione delle risorse su scala globale e a perseguire, quindi, l'interesse aggregato del bene pubblico internazionale.

Più in generale, anche quando non prende parte alle dispute come ricorrente o convenuto, la Cina cerca, comunque, di partecipare e influenzare i procedimenti giudiziari in due modi. In primo luogo, il Paese sostiene attivamente la nomina di cittadini cinesi a giudici dei vari tribunali internazionali, dimostrando, così, la propria volontà di essere maggiormente coinvolta e di fornire un contributo diretto alla funzione giudiziaria delle diverse organizzazioni multilaterali. Storiche, a tal proposito, la nomina nel 2007 a *panelist* in un caso WTO del professor Zhang Yuqing - cosa che ne ha fatto il primo cittadino della RPC a essere designato come giudice WTO - e, poi, l'ancor più rilevante elezione, l'anno seguente, della professoressa Zhang Yuejiao a membro della corte d'appello della WTO, in carica con un mandato quadriennale. In secondo luogo, la Cina, quando assiste alle dispute in qualità di paese terzo o prende parte a consultazioni su casi giudiziari, porta avanti la propria politica d'indirizzamento depositando dichiarazioni ufficiali sui temi di specie. È stato, di certo, significativo e, in qualche misura, programmatico della volontà del Paese di manifestare le proprie posizioni sui temi di interesse internazionale, ad esempio, quanto dichiarato dal giudice cinese Xue Hanqin durante il già citato²⁰⁵ procedimento consultivo sul Kosovo:

The Chinese Government [...] considers it necessary to make an oral statement on some important issues of international law.²⁰⁶

²⁰⁵ Vedi parte 1, cap. 3.

²⁰⁶ Cit. in AKANDE, *Is China Changing its Views of International Tribunals?*, cit.

3.1 L'orientamento dei trend di *governance* globale attraverso le dispute WTO: il caso *Eu – Anti-Dumping Measures on Fasteners*

La presa di posizione più significativa della Cina in termini di *governance* globale in materia commerciale è sicuramente il suo costante ergersi, insieme nell'interesse proprio e del sistema, a baluardo del liberalismo, contro le sempre più pressanti e minacciose istanze di un rinnovato "*protezionismo da crisi*"²⁰⁷.

L'apertura dei mercati e la liberalizzazione delle pratiche commerciali costituiscono uno dei principi cardine e degli obiettivi dichiarati a fondamento della WTO. La loro importanza per il sistema commerciale multilaterale è sostenuta sia dall'argomento empirico del legame statistico fra il libero commercio e la crescita economica, sia dalla formulazione teoretica ricardiana del principio del 'vantaggio comparato', per cui la situazione di massima efficienza economica generale è quella in cui ogni paese si specializzi nella produzione del bene in cui abbia un vantaggio relativo - un costo opportunità inferiore in termini di altri beni - e scambi tale bene con gli altri paesi attraverso pratiche di libero commercio, senza, cioè, che barriere commerciali creino fenomeni di distorsione determinanti perdite di efficienza²⁰⁸. L'obiettivo primario dell'Organizzazione è, quindi, quello di salvaguardare e promuovere questa condizione di massima efficienza, impedendo che alcun paese - soprattutto se desideroso di ricavare vantaggi politici di breve periodo dalla protezione di determinati gruppi economici - possa decidere di ostacolare l'importazione di beni competitivi attraverso l'adozione protezionistica di dazi eccessivi e restrizioni quantitative e non, che distorcano il sistema degli scambi e ostacolino la crescita economica aggregata.

Di recente, la sofferenza economica causata dalla crisi finanziaria globale del 2007 e dal lungo periodo di recessione che ne è seguito ha spinto molti paesi a erigere nuove, alte barriere commerciali, nel tentativo di difendere i settori economici domestici più deboli dalla competizione d'importazioni a basso costo e i produttori nazionali dal conseguente rischio di vedersi estromessi dal mercato. Leader commerciali come l'Unione Europea e gli Stati Uniti, che pure si proclamano sostenitori della politica di apertura dei mercati promossa dalla WTO, lungi dall'esserne esclusi, sono, anzi, nei fatti, tra i protagonisti di questo *trend* negativo di ritorno al protezionismo.

²⁰⁷ THOMAS, "China and the WTO Dispute Settlement System...", cit., p. 18.

²⁰⁸ Cfr. Robert C. FEENSTRA, Alan M. TAYLOR, *Economia Internazionale. Teoria e Politica degli Scambi Economici Internazionali*, Milano, Hoepli, 2009, cap. 2.

In questo contesto generale di nazionalistica, pericolosa messa in discussione dei principi del liberalismo, la Cina, pur non esente essa stessa dall'adozione di qualche contingente misura protezionistica, pare, però, in generale, fermamente determinata a contrastare, con prese di posizione programmatiche e fattuali, l'affermarsi di questa tendenza e a rivendicare, a questo scopo, un più importante ruolo direttivo e un'influenza maggiore sul palcoscenico globale. Questa determinazione scaturisce insieme dalla considerazione pragmatica e particolare che questo *trend* danneggia gravemente gli interessi commerciali di breve periodo del Paese stesso - vittima in assoluto più frequente d'investigazioni e imposizioni, più o meno pretestuose, di dazi antidumping e compensativi - e dalla volontà, più generale e rilevante nel lungo periodo, di mantenere il sistema multilaterale sui binari di un'evoluzione liberalistica che promuova la crescita economica.

Dal punto di vista programmatico, la presa di posizione più recente e importante a questo riguardo da parte della Cina è l'inclusione della lotta al protezionismo tra gli obiettivi del *Dodicesimo Piano Quinquennale*, in cui si afferma, in particolare, al cap. 53 che:

*La Cina si opporrà a ogni tipo di protezionismo*²⁰⁹.

Nei fatti, la Cina agisce, invece, concentrandosi sul sollevamento di casi WTO che denuncino le barriere commerciali dei propri partner, e ne mettano, così, in discussione le politiche. Gli undici casi iniziati dalla Cina in sede WTO, significativamente, riguardano tutti rimedi commerciali: misure di salvaguardia, restrizioni alle importazioni, investigazioni e imposizioni di dazi anti-dumping e di compensazione.

Il caso *Eu – Anti-Dumping Measures on Fasteners*²¹⁰ è particolarmente emblematico. In primo luogo, perché diretto a impugnare una normativa adottata dall'Unione Europea, che, essendo insieme il più importante partner commerciale della Cina e il più accanito utilizzatore di barriere commerciali contro i prodotti cinesi, contende agli Stati Uniti il titolo di principale oppositore del Paese in questo tipo di dispute. In secondo luogo, perché risoltosi in un successo per la Cina e nell'obbligo per l'Unione Europea di ricondurre a conformità le misure di specie, giudicate non conformi con le previsioni di

²⁰⁹ *Dodicesimo Piano Quinquennale*, cit., parte XII, cap. 53. (Traduzione mia)

²¹⁰ WTO, *European Communities – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*, DS397, richiesta di consultazione ricevuta il 31 Luglio 2009, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds397_e.htm.

diversi accordi WTO e, si potrebbe aggiungere, con lo spirito liberalistico che sostanzia l'Organizzazione.

Il 31 luglio 2009 la RPC ha presentato all'organo di conciliazione della WTO una richiesta di consultazione con l'Unione Europea in merito alla decisione di quest'ultima d'imporre dazi anti-dumping definitivi, d'importo variabile dal 25% all'85%, sull'importazione di alcuni tipi di viti di ferro o acciaio provenienti dalla Cina²¹¹. La Cina, in particolare, ha accusato l'Unione Europea di aver agito incoerentemente con le proprie obbligazioni rispetto all'Anti-dumping Agreement, al WTO Agreement e al GATT 1984 nell'utilizzare nel corso di questa investigazione la metodologia - illegittima secondo il ricorrente - prevista dall'art. 9(5) del *Regolamento (CE) Anti-dumping di Base*²¹², che stabilisce che, in caso d'importazioni da economie non di mercato, il paese importatore non sia tenuto a stabilire uno specifico dazio individuale per ogni produttore, ma possa, invece, indicare un unico, generale dazio anti-dumping, valido per tutti gli esportatori del paese investigato.

Il panel, prima, e la corte d'appello, poi, hanno entrambi rigettato l'argomento dell'Unione per cui tale modo di procedere sarebbe giustificato dalla considerazione che in un'economia non di mercato lo stato agisca da esportatore unico; hanno confermato l'illegittimità della metodologia investigativa contestata, sia in sé, come enunciata dal *Regolamento (CE) Anti-dumping di Base*, sia come applicata nel caso di specie; e, in particolare, ne hanno decretato la non conformità con l'obbligo posto in capo alle autorità investigative dall'*AD Agreement* di individuare un margine di dumping individuale per ogni singolo esportatore, o, in alternativa, di utilizzare campionature statisticamente significative, laddove il numero di esportatori coinvolti dall'investigazione sia tanto alto da rendere impraticabile la strada dell'esame individuale²¹³.

L'Unione Europea si è, quindi, vista costretta a ricondurre a conformità le misure in causa, emendando, da un lato, la propria normativa anti-dumping e rimuovendo e ricalcolando, dall'altro, i dazi illegittimamente quantificati. Sfruttando la notoria ostilità dei giudici WTO verso i rimedi commerciali, la Cina ha efficacemente conseguito l'importante e fattivo risultato di condizionare e modificare concretamente la politica commerciale di un paese membro, colpendone le deviazioni protezionistiche. Aprendo la strada con questo e altri successi giudiziari alla promozione di altri ricorsi contro im-

²¹¹ Council Regulation (EC) No. 91/2009, 31 gennaio 2009, consultabile a <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2009:029:SOM:en:HTML>.

²¹² Council Regulation (EC) No. 384/96 (meglio noto come EC's Basic Anti-Dumping Regulation), 22 dicembre 1995, consultabile a <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996R0384:en:HTML>.

²¹³ *AD Agreement*, cit., art. 6.10.

proprie barriere commerciali, il Paese contribuisce a scoraggiare l'affermarsi di distorsioni protezionistiche e a mantenere il sistema multilaterale saldo sulla rotta del libero commercio.

3.2 La promozione degli interessi aggregati tramite l'incoraggiamento dei flussi d'investimento

Secondo quanto enunciato nel preambolo della *ICSID Convention*, lo scopo primario della creazione di strutture per la conciliazione e l'arbitrato di dispute legate agli investimenti è l'incoraggiamento, attraverso garanzie di tutela giuridica sovranazionale, dei flussi di FDI necessari a sostenere lo sviluppo economico globale²¹⁴. Allo stesso criterio risponde naturalmente la sottoscrizione di BIT, la cui *ratio* è generalmente indicata nei preamboli dei trattati stessi come l'assicurazione e l'incentivazione della prosperità economica delle parti attraverso la promozione e protezione degli investimenti privati internazionali. Entrambe queste dichiarazioni d'intenti sottendono un implicito quanto intuitivo principio di relazione diretta tra l'intensità dei flussi di FDI e la crescita economica generalizzata. Questa relazione è, infatti, immediatamente comprensibile se si considera che la possibilità di investire all'estero consente di impegnare le risorse finanziarie nei progetti potenzialmente più redditivi, indipendentemente dalla loro collocazione geografica, creando, così, un *pattern* di allocazione delle risorse più efficiente e produttivo.

Per la Cina, l'aver adottato un modello di BIT che promuove un contemperamento degli interessi d'investitore e paese d'investimento, garantendo, in particolare, agli investitori un consenso all'arbitrato relativamente ampio e, insieme, importanti tutele sostanziali, ha significato rinunciare a una parte considerevole della propria, tradizionalmente inviolabile sovranità nazionale, in nome della promozione dei suddetti vantaggi economici aggregati.

Quanto alle previsioni procedurali, la Cina, come abbiamo visto, ha, infatti, sacrificato il principio, sacro in passato, dell'esclusiva competenza giurisdizionale delle corti nazionali su dispute legate a investimenti realizzati in territorio cinese, in favore del riconoscimento di una concreta garanzia di tutela dei diritti degli investitori esteri, effettivi solo se difendibili tramite arbitrato internazionale. Questa parziale cessione di so-

²¹⁴ *ICSID Convention*, cit., preambolo.

vrantità è frutto di un compromesso vantaggioso non solo per il Paese stesso, che si è, così, dotato degli strumenti necessari a proteggere i propri crescenti investimenti all'estero, ma anche per il benessere generale del sistema multilaterale, e rappresenta, quindi, almeno in parte, una positiva assunzione di responsabilità da parte di un *leader* globale.

While China may feel weakened and more vulnerable to arbitration by consenting to comprehensive dispute resolution procedures, it is a classical example of a state yielding a portion of its sovereignty in order to “promot[e] aggregate gain to the public good through the type of broad cross-border investment fostered by arbitration”.²¹⁵

Le clausole sostanziali della nazione più favorita e del trattamento nazionale sono, invece, note come principi di non discriminazione e, in quanto basate sul presupposto che esista un “mercato nazionale unificato dove investitori domestici e stranieri possano competere e cooperare”²¹⁶, rappresentano i due principali meccanismi a garanzia della competizione e, quindi, del modello economico liberalistico e dell'ideologia di mercato. Includendo nei propri BIT queste due clausole, seppur di volta in volta variamente circostanziate e circoscritte, la Cina sembra aver accettato il principio base dell'economia di mercato, cioè la competizione come meccanismo per un'allocazione efficiente delle risorse. Anche in questo caso, il Paese, adeguando le proprie posizioni ai principi dell'efficienza e del vantaggio economico aggregato, si comporta coerentemente con il ruolo dichiarato di responsabile *leader* mondiale, inserendosi e, anzi, proponendosi alla guida di un sistema di cui riconosce e accetta, ora, le regole.

[...] “the PRC has come to terms with the widely accepted standards in this field of international law”, which is to say that the PRC has come to terms with capitalism and competition-driven markets, at least with respect to international investment.²¹⁷

²¹⁵ Guillermo AGUILAR ALVAREZ, “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”, *Yale Journal of International Law*, 28, 2003, p. 365. Cit. in CHANDLER, “BITS, MFN Treatment and the PRC”, cit., p. 1310.

²¹⁶ SHAN Wenhua, “The Legal Framework of EU-China Investment Relations: A Critical Appraisal”, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 163. Cit. in CHANDLER, “BITS, MFN Treatment and the PRC”, cit., pp. 1308-1309.

²¹⁷ Stephan W. SCHILL, “Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 15, 1, 2007, p. 76.

Conclusione: Una nuova lettura dello 和为贵

Il trend di progressivo adeguamento da parte della Cina al *rule of law* a livello internazionale, e soprattutto di crescente disponibilità al confronto giuridico nei fori sovranazionali, pur multiforme, composito, finanche a tratti contraddittorio, come l'abbiamo delineato, rivela, tuttavia, in modo univoco l'avvenuta accettazione da parte della *leadership* e degli esperti di diritto cinesi di una nuova, più moderna e complessa concezione dei principi di 'armonia' e di 'mondo armonioso'. In particolare, la risoluzione giudiziaria o arbitrale delle dispute internazionali e il principio di conservazione di un sistema armonioso di relazioni tra attori nazionali sembrano porsi ora, agli occhi della Cina, in un rapporto non più di mutua esclusione, bensì di complementarità, avendo il Paese finalmente riconosciuto il primo fattore come condizione del secondo.

Nel 2005, in occasione di un vertice delle Nazioni Unite, il presidente Hu Jintao ha invocato una collaborazione multilaterale per l'edificazione di un mondo armonioso, definendone caratteristiche e strumenti di attualizzazione. Nelle sue parole, un mondo armonioso è un mondo di pace duratura, sicurezza universale e prosperità diffusa, da realizzarsi attraverso un impegno comune da parte di tutti i paesi al rispetto delle proprie responsabilità e obbligazioni internazionali, alla risoluzione pacifica delle dispute e alla cooperazione per la creazione di un ordine politico ed economico che sia giusto e razionale²¹⁸.

In questa proiezione - a dire il vero non particolarmente originale - di nuovo e significativo c'è il ruolo riservato alla cornice giuridica internazionale nel progetto di edificazione e conservazione di un sistema multilaterale in armonia. In una risoluzione adottata nell'ottobre 2006, nell'ambito della sesta sessione plenaria del Sedicesimo Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese, a poco più di un anno di distanza dalla presentazione del concetto di mondo armonioso, si legge, infatti:

Una società armoniosa necessita di un sistema legale più forte e più autorevole.”²¹⁹

²¹⁸ HU Jintao 胡锦涛, Cujin Pubian Fazhan, Shixian Gongtong Fanrong – Zai Lianheguo Chengli 60 Zhounian Shounao Huiyi Fazhan Chouzi Gao Jibie Huiyi shang de Jianghua 促进普遍发展, 实现共同繁荣 – 在联合国成立 60 周年首脑会议发展筹资高级别会议上的讲话 (Promuovere uno Sviluppo Diffuso e Realizzare la Prosperità Comune - Discorso tenuto al Sessantesimo Vertice per lo Sviluppo delle Nazioni Unite) New York, 15 settembre 2005, consultabile a http://news.xinhuanet.com/politics/2005-09/15/content_3492288.htm.

²¹⁹ Hexie Shehui, Xuyao yi ge Geng Qiangda de, Geng Quanwei de Fazhi 和谐社会, 需要一个更强大的、更权威的法治。Cit. in Leïla CHOUKROUNE, "Global 'Harmonious Society' and the Law: China's Legal Vision in Perspective", *German Law Journal*, 13, 5, 2012, p. 497. (Traduzione mia)

Questa dichiarazione, pronunciata in riferimento al sistema legale domestico, e, quindi, testimonianza dei reciproci *spill-over* della complementare, progressiva accettazione del *rule of law* nel diritto internazionale e nel diritto interno, può agilmente essere traslata e applicata al diritto internazionale e, in particolare, ai meccanismi sovranazionali di risoluzione delle controversie. Questi sembrano essere, ora, riconosciuti come gli strumenti d'elezione per l'appianamento della contraddizione fra l'inevitabile conflitto d'interessi particolari, nazionali e internazionali, eterogenei e contrastanti, che emergono sulla scena internazionale e l'aspirazione all'istituzione e al mantenimento di un sistema di relazioni armoniose fra paesi. Riconosciuta l'impraticabilità, in un contesto composito, multiforme e insidioso come il sistema multilaterale, della primitiva strategia di mera elusione del confronto, la partecipazione ai meccanismi di risoluzione delle controversie nei fori internazionali ha finalmente smesso di essere considerata dalla Cina un momento di frattura nel corso armonioso delle relazioni fra paesi ed è, invece, assurta a sofisticato strumento di gestione e dissoluzione dei conflitti, spogliati della loro carica destabilizzante perché depoliticizzati e isolati nella sfera giuridica, dove possono essere gestiti in maniera legittima - perchè attraverso un impianto normativo unanimemente ratificato - ed efficiente - perchè tramite meccanismi vincolanti.

Alcuni commentatori ritengono che il vero significato politico dell'aspirazione cinese a un mondo armonioso risieda nella perpetuazione di un sistema disciplinato e stabilizzato per il commercio, la crescita economica e l'espansione internazionale²²⁰, e contestano, quindi, alla Cina la natura marcatamente utilitaristica della sua adesione al *rule of law* in ambito internazionale. Sebbene queste interpretazioni non siano certo infondate, l'importanza in sé della descritta adesione ai meccanismi giuridici e giudiziari internazionali da parte della Cina fa a buon diritto passare in secondo piano le valutazioni di merito sulle considerazioni che la determinano, almeno nella misura in cui l'impianto normativo sovranazionale si dimostri in grado di gestire le istanze utilitaristiche e strumentali dell'approccio cinese attraverso *trade-off* positivi e nell'interesse generale del sistema.

In conclusione, sembra che una versione attualizzata del tradizionale principio della salvaguardia dell'armonia, dello “和为贵” confuciano, sia rispettata nell'adesione comune a un ordine di relazioni in cui l'appianamento tecnico dei dissidi è mezzo di conservazione di un armonioso equilibrio di interessi eterogenei. E la bellezza di questo

²²⁰ CHOUKROUNE, “Global ‘Harmonious Society’ and the Law...”, cit., p. 509.

approccio risiede nel suo essere insieme coerente con la tradizione culturale, politica e giuridica cinese e con i principi e la *ratio* del moderno sistema multilaterale internazionale²²¹.

²²¹ Sienho YEE, "Towards a Harmonious World: The Roles of the International Law of Co-progressiveness and Leader States", *Chinese Journal of International Law*, 7, 1, pp.99-105.

Bibliografia

Fonti Primarie

~ *Accordo fra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica Popolare Cinese Relativo alla Promozione ed alla Reciproca Protezione degli Investimenti*, Roma, 28 Gennaio 1985, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_china_it.pdf.

~ *Agreement between Japan and the People's Republic of China Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, Beijing, Agosto 1988, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_japan.pdf.

~ *Agreement between the Belgium-Luxembourg Economic Union and the Government of the People's Republic of China on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, Beijing, 6 giugno 2005, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/China_belgium.pdf.

~ *Agreement between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, Vladivostok, 9 Settembre 2012, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_china.pdf.

~ *Agreement between the Government of the Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments with Exchanges of Notes*, Londra, 15 Maggio 1986, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_china.pdf.

~ *Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of Malaysia Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, 21 novembre 1988, consultabile a <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/at/200212/20021200058404.html>.

~ *Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, Beijing, 1 Dicembre 2003, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_germany.pdf.

~ *Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of the Netherlands*, Beijing, 26 novembre 2001, consultabile a http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_netherlands.pdf.

~ *Hainan Jingji Tequ Tudi Guanli Tiaoli* 海南经济特区土地管理条例 (Regolamento sull'Amministrazione della Terra nella Zona Economica Speciale di Hainan), 24 giugno 1994, come emendato il 31 luglio 2008, consultabile a <http://www.hainan.gov.cn/data/law/2008/08/1165/>.

~ HU Jintao 胡锦涛, Cujin Pubian Fazhan, Shixian Gontong Fanrong - Zai Lianheguo Chengli 60 Zhounian Shounao Huiyi Fazhan Chouzi Gao Jibie Huiyi shang de Jianghua 促进普遍发展, 实现共同繁荣 - 在联合国成立 60 周年首脑会议发展筹资高级别会议上的讲话 (Promuovere uno Sviluppo Diffuso e Realizzare la Prosperità Comune - Discorso Tenuto al Sessantesimo Vertice per lo Sviluppo delle Nazioni Unite) New York, 15 settembre 2005, consultabile a http://news.xinhuanet.com/politics/2005-09/15/content_3492288.htm.

~ ICSID, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Washington, aperta alla firma il 18 marzo 1965, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>.

~ ICSID, *Ekran Berhad v. People's Republic of China*, ARB/11/15, registrato il 24 maggio 2011, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

~ ICSID, *Notifications Concerning Classes of Disputes Considered Suitable or Unsuitable for Submission to the Centre, ICSID/8-D-China*, data di notifica 7 Gennaio 1993, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&Measures=True&language=English>

~ ICSID, *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ARB/12/29, registrato il 19 settembre 2012, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

~ ICSID, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Washington, 10 settembre 1964, consultabile a <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section01.htm>.

~ ICSID, *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*, Washington, 1965, consultabili a https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

~ UN, *United Nations Convention on the Law of the Sea*, aperta alla firma il 10 Dicembre 1982, consultabile a http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/UNCLOS-TOC.htm.

~ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna, 23 maggio 1969, consultabile a http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

~ WEN Jiabao 温家宝, *Zhengfu Gongzuo Baogao* 政府工作报告 (Rapporto sul Lavoro del Governo), Beijing, presentato alla quinta sessione della Dodicesima Assemblea Nazionale del Popolo il 5 marzo 2012, consultabile a http://news.xinhuanet.com/english/service/2012-03/16/c_131471585.htm.

~ WTO, *Agreement Establishing the World Trade Organization*, Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf.

~ WTO, *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp_01_e.htm.

~ WTO, *Agreement on Safeguards*, Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg_e.htm.

~ WTO, *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf.

~ WTO, *Agreement on Trade-Related Investment Measures*, Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims.pdf.

~ WTO, *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts, DS339 (EU) / DS340 (US) / DS342 (Canada)*, richieste di consultazioni ricevute il 30 marzo 2006 (EU/US) e il 13 Aprile 2006 (Canada), disponibili a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds339_e.htm, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds340_e.htm, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds342_e.htm.

~ WTO, *European Communities - Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China, DS397*, richiesta di consultazione ricevuta il 31 luglio 2009, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds397_e.htm.

~ WTO, *European Union - Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China, DS405*, richiesta di consultazione registrata il 4 Febbraio 2010, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds405_e.htm.

~ WTO, *General Agreement on Tariffs and Trade*, Ginevra, 30 ottobre 1947, consultabile a http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#art3.

~ WTO, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, DS308*, richiesta di consultazione ricevuta il 16 marzo 2004, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds308_e.htm.

~ WTO, *Protocol on the Accession of the People's Republic of China, WT/L/432*, 11 dicembre 2001, consultabile a <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN002123.pdf>.

~ WTO, *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/ACC/CHN/49, Ginevra, presentato il 1 ottobre 2001, consultabile a <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan002144.pdf>.

~ WTO, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. Annex 2 of the WTO Agreement*, Marrakesh, 15 aprile 1994, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm.

~ WTO, *US — Countervailing and Anti-Dumping Measures on Certain Products from China*, DS449, richiesta di consultazioni ricevuta il 17 settembre 2012, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds449_e.htm.

~ WTO, *United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, DS379, Ginevra, richiesta di consultazioni ricevuta il 19 settembre 2008, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm.

~ WTO, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, DS252, richiesta di consultazione ricevuta il 26 marzo 2002, consultabile a http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds252_e.htm.

~ *Zhonghua Renmin Gongheguo Guomin Jingji he Shehui Fazhan Di Shi'er ge Wu Nian Guihua Gangyao* 中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要 (Lineamenti del Quindicesimo Piano Quinquennale della Repubblica Popolare Cinese per l'Economia Nazionale e lo Sviluppo Sociale), presentato il 16 marzo 2011, consultabile a http://www.gov.cn/2011lh/content_1825838.htm.

~ ZHU Rongji 朱镕基, *Guanyu Guomin Jingji he Shehui Fazhan Di Shi ge Wu Nian Jihua Gangyao de Baogao*, 关于国民经济和社会发展第十个五年计划纲要的报告 (Rapporto sui Lineamenti del Decimo Piano Quinquennale per l'Economia Nazionale e lo Sviluppo Sociale), pronunciato il 5 marzo 2001, consultabile a http://www.gov.cn/gongbao/content/2001/content_60693.htm.

Fonti Secondarie

~ AKANDE, Dapo, *Is China Changing Its Views of International Tribunals?*, in “Blog of the European Journal of International Law”, 2010, <http://www.ejiltalk.org/is-china-changing-its-view-of-international-tribunals/>, 04 luglio 2013.

~ BERGER, Axel, “China’s New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making”, paper non pubblicato presentato a *The Politics of International Economic Law: The Next Four Years*, Washington, D.C., 2008, consultabile a <http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/berger.pdf>.

~ BERGER, Axel, *Recognising the Signs of the Times: Investment Protection in the 21st Century*, in “German Development Institute”, 2012, [http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/\(ynDK_contentByKey\)/ANES-8ZBHA?Open&nav=expand:Publikationen%255CMitarbeiter%20sonstige;active:Publikationen%255CMitarbeiter%20sonstige%255CANES-8ZBHA](http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/(ynDK_contentByKey)/ANES-8ZBHA?Open&nav=expand:Publikationen%255CMitarbeiter%20sonstige;active:Publikationen%255CMitarbeiter%20sonstige%255CANES-8ZBHA), 04 agosto 2013.

~ BERTRAND, Ayse; KOTHE, Emilie, *FDI in Figures*, in “OECD”, 2013, <http://www.oecd.org/daf/inv/FDI%20in%20figures.pdf>, 05 luglio 2013.

~ BOSCARIOL, John W.; POTTER, Simon V.; SWICK Brenda C.; GLASGOW, Robert, *A Primer on the New China-Canada Bilateral Investment Treaty*, in “McCarthy Tetrault”, 2012, http://www.mccarthy.ca/article_detail.aspx?id=6023, 28 giugno 2013.

~ BOURGEOIS, Jacques H. J., “China and the WTO Dispute Settlement Mechanism”, *Opinio Juris in Comparatione*, 2, 2011, pp. 1-37.

~ CAVALIERI, Renzo R., “La Cina e le Regole Internazionali”, *Aspenia*, 50, 2010, pp. 108-116.

~ CHANDLER, Aaron M., “BITs, MFN Treatment and the PRC: The Impact of China’s Ever-Evolving Bilateral Investment Treaty Practice”, *International Lawyer*, 43, 3, 2009, pp. 1301-1310.

~ CHEN, Eadie, "Ping An Seeks Beijing's Help over Nationalization of Fortis", *The New York Times*, 28 ottobre 08.

~ CHEN Huiping; SAUVANT, Karl P., "A China-US Bilateral Investment Treaty: Template for a Multilateral Framework for Investment", *Transnational Corporations Review*, 5, 1, 2013, pp. 1-3.

~ CHI Manjiao, "China's Participation in WTO Dispute Settlement over the Past Decade: Experiences and Impacts", *Journal of International Economic Law*, 15, 1, 2012, pp. 29-49.

~ *China Balance of Trade*, in "Trading Economics", 2003, <http://www.tradingeconomics.com/china/balance-of-trade>, 22 luglio 2013.

~ *China. Economy*, in "Central Intelligence Agency", 2013, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ch.html>, 05 luglio 2013.

~ *Chinese Insurer Files First Investment Treaty Claim with ICSID*, in "Wunsch Arb", 2012, <http://www.wunscharb.com/news/chinese-insurer-files-first-investment-treaty-claim-icsid>, 04 agosto 2013.

~ CHOUKROUNE, Leïla, "Global 'Harmonious Society' and the Law: China's Legal Vision in Perspective", *German Law Journal*, 13, 5, 2012, pp. 497-510.

~ CONFUCIO, *Dialoghi*, a cura di Tiziana Lippiello, Torino, Einaudi, 2003.

~ *Daily Chart. Rancho Eclipse*, in "The Economist", 2013, <http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2013/06/daily-chart-0>, 05 luglio 2013.

~ FEENSTRA, Robert C.; TAYLOR, Alan M., *Economia Internazionale. Teoria e Politica degli Scambi Economici Internazionali*, a cura di Giorgio Basevi, Milano, Hoepli, 2009

~ FELDMAN, Elliot J., *China's Status as a Non-Market Economy*, in "China-U.S. Trade Law Blog", 2010, <http://www.chinaustradelawblog.com/2010/09/articles/cvd/chinas-status-as-a-nonmarket-economy-aaceaacaeeaaa/>, 27 luglio 2013.

~ GALLAGHER, Norah; SHAN Wenhua, *Chinese Investment Treaties. Policies and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

~ GAO, Henry S., "Aggressive Legalism: The East Asian Experience and Lessons for China", in Henry Gao, Donald Lewis (a cura di), *China's Participation in the WTO*, London, Cameron May, 2005, pp. 315-351.

~ GAO, Henry S., "China's Ascent in Global Trade Governance: From Rule Taker to Rule Shaker, and Maybe Rule Maker?", in Carolyn Deere-Birkbeck (a cura di), *Making Global Trade Governance Work for Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 153-180.

~ GAO Shuchao 高树超, "Zhongguo dui WTO Zhengduan Jiejue Jizhi de Canyu: Cong Beidong de Guize Zunxunzhe dao Jiji de Guize Zhidingzhe" 中国对 WTO 争端解决机制的参与: 从被动的规则遵循者到积极的规则制定者 (La Partecipazione della Cina al Sistema di Risoluzione delle Controversie dell'OMC: dall'Accettazione Passiva delle Norme a un'Attiva Contribuzione alla Loro Creazione), *Qiao*, 3, 1, 2012.

~ HE Yingyan 沈旭文; SHEN Xuwen 贺颖彦, "Pingan Guoji Weiquan" 平安国际维权 (Ping An Difende i Propri Interessi Internazionali), *Huanqiu Qiyejia*, 19, 2012.

~ HUANG Cui; JI Wenhua, "China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective", *Journal of World Trade*, 45, 1, 2011, pp. 1-37.

~ JIANG Shibo 姜世波, "Zhongguo dui WTO Zhengduan Jiejue zhi Taidu Yanbian ji Wenti Fenxi" 中国对 WTO 争端解决之态度演变及问题分析 (Analisi dell'Evoluzione dell'Approccio della Cina alla Risoluzione delle Controversie in Sede OMC), *Gaige yu Zhanlüe*, 8, 2011.

~ KU, Julian, "China and the Future of International Adjudication", *Maryland Journal of International Law*, 27, 1, 2012, pp. 154-178.

~ KU, Julian, *Goodbye UNCLOS Dispute Settlement? China Walks Away from UNCLOS Arbitration with the Philippines*, in "Opinio Iuris Blog", 2013, <http://opiniojuris.org/2013/02/19/goodbye-unclos-dispute-settlement-china-walks-away-from-un-clos-arbitration-with-the-philippines/>, 17 luglio 2013.

~ *Lex Zhuanlan: Pingan 'Zhuanggao' Bilishi*, *Lex* 专栏: 平安“状告”比利时 (Lex: Ping An Cita il Belgio), in "FT Zhongwen Wang", 2012, <http://www.ftchinese.com/story/001046729>, 04 agosto 2013.

~ LIU, Lear, *Chinese Insurer Files First Investment Treaty Claim with ICSID*, in "Wunsch Arb", 2012, <http://www.wunscharb.com/news/chinese-insurer-files-first-investment-treaty-claim-icsid>, 26 giugno 2013.

~ MALIG, Jojo, *Carpio: China Claim Illegal under UNCLOS*, in "ABS-CBN News", 2013, <http://www.abs-cbnnews.com/focus/05/23/13/carpio-china-claim-illegal-under-unclos>, 17 luglio 2013.

~ MALIG, Jojo, *UNCLOS does not support China's Claims, US naval expert says*, in "ABS-CBN News", 2013, <http://www.abs-cbnnews.com/focus/06/06/13/unclos-does-not-support-chinas-claims-us-naval-expert-says>, 17 luglio 2013.

~ ORFEO, Rossella, *Le Origini della Conciliazione in Cina: Il Pensiero Confuciano*, in "Associazione Mediatori e Conciliatori Italiani", 2012, <http://www.mediatoriconciliatori.it/allegati/LE%20ORIGINI%20DELLA%20CONCILIAZIONE%20IN%20CINA149Le%20o.pdf>, 22 luglio 2013.

~ *Ping An turns to Arbitration in Dispute with Belgian Government*, in "Want China Times", 2012, <http://www.wantchinatimes.com/news-subclass-cnt.aspx?id=20121025000122&cid=1502>, 04 agosto 2013.

~ “Pingan Zhuanggao Bilishi. Jiu Touzi Futong Kuisun Tiqi Guoji Zhongcai” 平安状告比利时。就投资富通亏损提起国际仲裁 (Ping An Cita il Belgio in un Arbitrato Internazionale per le Perdite Relative all’Investimento in Fortis), *Guoji Jinrong Bao*, 16 novembre 2012.

~ QI Tong, “How Exactly Does China Consent to Investor-State Arbitration: On the First ICSID Case against China”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 5, 2, 2012, pp. 265-291.

~ QIN, Julia Y., “WTO Regulation of Subsidies to State-Owned Enterprises (SOEs) – A Critical Appraisal of the China Accession Protocol”, *Journal of International Economic Law*, 7, 4, 2004, pp. 863-919.

~ SCHILL, Stephan W., “Tearing Down the Great Wall. The New Generation Investment Treaties of the People’s Republic of China”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 15, 1, 2007, pp. 73-118.

~ THOMAS, Kristie, “China and the WTO Dispute Settlement System: From Passive Observer to Active Participant?”, *Global Trade and Customs Journal*, 6, 10, 2011, pp. 481-490.

~ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, UN, New York e Ginevra, 2012.

~ WILLEMS, Jane Y., “The Settlement of Investor State Disputes and China. New Developments on ICSID Jurisdiction”, *South Carolina Journal of International Law and Business*, 8, 1, 2011, articolo 2.

~ WORLD BANK, *China. Country at a glance*, in “The World Bank”, 2013, <http://www.worldbank.org/en/country/china>, 05 luglio 2013.

~ WU Fang 吴放, *Never Wake a Sleeping Dragon. On the Jurisdiction Issue of the First ICSID Case Against China*, in “Wuhan University Institute of International Law”, 2012,

http://translaw.whu.edu.cn/index.php/index/content_zh/id/2077/link/gujfsl, 02 agosto 2013.

~ XINHUA, *China Focus: China Pledges Further Reforms for State-dominated Sectors*, in "Xinhua", 2012, http://news.xinhuanet.com/english/indepth/201210/24/c_131928023.htm, 27 luglio 2013.

~ XINHUA, *China Shoemakers Call for Appeal Against EU's Extension of Anti-dumping Duties*, in "Xinhua", 2009, http://news.xinhuanet.com/english/200912/27/content_12708125.htm, 20 luglio 13.

~ YEE, Sienho, "Towards a Harmonious World: The Roles of the International Law of Co-progressiveness and Leader States", *Chinese Journal of International Law*, 7, 1, pp. 99-105.

~ ZHAO Haifeng 赵海峰, "Zhongguo yu Guoji Sifa Jigou Guanxi de Yanjin" 中国与国际司法机构关系的演进 (Evoluzione delle Relazioni tra la Cina e le Organizzazioni Giudiziarie Internazionali), *Faxue Pinglun*, 6, 2008, pp. 3-12.