

# LA POLITICA CINESE SULLE ESPORTAZIONI DINANZI AL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC: IL REPORT DEL PANEL NEL CASO CHINA - RAW MATERIALS

ELISA BARONCINI\*

*Professore aggregato di diritto internazionale  
Università degli Studi di Bologna*

Recibido: 07.09.2011 / Aceptado: 12.09.2011

**Riassunto:** Da qualche tempo, la politica commerciale cinese sulle esportazioni è oggetto della massima attenzione nel sistema dell'OMC. Negli ultimi anni, infatti, Pechino ha iniziato ad introdurre dazi e restrizioni quantitative all'esportazione per una nutrita serie di materiali, in particolare anche per le cosiddette «terre rare» (rare earth elements), un gruppo di elementi chimici indispensabili alla produzione industriale di alta tecnologia. Ciò ha destato forti preoccupazioni per quei Membri OMC i cui operatori fanno affidamento proprio sulle risorse originarie di Pechino per approvvigionarsi delle materie prime indispensabili al loro ciclo produttivo. Il presente lavoro si prefigge di illustrare e commentare le questioni di maggiore interesse affrontate nel report del Panel sulla controversia China – Raw Materials del 5 luglio 2011, che ha visto USA, UE e Messico attaccare i dazi e le quote all'esportazione posti dalla Repubblica popolare cinese su alcune materie prime di grande importanza per l'industria di trasformazione europea ed americana. Il report affronta questioni giuridicamente complesse e politicamente estremamente delicate, come l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione della Cina, la portata degli obblighi WTO-Plus gravanti su Pechino, incluso l'impegno sulla trasparenza, il rapporto tra liberalizzazione degli scambi e tutela dell'ambiente e della salute, nonché la relazione tra gli obblighi multilaterali e il principio della sovranità sulle risorse naturali.

**Parole chiave:** OMC, Protocollo di adesione della Repubblica popolare cinese, art. X GATT 1994, art. XI GATT 1994, art. XX GATT 1994, dazi all'esportazione, quote all'esportazione, risorse naturali, principio della sovranità sulle risorse naturali, tutela ambientale, tutela della salute, trasparenza.

**Abstract:** Chinese export policy is under great attention within the WTO system. In fact, Beijing has introduced duties and quotas for many raw materials, in particular also for the so called rare earth elements, a group of chemical elements which are indispensable for the industrial production of high technology. This situation created a great concern for those WTO Members whose economic operators heavily rely on Chinese natural resources for their supplies. Our work aims at illustrating and commenting the main issues approached in the Panel Report issued on 5 July 2011 in the China – Raw Materials case. In this dispute, the United States, the European Union and Mexico attacked export duties and quotas charged by China on metals and minerals of great importance for the European and American industries. The Report deals with very complex and extremely sensitive legal and political issues, such as the applicability of Article XX of the GATT 1994 to China's Accession Protocol, and the scope of the WTO-Plus obligations accepted by Beijing, including the commitment taken on transparency. Other major issues covered by the Panel are the relation between free trade and environmental and health protection, as well as the relation between the WTO system and the principle of sovereignty on natural resources.

**Key words:** WTO, Protocol on the Accession of the People's Republic of China, Article X GATT 1994, Article XI GATT 1994, Article XX GATT 1994, export duties, export quotas, natural resources, principle of sovereignty over natural resources, environmental protection, health protection, transparency.

---

\* Il presente lavoro è redatto nell'ambito della ricerca «The Legal Framework of Environmental Protection: EU and China in a Global Perspective,» finanziata dalla *China-EU School of Law* (Beijing, China), sotto la direzione scientifica della Prof.ssa MARINA TIMOTEO.

**Sumario:** I. Introduzione. II. I fatti della disputa e la determinazione delle misure rientranti nel mandato del Panel. III. Il regime «WTO-Plus» della Cina sui dazi all'esportazione: la Sezione 11, par. 3, e l'Allegato 6 del Protocollo di adesione. IV. Il rapporto tra il Protocollo di adesione della Cina all'OMC e l'art. XX GATT 1994. 1. Perplessità sul risultato interpretativo del Panel. V. L'incompatibilità delle quote cinesi e del prezzo minimo all'esportazione sulle materie prime con l'art. XI, par. 1, GATT 1994. VI. L'eccezione al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994 per far fronte ad una situazione critica dovuta alla penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore. VII. Il principio di sovranità, la tutela delle risorse naturali esauribili, e l'art. XX, lett. g), GATT 1994. VIII. Protezione di ambiente e salute della popolazione cinese e art. XX, lett. b), GATT 1994. IX. L'art. X, par. 1, GATT 1994 e la mancata pubblicazione a) delle quote all'esportazione di zinco da parte del MOFCOM e b) della Carta del 2001 sulle funzioni della Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici. X. L'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994 e l'assenza di indicazioni su contenuto e modalità applicative del requisito della «capacità operativa» richiesto alle imprese esportatrici. XI. La normativa cinese sui requisiti di previa attività di esportazione e di capitale sociale minimo, le Sezioni 1, par. 2, e 5, par. 1, del Protocollo di adesione, ed i paragrafi 83 e 84 del Rapporto del Gruppo di lavoro sull'adesione di Pechino all'OMC. XII. Conclusioni.

## I. Introduzione

1. Da qualche tempo, la politica commerciale cinese sulle esportazioni è oggetto della massima attenzione nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Negli ultimi anni, infatti, Pechino ha iniziato ad introdurre dazi e restrizioni quantitative all'esportazione per una nutrita serie di materiali, in particolare anche per le cosiddette «terre rare» (*rare earth elements*), un gruppo di elementi chimici indispensabili alla produzione industriale di alta tecnologia.<sup>1</sup> Ciò ha destato forti preoccupazioni soprattutto negli operatori economici delle potenze industrializzate —segnatamente, Stati Uniti e Unione europea— poichè detti operatori ormai da tempo fanno affidamento proprio sulle risorse originarie di Pechino per approvvigionarsi delle materie prime indispensabili al loro ciclo produttivo. La possibilità, sino a pochi anni fa, di potersi rifornire, a prezzi vantaggiosi, presso i produttori cinesi, certo non ha incentivato l'apertura di nuovi siti estrattivi. Inoltre, le pesanti condizioni di lavoro tipiche delle attività di estrazione o di prima lavorazione dei materiali, unitamente all'introduzione di severe normative, a livello interno, sul rispetto dell'ambiente<sup>2</sup> hanno sovente determinato la riduzione degli impianti di estrazione o di lavorazione esistenti nei Paesi più ricchi, con la conseguenza che i produttori europei e statunitensi ora faticano a reperire da fonti alternative i materiali che non riescono più ad ottenere dagli operatori asiatici. Alle difficoltà di approvvigionamento si aggiunge poi la maggiore concorrenza alla quale i prodotti americani ed europei sono suscettibili di essere sottoposti da parte dell'industria di trasformazione cinese, che non ha problemi di accesso alle materie prime e, grazie alle restrizioni alle esportazioni, può acquistare dette materie anche ad un prezzo molto contenuto, proprio mentre queste

<sup>1</sup> Sulle apprensioni di Stati Uniti ed Unione europea a proposito delle limitate esportazioni cinesi di terre rare v. R. BÜTKOFER, *Europe, China and the Quest for Rare Earths*, in *EurActiv.com*, 4 October 2010; *EU will Urge China to Free Rare Earth Restrictions - Diplomat Goes Cap in Hand to Chinese Officials*, in *TechEye.net*, 17 November 2010; G. GABUSI, *La disputa sulle terre rare*, in *Orizzonte Cina*, no. 8/2011, pp. 8-9; B. GU, *Mineral Export Restraints and Sustainable Development – Are Rare Earths Testing the WTO's Loopholes?*, University of International Business and Economics, China, 2011, in <http://www.bepress.com>; *Rare Earth Minerals Shortage Feared by US and EU*, in *BBC News Business*, 27 October 2010; A. WONG, *Japan, U.S. and EU May Bring Rare Earth Dispute with China to WTO*, in *International Business Times*, 23 October 2010.

<sup>2</sup> Per quanto riguarda la normativa dell'Unione europea sull'industria estrattiva di materie prime cfr. la Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, in GU L20/7 del 26.1.2010, e la Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, in GU L206/7 del 22.7.1992. Più in generale, si vedano sul tema anche i seguenti documenti della Commissione europea: COM(2008) 699, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – L'iniziativa «materie prime» – Rispondere ai nostri bisogni fondamentali per garantire la crescita e creare posti di lavoro in Europa*, Bruxelles, 4.11.2008; COM(2011) 25, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Affrontare le sfide relative ai mercati dei prodotti di base e alle materie prime*, Bruxelles, 2.2.2011; European Commission, *EC Guidance on Undertaking Non-Energy Extractive Activities in Accordance with NATURA 2000 Requirements*, Luxembourg, 2011.

ultime, venendo a scarseggiare sui mercati stranieri, conoscono inevitabilmente un aumento del loro costo sul piano internazionale.<sup>3</sup>

Alla luce anche degli impegni assunti da Pechino nel Protocollo di adesione all'OMC,<sup>4</sup> la recente politica cinese sulle esportazioni ha sollevato sempre maggiori perplessità riguardo la sua compatibilità con le regole del sistema di liberalizzazione degli scambi. Così, Stati Uniti ed Unione europea hanno avviato un contenzioso dinanzi al meccanismo ginevrino del sistema di risoluzione delle controversie, affiancati dal Messico.<sup>5</sup> Tale Paese, infatti, che si definisce in via di sviluppo, pur facendo parte dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), ha un forte settore dell'acciaio, significativamente penalizzato dalle restrizioni di Pechino, insieme a quello chimico e all'industria dell'alluminio. Ben di buon grado, quindi, il Messico ha colto l'opportunità di partecipare al reclamo delle due grandi potenze economiche, data l'alta complessità del sistema amministrativo e normativo cinese da affrontare nella causa, ed il conseguente molto ampio e dispendioso lavoro giuridico necessario per affrontare adeguatamente la disputa dinanzi al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC.<sup>6</sup>

Dopo il fallimento delle consultazioni, il reclamo contro la Cina, relativo alle restrizioni alle esportazioni di bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, carburo di silicio, silicio metallico, fosforo giallo e zinco, ha portato alla redazione di un importante report da parte del Panel appositamente istituito, report che è stato fatto circolare, secondo quanto previsto dall'Intesa OMC sulla risoluzione delle controversie (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, DSU), il 5 luglio 2011.<sup>7</sup>

**2.** La rilevanza del report in oggetto risiede in molteplici ragioni. Innanzitutto, per la prima volta, un organo giudicante dell'OMC si è trovato a dover interpretare le parti del Protocollo di adesione

<sup>3</sup> Oltre alle considerazioni che su tale aspetto verranno fatte nel prosieguo del presente lavoro, si vedano anche le dichiarazioni del Governo statunitense in USTR Press Release, *United States Files WTO Case Against China Over Export Restraints on Raw Materials*, 23 June 2009.

<sup>4</sup> *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, WT/L/432, 23 November 2001. V. anche *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/MIN(01)/3, 10 November 2001.

<sup>5</sup> La controversia è stata sollevata dagli Stati Uniti (Request for Consultations by the United States, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/1, 25 June 2008), ai quali si sono successivamente aggiunti i ricorsi dell'Unione europea (Request for Consultations by the European Communities, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS395/1, 25 June 2009) e del Messico (Request for Consultations by Mexico, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS398/1, 26 August 2009), le cui richieste di consultazioni e di istituzione di un gruppo speciale si caratterizzano per essere molto simili tra loro -in diverse parti, soprattutto per quanto riguarda le istanze di Stati Uniti e Messico, esse risultano addirittura identiche. Con riferimento specifico al momento di presentazione della domanda di stabilimento del panel, I reclami dei tre Membri OMC si contraddistinguono per la scelta del medesimo giorno (Request for the Establishment of a Panel by the United States, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/7, 9 November 2009; Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS395/7, 9 November 2009; Request for the Establishment of a Panel by Mexico, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS398/6, 9 November 2009). Tale strategia mostra la forte cooperazione tra «multiple complainants,» sempre più frequente nel sistema OMC per gestire cause complesse ed onerose come quella qui esaminata. Lo stretto coordinamento tra i tre ricorrenti è naturalmente sfociato nella richiesta di istituire un unico Panel per esaminare i tre reclami, richiesta accolta dal *Dispute Settlement Body* (DSB) conformemente a quanto previsto dall'art. 9, par. 1, DSU, ai sensi del quale «[w]here more than one Member requests the establishment of a panel related to the same matter, a single panel may be established to examine these complaints taking into account the rights of all Members concerned. A single panel should be established to examine such complaints whenever feasible.» V., *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 21 December 2009*, WT/DSB/M/277, 1 March 2010, par. 67-76.

<sup>6</sup> Sul tipo di sviluppo economico attualmente raggiunto dal Messico, comunque un Paese OCSE, e sulla sua partecipazione anche al contenzioso ginevrino, caratterizzata da molte dispute relative proprio al settore dell'acciaio, cfr. J. A. HUERTA-GOLDMAN, *Mexico in the WTO and NAFTA: Litigating International Trade Disputes*, Kluwer, The Hague, 2010. Il Messico, peraltro, già in precedenza aveva proficuamente agito in tandem con gli Stati Uniti contro la Cina, nei casi WT/DS358, WT/DS359, *China - Certain Measures Granting Refunds, Reductions or Exemptions from Taxes and Other Payments*, e WT/DS387, WT/DS388, *China – Grants, Loans and Other Incentives*, entrambi conclusi con una soluzione amichevole tra i contendenti. Su tali controversie si rinvia a W. Ji, C. HUANG, *China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective*, in *JWT*, 2011, pp. 1-37, alle pp. 16-17 e 22-23.

<sup>7</sup> *China – Raw Materials*, Panel Report, *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, circulated to WTO Members 5 July 2011. Nel presente lavoro, unicamente per i brani citati dal report del Panel nel caso *China – Raw Materials*, ci si limiterà ad indicare la numerazione del paragrafo o dei paragrafi interessati.

della Cina concernenti gli impegni sui dazi alle esportazioni, come pure l'art. XI, par. 2, lett. a) GATT 1994, relativo all'eccezione specifica al divieto di restrizioni quantitative laddove applicate temporaneamente per prevenire o alleviare una situazione critica dovuta anche ad una penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore.

Quindi, il Panel è intervenuto nuovamente sull'applicabilità della clausola sulle eccezioni generali del GATT 1994 al Protocollo di adesione, giungendo ad una conclusione opposta rispetto a quanto stabilito dall'Organo d'appello nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*,<sup>8</sup> una presa di posizione che, indubbiamente, esorta alla riflessione data l'assenza di indicazioni precise nel Protocollo sul suo rapporto con gli Accordi OMC, e la divergenza con il risultato interpretativo del Tribunale permanente. La Cina, infatti, nella causa in oggetto ha costantemente respinto le accuse di limitare le esportazioni per favorire l'industria nazionale di trasformazione, sostenendo, tra l'altro, che le sue misure restrittive dovevano essere giustificate in base all'art. XX, lett. b e lett. g), GATT 1994 in quanto necessarie a tutelare l'ambiente e la salute della popolazione cinese, e a preservare le proprie risorse naturali. Pur concludendo per l'inapplicabilità di tale disposizione al Protocollo di adesione, il Panel ha esaminato la possibilità di giustificare la normativa cinese grazie all'art. XX GATT 1994 «on an *arguendo* basis,»<sup>9</sup> dunque in via ipotetica «pour les besoins du débat,»<sup>10</sup> «a efectos de argumentación.»<sup>11</sup> In sostanza, il Gruppo di esperti ha voluto, comunque, fornire alle parti il proprio esame degli elementi di fatto e delle prove addotti nel procedimento a proposito dell'art. XX, e garantire, così, il loro diritto ad una pronta risoluzione della controversia, evitando il *non liquet* in sede di appello nell'ipotesi in cui il Tribunale permanente dovesse acconsentire all'applicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali anche per la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, che impone alla Cina di eliminare i dazi all'esportazione.<sup>12</sup> Il report qui esaminato, pertanto, desta notevole interesse poiché verifica l'applicabilità dell'art. XX, lett. b), GATT 1994, come interpretato dalla pregressa giurisprudenza dell'OMC, alla difesa cinese sulla tutela della salute e sulla sostenibilità ambientale delle proprie misure, e afferma, nelle corpose considerazioni compiute a proposito dell'art. XX, lett. g), GATT 1994, che quest'ultimo deve essere interpretato anche alla luce del principio della sovranità statale, sotto il particolare profilo della sovranità sulle risorse naturali, una prospettiva sulla quale il contenzioso dell'OMC non si era mai soffermato.

Non manca, poi, un'importante analisi dell'art. X GATT 1994, dunque della trasparenza, equità e pubblicità di diversi aspetti della disciplina cinese sottoposta al vaglio del Panel.

**3.** Nel presente saggio, dopo una rapida esposizione della parte in fatto, si intendono illustrare e commentare quelle parti del report che analizzano gli aspetti ora evidenziati. Prima, però, ci si soffermerà anche sulla interessante eccezione preliminare mossa dalla Cina a proposito della definizione del mandato del Gruppo di esperti. Pechino, infatti, con estrema diligenza e serietà, ha molto investito

<sup>8</sup> Appellate Body Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010.

<sup>9</sup> Par. 7.230.

<sup>10</sup> *Ibid.*, nella versione francese.

<sup>11</sup> *Ibid.*, nella versione spagnola.

<sup>12</sup> Come noto, l'Organo d'appello dell'OMC può pronunciarsi solo su questioni di diritto («[a]n appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel,» art. 17, par. 6, DSU). L'Organo d'appello non ha il potere di rinviare al Panel (*remand authority*) quelle parti del report di un panel che intenda annullare, e in merito alle quali ritenga inadeguata o assente la valutazione degli elementi fattuali. Pertanto, laddove non disponga di un esame dei fatti considerato adeguato, l'Organo d'appello dovrà dichiarare la propria impossibilità a pronunciarsi, costringendo i reclamanti per i quali le parti in questione fossero fondamentali a ripercorrere tutto l'iter procedurale dell'OMC, con tutte le conseguenze negative che ne derivano, in termini di costi e di tempi. Nei lavori di revisione del sistema di risoluzione delle controversie, aperti dall'ormai lontano 1997, una delle principali questioni riguarda proprio l'attribuzione del potere di rinvio all'Organo d'appello. Sul punto, si veda il documento del segretariato dell'OMC con le proposte sulla *remand authority* JOB(04)/52/Rev.1, *Special Session of the Dispute Settlement Body*, 14 March 2007. In dottrina, cfr. M. T. MOLINA TEJEDA, F. PIÉROLA, *The Review of the WTO Dispute Settlement Process*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2011, pp. 325-338. Si sottolinea che la Repubblica popolare cinese ha presentato appello contro il report del Panel anche in merito all'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione: cfr. Notification of an Appeal by China under Article 16.4 and Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), and under Rule 20(1) of the *Working Procedures for Appellate Review*, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/11, WT/DS395/11, WT/DS398/10, 2 September 2011, par. 9-10.

per acquisire le conoscenze necessarie a muoversi con padronanza nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC. Dalla sua adesione, avvenuta nel 2001, ad oggi, dunque in soli dieci anni, la Cina è passata da un atteggiamento estremamente cauto -che la portava a non avviare reclami, preferendo concentrare le proprie risorse nell'apprendimento delle regole OMC, e, nelle situazioni di difesa, a convenire rapidamente con le parti reclamanti una soluzione amichevole alla controversia sollevata- ad un approccio decisamente aggressivo, che non si riflette unicamente nella scelta, sempre più frequente, di instaurare procedimenti contenziosi, ed anche con ottimi risultati, contro Membri OMC del calibro di Stati Uniti ed Unione europea, ma anche nella difesa agguerrita con la quale Pechino sostiene le normative cinesi attaccate.<sup>13</sup> E il Paese asiatico, accanto ad argomentazioni sempre più valide ed articolate relativamente ad aspetti di diritto sostanziale, spesso si produce in sofisticate obiezioni di carattere procedurale. L'eccezione sollevata nella disputa qui commentata a proposito della definizione delle misure ricadenti nel mandato del Panel rappresenta un limpido esempio della piena consapevolezza raggiunta dalla Cina a proposito del fatto che le questioni procedurali, ben lungi dall'essere minimizzabili a sterile «sophistry,» possono, laddove sapientemente utilizzate, riuscire nell'impresa di salvare un caso che appare come disperato.<sup>14</sup>

## II. I fatti della disputa e la determinazione delle misure rientranti nel mandato del Panel

4. Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno attaccato quaranta misure relative all'esportazione di nove tipi di materiali -bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, carburo di silicio, silicio metallico, fosforo giallo e zinco- che possono essere rinvenuti allo stato naturale, oppure avere subito un trattamento iniziale. In particolare, i quattro tipi di restrizioni identificati consistono in dazi all'esportazione, quote all'esportazione, licenze all'esportazione, nonché nell'obbligo di osservare determinati prezzi minimi all'esportazione. Le doglianze sono ricadute anche su diversi aspetti degli atti denunciati concernenti i sistemi di allocazione diretta e di aggiudicazione delle quote tramite asta in base ai quali vengono gestiti i contingenti dei materiali, come pure sulla mancata pubblicazione di alcune misure concernenti l'amministrazione delle restrizioni.<sup>15</sup>

Ad avviso dei ricorrenti, il nutrito gruppo di norme cinesi avrebbe violato, tra l'altro, gli artt. X e XI del GATT 1994, le Sezioni 1, par. 2; 5, par. 1; e 11, par. 3, del Protocollo di adesione della Cina all'OMC, nonché i paragrafi 83 e 84 del Rapporto del Gruppo di lavoro per l'adesione, richiamati dal Protocollo. Pechino, dal canto suo, si è difesa anche invocando le eccezioni previste dagli artt. XI, par. 2, lett. a) e XX, lett. b) e lett. g), del GATT 1994.

<sup>13</sup> Sulla partecipazione della Cina al sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, M. DON HARPAZ, *Sense and Sensibilities of China and WTO Dispute Settlement*, in *JWT*, 2010, pp. 1155-1186; H. GAO, *Taming the Dragon: China's Experience in the WTO Dispute Settlement System*, in *LIEI*, 2007, pp. 369-392; P. L. HSIEH, *China-United States Trade Negotiations and Disputes: The WTO and Beyond*, Research Collection School of Law, Paper No. 525, 2009; P. L. HSIEH, *China's Development of International Economic Law and WTO Legal Capacity Building*, in *JIEL*, 2010, pp. 997-1036; G. C. HUFBAUER, J. C. WOOLLACOTT, *Trade Disputes Between China and the United States: Growing Pains so Far, Worse Ahead?*, Working Paper 10-17, Peterson Institute for International Economics, December 2010; W. Ji, C. HUANG, *China's Path to Center Stage of WTO Dispute Settlement: Challenges and Responses*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2010, pp. 365-377; W. Ji, C. HUANG, *China's Experience in Dealing with WTO Dispute Settlement: A Chinese Perspective*, cit.; Q. KONG, *Trade Disputes between China and the EU: Are They Manageable?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2010, pp. 47-55; H. LIYU, Henry GAO, *China's Experience in Utilizing the WTO Dispute Settlement Mechanism*, in G. C. SHAFFER, Ricardo MELÉNDEZ-ORTIZ (EDS.), *Dispute Settlement at the WTO – The Developing Country Experience*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 137-171; Stuart MALAWER, *United States – China WTO Litigation (2011-2010): Active & Aggressive Litigants*, George Mason University - School of Public Policy, Research Paper No. 2011-03; Kristie THOMAS, *China and the WTO Dispute Settlement System: From Passive Observer to Active Participant?*, Working Paper Series SSRN, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1866259>; A. S. VERGHESE, *The Evolution of China as a WTO Disputant*, *Trade Law in Brief - CUTS International*, No. 1/2010; M. YU, *WTO Disputes Settlement - China's Performance and Proposals on Its Improvement*, in *Front. Law China*, 2009, pp. 601-632.

<sup>14</sup> Su tali aspetti cfr. H. GAO, *China in the WTO Dispute Settlement System: From Passive Rule-Taker to Active Rule-Maker?*, Report prepared for the Conference «A Decade in the WTO: Implications for China and Global Trade Governance,» ICTSD, Geneva, 29 June 2011

<sup>15</sup> Cfr. i parr. 2.1 - 3.4.

5. Prima, però, di addentrarsi nel merito, la Cina ha sollevato una importante questione preliminare, relativa alla definizione del mandato del Panel, in particolare alla esatta individuazione delle misure oggetto di indagine nel contenzioso OMC. Infatti, tra il momento di costituzione del Panel, ossia il 21 dicembre 2009,<sup>16</sup> e il momento nel quale le parti in disputa hanno presentato le ultime osservazioni sollecitate dal Gruppo di esperti, il 15 dicembre 2010, la Cina ha adottato ben 109 misure in settori rilevanti per il contenzioso, misure che Pechino tiene a presentare come poste in essere nell'ambito delle politiche nazionali di economia, sviluppo, e soprattutto di ambiente e salute.<sup>17</sup> Ad avviso della Cina, il Panel non avrebbe dovuto giudicare su quelle misure del 2009 che, pur citate nelle richieste di costituzione del Panel, nel frattempo erano scadute, oppure erano state sostituite dalle misure del 2010. A riprova della fermezza con la quale ha avanzato tale questione preliminare, Pechino, durante tutto il procedimento dinanzi al Panel, non ha mai presentato alcuna difesa o giustificazione per le misure del 2009 non rinnovate nel 2010, poiché «it would serve no purpose for the Panel to rule on annual measures that have ceased to exist since they no longer violate WTO obligations or nullify or impair benefits.»<sup>18</sup>

Le parti attrici hanno risposto all'eccezione mossa dalla Cina invitando il Panel a pronunciarsi solo sulle misure del 2009 «originarie,» dunque esistenti al momento della costituzione del Panel, escludendo le normative entrate in vigore in Cina a partire dal 1 gennaio 2010, e ignorando l'eventuale venir meno di alcune delle discipline denunciate per mancato rinnovo nel corso del 2010.<sup>19</sup> Così facendo, Stati Uniti, Messico ed Unione europea hanno chiesto di limitare il mandato originariamente conferito al Gruppo di esperti. Infatti, nelle rispettive richieste di costituzione del Panel, le parti reclamanti chiedevano di esaminare le 40 misure espressamente indicate nonché «any amendments or extensions; related measures, replacement measures; renewal measures; and implementing measures.»<sup>20</sup> Si tratta di una formula sistematicamente utilizzata dai ricorrenti nel meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC per evitare che lo Stato convenuto riesca a sfuggire ad una eventuale condanna modificando «in corsa» -dunque durante la fase processuale- la normativa attaccata, formula che ha trovato pieno appoggio nella giurisprudenza del meccanismo ginevrino. L'Organo d'appello, nel caso *Chile – Price Band System*,<sup>21</sup> ha, per l'appunto, stabilito la possibilità di ritenere incluso nel mandato di un panel gli emendamenti delle misure identificate nella richiesta di istituzione del gruppo di esperti, laddove detti emendamenti non modificano l'essenza dei provvedimenti originariamente contestati. In tal modo, il Tribunale permanente ha inteso evitare di legittimare uno stratagemma fin troppo comodo per le parti resistenti, che, attraverso cambiamenti puramente cosmetici, avrebbero potuto evitare condanne molto probabili dagli organi giudicanti dell'OMC («we do not mean to condone a practice of amending measures during dispute settlement proceedings if such changes are made with a view to shielding a measure from scrutiny by a panel or by us»)<sup>22</sup> poiché «the demands of due process are such that a complaining party should not have to adjust its pleadings throughout dispute settlement proceedings in order to deal with a disputed measure as a 'moving target' .»<sup>23</sup>

Ma, nel nostro caso concreto, la strategia «diversiva» messa in atto dalla Cina era ben lontana dal risolversi in semplici modifiche o banali emendamenti volti a preservare la sostanza delle misure attaccate, alterandone la cronologia per «schermarle proceduralmente» dalla competenza a giudicare del Panel. Con l'impressionante dispiegamento di più di 100 nuovi atti, tutti adottati nel 2010, la gran parte dei quali presentati come discipline basilari delle politiche nazionali a tutela dell'ambiente, delle risorse naturali e della salute dei propri cittadini, la Cina evidentemente puntava a capovolgere e stravolgere l'impianto della controversia avviata con considerevole dispendio di mezzi da Stati Uniti, Unione europea e Messico. La Cina intendeva politicizzare al massimo la controversia innescata, imperniandola solidamente su tematiche di compatibilità tra liberalizzazione e tutela di ambiente, salute e sovranità

<sup>16</sup> Cfr. WT/DSB/M/277, cit., parr. 67-76.

<sup>17</sup> Par. 7.5.

<sup>18</sup> Par. 7.6.

<sup>19</sup> Par. 7.21.

<sup>20</sup> Cfr. WT/DS394/7, cit., alle pp. 4, 5, e 9; WT/DS395/7, cit., alle pp. 4, 5, e 9; e WT/DS398/6, cit., alle pp. 3, 5, e 9.

<sup>21</sup> Appellate Body Report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R, adopted 23 October 2002.

<sup>22</sup> *Chile – Price Band System*, Appellate Body Report, par. 144, il corsivo è nostro.

<sup>23</sup> *Ibid.*, il corsivo è nostro.

sulle risorse naturali, proprio per evitare di fronteggiare un difficile contenzioso «classico» nel sistema OMC, imperniato su misure da ritenersi prevalentemente commerciali, e non pensate e predisposte quali elementi decisivi e portanti di politiche nazionali di protezione di «non-trade values.»<sup>24</sup>

Da qui la richiesta dei ricorrenti al Panel di restringere la sua attività valutativa alle sole misure in vigore al momento della sua istituzione, in modo tale da avere un punto fermo, e poter disporre di un report che inizi a fare chiarezza sulla compatibilità o meno delle misure restrittive denunciate con gli impegni assunti dalla Cina aderendo all'OMC. In particolare, è avvertita l'esigenza di esplicitare le prescrizioni contenute nel Protocollo di adesione e nel Rapporto del Gruppo di lavoro,<sup>25</sup> a tutt'oggi in gran parte inesplorate e ben lungi dall'essere esempi di cristallina redazione normativa, come pure la necessità di intervenire sulla portata di disposizioni quali l'art. XI GATT 1994, il quale, nonostante sia parte del nucleo originario dell'Accordo internazionale che ha dato vita al sistema multilaterale, è rimasto oggetto di una trattazione molto limitata con riferimento alle restrizioni alle esportazioni, laddove queste ultime sono, come già sottolineato, un punto nevralgico negli scambi con la Cina.

6. Il Panel ha accolto l'istanza delle parti attrici. Ha ricordato che, in base all'art. 7 DSU, i gruppi di lavoro hanno un mandato standard («standard terms of reference»), definito facendo rinvio a quanto esposto dai reclamanti nella loro richiesta di costituzione di un panel.<sup>26</sup> Tale mandato standard, entro venti giorni dalla costituzione del panel, può essere modificato tramite accordo tra parti attrici e parti convenute;<sup>27</sup> e, prosegue il Gruppo di esperti, può anche essere ridotto dalle sole parti attrici, attraverso il ritiro unilaterale di uno o più motivi di doglianza: «a complainant's Panel Request determines the scope of a panel's terms of reference. It is for complainants to decide what claims they present to a panel. By the same logic, a complainant can unilaterally withdraw a claim, or the complaint in its entirety, or seek to settle a particular dispute. On numerous occasions, panels have not examined claims abandoned by complainants in the course of panel proceedings.»<sup>28</sup> Dunque, ragiona il Panel, «there is nothing unfair in a complainant reducing, as opposed to enlarging, the case the defendant has to meet.»<sup>29</sup>

La definizione del mandato di un panel serve per individuare le misure che possono essere oggetto di valutazioni (*findings*) e di raccomandazioni (*recommendations*), secondo quanto previsto dagli artt. 11,

<sup>24</sup> Sul rapporto tra liberalizzazione degli scambi ed i valori contemplati nelle clausole sulle eccezioni generali degli Accordi OMC, nonché sul principio dello sviluppo sostenibile nel sistema multilaterale cfr. J. E. ALVAREZ, *The WTO as a Linkage Machine*, in *AJIL*, 2002, pp. 146-158; L. BARTELS, *Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction – The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights*, in *JWT*, 2002, pp. 353-403; J. BHAGWATI, *Afterword: The Question of Linkage*, in *AJIL*, 2002, pp. 126-134; A. GIANCANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC – Ambiente, salute dei consumatori e core labour standards nel diritto del commercio internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008; D. W. LEEBRON, *Linkages*, in *AJIL*, 2002, pp. 5-27; P. C. MAVROIDIS, *Trade and Environment after the Shrimp-Turtles Litigation*, in Spencer HENSON, John S. WILSON (Eds.), *The WTO and Technical Barriers to Trade*, Elgar, Cheltenham, 2005, pp. 203-218; E.-U. PETERSMANN, *Human Rights and the Law of World Trade Organization*, in *JWT*, 2003, pp. 241-281; L. S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? Wto e Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003; G. SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, pp. 63-83; D. P. STEGER, *Afterword: The «Trade and ...» Conundrum – A Commentary*, in *AJIL*, 2002, pp. 135-145; A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 291 ss.

<sup>25</sup> Cfr. i documenti WT/L/432, cit., WT/MIN(01)/3, cit.

<sup>26</sup> «Article 7 of the DSU provides that panels shall have standard terms of reference unless the parties agree otherwise. These standard terms of reference are to examine in the light of the relevant provisions the matter referred to the DSB by the complainant in the request for establishment and to make such findings as will assist the DSB in making recommendations. This Panel has been established with standard terms of reference [...]. A panel's terms of reference are important because they set the parameters of the panel's jurisdiction and define which specific measures must be the object of findings and recommendations pursuant to Articles 11, 12.7 and 19 of the DSU. Article 7 of the DSU provides that a panel's terms of reference are based on the complainant's panel Request.» Par. 7.10.

<sup>27</sup> «Panels shall have the following terms of reference unless the parties to the dispute agree otherwise within 20 days from the establishment of the panel: 'To examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document ... and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in that/those agreement(s)'.» Art. 7, par. 1, DSU, i corsivi sono nostri.

<sup>28</sup> Par. 7.23.

<sup>29</sup> Par. 7.24.

12, par. 7, e 19 DSU. Il Gruppo di esperti afferma la propria competenza a stabilire la conformità o meno al diritto OMC (*to make findings*) per le misure cinesi del 2009 vigenti al momento della costituzione del Panel: «[t]he Panel will[ ...] make *findings* only on the 2009 measures that fall within the Panel's original terms of reference.»<sup>30</sup> Più articolata è la risposta riguardo il suo potere di formulare raccomandazioni. Innanzitutto, il Panel ricorda che l'art. 19, par. 1, DSU stabilisce che qualora un gruppo di esperti giunga alla conclusione che una misura è incompatibile con un Accordo OMC, esso debba raccomandare alla parte convenuta di rendere tale misura conforme all'Accordo violato.<sup>31</sup> Quindi, riporta la giurisprudenza OMC ove l'Organo d'appello sottolinea che non è oggettivamente possibile rendere conformi al diritto di Marrakech misure nazionali che hanno cessato di esistere, con la conseguenza che gli enti giudicanti dell'OMC possono certo rilevare (*to make findings*) se una disciplina sia o meno conforme alle regole multilaterali, ma, laddove detta disciplina non sia più in vigore, non può essere raccomandato ad uno Stato di rendere conforme al diritto OMC un atto ormai già scaduto.<sup>32</sup> Tuttavia, qualora il provvedimento in questione sia un atto rinnovato periodicamente, ossia una misura esecutiva che dà applicazione concreta ad una legge quadro di un Membro OMC, potrebbe facilmente risultare impossibile, per un ente giudicante del sistema multilaterale, riuscire a fare raccomandazioni su tale tipo di atti, nonostante risultino incompatibili con il diritto di Marrakech: infatti, la loro durata è spesso destinata ad essere inferiore rispetto ad un procedimento dinanzi ad un panel, ed eventualmente anche all'Organo d'appello. In merito è recentemente intervenuto il Tribunale permanente dell'OMC, il quale ha iniziato a precisare che, anche laddove singole misure non dovessero essere più in vigore nel momento in cui un ente giudicante dell'OMC può adottare raccomandazioni, se rientrano in uno schema applicativo di una legge quadro, dunque in una condotta amministrativa costante evincibile dalla richiesta di costituzione del panel, potranno essere comunque oggetto di raccomandazione: «the measures at issue consist of an ongoing conduct ... the measures at issue are alleged to be ongoing, with prospective application and a life potentially stretching into the future.»<sup>33</sup>

Riportato il quadro giurisprudenziale pregresso, il Panel ritiene di avere gli strumenti necessari per indicare quale atteggiamento assumere a proposito della «WTO consistency of annual measures, i.e., measures that will expire within a year, although 'prospective application' remains likely through annual replacement measures.»<sup>34</sup> Consapevole che «it must operate to ensure that the dispute settlement system functions efficiently in resolving disputes,»<sup>35</sup> il Panel conclude nel senso di avere «some discretion to decide how to take into account a measure covered by its terms of reference that has ceased to exist at the end of the panel proceedings.»<sup>36</sup> Stabilisce, quindi, che nell'ipotesi in cui la doglianza sia fondata su una misura annuale, come sovente accade per dazi e quote, esso possa fare raccomandazioni «with respect to the series of measures comprised of the relevant framework legislation, the implementing regulation(s), other applicable laws and the specific measure imposing export duties or export quotas in force at the date of the Panel's establishment.»<sup>37</sup>

Naturalmente, le nuove misure adottate dalla Cina nel corso del 2010, non rientrando nel mandato del Panel, non saranno oggetto di valutazioni (*findings*) e di raccomandazioni. Tuttavia, esse verranno

<sup>30</sup> Par. 7.24, il corsivo è nostro.

<sup>31</sup> «Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with that agreement. In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations.» Art. 19, par. 1, DSU.

<sup>32</sup> «We note, though, that there is an obvious inconsistency between the finding of the Panel that 'the 3 March Measure is no longer in existence' and the subsequent recommendation of the Panel that the DSB request that the United States bring its 3 March Measure into conformity with its WTO obligations. The Panel erred in recommending that the DSB request the United States to bring into conformity with its WTO obligations a measure which the Panel has found no longer exists.» *US – Certain EC Products*, Appellate Body Report, *United States – Import Measures on Certain Products from the European Communities*, WT/DS165/AB/R, adopted 10 January 2001, par. 81.

<sup>33</sup> *US – Continued Zeroing*, Appellate Body Report, *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/AB/R, adopted 19 February 2009, par. 171.

<sup>34</sup> Par. 7.30.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Par. 7.31.

<sup>37</sup> Par. 7.33.

considerate come elementi di prova nell'esame della difesa cinese basata sull'art. XX GATT 1994.<sup>38</sup> Inoltre, laddove una nuova misura vada a sostituire una misura originaria del 2009 e appaia eliminare l'incompatibilità di quest'ultima con il sistema OMC, il Panel, pur non adottando formalmente *findings* o raccomandazioni sull'atto del 2010, in quanto non rientra nel suo mandato, ha deciso, comunque, di determinarne la legittimità «in order to make a determination on whether the new measure is of the same essence as the expired measure, and hence imbues the expired measure with ongoing effect or prospective application.»<sup>39</sup>

### III. Il regime «WTO-Plus» della Cina sui dazi all'esportazione: la Sezione 11, par. 3, e l'Allegato 6 del Protocollo di adesione

7. Come noto, il Protocollo di adesione della Cina all'OMC, accolto dalla Conferenza ministeriale nel 2001, contiene una nutrita serie di disposizioni speciali che ampliano significativamente, per il Paese asiatico, i doveri già espressi dagli Accordi di Marrakech.<sup>40</sup> Tali obblighi aggiuntivi vengono indicati con l'espressione di obblighi «WTO-Plus,» e tra di essi indubbiamente spicca il severo regime sui dazi all'esportazione. Infatti, mentre la riduzione delle tariffe doganali sulle importazioni è sempre stato un elemento fondante e distintivo del sistema multilaterale, un simile obbligo a proposito dei dazi alle esportazioni non è mai stato imposto nell'impianto del GATT 1947, né, successivamente, nell'esteso e sofisticato meccanismo creato dall'Uruguay Round. Il diritto OMC continua, pertanto, a limitarsi al divieto di restrizioni quantitative alle esportazioni codificato all'art. XI GATT 1994, una limitazione che affonda le sue radici nel contesto storico nel quale il sistema multilaterale degli scambi è stato creato. Negli anni '40, per l'appunto, le maggiori potenze industriali, che importavano grandi quantità di cibo e materie prime, avevano maturato la presunzione, o l'aspettativa, che nessun ostacolo avrebbe potuto frapporsi al loro libero accesso alle risorse di altri Stati, per via dell'importanza e dell'influenza che erano capaci di esercitare su alcuni Paesi fornitori.<sup>41</sup>

La prassi del sistema multilaterale, tuttavia, aveva ben presto chiaramente rivelato che, attraverso alti dazi all'esportazione, le parti contraenti del GATT 1947 riuscivano a vanificare il divieto sulle quote di cui all'art. XI GATT, proteggendo con notevole successo le industrie di trasformazione nazionali a scapito di quelle concorrenti stabilite in un Paese terzo, o assicurandosi una robusta entrata in caso di difficoltà del bilancio pubblico. Anche durante l'Uruguay Round non si è formato il consensus necessario per eliminare questa via d'uscita rispetto al dovere di esportare a condizioni vantaggiose che l'obbligo di ridurre i dazi all'esportazione avrebbe comportato.

Al tavolo dei lunghi negoziati per l'adesione della Cina, però, le preoccupazioni dei Membri OMC economicamente più forti -le cui industrie avevano, a volte, già riscontrato problemi di approvvigionamento per i materiali originari del Paese asiatico- riuscirono ad imporre a Pechino condizioni

<sup>38</sup> «[I]n the context of China's defence under GATT Article XX ... [t]he Panel will consider the [2010] measures in as far as they form part of the evidence submitted by China.» Par. 7.25.

<sup>39</sup> Par. 7.33.

<sup>40</sup> Sul contenuto del Protocollo di adesione della Cina all'OMC v., inter alia, Nicholas R. LARDY, *Integrating China into the Global Economy*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2002; J. YA QIN, «WTO-Plus» *Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System*, in *JWT*, 2003, pp. 483-522.

<sup>41</sup> Si veda l'importante ricostruzione operata dal Rappresentante del Canada, riportata in una Dichiarazione resa durante i lavori del Tokyo Round: «I was not present at the conception, but I have examined the drafting records of the Havana Conference and the other conferences which took place immediately following World War II, and I have examined the work that was done in the League of Nations' Economic Secretariat on these matters in the 1930's. It is the case that there was substantial discussion about rules about exports. In the event, only a limited number of rules were included in the text of what was meant to be an interim arrangement ... I think it possibly would be a better reading of history to say that in certain major industrial countries, importers of food and raw materials, there may have been an assumption or better, an expectation, that they disposed of such market power, and their economic structures were so important in the political and economic life of certain supplying countries that they could reasonably assume that no impediment would ever be placed to their free access to other people's resources. *They probably did not expect to see the question of sovereignty of resources raised. We can now see that this was a mistaken expectation.*» MTN/FR/W/6, *Statement by the Representative of Canada on 22 February 1977*, 10 March 1977, il corsivo è nostro. Sul tema del principio della sovranità sulle risorse naturali si rinvia al par. VII.

estremamente vantaggiose per le loro imprese di trasformazione. Infatti, in base alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in Annex 6 of this Protocol or applied in conformity with the provisions of Article VIII of the GATT 1994.» Quest'ultima disposizione dell'Accordo GATT, relativa agli oneri fissati in occasione delle operazioni di importazione o esportazione ma diversi dalle tariffe doganali, stabilisce che dette imposizioni possano rappresentare unicamente un equo corrispettivo rispetto ai servizi resi;<sup>42</sup> mentre l'Allegato 6 del Protocollo di adesione elenca 84 prodotti, la maggior parte dei quali sono materie prime, indicando per ciascuno di essi l'ammontare massimo che può essere imposto a titolo di dazio all'esportazione. Infine, la nota all'Allegato 6 puntualizza che «China confirmed that the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded. China confirmed furthermore that it would not increase the presently applied rates, except under exceptional circumstances. If such circumstances occurred, China would consult with affected members prior to increasing applied tariffs with a view to finding a mutually acceptable solution.»

Pertanto, a fronte dell'assenza di ogni tipo di obbligo a eliminare o ridurre i dazi all'esportazione, che caratterizza il sistema generale dell'OMC, la Cina ha accolto una considerevole serie di impegni. In primo luogo, Pechino ha accettato di eliminare, entro tre anni dal momento dell'adesione, tutti i dazi all'esportazione ad eccezione degli 84 prodotti elencati all'Allegato 6 del Protocollo; inoltre, con riferimento a tali 84 prodotti, il livello del dazio è vincolato a quanto indicato all'Allegato 6; ancora, la Cina ha assunto l'impegno a non innalzare comunque il livello del dazio all'esportazione praticato al momento dell'adesione; infine, limitatamente a questi ultimi, dunque alle tariffe doganali già praticate, è stata stabilita la possibilità, per la Cina, di innalzarli, ma unicamente laddove ricorrano «exceptional circumstances,» e, lo si sottolinea, solo dopo aver consultato i Membri OMC interessati, nell'intento di approntare un opportuno contesto ove esplorare la possibilità di pervenire ad una soluzione amichevole per superare i contrasti provocati dal prospettato incremento delle tariffe doganali.

Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno sostenuto il mancato rispetto del regime WTO-Plus sulle esportazioni concordato nel Protocollo di adesione, lamentando, da parte di Pechino, l'imposizione di nuovi e/o più alti dazi su bauxite, coke, fluorite, magnesio, manganese, silicio metallico, fosforo giallo e zinco. In Cina, la procedura per la definizione e il pagamento delle tariffe doganali all'esportazione è stabilita dalla *Customs Law* e dai *Regulations on Import and Export Duties*, che vengono periodicamente affiancati da una ulteriore misura, il *Tariff Implementation Program*, adottato con cadenza annuale e che fissa le tariffe dei beni sottoposti a dazio.<sup>43</sup> Con la sola eccezione del fosforo giallo, rispetto al quale, attraverso l'*Adjustment of Export Tariffs Circular*, la Cina ha riportato la tariffa doganale al livello codificato all'Allegato 6 del Protocollo di adesione (il 20% del valore dichiarato in dogana) nella seconda metà del 2009, dunque prima della costituzione del Panel,<sup>44</sup> il Gruppo di esperti ha riconosciuto l'incompatibilità dei dazi denunciati, tutti precisati nel *2009 Tariff Implementation Program*, con la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione. Si tratta, infatti, di tariffe stabilite per materie non presenti nella lista di cui all'Allegato 6, e che, pertanto, la Cina avrebbe dovuto interamente eliminare.

**8.** Il Panel, conformemente a quanto deciso nella fase preliminare a proposito della portata del suo mandato e del suo potere di compiere valutazioni e fare raccomandazioni,<sup>45</sup> ha stabilito che l'incompatibilità con il diritto OMC è pronunciata nei confronti delle tre normative sopra ricordate «operating in concert»: «[f]or each of these products (bauxite, coke, fluorspar, magnesium, manganese, silicon metal and zinc ...), the series of measures *operating in concert* has resulted in the imposition of export duties that are inconsistent with China's obligations under Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol.»<sup>46</sup> Il

<sup>42</sup> Si veda, in particolare, il paragrafo 1, lett. a) dell'art. VIII GATT: «[a]ll fees and charges of whatever character (other than import and export duties and other than taxes within the purview of Article III) imposed by contracting parties on or in connection with importation or exportation shall be limited in amount to the approximate cost of services rendered and shall not represent an indirect protection to domestic products or a taxation of imports or exports for fiscal purposes.»

<sup>43</sup> Cfr. il par. 7.52.

<sup>44</sup> Cfr. il par. 7.63.

<sup>45</sup> Per tali aspetti si rinvia al paragrafo precedente.

<sup>46</sup> Par. 7.105, il corsivo è nostro.

Gruppo di esperti si preoccupa di ribadire con forza che la sua scelta di determinare l'eventuale violazione del sistema multilaterale rispetto all'insieme delle misure sulla base delle quali la Cina gestisce i dazi all'esportazione è volta ad evitare che, curandosi unicamente dei provvedimenti annuali sull'ammontare delle tariffe, Pechino possa agevolmente sfuggire ad un report: «[t]he Panel recalls its view that findings on the measures *acting in concert* is necessary so that annually renewed measures do not evade WTO dispute settlement review merely through their expiration during the Panel proceedings.»<sup>47</sup> Pertanto, conclude il Gruppo di esperti, «[i]t is only by examining these three measures as they work in concert that the Panel concluded that it could reach a final determination on the complainants' export duty claims. The Panel did not reach the conclusion that individually each of those measures is necessarily WTO-inconsistent; rather, when they operate in concert to result in WTO-inconsistent duties, it is then that they become *prima facie* WTO-inconsistent.»<sup>48</sup>

Va, infine, sottolineato che, su richiesta dell'Unione europea, il Panel ha anche stabilito la violazione, da parte della Cina, dell'obbligo di entrare in consultazioni prima di imporre nuovi dazi all'esportazione o di aumentare le tariffe doganali consentite, un dovere, lo si è già sopra evidenziato, previsto dalla nota all'Allegato 6 del Protocollo di adesione.<sup>49</sup> A quanto pare, Pechino sarebbe sistematicamente venuta meno all'importante obbligo di trasparenza, una carenza che, certo, non aiuta a creare un confronto ed un dialogo informato e costruttivo tra la potenza cinese e gli altri Membri OMC, dando luogo a forti tensioni intergovernative e per gli operatori economici che hanno intensi rapporti con il Paese asiatico.<sup>50</sup>

#### IV. Il rapporto tra il Protocollo di adesione della Cina all'OMC e l'art. XX GATT 1994

9. Per difendere l'imposizione dei dazi all'esportazione, vietati dalla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, la Cina ha sostenuto che, comunque, quelle restrizioni dovevano essere giustificate in base all'art. XX, lett. b) e lett. g), GATT 1994, poiché le modalità estrattive e di lavorazione di diverse materie prime oggetto delle tariffe doganali —zinco, magnesio, manganese (inclusi i cascami, dunque i residui del primo trattamento di questi tre elementi), nonché il coke— incidono pesantemente su ambiente e salute delle persone, mentre la fluorite è una risorsa naturale i cui giacimenti nel Paese asiatico andrebbero sempre più assottigliandosi, e non potrebbero, pertanto, sostenere oltre illimitate asportazioni di materiale. Pechino, quindi, ritiene necessario contenere lo sfruttamento delle sue risorse naturali. A suo avviso, i dazi doganali sarebbero una misura appropriata per proteggere ambiente e salute, ed evitare una rapida estinzione delle sostanze a rischio di esaurimento, permettendo alla Cina di raggiungere in tempi ragionevoli uno sviluppo sostenibile attraverso la diversificazione economica che sarebbe innescata proprio dai provvedimenti restrittivi sulle materie prime, che incentiverebbero sia l'industria di trasformazione, che modi di produzione e consumo ecocompatibili.

Le parti attrici hanno respinto con la massima fermezza la possibilità di applicare l'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione. Per Stati Uniti, Unione europea e Messico, l'inapplicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali risulterebbe incontrovertibilmente dalla chiara formulazione della Sezione 11, par. 3, e dell'Allegato 6 del Protocollo, come pure dei paragrafi pertinenti contenuti nella Relazione del Gruppo di lavoro. In primo luogo, i reclamanti osservano che lo *chapeau* dell'art. XX GATT 1994 —«... nothing in this Agreement ...»— indica senza ambiguità

<sup>47</sup> *Ibid.*, il corsivo è nostro. Cfr. anche il par. 7.68: «The Panel considers that an analysis of the WTO consistency of the 2009 Tariff Implementation Program must also involve an analysis of the *Customs Law and the Regulations on Import and Export Duties*. This is not to say that individually each of those measures would necessarily be WTO-inconsistent; rather, when they operate in concert to result in WTO-inconsistent duties, it is then that they would become *prima facie* WTO-inconsistent.»

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> «China acknowledges that it failed to consult pursuant to the Note to Annex 6 ... in light of China's admission, the Panel concludes that China has in fact failed to consult with other affected WTO Members prior to the imposition of the export duties imposed on bauxite, coke, fluorspar, magnesium, manganese, silicon metal and zinc, in violation of its obligations under Annex 6 to China's Accession Protocol» (parr. 7.102 e 7.104).

<sup>50</sup> «Apparently, China never conducted prior consultations with affected Members as required by the Protocol.» J. YA QIN, *The Challenge of Interpreting «WTO-Plus» Provisions*, in *JWT*, 2010, pp. 127-172, a p. 157.

alcuna che tale disposizione può essere applicata solo agli impegni assunti in base al GATT 1994. Indubbiamente, i Membri OMC mantengono la discrezionalità di «incorporare» l'art. XX GATT 1994 in altri accordi da essi eventualmente conclusi, nell'ambito del sistema OMC, come pure al di fuori di quest'ultimo. In questo caso, però, la base giuridica che consente la possibilità di ricorrere alle eccezioni di cui all'art. XX GATT 1994 è proprio il testo, nel nuovo accordo, che ne prevede il richiamo, come accade, ad esempio, per l'Accordo multilaterale sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi commerciali (*Agreement on Trade-Related Investment Measures*, TRIMs), il cui art. 3 prevede, per l'appunto, che «[a]ll exceptions under GATT 1994 shall apply, as appropriate, to the provisions of [the TRIMs] Agreement.» Inoltre, secondo i reclamanti, i Membri OMC si sarebbero sinora attenuti alla tecnica di redigere apposite regole sulle eccezioni per ogni Accordo OMC, confezionandole proprio alla luce delle specifiche caratteristiche dei diversi strumenti pattizi.<sup>51</sup> Insomma, per Stati Uniti, Unione europea e Messico non vi sarebbe alcun riferimento testuale nelle parti rilevanti del Protocollo e in quelle collegate della Relazione del Gruppo di lavoro, né sarebbe possibile riscontrare altri elementi sui quali basare l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 agli impegni «WTO-Plus» assunti dalla Cina a proposito dei dazi all'esportazione. In particolare, osserva l'Unione europea, «[t]he system of the WTO covered agreements has been negotiated as a finely knit web of rights and obligations balanced by an equally finely knit web of explicit exceptions. To allow exceptions which are foreseen in one agreement to justify a violation in another agreement would, in the absence of an explicit incorporation of this exception in that latter agreement, change the content and balance of the system and create a serious threat to the predictability and legal security of the international trading system.»<sup>52</sup>

**10.** Il Panel procede, innanzitutto, a puntualizzare la tecnica ormai consolidata per definire le condizioni di adesione dei nuovi Membri all'OMC, e a indicare il valore giuridico da attribuire agli atti attraverso i quali viene disciplinata l'entrata a far parte del sistema multilaterale degli scambi. Dando seguito a quanto stabilito dall'art. XII dell'Accordo istitutivo dell'OMC, per il quale la *membership* deve essere definita tra lo Stato che intende aderire e l'OMC,<sup>53</sup> le condizioni dell'adesione sono oramai costantemente fissate in un apposito Protocollo di adesione, accompagnato e completato dalla Relazio-

<sup>51</sup> Ad esempio, si consideri l'art. XIV dell'Accordo generale sugli scambi dei servizi (*General Agreement on Trade in Services*, GATS), ove i Membri OMC hanno stabilito, in modo simile all'art. XX GATT 1994, che «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures: (a) necessary to protect public morals or to maintain public order; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health ...»; oppure l'art. XXIII dell'Accordo plurilaterale sugli appalti pubblici (*Agreement on Government Procurement*, GPA) in base al quale «[n]othing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information which it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures: necessary to protect public morals, order or safety, human, animal or plant life or health or intellectual property; or relating to the products or services of handicapped persons, of philanthropic institutions or of prison labour»; e, ancora, l'art. 27, par. 2, dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property*, TRIPs), che stabilisce quanto segue: «Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law.»

<sup>52</sup> *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (WT/DS395)*, *Second Written Submission by the European Union*, Geneva 8 October 2010, par. 227, i corsivi sono nostri.

<sup>53</sup> «1. Any State or separate customs territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement and the Multilateral Trade Agreements may accede to this Agreement, on terms to be agreed between it and the WTO. Such accession shall apply to this Agreement and the Multilateral Trade Agreements annexed thereto. 2. Decisions on accession shall be taken by the Ministerial Conference. The Ministerial Conference shall approve the agreement on the terms of accession by a two-thirds majority of the Members of the WTO. 3. Accession to a Plurilateral Trade Agreement shall be governed by the provisions of that Agreement.» Art. XII dell'Accordo istitutivo dell'OMC, il corsivo è nostro.

ne del Gruppo di lavoro che ha materialmente negoziato l'entrata del nuovo Stato OMC.<sup>54</sup> L'accordo di adesione codificato in questi due documenti «results in a delicate balance of rights and obligations,» un «accession package» che rappresenta una sorta di biglietto di ingresso per divenire parte del sistema multilaterale degli scambi.<sup>55</sup> A loro volta, il Protocollo di adesione e gli impegni previsti nella Relazione del Gruppo di lavoro e richiamati nel Protocollo sono parte integrante degli Accordi OMC, come viene precisato anche nel Protocollo della Cina: «[t]he WTO Agreement to which China accedes shall be the WTO Agreement as rectified, amended or otherwise modified by such legal instruments as may have entered into force before the date of accession. This Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement.»<sup>56</sup>

**11.** Chiarito, dunque, quale sia lo status del Protocollo di adesione nel sistema multilaterale, il Panel passa ad affrontare la questione del rapporto del Protocollo con gli altri Accordi OMC. Si tratta di un aspetto in merito al quale non è possibile fare affidamento su un complesso di regole opportunamente e appositamente dedicate al tema del coordinamento tra il Protocollo di adesione e gli altri Accordi OMC. Il Panel, pertanto, richiama la giurisprudenza dell'Organo d'appello nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, che era precedentemente intervenuto proprio sul rapporto tra l'art. XX GATT 1994, ed una diversa parte del Protocollo di adesione, la Sezione 5, par. 1, nella quale Pechino ha assunto l'obbligo di liberalizzare il diritto al commercio -dunque di importare, e di esportare- per tutte le imprese in Cina.

Detta sezione stabilisce che «[w]ithout prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement, China shall progressively liberalize the availability and scope of the right to trade, so that, within three years after accession, all enterprises in China shall have the right to trade in all goods throughout the customs territory of China, except for those goods listed in Annex 2A which continue to be subject to state trading in accordance with this Protocol.» Nella disputa appena richiamata, l'Organo d'appello ha stabilito la possibilità di applicare a tale parte del Protocollo l'eccezione sulla morale pubblica di cui all'art. XX, lett. a), GATT 1994, invocato dalla Cina per difendere la propria normativa restrittiva su importazione e distribuzione di prodotti audiovisivi, consentita solo previo esame del contenuto di tali prodotti, effettuabile unicamente da imprese facenti capo allo Stato cinese. Il Panel, richiamando la pronuncia d'appello del caso *China – Publications and Audiovisual Products*, sottolinea la scelta del Tribunale permanente di non discutere, e quindi definire, il tipo di relazione che dovrebbe intercorrere tra il Protocollo di adesione della Cina nel suo insieme e la clausola sulle eccezioni generali del GATT, preferendo concentrarsi solo sul testo della Sezione 5, par. 1, invocata dagli Stati Uniti quale base giuridica del proprio reclamo. Tale Sezione, come già indicato, prevede espressamente, nella parte iniziale, che il diritto al libero commercio sia garantito dalla Cina «without prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement.» L'espressione «in a manner consistent with the WTO Agreement» è stata interpretata dall'Organo d'appello come inclusiva a) del diritto dei Membri OMC di regolamentare gli scambi in base a quanto previsto dalle apposite regole multilaterali (ad esempio, per le misure tecniche dall'Accordo TBT, per quelle fitosanitarie dall'Accordo SPS), e b) del diritto di avvalersi delle eccezioni consentite dalle apposite clausole laddove la disciplina posta in essere da uno Stato dovesse confliggere con gli obblighi di liberalizzazione. Quindi, riassume il Panel, il Tribunale permanente ha concluso nel senso che l'*incipit* della Sezione 5, par. 1, del Protocollo debba significare «that the justifications of Article XX of the GATT 1994 were incorporated, *by way of reference*, into the Protocol and this formed a constituent part of this specific accession commitment,» con la conseguenza che «China could rely on this incorporation to invoke Article XX as a defence for a violation of Article 5.1 of its Accession Protocol.»<sup>57</sup>

**12.** Passando all'esame del testo del Protocollo sul divieto di dazi alle esportazioni, che la Cina vorrebbe intendere come giustificabile ricorrendo all'art. XX GATT 1994, il Panel, conformemente a

<sup>54</sup> Con specifico riferimento alla Cina, i due documenti OMC sono i già citati *Protocol on the Accession of the People's Republic of China*, WT/L/432, 23 November 2001, e *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/MIN(01)/3, 10 November 2001.

<sup>55</sup> V. par. 7.112.

<sup>56</sup> Sezione 1, par. 2 del Protocollo di adesione della Cina, WT/L/432, cit., il corsivo è nostro.

<sup>57</sup> Par. 7.119, il corsivo è nostro.

quanto previsto dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>58</sup> (in base al quale «[u]n trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo»), si concentra sul *testo* della Sezione 11, par. 3, nonché sulla nota dell'Allegato 6 del Protocollo. E qui, il Gruppo di esperti riscontra immediatamente che la terminologia è ben diversa rispetto alla Sezione 5, par. 1. Se l'espressione introduttiva di quest'ultima ha permesso all'Organo d'appello di affermare che, in ragione della loro incorporazione, è possibile ricorrere alle giustificazioni consentite dall'art. XX GATT 1994, il testo della Sezione 11, par. 3, non consente di giungere alla medesima conclusione. Infatti, detta Sezione, lo si ricorda, stabilisce che «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in *Annex 6 of this Protocol* or applied in conformity with the provisions of *Article VIII of the GATT 1994*»<sup>59</sup>; a sua volta, l'Allegato 6 elenca 84 prodotti per i quali è consentito applicare tariffe doganali all'esportazione, nei limiti massimi ivi indicati; e la nota all'Allegato 6 rende ancora più stringente l'obbligo assunto da Pechino, precisando che «China confirmed that *the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded*. China confirmed furthermore that *it would not increase the presently applied rates, except under exceptional circumstances*. If such circumstances occurred, China would consult with affected members prior to increasing applied tariffs with a view to finding a mutually acceptable solution.»<sup>60</sup> Pertanto, a differenza della Sezione 5, par. 1, la Sezione 11, par. 3, non contiene alcun richiamo generale al diritto della Cina a regolamentare gli scambi in modo compatibile con il sistema OMC, né alcun rinvio specifico all'Accordo GATT 1994, né, tantomeno, all'art. XX GATT 1994. Le eccezioni tassativamente previste (si sottolinea il verbo «shall eliminate») sono quelle dell'art. VIII GATT 1994, relativo alla liceità delle tariffe che rappresentano un equo corrispettivo rispetto ai servizi resi; quelle indicate all'Allegato 6, dunque gli 84 prodotti sui quali è possibile imporre un dazio all'esportazione, nei limiti codificati; infine, le «exceptional circumstances» di cui alla nota dell'Allegato 6, circostanze eccezionali che, però, sono riferite unicamente alla possibilità di aumentare le tariffe doganali praticate al momento dell'adesione della Cina all'OMC, e solo a seguito di consultazioni con i Membri OMC interessati, dunque con un ambito di applicazione estremamente circoscritto.<sup>61</sup> L'analisi del testo delle parti del Protocollo richiamate non lascia alcun margine di flessibilità nell'applicazione del divieto dei dazi all'esportazione: «[w]hile it would have been possible to include a reference to the GATT 1994 or to Article XX, WTO Members evidently decided not to do so. The deliberate choice of language providing for exceptions in Paragraph 11.3, together with the omission of general references to the WTO Agreement or to the GATT 1994, suggest to us that the WTO Members and China did not intend to incorporate into Paragraph 11.3 the defences set out in Article XX of the GATT 1994.»<sup>62</sup>

**13.** Quindi, il Panel vaglia la conclusione cui è pervenuto sulla base dell'interpretazione testuale alla luce del «contesto» nel quale le regole richiamate sono poste. La Cina indica quale opportuno contesto alla luce del quale leggere la Sezione 11, par. 3 del Protocollo, il paragrafo 170 della

<sup>58</sup> Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, in *UNTS*, vol. 1155, p. 331, ratificata dalla Repubblica italiana con Legge 12 febbraio 1974, n. 112, in *Suppl. ordinario alla Gazz. Uff.*, n. 111 del 30 aprile 1974. Come noto, l'art. 3, par. 2, DSU, stabilisce che il diritto OMC debba essere interpretato conformemente alle norme di diritto internazionale generale sull'interpretazione dei trattati; e dottrina e giurisprudenza considerano ormai incontrastatamente che le pertinenti disposizioni della Convenzione di Vienna (artt. 31, 32, 33) riflettano il diritto internazionale consuetudinario sul punto. Per tali aspetti cfr., *inter alia*, P. MENGGOZZI, *The World Trade Organization Law: An Analysis of Its First Practice*, in P. MENGGOZZI (Ed.), *International Trade Law on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè, Milano, 1999, cit., pp. 3-51; I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, OUP, 2009.

<sup>59</sup> I corsivi sono nostri.

<sup>60</sup> I corsivi sono nostri.

<sup>61</sup> «In the Panel's view, the ordinary meaning of these two sentences of Annex 6 [China confirmed that the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded; China confirmed furthermore that it would not increase presently applied rates except under exceptional circumstances] is very clear. The use of the term 'maximum levels' sets a *definitive ceiling in excess of which China may not impose export duties*. Furthermore, the second sentence makes clear that *any increase in the export duty rates applied at the time of the conclusion of China's Accession Protocol could be effected only in exceptional circumstances following consultations with affected Members*.» Par. 7.127, i corsivi sono nostri.

<sup>62</sup> Par. 7.129.

Relazione di accompagnamento, richiamato dalla Sezione 1, par. 2,<sup>63</sup> quale parte integrante del Protocollo di adesione. In tale paragrafo 170, «[t]he representative of China confirmed that upon accession, China would ensure that its laws and regulations relating to all fees, charges or taxes levied on imports and exports would be *in full conformity with its WTO obligations, including* Articles I, III:2 and 4, and XI:1 of the GATT 1994 ...» Per Pechino, il termine «including» inequivocabilmente significa che la lista di disposizioni espressamente citate in seguito è esemplificativo e non tassativo, dunque suscettibile di includere, in via interpretativa, tutte le regole relative alle merci, compresa la clausola sulle eccezioni generali dell'Accordo GATT. Inoltre, l'espressione «in full conformity with its WTO obligations» includerebbe anch'essa un implicito riferimento all'art. XX GATT 1994, poiché una misura che soddisfa i requisiti di tale disposizione è pienamente conforme al sistema OMC. Pertanto, secondo la Cina, il linguaggio rilevante impiegato dalla Sezione 5, par. 1, del Protocollo, e quello utilizzato per il paragrafo 170 della Relazione del Gruppo di lavoro sono sinonimi. Di conseguenza, argomenta Pechino, «if Paragraph 5.1 includes the flexibilities of Article XX, so does Paragraph 170 of the Working Party Report.»<sup>64</sup>

Il Panel non accoglie le considerazioni della Cina. A suo avviso, il paragrafo 170 non costituisce il corretto «contesto» della Sezione 11, par. 3 del Protocollo, poiché riguarderebbe solo gli obblighi previsti dal GATT 1994, mentre la materia oggetto della disputa concerne unicamente lo specifico divieto accolto dalla Cina sulle tariffe doganali all'esportazione, dunque un divieto che non è contemplato dall'Accordo generale sulle merci.<sup>65</sup> Infatti, i dazi all'esportazione sono proibiti solo dalla Sezione 11, par. 3, del Protocollo, per cui il Panel ritiene che il contesto da analizzare per definire con esattezza la portata della prescrizione proibitiva sia rappresentato dai primi due paragrafi della Sezione 11. Questi ultimi contengono entrambi l'espressione «in conformity with GATT 1994» («1. China shall ensure that customs fees or charges applied or administered by national or sub-national authorities shall be *in conformity with the GATT 1994*. 2. China shall ensure that internal taxes and charges, including value-added taxes, applied or administered by national or sub-national authorities shall be *in conformity with the GATT 1994*»).<sup>66</sup> Non vi è traccia di tale espressione nel par. 3 della Sezione 11. Per il Panel, il diverso linguaggio nei tre paragrafi della Sezione considerata è prova di una precisa scelta della Cina e della *membership* dell'OMC durante i negoziati sull'adesione, scelta che deve essere rispettata ed applicata, poiché riflette «agreement at the time of China's accession that since China's export duties commitments arose exclusively from China's Accession Protocol, Article XX would not apply to such commitments.»<sup>67</sup> Insomma, per il Panel, il silenzio della Sezione 11, par. 3, a differenza dell'espressione di «conformità al GATT» richiamata in entrambi i paragrafi precedenti, sta ad indicare che la Cina ha rinunciato ad applicare l'art. XX GATT 1994 al divieto di dazi alle esportazioni: «[i]f China and WTO Members wanted the defences of GATT Article XX to be

<sup>63</sup> In base alla quale «[t]his Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement.» A sua volta, il paragrafo 342 della Relazione del Gruppo di lavoro così recita: «[t]he Working Party took note of the explanations and statements of China concerning its foreign trade regime, as reflected in this Report. The Working Party took note of the commitments given by China in relation to certain specific matters which are reproduced in paragraphs 18-19, 22-23, 35-36, 40, 42, 46-47, 49, 60, 62, 64, 68, 70, 73, 75, 78-79, 83-84, 86, 91-93, 96, 100-103, 107, 111, 115-117, 119-120, 122-123, 126-132, 136, 138, 140, 143, 145, 146, 148, 152, 154, 157, 162, 165, 167-168, 170-174, 177-178, 180, 182, 184-185, 187, 190-197, 199-200, 203-207, 210, 212-213, 215, 217, 222-223, 225, 227-228, 231-235, 238, 240-242, 252, 256, 259, 263, 265, 270, 275, 284, 286, 288, 291, 292, 296, 299, 302, 304-305, 307-310, 312-318, 320, 322, 331-334, 336, 339 and 341 of this Report and noted that these commitments are incorporated in paragraph 1.2 of the Draft Protocol.» WT/MIN(01)3, cit., par. 342.

<sup>64</sup> Par. 7.133.

<sup>65</sup> «The Panel notes, in particular, that Paragraph 170 does not refer to China's specific obligations on export duties; it refers to 'charges and taxes levied on imports and exports' ... Paragraph 170 essentially repeats the commitments existing under certain GATT rules. The matter at issue in this dispute, and governed by Paragraph 11.3, is different; it is concerned with duties and taxes that are imposed only on exports, and that are specifically prohibited under Paragraph 11.3 of the Accession Protocol ... and not regulated by the GATT 1994. In the Panel's view, Paragraph 170 of the Working Party Report neither explicitly nor implicitly refers to any exceptions or GATT 1994 flexibilities in relation to the prohibition on China to use export duties as prescribed by Paragraph 11.3 of the Accession Protocol.» Par. 7.141.

<sup>66</sup> Sezione 11 del Protocollo di adesione della Cina, WT/L/432, cit., i corsivi sono nostri.

<sup>67</sup> Par. 7.138.

available to violations of China's export duty commitments, they could have said so in Paragraph 11.3 or elsewhere in China's Accession Protocol.»<sup>68</sup>

La Cina tenta, infine, di sottolineare che accettando il divieto di imporre dazi all'esportazione non può aver acconsentito a spogliarsi completamente del proprio diritto a regolamentare e disciplinare il commercio, un diritto che è un «inherent right» di cui gode ogni Membro OMC, e che non è, pertanto, «conferito» dagli accordi internazionali, ma, al contrario, esercitato anche attraverso questi ultimi.<sup>69</sup> Il Panel concorda con la Cina sul fatto che «WTO Members have an inherent and sovereign right to regulate trade,»<sup>70</sup> ma immediatamente dopo osserva che il tipo di impegni assunti nel Protocollo di adesione sono proprio «the ultimate expression of China's sovereignty.»<sup>71</sup> Riconoscere l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, significherebbe unicamente cambiare il contenuto ed alterare l'attento equilibrio raggiunto durante i negoziati per l'entrata della Cina a far parte dell'OMC, dunque minare alle fondamenta la prevedibilità e la sicurezza giuridica del sistema del commercio internazionale.<sup>72</sup> Indubbiamente, il Panel riconosce che la situazione determinata dall'inapplicabilità della clausola GATT sulle eccezioni generali alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione può apparire sbilanciata, del tutto dissimile rispetto agli impegni della maggior parte dei Membri OMC,<sup>73</sup> che non devono osservare alcun divieto sui dazi all'esportazione, rispetto ai quali, al contrario, godono di piena discrezionalità: «[h]owever, based on the text before us, the Panel can only assume that this was the intention of China and the WTO Members when negotiating China's Accession Protocol ... the Panel can find no legal basis in the Protocol or otherwise to interpret Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol as permitting resort to Article XX of the GATT 1994.»<sup>74</sup>

## 1. Perplessità sul risultato interpretativo del Panel

**14.** La conclusione del Panel sull'inapplicabilità dell'art. XX alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo ha già scatenato reazioni piuttosto dure da parte della dottrina.<sup>75</sup> Esse sono imperniate sulla convinzione che il risultato dell'attività interpretativa compiuta dal Gruppo di esperti, più che creare una situazione suscettibile di essere «perceived as imbalanced,»<sup>76</sup> sfocia, in realtà, in quello che l'art. 32, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati definisce come «un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole.»

Infatti, le regole *ad hoc* sul divieto di dazi all'esportazione accettato dalla Cina vengono ad assumere la natura di «most sacred rules of the WTO»<sup>77</sup> poiché sono, in pratica, permanenti in quanto ben difficilmente emendabili, e, stante l'interpretazione del Panel nel report *China – Raw Materials*, costantemente inderogabili poiché non si potrebbero ad esse applicare le eccezioni previste dal GATT 1994.

<sup>68</sup> Par. 7.140.

<sup>69</sup> «According to China, the text of Paragraph 11.3 of its Accession Protocol shows that WTO Members, in imposing an obligation on China to forego export duties in certain circumstances, did not exclude the inherent right to regulate trade.» Par. 7.155.

<sup>70</sup> Par. 7.156, il corsivo è nostro.

<sup>71</sup> Par. 7.157.

<sup>72</sup> Cfr. il par. 7.159.

<sup>73</sup> «The Panel is mindful that excluding the applicability of Article XX justifications from the obligations contained in Paragraph 11.3 means that China is in a position unlike that of most other WTO Members who are not prohibited from using export duties, either via the terms of their respective accession protocols or their membership to the WTO at the time of its inception ... The situation created by this provision taken in isolation may be perceived as imbalanced ...» Par. 7.160, i corsivi sono nostri.

<sup>74</sup> *Ibid.*, il corsivo è nostro.

<sup>75</sup> In particolare, cfr. J. YA QIN, *The Irrationality of the WTO Export Duty Regime: Availability of GATT Article XX and Beyond*, in *International Economic Law and Policy Blog*, 11 July 2011. Più in generale, sui rapporti tra l'art. XX GATT 1994 e il Protocollo di adesione della Cina v. P. CONCONI, J. PAUWELYN, *Trading Culture: Appellate Body Report on China-Audiovisuals (WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010)*, in *World Trade Review*, 2011, pp. 95-118; Y. NGANGJOH-HODU, *Relationship of GATT Article XX Exceptions to Other WTO Agreements*, in *Nordic Journal of International Law*, 2011, pp. 219-234; J. PAUWELYN, *Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report in China-Audiovisuals*, in *Melbourne JIL*, 2008, pp. 1-22.

<sup>76</sup> J. YA QIN, *The Irrationality of the WTO Export Duty Regime: Availability of GATT Article XX and Beyond*, cit.

<sup>77</sup> Par. 7.160.

Negoziando le condizioni di adesione, Cina e *membership* dell'OMC hanno convenuto di non inserire gli obblighi assunti da Pechino in materia di oneri all'esportazione nella apposita *Schedule* della Cina allegata all'Accordo generale sulle merci, ossia nella lista di impegni redatta da ogni Membro OMC a proposito degli obblighi in materie di tariffe doganali. Questo aspetto tecnico della redazione ha prodotto, innanzitutto, l'impossibilità di evitare ogni minimo dubbio sull'applicabilità delle eccezioni contemplate dal GATT 1994 al divieto sui dazi cinesi all'esportazione, poiché l'impianto dell'Accordo generale sulle merci prevede che le deroghe agli impegni di liberalizzazione riguardino anche le *Schedules* dei Paesi membri dell'OMC. Inoltre, la scelta di inserire gli obblighi WTO-Plus in oggetto nel Protocollo di adesione comporta anche l'impossibilità di modificare o ritirare le concessioni sui dazi all'esportazione ogni tre anni, come, invece, per gli impegni tariffari contemplati nelle *Schedules*, è consentito dall'art. XXVIII GATT 1994, previa individuazione di un adeguato accordo di compensazione con i Membri OMC principalmente interessati.<sup>78</sup> Pertanto, considerando che le pesanti procedure di voto rendono estremamente difficile riuscire a trovare il consenso della *membership* del sistema di Marrakech per adottare un emendamento agli Accordi OMC,<sup>79</sup> come pure al Protocollo di adesione,<sup>80</sup> non si può che arrivare alla conclusione che gli obblighi sui dazi all'esportazione della Cina sarebbero blindati, inflessibili e senza possibilità di deroga alcuna: essi avrebbero, quindi, una forza giuridica da precetto «integralista» che supererebbe addirittura quella delle colonne del sistema di liberalizzazione, ossia la clausola della nazione più favorita e il principio del trattamento nazionale, la cui violazione è comunque suscettibile, come accade per tutti gli obblighi del GATT, di essere giustificata in base all'art. XX GATT 1994, come pure all'art. XXI GATT 1994, la disposizione che consente le eccezioni in materia di sicurezza dei Membri OMC. Anche alla luce del fatto che l'impegno ad eliminare le tariffe doganali all'esportazione non è contemplato dal sistema generale dell'OMC, ma riguarda solo alcuni Paesi che hanno aderito al sistema multilaterale successivamente all'entrata in vigore degli Accordi di Marrakech -insieme alla Cina, vi sono Arabia Saudita, Croazia, Lettonia, Mongolia, Ucraina e Vietnam.<sup>81</sup> Pare davvero difficile concludere che la reale intenzione dei negoziatori del Protocollo di adesione fosse quella di determinare la rinuncia assoluta, da parte della Cina, al suo «inherent and sovereign right to regulate trade,»<sup>82</sup> comunque riconosciuto dal Panel, e, prima ancora, dall'Organo d'appello nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> «On the first day of each three-year period ... a contracting party ... may, by negotiation and agreement with any contracting party with which such concession was initially negotiated and with any other contracting party ... [having] a principal supplying interest ... and subject to consultation with any other contracting party ... [having] a substantial interest in such concession, modify or withdraw a concession included in the appropriate schedule annexed to this Agreement.» Art. XXVIII, par. 1, GATT 1994.

<sup>79</sup> In linea di principio, per le disposizioni diverse dall'art. IX dell'Accordo istitutivo dell'OMC, dagli artt. I e II GATT 1994, dall'art. II, par. 1, GATS, e dall'art. 4 TRIPs, per la cui modifica l'art. X dell'Accordo istitutivo dell'OMC richiede il consenso di tutti i Membri, un emendamento alle regole multilaterali richiede la ratifica da parte di due terzi della *membership* dell'OMC, ed è sottoposto ad una serie complessa di passaggi per quanto riguarda la proposta dell'emendamento, la sua approvazione e la sua entrata in vigore.

<sup>80</sup> Attualmente, non è chiaro quali sarebbero le procedure che la Cina dovrebbe seguire per modificare una o più parti del Protocollo di adesione. Poiché, in base alla Sezione 1, par. 2, del Protocollo, quest'ultimo, unitamente alle parti richiamate della Relazione del Gruppo di lavoro, è definito «integral part» degli Accordi OMC, si potrebbe sostenere che le modifiche del Protocollo devono osservare i pesanti meccanismi decisionali di cui all'art. X dell'Accordo istitutivo dell'OMC. In dottrina, però, vi è chi osserva acutamente che in tal modo, per le modifiche del Protocollo, si richiederebbe di osservare regole più onerose rispetto a quelle utilizzate per l'adozione del Protocollo stesso (ossia la procedura codificata all'art. XII, par. 2, dell'Accordo istitutivo dell'OMC, in base alla quale le decisioni sull'adesione sono approvate dalla Conferenza ministeriale, che deve deliberare con i due terzi dei voti dei suoi componenti), e che, per giunta, sarebbero suscettibili di pervenire ad un risultato assurdo. Infatti, poiché l'art. X OMC richiede, in linea di principio, la ratifica di due terzi dei Membri OMC per perfezionare l'adozione di un emendamento, e non obbliga i Membri OMC che non abbiano accolto l'emendamento in questione a rispettarlo, potrebbe verificarsi la singolare situazione di un emendamento al Protocollo di adesione approvato senza il concorso della Repubblica popolare cinese. Cfr. J. YA QIN, *The Challenge of Interpreting «WTO-Plus» Provisions*, cit., pp. 133-135.

<sup>81</sup> Cfr. la nota 186 del Panel Report.

<sup>82</sup> Par. 7.156.

<sup>83</sup> «[W]e see the 'right to regulate', in the abstract, as an inherent power enjoyed by a Member's government, rather than a right bestowed by international treaties such as the *WTO Agreement*. With respect to trade, the *WTO Agreement* and its Annexes instead operate to, among other things, discipline the exercise of each Member's inherent power to regulate by requiring WTO Members to comply with the obligations that they have assumed thereunder.» *China – Publications and Audiovisual Products*, Appellate Body Report, par. 222, il corsivo è nostro.

**15.** Certo, la redazione del Protocollo di adesione, come pure della Relazione del Gruppo di lavoro, non è stata effettuata con la necessaria attenzione, e risulta del tutto inadeguata a fornire un quadro chiaro della portata degli specifici obblighi cinesi, nonché del coordinamento di tali strumenti giuridici con il sistema OMC. Se l'insufficiente tecnica redazionale complica enormemente il lavoro dell'interprete, quest'ultimo, però, proprio in ragione del testo oggettivamente carente di Protocollo e Relazione non potrà certo affidarsi unicamente all'infelice formulazione terminologica. L'interprete non può, quindi, fermarsi alla sola interpretazione testuale, per concludere che il testo del Protocollo inequivocabilmente indica una chiara intesa dei negoziatori sulla rinuncia della Cina, pressoché perenne, al proprio diritto sovrano alla regolamentazione del commercio anche attraverso l'imposizione di tariffe doganali all'esportazione. Per riprendere le parole dell'art. 32, lett. b), della Convenzione di Vienna, un simile risultato ci pare davvero «manifestamente assurdo,» e «manifestamente ... irragionevole.» Infatti, negando l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo, si rende impossibile applicare un dazio all'esportazione per tutelare ambiente, salute, o risorse naturali esauribili, mentre rimangono giustificabili le quote e i divieti all'esportazione, poiché essi ricadono nell'art. XI GATT 1994, disposizione che si applica a quote e divieti cinesi, non essendovi un regime *ad hoc* nel Protocollo di adesione. Ciò è assurdo e irragionevole, poiché nel sistema multilaterale ginevrino, laddove uno Stato necessita di mantenere o introdurre misure restrittive per tutelare il mercato interno o perseguire le politiche pubbliche contemplate dalle eccezioni generali, l'ostacolo agli scambi più tollerato è proprio il dazio doganale, in quanto è un provvedimento che, comunque, consente la commercializzazione dei beni, dunque risulta meno distorsivo degli scambi rispetto alle barriere non tariffarie, ed è inoltre, trasparente, essendo ben chiaro il tipo e l'ammontare dell'onere che uno Stato, in deroga agli impegni di liberalizzazione, impone su un determinato prodotto.<sup>84</sup> Ancora, pare assurdo e irragionevole dover concludere che dal testo del Protocollo risulti che la Cina, più che avere esercitato la propria sovranità prestando il proprio consenso al Protocollo, abbia, in pratica, abdicato -e abdicato per sempre- ad esercitarla, acconsentendo ad eliminare, senza possibilità di deroga, tutti i dazi all'esportazione ad eccezione degli 84 prodotti elencati all'Allegato 6. Un simile risultato è incoerente con il sistema multilaterale degli scambi così come delineato nel Preambolo dell'Accordo istituito dell'OMC, ove è contemplato il principio dello sviluppo sostenibile, in base al quale occorre sempre raccordare lo sviluppo economico con la preservazione dell'ambiente e con lo sviluppo sociale.

**16.** A fronte dell'irragionevolezza, rispetto ai tratti distintivi e all'integrità del sistema OMC, che ci pare scaturisca dal considerare l'art. XX GATT 1994 inapplicabile alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, ci permettiamo qui di indicare un diverso percorso ermeneutico, anche per non incorrere nel pericolo di dedurre improvvisi divieti da diversamente interpretabili silenzi.

Indubbiamente, è vero che i paragrafi 1 e 2 della Sezione 11 del Protocollo contengono entrambi l'espressione «in conformity with GATT,» che, invece, non è richiamata dal paragrafo 3. I primi due paragrafi, infatti, lo si ricorda, così recitano: «1. China shall ensure that customs fees or charges applied or administered by national or sub-national authorities, shall be in conformity with the GATT 1994. 2. China shall ensure that internal taxes and charges, including value-added taxes, applied or administered by national or sub-national authorities shall be in conformity with the GATT 1994.» Bisogna, però, anche tener presente che essi riaffermano gli obblighi generali del GATT —pertanto, per forza di cose, deve essere richiamato l'Accordo generale!— rispetto al nuovo Membro OMC, e nulla più. Invece, il paragrafo 3 della Sezione 11, che stabilisce il divieto di dazi all'esportazione, contempla un significativo obbligo «WTO-Plus»: «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in Annex 6 of this Protocol or applied in conformity with the provisions of Article VIII of the GATT 1994.» Le due espresse esclusioni contemplate in tale paragrafo potrebbero semplicemente intendersi per quello che dicono. Esse precisano che a) il nuovo divieto della Sezione 11, par.

<sup>84</sup> V. R. HOWSE, *Climate Change Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis*, International Institute for Sustainable Development, 2010, a p. 17; I. JEGOU, L. RUBINI, *The Allocation of Emission Allowances Free of Charge: Legal and Economic Considerations*, ICTSD Programme on Competitiveness and Sustainable Development; Transition to a Low Carbon Series; Issue Paper No.18; International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, 2011, a p. 39.

3 -formulato con l'ampia espressione di «all taxes and charges applied to exports,» anziché utilizzare una più puntuale nozione, ad esempio «export customs duties»- non deve intendersi come esteso agli oneri imposti dalla Cina quale corrispettivo di un servizio reso (art. VIII GATT 1994); e b) un gruppo di 84 prodotti, elencati all'Allegato 6, è escluso dal divieto di dazio all'esportazione. Il silenzio sugli altri aspetti di raccordo con le regole OMC non può essere valutato come l'esclusione dell'applicabilità dell'art. XX GATT 1994.

Certo, vi è il pasticcio del riferimento alle «exceptional circumstances» malamente inserito nella nota all'Allegato 6 del Protocollo di adesione. Lo si rammenta: in tale nota si legge che la Cina «would not increase the *presently applied rates*, except under *exceptional circumstances*.» Dunque, la giustificazione in presenza di circostanze eccezionali è limitatissima, nell'oggetto e nella portata temporale, anzi, si può tranquillamente affermare che sia già stata superata. Infatti, essa riguarda solo i dazi doganali all'esportazione applicati da Pechino al momento dell'adesione all'OMC, e non può più essere invocata successivamente al periodo triennale di transizione dall'entrata della Cina all'OMC (11 dicembre 2004), allorché la Repubblica popolare avrebbe dovuto eliminare tutti i dazi all'esportazione. Perché mai, tali, non meglio precisate, «exceptional circumstances» avrebbero potuto verificarsi solo in riferimento ai dazi all'esportazione praticati dalla Cina nel 2001, e non per altre tariffe e anche dopo i tre anni del periodo transitorio? Ci pare che il dato letterale della nota di un Allegato ad un Protocollo di adesione davvero non possa determinare un risultato interpretativo che risulti incoerente con il sistema multilaterale nel suo complesso, ove lo stesso Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC ricorda che la liberalizzazione degli scambi e lo sviluppo economico devono poter essere perseguiti osservando il principio dello sviluppo sostenibile, quindi tutelando l'ambiente e promuovendo il progresso sociale.

Si può ancora obiettare che la frase introduttiva dell'art. XX GATT 1994 «... nothing in this Agreement ...» sia un esplicito ed invalicabile limite all'applicabilità di tale disposizione al di fuori del GATT, a meno che non vi sia un espresso richiamo nello strumento pattizio al quale la si vorrebbe accostare. Occorre, comunque, ricordare, che i lavori preparatori relativi alla clausola GATT sulle eccezioni generali rivelano che il suo *incipit* venne inserito proprio con l'intento di garantire una applicazione generalizzata, («universal»)<sup>85</sup> dei diversi valori in essa contemplati come possibili giustificazioni a tutti gli impegni GATT. Inoltre, ancora una volta si sottolinea l'assurdità del risultato cui si perverrebbe affidandosi esclusivamente al dato letterale. Infatti, si profila sempre il rischio di impedire ad un Membro OMC di tutelare e promuovere gli importanti valori contemplati nell'art. XX GATT 1994 attraverso una misura che, pur formalmente di ostacolo agli scambi, è comunque capace di rispettare le numerose condizioni poste dalla disposizione richiamata per la sua legittimazione. Ma una liberalizzazione assoluta e inderogabile, completamente sganciata dalla sostenibilità, non è certo il modello predisposto per il sistema multilaterale degli scambi dell'OMC.

Oltre a rammaricarsi per un altro aspetto negativo della prassi redazionale delle condizioni di adesione, ossia l'assenza dei lavori preparatori del Protocollo di adesione della Cina, non resta, a questo punto, che attendere che cosa deciderà l'Organo d'appello sul punto. La Cina, come era ampiamente prevedibile, ha impugnato il report qui commentato anche in riferimento all'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione.<sup>86</sup> Alla luce di tale sviluppo, risulta indubbiamente opportuna la prudente scelta del Panel di procedere «on an *arguendo* basis» ad analizzare comunque le eccezioni di Pechino basate sull'art. XX lett. b), e lett. g), per giustificare i dazi all'esportazione contestati da Stati Uniti, Unione europea e Messico.<sup>87</sup> In tal modo, infatti, l'Organo d'appello, laddove decidesse di ribaltare l'irragionevole risultato interpretativo del Panel sull'inapplicabilità dell'art. XX GATT 1994 alla Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, potrà avere a sua disposizione l'analisi degli elementi di fatto del Panel relativi alla clausola GATT sulle eccezioni generali, e pronunciarsi di conseguenza anch'esso sulla giustificabilità delle restrizioni cinesi alle esportazioni.

<sup>85</sup> Sul punto v. I. JEGOU, L. RUBINI, *The Allocation of Emission Allowances Free of Charge: Legal and Economic Considerations*, cit., a p. 56, e D. A. IRWIN, P. C. MAVROIDIS, A. O. SYKES (Eds.), *The Genesis of GATT*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, a p. 164.

<sup>86</sup> V. WT/DS394/11, WT/DS395/11, WT/DS398/10, cit., par. 9-10.

<sup>87</sup> Cfr. il par. 7.230.

## V. L'incompatibilità delle quote cinesi e del prezzo minimo all'esportazione sulle materie prime con l'art. XI, par. 1, GATT 1994

17. Con specifico riferimento al sistema di quote poste in essere dalla Cina,<sup>88</sup> va ricordato che la loro disciplina generale è inquadrata nella *Foreign Trade Law*, che conferisce l'autorità ad adottare misure restrittive all'esportazione per perseguire determinati obiettivi, quali la tutela della salute e della vita dell'uomo, o la preservazione di risorse che risultino esauribili. Il Ministero cinese per il commercio con l'estero (*Ministry of Commerce of the People's Republic of China*, MOFCOM) è responsabile per l'amministrazione centralizzata di tutte le quote all'esportazione cinesi, che determina annualmente per ciascun prodotto e gestisce in collaborazione con gli uffici delle dogane. Per ciascun minerale o metallo, o per gruppi delle materie prime oggetto della presente causa, esistono poi, molteplici atti normativi, attraverso i quali vengono puntualizzati i criteri per determinare le quote annuali e le esigenze da tener presente per ciascun settore, nonché i singoli provvedimenti annuali che contengono l'ammontare delle quote. Le quote possono essere allocate direttamente, cosa che avviene per lo zinco e il coke; oppure attraverso un sistema di aggiudicazione delle quote basato sulle offerte all'asta degli operatori, metodo che viene seguito per bauxite, fluorite e carburo di silicio. Per garantire il rispetto del complesso ed articolato sistema amministrativo delle quote, la disciplina cinese prevede sanzioni amministrative, ed anche di carattere penale.

Le quote fissate sulle materie prime oggetto della nostra attenzione sono state naturalmente attaccate sulla base dell'art. XI, par. 1, GATT 1994, la disposizione che proibisce ogni tipo di restrizione e, naturalmente, di divieto anche sulle esportazioni, ai sensi della quale «[n]o prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other [Member] or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other [Member].»

Tale regola multilaterale esprime estesamente l'obbligo di eliminare le restrizioni quantitative, come può evincersi altresì dal termine «measures,» utilizzato accanto ai più puntuali vocaboli di «quotas, import or export licences,» per indicare nel modo più inclusivo possibile ogni tipo di normativa suscettibile di contenere —o, comunque, implicare— contingenti o bandi, una terminologia che distingue l'art. XI rispetto alle altre disposizioni GATT, che si riferiscono, invece, a leggi o regolamenti, omettendo di servirsi di un vocabolo così generico come quello di «misura.»<sup>89</sup> Pertanto, la disposizione in oggetto è suscettibile di essere interpretata in modo considerevolmente esteso, anche se l'esatta portata dell'art. XI, par. 1, GATT 1994 in riferimento alle restrizioni alle esportazioni è ben lungi dall'essere chiara e consolidata poiché è stata oggetto di un numero estremamente limitato di controversie, prima nel sistema del GATT 1947, ed, ora, in quello di Marrakech.<sup>90</sup>

18. Il Panel ha scelto di attribuire alla nozione di «restriction» un significato molto ampio, richiamando la giurisprudenza pregressa dei panels dell'OMC, poiché, ad oggi, l'Organo d'appello

<sup>88</sup> Il Panel Report compie una accurata presentazione della disciplina cinese sull'amministrazione delle quote ai par. 7.172-7-201.

<sup>89</sup> Nel caso *Japan – Semi-Conductors*, sviluppatosi nell'ambito del GATT 1947, il Panel, che era stato chiamato a pronunciarsi sulla riconducibilità all'art. XI GATT di una serie di misure amministrative giapponesi le quali, pur non vincolanti, inducevano gli operatori economici locali ad adottare pratiche contrarie alla ricordata disposizione, osservò, per l'appunto, che «this wording [of Article XI:1] was comprehensive: it applied to all measures instituted or maintained by a contracting party prohibiting or restricting the importation, exportation or sale for export of products other than measures that take the form of duties, taxes or other charges ... the Panel noted that Article XI:1, unlike other provisions of the General Agreement, did not refer to laws or regulations but more broadly to measures. This wording indicated clearly that any measure instituted or maintained by a contracting party which restricted the exportation or sale for export of products was covered by this provision, irrespective of the legal status of the measure.» *Japan – Semi-Conductors*, GATT Panel Report, *Japan – Trade in Semi-Conductors*, L/6309, adopted 4 May 1988, BISD 35S/116, par. 104 e 106.

<sup>90</sup> Cfr. B. KARAPINAR, *China's Export Restriction Policies: Complying with «WTO Plus» or Undermining Multilateralism*, in *World Trade Review*, 2011, pp. 389-408; L. VAN DEN HENDE, Jennifer PATERSON, *Export Restrictions on Raw Materials – WTO Rules and Remedies*, Bloomberg Law Reports, 2009.

non è mai intervenuto sulla nozione di restrizione di cui all'art. XI, par. 1, GATT 1994. Dunque, va considerata restrittiva quella misura che crea incertezze ed incide sui piani di investimento, restringe l'accesso ai mercati e rende proibitivo il costo delle importazioni, o quel provvedimento che limita, in generale, le operazioni commerciali.<sup>91</sup> Insomma, per il Panel, «the obligation imposed in Article XI:1 is to explicitly forbid Members from maintaining a restriction made effective through a prohibition or quota on the exportation of any product. Export quotas are inconsistent with Members' obligations by virtue of Article XI:1 because they have a restrictive or limiting effect on exportation.»<sup>92</sup>

Analizzando le varie misure portate alla sua attenzione, dalle discipline quadro ai singoli provvedimenti che fissano le quote annuali, il Gruppo di esperti conclude che la Cina mantiene quote -ed anche divieti- all'esportazione per bauxite, coke, fluorite, carburo di silicio e zinco.<sup>93</sup> Il Panel precisa inoltre che la violazione dell'art. XI, par. 1, GATT 1994 è dovuta all'operare congiunto dell'insieme dei provvedimenti analizzati e richiamati, secondo l'impostazione definita risolvendo l'eccezione preliminare sul suo mandato, proprio per evitare che «annually renewed measures do not evade WTO dispute settlement review merely through their expiration during the Panel proceedings.»<sup>94</sup>

**19.** Sempre sulla base dell'art. XI, par. 1, GATT 1994, Stati Uniti, Unione europea e Messico hanno attaccato anche il meccanismo cinese del prezzo minimo all'esportazione (*minimum export price*, MEP) praticato su bauxite, coke, fluorite, magnesio, carburo di silicio, fosforo giallo e zinco. Il MEP è definito dalla Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici (*China Chamber of Commerce of Metals, Minerals and Chemicals Importers and Exporters*, CCCMC), alla quale la legislazione del Paese asiatico ha delegato il compito di definire ed applicare tali prezzi minimi all'esportazione. La loro osservanza è garantita da rigorose sanzioni, che possono arrivare al ritiro della licenza a quegli esportatori che non abbiano rispettato il MEP.<sup>95</sup>

Anche in questo caso il Panel ha accolto l'istanza delle parti reclamanti. Richiamando quanto già definito a proposito dell'ampio significato da attribuire alla nozione di «restrizione,» il Gruppo di esperti ha concluso che un sistema ove si determini un prezzo minimo all'esportazione e se ne imponga il dovere di osservarlo agli esportatori, che incorrono in una pesante penalità laddove non rispettino il MEP, «has the *potential* to restrict trade.»<sup>96</sup> In particolare, nel caso specifico, la limitazione creata dalla misura cinese nasce dalla possibilità che il prezzo venga fissato ad un livello tale per cui gli esportatori non riescono a trovare degli acquirenti per il loro prodotto. Il Panel sottolinea, quindi, con severità che è sufficiente, per violare l'art. XI, par. 1, GATT 1994, riscontrare la *potenzialità* di una misura a produrre effetti restrittivi, implicitamente sancendo che non occorre provare che si siano già verificate limitazioni pregiudizievoli agli scambi. Dunque, «the very *potential* to limit trade is sufficient to constitute a 'restriction ... on the exportation or sale for export of any product' within the meaning of Article XI:1 of the GATT 1994.»<sup>97</sup>

<sup>91</sup> «The Appellate Body has not yet been required to consider the meaning of 'restrictions' in Article XI:1. Some panels, however, have done so. In *Colombia – Ports of Entry*, after reviewing several GATT and WTO cases, the panel concluded that 'restrictions' in the sense contemplated by Article XI:1 refers to measures that create uncertainties and affect investment plans, restrict market access for imports, or make importation prohibitively costly [WT/DS366/R, par. 7.240]. The panel in *India – Quantitative Restrictions* concluded that the scope of the term 'restriction' is 'broad' and, in terms of its ordinary meaning, is 'a limitation on action, a limiting condition or regulation' [WT/DS90/R, par. 5.128]. The panel in *India – Autos* similarly endorsed a broad interpretation of the term 'restriction', concluding that Article XI:1 applies to conditions that are 'limiting' or have a 'limiting effect ... on importation itself' [WT/DS175/R, par. 7.270].» Par. 7.206.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Per lo zinco, sia nel 2009 che nel 2010, la Cina ha adottato, in pratica, un vero e proprio bando poiché il MOFCOM non ha deliberato alcuna quota annuale all'esportazione: cfr. il par. 7.217.

<sup>94</sup> Par. 7.218.

<sup>95</sup> Cfr. i parr. 7.1063-7.1066.

<sup>96</sup> Par. 7.1081, il corsivo è nostro.

<sup>97</sup> *Ibid.*

## VI. L'eccezione al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994 per far fronte ad una situazione critica dovuta alla penuria di prodotti essenziali per lo Stato esportatore

20. La Cina chiede, limitatamente alla quota all'esportazione di 930.000 tonnellate annue imposta per la bauxite refrattaria, di poter giustificare detta misura in base all'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994, che consente di legittimare le misure restrittive laddove si tratti di «[e]xport prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of foodstuffs or other products essential to the exporting contracting party.» Pechino, infatti, sostiene di essere obbligata a mantenere la misura contestata poiché la sua disponibilità di bauxite è fortemente minacciata dall'alta domanda proveniente dai Paesi terzi, dal rischio di rapida esauribilità delle scorte, e della normativa interna che ne limita l'accesso. Inoltre, la Cina sottolinea che le scelte compiute riguardo la bauxite refrattaria sono analoghe ai divieti ed alle restrizioni che le stesse parti reclamanti hanno mantenuto anche per 40 anni su prodotti ritenuti essenziali per la loro industria di trasformazione, citando quali esempi le limitazioni ed i bandi all'esportazione sul legname non lavorato utilizzati dagli Stati Uniti per 43 anni, e le restrizioni ed i divieti all'esportazione per diversi tipi di residui della lavorazione di metalli ferrosi e non ferrosi che l'Unione europea ha adottato per 37 anni. Tali misure, secondo Pechino, sarebbero indicative dell'opinione dei Membri OMC sulla portata dell'art. XI, par. 2, lett. a), dunque si presterebbero ad essere qualificate come la «prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo» che l'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna indica quale elemento di cui tener conto nell'interpretare un accordo internazionale.<sup>98</sup> Di avviso completamente opposto sono le parti attrici: per Stati Uniti, Unione europea e Messico, la quota cinese attaccata non potrebbe essere considerata come una misura applicata temporaneamente, la bauxite refrattaria non sarebbe un prodotto essenziale per la Cina, la restrizione all'esportazione non sarebbe stata posta in essere per prevenire o alleviare una situazione critica del minerale che ne è oggetto,<sup>99</sup> ma unicamente per incentivare lo sviluppo dell'industria nazionale,<sup>100</sup> e, infine, il mandato del Panel non potrebbe, in alcun modo, includere anche le misure restrittive statunitensi ed europee richiamate dalla Cina. Prima di procedere alla disamina dell'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994, il Panel interviene proprio su quest'ultimo punto. In riferimento alla prassi USA e UE, invocata dalla Cina quale prova della possibilità di includere nell'eccezione *ad hoc* sulle restrizioni quantitative anche misure di durata quarantennale, il Gruppo di esperti precisa di non considerare i provvedimenti richiamati rilevanti per la sua analisi poiché non è per nulla chiaro che tali misure siano state poste in essere avendo in mente l'art. XI, par. 2, lett. a). Inoltre, anche laddove risultasse che Stati Uniti ed Unione europea abbiano ritenuto di essere legittimati ad adottare quelle misure sulla base dell'eccezione qui considerata «their application does not demonstrate agreement on the meaning of Article XI:2(a).»<sup>101</sup> Dunque, il Panel segue integralmente l'impostazione molto cauta da sempre indicata dall'Organo d'appello per qualificare una prassi delle parti contraenti intervenuta successivamente all'entrata in vigore di un accordo come una prassi rilevante ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna: per il Tribunale permanente «subsequent practice in interpreting a treaty has been recognized as a 'concordant, common and consistent' sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernible pattern implying the agreement of the parties [to a treaty] regarding its interpretation.»<sup>102</sup>

21. Il Panel procede, quindi, ad esaminare quale sia, in generale, il significato da attribuire ai tre elementi chiave dell'eccezione invocata: il concetto di misura «temporarily applied,» quello di «products essential to the exporting contracting party,» e, infine, la nozione di «critical shortage.»

<sup>98</sup> Cfr. i parr. 7.241 e 7.242, nonché la nota 414.

<sup>99</sup> Par. 7.243.

<sup>100</sup> Cfr. il par. 7.271.

<sup>101</sup> Par. 7.247.

<sup>102</sup> *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, p. 13.

Riguardo che cosa si debba intendere per restrizione *temporarily applied*, la Cina, dovendo giustificare il bando sulla bauxite, che, attraverso rinnovi annuali, applica dal 2000 e in merito al quale non ha dato indicazione alcuna di una sua dismissione a breve, sostiene che la durata acconsentita dall'art. XI, par. 2, lett. a) non è suscettibile di essere astrattamente quantificata a priori, ma deve essere definita caso per caso, e può anche essere prolungata nel tempo, purchè regolarmente rivista. L'arco temporale consentito, dunque, dovrebbe essere strettamente legato al tipo di situazione critica che si intende alleviare o prevenire attraverso la restrizione quantitativa da giustificare. Non potendo, come si è appena visto, avvalersi della prassi statunitense ed europea su legname e residui della lavorazione di metalli per legittimare misure protratte per lungo tempo, la Cina fa allora affidamento sul bando australiano sull'esportazione di pecore merino, dal cui vello si ottiene la famosa e pregiata lana. Tale bando è stato mantenuto per più di 80 anni -dal 1929 al 2010- ed è stato al centro delle discussioni sul testo dell'attuale art. XI durante i negoziati per la creazione del sistema del GATT 1947. Infatti, il rappresentante dell'Australia era preoccupato che l'inserimento della qualifica di «critical» per le situazioni di «shortages,» di carenza di prodotti essenziali, fosse suscettibile di non includere il bando mantenuto dall'Australia sulle pecore merino. La siccità che aveva colpito la regione nel 1946 aveva causato la perdita di 20 milioni di capi, e i suoi effetti avrebbero richiesto parecchi anni per essere smaltiti. Dunque, se il periodo «critical» della siccità era stato superato, la penuria di bestiame avrebbe richiesto anni per essere colmata. L'Australia, pertanto, chiedeva di eliminare l'aggettivo di «critical» dalla disposizione che sarebbe poi divenuta l'art. XI GATT, per evitare di essere costretta ad abrogare un divieto di esportazione che, invece, considerava irrinunciabile per difendere un'attività produttiva essenziale per il Paese anglosassone, e che avrebbe potuto dover reintrodurre in caso di nuove calamità naturali.<sup>103</sup> Il Comitato sulle politiche commerciali della Conferenza su commercio e sviluppo delle Nazioni Unite rassicurò, allora, il Rappresentante australiano nel senso che la situazione *sui generis* delle pecore merino era «entirely covered by the text as it stands,» dunque era riconducibile ad una situazione di penuria «critical,» sottolineando, inoltre, che «the minutes of [the] meeting will always be at ... the disposal [of the Australian Representative] to indicate the feeling of this Committee.»<sup>104</sup>

Il Panel, però, si rifiuta di prendere in considerazione i lavori preparatori dell'art. XI GATT 1994. L'art. 32 della Convenzione di Vienna, infatti, prevede il ricorso ai lavori preparatori di un accordo internazionale solo laddove l'applicazione dei criteri ermeneutici di cui all'art. 31 della Convenzione in oggetto pervenga ad un significato ambiguo o oscuro, o conduca ad un risultato assurdo o irragionevole.<sup>105</sup> Ma l'interpretazione testuale e contestuale dell'art. XI, par. 2, lett. a) porta, ad avviso del Panel, ad

<sup>103</sup> «It will be noticed that we have sent a circular proposing the deletion of the word 'critical' ... The reason why we suggest that this word be removed is that it is feared that export prohibitions on merino sheep which we impose might, because of the strict qualification of the word 'shortages,' have to be removed at a time when, in our view, they should be retained. We feel that whilst we have suffered very heavy shortages, it would be difficult with our sheep population to describe them as 'critical.' In the drought which occurred a little over a year ago we lost 20 million of sheep over a period of a few months. It caused something of a crisis at the time, but the effects of a drought do not wear off until very many years have passed, and measures may still be needed even when the really critical stages have passed. In other words, the critical element in the shortage might pass rather rapidly, but the effects remain for some years. It should be realized that, even with our large flocks, it takes time to get back to anything like a loss of 20 million sheep. I have therefore to ask the Commission that it agree to the word 'critical' being removed and to explain that it is designed to meet our present position on the prohibition of the merino sheep, a position which might be expected to recur periodically. We could contemplate removing this prohibition perhaps in a year or so, but our problem is that if we have another drought in perhaps 3, 4, 5 or 6 years' time, we would not be able to reimpose this prohibition, or if we did reimpose it, we would only be able to keep it on during the very critical period of the result of the drought.» Questa l'interessante dichiarazione del Rappresentante Australiano riportata in UN Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Verbatim Report of Fortieth Meeting of Commission A*, E/PC/T/A/PV/40(1) (19 August 1947).

<sup>104</sup> Un Economic and Social Council, *Third Committee: Commercial Policy, Summary Record of the Thirty-Seventh Meeting, Held on Monday, 16 February 1948 at 3.30 p.m., Consideration of the Report of Sub-Committee E (Articles 20 and 22)*, E/CONF.2/C.3/SR.37 (16 February 1948), pp. 1-3.

<sup>105</sup> Inoltre, a proposito delle discussioni sul bando australiano per le pecore merino svoltesi durante i negoziati del GATT 1947, il Panel ha osservato che «[t]he negotiating parties' discussion of this ban appears to have centred on whether Article XI:2(a) could be used to address questions of shortages in times of drought, which is not instructive with respect to the facts before us. Moreover, the fact that Australia may have kept the measure in place for 80 years (up to today) does not support the conclusion that the negotiating parties foresaw then and therefore agreed that the continued application for such duration

un risultato molto chiaro. Il significato ordinario di «temporarily,» osserva il Gruppo di esperti dopo aver riportato il consueto repertorio vocabolaristico che contraddistingue l'*incipit* dell'attività ermeneutica degli organi giudicanti del sistema OMC, è quello di «of a limited duration and not indefinite.»<sup>106</sup> Occorre, inoltre, leggere l'art. XI GATT 1994 in modo tale da preservare il significato e la funzione dell'art. XX, lett. g), GATT 1994, conformemente al principio dell'effetto utile (*ut res magis valeat quam pereat*), un canone ermeneutico di diritto internazionale generale costantemente enfatizzato dall'Organo d'appello, sin dal suo primo report nel caso *US – Gasoline*.<sup>107</sup> In base a tale principio, una disposizione pattizia deve essere interpretata in modo tale da dare significato ed efficacia a tutti i termini e a tutte le altre disposizioni del trattato cui essa appartiene. «An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility»;<sup>108</sup> al contrario, «a treaty interpreter must read all applicable provisions of a treaty in a way that gives meaning to *all* of them, harmoniously.»<sup>109</sup>

Ora, l'art. XX, lett. g), GATT 1994 è dedicato alle misure volte a preservare le risorse naturali esauribili, per giustificare le quali richiede il rispetto di requisiti più numerosi e più pesanti di quelli previsti dall'art. XI, par. 2, lett. a). L'interpretazione proposta dalla Cina «would allow WTO Members to resort indistinguishably to either Article XI:2(a) or XX(g) to address the problem of an exhaustible natural resource.»<sup>110</sup> Si tratta di una lettura errata, poichè il rischio di estinzione di una risorsa «finita,» come può essere un minerale, non si presta ad essere efficacemente affrontato con una misura «temporanea» e priva di tutte le caratteristiche invece richieste dall'art. XX, lett. g), GATT 1994 – ad esempio, la necessità che analoga misura di conservazione venga adottata anche sul piano interno. Pertanto, ad avviso del Panel, «an interpretation that Article XI:2(a) permits the application of a measure for a limited time under limited circumstances [i.e. to address 'critical shortages' of 'essential products'] would be in harmony with the protection that may be available to a Member under Article XX(g), which addresses the conservation of exhaustible natural resources.»<sup>111</sup>

**22.** Ampia è la nozione di «products essential to the exporting contracting party» cui perviene il Panel nell'interpretare il secondo requisito dell'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994. Sempre muovendosi dall'analisi dei dizionari, il Gruppo di esperti osserva che «essenziale» può essere definito come significativo, importante, assolutamente necessario, che costituisce o è parte essenziale di qualcosa, insomma, indispensabile.<sup>112</sup> Quindi, nota che l'essenzialità, nella disposizione oggetto di indagine, è precisata dall'espressione «to the exporting contracting party,» dunque deve trattarsi di prodotti *essenziali* per il Paese esportatore. Poi, il Panel sottolinea che, dai lavori preparatori, il riferimento all'*exporting Member* risulta essere stato aggiunto alla redazione iniziale dell'attuale art. XI per chiarire che «the importance of any product should be judged in relation to the particular country concerned,»<sup>113</sup> subito puntualizzando, però, che ciò non avalla alcuna determinazione arbitraria e insindacabile da parte dello Stato esportatore.

---

would be justified under Article XI:2(a)» (v. la nota 437 del Panel Report, il corsivo è nostro). Le osservazioni del Panel in merito al bando quasi secolare sulle pecore merino sono certo supportate dalle indicazioni temporali —certo più contenute rispetto a tempistiche pluridecennali— illustrate dal Rappresentante australiano nelle discussioni negoziali degli anni '40.

<sup>106</sup> Par. 7.258.

<sup>107</sup> Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996.

<sup>108</sup> *US – Gasoline*, Appellate Body Report, a p. 23.

<sup>109</sup> *Argentina – Footwear (EC)*, Appellate Body Report, *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, par. 81 (il corsivo p nel testo originale). Il principio dell'effetto utile è evidenziato con particolare efficacia anche nei seguenti eports dell'Organo d'appello: *Korea – Dairy*, Appellate Body Report, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R, adopted 12 January 2000, par. 81; *India – Patents (US)*, Appellate Body Report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, adopted 16 January 1998, par. 45; *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, a p. 12.

<sup>110</sup> Par. 7.257.

<sup>111</sup> Cfr. i parr. 7.257 e 7.260.

<sup>112</sup> V. il par. 7.275.

<sup>113</sup> UN Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Commission A: Report of Sub-Committee on Articles 25 and 27 E/PC/T/141* (1 August 1947), p. 2, riportato al par. 7.275.

Infine, l'organo giudicante stabilisce che l'essenzialità di un prodotto, da definire prendendo oggettivamente in considerazione le particolari circostanze in cui si trova lo Stato che esporta nel momento in cui applica la restrizione, «may include a product that is an 'input' to an important product or industry,»<sup>114</sup> ricorrendo ad una definizione aperta —la scelta del verbo «include»— e ampia, poiché comprende anche ogni tipo di bene suscettibile di essere strategico per un'importante settore produttivo, o prodotto, nazionale.

**23.** Più combattuto è il risultato interpretativo sull'ultimo elemento richiesto dall'eccezione *ad hoc* dell'art. XI, par. 2, lett. a) GATT 1994, quello di *critical shortage*, dunque di situazione critica di penuria nella quale venga a trovarsi un prodotto essenziale. Poiché la misura temporale volta ad affrontare tale situazione critica può essere adottata non solo per alleviare, ma anche per prevenire il verificarsi di una «critical shortage» —si parla, infatti, di «[e]xport prohibitions or restrictions temporarily applied to prevent or relieve critical shortages of ... products essential to the exporting contracting party»<sup>115</sup> la Cina ritiene che sia giustificato adottare una misura restrittiva anche quando «the degree of shortage [is not] so extreme that it can only be relieved through an export ban.»<sup>116</sup> Il Panel respinge l'interpretazione proposta da Pechino, osservando nuovamente che l'estesa nozione di «critical shortage» caldeggiata dalla parte resistente sarebbe suscettibile di rendere superfluo l'art. XX, lett. g), GATT 1994, il quale pone requisiti più numerosi e stringenti per giustificare una misura, poiché il suo ambito di applicazione riguarda anche le risorse naturali esauribili non viventi, e, dunque, «with a limited life span.»<sup>117</sup> Pertanto, in ottemperanza al principio dell'effetto utile, già richiamato, e in base al quale gli Accordi OMC devono essere interpretati «in a harmonious way,»<sup>118</sup> il Panel giunge alla conclusione che «the requirement that measures be applied 'temporarily' contextually informs the notion of 'critical shortage'»<sup>119</sup> Laddove la carenza di un prodotto essenziale sia irreversibile, ragiona il Gruppo di esperti, «it will not be possible to 'relieve or prevent' it through an export restriction applied on a temporary basis.»<sup>120</sup> Tale restrizione, infatti, sarebbe concentrata solo sulle esportazioni, senza dover essere accompagnata da provvedimenti limitativi anche sul piano interno, come, invece, è richiesto per le misure conservative giustificabili in base all'art. XX, lett. g), GATT 1994 proprio perché, agendo solo sulle esportazioni, non si gestirebbe in maniera adeguata soprattutto un problema di esauribilità di risorse naturali non viventi. Dunque, per legittimare una misura che, formalmente, ostacola gli scambi avvalendosi dei requisiti meno esigenti di cui all'art. XI, par. 2, lett. a.), GATT 1994, occorre trovarsi dinanzi ad una situazione di vera e propria crisi, che si presti ad essere efficacemente contrastata attraverso una misura chiaramente limitata nel tempo:<sup>121</sup> «[i]f Article XI:2(a) were interpreted to permit the long-term application of measures in the nature of China's export restrictions on refractory grade bauxite, the import of Article XX(g) would be very much undermined, if not rendered redundant.»<sup>122</sup>

Viste le premesse interpretative generali sulla portata dell'art. XI, par. 2, lett. a) GATT 1994, è facile immaginare che il Panel abbia poi concluso nel senso dell'ingiustificabilità della quota cinese sulla bauxite in base all'eccezione *ad hoc* invocata. Il Gruppo di esperti, avvalendosi dell'ampia nozione di «essential products,» che si è sopra illustrata, ha considerato la bauxite refrattaria un prodotto «essen-

<sup>114</sup> Par. 7.282, i corsivi sono nostri.

<sup>115</sup> Art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994, il corsivo è nostro.

<sup>116</sup> Par. 7.285.

<sup>117</sup> Par. 7.293.

<sup>118</sup> V. il par. 7.298.

<sup>119</sup> Par. 7.297.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> L'Unione europea ha avanzato una drastica interpretazione di «critical shortage,» suggerendo di considerare riconducibili all'art. XI, par. 2, lett. a), unicamente le situazioni di carenza che, pur gravi, abbiano, comunque, una durata limitata: «[i]n this sense ... there should be a point in time when the critical shortage would cease to exist and the availability of the good would return to normal. If there is no possibility for the shortage ever to cease to exist, the European Union submits that it would not be possible to 'relieve or prevent' it through an export restriction applied only for a limited period of time» (par. 7.290). Quindi, l'Unione porta alcuni esempi di «critical shortages» suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. XI, par. 2, lett. a): «an extended drought or wildfires that severely decrease the crops of grain or cereal in a particular country, or a mining accident» (par. 7.291).

<sup>122</sup> Par. 7.298.

ziale» per la Cina, poiché è indispensabile alla produzione di ferro ed acciaio -due settori strategici per lo sviluppo economico e la diversificazione del Paese asiatico- e risulterebbe costoso ricorrere a materiali alternativi, che, peraltro, non possiedono tutte le importanti caratteristiche della «refractory-grade bauxite.» Il Panel, però, non ha potuto evitare di constatare che la quota di 930.000 tonnellate annue, vigente dal 2000 e che la Cina non ha intenzione di abbandonare, non può considerarsi come una misura «temporarily applied,» né, tantomeno, come un provvedimento volto a fronteggiare una situazione di «critical shortage.» Secondo le prudenti stime cinesi, infatti, Pechino avrebbe, all'attuale tasso di estrazione, riserve di bauxite refrattaria ancora per 16 anni – ben più generose sono, invece, le proiezioni delle parti ricorrenti, per le quali le scorte cinesi del minerale sarebbero, addirittura, di 91 anni. Anche considerando corretti i calcoli cinesi, ad avviso del Panel la disponibilità di riserve di bauxite per 16 anni non costituisce una situazione critica di penuria del minerale, insomma non dimostrerebbe l'esistenza di una situazione «that is “grave”, rising to the level of a “crisis”.»<sup>123</sup> Né il Gruppo di esperti considera accettabile l'ulteriore argomentazione cinese secondo la quale la legislazione sulla tutela dell'ambiente e la preservazione delle risorse naturali adottata dalla Cina in riferimento all'estrazione e alla lavorazione di un prodotto contribuirebbero a creare una situazione di «critical shortage,» poiché renderebbe più onerose le condizioni di utilizzo della bauxite refrattaria: «accepting this view would be problematic, as it would allow a Member to claim the existence of a critical shortage when objectively none exists.»<sup>124</sup> Di conseguenza, il Panel ritiene che la Cina non abbia provato che la quota annuale praticata sulla bauxite refrattaria sia giustificata dall'art. XI, par. 2, lett. a), GATT 1994.<sup>125</sup>

## VII. Il principio di sovranità, la tutela delle risorse naturali esauribili, e l'art. XX, lett. g), GATT 1994

24. Una parte del report del Panel sicuramente destinata a suscitare un forte interesse, che travalicherà i confini del diritto internazionale dell'economia, è la difesa cinese di alcune sue misure restrittive sulla base dell'art. XX, lett. g), GATT 1994. Pechino, infatti, ha cercato di sostenere che la quota annua all'esportazione di 930.000 tonnellate di bauxite refrattaria (*refractory-grade bauxite*), e il dazio all'esportazione del 15% sulla fluorite fossero misure volte a consentire la conservazione delle due risorse naturali cinesi. Bauxite e fluorite sono minerali esauribili di importanza centrale per la produzione di acciaio ed alluminio. Non sono elementi facilmente sostituibili: poiché i giacimenti cinesi sarebbero in difficoltà —al tasso di estrazione del 2009, Pechino ha stimato che le riserve di fluorite si estinguerebbero in quattro anni e mezzo, mentre rimarrebbero 16 anni per le riserve della bauxite refrattaria—<sup>126</sup> dazi e quote potrebbero essere giustificati ricorrendo alla clausola sulle eccezioni generali del GATT, in quanto saremmo in presenza, sempre secondo il Paese asiatico, di misure relative alla conservazione di risorse naturali esauribili, applicate congiuntamente a restrizioni imposte su produzione o consumo nazionali, e in modo imparziale rispetto a queste ultime. Di avviso completamente opposto sono i reclamanti: per Stati Uniti, Unione europea e Messico, le misure restrittive cinesi non possono essere giustificate in base all'art. XX, lett. g), GATT 1994 poiché non presentano alcuna relazione con l'obiettivo della preservazione delle risorse, e non sono inserite in un quadro giuridico credibile e volto a perseguire effettivamente ed efficacemente politiche di sostenibilità nell'estrazione delle materie prime. L'unico chiaro elemento che emerge dall'analisi delle misure oggetto di indagine, secondo le parti attrici, è la loro stretta e inequivoca relazione («close and genuine relationship») con gli obiettivi di sviluppo economico della Cina, che, in realtà, con le sue restrizioni alle esportazioni intenderebbe unicamente avvantaggiare le imprese e l'economia locali.<sup>127</sup>

Come noto, l'art. XX, lett. g), GATT 1994 consente di legittimare provvedimenti e discipline che, formalmente, ostacolano gli scambi laddove siano soddisfatte le diverse condizioni poste nel sotto-

<sup>123</sup> Par. 7.351.

<sup>124</sup> Par. 7.352.

<sup>125</sup> V. il par. 7.353.

<sup>126</sup> Par. 7.411.

<sup>127</sup> Cfr. il par. 7.412.

paragrafo richiamato (per il quale le misure devono essere «relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption») e nello *chapeau* di tale clausola (il quale richiede che le misure da giustificare «are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade»). Si tratta del meccanismo puntualizzato dalla giurisprudenza e ormai consolidato della *two-tiered analysis*, in base al quale la disciplina interna volta a perseguire politiche pubbliche e interessi nazionali, qualora confligga con le regole del GATT 1994, dovrà, per poter essere legittimata, prima ottenere la giustificazione provvisoria dimostrando la riconducibilità ad una delle lettere dell'art. XX GATT 1994, e, quindi, superare l'ulteriore vaglio dell'ottemperanza ai requisiti dello *chapeau* della clausola sulle eccezioni generali.<sup>128</sup>

La Cina, per salvare le proprie misure, propone di interpretare l'art. XX, lett. g), GATT 1994 come espressione del principio di sovranità sulle risorse naturali, che tutela, pertanto, il diritto sovrano di Pechino ad adottare una politica mineraria di preservazione capace di tener conto sia delle esigenze di sviluppo economico che delle istanze di carattere sociale del Paese asiatico. Inoltre, la Cina sottolinea che i diritti sovrani sulle risorse naturali, tutelati dall'art. XX, lett. g), GATT 1994, devono essere esercitati alla luce dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile contemplato dal Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC. E tale principio, osserva ancora Pechino, «requires that economic development and conservation be aligned through the effective management of scarce resources, as the term 'conservation' [stated in Article XX(g)] refers to the management of a limited supply of exhaustible natural resources over time.»<sup>129</sup> Da ciò deriva, conclude la parte resistente, che «nothing should interfere with ... sovereignty over natural resources,» tenendo anche in considerazione l'esigenza, per i Paesi in via di sviluppo, «to make optimum use of their resources for their development, as they deem appropriate, including the processing of their raw material.»<sup>130</sup>

**25.** Il Panel accoglie la sfida lanciata dalla Cina, sviluppando argomentazioni e arrivando ad una soluzione interpretativa che ci pare equilibrata e suscettibile di apportare un contributo di interesse al dibattito sul rapporto tra il sistema OMC e le risorse naturali.<sup>131</sup> Dopo aver ripercorso la giurisprudenza pregressa sull'art. XX GATT 1994 a proposito del significato da attribuire ad espressioni e termini di tale disposizione, il Panel procede con l'interpretazione contestuale, e alla luce del principio di integrazione sistemica, della clausola sulle eccezioni generali, naturalmente con particolare riferimento al sottoparagrafo g).

Pertanto, il Gruppo di esperti si sofferma sul Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC – in base all'art. 31, par. 2, della Convenzione di Vienna, lo si ricorda, il «contesto» di un trattato comprende il testo, il *preambolo* e gli allegati. Riprendendo le parole dell'Organo d'appello nel caso *US - Shrimp*, il Panel ricorda che il Preambolo dona «colour, texture and shading to [the] interpretation of the agreements annexed to the *WTO Agreement*.»<sup>132</sup> Infatti, il primo paragrafo del Preambolo stabilisce che le relazioni economiche e l'espansione della produzione e del commercio di beni e servizi, volta ad innalzare il tenore di vita delle popolazioni dei Membri OMC, debbano sempre consentire un impiego ottimale delle risorse mondiali, conformemente all'obiettivo di uno sviluppo sostenibile, che miri a tutelare e a preservare l'ambiente e a potenziare gli strumenti per perseguire tale obiettivo in maniera compatibile con le rispettive esigenze e i rispettivi problemi, derivanti dai diversi livelli di sviluppo economico.<sup>133</sup> Di conseguenza,

<sup>128</sup> Sull'art. XX GATT 1994 ci sia consentito di rinviare a E. BARONCINI, *L'Organo d'appello dell'OMC e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'articolo XX GATT*, in L. SERENA ROSSI, E. BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli - Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010, pp. 429-474 ed alla bibliografia ivi citata.

<sup>129</sup> Par. 7.364.

<sup>130</sup> Par. 7.356.

<sup>131</sup> Sul tema si veda l'importante volume prodotto dall'OMC: WTO, *World Trade Report 2010 - Trade in Natural Resources*, Geneva, 2010.

<sup>132</sup> Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, par. 153.

<sup>133</sup> «The Parties to this Agreement [recognize] that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real

inizia ad osservare il Panel, «a proper reading of Article XX(g) in the context of the GATT 1994 should take into account the challenge of using and managing resources in a sustainable manner that ensures the protection and conservation of the environment while promoting economic development.»<sup>134</sup> E' evidente che vi è piena sintonia tra Panel e Cina sul fatto che lo sviluppo economico debba essere sostenibile, dunque coniugato alle esigenze di preservazione di cui all'art. XX, lett. g), GATT 1994.

Inoltre, prosegue il Gruppo di esperti, nell'interpretare tale disposizione occorre prendere in considerazione i principi di diritto internazionale generale applicabili ai Membri OMC, in quanto l'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna stabilisce che l'interprete di un accordo debba tener presente anche «qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti.» In base al principio di integrazione sistemica, per l'appunto, il risultato dell'attività ermeneutica di una fonte pattizia deve armonizzarsi con il diritto espresso dalla Comunità internazionale. Ancora una volta, quindi, il Panel mostra di condividere l'impostazione della Cina, che aveva proposto di considerare l'art. XX, lett. g), GATT 1994 come volto a proteggere «its sovereign right to adopt a comprehensive and sustainable mineral conservation policy, taking into account China's social and economic development needs.»<sup>135</sup> Infatti, argomenta il Gruppo di esperti, «[o]ne of the fundamental principles of international law is the principle of state sovereignty, denoting the equality of all states in competence and independence over their own territories and encompassing the right to make laws applicable within their own territories without intrusion from other sovereign states. Independent decisions can be taken with regard to matters including the choice of political, economic and social systems.»<sup>136</sup>

Ma vi è di più. Il Panel, infatti, continua ad articolare il suo ragionamento, e, riprendendo il testo delle Risoluzioni delle Nazioni Unite sulla sovranità permanente sulle risorse naturali,<sup>137</sup> osserva che «[a]n important element of the principle of state sovereignty is the principle of sovereignty over natural resources, recognized as a principle of international law ... and allowing states to 'freely use and exploit their natural wealth and resources wherever deemed desirable by them for their own progress and economic development'.»<sup>138</sup> Dunque, precisa ulteriormente il Gruppo di esperti, «[t]he principle of sovereignty over natural resources affords Members the opportunity to use their natural resources to promote their own development while regulating the use of these resources to ensure sustainable development.»<sup>139</sup> E, «consistently with Article 31(3)(c) of the *Vienna Convention*, [the] interpretation of Article XX(g) should 'take into account' the principle of sovereignty over natural resources,»<sup>140</sup> con la conseguenza che l'applicazione di tale disposizione non può certo pregiudicare il rispetto dei diritti sovrani dei Membri OMC sulle loro risorse naturali.

Pertanto, l'impostazione interpretativa del Gruppo di esperti è accostabile alle statuizioni difensive della Cina, alla quale puntualmente ricorda che la conclusione di accordi internazionali è un aspetto dell'esercizio della sovranità statale: gli obblighi assunti in sede pattizia non possono certo essere considerati come una violazione della sovranità, in quanto proprio la capacità di stipulare accordi è un esempio paradigmatico della sovranità. Dunque, «[e]xercising its sovereignty over its own natural resources while respecting the requirements of Article XX(g) ... is an efficient way for China to pursue its

---

income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.» Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, par. 1.

<sup>134</sup> Par. 7.375, il corsivo è nostro.

<sup>135</sup> Par. 7.363.

<sup>136</sup> Par. 7.378.

<sup>137</sup> Si tratta in particolare, delle seguenti Risoluzioni: UN General Assembly Resolution 626 (VII), *Right to Exploit Freely Natural Wealth and Resources* (21 December 1952); UN General Assembly Resolution 1803 (XVII), *Permanent Sovereignty Over Natural Resources* (14 December 1962). Sul principio della sovranità permanente sulle risorse naturali cfr. N. J. SCHRIJVER, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>; V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Giuffrè, Milano, 2009.

<sup>138</sup> Par. 7.380.

<sup>139</sup> Par. 7.381.

<sup>140</sup> *Ibid.*

own social and economic development,»<sup>141</sup> poiché «the requirements of Article XX(g) can be interpreted harmoniously with the international law principle of State sovereignty over its natural resources.»<sup>142</sup>

26. Tuttavia, chiarita la portata dell'art. XX, lett. g), GATT 1994, da definire alla luce del principio dello sviluppo sostenibile del Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, nonché del principio della sovranità sulle risorse naturali, il Panel, quando passa a valutare il rispetto dei requisiti della clausola di giustificazione da parte della restrizione quantitativa sulla bauxite refrattaria e del dazio sulla fluorite, non può che riscontrare l'inottemperanza della disciplina cinese. Non si tratta, infatti, di misure relative (*relating to*) alla conservazione di risorse naturali esauribili, come richiesto dalla prima delle condizioni di cui alla lett. g) dell'art. XX GATT 1994. Il testo delle due misure cinesi in nessuna parte fa riferimento all'obiettivo della «conservazione,» né, tantomeno, collega in alcun modo le due restrizioni all'esportazione ad alcuna finalità di sostenibilità.<sup>143</sup> Inoltre, non regge la richiesta della Cina di considerare i due provvedimenti come facenti parte di un più ampio ed organico insieme di misure volte ad attuare razionalmente ed efficacemente un sedicente programma nazionale di preservazione della bauxite e della fluorite. Sempre l'analisi del testo dell'insieme delle normative cinesi richiamate —che non si prestano, però, ad essere qualificate come misure facenti parte di un credibile piano di conservazione delle risorse naturali— fa emergere unicamente i vantaggi economici e di sviluppo che la Cina può ricavare dallo sfruttamento delle sue risorse minerarie,<sup>144</sup> oppure l'intento generico e meramente programmatico di avviare una politica di conservazione nel settore dei minerali.<sup>145</sup> Insomma, «there is no clear link between the way the duty and the quota are set and any conservation objective.»<sup>146</sup> Anzi, i dati statistici analizzati durante il procedimento mostrano che la Cina ha aumentato costantemente e significativamente l'estrazione di bauxite e fluorite, registrando un notevole incremento delle esportazioni dei prodotti dell'industria di trasformazione locale, con la conseguenza che «[f]or the Panel, this evidence does not support China's claim that it has put in place a comprehensive plan to conserve refractory-grade bauxite and fluorspar given that domestic extraction has in fact increased.»<sup>147</sup> Infine, mentre le misure restrittive all'esportazione hanno aumentato i prezzi per gli acquirenti stranieri, esse hanno determinato un abbassamento del costo delle materie prime per i produttori nazionali, ed ovviamente una loro maggiore utilizzazione a livello locale: ed anche questo fenomeno è difficile da conciliare con l'obiettivo di preservare bauxite e fluorite.<sup>148</sup> Al contrario, esso è suscettibile di determinare un vero e proprio «sussidio» per la «downstream industry» cinese, poiché spinge quest'ultima ad aumentare le sue richieste di materie prime, azzerando ogni possibilità di riduzione nell'estrazione che, ad avviso di Pechino, sarebbe l'unica e vera ragion d'essere della quota sulla bauxite e del dazio sulla fluorite.<sup>149</sup> Dunque, ad avviso del Panel, la Cina non ha provato in alcun modo che le due misure oggetto di indagine si prestino ad essere qualificate come «relating to,» come relative alla conservazione di risorse naturali.

Le caratteristiche e gli elementi sopra richiamati sulla situazione e sulla disciplina dell'estrazione dei minerali in Cina fanno facilmente intuire l'impossibilità di soddisfare l'ulteriore requisito della lett. g) dell'art. XX, il quale prevede che le misure che si intendono giustificare siano non solo relative alla conservazione di risorse naturali esauribili, ma anche adottate congiuntamente a restrizioni sulla produzione e sul consumo nazionali («made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption»). Come già indicato, la disciplina cinese prevede unicamente obiettivi

<sup>141</sup> Par. 7.383.

<sup>142</sup> Par. 7.387.

<sup>143</sup> Cfr. il par. 7.418.

<sup>144</sup> Cfr. il par. 7.419: «[the] document entitled 'China's Policy on Mineral Resources Information Office of the State Council of December 2003' ... refers for the most part to the economic and development gains that China can make through the exploitation of its mineral resources. The Panel cannot find, nor has China pointed to, measures relating to the conservation of refractory-grade bauxite and fluorspar in the evidence China submitted relating to what it terms its 'mineral policy'.»

<sup>145</sup> Cfr. i par. 7.422 - 7.426.

<sup>146</sup> Par. 7.432.

<sup>147</sup> Par. 7.429.

<sup>148</sup> V. il par. 7.434.

<sup>149</sup> Cfr. il par. 7.430.

programmatici, enuncia linee politiche che ancora attendono di essere eseguite. Anche la nutrita serie di misure adottata nel 2010, che pure indica dei tetti massimi di estrazione annua, non si presta ad essere qualificata come una vera e propria restrizione poiché si tratta di tetti che superano di gran lunga la media della produzione dell'ultimo periodo, dunque non suscettibili di limitare in alcun modo l'attuale tasso di estrazione e consumo cinesi. Quindi, la quota sulla bauxite e il dazio sulla fluorite non sono stati adottati «in conjunction with restriction on domestic production or consumption,» non rispettando, così, questo secondo requisito del sottoparagrafo g) dell'art. XX GATT 1994, il quale configura le restrizioni alle esportazioni come ammissibili nel sistema multilaterale unicamente nel caso in cui possano essere considerate come «primarily aimed at rendering effective the domestic restriction,»<sup>150</sup> dunque solo laddove risultino complementari alla piena efficacia delle limitazioni interne.<sup>151</sup>

27. Un'ulteriore condizione per la riconducibilità di una misura alla lett. g) è stata precisata dall'Organo d'appello sin dal suo primo report, deciso nel caso *US-Gasoline*. In tale occasione fu puntualizzato che la restrizione, da giustificare, ricadente sui beni e sugli operatori stranieri, e quella adottata per la produzione e il consumo nazionali devono possedere le caratteristiche di «even-handedness,» di imparzialità. Ciò non vuol dire che le restrizioni in questione debbano essere identiche: proprio perché l'art. XX, lett. g) va interpretato prendendo in considerazione il principio di diritto internazionale della sovranità sulle risorse naturali, «[a]s long as even-handed restrictions are imposed on domestic supply, Article XX(g) does not oblige resource-endowed countries to ensure that the economic development of other user-countries benefits identically from the exploitation of the resources of the endowed countries.»<sup>152</sup> La Cina ha tentato di difendere le proprie misure sostenendo che i limiti recentemente programmati sulle estrazioni di bauxite e fluorite, e la tassazione applicata sui gestori dei giacimenti, pur non producendo, nell'immediato, effetti restrittivi su produzione e consumo interni, avrebbero, comunque, potuto soddisfare il requisito di imparzialità. Infatti, per la Cina, se «even-handed does not mean identical,»<sup>153</sup> dovrebbe comunque essere possibile interpretare l'art. XX, lett. g) come capace di permettere alla Cina «to pursue its goal of economic development.»<sup>154</sup> Questo perché la clausola GATT sulle eccezioni generali dovrebbe essere letta alla luce dell'art. XXXVI, par. 5, GATT 1994, il quale prevede che la rapida espansione dei Paesi meno sviluppati debba essere facilitata attraverso la diversificazione della loro economia, evitando una eccessiva dipendenza dall'esportazione di prodotti primari.<sup>155</sup> Il contesto così individuato da Pechino per l'interpretazione dell'art. XX, lett. g) le permetterebbe di considerare come soddisfatte le condizioni del sottoparagrafo richiamato anche laddove «a higher burden» venga posto sugli stranieri, poiché «export restrictions are needed to support its economy and to enable it to diversify.»<sup>156</sup>

Il Panel respinge decisamente la lettura dell'art. XX, lett. g), GATT 1994 proposta dal Paese asiatico. «WTO Members cannot rely on Article XX(g) to excuse export restrictions adopted *in aid of economic development* if they operate to increase protection of the domestic industry.»<sup>157</sup> Se si interpretasse il sottoparagrafo g) come capace di avallare una discriminazione manifesta tra le restrizioni alle esportazioni e le misure praticate sul piano interno —blande, se non meramente programmatiche, dunque prive di effetti realmente limitativi— si tradirebbe quello che è il vero obiettivo di tale ecce-

<sup>150</sup> *Canada – Herring and Salmon*, GATT Panel Report, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, L/6268, adopted 22 March 1988, BISD 35S/98, par. 4.6.

<sup>151</sup> «[I]n our view, restrictions on domestic production or consumption must not only be applied jointly with the challenged export restrictions but, in addition, *the purpose of those export restrictions must be to ensure the effectiveness of those domestic restrictions.*» Par. 7.397, il corsivo è nostro.

<sup>152</sup> Par. 7.404.

<sup>153</sup> Par. 7.461.

<sup>154</sup> Par. 7.461.

<sup>155</sup> «The rapid expansion of the economies of the less-developed contracting parties will be facilitated by a diversification ... of the structure of their economies and the avoidance of an excessive dependence on the export of primary products. There is, therefore, need for increased access in the largest possible measure to markets under favourable conditions for processed and manufactured products currently or potentially of particular export interest to less-developed contracting parties.» Art. XXXVI, par. 5, GATT 1994.

<sup>156</sup> Par. 7.403.

<sup>157</sup> Par. 7.386.

zione, ossia la preservazione delle risorse naturali esauribili, poiché, come il Panel ha già osservato, misure restrittive sulle sole esportazioni creano condizioni di favore, di vero e proprio protezionismo, per l'industria locale, e non disincentivano affatto produzione e consumo. Seguendo la difesa cinese si consentirebbe, indirettamente, quello che un altro tipo di giustificazione, contemplato alla lett. i) dell'art. XX, proibisce espressamente. Tale sottoparagrafo prevede che possano essere giustificate misure restrittive sulle esportazioni di materie prime laddove esse siano necessarie al Paese produttore per assicurare l'approvvigionamento ad un'industria nazionale di trasformazione in presenza di un piano governativo di stabilizzazione, che, tra l'altro, mantiene basso il prezzo locale dei materiali in questione rispetto al loro costo sul piano internazionale «provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination.»<sup>158</sup> Dunque, anche per non ridurre al silenzio la specifica giustificazione di cui alla lett. i) dell'art. XX, occorre verificare il rispetto dell'imparzialità tra le misure restrittive esterne e quelle interne dedicate alla tutela delle risorse naturali esauribili: «[t]his is, in fact, the very essence of the conservation objective set forth in Article XX(g) ... if a WTO Member is not taking steps to manage the supply of natural resources domestically, it is not entitled to seek the cover of Article XX(g) for the measures it claims are helping to conserve the resource for future generations.»<sup>159</sup>

Il Panel, quindi, non può che bocciare la richiesta cinese di giustificare la quota sulla bauxite refrattaria e il dazio sulla fluorite, essendo evidente che i due provvedimenti non sono configurabili come volti a preservare i minerali, poiché essenzialmente dedicati a sviluppare ulteriormente i settori dell'acciaio e dell'alluminio nei quali la Cina è già leader mondiale,<sup>160</sup> e risultando impossibile considerare soddisfacenti gli elementi addotti dalla Cina a proposito del requisito di imparzialità, di «even-handedness,» che deve, invece, caratterizzare il rapporto tra restrizioni interne e restrizioni esterne proprio per rispettare la finalità di conservazione che contraddistingue l'eccezione di cui all'art. XX, lett. g), GATT 1994.<sup>161</sup>

**28.** Tuttavia, il Gruppo di esperti ammette che le nuove misure di Pechino del 2010 avviano un «substantive progress» in riferimento all'introduzione di restrizioni su produzione e consumo domestici per salvaguardare le proprie risorse minerarie, un «substantive progress» che, però, non è sufficiente a soddisfare i requisiti di cui all'art. XX, lett. g), essendo ancora quasi esclusivamente caratterizzato da linee programmatiche, o misure troppo deboli per incidere efficacemente sul contenimento di produzione e consumo delle risorse a rischio di esaurimento.<sup>162</sup> Indubbiamente, questa annotazione finale del Gruppo di esperti può essere considerata come un incentivo, per la Cina, a proseguire la strada intrapresa per la conservazione dei minerali, in modo tale da rafforzarla ed equilibrarla in tempi stretti, ripartendo in modo più bilanciato («somehow balanced»)<sup>163</sup> le limitazioni tra produttori nazionali e imprese straniere nell'ambito di una più organica e puntuale legislazione interna.

### VIII. Protezione di ambiente e salute della popolazione cinese e art. XX, lett. b), GATT 1994

**29.** Per un nutrito gruppo di misure, relative ai dazi all'esportazione sui residui (cascami o rottami) della lavorazione di magnesio, manganese e zinco («magnesium scrap,» «manganese scrap,» «zinc scrap»), utilizzati quali fattori produttivi nell'industria secondaria e nel riciclaggio, come pure per i dazi su coke, e magnesio e manganese metallici, e le quote all'esportazione su carburo di silicio e ancora su coke, tutte materie prime ad alto consumo energetico e molto inquinanti nel processo estrattivo («energy-intensive, highly polluting, resource-based products,» «EPR products»), la Cina ha invocato

<sup>158</sup> Art. XX, lett. i), GATT 1994.

<sup>159</sup> Par. 7.406.

<sup>160</sup> Cfr. il par. 7.401.

<sup>161</sup> «In order to show even-handedness, China would need to show that the impact of the export duty or export quota on *foreign users* is *somehow balanced* with some measure imposing restrictions on *domestic users and consumers*. In our view China has not met this burden.» Par. 7.465, i corsivi sono nostri.

<sup>162</sup> Cfr. il par. 7.466.

<sup>163</sup> Par. 7.465.

l'applicabilità dell'art. XX, lett. b), GATT 1994. Pechino, infatti, sostiene che tutte le misure citate, pur violando l'art. XI, par. 1, GATT 1994, o la Sezione 11, par. 3, del Protocollo di adesione, farebbero parte di una strategia ambientale complessiva ed unitaria costituita da un folto ed articolato insieme di provvedimenti posti in essere per ridurre l'inquinamento e per proteggere la salute della popolazione cinese. Attraverso i dazi sui cascami, ostacolandone l'acquisto sui mercati terzi, la Cina spera di riuscire a mettere a disposizione delle proprie imprese una loro fornitura costante e sostanziosa per il riciclaggio e per facilitare il passaggio dall'industria primaria -suscettibile di essere molto inquinante e impattante per il territorio, e dunque nociva per ambiente e salute dei cittadini- a quella secondaria, incentivando, così, la diversificazione economica. Riguardo i dazi e le quote sulle altre materie prime (i prodotti EPR), Pechino intende, invece, ridurre la produzione, al fine di stimolare il risparmio energetico e, più in generale, la produzione di beni maggiormente rispettosi dell'ambiente (*more environmentally friendly*), incoraggiando la «circular economy» o «recycle economy.»<sup>164</sup>

Per Stati Uniti, Unione europea e Messico, le motivazioni addotte dalla Cina per la lunga lista di dazi e quote all'esportazione sarebbero meramente di facciata, non avendo alcuna finalità di tutela dell'ambiente e della salute della popolazione del Paese asiatico. Per i reclamanti, la difesa di Pechino è solo una razionalizzazione ex post («a *post hoc* rationalization») <sup>165</sup> messa in piedi per accampare una giustificazione di comodo per le proprie restrizioni all'esportazione. Perfino la categoria dei prodotti EPR -ossia, come si è visto, di quelle risorse naturali la cui estrazione e lavorazione richiede un alto impiego di energia ed è fortemente inquinante- sarebbe un'operazione precipitosa, compiuta anch'essa successivamente all'instaurazione del contenzioso OMC, e fatta su misura dalle autorità cinesi per costruire una giustificazione per la loro politica sulle esportazioni che fosse ammantata dal mantra della «sostenibilità»: della categoria degli «EPR products,» infatti, non vi è traccia nella voluminosissima documentazione normativa riversata da Pechino nelle fasi dibattimentali dinanzi al Panel, segno evidente che non è stata considerata dalla Cina nel contesto delle sue politiche ambientali, le quali, pertanto, non si prestano per nulla ad essere configurate come razionalmente costruite proprio per gestire quella categoria di prodotti.<sup>166</sup> Ad avviso delle parti attrici, la vera ragione delle restrizioni sul commercio di materie prime è l'accrescimento della produzione di beni da parte dell'industria di trasformazione locale usando proprio gli elementi oggetto di dazi e quote. Realizzando quello che è un noto schema di analisi economica, le limitazioni all'esportazione abbassano il prezzo dei materiali a livello nazionale, sostenendo, così, l'industria di trasformazione locale, come è confermato dalla crescita spettacolare che le esportazioni cinesi di acciaio ed alluminio hanno conosciuto negli ultimi anni.<sup>167</sup> Insomma, non sarebbe davvero possibile legittimare con argomentazioni sulla sostenibilità ciò che è unicamente una pesante prassi discriminatoria contro gli operatori industriali stabiliti al di fuori della Cina, a vantaggio dei produttori locali.<sup>168</sup>

**30.** Molto opportunamente, il Panel fa precedere la sua valutazione sulla compatibilità delle misure contestate con l'art. XX, lett. b) GATT 1994, da una accurata disamina dell'eccezione invocata, che svolge alla luce della importante giurisprudenza OMC su tale disposizione. La giustificazione di cui al

<sup>164</sup> Cfr. i par. 7.470-472, 7.494, e 7.498.

<sup>165</sup> Cfr. il par. 7.499.

<sup>166</sup> «The complainants also argue that the term EPRs is not used in any of the documents submitted by China, suggesting that it was created for the purpose of this dispute, but was not considered in the context of China's environmental policies.» Nota 822 del Panel Report.

<sup>167</sup> I dati dello strabiliante sviluppo del Paese asiatico sono proprio da quest'ultimo forniti. Nella Relazione sulla bauxite refrattaria addotta in giudizio dalla Cina è riportato che «China in 2009 produced 568 million tonnes of steel [...] [which amounts to] six and a half times more steel than the world's second largest steel producer (Japan).» Inoltre, la medesima Relazione informa che nell'ultimo decennio «China's steel production grew at an average rate of 19% a year. By comparison, production in the rest of the world did not grow at all over the period, with the result that by 2009 China was producing almost half of the world's steel.» Il Report sulla fluorite, sempre citato in giudizio da Pechino, indica che «China in 2009 produced 12.85 million tonnes of aluminium [...] [which amounts to] four times more than the world's second largest aluminium producer (Russia),» e riporta che nell'ultimo decennio «China's aluminium production grew at an average rate of 20% a year. By comparison, production in the rest of the world grew at 2% a year.» Cfr. la nota 629 del Panel Report.

<sup>168</sup> Cfr. il par. 7.499.

sottoparagrafo b) dell'art. XX prevede che sia possibile legittimare una misura di ostacolo agli scambi se risulta necessaria a proteggere la vita e la salute di persone, animali e vegetali («necessary to protect human, animal or plant life or health»), e applicata senza costituire una discriminazione arbitraria tra paesi ove prevalgano le medesime condizioni, o una restrizione dissimulata al commercio internazionale («[s]ubject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade,» secondo quanto statuito dallo *chapeau* dell'art. XX GATT 1994). Pertanto, secondo la già richiamata e consolidata tecnica della *two-tiered analysis*, prima occorre giustificare provvisoriamente la norma che viola il diritto GATT dimostrandone la riconducibilità alla lett. b); quindi, bisognerà provare, per approdare alla giustificazione completa, che sono stati rispettati i requisiti di non discriminazione e di non arbitrarietà posti dalla clausola introduttiva dell'art. XX GATT 1994.

La lett. b) della clausola GATT sulle eccezioni generali prevede che la misura da legittimare debba essere «necessaria» a tutelare salute e vita. Naturalmente, per potersi occupare del requisito della necessità, preliminarmente bisogna verificare se il provvedimento attaccato «falls within the range of policies designed to protect human, animal or plant life or health.»<sup>169</sup> Il Panel ricorda come, per effettuare questa considerazione di riconducibilità alle politiche contemplate dalla lett. b) dell'art. XX GATT 1994, occorra esaminare «both the design and structure of a challenged measure,»<sup>170</sup> e ritiene che l'operato dei gruppi di lavoro e dell'Organo d'appello dell'OMC abbia mostrato una considerevole deferenza alla politiche dei Membri OMC («a degree of deference to Members' policies designed to 'protect human, animal or plant life or health'»).<sup>171</sup> Infatti, sono state ricondotte al sottoparagrafo in questione un vasto gruppo di discipline, come la riduzione dell'inquinamento dell'aria causato dal consumo di benzina,<sup>172</sup> o quella del rischio per salute e ambiente derivante dall'accumulazione dei residui di pneumatici.<sup>173</sup> Mentre gli organi giudicanti dell'OMC hanno il potere di stabilire se una data misura possa o meno rientrare nelle politiche richiamate dall'art. XX, lett. b), essi, invece, non possono intervenire sulla scelta discrezionale degli Stati riguardo il livello di protezione dei valori contemplati nella clausola GATT sulle eccezioni generali. Infatti, «WTO Members enjoy 'the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation' .»<sup>174</sup> Ricondotta la misura da giustificare ad una delle politiche di cui alla lett. b), si può procedere ad esaminare se quest'ultima sia «necessaria.» L'Organo d'appello ha scolpito una portata dinamica per tale nozione, un «fluid legal standard»<sup>175</sup> capace della flessibilità richiesta ad una eccezione che deve coniugare la liberalizzazione degli scambi con la tutela della salute e della vita.<sup>176</sup> Infatti, nel caso *Korea – Various Measures on Beef*, il Tribunale permanente ha stabilito che «the term 'necessary' refer ... to a range of degrees of necessity ... [a]t one end of this continuum lies 'necessary' understood as 'indispensable'; at the other end, is 'necessary' taken to mean as 'making a contribution to',»<sup>177</sup> per poi precisare, nella disputa *US – Gambling*, che laddove si sia in presenza di una misura che risulti «'significantly closer to the pole of 'indispensable' than to the opposite pole of simply 'making a contribution to' ... then a panel should find that challenged measu-

<sup>169</sup> Par. 7.479.

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> Cfr. il caso *US – Gasoline*, WT/DS2.

<sup>173</sup> Cfr. il caso *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332.

<sup>174</sup> Par. 7.479. V. anche *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, par. 140 e 210; *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, par. 168; *US – Gasoline*, Appellate Body Report, a p. 28.

<sup>175</sup> Così si esprime I. VAN DAMME, *Appellate Body Report, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Adopted on 17 December 2007, in *ICLQ*, 2008, pp. 710-723, a p. 713.

<sup>176</sup> Sul principio di necessità codificato all'art. XX GATT e interpretato nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, E. RUOZZI, *I principi di necessità e di proporzionalità all'interno dell'art. XX GATT*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, pp. 139-160.

<sup>177</sup> Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001, par. 161.

re ‘necessary’.»<sup>178</sup> Quindi, il Tribunale permanente ha puntualizzato che la valutazione della necessità implica essenzialmente tre tappe, poichè si tratta di un processo «of weighing and balancing a series of factors which prominently include *the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.*»<sup>179</sup>

Partendo dall'*importanza degli interessi o valori in gioco*, il Panel rammenta che «'[t]he more vital or important [the] common interests or values' behind the policies pursued, 'the easier it would be to accept as 'necessary' a measure designed as an enforcement instrument'.»<sup>180</sup> Quindi, con specifico riferimento alla lett. b) dell'art. XX, il Gruppo di esperti ricorda anche che «the Appellate Body has stated that 'few interests are more 'vital' and 'important' than protecting human beings from health risks, and that protecting the environment is no less important'.»<sup>181</sup>

Soffermandosi, poi, sul *contributo di una misura alla realizzazione dell'obiettivo perseguito*, ancora una volta il Panel riprende i tratti salienti della giurisprudenza dell'Organo d'appello. Richiamando il caso *Brazil – Retreaded Tyres*, si è, così, affermato che il contributo deve essere «material,» dunque sostanziale, importante («material contribution,» espressione resa nelle versioni francese e spagnola come «contribution importante» e «contribución importante»). Inoltre, nel valutare il contributo di una singola misura, occorre sempre tenere a mente che «certain complex public health or environmental problems may be tackled only with a comprehensive policy comprising a multiplicity of interacting measures.»<sup>182</sup> Infine, sono stati distinti due tipi di contributi: «the measure that 'brings about' a material contribution to the achievement of its objective; and the measure that 'is apt to produce' a material contribution to the objective pursued,»<sup>183</sup> dunque la misura che apporta già un contributo importante alla tutela della salute e della vita (che, con riferimento specifico alle restrizioni cinesi, il Panel chiamerà misura «currently making a material contribution») <sup>184</sup> e quella che, invece, si presenta come capace di apportare solo nel futuro un contributo sostanziale (che il Gruppo di esperti, in relazione ai dazi e alle quote di esportazione, qualificherà come «apt to make a material contribution to the stated objective in the future»).<sup>185</sup> Infatti, il contributo di una misura può non essere immediatamente osservabile, e destinato a produrre effetti rilevabili solo nel futuro, come avviene per le discipline volte ad attenuare il riscaldamento globale e ad affrontare il cambiamento climatico.<sup>186</sup> Naturalmente, come ineccepibilmente osservato dall'Organo d'appello anche nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, «the greater the contribution a measure makes to the objective pursued, the more likely it is to be characterized as 'necessary'.»<sup>187</sup>

Riguardo la terza tappa della valutazione sulla necessità di una misura, quella relativa al *carattere restrittivo del provvedimento da giustificare*, dunque all'impatto che esso ha sulla disciplina degli scambi, si richiama quanto statuito dall'Organo d'appello sempre nel caso *China – Publications and Audiovisual Products*, ove è precisato che «'[t]he less restrictive the effects of the measure, the more likely it is to be characterized as 'necessary'.»<sup>188</sup> La giurisprudenza nelle controversie *US – Gambling* e *Brazil – Retreaded Tyres* ha poi puntualizzato che il carattere restrittivo di una misura da giustificare deve essere compiuto anche alla luce delle misure alternative ragionevolmente disponibili che, meno impattanti

<sup>178</sup> Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, par. 310.

<sup>179</sup> *Korea – Various Measures on Beef*, Appellate Body Report, par. 164.

<sup>180</sup> *Korea – Various Measures on Beef*, Appellate Body Report, par. 162.

<sup>181</sup> Par. 7.482, che cita *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 144.

<sup>182</sup> Par. 7.475.

<sup>183</sup> Par. 7.483, che cita *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 151, i corsivi sono nostri.

<sup>184</sup> Cfr. il titolo della sezione del Panel Report che inizia dal par. 7.525.

<sup>185</sup> Cfr. il titolo della sezione del Panel Report che inizia dal par. 7.539.

<sup>186</sup> «'[T]he results obtained from certain actions—for instance, measures adopted in order to attenuate *global warming* and *climate change*, or certain preventive actions to reduce the incidence of diseases that may manifest themselves only after a certain period of time—can only be evaluated with the benefit of time.» *Brazil – Retreaded Tyres*, Appellate Body Report, par. 151, i corsivi sono nostri.

<sup>187</sup> *China – Publications and Audiovisual Products*, Appellate Body Report, par. 251.

<sup>188</sup> *China – Publications and Audiovisual Products*, Appellate Body Report, par. 310.

sul commercio internazionale, sono comunque capaci di realizzare lo stesso livello di tutela scelto dal Membro OMC che ha adottato il provvedimento di ostacolo agli scambi. L'onere di provare l'esistenza di misure alternative ricade sulle parti attrici. E tali misure, dovendo essere ragionevolmente disponibili, non devono comportare per la parte resistente un onere indebito, un carico eccessivo, come, ad esempio, dei costi proibitivi, o delle difficoltà tecniche sostanziali. «In sum —conclude il Gruppo di esperti— we understand that a panel cannot reject an environmental protection measure, or a public health measure, by pointing to a WTO-consistent or less trade-restrictive alternative, unless that alternative is *both practically and financially feasible for the Member seeking to justify a WTO-inconsistent measure* under Article XX(b) and provides an *equivalent contribution to the achievement of the objective pursued.*»<sup>189</sup>

**31.** Passando, quindi, a verificare se i dazi e le quote alle esportazioni sui residui della lavorazione di magnesio, manganese e zinco, su coke, magnesio e manganese metallici, e sul carburo di silicio, siano suscettibili di essere ricondotti all'eccezione di cui all'art. XX, lett. b), GATT 1994, il Panel conclude nel senso che dette misure non solo non risultino necessarie a tutelare l'ambiente e la salute della popolazione cinese, ma afferma, addirittura, che tali provvedimenti restrittivi non sono neppure suscettibili di ricadere nella categoria delle politiche concepite per proteggere la salute e la vita di persone, piante ed animali.<sup>190</sup> Infatti, i provvedimenti che istituiscono le limitazioni contestate non contengono alcuna menzione di preoccupazioni ambientali o di salute.<sup>191</sup> Inoltre, l'analisi dell'enorme mole di legislazione adottata in giudizio dalla Cina, pur notevole, non rivela «a comprehensive framework aimed at addressing environmental protection and health,»<sup>192</sup> né Pechino è riuscita a produrre «persuasive evidence»<sup>193</sup> circa l'esistenza di un collegamento tra le misure restrittive all'esportazione e i vari atti cinesi richiamati dalla parte resistente – quali l'Undicesimo Piano quinquennale 2006-2010 per la tutela ambientale, e i diversi Piani e Leggi per la conservazione dell'energia, lo sviluppo economico e sociale, la riduzione degli scarichi inquinanti, la prevenzione e il controllo dell'inquinamento delle acque, la promozione della *recycle economy* e delle politiche per affrontare il cambiamento climatico, la promozione delle energie rinnovabili.<sup>194</sup> Nella corposa documentazione normativa presentata dalla Cina vi sono le enunciazioni di ambiziosi obiettivi, quali l'incentivazione fiscale tesa a facilitare lo sviluppo di tecnologie pulite, il sostegno all'adozione di standard più rispettosi dell'ambiente nell'attività estrattiva e lavorativa, il risparmio energetico. Ma il tenore della legislazione cinese esibita nel procedimento è essenzialmente programmatico, ed i pochi provvedimenti operativi sono recenti, e ancora troppo timidi, con la conseguente impossibilità di disporre di dati significativi per valutare la loro adeguatezza a perseguire gli obiettivi di sostenibilità proclamati. Per di più i dazi e le quote attaccati risultano completamente sconnessi anche dalle norme programmatiche, né la Cina è riuscita concretamente a dimostrare gli effetti benefici che le misure restrittive all'esportazione avrebbero per ambiente e salute della popolazione cinese.

Del resto, è la stessa Repubblica popolare a svelare che la vera e immediata finalità delle limitazioni poste sulle materie prime non è, in realtà, la tutela di ambiente e salute. La Cina, infatti, chiede al Panel di giustificare le sue restrizioni all'esportazione perché la loro imposizione «will allow China to develop its economy in the future.»<sup>195</sup> Infatti, prosegue Pechino, «export restraints encourage the domestic consumption of these basic materials in the domestic economy.»<sup>196</sup> A sua volta, il consumo delle materie di base da parte dell'industria locale di trasformazione incentiva l'ulteriore produzione -ed esportazione- di beni sofisticati e ad alto valore aggiunto, aiutando l'economia cinese a crescere ancor più rapidamente e a cessare di essere caratterizzata da una «heavy reliance on natural resource, labor-intensive, highly polluting manufacturing.»<sup>197</sup> «This move towards higher-tech, low-polluting, high value-added industri-

<sup>189</sup> Par. 7.492, i corsivi sono nostri.

<sup>190</sup> Par. 7.500.

<sup>191</sup> Par. 7.501.

<sup>192</sup> Par. 7.511.

<sup>193</sup> Par. 7.507.

<sup>194</sup> Cfr. I parr. 7.502, 7.506, 7.510.

<sup>195</sup> Par. 7.514.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> *Ibid.*

es —osserva ancora Pechino— will increase growth opportunities for the Chinese economy, generating positive spillovers beyond those to firms directly participating in these markets.»<sup>198</sup> Dunque, per la Cina, le sue restrizioni all'esportazione devono essere giustificate non perchè volte direttamente ed immediatamente a tutelare ambiente e salute dell'uomo, ma per favorire un più rapido sviluppo economico del Paese asiatico diversificandone la produzione industriale; quest'ultima, a sua volta, creerà benessere e ricchezza, i quali determineranno poi le condizioni per modelli di produzione e consumo improntati alla sostenibilità, dunque ecocompatibili e salubri. Si tratta, né più, né meno, della richiesta di applicare il modello della curva ambientale di Kuznets (*Environmental Kuznets Curve*, EKC) nell'interpretazione dell'art. XX, lett. b), GATT 1994. Come noto, in tale modello gli economisti sostengono che vi sia una correlazione tra reddito pro capite e degrado ambientale, per cui, in presenza di bassi redditi, l'aumento di questi ultimi implica, inizialmente, un peggioramento delle condizioni ambientali, mentre, superato un determinato livello del reddito, l'inquinamento declina, poiché la qualità ambientale diviene un bene ricercato e difeso dalla società in migliori condizioni economiche.<sup>199</sup>

**32.** Di fronte a tali argomentazioni, il Panel non si limita ad affermare che indicano chiaramente che i dazi e le quote contestati non possono essere considerati come misure ambientali o volte a tutelare la salute della popolazione cinese, ma esprime a chiare lettere il suo «concern,» la sua preoccupazione, «at the systemic implications of China's arguments under Article XX(b).»<sup>200</sup> Laddove si accogliesse l'impostazione della Cina circa i «*long-term benefits of any export restrictions as instruments to promote sophisticated exports thereby favouring environmental protection,*»<sup>201</sup> sarebbe, in pratica, possibile applicare la giustificazione di cui all'art. XX, lett. b) per ogni restrizione all'esportazione sulle materie prime: «China's argument, if accepted, -osserva ancora il Panel- could ... be interpreted to allow such restrictions on any raw materials simply because they help increase growth, and, *in turn, eventually reduce pollution.*»<sup>202</sup> Ma questa non è la finalità dell'eccezione invocata, che riguarda le misure necessarie a tutelare la vita e la salute di persone, animali e vegetali. Il Panel, quindi, sottolineando di non essere «aware of any support»<sup>203</sup> all'interpretazione avanzata dalla Cina sulla portata dell'art. XX, lett. b), GATT 1994, richiama la giurisprudenza OMC -finemente cesellata, come si è visto, dall'Organo d'appello- su cosa debba intendersi per misura «necessaria» a tutelare la salute e la vita. La misura da giustificare deve essere un «material contribution,» deve, dunque, apportare un contributo importante alle finalità dell'eccezione invocata: «the requirement is *crucial* under Article XX that *only those export restrictions that bring about a material contribution* to the environmental policy goal are accepted as *WTO-consistent.*»<sup>204</sup>

E analizzando ulteriormente i dazi e le quote cinesi sotto il profilo del tipo di apporto che danno alla realizzazione degli obiettivi di tutela ambientale e della salute prolamati dalla Cina, il Panel ha ben pochi dubbi. Pechino non ha portato elementi sufficienti a dimostrare che le misure commerciali attaccate rappresentino un «material contribution,» né per il presente (dunque non si tratta di misure «*currently making a material contribution*» agli obiettivi di cui all'art. XX, lett. b), GATT 1994), né per il futuro (i provvedimenti non appaiono neppure in grado di realizzare in un momento successivo le asserite finalità di sostenibilità, vale a dire che non sono «*apt to make a material contribution to the stated objective in the future*»). Non vi sono prove, infatti, che i dazi e le quote abbiano ridotto l'inquinamento o la produzione di materie prime, né che abbiano migliorato la salute della popolazione cinese. Ancora, il Panel sottolinea che la Repubblica popolare, pur essendone perfettamente in grado, non ha posto in essere con adeguata perizia le misure alternative che, meno restrittive degli scambi, le avrebbero comunque permesso di raggiungere lo stesso livello di tutela ambientale e di salubrità. I reclamanti hanno identificato sei tipi di

<sup>198</sup> Considerazioni riprese nel par. 7.514.

<sup>199</sup> Cfr. il par. 7.551. Sulla curva ambientale di Kuznets v. A. LEVINSON, *Environmental Kuznets Curve*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, seconda edizione, 2008.

<sup>200</sup> Par. 7.515.

<sup>201</sup> Par. 7.554.

<sup>202</sup> Par. 5.515, il corsivo è nostro.

<sup>203</sup> Par. 7.554.

<sup>204</sup> Par. 7.515, i corsivi sono nostri.

misure alternative, che sarebbero non solo meno impattanti sul commercio internazionale, ma addirittura compatibili con il sistema OMC e più efficienti nel realizzare gli obiettivi di sostenibilità proclamati dalla Cina. Si tratta degli investimenti in tecnologie più rispettose dell'ambiente; della promozione del riciclo dei beni di consumo; del rafforzamento generale degli standard ambientali; degli investimenti nelle infrastrutture necessarie a facilitare il riciclaggio dei residui (cascami o rottami); della promozione di una maggior domanda dei residui, senza bloccare l'offerta agli operatori dei Paesi terzi; infine, della definizione di restrizioni alla produzione e di controllo dell'inquinamento sulla cosiddetta produzione «primaria.»<sup>205</sup> La Cina ha cercato di difendersi sostenendo che le quote e i dazi contestati sarebbero comunque complementari, anzi indispensabili per supportare le misure alternative indicate dalle parti attrici, ritenute, da sole, insufficienti a tutelare ambiente e salute. Ma, ancora una volta, il Panel conclude che non può far altro che riscontrare l'assenza di prove del contributo materiale che quote e dazi apportano (*currently make to*) o possono apportare in futuro (*are apt to make in the future*) alla riduzione dell'inquinamento e alla protezione della salubrità dei cittadini cinesi. Non è provato che vi sia una riduzione della produzione di coke, magnesio e manganese metallici, e carburo di silicio, tutte materie prime la cui estrazione richiede molta energia ed è molto inquinante; né è provato che i dazi all'esportazione sui residui (cascami o rottami) della lavorazione di magnesio, manganese e zinco riduca l'inquinamento, poiché la Cina non ha fornito dati riguardo il molto probabile aumento della produzione secondaria provocato dalla maggiore disponibilità di residui a buon prezzo, il cui conseguente tasso di inquinamento deve, invece, essere tenuto in considerazione per stabilire se, effettivamente, i dazi in questione siano capaci di tutelare l'ambiente.

33. Il Panel, tuttavia, ha accompagnato la severità con la quale ha analizzato le argomentazioni difensive di Pechino all'indicazione del modo in cui la Repubblica popolare cinese può effettivamente tutelare l'ambiente e la salute della sua popolazione. Più volte il Gruppo di esperti afferma di essere stato profondamente colpito («[t]he Panel is impressed»)<sup>206</sup> dall'ampiezza e della profondità delle misure ed azioni ambientali della Cina, e dalla potenzialità di regolamentazione che il Paese asiatico può e deve ancora esprimere rispetto agli obiettivi socio-politico-economici dichiarati. E proprio nei numerosi piani ed atti sfoggiati da Pechino il Panel riscontra la piena capacità del gigante asiatico di porre in essere in modo adeguato le misure alternative proposte dalle parti reclamanti per evitare di violare il sistema OMC perseguendo comunque obiettivi di sostenibilità: occorre, in buona sostanza, che la Cina superi la fase programmatica, ed adotti i relativi provvedimenti esecutivi, e che, rispetto alle azioni già intraprese, rafforzi gli standard ambientali.<sup>207</sup>

#### **IX. L'art. X, par. 1, GATT 1994 e la mancata pubblicazione a) delle quote all'esportazione di zinco da parte del MOFCOM e b) della Carta del 2001 sulle funzioni della Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici**

34. Gli attori della controversia in oggetto non hanno certo dimenticato di includere tra le basi giuridiche del loro reclamo il mancato rispetto dell'art. X GATT 1994,<sup>208</sup> la disposizione dell'Accordo generale sulle merci dedicata alla pubblicazione delle misure dei Membri OMC suscettibili di ricadere negli obblighi di liberalizzazione, come pure alla trasparenza ed all'equità delle procedure nell'amministrazione delle regolamentazioni commerciali. La mancanza di pronte, adeguate ed accurate informazioni sulle normative volte a disciplinare gli scambi, infatti, come pure una loro opaca e pregiudizievole applicazione sono suscettibili di rappresentare delle «formidabili»<sup>209</sup> barriere non tariffarie al commercio. L'impossibilità

<sup>205</sup> Cfr. il par. 7.566.

<sup>206</sup> Par. 7.583. Si veda anche il par. 7.511: «[i]n the Panel's view, all of these measures are evidence of China's considerable efforts to regulate in the interest of protecting the environment. The breadth of China's measures touching on environmental (and other) matters is impressive.»

<sup>207</sup> Cfr. i par. 7.583, 7.590 e 7.590.

<sup>208</sup> Su tale disposizione v. K. KENNEDY, *GATT 1994*, in P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (Eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Vol. I, Springer, New York, 2005, pp. 89-186, alle pp. 134-136.

<sup>209</sup> «[T]he failure to inform about the applicable trade laws, regulation, procedures and practices promptly and accurately»

di conoscere le misure da rispettare, a causa di una loro omessa o lacunosa pubblicazione, nonché l'iniustizia e l'ingiustificata arbitrarietà nella loro amministrazione rendono estremamente difficile, per l'operatore economico di un paese terzo, rapportarsi in modo efficace al mercato del Paese OMC al quale intendono accedere. Pertanto, il meccanismo ginevrino, sin dai suoi esordi, si è dotato di regole e procedure, ed ha continuato ad ampliare e rafforzare le disposizioni volte a garantire un alto livello di trasparenza per le discipline commerciali, riconoscendone la natura di principio essenziale del sistema multilaterale degli scambi, poiché i mercati, per essere davvero aperti, non possono prescindere da regole e procedure trasparenti.<sup>210</sup>

Con specifico riferimento, poi, alla Cina, la garanzia di piena ed adeguata informazione sulle normative che gli operatori economici devono osservare non poteva non includere anche una dimensione legata alla consistente barriera linguistica oggettivamente rappresentata dalla difficile lingua mandarina, poiché si tratta di un idioma ben poco conosciuto da chi non abbia la nazionalità cinese. Così, tra gli obblighi *ad hoc* assunti da Pechino in occasione della sua adesione all'OMC, i negoziatori hanno inserito anche quello di tradurre celermente in almeno una delle lingue ufficiali dell'OMC —dunque inglese, francese o spagnolo— ogni normativa suscettibile di interessare il commercio di beni e servizi, la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, nonché la disciplina relativa al mercato del cambio estero. In linea di principio, l'amministrazione cinese si è impegnata a mettere a disposizione le traduzioni in questione prima che le misure interessate siano attuate o applicate, e, comunque, non oltre 90 giorni successivamente alla loro attivazione o esecuzione.<sup>211</sup> A tutt'oggi, peraltro, tale obbligo di traduzione e, più in generale, i doveri OMC in materia di trasparenza spesso non sono adeguatamente considerati da Pechino, una circostanza che, naturalmente, desta forti preoccupazioni tra le potenze economiche di primo piano dell'OMC.<sup>212</sup>

**35.** Per un primo blocco di reclami, le parti attrici del caso *China - Raw Materials* hanno utilizzato il primo paragrafo dell'art. X GATT 1994. Tale paragrafo stabilisce, anche in riferimento alla regolamentazione sulle esportazioni, che «[l]aws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by any contracting party, pertaining to ... requirements, restrictions or prohibitions on ... exports shall be published promptly in such manner as to enable governments and traders to become acquainted with them.» Esso non prescrive espressamente alcuna normativa di dettaglio da osservare da parte dei Membri OMC per espletare i loro doveri di informazione. Tuttavia, richiedendo che la pubblicazione di tutti gli atti rilevanti sia tempestiva e compiuta in modo tale da permettere ai governi come ai singoli operatori economici di conoscere detti atti appropriatamente, l'art. X, par. 1, GATT 1994 dà, comunque, solide indicazioni su come ogni Membro OMC debba dar seguito all'obbligo di trasparenza in esso declinato. Anche l'Organo d'appello, non appena ha avuto l'occasione di intervenire su tale disposizione, ne ha evidenziato la centralità. Pertanto, nel caso *US - Underwear*, il Tribunale permanente dell'OMC ha sottolineato che il principio di trasparenza codificato all'art. X GATT 1994 è «of fundamental importance» poiché promuove la divulgazione di tutti gli atti pubblici che riguardano gli Stati e le persone e le imprese private; quindi, l'Organo d'appello ha precisato che la corretta applicazione del principio di trasparenza consiste nel mettere gli Stati ed i privati interessati nelle condizioni di poter ragionevolmente ottenere informazioni esatte sulle misure da osservare, così da proteggere

---

è definito come «a formidable barrier to trade» da P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization - Text, Cases and Materials*, Cambridge University press, Cambridge, 2008, a p. 461.

<sup>210</sup> Sul principio di trasparenza quale valore distintivo del sistema OMC cfr. M. HILF, *Power, Rules and Principles - Which Orientation for WTO/GATT Law?*, in *JIEL*, 2001, pp. 111-130.

<sup>211</sup> Si veda il par. 334 della Relazione del Gruppo di lavoro sull'adesione della Cina all'OMC, incorporato dalla Sezione 1, par. 2, della Parte I del Protocollo di adesione: «[t]he representative of China confirmed that China would make available to WTO Members translations into one or more of the official languages of the WTO all laws, regulations and other measures pertaining to or affecting trade in goods, services, TRIPS or the control of forex [foreign exchange], and to the maximum extent possible would make these laws, regulations and other measures available before they were implemented or enforced, but in no case later than 90 days after they were implemented or enforced. The Working Party took note of these commitments» (WT/MIN(01)/3, cit., par. 334).

<sup>212</sup> Si vedano, ad esempio, le dichiarazioni dell'Ambasciatore Michael Punke, della Missione degli Stati Uniti presso l'OMC, il quale, in occasione di una Conferenza dell'ICTSD a Ginevra nel giugno 2011, ha lamentato la sistematica ricorrenza dei problemi di trasparenza nell'approccio della Cina alle questioni OMC: v. ICTSD, *Meeting Report of the Conference «A Decade in the WTO: Implications for China and Global Trade Governance»*, Geneva 29 June 2011, par. 3.5.

e adattare le loro attività a dette misure, o eventualmente richiederne la modifica laddove esse vengano considerate in contrasto con gli Accordi OMC.<sup>213</sup>

Come già illustrato, la *Foreign Trade Law* della Repubblica popolare cinese affida al MOFCOM il compito di amministrare le quote alle esportazioni. Il MOFCOM deve determinare l'ammontare complessivo delle quote annuali all'esportazione per ogni tipo di merce, annunciando le quote stabilite entro il 31 ottobre.<sup>214</sup> L'Unione europea ha attaccato la mancata definizione e pubblicazione, da parte del MOFCOM, delle quote annuali all'esportazione per lo zinco, come pure l'assenza di ogni tipo di informazione sulle condizioni che le imprese interessate dovrebbero soddisfare per ottenere un contingente di quel metallo, la carenza di una lista degli operatori economici ai quali sarebbe stata attribuita una quota, e la mancanza di bollettini contenenti l'invito alle aziende a presentare domanda per i contingenti di zinco, sostenendo che tale condotta cinese implicava una violazione dell'art. X, par. 1, GATT.<sup>215</sup>

**36.** Il Panel ha accolto la richiesta europea, facendo leva anche sul riconoscimento, da parte della stessa Cina, della mancata definizione di quote per lo zinco negli anni 2009 e 2010 -dunque dell'esistenza, di fatto, di un divieto all'esportazione per tale metallo- e della mancata pubblicazione di ogni tipo di provvedimento del MOFCOM in proposito. Il Gruppo di esperti ha sottolineato che l'omessa comunicazione delle decisioni cinesi ha impedito agli operatori economici interessati di apprendere per tempo dell'indisponibilità di quote all'esportazione, con la prevedibile conseguenza dell'impossibilità di rivedere conseguentemente e tempestivamente la loro strategia di approvvigionamento.<sup>216</sup>

Riguardo l'argomentazione avanzata da Pechino sulla non riconducibilità dell'assenza di determinazione di quote all'esportazione alla nozione di «[l]aws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by any contracting party,» contemplata dall'art. X, par. 1, GATT 1994, il Panel ha ricordato quanto già puntualizzato dal gruppo di esperti del caso *EC – IT Products*.<sup>217</sup> In tale occasione si è sostenuto, a proposito della nozione di misura «made effective,» ossia resa operativa, che «the term 'made effective' under Article X:1 of the GATT 1994 also covers measures that were brought into effect, or made operative, in practice and is not limited to measures formally promulgated or that have formally 'entered into force'.»<sup>218</sup> Pertanto, per il Panel, la mancata definizione delle quote di zinco è una misura «made effective,» resa esecutiva, dalla Cina, che, quindi, ricade nell'art. X, par. 1, GATT 1994: «the failure to set a quota amount for zinc comes within the scope of this term ... [i]t is 'law, regulation, judicial decision [or] administrative ruling' that has been made operative in that there has been no export of zinc.»<sup>219</sup> Di conseguenza, la mancata pubblicazione, da parte del MOFCOM, della decisione di non istituire alcuna quota annuale per l'esportazione di zinco viola la richiamata disposizione del GATT dedicata al principio di trasparenza.

<sup>213</sup> Formalmente, l'Organo d'appello ha enunciato tali tratti distintivi del principio di trasparenza di cui all'art. X GATT interpretando il par. 2 della disposizione in oggetto, che stabilisce il divieto di introdurre misure restrittive agli scambi con effetto retroattivo: «Article X:2, *General Agreement*, may be seen to embody a principle of fundamental importance - that of promoting full disclosure of governmental acts affecting Members and private persons and enterprises, whether of domestic or foreign nationality. The relevant policy principle is widely known as the principle of transparency and has obviously due process dimensions. The essential implication is that Members and other persons affected, or likely to be affected, by governmental measures imposing restraints, requirements and other burdens, should have a reasonable opportunity to acquire authentic information about such measures and accordingly to protect and adjust their activities or alternatively to seek modification of such measures.» *US – Underwear*, Appellate Body Report, *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*, WT/DS24/AB/R, adopted 25 February 1997, DSR 1997:I, 11, a p. 29.

<sup>214</sup> Oltre al *Foreign Trade Law* del 2004, disciplinano i compiti del MOFCOM nella gestione delle misure sulle esportazioni l'art. 38 del *Regulation on Import and Export Administration*, e gli art. 9-11 dell'*Export Quota Administration Measures*.

<sup>215</sup> Par. 7.798.

<sup>216</sup> Parr. 7.800-7.807.

<sup>217</sup> Panel Report, *European Communities and its member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, adopted 21 September 2010. Su tale disputa cfr. John G., *The Panel Report on Tariff Treatment of Certain Information Technology Products: Classification Is the Key to Effective Implementation*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2011, pp. 149-155; D. ROVETTA, *Some Thoughts about European Communities and Its Member States: Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2011, pp. 143-148.

<sup>218</sup> *EC – IT Products*, Panel Report, par. 7.1048.

<sup>219</sup> Par. 7.805.

**37.** Il Panel ha riscontrato una seconda violazione dell'art. X, par. 1, GATT 1994 per l'inosservanza dell'obbligo di sollecita pubblicazione della Carta del 2001 della Camera di commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli, minerali e prodotti chimici (CCCMC). La CCCMC è definita dallo stesso Governo cinese come lo strumento attraverso il quale il MOFCOM sovrintende e regola le attività di importazione ed esportazione dei prodotti in Cina, e la Carta del 2001 ne stabilisce la missione, le funzioni, il potere, le regole ed i regolamenti.<sup>220</sup> In particolare, attraverso la Carta del 2001, la Cina ha delegato alla CCCMC il potere di attuazione del coordinamento dei prezzi all'esportazione.<sup>221</sup> Entrata in vigore il 21 febbraio 2001, però, la Carta è stata pubblicata sul sito internet della CCCMC solo nel 2009, dunque successivamente all'avvio delle consultazioni della controversia sulle materie prime. E' stato, dunque, inevitabile per il Panel dar seguito alla richiesta di tutte e tre le parti attrici, e concludere, quindi, che la Cina ha violato l'art. X, par. 1, GATT 1994 poiché non ha pubblicato prontamente («published promptly») la Carta del 2001, impedendo a Stati ed operatori economici di acquisirne adeguata conoscenza.<sup>222</sup>

Infatti, benché la nozione di «prompt» -dunque di pubblicazione rapida, tempestiva- non venga esplicitata dall'art. X, il Panel, traendo spunto anche da quanto considerato dal gruppo di esperti nel caso *EC – IT Products*,<sup>223</sup> ha ribadito che il significato di «prompt» non è un concetto assoluto, nel senso che non è possibile individuare un periodo di tempo predefinito suscettibile di essere automaticamente applicabile ad ogni tipo di situazione. Al contrario, esso richiede di essere determinato di volta in volta: «an analysis of whether a measure was published promptly requires a reference point, some act or thing to act as a point of comparison so as to determine whether publication was prompt.»<sup>224</sup> Nel caso concreto, il Panel ha ritenuto che fosse «an appropriate reference point» un periodo temporale vicino all'entrata in vigore della Carta del 2001, con la conseguenza di dover dichiarare il mancato rispetto dell'obbligo di pronta pubblicazione di cui all'art. X, par. 1, GATT 1994 poiché la Cina ha divulgato la normativa in questione addirittura otto anni dopo la sua efficacia.<sup>225</sup>

### **X. L'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994 e l'assenza di indicazioni su contenuto e modalità applicative del requisito della «capacità operativa» richiesto alle imprese esportatrici**

**38.** L'Unione europea ha attaccato anche l'art. 19 delle *Export Quota Administrative Measures*, la normativa cinese che fissa la cosiddetta «operation capacity» tra i requisiti che le imprese devono di-

<sup>220</sup> Par. 7.1090.

<sup>221</sup> Si sottolinea che la Carta del 2001 è stata sostituita, il 29 aprile 2010, da un nuovo documento (2010 *Charter of the China Chamber of Commerce of Metals, Minerals and Chemicals Importers and Exporters*). Nonostante la intitolazione pressoché identica, la Carta del 2010 differisce in alcuni aspetti sostanziali da quella del 2001. Soprattutto, essa priva la CCCMC del potere di agire nel coordinamento dei prezzi all'esportazione, funzione che è, invece, alla base dell'interesse delle parti attrici nella causa *China - Raw Materials*. Tuttavia, il Panel, conformemente a quanto richiesto dalle parti reclamanti, ha valutato la compatibilità con il diritto OMC solo in riferimento alla Carta del 2001, in quanto atto già in vigore al momento dell'istituzione del Gruppo di esperti, prendendo semplicemente nota della successiva Carta del 2010. Cfr. il par. 7.1092, e la nota 1445.

<sup>222</sup> Parr. 7.1088 - 7.1102.

<sup>223</sup> In tale disputa, Stati Uniti, Giappone e Cina Taipei (Taiwan) avevano attaccato l'Unione europea a causa del trattamento tariffario di alcuni prodotti di *Information Technology*, sostenendo, tra l'altro, che le note esplicative della UE a proposito della nomenclatura combinata non rispettavano i requisiti posti dall'art. X, par. 1, GATT, dunque, *inter alia*, che non erano state «promptly published»: «Article X:1 of the GATT 1994 requires that 'laws, regulations, judicial decisions and administrative rulings, made effective by a contracting party, pertaining to the classification ... of products for customs purposes shall be published promptly in such a manner as to enable governments and traders to become acquainted with them'. It does not, however, specify what 'promptly' means, i.e. what is the permissible time span *between* the moment that such measure is 'made effective' and the time it is 'published'. In this regard, we note that the adverb 'promptly' is defined as '[i]n a prompt manner; readily, quickly; at once, without delay; directly, forthwith, there and then.' [...] The word 'prompt', as an adjective, means, *inter alia*, '2. a. Ready in action; quick to act when occasion arises; acting with alacrity, or without undue delay; ready and willing; quick to do something.' [...] In our view, *the meaning of prompt is not an absolute concept, i.e. a pre-set period of time applicable in all cases.* [...] Rather, an assessment of whether a measure has been published 'promptly', that is 'quickly' and 'without undue delay', necessarily requires a case-by-case assessment.» (*EC – IT Products*, Panel report, par. 7.1074, il corsivo è nostro).

<sup>224</sup> Par. 7.1101.

<sup>225</sup> Parr. 7.1101 - 7.1102.

mostrare per ottenere la licenza all'esportazione di zinco<sup>226</sup> -le cui quote annuali, peraltro, risultano non autorizzate dal 2006.<sup>227</sup> Pechino non fornisce alcuna concreta indicazione sulle caratteristiche che tale «capacità operativa» dovrebbe rivestire, né ha mai emanato linee guida relativamente alla sua amministrazione, delegata al MOFCOM e ai suoi 32 Dipartimenti locali, aventi il compito di gestire il commercio estero sul vastissimo territorio cinese. Ad avviso della UE, l'assenza di indicazioni sulla portata e sulle modalità applicative del criterio della «operation capacity» è in conflitto con i doveri stabiliti dall'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994, il quale prevede l'obbligo, per i Membri OMC, di amministrare gli atti suscettibili di incidere sugli scambi, richiamati dal par. 1 della disposizione in oggetto, «in a uniform, impartial and reasonable manner.» La Cina, senza smentire l'Unione europea sull'inesistenza di definizioni e discipline procedurali, e continuando a non indicare quale sia, con precisione, il significato da attribuire al criterio della capacità operativa, ha respinto la ricostruzione europea della sua disciplina affermando che la verifica della «operational ability» prima della concessione di una licenza all'esportazione sarebbe legittima ed insuscettibile di generare iniquità, arbitrarietà ed incertezza nel mondo produttivo e degli scambi poichè volta unicamente, a giudizio di Pechino, ad assicurare che non vi siano sprechi nella gestione delle quote, assegnandole solo ad operatori in grado di condurre adeguatamente una attività di esportazione.<sup>228</sup>

In particolare, la Cina ha sostenuto che l'Unione europea non ha portato elementi di prova (*evidence*) sufficienti a dimostrare che l'assenza di indicazioni sulla nozione di «operational capacity» come pure la carenza di linee guida sulla sua applicazione condurrebbero inevitabilmente ad una amministrazione delle quote all'esportazione contraria all'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994. La parte resistente fa leva soprattutto su quanto stabilito dall'Organo d'appello nel caso *EC – Selected Customs Matters*, nel quale il Tribunale permanente dell'OMC ha dovuto pronunciarsi sulla compatibilità con la disposizione GATT, dedicata a trasparenza ed equità, della pluralità di normative degli Stati membri dell'Unione europea relative alle sanzioni di carattere penale e alle procedure di revisione e controllo delle dichiarazioni doganali volte a garantire il rispetto del codice doganale europeo.<sup>229</sup> In tale occasione, l'Organo d'appello ha ripetutamente puntualizzato che «[i]f a WTO Member challenges under Article X:3(a) the substantive content [as well as the administrative process] of a legal instrument that regulates the administration of a legal instrument of the kind described in Article X:1, it will have to prove that this instrument *necessarily leads* to a lack of uniform, impartial, or reasonable administration.»<sup>230</sup> Inoltre, ha ammonito il Tribunale permanente, «[i]t is not sufficient for the complainant merely to cite the provisions of that legal instrument,» con la conseguenza che «[t]he complainant must discharge the burden of substantiating how and why those provisions *necessarily lead* to impermissible administration of the legal instrument of the kind described in Article X:1.»<sup>231</sup>

L'Unione europea, invece, per dimostrare l'adeguatezza degli elementi di prova adottati e dell'interpretazione proposta per l'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994, ha fatto riferimento al report del panel nel caso *Argentina – Hides and Leather*.<sup>232</sup> Il gruppo di esperti era stato chiamato a stabilire la compatibilità

<sup>226</sup> «When allocating the quotas, the MOFTEC and the Local Departments in charge of Foreign Trade shall take into full consideration the export performance, the quota utilization rate, the *operation capacity*, the production scale and the resources status, etc. of that commodity in relation to the applying enterprises or the applying regions in the past three (3) years» (art. 19 delle *Export Quota Administration Measures*, riportato al par. 7.718).

<sup>227</sup> Par. 7.719.

<sup>228</sup> Par. 7.680.

<sup>229</sup> Appellate Body Report, *European Communities – Selected Customs Matters*, WT/DS315/AB/R, adopted 11 December 2006, DSR 2006:IX, 3791. Su tale report cfr. D. E. ERSKINE, *The US-EC Dispute over Custom Matters: Trade Facilitation, Customs Unions, and the Meaning of WTO Obligations*, in *Florida Journal of International Law*, 2006, pp. 423-484; D. ROVETTA, M. LUX, *The US Challenge to the EC Customs Union*, in *GTJ*, 2007, pp. 195-207.

<sup>230</sup> *EC – Selected Customs Matters*, Appellate Body Report, par. 201 (il corsivo è nostro). Si veda anche il par. 226 di tale Report: «in order to substantiate a claim of violation based on an administrative process, it is not sufficient that the complainant merely recites the features of the administrative processes; it will also have to show how and why those features *necessarily lead to* a lack of uniform, impartial, or reasonable administration of a legal instrument of the kind described in Article X:1» (il corsivo è nostro).

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, adopted 16 February 2001.

con il diritto OMC della normativa argentina sui controlli doganali all'esportazione di pelli grezze e semi-conciate di bovini. A tali controlli avevano il diritto di partecipare tecnici designati dall'Associazione argentina dell'industria conciaria e manifatturiera dei prodotti in cuoio, i quali potevano anche sollevare reclami riguardo l'irregolarità delle operazioni e la veridicità della documentazione doganale. La partecipazione dell'industria nazionale di trasformazione delle pelli bovine alle operazioni doganali venne considerata dal Panel come parziale ed irragionevole, dunque in violazione dell'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994, poiché comportava un pericolo intrinseco («an inherent danger»)<sup>233</sup> o, che dir si voglia, implicava una intrinseca possibilità («an inherent possibility»)<sup>234</sup> di favorire una parte di operatori economici (l'industria argentina della lavorazione dei prodotti in cuoio) a discapito di altre imprese (gli operatori non argentini, che intendevano acquistare le pelli bovine grezze argentine, conformemente agli impegni di libero scambio assunti dal Paese sudamericano). Dunque, ad avviso della UE, la presenza di un non meglio identificato requisito di «capacità operativa» per le imprese cinesi che intendessero esportare, unitamente all'amministrazione delle licenze di esportazione dello zinco da parte dei 32 Dipartimenti del MOFCOM dislocati in tutta la Cina e privi della benché minima indicazione su come interpretare ed applicare il suddetto requisito contengono il pericolo intrinseco di una amministrazione iniqua, arbitraria e incerta delle quote all'esportazione di zinco, con il conseguente pregiudizio per gli operatori che vorrebbero esportare zinco cinese, e per le imprese che intendono acquistarlo.<sup>235</sup>

**39.** Prima di prendere posizione sulle accuse europee di vaghezza ed opacità del requisito cinese della «operational capacity» il Panel compie una attenta ricostruzione della portata dell'art. X, par. 3, lett. a) GATT 1994, riprendendo la giurisprudenza pregressa dell'OMC, ed apportando un nuovo contributo interpretativo per la base giuridica invocata dalla UE. La disamina prende il via dal richiamo dell'obiettivo affidato all'art. X, par. 3, lett. a) GATT 1994: ciascun Membro OMC deve amministrare «in a uniform, impartial and reasonable manner all its laws, regulations, decisions and rulings of the kind described in paragraph 1 of this Article,» poiché deve essere garantito agli operatori economici un trattamento equo e coerente allorché essi intraprendano attività di importazione ed esportazione.<sup>236</sup> Le affermazioni di iniquità e irragionevolezza nell'amministrazione delle leggi suscettibili di incidere su scambi ed economia sono di notevole gravità, e, pertanto non possono essere formulate con leggerezza, o semplicemente a titolo accessorio. Questo implica che «[a] claim under Article X:3(a) of the GATT 1994 must be supported by *solid evidence*; the nature and the scope of the claim, and the evidence adduced by the complainant in support of it, should reflect the gravity of the accusations inherent in claims under Article X:3(a) of the GATT 1994.»<sup>237</sup>

Chiarito, dunque, che le violazioni all'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994 devono essere sostenute da un robusto quadro probatorio («solid evidence»), il Panel osserva che le impostazioni del report del panel nel caso *Argentina – Hides and Leather* (sul quale fa affidamento, come si è visto, l'Unione europea) e del report dell'Organo d'appello nella disputa *EC – Selected Customs Matters* (che, invece, è il punto d'appoggio della difesa cinese) ben lungi dall'essere divergenti, risultano, in realtà, simili. Chiedere di dimostrare che il processo amministrativo attaccato rappresenti un «inherent danger» per

<sup>233</sup> «Whenever a party with a contrary commercial interest, but no relevant legal interest [...], is allowed to participate in an export transaction such as this, there is an *inherent danger* that the Customs laws, regulations and rules will be applied in a partial manner so as to permit persons with adverse commercial interests to obtain confidential information to which they have no right» (*Argentina – Hides and Leather*, Panel Report, cit., par. 11.94, il corsivo è nostro).

<sup>234</sup> «[A] process aimed at assuring the proper classification of products, but which *inherently contains the possibility* of revealing confidential business information, is an unreasonable manner of administering the laws, regulations and rules identified in Article X:1 and therefore is inconsistent with Article X:3(a)» (*Argentina – Hides and Leather*, Panel Report, par. 11.100, il corsivo è nostro).

<sup>235</sup> Cfr. i par. 7.682 e 7.699.

<sup>236</sup> «The due process theme underlying Article X of the GATT 1994 suggests that the aim of Article X:3(a) of the GATT 1994 is to ensure that traders are treated fairly and consistently when seeking to import from or export to a particular WTO Member.» *EC – Selected Customs Matters*, Panel Report, *European Communities – Selected Customs Matters*, WT/DS315/R, adopted 11 December 2006, as modified by Appellate Body Report WT/DS315/AB/R, par. 7.108.

<sup>237</sup> *US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*, Appellate Body Report, *United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WT/DS268/AB/R, adopted 17 December 2004, par. 217, il corsivo è nostro.

l'equità e la ragionevolezza tutelate dall'art. X GATT 1994 equivale, ragiona il Panel, a domandare di palesare che la disciplina nazionale attaccata «necessarily leads» ad un'applicazione delle leggi suscettibili di incidere sugli scambi che risulta arbitraria, discriminatoria e irragionevole. Infatti, la differenza tra «inherently» and «necessarily» non è significativa: «[o]ne of the dictionary definitions of *inherently* states 'inherently: (adv) In an inherent manner; by inherence; in the way of, or in relation to, an inherent quality or attribute; intrinsically.' The definition of *necessarily* in relevant part is as follows: 'necessarily: Of necessity; in the nature of the case; intrinsically, inherently, inevitably.' [...] As can be seen from these definitions, *the difference in these two words is not significant; there is a certain cross-over between them, with one of the definitions of 'necessarily' being 'inherently'.*»<sup>238</sup>

**40.** A conclusione della sua analisi, il Panel individua una nuova formula per sintetizzare le due espressioni sinora utilizzate dalla giurisprudenza OMC per indicare gli elementi di prova dell'incompatibilità di una procedura amministrativa con l'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994: una misura o prassi applicativa che rappresenta un «inherent danger» al rispetto di tale disposizione, o che «necessarily leads» alla sua violazione, è una misura o prassi applicativa che comporta «a very real risk» – «un risque très réel,» «un riesgo muy real,» insomma, un rischio molto reale- per la garanzia di un trattamento equo ed uniforme che l'art. X è volto a promuovere e proteggere. Dunque, per il Panel, «an interpretation of Article X:3(a) that requires a complainant to show that the features of the administrative process pose a very real risk of non-uniform, partial and unreasonable administration best accords with the due process connotations of Article X.»<sup>239</sup>

Ricordato che, in base alla giurisprudenza pregressa, i doveri di uniformità, imparzialità e ragionevolezza di cui all'art. X GATT 1994 sono giuridicamente indipendenti, con la conseguenza che i Membri OMC devono rispettarli tutti e tre, e che la mancata osservanza anche di uno solo di tali obblighi comporta, comunque, la violazione dell'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994,<sup>240</sup> il Panel può, infine, procedere ad analizzare le specifiche doglianze europee, verificando, per l'appunto, se esse comportino un «very real risk» ad un'amministrazione equa e coerente.

Innanzitutto, il Panel prende atto di quanto la stessa Cina conferma: non vi è alcuna definizione riguardo il contenuto da attribuire al requisito della «capacità operativa»; non vi sono standard o linee guida predisposte per renderne uniforme l'applicazione da parte delle diverse autorità locali; e, inoltre, il criterio della «operation capacity» è determinante nell'allocazione diretta delle quote di zinco da parte del MOFCOM e dei suoi 32 Dipartimenti, poiché il riscontro della sua assenza può, da solo, comportare il rigetto delle istanze delle imprese che hanno richiesto l'assegnazione di contingenti all'esportazione.<sup>241</sup>

Quindi, il Gruppo di esperti ricorda il significato ordinario da attribuire al termine «ragionevole» contenuto nell'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994: «read in the context of Article X:3(a), the ordinary meaning of the word 'reasonable', can be defined as 'not irrational or absurd', 'proportionate', 'sensible', and 'within the limits of reason, not greatly less or more than might be thought likely or appropriate,» per cui una ragionevole amministrazione del criterio della capacità operativa da parte delle autorità cinesi «could be considered to be administration that is equitable, appropriate for the circumstances and based on rationality.»<sup>242</sup> Ora, sostiene il Panel, l'assenza di definizione del requisito della «operation capacity», e di linee guida applicative per i 32 Dipartimenti locali del MOFCOM implicano l'impossibilità di una

<sup>238</sup> Par. 7.702, i corsivi sono nostri.

<sup>239</sup> Par. 7.708, il corsivo è nostro.

<sup>240</sup> «The panel in *Argentina – Hides and Leather* noted that the obligations of uniformity, impartiality and reasonableness are legally independent and WTO Members are obliged to comply with all three requirements [...] Consequently, should we find a violation of any of the three obligations, this would constitute a violation of the obligations under Article X:3(a).» Par. 7.685.

<sup>241</sup> «China acknowledges that the inability of an applicant to comply with the operation capacity criterion can be a basis for that applicant's failure to receive the zinc quota [...] In other words, this criterion can trump all others. Therefore, this criterion, in and of itself, can be determinative in the allocation of export quotas and therefore is of some importance in China's system for the direct allocation of export quotas. Also of note is that China has not denied that there is no official definition of the term 'operation capacity' or that there is no standard against which China's authorities will assess the operation capacity criterion. Certainly China has not chosen to proffer a definition; nor has it denied the lack of a standard to assist the assessment of the criterion.» Par. 7.738.

<sup>242</sup> Par. 7.741.

amministrazione ragionevole del criterio, determinante per l'assegnazione di quote di zinco, della capacità operativa delle imprese: «[i]t is not 'fair', 'equitable', 'just', 'legitimate' or 'appropriate for the circumstances' that exporter applicants may well be subject to different interpretations of whether or not they have sufficient operation capacity to qualify for the zinc quota depending on where they are located. The Panel believes there is a *very real risk* that in the absence of any definition or standardization of an understanding of what 'operation capacity' means that similar exporters in terms of size, experience, and other factors may be treated differently depending on which of 32 dispersed local office deals with their application. Under such circumstances it could well be assumed that one exporter could well find its application rejected while another exporter of equal description would succeed.» Di conseguenza, quanto affermato e documentato dall'Unione europea costituisce «relevant evidence» dell'irragionevole amministrazione del criterio della capacità operativa, e, dunque, della violazione del relativo obbligo previsto dall'art. X, par. 3, lett. a), GATT 1994: «the Panel concludes that the lack of any definition, guidelines or standards to guide how the operation capacity criterion should be applied poses a *very real risk* to the interests of relevant parties such that this necessarily leads to unreasonable administration inconsistently with Article X:3(a) of the GATT 1994.»<sup>243</sup>

Le caratteristiche del processo amministrativo del requisito della «operation capacity» risultano contrastare anche l'obbligo di garantire una applicazione «uniforme» delle normative di cui all'art. X GATT 1994. Se non vi è una nozione comune, né sono definiti comuni standard applicativi, non vi può essere uniformità nell'amministrazione del criterio della capacità operativa, ma, al contrario, unicamente un alto rischio di un trattamento divergente di situazioni dello stesso tipo e di operatori economici in condizioni simili, rischio che «necessarily leads to non-uniform administration inconsistently with Article X:3(a) of the GATT 1994.»<sup>244</sup>

Riguardo, invece, il rischio di una amministrazione che risulti parziale, nel senso di immotivatamente favorevole verso un gruppo di operatori economici, a discapito di altri, il Panel ritiene che l'Unione europea non abbia addotto elementi di prova sufficienti: la carenza di coordinate sulla portata e sulle modalità applicative del requisito di «capacità operativa,» se risulta oggettivamente comportare un alto rischio di irragionevolezza e di assenza di uniformità, non si presta, però, contestualmente a dimostrare che il criterio della «operation capacity» sarebbe molto probabilmente amministrato in modo parziale, dunque propizio solo per alcune imprese.<sup>245</sup>

## **XI. La normativa cinese sui requisiti di previa attività di esportazione e di capitale sociale minimo, le Sezioni 1, par. 2, e 5, par. 1, del Protocollo di adesione, ed i paragrafi 83 e 84 del Rapporto del Gruppo di lavoro sull'adesione di Pechino all'OMC**

**41.** Accanto al misterioso requisito della capacità operativa richiesto alle imprese esportatrici di zinco, nell'ambito dell'allocatione diretta delle quote di coke, e nella gestione dell'aggiudicazione all'asta dei contingenti di bauxite, fluorite e carburo di silicio, la normativa cinese prevede, invece, che gli imprenditori richiedenti dimostrino di avere previamente venduto all'estero una determinata quantità di quelle materie prime («prior export performance») nonché di possedere un capitale sociale minimo. Le parti attrici hanno affermato che tali requisiti contrastano con le Sezioni 5, par. 1, ed 1, par. 2, del Protocollo di adesione, nonché con i paragrafi 83 e 84, del Rapporto del Gruppo di lavoro per l'adesione della Cina, richiamati dal Protocollo.

Come già accennato, la Sezione 5, par. 1, del Protocollo stabilisce che, entro tre anni dall'adesione della Cina, tutte le imprese abbiano il diritto di commerciare, dunque anche di esportare, ogni tipo di bene, «[w]ithout prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement»<sup>246</sup>; mentre la Sezione 1, par. 2, afferma che il Protocollo è «integral part of the WTO Agree-

<sup>243</sup> Par. 7.746, il corsivo è nostro.

<sup>244</sup> Par. 7.752.

<sup>245</sup> Cfr. i parr. 7.753-7.755.

<sup>246</sup> Il paragrafo 1 della Sezione 5 prevede per esteso che «[w]ithout prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement, China shall progressively liberalize the availability and scope of the right to trade, so that, *within three years after accession, all enterprises in China shall have the right to trade in all goods throughout the customs ter-*

ement,» ed include gli impegni richiamati dal paragrafo 342 del Rapporto del Gruppo di lavoro.<sup>247</sup> Tra gli impegni assunti da Pechino vi sono le prescrizioni codificate ai paragrafi 83 e 84 della Relazione del Gruppo di lavoro, in base alle quali il Paese asiatico deve eliminare, per le imprese cinesi e per quelle create anche con investimenti stranieri, «any export performance ... and prior experience requirements,» e sopprimere, sempre nell'arco di tre anni, il requisito del capitale sociale minimo registrato, in modo tale da accordare ad ogni impresa «the right to trade,» e da permettere a «all enterprises in China and foreign enterprises and individuals ... of other WTO Members to export ... all goods ... in a non-discriminatory and non-discretionary way.»

42. Il Panel, dopo aver osservato che il periodo di transizione accordato nel Protocollo di adesione è terminato l'11 dicembre 2004, ha accolto le doglianze delle parti attrici a proposito delle condizioni poste agli operatori economici per accedere alle quote sulle materie prime. In particolare, il Panel ha sottolineato che quanto previsto ai paragrafi 83 e 84 della Relazione del Gruppo di lavoro a proposito delle esportazioni comporta «additional specific restrictions on China's right to regulate trade,»<sup>248</sup> o «further commitments granted by China» —dunque, obblighi «WTO Plus»— rispetto alla disciplina OMC generalmente applicabile alla gestione ed allocazione delle quote.<sup>249</sup> Ed è proprio alla luce di tali precisi ed ulteriori impegni, assunti dalla Cina, di eliminare i requisiti del capitale sociale minimo, della previa esperienza e del raggiungimento di un minimo giro d'affari che il Panel ha dichiarato l'incompatibilità della normativa di Pechino sull'allocazione delle quote all'esportazione di coke, bauxite, fluorite e carburo di silicio con le parti indicate del Protocollo di adesione e della Relazione del Gruppo di lavoro.

## XII. Conclusioni

43. L'esame del corposo report sulle misure restrittive alle esportazioni della Cina fa toccare con mano l'enorme peso che la Repubblica popolare ha raggiunto nell'economia mondiale, e la grande capacità che, in poco tempo, è riuscita ad acquisire nel destreggiarsi tecnicamente nel contenzioso del sistema multilaterale degli scambi, superando decenni di diffidenza nei confronti dei tribunali internazionali.<sup>250</sup>

44. Nell'attuale controversia, il Panel ha rigettato quasi tutte le istanze di Pechino, stabilendo l'illiceità delle restrizioni alle esportazioni introdotte dalla Cina su minerali e metalli. L'esito negativo,

---

ritory of China, except for those goods listed in Annex 2A which continue to be subject to state trading in accordance with this Protocol. *Such right to trade shall be the right to import and export goods.* All such goods shall be accorded national treatment under Article III of the GATT 1994, especially paragraph 4 thereof, in respect of their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use, including their direct access to end-users. For those goods listed in Annex 2B, China shall phase out limitation on the grant of trading rights pursuant to the schedule in that Annex. China shall complete all necessary legislative procedures to implement these provisions during the transition period.» WT/L/432, cit., i corsivi sono nostri. Sulla Sezione 5, par. 1, del Protocollo di adesione v. *supra* il paragrafo IV.

<sup>247</sup> I paragrafi 1 e 2 della Sezione 1 del Protocollo stabiliscono quanto segue: «[u]pon accession, China accedes to the WTO Agreement pursuant to Article XII of that Agreement and thereby becomes a Member of the WTO. The WTO Agreement to which China accedes shall be the WTO Agreement as rectified, amended or otherwise modified by such legal instruments as may have entered into force before the date of accession. This Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 342 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement.» WT/L/432, cit.

<sup>248</sup> Cfr. par. 7.655.

<sup>249</sup> «Paragraphs 83 and 84 of China's Working Party Report includes further commitments granted by China. Pursuant to Paragraph 5.1 of China's Accession Protocol and Paragraphs 83 and 84 of China's Working Party Report, all enterprises in China —Chinese and foreign enterprises alike— are to be granted the right to export almost all products ... from China, following a transition period that concluded on 11 December 2004. Paragraph 1.2 also states that China's Accession Protocol, including Paragraphs 83 and 84 of China's Working Party Report, shall be an 'integral part of the WTO Agreement.' In the Panel's view, the regulation of 'rights that the covered agreements affirmatively recognize as accruing to WTO Members' must be understood in light of the obligations as defined through China's Accession Protocol (and relevant provisions of its Working Party Report). *China expressly committed through these provisions to eliminate any 'examination and approval system' following 11 December 2004, including eliminating 'export performance' and 'prior experience requirements' and minimum registered capital requirements.*» Par. 7.665, i corsivi sono nostri.

<sup>250</sup> Sul punto cfr. P. L. HSIEH, *China's Development of International Economic Law and WTO Legal Capacity Building*, cit., alle pp. 1000 ss.

però, non permette certo di nascondere la rilevanza delle questioni che il Paese asiatico ha saputo proporre ed argomentare dinanzi al Gruppo di esperti. Sotto un profilo squisitamente teorico, ma suscettibile di significative conseguenze di carattere sostanziale, Pechino ha nuovamente posto la questione dell'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 al Protocollo di adesione. La risposta negativa data dal Panel dovrà essere rivista dall'Organo d'appello, al quale, come prevedibile, la Cina si è rivolta, ritenendo che gli obblighi WTO-Plus che ha assunto aderendo all'OMC non possano essere privati della possibilità di deroga consentita dalla clausola GATT sulle eccezioni generali. Come si è cercato di dimostrare, a nostro avviso l'inapplicabilità dell'art. XX GATT al divieto di dazi alle esportazioni contemplato nel Protocollo di adesione della Cina è un risultato che rischia di minare l'integrità del sistema OMC, fondato su un modello di sviluppo che vuole coniugare la liberalizzazione degli scambi con il costante perseguimento della tutela dell'ambiente e del progresso sociale.<sup>251</sup> Il nostro auspicio è che l'Organo d'appello non solo ribalti l'esito della valutazione del Panel, ma individui anche una formula per riconoscere l'applicabilità dell'art. XX GATT 1994 a tutto il Protocollo di adesione, senza confinare il suo report alla singola Sezione 11, par. 3, oggetto della presente disputa.

**45.** Inoltre, sempre su intelligente «provocazione» della Cina, il Gruppo di esperti ha dovuto affrontare l'importante tema del rapporto tra liberalizzazione degli scambi e principio della sovranità sulle risorse naturali, mostrando come sia possibile leggere l'eccezione sulle risorse naturali esauribili, di cui all'art. XX, lett. g), GATT 1994, nel pieno rispetto di tale sovranità. Sicuramente, si tratta di una questione che non rimarrà confinata nella presente controversia, e la Cina continuerà ad essere una grande protagonista in questo tema. Infatti, è molto probabile che il prossimo grande contenzioso sul quale si confronteranno nuovamente le grandi potenze dell'OMC sarà quello delle restrizioni sulle terre rare, indispensabili per produrre beni di alta tecnologia, dai cellulari, ai fucili di precisione, ai pannelli solari. Le terre rare per il 97% sono estratte in Cina, ma Pechino non è più disposta a condividerle con il resto del mondo. Sarà, quindi, di notevole interesse vedere se e come l'Organo d'appello interverrà sul rapporto tra sistema OMC e risorse naturali nel caso *China – Raw Materials*. Un giudizio convincente, che contenga delle aperture a Pechino -si pensa in particolare, ad una risposta positiva all'applicabilità dell'art. XX GATT al Protocollo di adesione- potrebbe creare un sufficiente ed adeguato spazio politico per incentivare una soluzione amichevole alla disputa che si profila all'orizzonte.

---

<sup>251</sup> Cfr., *supra*, il paragrafo IV.1.