

Misure *antidumping*

“Il bruco e la farfalla”. Libertà di commercio ed eccezione culturale

WTO Appellate Body, *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009.

Omissis.

Il commento di Elisa D'Alterio

L'*Appellate Body* accoglie il ricorso degli Stati Uniti, ritenendo che alcune previsioni del *Film Regulation*, del *Film Enterprise Rule*, del *2001 Audiovisual Products Regulation*, dell'*Audiovisual Products Importation Rule*, adottate dalla Cina in ordine alla circolazione dei “prodotti di intrattenimento”, non siano conformi agli obblighi Omc e, in particolare, alle norme del Protocollo di accesso della Cina all'Organizzazione. Esclude, altresì, che le previsioni del *Publications Regulation*, adottate sempre dal governo cinese, ricadano nel regime derogatorio di cui all'art. XX del Gatt. Infine, rileva la violazione del Gatt con riferimento ad alcune previsioni del *Sound Recording Distribution Services*.

Il fatto e la decisione del *Panel*

Nell'aprile e nel luglio 2007, gli Stati Uniti avviano alcune consultazioni con la Cina, nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), in merito all'adozione, da parte del governo cinese, di una lunga serie di misure discriminatorie e restrittive delle importazioni di prodotti e servizi di natura audiovisiva, musicale, editoriale, cinematografica. L'ordinamento cinese prevede, infatti, molti limiti e controlli al commercio dei “prodotti di intrattenimento” da parte degli operatori stranieri, garantendo, invece, un regime più favorevole e privilegiato alle imprese nazionali, con il risultato che le aziende straniere sono costrette, in molti casi, a utilizzare compagnie pubbliche cinesi per importare e distribuire prodotti coperti dal *copyright* (1).

A seguito dell'esito fallimentare dei tentativi di consultazione, nell'ottobre 2007, gli Stati Uniti chiedono al *Dispute Settlement Body* dell'Omc la co-

stituzione di un *Panel*, che emette dapprima un *interim report*, seguito dal *report* definitivo del giugno 2009 (2). Unitamente all'Unione europea, alla Corea e ad altre “terze parti” (3), gli Stati Uniti ritengono che il governo cinese abbia violato, complessivamente, i paragrafi 1.2., 5.1. e 5.2. del Protocollo di Accesso della Cina all'Omc (4) e altre norme

Note:

(1) Tra le più note compagnie cinesi del settore si ricorda la “China Film Corporation”. Le misure incriminate sono di vario tipo e trovano applicazione nei confronti delle imprese straniere (divieti nelle attività di distribuzione; rigidi vincoli in relazione alla registrazione del capitale, ai termini, alle procedure; limiti alla presenza di soci stranieri nelle *joint venture*; controlli del governo; ecc.).

(2) Wto Panel, *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R, 12 August 2009. Il *report* è un testo di quasi cinquecento pagine, a dimostrazione della complessità del ricorso.

(3) Australia e Taiwan.

(4) “Protocol on the Accession of the People's Republic of China to the Wto”.

correlate (5), gli artt. XVI e XVII del Gats, l'art. III:4 del Gatt. La Cina si difende sostenendo che le misure incriminate non rientrerebbero nell'ambito di applicazione degli obblighi Omc invocati dagli Stati Uniti; inoltre, alcune misure ricadrebbero nell'"ombrello" dell'art. XX del Gatt (6).

Le misure incriminate corrispondono a una lunga serie di atti del governo cinese (7): si tratta, più esattamente, di sei regolamenti emessi dallo "State Council" (8) e di regole tecniche e circolari amministrative adottate dai ministeri e dalle agenzie (9). Il *Panel* accoglie il ricorso degli Stati Uniti. Nel testo del *report*, l'organo richiama le condizioni dell'ingresso della Cina nell'Omc (10) e il contenuto dei *trading rights commitments* previsti dal Protocollo di accesso (11). Le disposizioni del Protocollo (12) ammettono che il governo cinese possa elaborare una regolazione "autonoma" delle attività commerciali, purché rispetti i predetti "impegni" e sia conforme alle norme Omc. Il *Panel* esamina, quindi, la conformità delle misure cinesi ai generali obblighi Omc e, subordinatamente, la possibilità che le stesse ricadano nel regime dell'eccezione culturale prevista dall'art. XX del Gatt (13).

La valutazione riguarda, in particolare, il contenuto di tre normative sugli investimenti stranieri, che trovano applicazione per tutte le categorie di prodotti oggetto della controversia (14), per poi passare al contenuto di normative più specifiche, come quelle sulle pubblicazioni (15) (in particolare, il *Publications Regulation*) (16), sui prodotti audiovisivi (17), sulla distribuzione dei film in uscita nelle sale (18), sui servizi di distribuzione in via elettronica dei materiali musicali (19).

Per il maggior numero delle normative impugnate, l'organo riconosce la violazione da parte della Cina degli obblighi Omc (20), salvo che per alcune pre-

(9) Ad esempio, l'*Internet Culture Rule*, il *Publication Market Rule*, l'*Audiovisual Products Importation Rule*.

(10) Per approfondimenti, si rinvia ai paragrafi successivi.

(11) In particolare, il par. 5.1. del Protocollo prevede che «all enterprises in China shall have the right to trade in all goods throughout the customs territory of China». Tale diritto ("right to trade") comprende le attività di importazione ed esportazione e investe l'intera categoria dei prodotti di intrattenimento.

(12) L'*incipit* del par. 5.1. del Protocollo di accesso riporta una clausola generale, dalla quale si ricaverebbe il predetto potere di "regolazione autonoma" della Cina: «[w]ithout prejudice to China's right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement».

(13) In particolare, il problema riguarda l'applicabilità dell'art. XX del Gatt anche ai casi di deroga al Protocollo di accesso.

(14) Si tratta, innanzi tutto, del *Foreign Investment Regulation*, che indica le tipologie di investimento straniero ammissibili in Cina. In secondo luogo, se un progetto di investimento straniero ricade nelle categorie indicate nella *black list* del *Catalogue*, l'investimento non può essere approvato. Nel 2007, il *Catalogue* è stato riformato con l'inserimento di ulteriori progetti di investimento straniero definiti "non ammissibili", come quelli relativi alla distribuzione di libri, giornali, periodici, prodotti audiovisivi, pubblicazioni elettroniche, prodotti informatici e tutto ciò che rientra nell'*Internet Culture Operation*. Queste modifiche, unite alle previsioni del *Foreign Investment Regulation*, proibiscono alle imprese straniere di fornire tali beni e servizi. La terza normativa (*Several Opinions*) prevede che le agenzie cinesi vietino alle imprese straniere l'importazione o distribuzione di certi prodotti, inclusi quelli oggetto della controversia.

(15) L'importazione e la distribuzione dei prodotti editoriali sono regolate dalla *General Administration of Press and Publication* (Gapp). Tali attività sono permesse solo agli operatori che rispondono ai requisiti imposti da tale amministrazione: essi devono redigere una lista dei materiali da importare, che viene sottoposta a un doppio controllo delle autorità cinesi competenti, sotto la supervisione generale della Gapp. Superati tali controlli, il bene/servizio può essere importato con l'apposita documentazione da presentare alle autorità doganali.

(16) Gli artt. 41 e 42 del *Publications Regulation* vietano, in sostanza, l'importazione di prodotti editoriali a individui e imprese che non siano "approvati" dalle autorità cinesi; per riviste e periodici è necessario che le imprese approvate siano, inoltre, "designate" dal Gapp per accedere a tale mercato. Ai fini dell'approvazione, è necessario che l'impresa soddisfi almeno otto requisiti elencati dall'art. 42. Tra questi, ci sono quelli che impongono che l'impresa sia totalmente nazionale («wholly State-owned requirement»), abbia personale con referenze stabilite dallo Stato, sia conforme ai dettami del *China State Plan*, ecc.

(17) I prodotti audiovisivi sono regolati dal Ministero della Cultura (Moc) e la loro importazione è sottoposta a particolari procedure, verifiche e a un controllo finale del Moc.

(18) Riguardo anche ai film in uscita nelle sale, è prevista un'apposita amministrazione (Sarft), che effettua i controlli sulla circolazione di tali prodotti e regola le procedure.

(19) Si v. le *Network Music Opinions*.

(20) In sintesi, il *Panel* riconosce per ciascuna normativa incriminata la violazione di alcuni parametri in ordine ai singoli settori considerati. Complessivamente, le normative sono: *Foreign Investment Regulation*, *Catalogue*, *Several Opinions*, *Publications Regulation*, *Imported Publications Subscription Rule*, *Publications Sub-Distribution Rule*, *Publications Market Rule*, *1997 Electronic Publications Regulation*, *2001 Audiovisual Products Regulation*, *Audiovisual Products Importation Rule*, *Audiovisual Sub-Distribution Rule*, *Circular on Internet Culture*, *Network Music Opinions*, *Film Regulation*, *Film Enterprise Rule*. I parametri considerati sono: i *trading rights* e il Gats, i soli *trading rights*,
(segue)

Note:

(5) Si tratta del "*Report of the Working Party on the Accession of China to the Wto*".

(6) L'art. XX del Gatt dispone che «sempre che l'applicazione non sia fatta in maniera da essere un mezzo di discriminazione arbitraria, o ingiustificata, tra i Paesi che sono nelle medesime condizioni, né da essere un palliamento di restrizione del commercio internazionale, nessuna disposizione del presente accordo sarà interpretata come divieto a una Parte contraente qualsiasi di istituire o d'applicare delle misure (a) necessarie alla tutela della morale pubblica; (...) (f) intese alla protezione di tesori artistici, storici, o archeologici, nazionali (...)».

(7) Si tratta, in generale, di circa diciassette misure (più altre due che non sono considerate "misure" ai sensi delle norme Omc e altre che vengono escluse perché non comprese nel *petitum*).

(8) È l'organo superiore dell'esecutivo nell'ordinamento cinese. Alcuni di questi regolamenti sono il *Publications Regulation*, l'*Audiovisual Products Regulation*, il *Film Regulation*.

visioni dell'art. 42 del *Publications Regulation*, considerate "necessarie" alla protezione della morale pubblica ai sensi dell'art. XX del Gatt (21). L'organo raccomanda, quindi, al governo cinese di modificare le proprie misure in modo conforme alle norme Omc, autorizzando gli Stati Uniti ad annullare i benefici commerciali corrisposti alla Cina nell'ambito dell'Organizzazione.

La decisione dell'*Appellate Body*

La Cina si rivolge, quindi, all'organo di appello dell'Omc, basando il proprio ricorso su tre punti principali: l'errata riconduzione, da parte del *Panel*, delle misure cinesi su film e prodotti audiovisivi all'ambito di applicazione dei *trading rights commitments* (pp. 74-91 del *report*); l'errata attuazione del "test di necessità" di cui all'art. XX del Gatt (pp. 91-142) (22); la conformità delle misure sulla distribuzione di materiale musicale in via elettronica all'art. XVII del Gatt (pp. 142-166) (23).

L'*Appellate Body* conferma, quasi totalmente, la decisione del *Panel* (24).

Riguardo al primo punto, l'organo riconosce che i film possano considerarsi "beni" e ritenersi suscettibili dell'applicazione dei *trading rights commitments*. Nonostante la Cina sostenga che gli obblighi Omc non si applichino alla fattispecie (25), poiché le misure incriminate riguarderebbero i contenuti dei film e non il supporto materiale attraverso il quale si rende possibile il loro commercio e distribuzione, l'*Appellate Body* ritiene che tali misure incidano, comunque, restrittivamente sulla circolazione dei prodotti cinematografici da parte delle imprese straniere. Le misure violerebbero sia le norme Gatt, sia le disposizioni Gats con riferimento ai servizi relativi a tale settore (26). Per quanto attiene ai prodotti audiovisivi (cd, dvd, vhs, ecc.), l'organo esclude che quelli privi di supporto materiale (c.d. «unfinished») rientrino nella disciplina di tutela del *copyright*, trattandosi, anche in questo caso, di "beni" suscettibili dell'applicazione dei *trading rights commitments* (27).

L'interpretazione dell'art. XX del Gatt sull'eccezione culturale rappresenta il punto di maggiore interesse del *report* (28). A tal riguardo, l'*Appellate Body* (29) esclude che le misure cinesi in esame siano "necessarie" alla protezione della morale pubblica, confermando, in sostanza, quanto stabilito dal *Pa-*

li dei prodotti editoriali, audiovisivi, cinematografici (film in uscita nelle sale), musicali (in supporto elettronico).

(21) In questa sede, il giudice Omc ritiene che i requisiti relativi al personale e lo *State Plan Requirement* siano "necessari", nonostante la Cina non abbia dimostrato che l'alternativa individuata dagli Stati Uniti fosse "non ragionevolmente disponibile" (par. 7.911 del *report*).

(22) L'errata applicazione del *test* viene lamentata solo in ordine ad alcune misure, il cui elenco è riportato a p. 92 del *report* dell'organo di appello.

(23) Più esattamente, l'AB è chiamato a valutare se: 1) il *Panel* abbia sbagliato nel ritenere le misure cinesi relative ai film in uscita nelle sale e ai prodotti audiovisivi soggette ai *trading rights* (si tratta dell'art. 30 del *Film Regulation*, dell'art. 16 del *Film Enterprise Rule*, dell'art. 5 del *2001 Audiovisual Products Regulation*, dell'art. 7 dell'*Audiovisual Products Importation Rule*); 2) la Cina possa invocare l'art. XX del Gatt per giustificare la violazione dei diritti al commercio e abbia dimostrato che le misure fossero "necessarie alla protezione della morale pubblica" sempre ai sensi dell'art. XX del Gatt (a tal riguardo, il giudice deve valutare anche se il *Panel* ha sbagliato nel sostenere che alcune previsioni dell'art. 42 del *Publications Regulation* fossero funzionali alla protezione della morale pubblica); 3) il *Panel* ha sbagliato nel ritenere restrittivi gli effetti delle misure cinesi sull'importazione; 4) il *Panel* ha sbagliato nell'affermare l'esistenza di misure cinesi meno restrittive e più ragionevoli; 5) il *Panel* abbia applicato male il "test di necessità"; 6) il *Panel* abbia sbagliato nel ritenere che le misure cinesi restrittive della distribuzione di materiale musicale in formato elettronico fossero lesive dell'art. XVII del Gatt.

(24) *Wto Appellate Body, China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009.

(25) Secondo la Cina, l'espressione *Dian Ying*, utilizzata nelle normative incriminate (*Film Regulation*, *Film Enterprise Rule*, *Audiovisual Products Regulation*, *Audiovisual Products Importation Rule*), farebbe riferimento al contenuto artistico dei film e non al loro supporto materiale.

(26) «On the basis of our analysis in this section, we find that the Panel did not commit the errors alleged by China in concluding that Article 30 of the *Film Regulation*, which allows "only ... designated film import entities ... to be engaged in the business or activity of importing relevant contents", is subject to China's trading rights commitments because it necessarily affects who may engage in importing hard-copy cinematographic film carrying relevant content (a good). Because the reasons that led the Panel to conclude that Article 30 of the *Film Regulation* was subject to China's trading rights commitments also applied, *mutatis mutandis*, to Article 16 of the *Film Enterprise Rule*, we also find that the Panel did not commit any error in finding that Article 16 of the *Film Enterprise Rule* is subject to China's trading rights commitments under paragraphs 1.2 and 5.1 of China's Accession Protocol and paragraphs 83(d) and 84(a) and (b) of China's Accession Working Party Report».

(27) Le motivazioni sono simili a quelle relative alle misure sui film.

(28) Per maggiori approfondimenti sull'eccezione culturale e sul "test di necessità", si v. i paragrafi successivi.

(29) Il giudice Omc ammette, dapprima, che la norma si applichi, a certe condizioni, anche alle misure adottate ai sensi del par. 5.1. del Protocollo di accesso e delle disposizioni correlate dell'*Accession Working Party Report*. Più esattamente, la norma può trovare applicazione in ordine alle misure frutto della regolazione autonoma e adottate in virtù del par. 5.1., purché connesse («with a discernable and objective link») alla regolazione del commercio. Si tratta, comunque, di una valutazione da effettuare caso per caso.

Note:

(segue nota 20)

solo il Gats, il Gats e il Gatt. Infine, i settori esaminati sono quel-

nel (30). In tale valutazione, l'organo fornisce una serie di indicazioni rilevanti sulle modalità di applicazione del c.d. "test di necessità" previsto dalla norma. Anche le disposizioni dell'art. 42 del *Publications Regulation* (in particolare, lo *State Plan Requirement*), che il *Panel* aveva ritenuto "necessarie" alla protezione della morale pubblica in assenza di una "ragionevole alternativa", sono considerate illecite (31).

Infine, l'*Appellate Body* (32) conferma le conclusioni del *Panel* anche in ordine alla illegittimità dei divieti posti alle imprese straniere nella distribuzione in via elettronica di materiali musicali (33).

La disciplina: commercio internazionale e limitazioni nazionali

La decisione in esame si innesta in un lungo e articolato processo di liberalizzazione e apertura del mercato cinese (34).

La disciplina del commercio in Cina è stata sempre caratterizzata dall'attuazione di politiche protezionistiche, basate, principalmente, sulla previsione di un controllo incisivo da parte del governo e di un rilevante sistema di ausilio pubblico alle imprese di Stato (35). Tuttavia, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, contestualmente ai processi di rinnovamento avviati dal governo di Deng Xiaoping, inizia una fase di apertura della Cina all'instaurazione di rapporti commerciali internazionali. Dapprima, viene siglato l'accordo di Bangkok (1976), firmato tra i Paesi in via di sviluppo dell'area Pacifico e Asia, che prevede la liberalizzazione commerciale, nell'area del sud-est asiatico, in una serie di settori strategici (abbigliamento, prodotti agricoli, pietre preziose, ecc.). Ma è soprattutto a partire dagli anni Novanta che la Cina stipula importanti accordi regionali in materia commerciale, come l'*Asia Pacific Economic Cooperation* (Apec) (36) e, successivamente, l'*Asia Europe Meeting* (Asem). In entrambi i casi, si tratta di accordi volti alla cooperazione tra gli Stati in campo economico-commerciale, attraverso l'adozione di piani di azione, la riduzione delle barriere non tariffarie, l'incremento della trasparenza. La Cina è, inoltre, membro dell'*Association of South-East Asian Nations* (Asean) e dei *Asean-China Free Trade Agreements* (Acfta) (37). Nell'ambito di tali accordi è prevista la creazione di una vasta area di libero scambio (Fta) (38) tra le economie parte-

public morals, within the meaning of Article XX(a) of the Gatt 1994 and that, as a result, China has not demonstrated that these provisions are justified under Article XX(a)» (pp. 141-142 del report).

(31) Sul punto, l'AB critica al *Panel* un'applicazione confusa del "test di necessità". Le misure possono, infatti, definirsi "necessarie" solo qualora superino tutte le fasi della procedura, compresa quella relativa al confronto con misure "alternative". Il *Panel* aveva, infatti, sostenuto che lo *State Plan Requirement* fosse una misura necessaria alla protezione della morale pubblica, nonostante gli Stati Uniti avessero individuato, in sua sostituzione, misure alternative ragionevoli e applicabili.

(32) In via preliminare, il giudice Omc ha dovuto risolvere una questione interpretativa. Ancora una volta, la Cina aveva sostenuto, infatti, che gli obblighi Omc non si applicassero alla distribuzione di materiale musicale in via elettronica, non trattandosi di beni in senso stretto (poiché privi di supporto materiale) ma di "contenuti artistici". Già il *Panel* «was not persuaded that the meaning of the term 'sound recording' excluded recorded content stored or distributed in electronic form». Il giudice Omc elabora, quindi, una serie di precisazioni sul termine «distribution», consultando dizionari inglesi e invocando gli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati internazionali.

(33) In particolare, tali misure violerebbero il principio dell'applicazione del trattamento nazionale previsto dall'art. XVII del Gats.

(34) Sul caso in esame, si v. R. Creemers, *The Effects of Wto Case DS362 on Audiovisual Media Piracy in China*, in *European Intellectual Property Review*, in corso di pubblicazione (consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434914); T.S. Voon, *China - Publications and Audiovisual Products*, in *American Journal of International Law*, vol. 104, 4/2009; P. L. Hsieh, *China-United States Trade Negotiations and Disputes: The WTO and Beyond*, in *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 4, 2/2009, 369-399; N.F. Diebold, *The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 11, 1/2008, 43-74; S. Malawer, *United States-China Trade Litigation in the WTO*, in *Virginia Lawyer*, vol. 28, n. 56, 2007.

(35) Sul processo di liberalizzazione del mercato cinese, si v. R. Hayter e S.S. Han, *Reflections on China's Open Policy Towards Foreign Direct Investment*, in *Regional Studies*, vol. 32, n. 1, 1998; R. Ramamurti, *The Future of the Multilateral Trading System*, in *Thunderbird International Business Review*, vol. 42, n. 5, 2000, 611-17; M.U. Killion, *The Three Represents and China's Constitution: Presaging Cultural Relativistic Asian Regionalism*, in *Currents International Trade Law Journal*, vol. 14, 2004; Id., *Chinese Regionalism and the 2004 Asean-China Accord: the Wto and Legalized Trade Distortion*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 31, n. 1, 2005, 1-64; Id., *The New Millennium: Apec and Emerging China*, in *New Developments in Macroeconomics Research*, a cura di L.Z. Pelzer, Nova Science Publishers, 2006; J.Y. Wang, *China's Regional Trade Agreement (RTA) Approach: the Law, the Geopolitics, and the Impact on the Multilateral*, in *Singapore Year Book of International Law*, vol. 8, 2004; Id., *China, India, and Regional Economic Integration in Asia*, Working Paper Series, Chinese University of Hong Kong - School of Law, 2006.

(36) Consiste in un *forum* di discussione tra una serie di Stati dell'area orientale, finalizzato al raggiungimento di una maggiore liberalizzazione, mediante la conclusione di accordi di scambio, preceduti da studi di settore di comitati *ad hoc*.

(37) Alcuni scopi degli accordi sono: rafforzare e ampliare la cooperazione economica, commerciale e in materia di investimenti; la progressiva liberalizzazione e promozione del commercio dei beni e servizi; la creazione di un regime di investimenti più trasparente e liberalizzato.

(38) Si tratta di un progetto simile a quello dell'Etta (*European Free Trade Association*) e a quello del Nafta (*North American Free Trade Agreement*).

Note:

(30) «(...) For all these reasons, we uphold the Panel's conclusion, in paragraph 8.2(a)(i) of the Panel Report, that China has not demonstrated that the relevant provisions are "necessary" to protect

cipanti e, in particolare, è stabilito un rilevante coordinamento con il sistema Omc (39). Gli accordi prevedono, comunque, la possibilità di adottare liste di esclusione, temporanee o definitive, di beni dal libero commercio (c.d. "prodotti sensibili"), ammettendo, pertanto, alcune misure protezionistiche. Agli accordi regionali si aggiungono vari accordi bilaterali, siglati dalla Cina con il Pakistan, il Cile, la Nuova Zelanda, l'Australia, Hong Kong e Macao, la Corea del Sud, la Thailandia, gli Stati africani, i Paesi del Golfo Persico, la Russia, l'India. Particolarmente rilevante è poi l'instaurazione di rapporti con i Paesi Efta, che rappresenta un primo raccordo tra il sistema economico cinese e quello di Paesi dell'area occidentale (40).

Già prima dell'ingresso nell'Omc (2001), il commercio cinese conosce, quindi, una significativa apertura a livello regionale - sovranazionale. Indici di un tale processo sono sia la stipulazione dei predetti accordi, sia l'adozione di riforme nazionali in materia di importazioni ed esportazioni. Con riferimento alle prime, sono intrapresi programmi di agevolazione delle importazioni di materie prime, indispensabili alla produzione interna cinese, eliminando il precedente regime di oligopolio (41), liberalizzando il sistema dei prezzi, riducendo i dazi doganali e le barriere non tariffarie (42). Per quanto attiene alle esportazioni, sono adottate misure di promozione e liberalizzazione, come l'adozione di un sistema aperto di licenze, la svalutazione della moneta nazionale, la crescente partecipazione a *network* produttivi globali.

A seguito di una negoziazione durata circa quindici anni, viene adottato il Protocollo di accesso della Cina all'Omc, previa accettazione da parte del governo cinese di una serie di impegni diretti all'apertura e alla liberalizzazione completa del mercato interno e delle norme sul commercio con l'estero a livello globale (43). Il commercio esclusivo statale sopravvive solo per i cereali, il tabacco, i combustibili e i minerali (44). Il resto dei prodotti agricoli è soggetto alla libera circolazione, attraverso il sistema del *Minimum Access Opportunity* (45) e la soppressione dei sussidi alle esportazioni. Riguardo alle merci e ai servizi, la partecipazione all'Omc costringe la Cina a una drastica riduzione dei dazi e delle barriere non tariffarie, all'adozione di misure *anti-dumping*, all'eliminazione di una serie di limitazioni al mercato delle telecomunicazioni, dei servizi professionali, dei servizi finanziari e di quelli audiovisivi (46). Alle misure strettamente commerciali si accompagnano anche misure di carattere giuridico, come la previsione di un controllo giudiziario (sebbene minimo) sugli atti amministrativi di regolazio-

ne del commercio e la pubblicazione delle misure adottate in tale settore ai fini della garanzia della trasparenza (47).

Tuttavia, la posizione della Cina nell'Omc è molto peculiare. È previsto, infatti, un lungo periodo transitorio (di circa dodici anni dall'entrata in vigore del Protocollo di accesso), nel quale è consentito agli Stati membri dell'Organizzazione di adottare una serie di meccanismi di salvaguardia nei rapporti con il mercato cinese (48). È stabilita, altresì, la vi-

Note:

(39) Tali accordi devono sottostare al rispetto degli obblighi Omc, che, in alcuni casi, hanno, peraltro, una funzione integrativa rispetto a quanto non espressamente stabilito.

(40) Per approfondimenti sui contenuti degli accordi, si v. il documento Cidoie di G. Bianchi, *La politica commerciale della Cina e la sua partecipazione all'Omc: tra multilateralismo e regionalismo*, 2007, consultabile su http://www.cidoie.unimi.it/archive/dossier_cina.pdf.

(41) Si trattava di dodici *Foreign Trade Corporations*, controllate dal governo.

(42) Alcune misure consistono nell'eliminazione dell'*Import Substitution List* (barriera non tariffaria, che selezionava i prodotti importabili solo se non disponibili sul mercato nazionale) e del *Tendering* (misura non tariffaria, consistente in un'asta tra i possibili fornitori, sottoposta all'approvazione del governo).

(43) La Cina è tenuta al rispetto di una lunga serie di impegni, come quelli di assicurare un trattamento non discriminatorio all'interno del mercato cinese per le merci provenienti dai membri Omc; assicurare a tutti i membri Omc l'applicazione della clausola della nazione più favorita per quanto riguarda le misure tariffarie e non tariffarie; eliminare le pratiche di doppio prezzo e trattamenti differenziati tra i prodotti destinati al mercato interno e quelli destinati all'esportazione; eliminare e non introdurre sussidi all'esportazione per i prodotti agricoli; liberalizzare il sistema bancario; ecc. Sul punto, si v. Razen Sappideen e Ling Ling He, *Reflections on China's Wto Accession Commitments and Their Observance*, in *Journal of World Trade*, vol. 43, n. 4, August 2009, 847-871.

(44) Già nel 2001, soltanto il petrolio, i prodotti agricoli e alcune materie prime risultavano soggetti al commercio esclusivo nazionale.

(45) Il *Minimum Access Opportunity* prevede una quota minima di importazioni alle quali applicare un dazio, tramite il sistema del *Tariff Rate Quota System*, per cui una quantità minima pre-stabilita è importata al dazio più basso, mentre tutte le altre quantità sono importate in eccedenza a dazio pieno.

(46) Sulla partecipazione della Cina all'Omc, si v. C.D. Stoltenberg, *China and the WTO: the Implications of Membership in Historical Context*, in *Thunderbird International Business Review*, vol. 45, 4/2003, 447-466; T.L. Walmsley, T.W. Hertel, E. Ianchovichina, *Assessing the Impact of China's WTO Accession on Investment*, in *Pacific Economic Review*, vol. 11, 3/2006, 315-339; E. Ianchovichina e T.L. Walmsley, *Impact of China's Wto Accession on East Asia*, in *Contemporary Economic Policy*, vol. 23, n. 2, 2005, 261-277; P. Changhong e L. Peng, *Responsibilities of China After Accession to the WTO*, in *China & World Economy*, vol. 15, 4/2007, 89-101.

(47) Queste misure erano, originariamente, sconosciute all'ordinamento cinese. Sul punto, si v. C. Huei Wu, *How Does Trips Transform Chinese Administrative Law?*, Gal Paper, June 2007.

(48) Ad esempio, gli Stati possono esercitare un "diritto di rap-
(segue)

genza di uno speciale meccanismo di revisione transitorio, per monitorare il rispetto degli impegni assunti dalla Cina (49). Queste misure si spiegano in relazione all'elevata quantità e competitività dei prodotti cinesi, capaci di minacciare facilmente il mercato dei produttori di altri Paesi, e ai caratteri dell'ordinamento, caratterizzato dalla previsione di regimi di ausilio finanziario alle imprese statali, dall'assenza di garanzie effettive nei confronti dei lavoratori, da misure restrittive in particolari campi come quello dei *cultural goods*.

La previsione del regime transitorio è, quindi, dovuta alla persistenza nel sistema cinese di forti limitazioni a un vero e proprio processo di liberalizzazione commerciale. In questi termini, alcuni studiosi hanno parlato di «travails of trade» (50). Ancora oggi sono, infatti, evidenti i problemi del *dumping* monetario (51), del *social dumping* (52), della consistente ingerenza delle aziende pubbliche cinesi attraverso un c.d. sistema di *discriminatory government procurements* (53).

Alle suddette limitazioni generali si sommano anche i «limiti culturali» al commercio dei prodotti audiovisivi, cinematografici, editoriali, musicali (54). Questi limiti sono stabiliti, innanzi tutto, nelle normative sugli investimenti stranieri e sul commercio delle singole categorie di beni, che prevedono controlli, articolate procedure amministrative, trattamenti discriminatori nei confronti degli operatori stranieri, restrizioni all'ingresso di tali prodotti dall'estero (55).

In secondo luogo, i limiti derivano anche dai modi di applicazione della disciplina del *copyright* (56). A seguito delle modifiche del 2002 (57), dettate soprattutto dalla diffusione di *internet* e dall'ingresso della Cina nell'Omc con la consequenziale adesione agli accordi TRIPs (58), la legge cinese sul diritto d'autore ha assunto un contenuto simile a quello delle normative degli Stati occidentali: essa prevede un lungo elenco di «usi ragionevoli» delle opere coperte da *copyright* e un sistema abbastanza elastico di rimedi privati e pubblici, al quale può aggiungersi l'intervento di apposite organizzazioni di controllo collettive (59). Tuttavia, la legge viene applicata in modo piuttosto estensivo ed è usata come limite alla circolazione di molti beni nel settore dell'intrattenimento, per i quali la tutela del *copyright* giustifica una serie di misure restrittive al commercio. Paradossalmente, la stessa normativa non prevede, invece, un adeguato sistema sanzionatorio nei confronti dei trasgressori, soprattutto rispetto alla tutela dei beni di origine straniera e il cui commercio non è stato previamente autorizzato dalle autorità cinesi (60).

Note:

(segue nota 48)

presaglia», che consiste nella possibilità di limitare concessioni equivalenti a chi istituisce clausole di salvaguardia nei propri confronti. Anche la Cina può esercitare tale diritto, solo qualora, tuttavia, siano trascorsi due anni dopo l'introduzione delle clausole nei propri confronti.

(49) Si v. l'art. 16 del Protocollo di accesso.

(50) Si v. P. Blustein, *Misadventures of the Most Favoured Nations: Clashing Egos, Inflated Ambitions, and the Great Shambles of the World Trade System*, New York, Public Affairs, 2009.

(51) Per «*dumping monetario*» o «*dumping di cambio*» si indica una situazione di mercato nella quale «il prezzo più basso del prodotto straniero rispetto a quello nazionale simile deriva da un artificioso rapporto di cambio tra le monete dello Stato di origine e quello di vendita della merce». La definizione è tratta da A. Santa Maria, *Cina: regole internazionali e dumping sociale e monetario*, in *Dir. comm. int.*, 4/2003, 675.

(52) Il «*social dumping*» fa riferimento alle attività poste a lavoro forzato. Su questo aspetto, si v., ancora una volta, A. Santa Maria, *Cina: regole internazionali e dumping sociale e monetario*, cit., 681 ss.

(53) Tuttavia, alcuni rapporti dimostrerebbero come, negli ultimi tempi, la Cina registri un'economia più trasparente e aperta, una significativa diminuzione delle barriere al commercio e agli investimenti, una partecipazione attiva all'Omc (con riferimento particolare al *Doha Development Round*). Tuttavia, si tratta di dati che tengono conto soltanto della situazione di partenza dell'ordinamento cinese, senza considerare quelli che dovrebbero essere, invece, i punti di approdo, che risultano ancora difficilmente raggiungibili. I dati sono reperibili direttamente sul sito web dell'Omc, ove vengono annualmente pubblicati rapporti sull'andamento delle politiche commerciali degli Stati membri.

(54) Si rinvia ai precedenti paragrafi.

(55) Per un'analisi dettagliata delle normative, si rinvia ai paragrafi precedenti.

(56) La disciplina cinese sul diritto d'autore è costituita da alcune disposizioni della Costituzione, dai principi generali del diritto civile cinese, dalla legge sul diritto d'autore e successive modificazioni.

(57) A tal riguardo, si v. F. Anling, *La recente riforma della legge sul diritto d'autore in Cina. Riflessioni su alcuni problemi*, 2003, consultabile su <http://www.dirittoestoria.it/lavori2/Contributi/Fei-Anling-Diritto-di-autore-Cina.htm>.

(58) Nel testo di C. Huei Wu, *How Does TRIPS Transform Chinese Administrative Law?*, cit., vengono evidenziati gli effetti positivi di tale adesione ai fini dello sviluppo del diritto amministrativo cinese verso l'affermazione dei principi della *rule of law*, soprattutto attraverso la previsione di sistemi di *judicial review*. In termini più generali, si v. S. Balme e M. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave - Macmillan Sciences Po, 2009.

(59) Si v. F. Anling, *La recente riforma della legge sul diritto d'autore in Cina. Riflessioni su alcuni problemi*, cit.

(60) Sul punto, si v. Wto Panel, *China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, 29 January 2009. In questo ricorso, promosso dagli Stati Uniti nei confronti della Cina, è denunciata la violazione dell'art. 64 dell'Accordo Trips, riguardo ad alcune misure concernenti la protezione e l'applicazione dei diritti di proprietà intellettuale in Cina, con richiesta di consultazione su quattro aspetti: la sottoposizione alla normativa penale di azioni di contraffazione di marchi e di violazione di *copyright*; le modalità di eliminazione dei beni contraffatti confiscati dalle autorità doganali cinesi; la

(segue)

Il "velo" dell'eccezione culturale

Le limitazioni al commercio di prodotti "sensibili" dal punto di vista culturale possono trovare una loro legittimazione, a livello globale, nel principio dell'eccezione culturale di cui all'art. XX del Gatt, che, come esaminato, viene invocato dalla Cina per giustificare l'adozione delle predette misure sulla circolazione dei prodotti di intrattenimento (61). La norma ammette l'adozione di misure derogatorie alla libera circolazione dei beni qualora queste siano volte alla tutela della morale pubblica e di interessi culturali (62). Si tratta di eccezioni generali alla disciplina degli accordi Gatt-Omc, la cui applicazione risulta, comunque, subordinata all'osservanza dei principi di non discriminazione arbitraria e ingiustificata, della reciprocità degli Stati, di non restrizione "simulata" del commercio internazionale (63). Nel dettaglio, è, altresì, previsto per gli Stati di stabilire, in determinati settori, c.d. "screen quotas", in virtù del combinato disposto dagli articoli IV e III, par. 10, del Gatt (64). In tal modo, uno Stato può riservare un trattamento di favore ad alcuni beni nazionali (in particolare, si tratta dei prodotti cinematografici) a svantaggio dei prodotti simili stranieri (65). I trattamenti privilegiati possono consistere in finanziamenti pubblici o nell'adozione di regimi più vantaggiosi (66).

A livello globale, la protezione dell'eccezione culturale è assicurata anche dalla "Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" (67). L'accordo si applica alle politiche e misure adottate dagli Stati in relazione ad attività, servizi e beni culturali (art. 3) (68). La differenza principale tra la tutela prevista dalla Convenzione e quella dell'art. XX del Gatt è il passaggio dalla logica dell'eccezione culturale a quella della protezione della diversità culturale o dell'"esclusione culturale" (69). Pertanto, la Convenzione prevede un sistema di tutela più esteso e capace di giustificare in modo più consistente l'adozione di politiche protezionistiche nel settore culturale.

Il riconoscimento dell'eccezione culturale, prevista dal regime Gatt, è strettamente legato al supera-

Note:
(segue nota 60)

portata della normativa penale per la riproduzione e la distribuzione non autorizzata di lavori che godono del diritto d'autore; il rifiuto della protezione del diritto d'autore per determinati beni il cui commercio non è stato previamente autorizzato. Il *Panel* ha accolto il ricorso, riconoscendo la violazione dell'accordo Trips, dando un termine alla Cina per uniformarsi agli obblighi Omc.

(61) Sul principio dell'eccezione culturale, si v. G. Rubagotti, *La Convenzione Unesco - Sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali: quale coordinamento con le norme Omc?*, in *Dir. comm. int.*, vol. 21, 3/2007, 696 ss.; A. Dahrendorf, *Trade Meets Culture. The Legal Relationship Between WTO Rules and the Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, Maastricht Working Paper, n. 11, 2006; B.C. Graber, *The New Unesco Convention on Cultural Diversity: a Counterbalance to the WTO?*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 9, 3/2006; T. Voon, *Cultural Products and the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2007; T. Broude, *Taking 'Trade and Culture' Seriously: Geographical Indications and Cultural Protection in WTO Law*, SSRN Electronic Paper Collection, May 2005 (in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=714981); M. Barlow, *The Global Monoculture: 'Free Trade' Versus Culture and Democracy*, in *Earth Island Journal*, Autumn 2001.

(62) L'art. XX del Gatt individua varie ipotesi di deroga. Le più importanti sono, comunque, quelle relative all'adozione di misure volte alla tutela della morale pubblica e del settore culturale (lettere a e f). Si tratta, all'evidenza, di ipotesi strettamente connesse tra loro, la cui *ratio* consiste nella salvaguardia dell'identità nazionale. In questo senso, entrambe sono riconducibili al principio dell'eccezione culturale.

(63) Per approfondimenti, si v. P. Picone e A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, 321 ss. In questa sede, sono trattate le definizioni utilizzate nel preambolo della norma, evidenziando che la "discriminazione arbitraria o ingiustificata" deve essere distinta dal principio di non discriminazione, previsto in via generale dal Gatt, e che la "restrizione larvata" può essere determinata con qualsiasi strumento atto a produrre effetti restrittivi sul commercio (si v. spec. 333-335).

(64) L'art. IV del Gatt stabilisce che: «Qualora una Parte contraente istituisca o mantenga un ordinamento quantitativo interno sulle pellicole cinematografiche impressionate, esso sarà stabilito in forma di contingentamento delle proiezioni, secondo le condizioni seguenti (...)». L'art. III, par. 10, stabilisce che: «Le disposizioni del presente articolo non impediranno a una Parte contraente di istituire o di mantenere un ordinamento quantitativo interno sulle pellicole cinematografiche impressionate, quando esso sia conforme alle prescrizioni dell'art. IV».

(65) Sul punto, si segnala la vicenda della Corea del sud che, in applicazione delle suddette norme, ha mantenuto a lungo condizioni discriminatorie a vantaggio dei film prodotti localmente. Tali misure di sostegno sono state allentate solo su pressioni statunitensi, che hanno posto maggiori possibilità d'accesso al mercato cinematografico coreano come una delle condizioni per la stipulazione di un accordo bilaterale di libero scambio.

(66) Al riguardo, è particolarmente significativo il sistema francese di finanziamento del cinema e della televisione. Per una trattazione del tema, si v. S. Foà e W. Santagata, *Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in *Aedon*, 2/2004.

(67) La Cina invoca tale Convenzione *ad adiuvandum* (p. 94 del report del *Panel*). Sui rapporti tra tale Convenzione e le norme Omc, si v. G. Rubagotti, *La Convenzione Unesco - Sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali: quale coordinamento con le norme Omc?*, cit., 689.

(68) L'oggetto della Convenzione è indicato all'art. 4, par. 4, ove sono menzionati attività, beni e servizi culturali, che «considerati dal punto di vista della loro qualità, utilizzazione e finalità specifica, incarnano o trasmettono espressioni culturali, indipendentemente dal loro eventuale valore commerciale».

(69) A tal riguardo, si segnalano alcune difficoltà sul coordinamento tra le due discipline. Si v. sempre G. Rubagotti, *La Convenzione Unesco - Sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali: quale coordinamento con le norme Omc?*, cit., 689.

mento di un c.d. "test di necessità". Da questo punto di vista, la decisione in esame offre importanti elementi di approfondimento (70). In particolare, l'applicazione del test risulta caratterizzata da un'articolata procedura, scandita da almeno tre fasi. La prima è quella della valutazione degli interessi in gioco, dei quali si esamina la «relative importance». La seconda consiste nel giudizio di «weighing and balancing», ove rileva una serie di fattori. Il bilanciamento deve, infatti, tenere conto della «contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it» e del «restrictive effect of the measure on international commerce», nonché di «fattori aggiuntivi» a seconda dei casi. L'ultima fase attiene al confronto tra la misura incriminata e le possibili alternative, delle quali sono valutate la ragionevolezza e l'applicabilità. In altri termini, il giudice Omc deve esaminare se l'alternativa è equivalente alla misura, ma con effetti meno restrittivi sul commercio, e se è oggettivamente applicabile da parte dello Stato (71). Quest'ultima valutazione richiede un'analisi degli effetti restrittivi della misura incriminata sia sulle importazioni, sia, in generale, sull'esercizio del «diritto al commercio» da parte di tutti gli operatori economici (72).

I caratteri e il funzionamento del "test di necessità" meritano una particolare attenzione per almeno quattro aspetti. Innanzi tutto, il test è una vera e propria *doctrine* di origine giurisprudenziale, creata dai giudici Omc ai fini dell'applicazione della deroga di cui all'art. XX del Gatt (73). La norma si limita, infatti, a prevedere l'applicazione di misure «necessarie alla tutela della morale pubblica, (...) alla protezione di tesori artistici, storici o archeologici, nazionali (...)», senza dare indicazioni sul funzionamento del test, che è, dunque, frutto dell'attività creativa degli organi Omc.

Un secondo aspetto attiene ai contenuti della valutazione. L'esame della necessità della misura richiede un'analisi di merito, relativa ai caratteri sostanziali della misura incriminata e alla successiva comparazione con la possibile alternativa, della quale si deve, peraltro, valutare la ragionevolezza (c.d. regola dell'impatto minimo). Si tratta, in altre parole, dell'applicazione del principio di proporzionalità, per cui, individuato il fine (tutela della morale e della cultura pubblica), il giudice pondera l'adeguatezza del mezzo alla luce del bilanciamento con altri interessi incisi (libertà del mercato) (74). In questo tipo di esame, il giudice Omc valuta, ad esempio, i costi della misura, le sue ripercussioni sull'assetto amministrativo, le difficoltà tecniche di applicazione, ecc (75).

Un terzo aspetto riguarda l'attuazione del test rispetto al caso cinese. In generale, l'art. XX del Gatt prevede che l'adozione delle misure derogatorie può avvenire, innanzi tutto, nel rispetto dei limiti di discriminazione arbitraria o ingiustificata e di restrizione del commercio internazionale, a cui è subordinato il ricorso al "test di necessità" (76). Tuttavia, nella decisione in esame emerge un'applicazione non particolarmente coerente della norma. Il giudice Omc, dapprima, riconosce che le misure incriminate sono, certamente, discriminatorie e restrittive del commercio internazionale dei prodotti di intrattenimento e, poi, passa all'attuazione del "test di necessità", per verificare se le stesse possano comunque giustificarsi in ragione dell'eccezione culturale. Posto che dalla lettera dell'art. XX del Gatt si evince che la natura discriminatoria e palesemente restrittiva della misura esclude a priori l'applicabilità della deroga e, quindi, l'esigenza per

Note:

(70) Esistono alcuni precedenti sull'applicazione del "test di necessità". Si segnalano, in particolare, le decisioni dei giudici Omc nei casi *Korea-Various Measures on Beef* (WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R); *Us Gambling* (WT/DS285/AB/R); *Brazil - Retreaded Tyres* (WT/DS332/AB/R).

(71) La prova della necessità richiede di «establish such necessity through "evidence or data, pertaining to the past or the present", establishing that the measures at issue contribute to the achievement of the objectives pursued» (p. 111 del report dell'AB).

(72) Le misure cinesi, oggetto della controversia, sono sicuramente produttive di effetti restrittivi, ponendo limiti sia su "cosa" può essere importato, sia su "chi" è autorizzato all'importazione (pp. 127 ss. del report dell'AB).

(73) Così, P. Picone e A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., 327.

(74) Più esattamente ricorrono: «a) un principio di necessità inteso in senso stretto, che implica la legittimità dello scopo perseguito da una determinata misura ed il carattere indispensabile della stessa rispetto a tale scopo; b) un principio di proporzionalità, che, posta la legittimità dell'obiettivo da raggiungere, richiede il bilanciamento tra tale obiettivo e le esigenze di libertà degli scambi, imponendo la scelta della misura meno restrittiva per il commercio internazionale tra quelle ragionevolmente disponibili». Così, P. Picone e A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., 328.

(75) I criteri di una tale valutazione sono stati elaborati, per la prima volta, nella giurisprudenza *Us Gambling*. Secondo il Panel e l'AB, le misure individuate dagli Stati Uniti sono ragionevoli e applicabili nella fattispecie, nonostante la Cina sostenga la loro esosità ed eccessiva incidenza sulla struttura amministrativa, rinvenendo, pertanto, «substantial technical difficulties».

(76) Secondo alcuni studiosi si tratta di un procedimento in due fasi ("two step process"), ove si stabilisce, dapprima, se una misura rientra in una determinata deroga e, poi, si verifica se la stessa rispetta le condizioni generali. Il mancato rispetto delle condizioni generali esclude, a priori, la necessità della misura. Si v. P. Picone e A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., 326 (con riferimento particolare al caso *Gasoline*).

il giudice di attuare il "test di necessità" in ordine alla stessa, la modalità applicata nella fattispecie sembra un modo per offrire alla Cina una doppia chance. Questa attuazione più elastica dell'art. XX pare, quindi, giustificata dalle peculiarità che caratterizzano la posizione della Cina nell'Omc (77).

Un ultimo elemento attiene alla ratio della norma. L'art. XX del Gatt è un importante scudo per gli Stati con cui difendersi dall'incidenza delle norme Omc. Il regime dell'eccezione culturale, nonostante sia spesso invocato per giustificare l'adozione in generale di politiche protezionistiche, è stato voluto soprattutto dai Paesi europei per evitare che alcuni settori, come quello culturale, fossero sottratti al controllo statale e sottoposti a discipline globali (78). I pericoli sono, infatti, due: la limitazione della sovranità statale in ordine ad ambiti "sensibili"; la sottoposizione di questioni culturali a una disciplina priva di "legittimazione democratica" (79) e volta alla tutela di interessi divergenti, come quello del commercio. Il "test di necessità" è, quindi, un importante filtro, che consente agli Stati di mantenere il controllo o, in altri termini, una competenza esclusiva in determinati campi strettamente connessi all'identità nazionale.

In tal senso, il "test di necessità" ricorda il principio del "margine di apprezzamento", usato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai fini dell'applicazione dell'art. 10 della Cedu (80). Questa dottrina prevede che per determinati settori, di rilievo soprattutto sociale, le autorità nazionali possano adottare misure derogatorie alla tutela dei diritti fondamentali (in particolare, si tratta della libertà di manifestazione del pensiero) prevista dalla Cedu, suscettibili di un controllo da parte dei giudici di Strasburgo (81). Anche in questo caso, un regime globale ammette deroghe alla tutela degli interessi di cui è portatore, in nome della intangibilità di questioni strettamente connesse al cuore della sovranità degli Stati.

I reali interessi in gioco

Il principio dell'eccezione culturale, invocato dalla Cina nel caso in esame, è, tuttavia, soltanto un velo dietro il quale si nascondono gli effettivi interessi in gioco. Sono, infatti, molteplici le ragioni dell'applicazione da parte del governo cinese di misure protezionistiche al commercio dei prodotti di intrattenimento.

Innanzitutto, rileva un forte interesse economico. Si tratta, in particolare, dell'interesse alla protezione dell'"industria culturale" locale, che, non aven-

do un mercato significativo al di fuori dei confini nazionali, trova nella popolazione cinese la sua principale platea di acquirenti (che ammonterebbe, comunque, a più di un miliardo di persone) (82). La concorrenza degli operatori stranieri è vista, quindi, come una temibile minaccia rispetto sia alla vendita dei prodotti nazionali, sia alla sopravvivenza delle stesse imprese cinesi che, nonostante gli aiuti di Stato, potrebbero soffrire la competizione delle grandi società multinazionali.

A questo si aggiunge il ruolo della pirateria. Molte delle imprese cinesi che operano nel settore dei prodotti di intrattenimento sono vere e proprie industrie di contraffazione. Le città cinesi sono piene di negozi di beni contraffatti, ove l'acquisto di dvd,

Note:

(77) Si rinvia al precedente paragrafo.

(78) Questo è il principale timore delle c.d. "Source Nations". La definizione è di John H. Merryman. Di quest'autore si ricordano: *Thinking About the Elgin Marbles*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, n. 8, August 1985; *Two ways of thinking about cultural property*, in *The American Journal of International Law*, vol. 80, n. 4, October 1986, 831 ss.; *The Retention of Cultural Property*, in *U.C. Davis Law Review*, vol. 21, n. 3, Spring 1988; *The Public Interest in Cultural Property*, in *California Law Review*, vol. 77, n. 2, March 1989; *Counterfeit Art*, in *International Journal of Cultural Property*, vol. 1, 1/1992; *Law, Ethics and the Visual Arts*, con A.E. Elsen, IV ed., New York, Aspen, 2002.

(79) Sul punto, si v. P. Nanz, *Democratic Legitimacy of Transnational Trade Governance. A View from Political Theory*, in *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, a cura di C. Joerges e E.U. Petersmann, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, 59 ss. In questo testo, si evidenzia, comunque, come nell'Omc si siano sviluppati, nei tempi più recenti, numerosi strumenti di "legittimazione democratica" (partecipazione della società civile, *amicus curiae*, *due process of law*). In questo senso, si parla di "social regulation".

(80) L'art. 10 della Cedu dispone che: «ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione». Il comma 2 precisa che «l'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

(81) Anche in questo caso si parla di "necessità". Infatti, il "margine di apprezzamento" presuppone il ruolo dei giudici di Strasburgo, chiamati a controllare la proporzionalità della misura derogatoria, attraverso il "test di necessità". Si v. i casi *Echr, The Sunday Times v. United Kingdom* (Series A No 30), 2 Ehr 245, 26 aprile 1979 e *Handyside v. The United Kingdom*, n. 5493/1972, 7 dicembre 1976.

(82) I dati sulla popolazione sono tratti da Wikipedia.

cd e materiali simili, di origine straniera (soprattutto americana), può avvenire a pochi dollari (83). Questo è possibile grazie alla particolare elasticità del regime sanzionatorio previsto dalla disciplina cinese del *copyright* (84). Pertanto, se da una parte tali norme prevedono rigidi controlli e vincoli sulla circolazione dei prodotti tutelati dal diritto d'autore, dall'altra non stabiliscono altrettanto rigide misure sanzionatorie nei confronti dei trasgressori. La sopravvivenza e la continua espansione di questo mercato nero (85) è, inoltre, sostenuta dallo stesso governo cinese. A parte le varie accuse di collusione sollevate, in particolare, dagli Stati Uniti (86), il governo cinese ha interesse al mantenimento della pirateria al fine di impedire l'ingresso nel mercato nazionale di operatori stranieri, lasciando spazio a imprese esclusivamente statali. Si tratta, pertanto, di un circolo vizioso, ove le ripercussioni economiche delle decisioni dei giudici Omc potrebbero costituire una prima forma di rottura.

In secondo luogo, emerge un interesse politico. I prodotti di intrattenimento, come, del resto, evidenziato dalla stessa Cina nelle difese in seno al ricorso (87), incidono inevitabilmente sull'opinione pubblica, avendo la capacità di diffondere modelli e ideali attraverso i penetranti mezzi della comunicazione di massa. In questi termini, l'industria hollywoodiana dell'intrattenimento rappresenta un evidente pericolo alla salvaguardia dei valori e al mantenimento del controllo da parte del Partito comunista cinese. Ideali tipici della cultura e della vita politica americana potrebbero, infatti, infiltrarsi nella società cinese, con il rischio di rompere i delicati equilibri imposti dal regime e salvaguardati dai tempi dell'isolazionismo della dinastia Ming. Infine, è evidente l'"interesse ideologico", strettamente connesso a quello politico e all'esigenza della tutela della cultura e tradizione nazionale (88). L'apertura ai valori e modelli occidentali è molto attraente per le giovani generazioni, sempre più attirate dai canoni europei e americani. Tuttavia, è vero anche che la liberalizzazione del mercato dei prodotti di intrattenimento potrebbe avere ripercussioni "culturali" anche all'esterno della Cina (89). In particolare, l'estensione dell'ingresso dei film americani in Cina (per ora limitata a venti titoli l'anno) potrebbe portare l'industria statunitense alla produzione di film sempre più vicini al gusto di un tale orizzonte d'attesa, poste le sue ragguardevoli dimensioni. Si tratterebbe, pertanto, di un singolare paradosso.

Gli interessi dell'ordinamento cinese si scontrano apertamente con interessi di natura globale. Innanzi-

tutto, è evidente lo scontro con l'interesse allo sviluppo ed espansione del commercio internazionale. Le misure protezionistiche cinesi e, allo stesso tempo, i meccanismi di salvaguardia consentiti, transitoriamente, agli Stati membri dell'Omc nei confronti del mercato cinese, costituiscono pesanti freni al processo di liberalizzazione economico-commerciale su scala mondiale.

In secondo luogo, il regime di sfruttamento della manodopera, impiegata nelle imprese di Stato a basso costo e in condizioni umanamente intollerabili, da una parte, costituisce uno dei vantaggi competitivi dei prodotti cinesi, ma, dall'altra, si pone in evidente contrasto con la tutela dei diritti fondamentali assicurata da molte convenzioni internazionali.

Infine, la chiusura dell'ordinamento incide anche sullo sviluppo delle reti di comunicazione globali. Il caso di *internet* ne è l'esempio più significativo. Prima la vicenda di "Yahoo Cina" e, successivamente, l'uscita di Google dal mercato cinese (90) dimostrano come le radici dell'isolazionismo politico-culturale, tradottosi in termini economici in protezionismo, risiedano, principalmente, nel timore della perdita di controllo da parte del Partito comunista cinese di fronte alle "insidie" provenienti dall'Occidente.

In tale contesto, la decisione dei giudici Omc assume rilevanza per almeno quattro aspetti principali. Un primo è di carattere strettamente tecnico-giuridico e attiene all'operatività del principio dell'eccezione culturale. In questa sede, i giudici Omc espongono in modo dettagliato i contenuti e le modalità di applicazione della deroga, facendo di questa decisione un importante precedente in rapporto

Note:

(83) Sul punto, F. RAMPINI, *Usa all'attacco dei falsi made in China*, in *la Repubblica*, 11 aprile 2007, 25.

(84) Sul punto, si rinvia ai paragrafi precedenti.

(85) La Schwab ha affermato che l'ottanta per cento dei prodotti contraffatti in circolazione provengono dalla Cina.

(86) Notizie riportate da F. Rampini, *Usa all'attacco dei falsi made in China*, in *la Repubblica*, cit.

(87) Si v. il punto 4.114 del *Panel report* e le pagine 25, 66, 74, 201 dell'*AB report*.

(88) A tal riguardo, si v. P. Farah, *China and Wto: Chinese Cultural Traditions in the Wto Context* (L'adesione della Cina all'organizzazione mondiale del commercio: ovvero come conciliare cultura e diritto), in *Rivista trimestrale mondo cinese*, vol. 124, 2005, 34-42.

(89) Sul punto, si v. F. Sisci, *Chi ha paura della Cina?*, Firenze, 2006.

(90) La notizia è tratta da *Internazionale*, n. 839, marzo-aprile 2010, 13 ("L'addio di Google alla Cina").

alla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. XX del Gatt.

Un secondo aspetto è di natura politica e riguarda la definizione dei rapporti tra Stati Uniti e Cina, il cui grado di complicazione tenderà ad aumentare a seguito dell'applicazione dei dazi punitivi nei confronti del "made in China", nonché della cessazione, autorizzata dal Dsb, dei benefici commerciali corrisposti nell'ambito dell'Organizzazione (91).

Un terzo elemento è economico e concerne le sorti del mercato cinese, il cui andamento ha una profonda incidenza sull'intera economia globale. La decisione dei giudici Omc è un importante monito alla limitazione delle politiche protezionistiche anche in quei settori ove sembra più difficile il processo di liberalizzazione del commercio, come quello culturale.

Infine, la decisione ha rilievo anche in materia di diritti fondamentali. L'apertura del mercato cinese dei prodotti di intrattenimento, promossa dalla decisione in esame, potrebbe determinare un graduale processo di temperamento dei controlli e limiti sulla libertà di manifestazione del pensiero, nonostante le recenti misure nel campo di internet dimostrino una tendenza contraria (92). È vero anche che la liberalizzazione di un tale commercio comporterebbe una maggiore infiltrazione dei "prodotti culturali" statunitensi nel mercato cinese (93), traducendosi in una rischiosa forma di "globalizzazione culturale" (94).

La decisione dei giudici Omc costituisce, quindi, una vera e propria breccia nel sistema cinese, ma anche un segnale di apertura per i Paesi occidentali. Calzante appare la citazione dei versi dell'antico filosofo Lao-Tze: «quella che il bruco chiama fine del mondo, il resto del mondo chiama farfalla» (95).

Note:

(91) Si ricorda che tra gli Usa e la Cina intercorrono numerosi interessi, come quelli finanziari (tra i due Paesi si stima un deficit bilaterale di oltre duecento miliardi di dollari) e nel campo delle fonti energetiche (soprattutto nel settore nucleare).

(92) A tal riguardo, J. Joerges e E.U. Petersmann (a cura di), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, cit., *passim*.

(93) Non è un caso che siano stati soprattutto gli Stati Uniti a promuovere il ricorso.

(94) Sul punto, si segnala il testo di R.P. Joel, *Cultural Resistance to Global Governance*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 22, n. 1/2000.

(95) Lao-Tze, *Il libro della Via e della Virtù*, a cura di L. Lanciotti, Milano, 2008.

LIBRI

COLLANA: CODICI LEGALI

CODICE CIVILE

Curatore: Piero Schlesinger

L'Opera propone:

- il testo aggiornato del **Codice civile**, il **Trattato sul funzionamento UE** (ex Trattato CE) e una ricca raccolta di **leggi speciali** suddivise per materia. Ciascun articolo è annotato con le modifiche normative e con rinvii alla legislazione collegata e alle sentenze della Corte costituzionale;
- la sezione **Giurisprudenza**, che riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione civile (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice);
- l'**aggiornamento on-line**, compreso nel prezzo, del testo del codice.

Il volume è AGGIORNATO, DA ULTIMO, con:
il nuovo **Trattato di Lisbona**, in vigore dal 1° dicembre 2009;

il **D.Lgs. 13 ottobre 2009, n. 147**, in materia di fusioni e scissioni di società per azioni;

il **D.M. 4 dicembre 2009**, sulla modifica del saggio di interesse legale;

il **D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 27**, sull'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate;

il **D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39**, in materia di revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati.

XVI edizione
Ipsoa 2010, Euro 28,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>

