

# Contratto e impresa/Europa

RIVISTA FONDATA DA F. GALGANO E M. BIN

Diretta da  
da Marino Bin e Giammaria Ajani

- Sviluppi del diritto economico europeo
- Convenzione di Vienna e diritto europeo della vendita
- Contratto internazionale d'appalto
- Commercio elettronico in Russia
- Mercato finanziario: direttiva AIFM; UNIDROIT e titoli detenuti da intermediari
- Associazionismo sportivo dilettantistico
- Accordi prematrimoniali di divorzio
- L'arbitrato in Cina
- La riforma del *Code civil* in Francia
- Marchio europeo
- *Privacy*: il caso *Safe Harbour*
- Novità normative in Spagna

 [edicolaprofessionale.com/CIE](http://edicolaprofessionale.com/CIE)

GIANLUCA SCARCHILLO (\*)

## **Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L'arbitrato commerciale in Cina**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Cina antica. – 3. La fine dell'Impero e l'avvento della Repubblica. – 4. La legge di procedura civile del 1991. – 5. La conciliazione popolare. – 6. L'arbitrato commerciale: le origini. – 7. La legge n. 31 del 1994. – 8. (*segue*) Le commissioni e l'associazione di arbitro. – 9. (*segue*) La convenzione arbitrale. – 10. (*segue*) La procedura. – 11. (*segue*) L'integrazione della conciliazione nell'arbitrato. – 12. (*segue*) Il lodo. – 13. (*segue*) La casistica. – 14. Considerazioni conclusive.

1. – La tradizione giuridica orientale, di cui l'ideologia cinese costituiva massima espressione, non contemplava, tra le funzioni esclusive dello Stato, l'amministrazione della giustizia. Difatti, il compito di risolvere le dispute tra soggetti privati non era proprio del giudice, il quale – in quanto funzionario dello Stato – aveva solamente l'*officium* di garantire l'ordine sociale. Con riferimento alla risoluzione delle liti civili e commerciali, pertanto, non sussisteva la competenza del tribunale imperiale cinese se non nel caso in cui si fosse in presenza di una violazione penale. Ne consegue il tradizionale atteggiamento di «fuga» dal giudice-tribunale proprio della mentalità giuridica cinese. Giocoforza ritenere, quindi, che in Cina un ruolo preferenziale viene riconosciuto alla conciliazione<sup>(1)</sup> e all'arbitrato<sup>(2)</sup>, che rappresentano le forme tipiche di risoluzione delle controversie civili e commerciali<sup>(3)</sup>.

---

(\*) Il presente saggio è dedicato al ricordo della Prof.ssa Claude Ducouloux-Favard (Université de Paris Dauphine) che ha illuminato i miei studi comparatistici con il suo esempio di dedizione alla ricerca e la sua straordinaria poliedricità culturale ed artistica.

<sup>(1)</sup> SHENG, *La conciliazione popolare*, in PICARDI e GIULIANI (a cura di), *Il processo civile cinese*, Rimini, 1998, p. 85 ss.

<sup>(2)</sup> PAPARELLA, *L'arbitrato*, PICARDI e GIULIANI (a cura di), *Il processo civile cinese*, cit., p. 59 ss.

<sup>(3)</sup> Per una ricostruzione, anche storica, delle caratteristiche della giustizia nell'ordinamento cinese, si veda PICARDI, *Una ricerca sulla giustizia civile in Cina*, in *Diritto e Processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, III, Napoli, 2001, p. 641 ss. e JONES, *Trying to Understand the Current Chinese Legal System Understanding China Legal System*, in SCHLESINGER, MATTEI, RUSKOLA, GIDI (a cura di), *Schlesinger's Comparative Law, Cases – Text – Materials*.

L'aumento degli scambi commerciali transfrontalieri e degli investimenti esteri ha comportato, tra l'altro, come conseguenza tangibile che l'arbitrato sia oggi sempre più frequentemente scelto come opzione di risoluzione delle controversie in Asia<sup>(4)</sup>. In risposta a questa crescente domanda, in particolare, la Cina sta compiendo passi significativi per migliorare il proprio sistema arbitrale, grazie anche alla propria storica propensione verso sistemi di mediazione ovvero, più in generale, sistemi di risoluzione alternativa delle controversie. Tuttavia, l'esperienza concreta mostra ancora molte incongruenze con le norme internazionali, causando preoccupazione ed incertezza negli investitori stranieri, solitamente reticenti nel farsi coinvolgere in giudizi dinanzi alle corti cinesi. Per tali motivi, da tempo ormai, i giuristi cinesi lavorano al miglioramento dell'efficienza dei propri sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (c.d. ADR), cercando di valorizzare l'integrazione del sistema di mediazione nel procedimento arbitrale.

Proprio attraverso l'analisi della prassi e del funzionamento dei sistemi di mediazione e di arbitrato in Cina, si cercherà con l'occhio del comparatista di mettere in luce i punti di forza di un sistema particolare ed unico che può rappresentare un modello per tutti gli altri Stati.

2. – La risoluzione delle controversie nella Cina antica non è che una espressione peculiare del diritto cinese antico, il quale presenta senza dubbio i profili più originali rispetto alla nostra tradizione giuridica e che, nel tempo, è stato sottovalutato o interpretato in modo diverso, sia dagli studiosi occidentali sia da quelli orientali. Se è vero, infatti, che fino al XX secolo la concezione dell'ordine sociale venne elaborata in modo completamente autonomo rispetto ad ogni influenza esterna<sup>(5)</sup>, questo non dà certo ragione a quegli studiosi che in passato sono arrivati a porre in dubbio la stessa esistenza del diritto in Cina<sup>(6)</sup>, ritenendo addirittura il modo di intendere l'ordine sociale cinese antitetico al diritto.

La mediazione ha un'antica tradizione in questi territori, fondata sui valori filosofici e sociali del confucianesimo, dottrina che dominò la filo-

---

(4) Sul tema, per un quadro generale sul diritto commerciale in Cina, si veda CRESPI REGHIZZI, *Evoluzioni del nuovo diritto commerciale cinese*, in *Il Politico*, 2006, pp. 141-172.

(5) Così DAVID e JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004, p. 438.

(6) Così GILISSEN, voce *Diritto cinese, I) Antichità e tradizione*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, pp. 1-30.

sofia politica della Cina pre-comunista. Una controversia, infatti, veniva considerata un male contro l'armonia del popolo, base del governo della vita sociale. Pertanto, si riteneva indispensabile (sia da soli che con l'aiuto di un mediatore) utilizzare tutte le misure necessarie per rimuovere amichevolmente, alla radice, le cause di una potenziale disputa<sup>(7)</sup>. Già nel periodo Zhou occidentale erano presenti magistrati locali, chiamati Tiao Ren, la cui funzione principale era quella di aiutare a risolvere le controversie attraverso strumenti extra-giudiziali amichevoli. Il Confucianesimo, con la sua attenzione verso l'armonia (c.d. *He Wei Gui*) ed il disprezzo per il contenzioso, può essere considerato, quindi, il fondamento concettuale del predominio dei sistemi di mediazione in Cina. La morale confuciana, infatti, è fondamentalmente politica e si riflette così anche nelle istituzioni statuali<sup>(8)</sup>. In tale cultura, pertanto, le controversie fra soggetti privati vengono così risolte nell'ambito della famiglia, del villaggio, della comunità locale, nazionale o internazionale, a seconda degli interessi di volta in volta coinvolti.

Confucio<sup>(9)</sup>, infatti, credeva che la soluzione ottimale della maggior parte delle controversie dovesse essere raggiunta non con l'esercizio della forza sovrana, ma con la persuasione morale: «secondo la legge, Autorità esterne somministrano punizioni come conseguenza di azioni illegali; così la gente cercherà di evitare la punizione, ma non avrà alcun senso di vergogna; mentre con i rituali, i modelli di comportamento e le regole del dovere vengono interiorizzati ed esercitano la loro influenza prima ancora che venga intrapresa un'azione; così le persone si comportano correttamente perché temono la vergogna e vogliono evitare di perdere la faccia»<sup>(10)</sup>. Cinque

---

(7) Sul punto, si veda JAKUBOWSKI, *Reflection on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation*, in SCHULTSZ & VAN DER BERG (a cura di), *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, 1982, pp. 175-188.

(8) XIAOPING, *L'esprit du droit chinois, perspectives comparatives*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1997, pp. 7-35.

(9) *Ex multis*, cfr. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 2009, secondo il quale: «Il ruolo storico di Confucio fu, dunque, soprattutto quello di reinterpretare e tramandare la saggezza degli antichi raccogliendo, "codificando" e divulgando le regole morali e sociali tradizionali, nonché le pratiche ed i modelli letterari, rituali e musicali dell'aristocrazia Zhou, affinché questo materiale divenisse il fondamento comune della società cinese. Tale operazione culturale era perfettamente autoconsapevole. Nei Dialoghi si legge: "Confucio disse: Io tramando e non creo, credo negli Antichi e li amo". L'Autore ricorda, ancora, che notevole importanza ebbero anche due dei suoi seguaci: Mencio (fino al 288 a.C.) autore della c.d. democratizzazione dei Li, nonché Xunzi (vissuto secondo la tradizione durante il IV secolo a.C.), che fu influenzato anche dalla scuola dei legisti.

(10) CONFUCIO, *Analects* (LUN YU) II-3.

sono i valori posti alla base di tale dottrina: la benevolenza («Ren»), la fedeltà («Yi»), il ritualismo («Li»), la saggezza («Zhi») e, infine, la sincerità («Xin»). In questo senso, la tradizionale società cinese viene considerata una «regola della società Li», dove il ritualismo «Li», e non la legalità «Fa», costituisce la fonte principale del diritto. In tale prospettiva, si può quindi considerare come fonti del diritto cinese tradizionale siano state, in modo diverso e complementare, il «Li» ed il «Fa». Il «Li» rappresentava l'insieme dei riti e delle regole sociali, dal valore morale più che giuridico e, al tempo stesso, determinava la posizione degli individui in base alla nascita ed alla collocazione all'interno dei gruppi sociali, basati sulle cinque relazioni fondamentali<sup>(11)</sup>. La fortuna del «Li» si deve soprattutto al fatto che, sotto l'imperatore Wu, il confucianesimo diventò l'ideologia ufficiale dell'impero cinese. Esso, lungi dall'essere una religione dogmatica<sup>(12)</sup>, si presentava come una scuola di virtù civiche e morali, che prendeva le mosse dall'esistenza di un ordine cosmico basato su una interazione tra cielo, terra e uomini nella quale, mentre i primi due elementi seguivano regole invariabili, gli uomini, con le loro azioni, potevano mantenere l'ordine o creare il disordine. L'armonia derivava sia dal rapporto degli uomini con la natura sia dalle interazioni tra gli uomini. Era una concezione nella quale l'individuo non è mai preso in considerazione in se stesso, bensì come parte di una collettività: ne è testimonianza l'assenza di un ideogramma traducibile con il concetto di diritto soggettivo<sup>(13)</sup>. È logico, quindi, che il confucianesimo ponesse maggiormente l'accento sull'educazione al rispetto di questo ordine, sociale prima che giuridico, e guardasse con sfavore all'utilizzo delle leggi scritte, ritenute inadeguate a tutelarle, proclamando così la superiorità del governo dell'uomo (c.d. *renzhi*) rispetto

---

<sup>(11)</sup> Sul punto, cfr. TIMOTEO, *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, in *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di Varano, Milano, 2007, secondo cui tali relazioni si sostanzierebbero in quella tra sovrano e suddito, padre e figlio, marito e moglie, fratello maggiore e minore e fra amico e amico; CAVALIERI, *op. cit.*, il quale ricorda come «nessuna di queste relazioni era ispirata al principio di uguaglianza tra i soggetti»; DELL'AQUILA, *Il diritto cinese introduzione e principi generali*, Padova, 1981, il quale puntualizza che: «per l'ideologia confuciana le differenze tra gli uomini [...] costituiscono un punto fermo di riferimento, dal quale non può prescindere se si vuole mantenere pace ed ordine nella società».

<sup>(12)</sup> Ciò rappresenta una peculiarità della Cina rispetto all'*asian legal tradition* caratterizzata, al contrario, dal fenomeno religioso (si pensi, ad esempio, agli ordinamenti islamico e induista). Cfr. MOCCIA, *Prologo breve sulla originalità del diritto (tradizionale) cinese e sull'importanza del suo studio in prospettiva storico-comparativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 993.

<sup>(13)</sup> Sul punto, cfr. RINELLA, *Cina. Si governano così*, Bologna, 2006.

a quello delle leggi (c.d. *fazbi*)<sup>(14)</sup>. Il «Fa»<sup>(15)</sup>, invece, oggi tradotto con il termine di diritto oggettivo o legge scritta, nacque con una connotazione penalistica (affiancato all'origine anche dal termine «*xing*», più propriamente pena, castigo), rappresentando al tempo stesso la regola e la sanzione. Come il «Li» trovava la sua consacrazione nel confucianesimo, così il «Fa» era legato alla «*Fajia*», ossia la scuola delle leggi<sup>(16)</sup>, che vedeva in Shang Yang, personaggio di spicco durante il periodo dei regni combattenti che porterà alla prima Cina unitaria, uno dei suoi massimi esponenti. Questa scuola proponeva un disegno istituzionale diverso e prospettava un tipo di società accentrata nello Stato, tesa ad ottenere l'ubbidienza di tutti i sudditi: di qui la necessità di adottare delle leggi scritte<sup>(17)</sup>. Di questa scuola e del conseguente ruolo del «Fa», la storiografia e la sinologia giuridica hanno per lungo tempo messo in evidenza la sua connotazione penale e dispotica. Tuttavia, ritenere tutto il diritto scritto come avente ad oggetto regole esclusivamente penali non appare più totalmente fedele alla realtà. Una più attenta lettura dei codici<sup>(18)</sup> attesta la presenza di alcune norme civilistiche che ci mostrano come «molto deciso sarebbe stato l'impegno già dei primi imperatori cinesi nel prescrivere formule legali che coprissero la vita dei sudditi fin negli aspetti più intimi, nonché soprattutto la tendenza a fare della legge, piut-

---

(14) A tal proposito, DELL'AQUILA, *op. cit.*, p. 23, riporta un famoso passo dei Dialoghi di Confucio: «se lo guidi con le leggi e lo rendi uniforme con le punizioni, il popolo le scenserà e non conoscerà la vergogna. Se lo guidi con la virtù e lo rendi uniforme con i riti, conoscerà la vergogna e perverrà (al bene)».

(15) Si veda, CAVALIERI, *op. cit.*, p. 31, dove viene riportato un brano dello "Shujing", ovvero "Libro dei Documenti", nel quale si attribuisce l'origine del termine "fa" ai Miao, un popolo barbaro non cinese ricordato per la sua crudeltà.

(16) Va precisato che, durante i cinque secoli delle Primavere ed Autunni e degli stati combattenti, sorsero altre importanti scuole tra le quali si possono ricordare: quella Taoista (Daojia), quella Moista (Mojia), quella dello Yin-Yang, quella dei Nomi (Mingjia).

(17) Secondo TARUFFO, "L'organizzazione giudiziaria in Cina", in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 758: «[...] essa nasce insieme al sistema di amministrazione, anche della giustizia, nell'epoca di formazione delle strutture fondamentali dello Stato. Al riguardo è particolarmente rilevante l'opera di Shang Yang, poiché a lui si deve [...] l'organizzazione più rigorosa, con la divisione del territorio in distretti amministrativi (*hsien*) con a capo un funzionario che svolge anche la funzione giurisdizionale».

(18) Va evidenziato come, nonostante l'avversione per il diritto scritto, quasi tutte le dinastie diedero vita a delle raccolte, o codici detti «Lu», contenenti anche norme di attuazione detti «Li». Come riporta M. JIAN, "Diritto cinese e Diritto romano", in FORMICHELLA, TERRACINA, TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, Torino, 2005, p. 14, il primo «a carattere sistematico», di cui si abbia notizia è il Fajing (Classico delle Leggi). I codici di cui, invece, si ha completa conoscenza sono quelli della dinastia Tang VII sec. d.C., Ming XVI sec. d.C. e Qing XVII-XVIII d.C. Sul punto, cfr. TOTI, *Elementi di diritto cinese. Parte generale*, Roma, 2010.

*tosto che della volontà dei governanti o delle sole consuetudini e pratiche convenzionali (rituali), un centro di regolazione delle attività economico sociali»* (19).

La vicenda delle due scuole seguì parallela quella delle dinastie, mostrandoci la diversa presenza e la mutevole interazione di entrambe queste fonti e modi di intendere l'ordine sociale, lungo tutta la storia del diritto cinese tradizionale. Essa, come giustamente osservato, sembrava muoversi su un «*doppio binario di legalità*» (20), prevedendo un ordine incentrato sulle relazioni cui è affidata la gestione extra-statale delle controversie civili, accanto ad uno più propriamente giuridico, posto dalle leggi e amministrato dall'apparato della giustizia imperiale (21). Questa dicotomia, per lungo tempo mal interpretata, portò gli studiosi a ritenere che la risoluzione formale delle controversie fosse praticata solo in relazione al settore penale, alimentando l'idea di un processo temibile, luogo dell'arbitrio e della crudeltà dei magistrati (22). A partire dall'epoca Ming si for-

(19) MOCCIA, *Il diritto in Cina tra ritualismo e modernizzazione*, Torino, 2009, p. 30.

(20) In tal senso, pur con le dovute differenze e finalità, MOCCIA, *op. cit.*, p. 34, che ravvisa: «[...] uno scenario per certi versi simile a quello dei paesi europei in epoca tardomedievale e nella prima modernità, in cui, come nel caso più appariscente dell'*equity* inglese, veniva fatto appello alla coscienza del sovrano in quanto fonte di giustizia, perché intervenisse con i suoi giudici a riconoscere e attribuire diritti non contemplati dalla legge, sulla base di valutazioni in senso ampio morali, ovvero equitative. Ma le decisioni così rese, in sede giurisdizionale, oltre ad essere opportunamente motivate con argomentazioni di spessore giuridico (tanto da costituire precedenti giudiziari), facevano esplicito riferimento a diritti individuali, assistiti dalla forza di legge per la loro attuazione [...]. Nel caso cinese [...] questo scenario appare invece caratterizzato dall'assenza pressoché totale di riferimenti espliciti a diritti di sorta».

(21) Così TARUFFO, *op. cit.*, p. 757: «La caratteristica principale dell'organizzazione giudiziaria in tutto l'arco dell'epoca imperiale consiste nel fatto che le strutture e i principi fondamentali che la governarono sorgono in epoca molto antica, contemporaneamente al formarsi della prima organizzazione politico-amministrativa storicamente documentata e si conservano pressoché intatti sinché dura il sistema imperiale, ossia sino ai primi anni del nostro secolo. Di conseguenza, la storia dell'organizzazione giudiziaria non è storia di mutamenti radicali e complessivi, bensì storia di progressivi aggiustamenti e più complesse articolazioni del sistema, coerentemente con gli ampliamenti territoriali e con i miglioramenti organizzativi dell'amministrazione dell'Impero, mantenendosi tuttavia l'essenziale continuità dei caratteri peculiari del sistema». In tale sistema, prosegue l'Autore, al vertice c'è l'Imperatore, ma «normalmente la funzione giudiziaria di vertice è svolta dal comandante di giustizia (*T'ing-wei*). [...] Con i Tang, invece, al vertice dell'amministrazione giudiziaria è sempre l'Imperatore, ma l'organizzazione fa capo al Ministero delle pene. [...] A livello locale, l'amministrazione della giustizia è compito dei funzionari dei vari livelli, ossia delle regioni (*zhou* e *dao*), dei governatori (*jun* o *zhou*) e dei distretti (*hsien*). Questo schema articolato rimane sostanzialmente immutato fino all'inizio del nostro secolo».

(22) DELL'AQUILA, *op. cit.*, p. 7, riporta la celebre affermazione dell'Imperatore Qing Kang XI: «se il popolo non temesse i tribunali e ritenesse di trovare in quella sede pronta e perfetta giustizia, le cause aumenterebbero in modo spaventoso. Pertanto, io desidero che

malizzò, poi, una distinzione tra competenze statali e non, con la suddivisione delle controversie in maggiori e minori. Difatti, benché non vi sia una netta distinzione tra processo civile e penale, le cause civili, ritenute minori, hanno inizio su istanza scritta di parte e non d'ufficio. La loro trattazione è sospesa nei periodi di maggior lavoro agricolo e, soprattutto, una volta decise, non devono quasi mai essere confermate e vengono depositate presso il commissario delle finanze piuttosto che quello giudiziario. Il processo ed i suoi attori ci confermano l'assenza di una cultura giuridica autonoma e di vere e proprie professioni legali. Tuttavia, proprio per il fatto che gli stessi funzionari dello yamen (che fungevano sia da amministratori sia da magistrati) erano dotati di scarsa professionalità e, di conseguenza, venivano affiancati da esperti legali (che pagavano di persona), in questo periodo emerse una categoria di piccoli consulenti tollerati, ma sostanzialmente malvisti quali istigatori di litigiosità e, talvolta, addirittura puniti per le false e maliziose informazioni rese all'autorità. Questi, chiamati "patroni del processo", ma anche "briganti della procedura", redigevano le istanze e guidavano le parti nella procedura. Al sorgere della controversia, il primo passo era quello di rivolgersi al gruppo sociale ovvero familiare ed i criteri utilizzati per la soluzione della disputa erano di varia natura, a seconda dell'oggetto e della figura investita della conciliazione<sup>(23)</sup>. Il criterio principale per la soluzione delle controversie era offerto dal «*reqing*», inteso quale «*atteggiamento di considerazione verso gli altri volto a mantenere il rapporto entro un pacifico rapporto quotidiano*»<sup>(24)</sup>. Nondimeno, il dialogo tra sistema statale ed extra-statale continuava anche qualora la controversia fosse già giunta di fronte al magistrato del distretto. La controversia poteva, infatti, esser risolta a livello locale, oppure era lo stesso magistrato a fare sua la soluzione che, in pendenza della causa, era stata trovata all'interno dei gruppi sociali. Talvolta, invece, il ricorso alla giustizia ufficiale era di ausilio alla pronta risoluzione della lite in quanto, subito dopo aver accettato il caso, ma prima della convocazione formale delle parti, il magistrato esprimeva per iscritto un giudizio

---

*coloro che si rivolgono ai tribunali siano trattati senza pietà ed in tale modo che essi sentano un'avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire dinanzi ad un magistrato».*

<sup>(23)</sup> «Questo, poi, era il regno dell'approccio conciliativo-compromissorio da sempre indicato nelle ricostruzioni sistemologiche come dato caratterizzante del diritto cinese», così TIMOTEO, *op. cit.*, p. 304. Per una ricostruzione puntuale, si veda ancora TIMOTEO, *Il sistema di conciliazione popolare. La giustizia informale in Cina tra tradizione e modernità*, in *Mondo Cinese*, n. 71, 1990, pp. 42-43.

<sup>(24)</sup> PADERNI, *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e del diritto nella Cina del XVIII secolo*, in *Mondo Cinese*, n. 97, 1998.



che serviva in qualche modo da traccia anche ai gruppi sociali per indirizzare la composizione della lite. Gli stessi magistrati, nel frattempo, tendevano a celare agli organi superiori questa mole di controversie, rinviandone la trattazione nella speranza di una soluzione locale, per evitare di dar luogo all'irrequietezza del cielo, ovvero, più pragmaticamente, ad evitare ripercussioni sulla loro carriera. I magistrati, perciò, erano stretti tra l'ideale confuciano di giustizia morale, che predicavano pubblicamente in qualità di letterati, e le leggi che dovevano applicare. Erano loro a dar protezione a quei diritti soggettivi "ufficialmente negati" attraverso soluzioni più adeguate alle esigenze concrete del caso. Non di rado, essi stessi davano luogo non all'irrogazione delle sanzioni, quanto alla loro sostituzione con rimedi privatistici. Tuttavia, se, da un lato, è certo che qualora la mediazione fosse fallita, la decisione del giudice non si sarebbe presentata come un accordo ma come una vera sentenza, dall'altro lato ancora si discute sui criteri utilizzati per la stessa decisione. Non mancando raccolte di casi esemplari e manuali utilizzati dagli stessi magistrati, è il loro ruolo ad essere in questione. Alcuni autori pongono l'accento sulla presenza di raccolte di casi esemplari, che in epoca tardo imperiale fornivano al magistrato regole costanti definibili come «*etica del giudizio*»<sup>(25)</sup>, idonee ad ottenere pronunce rese secondo equità, rettitudine, ragionevolezza, oltre alla presenza di regole più strettamente giuridiche, inerenti alle circostanze concrete e all'intenzione, al fine di guidarne la discrezionalità. Ciò nonostante, il fatto che questi non facessero mai riferimento né al codice né alla giurisprudenza ufficiale, ha indotto taluni studiosi a ritenere che questi magistrati non applicassero le leggi scritte<sup>(26)</sup>.

3. – Il passaggio del diritto cinese tra l'età antica e moderna avvenne verso la fine dell'Ottocento e i primi anni del Novecento, a cavallo tra il crollo dell'Impero Qing e l'avvento della Repubblica. Subito dopo la prima guerra dell'oppio (1840-42), con la sottoscrizione del Trattato di

---

<sup>(25)</sup> PADERNI, *op. cit.*

<sup>(26)</sup> In senso contrario, cfr. P.C.C. HUANG, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996, il quale sostiene che: «*the case record we will examine demonstrate that magistrates were in fact guided closely by the code in adjudging civil disputes. To be sure, they preferred to defer to extrajudicial community/kin mediation whenever possible, in according with the official ideology. But when confronted in a formal court session with suits not resolved by extrajudicial mediation, they almost always adjudicated forthwith by the code. They acted, in other words, as judges and not as mediators. Indeed, the standard magistrate handbooks that have been much used in past research, as we will see, directed magistrates to study the code closely and adjudicate accordingly. Examining actual magisterial judgements in civil cases brings into focus some of the most frequently used statutes of the code, often buried under misleading statutes*».

Nanchino<sup>(27)</sup>, la Cina venne costretta a cedere parte del proprio territorio in virtù delle concessioni extraterritoriali, perdendo la giurisdizione su tutte le controversie in cui erano parte persone fisiche o giuridiche occidentali e, soprattutto, venne costretta a porre fine al suo isolazionismo. Con la rivolta dei Boxers, tra il 1898 e il 1900, l'Impero, al culmine della crisi economica e sociale, decise di intraprendere le riforme, anche quelle in campo giuridico<sup>(28)</sup>. Tale percorso venne avviato, sotto consiglio dei vicerè Yuan Shikai, Zhang Zhidong e Liu Kunyi, dall'Imperatore Guangxu, che nominò una commissione per riesaminare la legislazione. Difatti, con il decreto del 6 aprile 1902<sup>(29)</sup>, il giurista e storico del diritto Shen Jaben ed il funzionario Wu Tingfang, verranno invitati a studiare le leggi dei Paesi stranieri per una comparazione tra i diversi sistemi. L'Impero, quindi, per prima cosa iniziò a lavorare alla revisione delle leggi in vigore, soprattutto il codice dinastico, eliminandone le pene e gli usi più crudeli. Successivamente, invece, ci si orientò verso la compilazione di un codice di diritto civile e alla modernizzazione del sistema istituzionale e giudiziario<sup>(30)</sup>, ma la situazione politica e sociale in cui versava il Paese non permise altro che l'approvazione di una breve Costituzione *octroyée*, che delineava una parlamentarizzazione della monarchia<sup>(31)</sup>. L'Impero aveva

<sup>(27)</sup> Si tratta, in particolare, del primo dei cc.dd. trattati ineguali «[...] con i quali, grazie al meccanismo della nazione più favorita, in pochi decenni le principali potenze industriali occidentali avrebbero privato la Cina di parte della sua sovranità territoriale e l'avrebbero depredata delle sue ricchezze», così CAVALIERI, *op. cit.*, p. 109.

<sup>(28)</sup> I trattati ineguali prevedevano una clausola in cui veniva stabilito che qualora il Paese, avendo adottato un sistema giuridico moderno, avesse offerto adeguate garanzie di equanimità e parità di trattamento, questi avrebbero cessato la loro efficacia. Sul punto, cfr. CORRADINI, *Cina. Popoli e società in cinque millenni di storia*, Firenze, 1996, p. 318.

<sup>(29)</sup> «I contrasti nelle negoziazioni commerciali in corso presentano problemi sempre più numerosi. Invitiamo Shen Jiaben e Wu Tingfang affinché, in base alla natura delle negoziazioni, esaminino le leggi dei Paesi stranieri, ricerchino e studino con cura tutte le leggi ed i regolamenti adatti ad essere presi in considerazione e che essendo accettate sia da parte dei cinesi che da parte straniera possano regolare i contrasti in maniera più agevole. Noi ordiniamo».

<sup>(30)</sup> «Dopo alcuni altri interventi parziali, proprio sull'ultimo scorcio dell'epoca imperiale viene emanata la legge 7 febbraio 1910, che contiene una normativa generale relativa all'organizzazione giudiziaria. Essa prevede tribunali di primo grado al livello di contea (*hsien*), tribunali di distretto (*fu*) e corti di provincia (*sheng*); nella capitale ha sede la Corte suprema. Si tratta del sistema detto "dei quattro gradi e delle tre istanze", in quanto la competenza di primo grado è suddivisa tra le corti locali di diverso grado, e di conseguenza anche quella d'appello, rimanendo comunque la terza istanza presso la Corte suprema», così TARUFFO, *op. cit.*, p. 760.

<sup>(31)</sup> La Costituzione riconosceva l'eternità della monarchia ed attribuiva molte competenze al Parlamento, prima tra tutte quella di redigere ed approvare la stessa lasciando all'Imperatore solo la promulgazione. Sul punto, cfr. LUTHER, *Percezioni europee della storia*

le ore contate: la rivoluzione, infatti, iniziò nell'ottobre del 1911 e terminò nel 1912, con l'abdicazione dell'ultimo Imperatore.

Sebbene i vari progetti di legge, come anticipato, non ebbero il tempo di entrare in vigore, considerata la situazione politico-sociale della Cina, questa intensa attività rappresentò l'incipit di un nuovo corso nella storia del diritto cinese, alla base anche del periodo nazionalista<sup>(32)</sup>. I punti di riferimento per questa ricerca furono, soprattutto, il diritto europeo e quello giapponese, come si evince anche dallo sforzo verso una codificazione di diritto civile che rappresentava forse la maggiore innovazione rispetto al sistema precedente<sup>(33)</sup>. Dopo l'abdicazione dell'Imperatore nel 1912, con la nascita della Repubblica, proseguì l'opera di modernizzazione dell'ordinamento. In questi anni il Governo del Guomindang provò, poi, ad organizzare un sistema di conciliazione con finalità deflattive rispetto alla mole del contenzioso ordinario. Nel 1930, in particolare, venne promulgata una legge sistematica sulla conciliazione civile (c.d. *minshtiaojie fa*), con la quale furono istituiti degli specifici «uffici per la conciliazione» presso i tribunali. Ancora una volta nella storia cinese, seppure con diverse finalità e motivazioni, fu la soluzione stragiudiziale delle controversie tramite la conciliazione a rappresentare il metodo preferito per amministrare la giustizia. Il nuovo potere rivoluzionario, costituitosi nelle

---

*costituzionale cinese*, in AJANI, LUTHER (a cura di), *Modelli giuridici Europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009, p. 80.

<sup>(32)</sup> In realtà, entrarono in vigore solo alcuni atti normativi in materia commerciale, tra cui: un'ordinanza sui commercianti (1903), un'ordinanza sulle società di commercio (1903) ed un'ordinanza sul fallimento (1906).

<sup>(33)</sup> Come evidenzia SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, in FORMICHELLA, TERRACINA, TOTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 59-60: «L'orientamento ad inserirsi nel sistema romanista, che maturò in Cina in quegli anni, trovava le sue cause prossime in tre fattori: a) nell'esempio costituito dal vicino Giappone che aveva recepito il sistema giuridico romanista a partire dal 1869, ed aveva realizzato il Codice civile entrato in vigore nel 1898; b) nel grande valore e nel prestigio della scienza giuridica tedesca, la cui diffusione si era rafforzata anche in tale area per la predetta recezione; c) più in generale in quella cultura giuridica fondata sulla combinazione della interpretazione sistematica e della comparazione legislativa elaborata prevalentemente sui codici (di particolare significato continuava ad essere il Codice civile francese, a cui si aggiungevano, in questi decenni in Europa, i recenti ZGB svizzero del 1911, Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti)». In questo senso si arriverà alla predisposizione di un progetto di codice civile modellato su quello tedesco completato nell'estate del 1911 composto da cinque libri e trentasei capitoli a cura della commissione per la codificazione. Questo, pur non essendo mai entrato in vigore, «esercitò una influenza determinante nella formazione del diritto cinese del XX secolo grazie alla giurisprudenza della Corte Suprema di Pechino, che negli anni 1912-1928 applicò officiosamente regole ricavate dal primo progetto cinese di codice civile sotto la denominazione di "principi generali" (come fonte postergata alla legge e alla consuetudine)», così CRESPI REGHIZZI, *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 15, Milano, 1986, p. 574, nt. 17.

regioni, aveva sperimentato istituti che sarebbero stati adottati in seguito dalla Repubblica Popolare ed incentivò la pratica della conciliazione con la creazione dei comitati popolari di conciliazione<sup>(34)</sup>, le cui ragioni giustificative furono, innanzitutto, di carattere contingente: il contesto di emergenza (la guerra con il Giappone) e la mancanza di giuristi. In realtà, fu anche una scelta pragmatica, che attingeva alla tradizione e politicamente prendeva le distanze dalla giustizia contenziosa borghese, ritenendo in definitiva, la conciliazione un utile strumento di tutela dell'unità delle masse. Il primo modello conciliativo, previsto dal Regolamento *«Sul lavoro di conciliazione»*, adottato dalla regione di confine Jianxi-Zhaharbei, che attribuiva la conciliazione ad appositi comitati creati presso ogni governo di villaggio non fu molto utilizzato dalla popolazione, che preferì continuare a rivolgersi a quella resa dalle famiglie. Per questo motivo, si decise di sperimentare altri modelli. Furono così creati due diverse tipologie di conciliazione: *a)* organismi permanenti, i cui membri erano scelti sia tra gli aderenti al partito sia tra la popolazione, la cui funzione reale non era tanto quella di trovare una soluzione di compromesso quanto quella di svolgere una funzione "orientativa" per la soluzione della controversia, puntando sulla funzione educativa rivolta alla sensibilizzazione politica delle masse; *b)* organismi *ad hoc* per la singola controversia, composti da membri scelti tra persone vicine ai litiganti, che ancora una volta si dimostrò la più utilizzata.

Non appena si giunse alla fondazione della Repubblica nel 1949, molte regioni, province e municipalità avevano già dato vita ad organismi di conciliazione. Nel 1954 fu emanato un primo documento nazionale, *«Regole generali provvisorie sull'organizzazione dei comitati di conciliazione»*, per disciplinare e promuovere un modello uniforme in tutto il Paese, operando una sintesi dei regolamenti e dei decreti già emanati.

---

<sup>(34)</sup> Il periodo della giustizia rivoluzionaria viene usualmente diviso in tre fasi: la prima, che va dal 1927 al 1934, definita epoca delle basi rosse, caratterizzata agli esordi da radicalismo e violenza e dall'elaborazione della linea di massa, con l'introduzione dei processi di massa e delle esecuzioni pubbliche; la seconda, che va dal 1935 al 1945, la c.d. epoca Yan'an che ebbe inizio dopo la conclusione della lunga marcia e si distinse per la parziale realizzazione di un fronte unito antigiapponese tra i comunisti ed il governo nazionalista; la terza, che va dal 1946 al 1949, definita epoca post bellica precedente la liberazione che vedrà il perfezionamento delle istituzioni di quella che sarebbe stata la Repubblica Popolare con l'aiuto di consulenti russi. Tuttavia, al formalismo russo fin da subito fu affiancato *«un sistema parallelo, flessibile ed informale fondato più che sulla legge, sull'etica tradizionale contadina, sulla prassi leninista e sull'opportunità politica, assai più vicino alla mentalità del popolo e dei dirigenti comunisti di quanto non fosse l'apparato della legalità socialista»*, così CAVALIERI, *op. cit.*, p. 125 ss.

I comitati popolari di conciliazione, ora inquadrati tra le “organizzazioni di massa”, non appartenevano all’organizzazione giudiziaria e, allo stesso tempo, operavano sotto la direzione del governo popolare e della corte del popolo. I comitati popolari erano composti da un numero di membri, da 3 a 11, eletti dalle assemblee popolari di villaggio e dai rappresentanti dei residenti urbani, tra le persone moralmente e politicamente più affidabili. La novità è data dal fatto che questi organi fossero elettivi e rompessero «*il nesso tradizionale tra conciliazione e notabili*» e, pur rimanendo l’efficacia, legata alla fiducia verso l’organo di conciliazione, si superavano i «*fattori attinenti alla gerarchia burocratica o sociale*» di vecchio stampo<sup>(35)</sup>. Più specificamente, il documento nazionale stabiliva che questi organismi non dovevano svolgere solamente un’attività conciliativa in senso stretto, ma ad essi era espressamente attribuita anche una funzione educativa al rispetto delle leggi statali e alle direttive del partito (art. 3). L’attività conciliativa doveva, inoltre, svolgersi al di fuori dall’orario di lavoro, per non compromettere l’attività produttiva ed era previsto che i conciliatori avrebbero dovuto mantenere un atteggiamento paziente e ragionevole (art. 7), senza esercitare alcuna autorità, stante la natura volontaria tanto del ricorso quanto della conclusione dell’accordo (art. 6).

La creazione di questi comitati, pertanto, si inserì nella più vasta opera di riorganizzazione sociale della nuova Cina popolare, tesa a creare un ordine nuovo, che ruotasse intorno al partito per dirigere e controllare la società<sup>(36)</sup>. Nelle città, la popolazione fu inquadrata in zone di residenza, dove furono istituiti appositi comitati di residenti, i cui membri venivano eletti tra gli abitanti del quartiere, che a loro volta si articolavano in una serie di comitati operativi tra cui quelli di conciliazione. Sempre nelle città vennero istituiti dei comitati di conciliazione nelle unità di lavoro, che acquisirono un peso specifico ed erano chiamati a risolvere non solo le dispute interne dei lavoratori ma anche quelle esterne in cui erano parte i

---

<sup>(35)</sup> In tal senso, cfr. TARUFFO, *La conciliazione nell’ordinamento cinese*, in CRESPI REGHIZZI e CAVALIERI (a cura di), *Diritto commerciale e arbitrato in Cina tra continuità e riforma*, Milano, 1991, p. 365.

<sup>(36)</sup> Il 23 marzo del 1954 fu il quotidiano del popolo ad indicare il ruolo dei comitati di conciliazione all’interno del processo di edificazione del socialismo, spiegandone non solo le ragioni pratiche e politiche, ma sottolineandone anche la funzione preventiva nei confronti di criminalità e litigiosità. Questi dovevano essere un’istituzione che rafforzava l’unità del popolo e creava le condizioni per una ordinata convivenza civile, che garantiva «*in ultima istanza, una compatta e disciplinata partecipazione del popolo al processo produttivo ed alla costruzione economica socialista avviata nel 1953 con il primo piano quinquennale*». Sul punto, cfr. TIMOTEO, *op. cit.*, p. 47.

propri dipendenti<sup>(37)</sup>. Nelle campagne, invece, furono creati, presso ogni villaggio, dei comitati di conciliazione, che però cedettero velocemente il passo in seguito alla riorganizzazione dei villaggi in comuni popolari nel 1958 e furono i dirigenti di queste a risolvere le controversie degli abitanti. Le novità introdotte dalla Costituzione relativamente all'economia<sup>(38)</sup> ed al nuovo ruolo assegnato alle imprese pubbliche, comportarono che la risoluzione delle controversie di queste ultime fosse definita diversamente. Le controversie tra imprese statali pubbliche furono sottoposte, infatti, all'arbitrato di Stato, secondo il modello sovietico istituito presso l'Amministrazione di Stato per l'industria ed il commercio, tanto a livello centrale che periferico. Questo, però, presentava delle particolarità perché, «*l'arbitrato era qualcosa di più di un organo di giurisdizione privata*», non essendo necessario per ricorrervi né un compromesso né addirittura l'esistenza un contratto, potendo l'organo intervenire in fase precontrattuale proprio per giungere alla sottoscrizione dello stesso, «*e qualcosa di meno di un tribunale commerciale – in quanto si trattava di un organo amministrativo e non giurisdizionale, che esercitava la sua funzione ai limiti del quadro costituzionale dei poteri dello stato e in assenza di specifiche garanzie*»<sup>(39)</sup>. Al contempo, i governanti cinesi si rendevano perfettamente conto che difficilmente uno straniero, coinvolto in una relazione commerciale con la Repubblica Popolare Cinese, avrebbe accettato di sottostare al giudizio di un tribunale popolare. Per questa ragione, nel 1956 fu creata la *Foreign Trade Arbitration Commission (FTAC)*, sotto l'egida del *China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT)*, antesignana dell'odierna CIE-TAC, finalizzata specificamente alla risoluzione in via arbitrale delle controversie relative al commercio estero.

4. – All'indomani del nuovo corso politico, la Cina si dotò, nel 1982, di una prima legge sperimentale di procedura civile. Tale normativa disegna-

---

<sup>(37)</sup> Nel 1950 vennero emanate le norme provvisorie per la risoluzione delle controversie di lavoro che prevedevano la risoluzione delle controversie individuali o collettive tramite conciliazione o arbitrato. Se la prima fosse fallita, vi sarebbe stato un tentativo di mediazione da parte dell'ufficio del lavoro, al quale, in caso di esito negativo, sarebbe seguita la nomina, da parte dello stesso ufficio, di un comitato che avrebbe risolto la questione tramite arbitrato. Gli accordi conciliativi, come il lodo, erano vincolanti per le parti, potendo essere impugnati presso la corte popolare ovvero, in mancanza di impugnazione, divenivano definitivi.

<sup>(38)</sup> In particolare, a fondamento dell'economia ritroviamo i tradizionali cardini socialisti dell'abolizione della proprietà privata dei mezzi di produzione e la pianificazione economica centralizzata.

<sup>(39)</sup> Così CAVALIERI, *op. cit.*, pp. 145-146.

va un processo di tipo inquisitorio in cui il giudice, senza possibilità di contraddittorio con le parti, conduceva tutto il processo. Il magistrato, invero, era un impiegato statale, responsabile dell'indagine dei fatti e della corretta applicazione della legge sulla base di ciò che era riuscito a provare; egli, addirittura, nel suo ruolo di garante della giustizia, poteva attribuire più di quanto richiesto dalla parte; parimenti il giudice di appello poteva riesaminare la sentenza senza prendere in considerazione i reclami degli appellanti; ancora, la legge stabiliva che la procedura di apertura del processo non era in alcun modo collegata ad una richiesta delle parti. Tale processo, in sostanza, si rivelava ingiusto ed inefficiente.

Il 9 aprile del 1991, venne così emanata una nuova legge sulla procedura civile che, prima di tutto, spostava l'onere della prova sulle parti e stabiliva un nuovo rapporto tra le stesse ed il giudice, ridimensionandone il potere di intervento e delineando un nuovo processo di tipo accusatorio, ove il principale dovere delle corti era quello di «*examine and verify evidence comprehensively and objectively*»<sup>(40)</sup>.

Questa legge organica si componeva di 268 articoli ed era divisa in quattro parti (a loro volta articolata in capitoli e sezioni): 1) disposizioni generali; 2) processo di cognizione; 3) processo di esecuzione; 4) disposizioni speciali per i processi civili internazionali. Recentemente, nell'agosto del 2012, la legge è stata emendata ed un nuovo testo è entrato in vigore il 1° gennaio 2013. La novella, che ha interessato circa 85 articoli, ha determinato un'ulteriore modernizzazione all'interno della struttura del sistema, dotandolo di istituti tipici del panorama legislativo occidentale, con la precisa intenzione di dar vita ad un codice di procedura civile molto vicino ai nostri codici moderni. Naturalmente, nel tempo, la materia è stata integrata da numerose decisioni e trattati sottoscritti dalla Repubblica Popolare Cinese, tra cui vari accordi bilaterali sulla reciproca assistenza giudiziaria ed esecuzione delle sentenze<sup>(41)</sup>, le cui norme prevalgono sulla normativa nazionale, salvo che la Cina abbia presentato delle riserve.

Nel delineare brevemente le regole del processo introdotte dalla legge di procedura civile, occorre osservare che, nella prima parte, tale

---

<sup>(40)</sup> Così YULIN, in *Outline of civile procedure and arbitration in China*, Peking University School of Law, 2005.

<sup>(41)</sup> Tra Cina ed Italia, ad esempio, è attivo già dal 1° gennaio 1995 un trattato in materia di assistenza giudiziaria che prevede disposizioni in materia di notifiche all'estero, rogatorie, scambio d'informazioni giuridiche e trasmissioni di atti dello stato civile ed il riconoscimento delle sentenze o dei lodi arbitrali resi in Cina.

normativa si occupa degli scopi e dei principi generali, garantendo, all'art. 5, l'equiparazione del trattamento tra soggetti della Repubblica Popolare Cinese, stranieri ed apolidi ed accogliendo il principio di reciprocità di trattamento con i tribunali di Paesi stranieri. L'art. 9, poi, sancisce la possibilità per le parti di richiedere alla corte di gestire una procedura conciliativa su base volontaria, fallita la quale inizia il processo. Una riflessione si impone: la conciliazione è stata storicamente se non l'unico, sicuramente il più importante mezzo di risoluzione delle controversie, tant'è vero che, ancora oggi, non solo all'inizio ma anche lungo tutto il corso del processo, vi è sempre la possibilità di giungere ad un accordo conciliativo, ponendosi, appunto quest'ultimo, come una presenza costante all'interno della procedura stessa. Lo stesso modello di giudice, delineato dalla legge sperimentale del 1982, invadente e troppo attivo, costituì a suo tempo la fortuna del ricorso alla conciliazione giudiziale, così comportando che fino ai primi anni ottanta, circa l'80% delle controversie fossero risolte tramite la conciliazione, sotto le pressioni di giudici che facevano negoziare le parti più volte fino a quando non avessero trovato un accordo. Successivamente, nell'ultimo ventennio, invece, si è assistito ad un progressivo ridimensionamento. Relativamente allo svolgimento della procedura, l'art. 85 dispone che *«nel trattare le cause civili la corte popolare distinguerà tra la ragione ed il torto sulla base di fatti comprovati e tenterà la conciliazione tra le parti su base volontaria»*. La conciliazione deve essere condotta il più rapidamente possibile, concludendosi in base all'iniziativa di parte, senza alcuna costrizione. Se la conciliazione riesce, viene redatto il verbale che, firmato, sottoscritto dal giudice e dal cancelliere e sigillato dalla corte popolare, verrà notificato ad entrambe le parti e da quel momento sarà dotato, per legge, di forza esecutiva (art. 89).

Tale quadro normativo, a causa sia di una chiara volontà politica sia di una specifica regolamentazione della procedura, è stato integrato da una serie di disposizioni (prevalentemente procedurali) dettate da una lunga e dettagliata Interpretazione della Corte Suprema del Popolo del 18 agosto 2004. Tale Interpretazione, composta di 24 articoli, specifica i rapporti fra la procedura conciliativa e quella ordinaria e tra quella conciliativa innanzi al Tribunale e quella davanti ai comitati popolari, disciplinando gli effetti dell'avvio del procedimento rispetto alla prescrizione dei diritti, ovvero al decorso dei termini processuali ordinari ed il rapporto con eventuali leggi speciali in materia. Successivamente, considerato anche quanto auspicato dal terzo *“Five-Year Reform Outline”* della Corte Suprema si è giunti all'emanazione di un documento intitolato *«Several Opinions Concerning*



*the Establishment and Improvement of Dispute Resolution Mechanism that Connect Litigation and Non-Litigation Proceedings»*<sup>(42)</sup>, ove non solo si ribadisce l'efficacia di vincolo contrattuale degli accordi e la necessità di iniziare velocemente il processo qualora le parti non raggiungano l'accordo ma, soprattutto, si stabilisce che il giudice che ha condotto la mediazione non possa essere il giudice del successivo giudizio senza il consenso delle parti. Per ottenere l'esecuzione, le parti sono invitate a rivolgersi alla corte competente per ratificare l'accordo. Le opinioni richiedono, inoltre, che il personale ed i funzionari addetti alla conciliazione tengano il massimo riserbo, non potendo questi, in fase processuale, intervenire come testimoni o fornire prove, sempre che ciò non sia eccezionalmente previsto dalla legge o la corte lo ritenga necessario per proteggere interessi nazionali pubblici, diritti ed interessi dei terzi ovvero qualora le parti si siano accordate diversamente. Per rafforzare il ruolo di guida della Corte Suprema si incoraggiano, ad esempio, le corti inferiori a sviluppare nuove regole organizzative e finanziarie per le stesse, a dotarsi di un codice etico dei conciliatori, prevedendo che queste regole vengano, poi, sottoposte al controllo ed alla registrazione delle corti superiori che le riporteranno a loro volta alla Corte Suprema. In conclusione, sebbene non siano vincolanti per le corti inferiori, tali regole costituiscono l'indice di una nuova tendenza del sistema giudiziario, nonché un utile strumento quando si affronta la mediazione in seno alle corti o l'esecuzione di un accordo conciliativo.

5. – Secondo la legge cinese, al sorgere di una controversia civile o commerciale le parti attualmente, ma in fondo da sempre, possono utilizzare una serie di meccanismi di risoluzione delle liti: la negoziazione, la conciliazione e, sempre più di frequente, l'arbitrato. Il sistema di risoluzione delle controversie civili e commerciali è, quindi, un sistema piramidale. Al gradino più basso troviamo la negoziazione, attraverso la quale le parti, senza l'intervento di terzi, raggiungono un accordo sulla questione oggetto della disputa. La negoziazione rappresenta, senza ombra di dubbio, la tecnica più confidenziale, avendo il pregio di soddisfare pienamente

---

<sup>(42)</sup> «*The Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009 – 2013) issued by includes among the court's mandates: assisting the relevant departments in their efforts to develop alternative dispute resolution mechanisms; expanding the scope of parties to be mediated; improving mediation mechanisms; and improving conflict-handling mechanisms, which link litigation and alternative dispute resolution*», così A. WARREN, "Recent interpretations and guidance concerning court-connected mediation as a form of alternative dispute resolution in China", reperibile su [www.foley.com](http://www.foley.com).

gli interessi di ciascuna parte in caso di esito positivo. Per quanto riguarda la conciliazione, invece, si possono distinguere almeno cinque modelli: 1) la conciliazione presso i comitati di conciliazione popolare; 2) la conciliazione curata da appositi centri di conciliazione; 3) la conciliazione giudiziale; 4) la conciliazione amministrativa gestita dagli organi di governo delle zone rurali e delle città, come anche dai dipartimenti del governo centrale, sulla base di specifiche disposizioni contenute in leggi speciali; 5) la conciliazione resa dagli organismi arbitrali.

La prima tipologia di conciliazione costituisce l'eredità diretta dei comitati di conciliazione popolare del periodo socialista. Essa trova esplicita consacrazione nell'art. 111 della Costituzione vigente, in base al quale sono istituiti comitati di conciliazione popolare sotto l'egida dei comitati dei residenti rurali e urbani. Questi sono stati per lungo tempo disciplinati dal regolamento sull'organizzazione dei comitati di conciliazione popolare del 1989 a cui era seguita, nel 1990, l'emanazione da parte del Ministero di Giustizia di un regolamento che ne specificava meglio la procedura. Tuttavia, gli anni novanta sono stati un periodo di netto declino per la conciliazione presso i comitati, a fronte del favore per il ricorso alle corti, ragione per la quale in seguito, il 5 settembre 2002, la Corte Suprema del Popolo ha emanato un'Interpretazione, seguita da un Ordine del Ministero della Giustizia su «*Alcune disposizioni riguardo all'attività di conciliazione popolare*» ed, infine, si è assistito all'emanazione congiunta da parte della Corte Suprema e del Ministero della Giustizia della Opinione «*Sullo sviluppo della conciliazione popolare nella nuova era*». Per quanto riguarda l'Interpretazione, la novità più rilevante era quella relativa al valore dell'accordo di conciliazione raggiunto. Ad esso, infatti, l'art. 1 dell'Interpretazione del 2002 conferiva espressamente valore di vincolo contrattuale fra le parti, stabilendo una specifica procedura per l'impugnazione del relativo verbale (artt. 4-5)<sup>(43)</sup>, la cui azione si prescriveva in un anno, attribuendo chiaramente l'onere della prova in capo all'attore. L'Ordine del 2002, adottato subito dopo l'Interpretazione, ha confermato il sostegno alla conciliazione popolare. Lo scopo precipuo del provvedimento era di favorire ulteriormente il ricorso alla conciliazione, rendendola più rapida, uniforme e confidenziale. Per assicurare una tempestiva esecuzione dell'accordo raggiunto, qualora fosse stato contestato dinanzi ad una corte, l'Ordine specificava gli elementi necessari da includere nello

---

<sup>(43)</sup> L'accordo è validamente raggiunto e produce i suoi effetti vincolanti quando sono presenti: la capacità di agire in capo alle parti, l'assenza di coercizione da parte del Comitato, la conformità alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume.

stesso (art. 35) dando istruzione ai conciliatori per controllarne l'effettiva implementazione (art. 36). L'art. 19, inoltre, elevava i requisiti di professionalità dei conciliatori, istituendo un meccanismo di formazione da parte degli assistenti giudiziari. L'Opinione, invece, è stata importante perché ha mostrato ancora una volta il sostegno nei confronti dei comitati popolari espresso dal Governo e dal PCC nel quadro della politica della società armoniosa. Dal 2009 si è assistito ad una sempre più pressante richiesta da parte delle autorità governative che, tramite le parole del capo della giustizia Wang, hanno chiesto ai giudici di convincere le parti a conciliare. Più di recente, si è così giunti alla promulgazione della nuova legge sulla conciliazione popolare, in vigore dal 1° gennaio del 2011<sup>(44)</sup> ed, inoltre, a marzo dello stesso anno, è stata approvata una nuova Interpretazione della Corte Suprema al riguardo, che specifica e ribadisce l'importanza della stessa. La legge del 2011 si compone di trentacinque articoli, divisi in sei capitoli, che disciplinano le commissioni, i conciliatori, le procedure da seguire nonché l'efficacia dell'accordo conciliativo. Tale legge, come altre di più recente emanazione, piuttosto che riferirsi al socialismo di mercato pone l'accento su quella che è divenuta la grande priorità del legislatore e del partito, ossia il mantenimento dell'armonia sociale e la stabilità. La legge, in particolare, definisce la conciliazione popolare come l'azione delle commissioni tesa ad indurre le parti a raggiungere volontariamente ed in posizione paritaria un accordo, usando la persuasione e fungendo da guida (art. 2). I principi che devono presiedere l'attività dei comitati sono fissati dall'art. 3: 1) conciliare in base alla libera volontà delle parti, rispettando la loro uguaglianza; 2) rispettare leggi, regolamenti e politiche dello Stato; 3) rispettare i diritti delle parti, senza esercitare pressione. Il ricorso ai comitati, ai sensi dell'art. 4, è gratuito. Il lavoro dei comitati, a livello nazionale, si svolge sotto il controllo dei vari dipartimenti amministrativi del Consiglio di Stato, mentre ciascun livello amministrativo guiderà la commissione del suo territorio e spetterà alle corti del popolo indirizzare le singole commissioni nel loro lavoro. Spetta, poi, ai comitati di villaggio e residenti predisporre spazi e quanto necessario per l'espletamento dell'attività dei comitati di conciliazione, garantendo al contempo un sussidio a coloro che svolgono l'attività di conciliatore in relazione alla perdita di tempo lavorativo ed assicurando ai conciliatori l'assistenza necessaria qualora a causa dell'attività abbiano bisogno di cure mediche. È stata ribadita la loro

---

<sup>(44)</sup> Si tratta della *People's Mediation Law*, adopted at the 16th meeting of the Standing Committee of the 11th National People's Congress of the People's Republic of China on August 28, 2010, entered into force on January 1, 2011.

natura di organizzazioni di massa (art. 7), cui è affidata la risoluzione delle dispute quotidiane, prescrivendo la costituzione obbligatoria degli stessi da parte delle commissioni di villaggio o urbane e la possibilità che, in base alle necessità, siano istituiti anche nelle unità di lavoro e nelle istituzioni. Lo Stato favorisce l'utilizzo dei comitati, finanziati sia al livello di governi locali sia a livello di contea (art. 6) <sup>(45)</sup>. Tra comitati di conciliazione e corti si instaura una relazione di collaborazione prevedendo che queste ultime, come gli ufficiali di polizia, facciano presente alle parti la possibilità di un ricorso agli stessi ed allo stesso modo i comitati, qualora la conciliazione fallisca (art. 26) <sup>(46)</sup>. In questa ottica, si inserisce l'art. 25, il quale, oltre a prescrivere al conciliatore di prendere le dovute precauzioni quando la disputa diventi più accesa, richiede di avvisare tempestivamente gli organi di pubblica sicurezza ovvero gli altri dipartimenti addetti, qualora una disputa si riveli un caso di pubblica sicurezza o penale. In merito alla composizione delle commissioni, si è cercato di dare maggiore importanza tanto alla presenza di genere quanto alle minoranze. Le commissioni si compongono di un numero di membri che va da tre a nove e ciascuna è presieduta da un presidente e può essere nominato, se necessario, un vicepresidente. I membri sono scelti rispettivamente dalle commissioni di villaggio e dei residenti, come nel caso di commissioni create sul posto di lavoro dall'assemblea degli stessi o dalle organizzazioni di lavoro. I membri rimangono in carica per tre anni e sono rinnovabili (art. 9). Relativamente ai conciliatori, il capitolo terzo della legge stabilisce che devono essere cittadini adulti *«impartial, decent and dedicated to the people's mediation work, and have a certain level of education, policy understanding and legal knowledge»*, prevedendosi per essi anche dei corsi di formazione (art. 14). Il comitato svolge un ruolo di controllo sui conciliatori e di fronte agli errori può *«criticare ed educare»* gli stessi affinché correggano l'errore, se non addirittura rimuoverli in determinati casi (art. 15) <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Art. 6: *«The State encourages and supports the people's mediation work. The local people's governments at or above the county level shall appropriately guarantee the funds needed for the people's mediation work, and commend and reward people's mediation commissions and people's mediators that make outstanding contributions according to the relevant state provisions»*.

<sup>(46)</sup> Art. 26: *«If the mediation efforts fail, the people's mediators shall terminate the mediation process and, pursuant to the relevant laws and regulations, notify the parties concerned that they may protect their rights by arbitration, administrative means or judicial means»*.

<sup>(47)</sup> In particolare, la revoca è prevista quando il conciliatore abbia: 1) *showing favoritism to a party concerned*; 2) *insulting a party concerned*; 3) *asking for or accepting money or*

Con riferimento al procedimento, con una norma indicativa del tenore della legge, è stato previsto sia che in caso di disputa le parti possano ricorrere ai comitati sia che gli stessi possano proporsi volontariamente, pur avendo cura di specificare che la conciliazione non potrà avere luogo senza la volontà delle parti. Sulla base delle esigenze della controversia, la commissione di conciliazione può designare uno o più conciliatori, come potranno richiederlo anche le parti interessate. Vengono, poi, fissati i principi a cui si atterrà il conciliatore (art. 21) <sup>(48)</sup> e le modalità con cui deve condurre la procedura (art. 22) <sup>(49)</sup>, prevedendo la possibilità per lo stesso di invitare all'interno del procedimento una ampia serie di soggetti (art. 20) <sup>(50)</sup>; allo stesso tempo, la legge disciplina i diritti <sup>(51)</sup> ed i doveri <sup>(52)</sup> delle parti (artt. 23-24).

La legge, infine, si occupa dell'accordo <sup>(53)</sup>, che sarà efficace dalla data in cui le parti, i conciliatori e la commissione lo avranno firmato e siglato, prevedendo che, oltre dalle parti, una copia dovrà essere tenuta dalla commissione. L'accordo raggiunto, a norma dell'art. 31, è vincolante per le parti e la commissione dovrà vigilare sulla sua esecuzione. Tuttavia, qualora sorgano questioni relativamente al suo adempimento ovvero sul

---

*goods, or seeking for other illicit benefits; 4) divulging the individual privacy or trade secret of a party concerned.*

<sup>(48)</sup> Art. 21: *«In the process of mediating disputes among the people, people's mediators shall stick to principles, make legal reasoning and do justice to the parties concerned. The disputes among the people shall be mediated in a timely manner and on the spot so as to prevent the intensification of disputes».*

<sup>(49)</sup> Art. 22: *«People's mediators may adopt various means to mediate disputes among the people in light of the actual circumstances of disputes, hear the statements of the parties concerned, explain the relevant laws, regulations and state policies, patiently persuade the parties concerned, propose solutions on the basis of equal negotiations and mutual understanding between the parties concerned, and help them reach a mediation agreement on free will».*

<sup>(50)</sup> Art. 20: *«Based on the needs for mediating a dispute, a people's mediator may, upon the consent of the parties concerned, invite the relatives, neighbors or colleagues of the parties concerned, persons with specialized knowledge or experiences and persons from the relevant social organizations to participate in the mediation process. People's mediation commissions encourage impartial, decent persons who are dedicated to the mediation work and are approved of by the people to participate in the mediation work».*

<sup>(51)</sup> Art. 23: *«In the people's mediation of a dispute, the parties concerned are entitled to: 1) select or accept the people's mediators; 2) accept or refuse the mediation, or require the termination thereof; 3) require that the mediation be made publicly or privately and freely express their wills and reach a mediation agreement on free will».*

<sup>(52)</sup> Art. 24: *«In the people's mediation of a dispute, the parties concerned are obliged to: 1) truthfully state the facts of the dispute; 2) abide by the order of the mediation scene and respect the people's mediators; 3) respect the other party's exercise of rights».*

<sup>(53)</sup> Ai sensi dell'art. 29, l'accordo deve contenere: le generalità delle parti, i fatti oggetto della disputa e le responsabilità, il contenuto dell'accordo raggiunto, le modalità ed i tempi per il suo adempimento.

suo contenuto, le parti potranno rivolgersi alle corti (art. 32). Le parti, inoltre, possono concordemente richiedere alle corti di confermare in giudizio l'accordo raggiunto, entro trenta giorni dalla data in cui lo stesso è divenuto efficace (art. 33). Una volta confermato giudizialmente l'accordo, qualora una parte si rifiuti di eseguirlo ovvero non lo esegua correttamente, l'altra potrà rivolgersi alla corte per ottenerne l'esecuzione. Se, invece, la Corte non ne conferma la validità, le parti potranno modificare l'accordo, trovarne uno nuovo ovvero rivolgersi alle corti<sup>(54)</sup>. Nonostante la legge stabilisca che alla base della conciliazione vi sia la volontà delle parti, l'atteggiamento delle autorità governative ed il clamore provocato da alcuni casi specifici<sup>(55)</sup>, pongono delle gigantesche ombre sulle finalità della normativa e sulla volontà dei governanti cinesi di costruire una società armoniosa ad ogni costo. La più affermata dottrina giuridica cinese, in merito alla nuova legge, ha espresso un giudizio critico considerandola un pericoloso passo indietro per la costruzione di una *rule of law* in Cina, così mettendo a repentaglio i cittadini ed i loro diritti garantiti nella Costituzione, in primis la possibilità di agire in giudizio per la loro difesa<sup>(56)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> L'Interpretazione della Corte Suprema del 2011, addirittura, stabilisce che le corti devono dichiarare se accettare la richiesta delle parti per la conferma dell'accordo nel termine di tre giorni per poi decidere nel termine massimo di 25 giorni.

<sup>(55)</sup> Il riferimento, in particolare, è a due casi recenti di «*tiaojie*» (mediazione) gestiti dalla polizia insieme ad alcuni organi giudiziari, che hanno sottolineato i pericoli insiti nel porre l'armonia sopra lo Stato di diritto. Il primo caso, verificatosi in occasione del 22° anniversario del massacro del 4 giugno 1989, è relativo all'Organizzazione non governativa le Madri di Tienanmen, sorta per ottenere giustizia per le vittime della repressione, la quale ha rivelato che le Autorità di Pechino hanno cercato di “mediare” con i genitori di una delle vittime della piazza offrendo loro una somma di denaro e ponendo una condizione molto chiara: i parenti avrebbero dovuto cessare di chiedere giustizia e di ritenere colpevoli del massacro il Partito ed il Governo. Il secondo caso, invece, si riferisce alle centinaia di migliaia di genitori che hanno visto i propri figli ammalarsi nel 2008 e nel 2009 dopo aver bevuto del latte avvelenato dalla melanina. Da allora gli sforzi di queste persone – tra cui quelli di Zhao Lianhai, leader della Ong che rappresenta le parti in causa – per portare in tribunale i responsabili di quanto avvenuto sono risultati vani. Dal 2010, i rappresentanti dell'Associazione cinese dei prodotti caseari, così come diversi dipartimenti importanti della polizia e della sanità, hanno iniziato ad esercitare pressione sui parenti perché considerino la “*tiaojie*” e non i tribunali. Recentemente, l'Associazione ha annunciato che quasi trecentomila famiglie hanno accettato un totale di 910 milioni di yuan (91 milioni di euro) come risarcimento una tantum, rinunciando così alla possibilità di ottenere un giusto processo nei tribunali.

<sup>(56)</sup> Tra le critiche più ricorrenti si legge: «*lo status professionale dei tribunali è stato compromesso sin dal momento in cui ai giudici è stato chiesto di assumersi il compito politico di mettere in pratica l'armonia sociale, così i cinesi che intendono ottenere giustizia dalla legge rischiano invece di essere cacciati dai tribunali con il pretesto di massimizzare l'armonia*» (Prof. Ong Yew-Kim – China University of Political Science and Law); «*i professionisti del diritto*

6. – L'arbitrato fece la sua prima comparsa in Cina nei primi anni del '900. Nel 1912, infatti, il Governo promulgò la «*Constitution for Business Arbitration Office*», cui seguirono, a distanza di un anno, le relative «*Working Rules For Business Arbitration Office*». Tale regolamentazione, non soltanto stabiliva le condizioni in base alle quali le parti potevano sottoporre la controversia ad un arbitrato, ma prevedevano che il lodo non potesse divenire vincolante senza il loro consenso, mancando il quale potevano adire il tribunale. In tal senso, si è osservato che proprio l'enfasi posta sulla necessità di un accordo ha fondato le basi «*for the positive attitude shown today towards the consensus-building mediation and conciliation service available within the Chinese arbitral framework*»<sup>(57)</sup>. Tuttavia, c'è invece chi, analizzando l'operato del *Business Arbitration Office*, ha evidenziato come esso somigliasse più ad una organizzazione di conciliazione che non ad un'istituzione arbitrale<sup>(58)</sup>. Successivamente, nel 1921, contemporaneamente alla costituzione del dipartimento dell'arbitrato commerciale all'interno della camera di commercio, fu emanata la «*Provisional Regulation on Civil Arbitration*». Nel 1927, il Governo centrale decise di varare nuovamente le «*Rules*» e le «*Detail regulations*». In seguito, nel 1930, il Governo pubblicò la «*Law for Settling Disputes Between Labor and Management*» per disciplinare la mediazione e l'arbitrato nelle controversie tra datori di lavoro e lavoratori. Analogamente, a livello locale, nel 1949 furono emanate dal Governo municipale di Tianjin le «*Provisional Regulations on the Tianjin conciliation and arbitration commission*», mentre la commissione militare di Shanghai pubblicò i «*Provisional Methods for Resolution of Labor Disputes in Privately-operated Companies*». Entrambe le discipline si occupavano, tra l'altro, anche dell'arbitrato

---

*dovrebbero guardarsi dalla tendenza giudiziaria a dare un'enfasi eccessiva alla mediazione. Le corti di giustizia non sono organizzazioni per mediare. Porre la mediazione sopra le sentenze è una variante che tocca lo status sociale e la funzione che la legge ha nei nostri tribunali*» (Prof. Wang Liming – Renmin University of China); «*l'enfasi sul principio "la stabilità prima di tutto" potrebbe mettere in pericolo anche il ruolo dell'uomo, non soltanto lo Stato di diritto. Fin da quando esiste lo Stato di diritto, nella storia recente si sono avuti degli alti e bassi. Molto spesso si fa un passo indietro e due avanti. Negli ultimi anni, però, abbiamo compiuto un passo avanti e due indietro. Stiamo retrocedendo sulla strada principale e questo è un fenomeno terribile*» (Prof. Jiang Ping – China University of Political Science and Law).

<sup>(57)</sup> Così TAO, *Arbitration Law and Practice in China*, The Netherlands, 2004, p. 1.

<sup>(58)</sup> In tal senso, si veda LIANBIN, JIAN, HONG, *Approaches to the revision of the 1994 arbitration act of the PRC*, in *Journal of International Arbitration*, 2003, p. 169, nt. 2: «*the commercial Arbitration Department dealt with commercial disputes submitted by the parties on the basis of agreement, or conciliated the disputes entrusted by the courts. [...] Thus the Commercial Arbitration Department was merely considered a conciliation organization*».

domestico. Infine, per quanto concerne l'arbitrato internazionale, nel 1945, dopo la fine della seconda guerra mondiale, venne creata una istituzione arbitrale comune tra Cina e Stati Uniti, la quale, però, fu governata esclusivamente da questi ultimi. Sostanzialmente, quindi, nel periodo di governo del Guomindang, mancò una istituzione arbitrale internazionale realmente indipendente. Fu solo con la nascita della Repubblica Popolare che la Cina cominciò gradualmente a sviluppare un vero e proprio sistema arbitrale che, ieri come oggi (anche se in modo diverso), prevedeva una regolamentazione profondamente diversa delle dispute domestiche rispetto a quelle «*foreign-related*».

Per quanto concerne la risoluzione delle dispute domestiche, il sistema arbitrale ebbe origine nei primi anni '50 durante i quali il Governo promosse ampiamente l'uso della conciliazione e dell'arbitrato, soprattutto per risolvere le controversie economiche relative alle imprese pubbliche. L'arbitrato domestico, frutto di un'economia pianificata e centralizzata, aveva natura amministrativa ed era affidato ad una pluralità di istituzioni organizzate gerarchicamente, affiliate al Governo, operanti ciascuna in una determinata materia<sup>(59)</sup>. Le commissioni domestiche avevano competenza su tutte le controversie che sorgevano tra le persone fisiche e giuridiche cinesi. Per inciso, va fin da ora segnalato come, seguendo tale classificazione, le *Foreign Investment Enterprises* (FIE), ossia le “*equity joint ventures*”, le “*cooperative joint ventures*” e le “*wholly foreign-owned enterprises*”, erano e sono persone giuridiche cinesi. Per tale motivo, le controversie intercorse tra quest'ultime ed altre persone fisiche e giuridiche, ricadevano e ricadono nell'applicazione della disciplina prevista per l'arbitrato domestico ed alle relative commissioni arbitrali. L'arbitrato fu, quindi, previsto ed adottato quale mezzo di risoluzione delle controversie in molti settori; tuttavia, è utile ripercorrere brevemente le fasi della sua evoluzione attraverso quella dei contratti economici, che ne hanno rappresentato senz'altro la disciplina paradigmatica<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> «*These bodies treated disputes arising from economic contracts, labor matters, patents, consumer transactions, technology transfer contracts, urban property rights and other matters*», così TAO, *op. cit.*, p. 2.

<sup>(60)</sup> Sul punto, cfr. WENYING, *Distinct Features of Arbitration in China. An Historical Perspective*, in *J. Int'l Arbitration*, 2006, pp. 62-63; Aa.Vv., *Arbitration Laws of China*, The Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China, Hong Kong, Singapore, Sweet & Maxwell, 1997, pp.18-19.: «[...] 1) *from the early years of New China to the mid-1970s, when disputes are generally settled through arbitration by competent administrative organs, not through legal proceedings*; 2) *from the 1970s to early 1980s, when disputes had to be arbitrated before resorting to legal proceedings*; 3) *throughout the 1980s, when disputes were basically resolved*



In una prima fase, queste controversie venivano sottoposte all'arbitrato di Stato, tipico del modello sovietico, rimanendo esclusi da tale disciplina i contratti civili, quelli con l'estero, nonché i rapporti tra e con le poche imprese private superstiti. La loro soluzione era affidata alle commissioni economiche e commerciali statali, istituite ai vari livelli dell'amministrazione. In questo senso, negli anni '60, seguirono una serie di normative indirizzate a negare l'autonomia delle parti, prevedendo l'arbitrato quale metodo esclusivo per risolvere tali controversie<sup>(61)</sup>. Anche in questo campo, dopo un temporaneo arresto dovuto alla rivoluzione culturale, il sistema di arbitrato domestico tornò operativo. Tra la fine degli anni settanta ed i primi anni ottanta, infatti, si diede vita a quello che viene definito il «two-tier sistem» (*liang cai liang shen*) ovvero un sistema misto che prevedeva sia il ricorso all'arbitrato sia quello presso i tribunali ordinari. La principale caratteristica di tale sistema risiedeva nell'obbligatorietà dell'arbitrato prima che potesse essere adita la giustizia ordinaria. Inoltre, qualora la parte non fosse soddisfatta del lodo poteva chiedere, al livello gerarchicamente superiore dell'autorità amministrativa che aveva deciso il caso, di riconsiderare la decisione. Solo una volta giunti a questo punto, le parti potevano adire il tribunale per affidargli la soluzione della controversia. Naturalmente, vigendo il principio del doppio grado di giudizio, anche tale sentenza non era definitiva in quanto appellabile di fronte alla corte superiore.

Una prima semplificazione fu introdotta con la legge del 1981 sul contratto economico. Tale legge, infatti, stabiliva che, qualora la prima fase di negoziazione non fosse andata a buon fine, le parti potevano scegliere di rivolgersi alla autorità amministrativa competente per dar vita, alternativamente, o ad una conciliazione o ad un arbitrato. Una volta chiuso l'arbitrato, a differenza della disciplina previgente, non era però più possibile richiedere all'autorità amministrativa gerarchicamente superiore di modificare il lodo, rimanendo aperta solo la possibilità di impu-

---

*through arbitration and legal proceedings; and 4) since 1991, where disputes may be resolved either through arbitration or legal proceedings».*

<sup>(61)</sup> *Ex multis*, ricordiamo le seguenti: 1) *Working Rules for the State -Owned Industrial Enterprises (Draft)*, adopted by the State Council in September 1961; 2) *The Opinions of the State Economic Commission Concerning Arbitration of Disputes Arising from Defaulting on Loan Payment Among the State-Owned Industrial Enterprises By the Economic Commissions at Various Levels (draft)*, adopted by the State Economic commission on August 30 1962; 3) *The Notice Concerning the Strict Implementation of Basic Construction Procedure and the Strict Implementation of Economic Contract*, adopted by the State Council on December 10, 1962.

gnare il lodo innanzi alle corti, entro 15 giorni dal momento in cui le parti ne abbiano avuto conoscenza. Tuttavia, nel giro di pochi anni, grazie all'emanazione nel 1983 delle «*Regulations on Economic Contract Arbitration of the People's Republic of China*», non solo fu statuito che le controversie aventi ad oggetto i contratti economici dovessero essere trattate da commissioni arbitrali istituite all'interno dell'Amministrazione di Stato dell'Industria e del Commercio (SAIC) <sup>(62)</sup>, a livello nazionale e locale, ma soprattutto si attribuì alle parti la possibilità di scegliere liberamente se fare o meno ricorso all'arbitrato, piuttosto che all'autorità giudiziaria.

Sulla scia di questa prima disciplina, negli anni ottanta e nei primi anni novanta <sup>(63)</sup>, si introdusse il sistema definito «*yi cai liang shen*», il quale finalmente lasciava alle parti la possibilità di scegliere tra arbitrato e giustizia ordinaria. Infine, con l'approvazione della legge di procedura civile del 1991 <sup>(64)</sup>, il sistema fu ulteriormente raffinato, come confermato nel 1993 dalla revisione della legge sul contratto economico <sup>(65)</sup>.

L'arbitrato domestico, in definitiva, si caratterizzava per tre fattori: *a*) la mancanza di indipendenza delle varie istituzioni a ciò preposte; *b*) la mancanza di autonomia delle parti; *c*) la mancata efficacia vincolante del lodo <sup>(66)</sup>.

<sup>(62)</sup> Nel dicembre del 1983 seguirono le «*Organizational Rules of Economic Contract Arbitration Commission (for Trial Implementation)*», sempre da parte del SAIC.

<sup>(63)</sup> Come sottolinea WENYING, *op. cit.*, pp. 65-66, per i contratti tecnologici (entrati in vigore il 23 giugno del 1987), nel 1991, tramite le «*Rules of Arbitration of Technology Contract Arbitration Institutions (for Trial Implementations)*», venne stabilita una disciplina che rispetto ai contratti economici «[...] was greatly improved in many aspects». L'Autore nota, infatti, come nonostante questa disciplina non elimini le interferenze delle rispettive autorità amministrative, allo stesso tempo «[...] adopted the principle of consensual jurisdiction», a differenza delle dispute domestiche sui contratti economici. È evidente come tale normativa sia figlia della sempre maggiore apertura agli scambi scientifici e tecnologici e della parallela necessità di regole specifiche.

<sup>(64)</sup> Tale normativa, più specificamente, nella parte relativa all'esecuzione stabilisce che qualora sia emanato un lodo, in assenza sia di un accordo delle parti nel contratto sia di un accordo scritto successivo, una parte può rivolgersi alla corte per opporsi al lodo stesso.

<sup>(65)</sup> La disposizione avente ad oggetto l'arbitrato fu novellata e successivamente recitava: «*if a dispute over an economic contract develops, the parties may settle the dispute through consultation or conciliation. If the parties are reluctant to settle dispute through consultation or conciliation or they fail in settling the dispute thereby, they may apply to an arbitration agency for arbitration in accordance with the arbitration clause in the contract or in accordance with the written arbitration agreement reached between them subsequently. If there is no arbitration clause concluded between the parties in the contract and no written arbitration agreement is reached subsequently, the parties may bring a lawsuit in the people's court*».

<sup>(66)</sup> A tal proposito, si veda Hu, *Enforcement of international Commercial Arbitration Award in the People's Republic of China*, in *J. Int'l Arbitration*, 1999, p. 4, il quale

7. – Nonostante la storica preferenza accordata alla conciliazione, si è avuto modo di sottolineare come oggi in Cina sia sempre maggiore la richiesta di stabilità e certezza nella risoluzione delle controversie, come dimostrato in primo luogo dall'esponentiale mole di lavoro affidata alla giustizia ordinaria. Sebbene il sistema giudiziario cinese abbia fatto e stia ancora facendo notevoli passi in avanti, tutti gli operatori economici, non solo cinesi, privilegiano ovviamente l'ipotesi di una soluzione arbitrale dei loro contenziosi. Il ricorso sempre più frequente a tale strumento testimonia come «*l'arbitrato si muova tra il giudiziale e lo stragiudiziale essendo un'ibrida via percorribile per la risoluzione delle controversie*»<sup>(67)</sup>, così ponendo quasi in dubbio la sua collocazione all'interno del sistema di ADR in Cina. A prescindere dalle possibili considerazioni sulla sua natura, le ragioni di tale successo, conformemente al modo di operare degli investitori ed imprenditori nel commercio internazionale<sup>(68)</sup>, si rinvergono principalmente in quattro fattori: 1) la maggiore specializzazione degli arbitri rispetto ai giudici ordinari; 2) la maggiore flessibilità del procedimento; 3) la brevità del procedimento, costituito da un unico grado di giudizio; 4) l'imparzialità dello stesso, non condizionato (o, quantomeno, in modo minore) da fattori politici ed ambientali. A ciò si aggiunga che la legge del 1994 (art. 29) ed il regolamento della *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) (art. 16), permettono di farsi rappresentare da avvocati stranieri<sup>(69)</sup>, a differenza di un ipotetico

---

osservava come «*such arbitration is far from the proper concept of arbitration, and in fact, just a mixture of arbitration, administration and adjudication*». Per quanto riguarda l'enforcement, l'art. 35 dell'«*Arbitration Ordinance for Economic Contracts of the People's Republic of China*» (in vigore dal 23 agosto 1983) stabiliva che: «*the parties to economic contracts shall automatically perform the written conciliation statement and binding arbitration awards which were served during the specified time limit therein. If one of the parties fails to do so, the other party may apply to the competent court for enforcement*».

<sup>(67)</sup> Così MONTI, *Diritto societario cinese*, Roma, 2007, pp. 157-158.

<sup>(68)</sup> Anche a livello locale, il passaggio da un'economia pianificata ad una di mercato, ha posto la necessità per gli operatori locali, al pari dei loro omologhi sparsi nel mondo, di trovare un metodo più efficiente per la soluzione delle proprie controversie, rendendo l'arbitrato domestico sempre più competitivo rispetto al ricorso alle corti.

<sup>(69)</sup> Tuttavia, nel gennaio del 2002 sono state emanate dal Consiglio di Stato le «*Regulations on the Administration of the Operation of Offices of Foreign Law Firms in China*», seguite nel luglio 2002 dalle «*Implementation Rules*» pubblicate dal Ministero di Giustizia ed in vigore dal primo settembre del 2002, le quali, all'art. 32, fanno divieto ai legali degli studi stranieri di «*practice law*» relativamente a «*PRC Law Matters*», se questi agiscono «*[...] in the capacity as an agent in arbitration proceedings, issuing opinions or comments on the application of PRC law and facts involving PRC law*». Se si pensa che per 50 anni in Cina le parti abbiano potuto avvalersi dell'ausilio di giuristi stranieri, è

giudizio davanti alle corti ordinarie ove ci si può avvalere esclusivamente dell'ausilio di avvocati cinesi. Per mettere in evidenza l'importanza assunta dall'istituto arbitrale in ogni settore, il 3 dicembre del 2001, la CIE-TAC<sup>(70)</sup> ha istituito – insieme al *Centro Internazionale di Arbitrato di Hong Kong* (HKIAC) e al *Korean Internet Address Dispute Resolution Committee* (KIDRC) – l'*Asian Domain Name Dispute Resolution Centre* (ADNDRC), il quale si occupa della assegnazione dei nomi e dei numeri di internet (Icann) ed è anche l'unico centro asiatico a cui è affidata la risoluzione delle controversie riguardanti i *domain names* di alto livello (ad esempio, .com, .net, .org). In ogni caso, a fungere sicuramente da spartiacque tra il sistema cinese moderno e contemporaneo è intervenuta, all'indomani della costituzionalizzazione del socialismo di mercato, l'«*Arbitration Law of the People's Republic of China*», ossia la legge del 31 agosto 1994 che rappresenta la Legge sull'Arbitrato (*zhongcai*)<sup>(71)</sup>. In vigore dal 1995, con essa il legislatore cinese ha, innanzitutto, superato la frammentazione e le contraddizioni della precedente disciplina che era arrivata a contare ben 14 leggi nazionali, 82 regolamenti amministrativi e 190 leggi locali<sup>(72)</sup>. La normativa del 1994, salutata da tutti gli osservatori, cinesi e non, come una pietra miliare per lo sviluppo dell'arbitrato in Cina, trae ispirazione dalla legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale adottata nel 1985 in seno all'UNCITRAL e mantiene il c.d. *dual track system* (*shuang gui zhi*), ossia la distinzione tra gli arbitrati interni e quelli *foreign-related*. Nonostante le differenze tra le due discipline, e più in generale i limiti che presenta la legge, il segno del cambiamento è già

---

condivisibile l'osservazione secondo cui «*that the provision [...] is certainly outdated and inappropriate; a rescission of such [...] is a matter of real urgency*», così W. SHENG CHANG, *Resolving Disputes Through Arbitration in Mainland China*, 2003, p. 6, ovvero «*that the Rules represent a disappointing blackslide in China's arbitration policy, and this may prove very harmful to the credibility of China's arbitration environment*», così TAO, *Arbitration in China*, in MC CONNAUHAY, GINSBURG (a cura di), *International Commercial Arbitration in Asia*, 2006, p. 5. Tuttavia, considerate le perplessità della CIETAC e di tutti gli operatori legali, il Ministero è dovuto tornare sul tema nel 2003 consentendo alla CIETAC di far operare anche giuristi stranieri negli arbitrati, pur prevedendo qualche eccezione.

(70) Già nel 2000 la CIETAC aveva creato un proprio *Centre for the Solution of Domain Name Disputes*.

(71) La struttura della Legge sull'Arbitrato si articolava in otto capitoli: 1) disposizioni generali; 2) commissioni arbitrali ed associazione di arbitro; 3) convenzione arbitrale; 4) procedura arbitrale; 5) *application* per annullare un lodo arbitrale; 6) esecuzione; 7) disposizioni speciali per gli arbitrati che coinvolgono elementi stranieri; 8) disposizioni supplementari.

(72) Sul punto, si veda J. MO, *Probing the uniformity of the arbitration system in the PRC*, in *J. Int'l Arbitration*, 2000, p. 1, secondo cui: «*a lack of a uniform and consistent law of arbitration in China was one of the major features of arbitration during 1978 and 1994*».

ben visibile in quanto disposto in sede di principi generali, a partire dalle finalità della stessa descritte all'art. 1, ossia «assicurare che le dispute economiche vengano imparzialmente e prontamente arbitrate, per proteggere i diritti e gli interessi legittimi delle parti e con una formula tipica delle leggi anni novanta e primi duemila, per proteggere un sano sviluppo dell'economia di mercato socialista». Indipendentemente da quest'ultima prescrizione, ritenuta per certi versi inappropriata, la norma è il sintomo di una nuova attenzione nei confronti delle parti, che segna il passaggio da una regolamentazione espressione di un'economia pianificata e centralizzata ad una più liberale, finalizzata a porre al centro le esigenze dei nuovi attori economici. Sempre in quest'ottica si pone l'art. 2 che, ampliando lo spettro delle controversie arbitrabili, ha stabilito che siano tali quelle aventi ad oggetto la proprietà, i diritti e gli interessi di soggetti di pari *status* giuridico, sia persone fisiche che giuridiche, mentre il successivo art. 3 esclude dall'arbitrato le questioni riguardanti il matrimonio, la tutela, l'adozione, le successioni e le controversie di competenza degli organi amministrativi<sup>(73)</sup>. Diversa è, invece, la questione, secondo quanto disposto dall'art. 77, relativamente alle dispute di lavoro e alle dispute agricole, sottratte alla disciplina stabilita dalla Legge, piuttosto che all'arbitrato, in quanto disciplinate altrove. Pur non potendo approfondire in questa sede, si deve far presente che le prime sono state disciplinate più di recente, prima dalla legge sul lavoro del 1994<sup>(74)</sup> ed ora dalla legge del 2007 sulla mediazione e l'arbitrato nel lavoro<sup>(75)</sup>. Le controversie riguardanti i contratti per le

---

<sup>(73)</sup> «It is important to distinguish two categories of dispute: i) disputes arising from contract; and ii) disputes between persons or organizations and the administrative authorities of the State. Whilst dispute under the first category may be resolved by arbitration, those arising under the second category may not», così TAO, *op. cit.*, p. 59.

<sup>(74)</sup> Già nel 1993 il Consiglio di Stato aveva adottato le «Regulations on the handling labour disputes in Enterprises». La legge sul lavoro, entrata in vigore nel 1995, all'art. 79 affidava gli arbitrati ad una apposita commissione per la soluzione delle dispute di lavoro, istituita dalle autorità di governo competenti. Con riferimento a questa legge, confrontandola con quella sull'arbitrato e con la definitività del lodo, F. HE, «Chinese alternative dispute resolution (ADR)», in Aa. Vv., *Chinese Arbitration A Selection of Pitfalls*, Association for International Arbitration, Maklu, 2009, p. 26, osserva che «but labour dispute arbitration is an exception. For if the workers involved are not satisfied with the adjudication of arbitration, they may bring the case to people's court. If they are not satisfied with the judgment of the first instance, they may appeal to the court of second instance. Of course, it is quite burdensome for the workers to follow both arbitration and suit channels».

<sup>(75)</sup> La «Law on Mediation and Arbitration of Labor Disputes», approvata dal Comitato Permanente dell'ANP il 29 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° maggio 2008, mira a garantire una soluzione più rapida delle controversie in materia di lavoro ed una maggiore tutela dei lavoratori (ad esempio, rendendo gratuito l'accesso alla giustizia arbitrale e prolungando i termini per il ricorso all'arbitrato da 60 gg. ad un anno). Come sottolinea

dispute agricole, invece, sono da sempre state disciplinate e risolte tramite l'intervento di uffici governativi locali ovvero tramite il ricorso alle corti, fin quando è entrata in vigore la legge sulle «*Rural Land Disputes*» approvata nel 2009<sup>(76)</sup>. Sul punto, prescindendo dall'evoluzione delle rispettive discipline, è stato rilevato come nel 1994 si sia persa un'occasione per introdurre una disciplina completamente uniforme<sup>(77)</sup>.

Come anticipato, la nuova disciplina del 1994 riconosce finalmente spazio all'autonomia delle parti. Innanzitutto, è ora necessaria la presenza di un volontario e comune accordo delle parti, affinché si possa dar luogo ad un arbitrato. L'art. 4 stabilisce chiaramente, a differenza della previgente normativa ove poteva essere determinante anche la volontà di una sola parte, l'impossibilità per l'istituzione arbitrale di accettare un caso qualora manchi un accordo in tal senso di entrambe le parti<sup>(78)</sup>. L'art. 5 aggiunge, inoltre, che l'esistenza di una valida convenzione di arbitrato preclude la possibilità per i giudici ordinari di prendere cognizione della causa<sup>(79)</sup>. Alle parti è, inoltre, ora data la possibilità di scegliere la com-

JIANGANG, *PRC Law on Mediation and Arbitration of Labour Disputes: Further Improvement in Handling Labour Issues in China*, in *China Law & Practice*, May 2008, p. 31, «*the PRC Law on Mediation and Arbitration of Employment Disputes [Law] while maintaining the basic procedure of "one mediation, one arbitration and two trials", has made dramatic adjustments and changes in specific procedures [...]*».

<sup>(76)</sup> In vigore dal 1° gennaio 2010, la legge dichiara di voler contribuire a risolvere tempestivamente e giustamente le controversie agricole, relative ai contratti di gestione della terra, garantendo i diritti degli agricoltori e promuovendo l'economia rurale e la stabilità sociale. Qualora sorga una disputa, le parti potranno autonomamente trovare un accordo o ricorrere ad un comitato di villaggio o del governo locale per la conciliazione. Se la conciliazione non riesce, le parti possono richiedere l'arbitrato ad un comitato locale o ricorrere alle corti. I governi locali istituiscono apposite commissioni arbitrali a livello di contea o della città. La legge specifica, inoltre, che le dispute sulla espropriazione della terra che coinvolgono organizzazioni governative non sono soggette ad arbitrato ma devono essere risolte attraverso un ricorso amministrativo o contenzioso.

<sup>(77)</sup> «*Some may argue that the AL 1994 is not meant to unify all forms of arbitration in China, but only certain commercial arbitration, which falls outside the scope of labour arbitration and arbitration of farming disputes. If this argument were correct, limited uniformity in arbitration law of China can be accepted. Consequently, development of a national law to unify the whole arbitration system in China has become an urgent task of the NPC, if such uniformity is deemed to be beneficial for interests of China*», così MO, *op. cit.*, p. 14.

<sup>(78)</sup> Anche sotto questo profilo è chiara la distanza dagli artt. 9 e 10 delle Regulations del 1983, che stabilivano la giurisdizione delle dispute secondo quanto stabilito dalle stesse e che solo in parte erano state superate dalle leggi sui contratti economici stranieri, quelli tecnologici e quanto stabilito in tema di arbitrato *foreign-related* dalla legge di procedura civile, che la attribuivano in base dell'accordo raggiunto dalle parti.

<sup>(79)</sup> Art. 5: «*If the parties have concluded an arbitration agreement and one party initiates an action in a people's court, the people's court shall not accept the case and shall refer that to the arbitration commission, unless the arbitration agreement is null and void. The*

missione arbitrale a cui affidare la soluzione della controversia (art. 6)<sup>(80)</sup>. L'art. 7 stabilisce che il giudizio deve basarsi sui fatti e svolgersi in conformità con la legge, mentre l'art. 8 prevede che sia condotto in modo indipendente, con l'espresso divieto, rivolto a qualunque organo amministrativo, organizzazione sociale o individuo, di interferire<sup>(81)</sup>. Infine, è stabilita la definitività del lodo (*yi cai zhong ju*)<sup>(82)</sup>, con la previsione che gli arbitri o il giudice ordinario non possono esaminare una domanda identica a quella già decisa in sede arbitrale. Solo nel caso in cui il lodo venga annullato ovvero ne sia stata rifiutata l'esecuzione da parte dei giudici ordinari, le parti possono presentare domanda di arbitrato, dopo la stipula di una nuova clausola compromissoria, altrimenti hanno la facoltà di adire il tribunale ordinario (art. 9).

Dalla lettura di queste prime disposizioni risulta quindi evidente come sia proprio la disciplina dell'arbitrato domestico ad essere stata oggetto dei cambiamenti più profondi rispetto al passato, permettendo in tal modo alla Cina di allinearsi almeno in parte ai principi riconosciuti in ambito internazionale<sup>(83)</sup>. L'arbitrato internazionale è, invece, disciplinato a parte, nel settimo capitolo. In sede di apertura, l'art. 65 chiarisce che le

---

*decision of the arbitration commission is final*». Tale disposizione, in particolare, stabilisce due principi. Relativamente al primo principio, se le parti hanno raggiunto un accordo per dar luogo ad un arbitrato, esse si devono rivolgere all'istituzione scelta e non possono portare la disputa di fronte ad una corte. Se una parte incurante dell'accordo presenta un'azione di fronte al tribunale, l'altra potrà quindi opporsi lamentando la mancanza di giurisdizione di questa. Principio, questo, in realtà già presente anche nella legge di procedura civile che all'art. 257, in tema di arbitrato *foreign-related*, stabilisce che non possono essere intentate davanti ad una corte le controversie derivanti da un contratto in cui è stata inserita una clausola compromissoria ovvero a cui sia stato successivamente aggiunto un compromesso scritto in cui si sottopone una lite ad un'autorità arbitrale. Il secondo principio attiene, invece, al comportamento della corte che rispettando l'originaria volontà delle parti deve rifiutare il caso, ovviamente qualora l'accordo sia valido, ed avvisarle di rivolgersi alla commissione. Analogamente, l'art. 111 (n. 2) della legge di procedura civile recita: «*If, according to the law, both parties have on voluntary basis reached a written agreement to submit their contract dispute to an arbitral organ for arbitration, they may not institute legal proceedings in a people's court. The people's court shall advice the plaintiff to apply to the arbitral organ for arbitration*».

<sup>(80)</sup> L'art. 6, comma 2, specifica: «*Arbitration is not subject to jurisdiction by level or territorial jurisdiction*».

<sup>(81)</sup> Il riferimento alle *public organizations* è stato inserito pensando al rapporto con l'associazione cinese d'arbitrato.

<sup>(82)</sup> La definitività si deduce anche dall'art. 62 che recita: «*The parties shall execute an arbitration award. If One party fails to execute the award, the other party may apply to a people's court for enforcement in accordance with the relevant provisions of the Civil procedure Law, and enforce the awards*».

<sup>(83)</sup> «*The driving force behind Chinese arbitration reform was thus to change the previous domestic arbitration system*», così WENYING, *op. cit.*, p. 51.

disposizioni dello stesso si applicano alle controversie relative al commercio, ai trasporti e ai traffici marittimi che presentino «*elementi di estraneità all'ordinamento*» (*involving foreign elements*), aggiungendo che per le materie non coperte dallo stesso, sarà applicabile quanto stabilito dal resto della legge. È opportuna, a tal proposito, una precisazione sulla definizione di «*foreign-related*» in quanto la legge, a differenza della legge modello, ad esempio, non fornisce alcuna indicazione su cosa debba intendersi con essa<sup>(84)</sup>. Già presente nella legge di procedura civile provvisoria, nei principi generali del diritto civile e riproposta anche nella legge sulla procedura, è solo grazie ad alcune interpretazioni della Corte Suprema, di cui l'ultima di poco successiva all'emanazione della legge di procedura civile del 1991, che tale definizione ha trovato una traduzione pratica, dichiarando tali le dispute che coinvolgano almeno una parte straniera ovvero vedano collocati all'estero l'oggetto del contendere e, infine, qualora la costituzione, la modificazione o l'estinzione del rapporto giuridico sia avvenuta fuori dal territorio cinese. Competenti a trattare tali dispute sono le commissioni arbitrali organizzate ed istituite dalla *China Chamber of International Commerce* (CCOIC), tra le quali per storia e numeri, predomina la CIETAC. A tali commissioni l'art. 67 attribuisce la facoltà di reclutare esperti stranieri per svolgere le funzioni di arbitro. La disciplina dell'arbitrato internazionale è poi affidata, dall'art. 73 al CCOIC, in conformità alla legge e alla legge di procedura civile. La disciplina dell'arbitrato «*foreign-related*» si ritrova, poi, principalmente nel regolamento CIETAC da sempre più completo e attento all'introduzione di principi riconosciuti a livello internazionale. Bisogna, però, tenere fin da ora in consi-

---

(84) Sul punto, cfr. JIAN, *The «Foreign-related» Nature of the Arbitration of Mainland China and its comparison with the «Internationality»*, *Celebrating succes: 20 Years UNCITRAL Model Law on International commercial arbitration, SIAC Singapore International Arbitration Centre*, 2006, pp. 59-72. L'Autore, partendo dal dato che in Cina si sia sempre utilizzato il termine «*foreign-related*» (*she wai*) piuttosto che «*international*», osserva come «*it might be concluded [...] that there is no substantive distinction between foreign-related and international in the arbitration law of mainland China*». Tuttavia, quale che sia l'utilizzo che del termine venga fatto, in base alle interpretazioni date dalla Corte Suprema mancano, rispetto a quanto stabilito dalla legge modello, il riferimento ai criteri della sede dell'arbitrato e l'accordo espresso delle parti che più di un Paese è legato all'oggetto della convenzione di arbitrato. Va aggiunto che i regolamenti della CIETAC fin dal 1988 utilizzano tanto il termine «*foreign-related*» quanto «*international*». La CIETAC, inoltre, interessata ad assicurare una protezione più ampia agli investimenti stranieri che si realizzano tramite la costituzione di FIE, aveva trovato il modo, inserendo il criterio degli interessi economici, di far ricadere le relative controversie nella disciplina di quelle «*foreign-related*». Nondimeno il criterio, a cui fino alla revisione del 2000 avevano fatto riferimento le regole CIETAC, è scomparso nella versione del 2005.



derazione che la rigida dicotomia “*commissions foreign related*” – “*controversie foreign-related*”, è stata superata praticamente subito dopo l’emanazione della Legge. Difatti, almeno per quanto riguarda la competenza delle commissioni domestiche, l’art. 3 della «*Notice of the General Office of the State Council concerning several issues to be clarified in order to thoroughly implement the 1996 Arbitration Law of the PRC (Notice 1996)*», ha stabilito che le parti di una disputa “*foreign-related*” sono libere di scegliere una commissione arbitrale domestica. La CIETAC, invece, in sede di revisione delle sue regole, ha esteso la sua giurisdizione prima alle dispute sulle *Foreign Invested Enterprise* (FIE) nel 1998<sup>(85)</sup> e, successivamente nel 2000, alle dispute domestiche. Le commissioni, locali e non, hanno quindi competenza su tutte le controversie, pur rimanendo ferma la differenza di disciplina per tutta una serie di aspetti, primi fra tutti l’annullamento e l’esecuzione dei lodi.

Nonostante la volontà e gli sforzi, la Legge in definitiva recepisce solo parzialmente i principi del modello internazionale, continuando a presentare delle proprie caratteristiche. Tuttavia, di fronte ad una disciplina sempre più uniforme, molti studiosi sottolineano l’importanza del ruolo giocato da alcuni fattori extra-giuridici come le *guanxi* ovvero i fattori politici<sup>(86)</sup>. In primo luogo, il concetto di autonomia delle parti sembra avere «*at its heart, the notion of submission to a method of state-sponsored dispute resolution, somewhat different from the ordinary Courts, but still ultimately deriving its authority from the state, not from the parties*»<sup>(87)</sup>.

<sup>(85)</sup> Fino al 1998 era incerto se una controversia tra una FIE ed una parte cinese potesse essere affidata alla CIETAC. Di fronte a una presa di posizione della stessa in tal senso, è rimasta celebre la posizione presa dalla corte intermedia di Pechino, che nel caso *China International Engineering Constancy Company v. Lido Hotel* del 1992, aveva ritenuto che anche le FIE, in quanto società cinesi fossero fuori della giurisdizione della CIETAC e le relative dispute fossero da considerarsi domestiche. Sul punto, cfr. THORP, *The PRC Arbitration Law: problems and prospects for Amendment*, in *J. Int’l Arbitration*, 2007, p. 615: «[...] to avoid this, foreign investors also be added as a party (even if only a sleeping party) to contracts between its Fies and other Chinese parties, so that contract and dispute can be characterized as foreign related. However, the validity of this strategy has yet to be tested in the PRC courts, and it is possible that determined PRC respond could persuade a Chinese court to review the merits of, and overturn an award in this situation on that grounds that there was no real foreign party or foreign element in the underlying contracts».

<sup>(86)</sup> «La ricerca della peculiarità è sempre più difficile e, se differenze o peculiarità ci sono, riguardano spesso la condotta degli uomini o sono peculiarità politiche di un sistema che rinuncia faticosamente a un dirigismo in tutti i settori, non ammette facilmente la natura esclusivamente o principalmente negoziale dell’arbitrato, diffida della piena libertà contrattuale delle parti», così MONTI, *op. cit.*, p. 158.

<sup>(87)</sup> «The “Western” provision, emphasizing the parties’ positive freedom to agree, is in strong contrast with the equivalent Chinese provision, drafted in terms of the possibility of

Questo rilievo, ad esempio, può aiutarci a comprendere come mai in Cina di fatto non possa avere luogo un arbitrato ad hoc, nonostante sia tenuta a riconoscere ed eseguire in virtù della Convenzione di New York gli arbitrati ad hoc svolti in un Paese contraente<sup>(88)</sup>. Analogamente, è riscontrabile la mancanza di autonomia dello stesso tribunale arbitrale rispetto alle commissioni. In sostanza ragioni storiche e strutturali fanno sì che l'arbitrato cinese, pur non essendo più un arbitrato amministrativo, sia un arbitrato istituzionale che risente ancora fortemente di un controllo politico, sicuramente maggiore in ambito domestico. Un'altra caratteristica della Legge cinese è poi rappresentata dalla perdurante vitalità della conciliazione. Invero, anche in ambito internazionale, nel tempo la conciliazione è stata promossa e sviluppata, prima all'interno delle procedure arbitrali e, successivamente, con l'istituzione di appositi centri di conciliazione per la soluzione delle dispute commerciali internazionali<sup>(89)</sup>. La Cina ha, inoltre, saputo imporre questa sua preferenza attraverso la creazione di un nuovo metodo definito «*Joint Mediation*». Questa procedura, nata negli anni settanta grazie ad un accordo tra la CIETAC e l'*American Arbitration Association* (AAA), prevede che ciascuna parte possa richiedere la nomina di conciliatori alla propria istituzione arbitrale, permettendo quindi che la conciliazione sia affidata a conciliatori non solo cinesi, seguendo le particolari regole adottate secondo i relativi accordi.

Tornando all'arbitrato, è la integrazione tra quest'ultimo e la conciliazione che solo in tempi relativamente recenti sta prendendo piede a livello globale e sta imponendo la Cina come modello per la sua flessibilità<sup>(90)</sup>. Storicamente, infatti, la Cina deve la sua origine anche al fatto che l'arbitrato è sorto e si è sviluppato all'interno di un'economia pianificata, sotto

---

*submitting disputes to arbitration and selecting an arbitration commission, all with a view to protect the legitimate rights and interests of the relevant parties and to guarantee the healthy development of the socialist market economy»,* così BILLIET, *Opening Remarks on Chinese Arbitration*, in AA.VV., *Chinese Arbitration A Selection of Pitfalls*, p. 12.

<sup>(88)</sup> Sul tema, più diffusamente, si veda BALDI, *Una realtà poco conosciuta: la applicazione della Convenzione di New York in Cina*, in *Riv. arbitrato*, 2004, pp. 367-383.

<sup>(89)</sup> Il primo di questi è il «*Beijing Conciliation Centre*», oggi noto come «*Conciliation Center of China Chamber of International Commerce*», nato del 1987 per la soluzione delle dispute commerciali e marittime internazionali. Prima la conciliazione di questo genere di controversie era reso dalle organizzazioni di arbitrato estere. Sul tema, si veda HOUZHI, *Conciliation in China*, in CRESPI REGHIZZI, CAVALIERI (a cura di), *Diritto commerciale e arbitrato in Cina tra continuità e riforma*, Milano, 1991, p. 343.

<sup>(90)</sup> Così come ricorda HARPOLE, *The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China*, in *J. Int'l Arbitration*, 2007, p. 623, fuori dalla Cina esso viene definito «*med-arb*» ovvero «*arb-med*», «*depending upon which procedure is first adopted to resolve a case and towards which procedure the case transitions later*».

la guida di una normativa inizialmente scarsa e vaga, in virtù della quale i collegi arbitrali potevano far riferimento e leva nelle loro decisioni, ai principi di equità e ragionevolezza, incoraggiando le parti ed assistendole nella ricerca di un accordo<sup>(91)</sup>. Anche sotto questo profilo, pioniera è stata la CIETAC che, influenzata dalla pratica dei tribunali, nonostante l'assenza nelle sue prime «*Provisional Rules*» di disposizioni specifiche in merito, aveva stabilito che qualora le parti avessero raggiunto una conciliazione, il caso sarebbe stato chiuso<sup>(92)</sup>. Disposizioni specifiche sulla conciliazione si possono, invece, ritrovare a partire dalla seconda edizione delle regole CIETAC del 1989, fino ad arrivare a quella in vigore del 2005, la settima, che ne ha offerto la disciplina più completa<sup>(93)</sup>. Tale pratica era stata

---

<sup>(91)</sup> In tal senso, cfr. KAUFMANN-KOHLER e KUN, *Integrating Mediation into Arbitration: Why it Works in China*, in *J. Int'l Arbitration*, 2008, pp. 485-486, che rilevano come «*in addition, the cases submitted to CIETAC in its early stages were relatively easy to mediate, given the simplicity of the disputes, the relatively stable business relations, and the small value of the claims*».

<sup>(92)</sup> WENYING, *The Role of Conciliation in Resolving Disputes: A P.R.C. Perspective*, 20 Ohio ST. J. on Dispute Resolution, vol. 20, n. 2, 2005, p. 436, rileva che «*however, CIETAC attempted to conciliate its arbitration cases in its initial practice, even though there were no provisions authorizing conciliation in its Rules. The statistics show that, in the period from the 1950's to the 1980's, most arbitration cases accepted by CIETAC were concluded by the way of conciliation [...]. In the period of the 1980's and the early 1990's, CIETAC enjoyed a certain rate of success with the combination of arbitration and conciliation [...]*».

<sup>(93)</sup> Art. 40 «*Combination of Conciliation with Arbitration*»: «1. Where the parties have reached a settlement agreement by themselves through negotiation or conciliation without involving the CIETAC, either party may, based on an arbitration agreement concluded between them that provides for arbitration by the CIETAC and the settlement agreement, request the CIETAC to constitute an arbitral tribunal to render an arbitral award in accordance with the terms of the settlement agreement. Unless the parties agree otherwise, the Chairman of the CIETAC shall appoint a sole arbitrator to form such arbitral tribunal, which shall examine the case in the procedure it considers appropriate and render an award in due course. The specific procedure and the time limit for rendering the award shall not be subject to other provisions of these Rules. 2. Where both parties have the desire for conciliation or one party so desires and the other party agrees when approached by the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may conciliate the case during the course of the arbitration proceedings. 3. The arbitral tribunal may conciliate the case in the manner it considers appropriate. 4. The arbitral tribunal shall terminate the conciliation and continue the arbitration proceedings if one of the parties requests a termination of the conciliation or if the arbitral tribunal believes that further efforts to conciliate will be futile. 5. A settlement agreement reached between the parties during the course of conciliation by the arbitral tribunal but without the involvement of the arbitral tribunal shall be deemed as one reached through the conciliation by the arbitral tribunal. 6. Where settlement is reached through conciliation by the arbitral tribunal, the parties shall sign a written settlement agreement. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal will close the case and render an arbitral award in accordance with the terms of the settlement agreement. 7. Where conciliation fails, the arbitral tribunal shall proceed with the arbitration and render an arbitral award. 8. Where conciliation fails, any opinion, view or statement and any proposal or proposition expressing acceptance or opposition by either party or by the

adottata, prima della Legge, anche nell'ambito degli arbitrati domestici, come testimoniato dall'art. 25 della «*Regulation on Economic Contracts Arbitration*», dove si disponeva che l'organo arbitrale avrebbe dovuto condurre la conciliazione prima di dar luogo alla procedura arbitrale.

Infine, dall'analisi della Legge, non si può non prendere atto del fatto che essa, figlia del suo tempo, è per questo spesso generica ed incompleta, avendo dato così luogo ad incertezze interpretative e pratiche e, sebbene da anni si parli della necessità di una nuova legge, sono ancora incerti i suoi tempi di emanazione<sup>(94)</sup>, ragione per la quale essa è stata affiancata nel tempo da atti di varia natura ed origine. In primo luogo, è stato fondamentale il ruolo svolto dalla Corte Suprema per mezzo di numerosi e dettagliati (anche se non sempre del tutto risolutivi) interventi, soprattutto le Interpretazioni<sup>(95)</sup> di cui, in particolare, l'ultima «*Concerning Several Matters on Application of the Arbitration Law of the People's Republic of China*», entrata in vigore l'8 settembre 2006. Tale Interpretazione, in tema di applicazione della legge arbitrale, era stata in un certo senso preannunciata dalla pubblicazione di due bozze: la «*Several Regulations on how the People's courts handle foreign-related arbitration and foreign arbitration cases (the foreign-related draft)*» del 2003 e l'«*Interpretations to several issues on the application of the arbitration law (the domestic draft)*» del 2004; attraverso la sua emanazione, più specificamente, la Corte Suprema ha voluto fare chiarezza su tutti i suoi interventi precedenti, nonché su quelli delle corti locali. Gli interventi delle corti locali, infatti, anche se non espressamente previsti da alcuna norma e anche se non vincolanti, hanno contribuito e contribuiscono a regolare la materia attraverso le loro opinioni, influenzando l'operato delle rispettive corti inferiori. Le corti più influenti sono tre: la Corte Superiore di Pechino, la Corte Superiore di Shanghai e la Corte Intermedia di Shenzhen; ciò non a caso, vista la presenza sul loro territorio di importanti commissioni locali e della sede principale (come delle sub-commissioni) CIETAC. Tali Corti, rispettiva-

---

*arbitral tribunal in the process of conciliation shall not be invoked as grounds for any claim, defense or counterclaim in the subsequent arbitration proceedings, judicial proceedings or any other proceedings*<sup>93</sup>.

<sup>(94)</sup> La legge, come previsto dal comitato permanente nel 2005, sarà emendata e l'ufficio legislativo ha già presentato, nel 2006 alcune proposte. Sul punto, si veda MANJIAO, *Is the Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly: Determining the Validity of Arbitration Agreement under Chinese Law*, in *Asian Int'l Arbitration J.*, vol. 4, n. 1, 2008, p. 105.

<sup>(95)</sup> Ma anche le Opinions (*yijian*), le Notice (*tongzhi*), le Provisions (*guiding*), and Replies (*fuban/pifu*). Per un quadro generale, cfr. LIN, *Supreme People's Court Rules on PRC Arbitration Issues*, in *J. Int'l Arbitration*, 2007, p. 597.

mente, hanno emanato la «*Beijing Opinion*» del 3 dicembre 1999 «*On some issue Regarding the Determination of an Application for Ascertaining the Validity of an arbitration agreement, and Motions to revoke an Arbitration Award*»; la «*Shanghai Opinion on Some Issues Regarding the Implementation of the Arbitration Law of the People's Republic of China*» del 3 gennaio 2001 ed, infine, la Corte Intermedia di Shenzhen ha tenuto il 28 luglio del 1997 la «*Foreign-related Arbitration Judicial Review Conference*»<sup>(96)</sup>. In qualità di “centri”, espressione di territori maggiormente attivi e ricchi, le corti locali hanno spesso aperto la strada a soluzioni più innovative, più in linea con gli standard internazionali, tesi a favorire l'arbitrato, per essere poi talvolta avallate dai successivi interventi della Corte Suprema<sup>(97)</sup>. Tuttavia, è opportuno ricordare come, spesso, i problemi dell'arbitrato in Cina risiedano ancora nella scarsa preparazione dei giudici delle corti inferiori<sup>(98)</sup>. Un ruolo non trascurabile hanno continuato, poi, a giocare gli atti amministrativi direttamente emanati dal Consiglio di Stato ovvero dai dipartimenti governativi posti sotto il suo controllo. Fonte di

---

(96) Come ricorda ZHOU, *Arbitration Agreements in China: Battle on Designation of Arbitral Institution and ad Hoc Arbitration*, in *J. Int'l Arbitration*, 2006, p. 162, nt. 116, «*the conference was hosted by the Shenzhen Municipal IPC and attended by judges and officers from the SPC, Guangdong HPC (which has direct appeal jurisdiction over judgments from Shenzhen Intermediate Court), Commission members from CIETAC and its Beijing and Shanghai Sub-commissions, CMAC, and the Shenzhen Arbitration Commission*».

(97) «*The local courts' favorable treatment of arbitration is generally welcomed by international business. However, a close examination reveals multiple motivations of the local courts. First, local government urges local courts to adopt pro-business rules in order to attract foreign and domestic investors. With economic growth topping the Chinese government's list of priorities, local courts are directly involved in local governments' effort in creating a more investor-friendly legal environment. Second, local courts in economically booming municipalities, [...], have been encouraged to take experimental approaches as a part of the efforts towards Chinese legal system reform. While the national laws are slow in catching up with international practice, Chinese local courts in economically developed cities take initiatives and respond to business needs with a more sensitive approach. Third, the allegation can arguably be made that local courts approaches are motivated by local protectionism to attempt to keep more cases with local arbitral institutions*». Così ed in generale sull'atteggiamento delle corti locali, si veda ZHOU, *op. cit.*, p. 162.

(98) È un dato di fatto che la risoluzione delle controversie, nella Cina tradizionale, non era demandata al giudice. In Cina vi erano, pertanto, solo pochi giudici famosi, ancor meno tecnici delle materie giuridiche e nessun avvocato celebre. Anzi, gli avvocati erano, per lo più, considerati negativamente fino ad essere, talvolta, considerati addirittura agitatori sociali e corruttori del popolo. Quanto al grado di preparazione dei giudici cinesi, se fino a qualche tempo fa per esercitare tale funzione non era nemmeno richiesta una formazione giuridica, oggi si registra un'inversione di tendenza in quanto la generazione dei magistrati provenienti dal partito o dall'esercito sta lasciando il posto ad una nuova generazione di giudici più giovani, tecnicamente preparati, e forse più svincolati da logiche diverse da una mera ed imparziale applicazione del diritto.

tale potere, seppure non pacifica, è l'art. 3 della Decisione del Comitato Permanente «*Risoluzione sull'attività dell'interpretazione delle leggi*» del 1981, dove venne attribuita al Consiglio di Stato la possibilità di interpretare ogni legge e disposizione che non rientrasse nell'autorità interpretativa giudiziaria delle corti o delle procure<sup>(99)</sup>. In ogni caso, quale che sia la sua fonte, è stato ed è tuttora spesso il merito degli interventi a far discutere la dottrina. Questo è quanto avvenuto, ad esempio, nel 1995 in occasione dell'emanazione della «*Notice Concerning the Re-organization of Arbitration Commissions after the AL promulgation*», la quale ha stabilito che la riorganizzazione delle varie commissioni sarebbe stata guidata ed assistita da uffici governativi, in qualche modo contraddicendo quanto espresso in termini di autonomia delle stesse rispetto agli organi governativi. Allo stesso modo, la Notice del 1996 relativa alla competenza delle commissioni domestiche per le questioni *foreign-related*, ha innescato una vivace discussione in merito al fatto che tali commissioni fossero già al tempo in grado di affrontare tali controversie. Infine, pur senza avere valore di legge, va ricordato il contributo dato dalle regole delle varie commissioni arbitrali che, ad esempio, possono venire in rilievo, all'interno delle procedure per la revoca ed il riconoscimento dei lodi. Da sempre molto rilevanti sono quelle della CIETAC, ma non si può sottovalutare che dopo l'entrata in vigore della Legge sono state istituite circa 200 commissioni arbitrali nelle principali città cinesi, le quali, nel rispetto della Legge nonché delle particolari condizioni locali, emanano ciascuna proprie regole. Al riguardo, si può osservare che se la mancanza di standard uniformi può dare luogo ad una maggiore discrezionalità delle commissioni arbitrali, al contempo si registra una positiva forma di concorrenza tra le stesse, che in occasione della loro periodica revisione cercano di approvare regole sempre più liberali, colmando lacune o ammorbidendo la rigidità della Legge<sup>(100)</sup>.

---

<sup>(99)</sup> In merito MO, *op. cit.*, p. 6 aggiunge: «*however, the interpretation of this provision itself proves to be a problem. Does the provision mean "if a law or decree is not going to be applied by a court or a procuratorate"? It is indeed difficult to say which law or decree will never go to a court or be applied by the procuratorate. This is particularly problematic in case of the AL 1994, which is certainly litigated very often at a court of law, although it may not be used frequently by the procuratorate. If so, The Office of the State Council should not have the power to interpret the AL 1994*».

<sup>(100)</sup> Tra le commissioni locali spicca soprattutto la *Beijing Arbitration Commission* (BAC), che si sta imponendo grazie alla propria leadership di professionalità ed autorevolezza (presieduta dal Prof. Jang Ping, ex Rettore dell'Università di Pechino) ed al rapporto instaurato tra di essa ed il governo locale, il quale tramite le parole del capo del Dipartimento di Giustizia ha dichiarato nel 2004 che «*the biggest support of government to arbitration commissions is non-interference*». Va osservato che molte delle regole introdotte per

8. – Dopo l'enunciazione dei principi generali la Legge, al secondo capitolo, disciplina l'istituzione delle commissioni arbitrali.

In primo luogo, l'art. 10 prevede la costituzione delle commissioni arbitrali in determinate aree geografiche: nelle municipalità, sotto il diretto controllo del governo centrale e nelle città, ove hanno sede i governi delle provincie e regioni autonome. In caso di necessità, è prevista la possibilità di istituirne altre nelle città articolate in distretti. Il governo di ogni municipalità e città dovrà, poi, organizzare i dipartimenti e la camera di commercio per la formazione delle commissioni arbitrali, nonché la loro registrazione presso gli uffici amministrativi giudiziari dipendenti dai governi locali<sup>(101)</sup>.

In secondo luogo, l'art. 11, per l'istituzione di una commissione arbitrale, richiede la presenza di quattro requisiti: 1) l'assunzione di una denominazione, sede e statuto in conformità con la Legge; 2) il possesso di sufficienti beni; 3) la presenza di propri membri; 4) la capacità di nominare gli arbitri.

In terzo luogo, per quanto riguarda la composizione delle commissioni, l'art. 12 prevede la nomina di un presidente ed un certo numero di vicepresidenti (da due a quattro) e di membri (da sette a undici). Il presidente ed i vicepresidenti devono essere esperti di materie giuridiche ed economiche e non possono essere in numero inferiore ai due terzi dei componenti dell'intero comitato. Ancora, l'art. 13, enuncia i requisiti richiesti per la qualifica di arbitro, specificando che si deve trattare di persone moralmente ineccepibili, che abbiano avuto esperienza in procedure arbitrali da almeno otto anni ovvero essere stati, per lo stesso periodo di tempo, giudici, avvocati, ricercatori di diritto, insegnanti con titoli superiori o, infine, essere esperti di diritto e/o economia con qualifiche e competenze elevate. Alle commissioni arbitrali è richiesta, quindi, la predisposizione di una lista di arbitri con differenti specializzazioni<sup>(102)</sup>. A

---

la procedura CIETAC nel 2005 erano, in realtà, già previste dal 2003 come prescrizioni della BAC: l'esame incrociato delle prove; la previsione che l'arbitro dissenziente espliciti la propria opinione divergente all'interno del lodo; la possibilità di scegliere per l'arbitrato una lingua diversa dal cinese. Resta, nel caso della BAC, la scelta degli arbitri all'interno di una lista ufficiale predisposta dalla commissione stessa, sebbene il miglior trattamento economico riservato agli arbitri.

<sup>(101)</sup> Nel luglio del 1995, il Consiglio di Stato ha emanato le «*Measures or Registration of Arbitration Commissions*», contenenti le procedure per la registrazione.

<sup>(102)</sup> Avendo l'art. 13 previsto solo i requisiti standard minimi, occorre precisare che, secondo quanto stabilito dal capitolo 4 della «*Model Constitution of arbitration Commis-*

prima vista, appare quantomeno curioso sia che la normativa si riveli più stringente di quella prevista per diventare giudice<sup>(103)</sup> sia che lasci eccessiva discrezionalità alle commissioni nello stabilire criteri selettivi ulteriori<sup>(104)</sup>. Risulta, altresì, evidente il diverso tenore della disposizione rispetto a quanto è stabilito per la nomina degli arbitri nelle commissioni *foreign-related*, per le quali l'art. 67 non fa alcun riferimento ai requisiti di cui all'art. 13 e prevede la possibilità di nominare arbitri stranieri con speciali competenze in alcuni settori<sup>(105)</sup>. Va osservato, comunque, come molti studiosi ritengano che tale disciplina, espressione del *favor* previsto per l'arbitrato *foreign-related*, andrebbe superata, considerato che anche le commissioni domestiche possono trattare casi *foreign-related* e, quindi, predisporre liste che includano arbitri stranieri<sup>(106)</sup>. La CIETAC, ad esempio, che fino al 2008 ha adottato elenchi separati, detiene il maggior numero di arbitri stranieri. Le commissioni locali, invece, che tendenzialmente hanno sempre predisposto un unico elenco di arbitri più numeroso

---

*sion*» emanata dal Consiglio di Stato nel 1995, ciascuna commissione arbitrale può interpretare tali requisiti come ritiene più opportuno.

<sup>(103)</sup> A tal proposito, W. GU, *The China-closed panel system in arbitral tribunal formation*, in J. *Int'l Arbitration*, 2008, p. 123, osserva che «[...] while the work of judges is quite similar to that of arbitrators and arbitrators are required to apply the same laws in their adjudication cases [...]».

<sup>(104)</sup> La CIETAC e la CMAC, ad esempio, hanno promulgato le «*Stipulations for the Appointment of Arbitrators*». Tale disciplina, la cui ultima versione è datata 2005, prevede differenze per le qualifiche degli arbitri cinesi e stranieri nonché quelli di Hong Kong e Macao. Per diventare arbitro cinese, in particolare, si richiede che: «1. *is willing to observe the Rules, including the Ethical Rules for Arbitrators and other relevant regulation of the arbitration commission*; 2. *has a good grasp of a foreign language and can adopt it as a working language*; 3. *can guarantee the time to handle cases under the Rules*». Parimenti, la BAC ha le proprie «*Administrative Measures for the Engagement of Arbitrators*», in base alle quali per essere arbitro cinese BAC occorrerà: «a) *comply with the relevant Rules of the Beijing Arbitration Commission*; b) *act independently and handles case effectively and efficiently*; c) *have the record of service, knowledge and experience in the specialized field as required by Article 3 of the Administrative Measures (che prevedono diverse condizioni in relazione al campo di specializzazione)*; d) *be less than sixty-six years of age; as those having served as a presiding/sole arbitrator numerous times, being very experienced, the above age requirement can be relaxed but must not exceed the age of 75 in principles*».

<sup>(105)</sup> Per quanto riguarda la nazionalità sembra essere lontani da quanto stabilito dalla legge modello, laddove all'art. 11(2) stabilisce che: «*no person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties*».

<sup>(106)</sup> Sul punto, W. GU, *op. cit.*, p. 124, osserva come «*the dual track criteria for arbitrators appointments were aimed at internationalizing China's foreign-related arbitrations and expediting China's economic and trade relations with the other countries. This is understandable in the initial period when the AL was put into effect. However, with the convergence of the foreign-related commissions, is maintaining the separate qualifications for arbitrators still justifiable?*».



(fermi i diversi requisiti per la nomina), continuano a registrare una minore presenza di arbitri stranieri. Certamente, un ulteriore ostacolo alla presenza di arbitri stranieri è la questione dei compensi ancora molto bassi, sebbene superiori a quelli degli arbitri cinesi. Di conseguenza, senza dichiararlo esplicitamente (ma emerge dal combinato disposto degli artt. 11 e 13), la Legge prevede l'adozione di liste di arbitri chiuse istituite dalle singole commissioni, limitando l'autonomia delle parti, che potranno scegliere gli arbitri solo all'interno di queste liste, talvolta in assenza di adeguate informazioni in merito agli stessi. Va sottolineato, tuttavia, come dal 2005 la CIETAC permetta alle parti (nel caso in cui si siano preventivamente ed espressamente accordate in tal senso a norma dell'art. 21 del Regolamento) di designare arbitri al di fuori della lista, i cui nominativi andranno confermati dal presidente della commissione.

L'art. 14, ancora, sancisce l'indipendenza delle commissioni nei confronti dell'amministrazione pubblica, prevedendo che non vi siano relazioni gerarchiche tra commissioni e amministrazione e tra le stesse commissioni. Anche in questo caso occorre sottolineare come tale indipendenza, insieme alla libertà di scelta della commissione lasciata alle parti dall'art. 6, venga smentita nella pratica dal peso del particolarismo locale. Non di rado, infatti, si è potuto assistere ad indebite pressioni da parte del Governo o delle amministrazioni locali nei confronti delle parti tramite i c.d. *«red-headed documents»*, affinché vengano modificate le clausole standard presenti nei loro contratti, optando per l'attribuzione della risoluzione delle dispute in favore delle commissioni locali presenti sul territorio. Tutti questi elementi, in definitiva, ci dimostrano come oltre a restringere l'autonomia delle parti e prevedere in vari modi un forte controllo da parte del potere politico e delle commissioni, queste norme abbiano dei riflessi sulla qualità dell'arbitrato reso dalle stesse.

L'art. 15, infine, prevede la creazione dell'associazione cinese di arbitrato, quale organo di autogoverno delle commissioni arbitrali. Dotata di personalità giuridica, l'associazione ha come funzione principale quella relativa alla supervisione sull'operato delle commissioni arbitrali, dei loro membri e degli arbitri. La vigilanza deve svolgersi in conformità al proprio statuto, approvato dalle commissioni arbitrali che ne sono membri. All'associazione compete, poi, formulare le regole delle commissioni arbitrali domestiche in conformità alla legge e, nello specifico, alla legge di procedura civile. Tuttavia, ad oggi, l'associazione ancora non è stata istituita e la dottrina cinese risulta divisa tra coloro che ritengono a questo punto idoneo attendere direttamente la revisione della legge e coloro che vor-

rebbero la sua immediata creazione, ritenendo inaccettabile un ritardo che si protrae dall'entrata in vigore della legge stessa.

9. – La Legge si occupa della convenzione arbitrale nel terzo capitolo, che si compone di cinque articoli, alcuni dei quali molto discussi e sui quali sicuramente si dovrà intervenire in sede di riforma e, per questo motivo, oggetto nel tempo di molteplici interventi da parte della Corte Suprema e delle corti locali<sup>(107)</sup>.

L'art. 16, in particolare, stabilisce i requisiti formali della convenzione arbitrale. Quest'ultima, più specificamente, deve essere inserita nel contratto o in un altro accordo scritto prima o successivamente al sorgere della disputa, dovendo contenere: 1) l'espressione della volontà delle parti di assoggettare la disputa ad un arbitrato<sup>(108)</sup>; 2) le materie oggetto dello stesso<sup>(109)</sup>; 3) l'indicazione della commissione arbitrale scelta dalle parti.

Ai sensi dell'art. 17, la clausola sarà invalida quando: *a*) abbia ad oggetto materie non arbitrabili secondo la Legge; *b*) sia stata sottoscritta

---

<sup>(107)</sup> Sul punto, si veda MANJIAO, *op. cit.*, p. 105, secondo il quale «*even though the CCA recognizes basic modern arbitration principle adopted worldwide, these provisions seem to be defective to a certain extent, which can sometimes work against the very nature of arbitration. Thus, those provisions are not conducive to China establishing a truly arbitration-friendly legal environment*».

<sup>(108)</sup> Nel tempo anche questo requisito è stato oggetto di chiarimenti. Come riporta TAO, *op. cit.*, p. 58, a seguito di un meeting svoltosi tra la Corte Suprema, la Corte Superiore di Pechino, la seconda corte intermedia di Pechino, la CIETAC e la CMAC, tenutosi il 19 e 20 dicembre 1997, si è giunti a ritenere l'accordo invalido anche quando esso sia manifestamente iniquo nei confronti di una parte. In quell'occasione, si è specificata la necessità che l'accordo sia anche chiaro. In particolare, si è optato per l'invalidità di un accordo che preveda la possibile e concorrente scelta tra arbitrato e giustizia ordinaria (la Corte Suprema si era inoltre già pronunciata sul punto nella Reply del 1996 alla Corte superiore del Guandong). La *domestic draft* all'art. 7 aveva, invece, optato per la validità di tale clausola, ma l'Interpretazione del 2006 è tornata indietro stabilendo all'art. 7 che: «*[...] where the parties concerned agree they may either apply for arbitration at an arbitration institution or file a lawsuit at the People's Court to resolve their disputes, the arbitration agreement shall be deemed as invalid, except however, where one party applies for arbitration at an arbitration institution, and the other party fails to raise any objection within the period specified in par. 2 of art. 20 of Arbitration Law*».

<sup>(109)</sup> Sul punto era intervenuta la Corte di Pechino soffermandosi sull'analisi del significato di alcune formule usate dalle parti e spesso oggetto di disputa («*any disputes occurring from the contract; any disputes occurring from the enforcement of the contract and any disputes occurring from performance of contract*») definendone l'ambito. La Corte Suprema, seguendo un approccio simile, all'art. 2 dell'Interpretazione del 2006 ha previsto: «*if parties have broadly agreed that arbitrable matters are contract disputes, all disputes arising based on the formation, validity, amendment, transfer, performance, liability, breach, interpretation, termination, etc of a contract may be held to be arbitrable*».

da un incapace<sup>(110)</sup>; c) sia frutto della coercizione di una parte verso l'altra. L'art. 18 aggiunge che, qualora le materie oggetto di arbitrato o la commissione non siano state espresse nella convenzione ovvero le relative disposizioni non siano chiare, le parti possono (*rectius*: devono) stipularne uno aggiuntivo, pena l'invalidità dell'accordo originario. Occorre, innanzitutto, soffermarsi su cosa si intenda per clausola o compromesso scritto, dato che la Legge, diversamente dalla legge modello, non lo specifica<sup>(111)</sup>. Tuttavia, la Corte Suprema ha teso sempre ad attribuire un significato ampio a tale requisito. Fin dal 1996, ad esempio, come evidenziato nel "Sino-Mongolia case", si è riconosciuta la possibilità di riferirsi *per relationem* alla clausola arbitrale contenuta in un altro documento. In un primo momento, comunque, per sopperire alla mancata esplicitazione di tale requisito è stata utile la legge sul contratto, ricorrendosi all'applicazione analogica di quanto previsto dall'art. 11 della stessa<sup>(112)</sup>. Nei successivi "foreign-related draft" e "domestic draft" si è continuato a registrare un ampliamento del significato di accordo scritto. Nel primo, ad esempio, l'art. 16 ha introdotto un meccanismo simile allo scambio di conclusioni della legge modello denominato "*waiver of objection*". L'Interpretazione del 2006 ha confermato questo percorso e all'art. 1 ha specificato chiaramente che per accordo scritto si intende lo scambio di contratti, lettere ed altri documenti elettronici quali i telegrammi, telex, facsimile, electronic data exchange and electronical mails, mentre all'art. 11 ha esplicitamente

---

<sup>(110)</sup> Diverso dalla capacità è il potere di compromettere per arbitri. Allo stesso modo, si è chiarita la questione dell'agenzia conformandosi alla legge sul contratto. Per un'analisi del requisito in questione rispetto alla normativa cinese in materia, si veda J. TAO, *op. cit.*, pp. 45-57.

<sup>(111)</sup> Prima degli emendamenti del 2006, l'art. 7.2 UNCITRAL recitava: «[...] la convenzione di arbitrato deve avere forma scritta se è contenuta in un documento firmato dalle parti o in uno scambio di lettere, di telex, di telegrammi o di qualsiasi altro mezzo di telecomunicazioni che ne attesti l'esistenza, o anche in uno scambio di conclusioni nelle quali la convenzione di arbitrato è allegata da una delle parti e non è contestata dalle altre. Il riferimento in un contratto ad un documento contenente una clausola compromissoria vale come convenzione di arbitrato, a condizione che detto contratto sia in forma scritta e che il riferimento sia tale da rendere la clausola parte del contratto». In generale, come ricorda F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, p. 628, «il rispetto del requisito della forma scritta è necessario perché la clausola compromissoria possa produrre l'effetto di escludere la competenza dei giudici ordinari, però esso costituisce anche un presupposto essenziale, perché l'eventuale lodo possa essere riconosciuto».

<sup>(112)</sup> Art. 11, legge sul contratto: «per forma scritta si intende quella forma attraverso la quale il testo dell'accordo contrattuale, la lettera o il testo inviato mediante mezzi elettronici di comunicazione (compresi telegrammi, telex, fax, scambi elettronici di dati e messaggi di posta elettronica), possano mostrare concretamente il loro contenuto». (FORMICHELLA, TOTI, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese: Legge sui contratti*, Torino, 2002, p. 5).

previsto la possibilità della incorporazione *per relationem*. La richiesta dell'indicazione della commissione arbitrale, rafforzata da quanto stabilito dall'art. 18, sancisce poi di fatto l'inammissibilità che in Cina possano essere svolti arbitrati *ad hoc*, i quali certamente rappresentano la più ampia espressione dell'autonomia privata, spettando alle parti disciplinare nella convenzione arbitrale ogni singolo aspetto del procedimento oltre ad avere, almeno in teoria, il pregio di essere più economici<sup>(113)</sup>. Più in generale, l'esclusione degli arbitrati *ad hoc* è apparsa una scelta quantomeno contraddittoria, visto che la Cina essendo parte della convenzione di New York, la quale si applica tanto agli arbitrati istituzionali tanto a quelli *ad hoc*, è tenuta a riconoscere gli arbitrati *ad hoc* esteri<sup>(114)</sup>. Inoltre, essendo gli arbitrati *ad hoc* ampiamente utilizzati nella pratica internazionale, specialmente in campo marittimo, la Cina in tal modo rischia, da una parte, di ridurre il *favor* per la CMAC e, dall'altra, di favorire il ricorso verso Hong Kong<sup>(115)</sup>. Sul punto qualche apertura, non chiarissima in verità, si intra-

---

<sup>(113)</sup> Come rileva, infatti, BERNARDINI, *op. cit.*, p. 114, nt. 1, «questo del minor costo è vantaggio spesso teorico ove le parti omettano di vincolare gli arbitri, in sede di nomina, ad un determinato livello di onorari, così esponendosi al rischio di dover corrispondere importi fissati unilateralmente da questi e difficilmente modificabili».

<sup>(114)</sup> Diversa, come rilevato da ZHOU, *op. cit.*, p. 166, è stata, ed in parte è, la capacità della Cina, attraverso le sue corti e la stessa Corte Suprema di applicare la convenzione. Difatti, spesso inquadrando male il caso, le corti hanno applicato la legge cinese piuttosto che quella straniera agli arbitrati *ad hoc*, facendo così divenire invalido l'accordo dove evidentemente mancava l'istituzione, come nel caso *Nove Nordisch v. Hainan Jizhong* del 1996.

<sup>(115)</sup> Hong Kong è tornata ad essere parte della Cina nel 1997, essendo però previsto che essa avrebbe mantenuto il proprio sistema legale per 50 anni. Tuttavia, un arbitrato *ad hoc* di Hong Kong non può essere eseguito in Cina in base alla convenzione di New York. Hong Kong prima era parte della suddetta convenzione tramite l'adesione del Regno Unito del 1975 e la successiva estensione del 1977. Una volta tornata ad essere cinese, il Governo ha mandato una comunicazione ufficiale all'ONU dichiarando l'estensione della propria adesione anche alla regione speciale di Hong Kong. Quindi Hong Kong e la "Mainland" China non sono due Stati contraenti indipendenti, ma due regioni di un'unica parte aderente e la convenzione non si applica per l'esecuzione dei casi tra le stesse. Per questa ragione, stante comunque la differenza di disciplina, le stesse hanno dato luogo ad uno speciale accordo nel 1999, recepito in Cina nel 2000 Notice della Corte Suprema «*Concerning the Agreement for Mutual Enforcement of Arbitral Awards Between Mainland China and Hong Kong Special Administration Region*», e stabilito un meccanismo simile a quello previsto dalla convenzione. Al fine di mantenere la possibilità per Hong Kong di svolgere arbitrati *ad hoc*, la Cina riconosce la validità degli stessi nella esecuzione se la legge applicabile alla convenzione li riconosce. Ciò è stato ribadito dalla Corte Suprema tramite una Notification (Riportata il 13 gennaio 2010 dal sito della HKIAC) inviata alle corti superiori cinesi, ove si è confermato che gli arbitrati *ad hoc* svolti a Hong Kong, come anche quelli gestiti dall'ICC ad Hong Kong ovvero da altre istituzioni straniere, sono eseguibili nella Cina Continentale secondo quanto stabilito dall'accordo del 1999. Si tenga presente che, poi, la ICC ha nel 2008 aperto una sede a Hong Kong.

vedeva con l'emanazione del "foreign-related draft" che, all'art. 27, sembrava aprire alla possibilità di un arbitrato ad hoc in determinati casi. In particolare, due erano le condizioni: 1) che entrambe le parti fossero della nazionalità di Stati aderenti alla convenzione; 2) che la legge di entrambe le parti non proibisse gli arbitrati ad hoc. La Corte Suprema, in definitiva, manteneva fermo il fatto che in Cina questa tipologia di arbitrati fosse vietata<sup>(116)</sup> e che l'arbitrato ad hoc non potesse mai essere valido in una controversia tra una parte cinese ed una straniera<sup>(117)</sup>; sul punto, tuttavia, l'Interpretazione del 2006 non ha stabilito nulla. Va fatto presente, però, che, seppure in modo assolutamente eccezionale, per aggirare la disciplina, o meglio per permettere a legislazione invariata di dar luogo ad arbitrati ad hoc, si è potuto assistere allo svolgimento di quelle che formalmente sono presentate come conciliazioni, ma in realtà nell'intenzione delle parti sono arbitrati. Questo naturalmente può essere soddisfacente qualora le parti rispettino quanto in esso stabilito, perché le parti non potranno richiedere alcuna esecuzione<sup>(118)</sup>.

Non ci si può quindi auspicare che la Cina, anche in ossequio all'accordo preso in sede di accesso al WTO di liberalizzazione del settore,

<sup>(116)</sup> Tale posizione è stata ribadita nel 2003, nel caso *People's Insurance Company of China, Guangzhou Branch v. Guangdong Guanghe Power Company Ltd.*

<sup>(117)</sup> «As such, on its face, the rule dramatically reduce the chance of the parties to sino-foreign contract to conduct an ad hoc arbitration, and the SPC seems to lean towards arbitration agreements that provide for ad hoc arbitrations outside China. The potential impact of article 27 is nonetheless far reaching as it is the threshold of possible defrosting of ad hoc arbitral practice in China», così, GU, *op. cit.*, p. 50.

<sup>(118)</sup> Come riportato da W. GU, *op. cit.*, p. 65: «*Sinotrans Dalian Company* ("Sinotrans") as charterer, entered into a time charter with the ship owner *Hainan Dongda Shipping Company* ("Dongda") on 20 October, 1998. The arbitration clause in the contract provided that, "All disputes arising out of the contract shall be arbitrated in Beijing". Both companies are located in Dalian. The disputes arose and Dongda asked Mr. Hu Zhenliang, a law professor at the Dalian Maritime University and a Beijing CMAC panel-arbitrator to assist them in resolving the disputes. Subsequently, Sinotrans also request Mr. Hu to arbitrate the dispute. On 18 May 1999, the parties agreed for the dispute to be arbitrated by Mr. Hu. Mr. Hu asked for both the parties' submissions. He then requested Mr. Wang Jianping, also a professor at the Dalian Maritime University but with a specialty in navigation technology, to give an expert report of the navigation database provided by the parties. On July 1999, Mr. Hu drafted and delivered to the parties his decision by way of a document entitled 'An Opinion on Mediation'. Both the parties honored the decision». Come rilevato nel caso in esame, era chiara l'intenzione di sottoporre ad arbitrato e non di conciliare la disputa, le parti avevano trovato più conveniente un arbitrato ad hoc a Dalian piuttosto che condurre un arbitrato a Pechino di fronte alla CMAC, Mr Hu è un esperto di arbitrati marittimi e conosceva entrambe le parti. Nessuna delle parti riteneva il risultato finale una mediazione e lo stesso Mr. Hu era stato scelto non per conciliare, ma per avvalersi delle sue competenze specifiche ed ottenere una sua decisione.

introduca la possibilità di dar vita sul proprio territorio agli arbitrati ad hoc<sup>(119)</sup>. Questa possibilità potrebbe inoltre innescare un circuito virtuoso nel quale le commissioni sarebbero più propense a promuovere processi di riforma interni, che ne rendano l'azione più trasparente ed attenta ai bisogni del mercato, guadagnando loro stesse in termini di efficienza e indipendenza.

Proseguendo l'analisi, l'art. 19 recepisce il principio dell'autonomia dell'accordo arbitrale<sup>(120)</sup> stabilendo l'indipendenza della clausola arbitrale rispetto a qualunque modifica, rescissione, fine o invalidità del contratto<sup>(121)</sup>. Confrontando la disposizione con quanto previsto dalla legge modello, non si può non notare come l'indicazione di singole vicende limiti l'applicazione del principio e non tenga conto dei problemi che possono investire il contratto, a partire dalla sua inesistenza o nullità iniziale<sup>(122)</sup>. È opportuno ricordare che la giurisprudenza precedente l'emanazione della Legge aveva ritenuto che la nullità iniziale del contratto per frode comportasse la nullità della relativa clausola compromissoria, come è avvenuto nel celebre caso *CNTIC v. Swiss Industrial Resources Company Incorporated* del 1989.

Una deviazione significativa rispetto alla legge modello è, invece, costituita dall'art. 20 della Legge, che rappresenta una recezione tutta cinese del principio, largamente accolto a livello internazionale, della *Kompetenz-*

<sup>(119)</sup> L'ingresso della Cina nell'Organizzazione Mondiale del Commercio nel 2001, ha comportato, fra l'altro, una progressiva liberalizzazione degli investimenti stranieri in più settori dell'economia, incentivando così inevitabilmente anche l'armonizzazione delle regole commerciali. Sul punto, cfr. CLARKE, "China's Legal System and WTO: Prospects for Compliance", in *Schlesinger's Comparative Law*, op. cit., pp. 31 ss. e in *Global Studies Law Review*, 2003, Vol. 2, pp. 97-120.

<sup>(120)</sup> Sul punto, BORTOLOTTI, op. cit., p. 600, osserva «[...] che, pur non essendo stato recepito espressamente dalla Convenzione di New York, è ormai quasi universalmente riconosciuto nell'arbitrato sia nazionale che internazionale».

<sup>(121)</sup> In realtà, questo principio era già stato introdotto nell'ordinamento cinese tramite l'adesione alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale la quale, ratificata l'11 dicembre del 1986 ed entrata in vigore il 1° gennaio del 1988, all'art. 86 stabilisce: «avoidance of any contract shall not affect any term of that contract governing the settlement of disputes between the parties arising under the avoided». Più di recente, è stato confermato anche dalla legge sul contratto dove si stabilisce che l'invalidità, la rescissione, e la fine del contratto, non toccano la validità di una clausola indipendente che riguardi il metodo di risoluzione della disputa. In tal senso, cfr. TAO, op. cit., p. 75.

<sup>(122)</sup> Art. 16 (1): «The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause».

*Kompetenz* degli arbitri<sup>(123)</sup>. La prima parte dell'art. 20, infatti, dispone che qualora sorga una contestazione sulla validità della clausola compromissoria, una parte possa rivolgersi alternativamente alla commissione arbitrale ovvero al tribunale ordinario. Il primo dato evidente è quello che attribuisce alla commissione arbitrale, e non agli arbitri nominati dalle parti, la decisione sulla validità della clausola arbitrale e della competenza sulla controversia. Inoltre, a ben vedere, questo contraddice quanto stabilito dall'art. 19, ovvero il fatto che il tribunale possa decidere sulla validità dell'intero contratto incluso l'accordo arbitrale che ne è parte. Infine, tanto le commissioni arbitrali quanto le corti ordinarie sembrerebbero doversi limitare ad un esame sulla validità senza tenere in considerazione l'inesistenza. La disposizione, quindi, indirettamente limita l'autonomia delle parti, colpendo direttamente quella del tribunale arbitrale nei confronti della commissione. La seconda parte dell'art. 20 pone, invece, una questione diversa che attiene al rapporto tra tribunale arbitrale e corti popolari. La norma in esame prevede, in particolare, che nel caso una parte si rivolga alla commissione arbitrale e l'altra al tribunale, spetterà a quest'ultimo decidere e l'eventuale opposizione va proposta al tribunale antecedentemente alla prima udienza del collegio arbitrale<sup>(124)</sup>. Ricordando quanto stabilito dall'art. 5, ossia che se le parti hanno concluso una convenzione di arbitrato ed una parte inizi un processo di fronte ad una corte questa non accetterà il caso e lo manderà alla commissione, sempre che la convenzione non sia nulla od invalida, si può notare come l'art. 20 – in una certa misura – ne contraddice la filosofia, pure essendo quello maggiormente innovativo e più in linea con le moderne regole arbitrali, ben potendo quindi comportare dei conflitti interni tra le stesse norme<sup>(125)</sup>.

---

<sup>(123)</sup> «Il potere dell'arbitro di decidere in ordine alla propria competenza attiene ad un aspetto diverso da quello della autonomia della clausola compromissoria, anche se collegato con questo. Si tratta, infatti, di stabilire se la giurisdizione arbitrale è stata regolarmente costituita. Questo pone problemi delicati in quanto può venire in questione la stessa validità della convenzione arbitrale su cui tale giurisdizione è fondata oppure l'interpretazione di tale convenzione, la cui validità non è messa in discussione, per stabilire se la controversia rientra nel suo oggetto. [...] Nel tempo si è passati dal disconoscimento di tale potere a una modifica di atteggiamento parallelamente al crescere del favore per l'arbitrato, in particolare nel campo dei rapporti del commercio internazionale. Attualmente, la maggior parte degli ordinamenti giuridici riconosce il principio della competenza dell'arbitro a decidere in ordine alla propria competenza [...]», osserva BERNARDINI, *op. cit.*, p. 163 ss.

<sup>(124)</sup> La Legge, tuttavia, non prende in considerazione il fatto che, in caso di processo documentale, le udienze non si terranno. Sul punto è intervenuto però l'art. 6 delle CIETAC Rules del 2005, stabilendo che tale richiesta va fatta anteriormente alla presentazione della prima difesa.

<sup>(125)</sup> Sono interessanti sul punto le riflessioni di XIAO e LONG, *Enforcement of Inter-*

Le condizioni e la procedura da seguire sono poi stabilite dall'art. 26, dove si prevede che se le parti hanno concluso un accordo arbitrale ed una di loro porti la disputa innanzi alla corte tacendo della clausola ed abbia accettato il caso, l'altra potrà produrre l'accordo prima della prima udienza<sup>(126)</sup> e la corte dovrà fermarsi ed abbandonare il caso, sempre che l'accordo non sia nullo o invalido. Se, invece, la parte resistente non produce l'accordo compromissorio in tali termini, la corte statale potrà interpretare tale comportamento come rinuncia all'arbitrato. Tuttavia, anche questa norma non chiarisce il rapporto tra l'art. 5 e l'art. 20. A tal proposito, quindi, se il trend internazionale tende a minimizzare l'intervento delle corti, la Cina sul punto si differenzia in quanto il procedimento di fronte alle corti ordinarie interrompe quello arbitrale.

10. – La sezione prima del capitolo quarto della Legge, agli articoli da 21 a 29 disciplina la domanda di arbitrato e la relativa accettazione<sup>(127)</sup>. L'art. 21 stabilisce che le parti che vogliano presentare una domanda di arbitrato devono soddisfare tre condizioni fondamentali: 1) la presenza di

---

*national Arbitration Agreements in Chinese Courts*, in *Arbitration International*, vol. 25, n. 4, 2009, p. 581 ss., i quali attraverso un confronto tra la disposizione dell'art. 5 e quella dell'art. II (3) della Convenzione di New York del 1958 («Il tribunale di uno stato contraente, cui sia sottoposta una controversia su una questione per la quale le parti hanno concluso una convenzione di arbitrato secondo il presente articolo rinvierà le medesime, a domanda di una di esse, a un arbitrato, sempre che non riscontri che la detta convenzione sia caducata, inoperativa o insuscettibile di applicazione») evidenziano delle differenze. In primo luogo, l'art. 5 non parla di rinviare le parti all'arbitrato (anche se poi in sede di decisione spesso deciderà se «*the case should be referred to arbitration*») e, in secondo luogo, non fa alcun riferimento ad una richiesta in tal senso delle parti («*thus, article 5 can be read as to allow a court to introduce the arbitration agreement ex officio*»). Gli Autori sottolineano come questa sia stata spesso la posizione assunta delle corti, come nel caso *Mitsubishi Corp. Ltd. v. Three Gorges Investment Ltd and others*, deciso dalla corte superiore di Hubei del 1999). Ancora, raffrontando la disposizione di cui all'art. 5 con quella dell'art. 26 giungono alla conclusione che: «[...] *the preferable interpretation is that article 5 is designed for cases where the defendant is unable to refer to the arbitration agreement (as at the case filing stage), while article 26 is for scenarios where the defendant has been served with the statement of complaints (as the post-filing stage)*».

<sup>(126)</sup> Il significato del termine “prima udienza” è stato specificato dall'art. 14 dell'Interpretazione del 2006, secondo cui si tratta della prima udienza fissata dal tribunale dopo la scadenza del periodo dello scambio delle memorie escludendo, dunque, tutte le attività della fase antecedente del procedimento.

<sup>(127)</sup> Per ciò che riguarda la lingua, la legge modello all'art. 22 prevede che siano le parti o il collegio arbitrale a decidere della «[...] lingua da adottare per tutte le dichiarazioni scritte, per il procedimento orale e per tutte le sentenze, decisioni ed altre comunicazioni degli arbitri; inoltre questi ultimi possono ordinare che tutti i documenti siano accompagnati da una traduzione nella lingua delle parti, o che essi stessi abbiano concordato». La legge è silente, mentre se ne occupa all'art. 67 il regolamento CIETAC.



un compromesso o clausola compromissoria; 2) la presenza di una disputa specifica con i fatti e le ragioni della stessa; 3) la domanda di arbitrato deve rientrare nella giurisdizione della commissione prescelta. La domanda, insieme ad una copia, va presentata al comitato per l'arbitrato. Nella domanda, oltre le proprie generalità, la parte dovrà indicare i fatti e le ragioni alla base della richiesta, le prove di cui intende avvalersi, le generalità ed il domicilio dei testimoni. Dopo aver ricevuto la domanda e aver verificato la presenza di tutti i requisiti richiesti, la commissione arbitrale deve dare notizia alla parte della sua accettazione entro cinque giorni, mentre, in caso contrario, deve respingere la richiesta dandone comunicazione scritta nello stesso termine. Qualora, invece, la domanda venga accettata, sarà compito della commissione inviare alle parti il regolamento di arbitrato e la lista degli arbitri nei tempi stabiliti dal proprio regolamento procedurale. Il convenuto, al quale andrà inviata una copia della domanda, dovrà trasmettere la propria difesa scritta nei tempi prescritti. Tuttavia, la sua mancanza non preclude il proseguimento della procedura. L'attore ha, quindi, il potere di modificare o ritirare alcuni dei quesiti presentati nella domanda e di presentare nuove richieste, mentre il convenuto può accettare o meno tali modifiche oltre che presentare le proprie domande riconvenzionali. Infine, l'art. 29 stabilisce che tutti i rappresentanti ed i legali delle parti devono depositare la propria procura presso la sede del comitato di arbitrato. Per quanto concerne, invece, la composizione del tribunale arbitrale, l'art. 30 prescrive che esso potrà essere composto da un collegio di tre arbitri o da un solo arbitro. Logicamente, qualora si opti per un collegio di tre arbitri dovrà essere nominato un arbitro in qualità di presidente. In questo caso a ciascuna parte toccherà scegliere un arbitro o darne incarico al presidente della commissione arbitrale, mentre il terzo verrà scelto di comune accordo dalle parti almeno che le stesse ne diano anche in questa ipotesi incarico al presidente della commissione arbitrale (art. 31)<sup>(128)</sup>. Nel caso in cui, invece, le parti non diano luogo nei termini prescritti alle proprie nomine, spetterà al presidente della commissione decidere la composizione del collegio, indipendentemente da una richiesta in tal senso delle parti, discostandosi da quanto previsto dalla legge modello<sup>(129)</sup>. Una volta costituito il collegio,

---

<sup>(128)</sup> L'art. 11.3, legge modello UNCITRAL, recita: «Il terzo arbitro è nominato dagli arbitri scelti dalle parti».

<sup>(129)</sup> Così recita l'art. 32. L'art. 11.3, invece, della legge modello stabilisce che «qualora una delle parti non proceda alla nomina dell'arbitro nel termine di trenta giorni dalla ricezione della domanda [...] o se gli arbitri non raggiungono un accordo sulla scelta del terzo arbitro nel

l'art. 33 stabilisce che la commissione deve notificare alle parti la composizione del tribunale. Così come la Legge limita l'autonomia delle parti, fissando requisiti molto rigorosi per la nomina degli arbitri e, soprattutto, adottando liste chiuse di arbitri con le quali le commissioni (e, in un certo senso, il potere politico) possono controllare l'arbitrato, analogamente le disposizioni in questione restringono ancor più la scelta delle parti.

A partire dall'art. 34, la Legge si occupa della ricusazione. Quattro, in particolare, sono le ragioni in base alle quali l'arbitro deve essere sostituito o le parti hanno diritto di chiedere la sua ricusazione: qualora egli abbia un interesse particolare nella controversia; qualora abbia particolari relazioni con le parti o con i loro rappresentanti tali da compromettere lo svolgimento dell'arbitrato; qualora uno degli arbitri abbia incontrato privatamente una parte o il suo rappresentante o abbia accettato un invito o dei doni dagli stessi. A queste motivazioni vanno aggiunte, poi, quelle che ogni singola commissione predispone: la CIETAC, ad esempio, ha approvato delle proprie "*Ethical rules for Arbitrators*", mentre la BAC ha adottato nel 2006 il proprio "*Code of conduct*". Competente a decidere della ricusazione sarà il presidente della commissione arbitrale o l'intera commissione qualora lo stesso sia arbitro nella causa (art. 36). Se un arbitro non può esercitare le proprie funzioni, a causa del suo ritiro o per altro motivo, un arbitro supplente è scelto o designato in conformità con quanto previsto dalla Legge. Al momento della designazione del nuovo arbitro le parti potranno chiedere che il procedimento ricominci dal principio, ma la decisione spetterà al collegio, il quale anche a prescindere da una richiesta delle parti, potrà ricominciare la procedura (art. 37). Se un arbitro si trova in una delle circostanze descritte dall'art. 34 n. 4<sup>(130)</sup> o dall'art. 58 n. 6<sup>(131)</sup>, egli sarà responsabile civilmente e la commissione lo eliminerà dalla propria lista di arbitri.

11. – L'analisi di una delle principali peculiarità della Legge sull'Arbitrato cinese conferma la precedente pratica della CIETAC, in quanto

---

*termine di trenta giorni dalla loro designazione, la nomina è effettuata, su domanda di una delle parti, dal giudice ordinario o da altra autorità di cui all'art. 6». La legge modello prevede anche (artt. 11.4 e 11.5) che l'autorità nella scelta debba tenere in considerazione qualunque qualifica dell'arbitro concordata dalle parti, garantendo l'indipendenza e l'imparzialità della nomina.*

<sup>(130)</sup> «*The arbitrator has privately met with a party or agent or accepted an invitation to entertainment or gift from a party or agent*».

<sup>(131)</sup> «*The arbitrators have committed embezzlement, accepted bribes or committed malpractice for personal benefit or perverted the law in the arbitration of the cases*».

delinea le linee guida per l'integrazione della conciliazione all'interno della procedura arbitrale<sup>(132)</sup>.

L'art. 49, infatti, attribuisce alle parti la facoltà di conciliare la controversia anche nel caso in cui abbiano già presentato una domanda di arbitrato<sup>(133)</sup>. Una volta raggiunto un accordo conciliativo, le parti si troveranno di fronte a due possibilità: chiedere al collegio arbitrale di emanare un lodo sulla base dell'accordo ovvero revocare la domanda di arbitrato. Tuttavia, qualora venga a mancare l'accordo conciliativo e sia stata già ritirata la domanda di arbitrato, le parti potranno presentarne una nuova, secondo quanto previsto dalla convenzione arbitrale (art. 50). L'art. 51 stabilisce, poi, che il collegio arbitrale possa dar luogo alla conciliazione prima di emanare il lodo, specificando che questa possibilità è un dovere di fronte all'accordo in tal senso delle parti. Se, invece, la conciliazione

---

<sup>(132)</sup> I principi che la presiedono sono espliciti già in sede di commento ufficiale, *Arbitration Laws...*, p. 78: «*Conciliation is not a necessary procedure before an arbitral award is made; it must be based on the free will of both parties; -it must be conducted on condition that the facts are ascertained and the rights and wrongs have been distinguished, and it must be conducted realistically and on fair and reasonable grounds; and the procedure of conciliation can be conducted separately or simultaneously with the procedure of arbitration*». Non è rintracciabile, a differenza della legge modello (art. 28), una richiesta delle parti affinché l'arbitro decida in qualità di amichevole compositore. Nella realtà, solo l'art. 7 in sede di principi generali stabilisce che la disputa sia risolta «*on the basis of facts in compliance with the law in a equitable and reasonable manner*». Parimenti, l'art. 43 (1) delle regole CIETAC: «*The arbitral tribunal shall independently and impartially make its arbitral award on the basis of the facts, in accordance with the law and the terms of the contracts, with reference to international practices and in compliance with the principle of fairness and reasonableness*». Ancora, il commento ufficiale: «*In consequence, Chinese arbitration commissions are empowered to render their determination based on the principle of equity. In fact, it is impossible for the disputing parties to instruct the arbitral tribunal to disregard the principle of equity and determine the dispute via a strict application of the relevant laws. Of course, as the applicable law, and the principle of equity are occasionally mutually exclusive, a question then arise as to which has the priority and is to be applied in determining a dispute. The well established position in China is that the law was selected by the parties and recorded in their arbitration agreement will be applied without equivocation. However, where the selected law is silent on a particular point, the arbitral tribunal will apply international practice and the principles of equity. [...] In conclusion, whilst in many countries the determination of arbitral disputes may, with the authorization of the parties, be effected purely on a basis of ex aequo et bono, it must be effected in Chinese arbitration in accordance to the law, which, through its embodiment of equitable principles, permits arbitrators to act as amiable compositors without the authorization of the parties. However, the application of such equitable principles will only apply where specific legal provisions are absent and as far they are compatible with the applicable legal provision*».

<sup>(133)</sup> Il regolamento della CIETAC distingue in base all'avvenuta o meno formazione del collegio. Se questo ancora non è stato formato, toccherà al segretario generale o al deputy segretario generale intraprendere il procedimento, od ad un arbitro scelto congiuntamente dalle parti all'interno della lista.

fallisce bisognerà giungere prontamente ad una decisione. Il secondo comma, invece, disciplina le alternative lasciate alle parti una volta che la conciliazione abbia avuto esito positivo. Le parti possono, infatti, scegliere tra un documento attestante l'accordo raggiunto o richiedere al collegio di emanare un lodo conforme allo stesso. Tuttavia, il collegio arbitrale conserva la possibilità di rifiutare la conversione qualora l'accordo sia illegale o sia contrario alla public policy dello Stato, conformemente a quanto previsto anche dalla legge modello ex art. 30. L'accordo così raggiunto, per quanto riguarda gli effetti legali, avrà la stessa efficacia di un lodo. Questa è una delle ragioni per le quali per le parti può risultare più conveniente dar vita ad una conciliazione di fronte ad un collegio arbitrale rispetto alla conciliazione resa da una istituzione a ciò incaricata, il cui accordo non può essere equiparato o trasformato in un lodo. Inoltre, nelle controversie internazionali, le parti saranno maggiormente propense a richiedere un lodo conforme, vista la possibilità per le stesse di rivolgersi alle corti per l'esecuzione, come anche la possibilità che questo sia riconosciuto ed eseguito secondo quanto previsto dalla convenzione di New York. Per di più, questo tipo di lodo diventerà efficace senza bisogno della firma della parti a differenza dell'accordo conciliativo. L'art. 52, infine, prevede che l'accordo conciliativo debba contenere l'oggetto della domanda arbitrale ed i risultati raggiunti tramite l'accordo delle parti. L'accordo verrà firmato dagli arbitri, siglato dalla commissione e poi notificato ad entrambe le parti. Esso diventerà efficace non appena le parti abbiano firmato per il ricevimento. Se, invece, le parti ritengono di non voler accettare l'accordo prima della firma, il tribunale arbitrale dovrà riprendere il procedimento arbitrale ed arrivare alla decisione. Si è giustamente sottolineato che, come il potere arbitrale così il potere di conciliare deriva dal consenso delle parti ma, a differenza del primo, il potere di conciliare "*is a transfer of the power to decide from the arbitral tribunal to the parties*"<sup>(134)</sup>. Inoltre, nella conciliazione "arbitrale" vi è una maggiore interazione tra le parti ed il tribunale arbitrale, senza che questo veda in alcun modo diminuiti i suoi poteri, che mantiene indipendentemente dall'esito della conciliazione. La conciliazione è doverosa quando richiesta dalle parti e la volontà di queste è determinante per l'inizio come per la fine di tale procedura. Allo stesso modo, la Legge prevede che il tentativo possa essere promosso dal tribunale e che lo stesso termini la procedura quando ritenga che sia impossibile giungere ad un accordo. Sebbene non obbligatorio, questo tentativo

---

(134) Così WENYING, *op. cit.*, p. 76.

nella pratica avviene di frequente, mentre dipenderà dalla natura della disputa, dalla bravura dell'arbitro o anche dalla collaborazione delle parti, il suo successo. La flessibilità della procedura permette alle parti e al tribunale di richiedere in ogni momento prima della decisione di ricorrere alla conciliazione<sup>(135)</sup> e, analogamente, anche le regole della CIETAC o della BAC non stabiliscono nessun limite temporale di fronte all'accordo delle parti<sup>(136)</sup>. La legge lascia ampia libertà al tribunale nella scelta delle modalità di conduzione della conciliazione<sup>(137)</sup>. Al riguardo, è stato notato come ancora negli anni ottanta non fosse inusuale un approccio più invasivo con il quale il tribunale arbitrale informava le parti in merito alla propria opinione sul caso, con lo scopo di persuaderle nel conciliare la disputa. Attualmente, invece, si preferisce un approccio più cauto, teso ad evitare di esprimere la sensazione che in qualche modo l'arbitro-conciliatore si crei dei pregiudizi, prima che sia terminata l'intera procedura arbitrale<sup>(138)</sup>.

---

<sup>(135)</sup> «[...] *the Chinese combination of arbitration and mediation occurs during the ongoing process of arbitration.[...] In general, there is no clear distinction made between the "mediation phase" and the "arbitration phase"*». Per questo «*the Chinese model thus represent the most completing integration of mediation into arbitration*», così KAUFMANN-KOHLER e KUN, *Integrating Mediation into Arbitration: Why it Works in China*, in *J. Int'l Arbitration*, vol. 5, n. 4, 2008, p. 48.

<sup>(136)</sup> HARPOLE, *op. cit.*, p. 625, sul punto confronta la norma con quanto stabilito dall'art. 40 (2) delle regole CIETAC: «*Where both parties have desire for conciliation or one party so desires and the other party agrees when approached by the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may conciliate the case during the course of the arbitration proceedings*». L'Autrice nota come, tanto nella legge quanto nel regolamento, gli arbitri hanno un ampio potere discrezionale nello scegliere se sospendere o meno il procedimento arbitrale in base all'accordo delle parti, per il quale, tuttavia, non è richiesta alcuna forma particolare né dalla legge né dal regolamento. L'Autrice, a tal proposito, consiglia l'adozione di un accordo scritto per poter procedere alla sospensione dell'arbitrato.

<sup>(137)</sup> Art. 40 (3): «*The arbitral tribunal may conciliate the case in the manner it considers appropriate*». Parimenti, l'art. 38 (1) delle regole BAC: «*the arbitral tribunal may, at the part request or either the parties' consent, conciliate the case in the manner it considers appropriate*». Come osserva HARPOLE, *op. cit.*, p. 626, «*within this flexible framework, the arbitral tribunal is not restricted from imposing conditions on how the conciliation will be conducted. For example, a typical condition which an arbitration might impose would be set parameters as to the amount of time that will be permitted for the conciliation procedure before the case will revert back to arbitration. A more complete protocol might address numerous additional issues, including identification of the participants in the conciliation, when and how the conciliation session will take place, guidelines on communications with the parties and other matters*».

<sup>(138)</sup> Come riportato da HARPOLE, *op. cit.*, p. 626, il primo approccio è definito «*evacuative*», mentre il secondo «*facilitative*». Secondo KAUFMANN-KOHLER e KUN, *op. cit.*, p. 488, la dottrina si interroga sull'opportunità che la proposta di accordo conciliativo possa provenire dagli arbitri. Mentre alcuni ritengono che questa debba provenire dalle parti, altri ritengono che possa essere proposta dall'arbitro, che una volta a conoscenza delle posizioni

Le tecniche principali utilizzate – separatamente o congiuntamente – per condurre la conciliazione sono tre: *a)* la conciliazione arbitrale; *b)* la negoziazione diretta; *c)* la c.d. “*proximity conciliation*”. Più specificamente, la conciliazione arbitrale prevede incontri privati tra le parti e gli arbitri sono chiamati a stabilire delle regole specifiche sulla conciliazione; la negoziazione diretta prevede la discussione aperta delle parti alla presenza degli arbitri; la “*proximity conciliation*”, invece, prevede incontri privati di ciascuna parte con gli arbitri. La Legge si limita, poi, a stabilire che la conciliazione sia gestita dal collegio arbitrale, non specificando in alcuna disposizione se questa procedura possa essere condotta da un terzo neutrale ovvero se ad essa debba partecipare l'intero collegio piuttosto che un solo arbitro. Allo stesso modo, non c'è alcun bisogno che le parti siano concordi sul fatto che il conciliatore sia poi arbitro<sup>(139)</sup>. Viceversa, le regole delle singole istituzioni arbitrali, soprattutto quelle che trattano la maggior parte delle controversie *foreign-related*, hanno dimostrato una maggiore sensibilità, permettendo, ad esempio, che fosse designato in qualità di arbitro uno solo dei membri del collegio arbitrale ovvero che fosse chiamato a risolvere la controversia un collegio indipendente di conciliatori. Allo stesso modo, sono sempre i regolamenti delle camere arbitrali a prevedere l'ipotesi che l'arbitrato non venga sospeso e le parti contemporaneamente diano luogo ad una conciliazione. Se le parti raggiungono la composizione della lite, come detto, potranno richiedere al collegio arbitrale di emanare un lodo ad esso conforme. In tal caso, spetterà al presidente del collegio nominare, se le parti non si siano accordate diversamente, un collegio arbitrale composto da un solo arbitro che valuterà la possibilità di emettere tale lodo<sup>(140)</sup>. Oltre a ciò, dal momento che la Legge non stabilisce nulla relativamente alle regole etiche di condotta

---

delle parti saprà valutare la loro vicinanza potendo scegliere il momento migliore per proporla.

<sup>(139)</sup> Altre normative, invece, come quella di Hong Kong in modo più restrittivo prevedono la necessità di un accordo scritto che dia la possibilità al mediatore di poter poi essere arbitro. Sul punto, cfr. HARPOLE, *op. cit.*, p. 628.

<sup>(140)</sup> CIETAC Rules 40 (1): «*Where the parties have reached a settlement agreement by themselves through negotiation or conciliation without involving CIETAC, either party may, based on an arbitration agreement concluded between them that provides for arbitration by CIETAC, and the settlements agreement, request CIETAC to constitute an arbitral tribunal to render an arbitral award in accordance with the terms of the settlement agreement. Unless the parties agree otherwise, the chairman of CIETAC shall appoint a sole arbitrator to form such tribunal, which shall examine the case in the procedure it considers appropriate and render an award in due course. The specific procedure and the time limit for rendering award shall not be subject to other provisions of these Rules.*».

degli arbitri che agiscono in qualità di conciliatori, i regolamenti delle varie istituzioni arbitrali prevedono alcune norme che salvaguardano le informazioni rese in sede di conciliazione e la posizione delle parti, facendo espresso divieto che, una volta fallita la conciliazione, possano essere utilizzate all'interno dell'arbitrato o nella eventuale azione giudiziaria<sup>(141)</sup>.

In generale, come già osservato, le ragioni a favore della conciliazione sono per lo più il raggiungimento di un accordo rispetto all'imposizione di una decisione, il mantenimento di relazioni più amichevoli tra le parti, i costi minori. L'esperienza cinese ha, inoltre, dimostrato che l'integrazione tra conciliazione e arbitrato ha indubbi vantaggi propri, tra i quali: *a*) il fatto che l'arbitro è già a conoscenza dei fatti della causa, non ha duplicazioni di lavoro, ben potendo così scegliere il momento migliore per offrire i servizi di una conciliazione; *b*) la possibilità che l'accordo conciliativo diventi un lodo che possa avvalersi della Convenzione di New York. Il rilievo principale che viene mosso alla normativa cinese è, invece, quello relativo all'identità personale del conciliatore poi arbitro, dubitandosi della sua imparzialità in virtù della conoscenza materiale di elementi avvenuta nella fase conciliativa. C'è chi sostiene, ad esempio, che le parti, consapevoli di questo, potrebbero essere meno disponibili al momento della conciliazione, ma a tale considerazione la dottrina cinese replica che non è solo in sede di conciliazione che l'arbitro può avere notizie non utilizzabili nella fase successiva<sup>(142)</sup>. Con riferimento alle informazioni che le parti sono disposte a mettere sul tavolo in sede di conciliazione, si sostiene, inoltre, che non necessariamente tali notizie sarebbero maggiori di quelle che le parti sarebbero disposte a rivelare se non seguisse l'arbitrato ad opera dello stesso; anzi, proprio laddove la conciliazione sia fallita, colui che l'ha condotta "*is the best person to be appointed as an arbitrator just because he knows everything of the case*"<sup>(143)</sup>.

---

<sup>(141)</sup> CIETAC Rules 40 (8): «*Where the conciliation fails, any opinion, view or statement and any proposal or proposition expressing acceptance or opposition by either party or by the tribunal in the process of conciliation shall not be invoked as grounds for any claim, defense or counterclaim in the subsequent arbitration proceedings, judicial proceedings or any other proceedings*».

<sup>(142)</sup> «*The Chinese believe that if the judges are trusted to be capable of disregarding inadmissible evidence when they make the adjudication, there should be no reason to doubt those well trained arbitrators in their ability to remain impartial despite the information obtained during mediation*», così KAUFMANN-KOHLER e KUN, *op.cit.*, p. 491.

<sup>(143)</sup> «*Mediation is not arbitration; you don't need all the cards of the parties put on the table; when about 80% or even less 80% of the cards of the parties have been put on the table, you would be able to have a good conduct of mediation; as a mediator your job is to bring*

Alla base dell'intera procedura, secondo tale ricostruzione, vi è la fiducia delle parti verso l'arbitro che loro stesse hanno scelto e con cui hanno costruito un rapporto durante la conciliazione.

12. – La Legge prevede che il lodo venga emanato a maggioranza e qualora questa non si raggiunga toccherà al presidente del collegio decidere, mentre l'arbitro di minoranza potrà mettere per iscritto la propria *dissenting opinion* che rimarrà a verbale, ma non costituirà parte integrante del lodo (art. 53)<sup>(144)</sup>. Il lodo deve contenere le richieste, i fatti, le motivazioni, la decisione finale, le spese e la data. Il fatto e la motivazione, però, possono essere omesse quando le parti decidano in tal senso. Il lodo deve essere firmato dagli arbitri e portare il timbro della commissione e, all'arbitro dissenziente, secondo quanto previsto dall'art. 54, è data la possibilità di non firmarlo. L'art. 55 prevede, poi, la possibilità di emanare un lodo parziale quando parte dei fatti sia già chiara e possa, quindi, essere presa una decisione in merito ad alcune delle richieste delle parti<sup>(145)</sup>. Ovviamente, la decisione parziale è vincolante per le parti e costituisce una parte del lodo finale, permettendo così di proteggere i diritti e gli interessi legittimi delle parti senza ritardi e di procedere più agevolmente alla trattazione delle altre questioni<sup>(146)</sup>. Può accadere che nel lodo siano presenti errori di calcolo o omissioni rispetto a quanto deciso. In tal caso, l'art. 56 stabilisce che le parti, entro 30 giorni dalla ricezione dello stesso, possono chiedere al tribunale di procedere alle correzioni o alle integrazioni necessarie<sup>(147)</sup>. Il lodo è immediatamente efficace (art. 57).

Il capitolo V della Legge disciplina la richiesta di annullamento del lodo. L'art. 58 dispone che una parte possa presentare tale richiesta alla

---

*about an amicable settlement and not to make an award*», così KAUFMANN-KOHLER e KUN, *op. cit.*, p. 491.

<sup>(144)</sup> Ora, invece, il regolamento della CIETAC prevede all'art. 45 che la *dissenting opinion* sia allegata al lodo, pur non facendone parte, in modo tale da garantire una maggiore trasparenza.

<sup>(145)</sup> Con il termine lodi parziali ci si riferisce sia a quelli che riguardano la parte dei fatti chiarita su cui si può già decidere sia alle decisioni preliminari.

<sup>(146)</sup> Se non ci si conforma al lodo parziale, il procedimento proseguirà comunque.

<sup>(147)</sup> Oggetto di correzione possono essere: «(1) *errors in transcription and printing; and (2) matters arbitrated by arbitration tribunal but omitted in the arbitral award. The correction and supplementations made are components of the original arbitral awards*». A tal riguardo, la legge modello stabilisce all'art. 33.3: «*Salvo diverso accordo, una delle parti può, dandone comunicazione all'altra, domandare al tribunale arbitrale, nei trenta giorni che seguono all'emanazione della sentenza, di rendere una sentenza addizionale su capi della domanda esposti nel corso della procedura arbitrale, ma omessi nella sentenza. Se ritiene la domanda giustificata, il collegio arbitrale completa la sua sentenza nel termine di sessanta giorni*».



corte intermedia nel luogo dove si trova la commissione arbitrale. Nella richiesta la parte dovrà riuscire a provare una delle seguenti cause che possono dar luogo alla revocazione: *a)* l'inesistenza dell'accordo arbitrale; *b)* il fatto che il lodo ecceda l'ambito della convenzione arbitrale o vada oltre la giurisdizione della commissione; *c)* la composizione del collegio e la procedura arbitrale siano contrarie a quanto stipulato dalle parti in conformità con la Legge; *d)* la falsità della prova su cui il lodo è basato; *e)* una parte abbia nascosto una prova fondamentale tale da incidere sull'equità della decisione arbitrale; *f)* gli arbitri siano stati corrotti.

Il tribunale dovrà formare un collegio apposito che verifichi la sussistenza di una di queste circostanze. È, infine, prevista la possibilità che la corte revochi il lodo per cause di pubblico interesse<sup>(148)</sup>. Le parti possono richiedere una decisione in tal senso entro sei mesi dalla data di ricezione del lodo, tuttavia come rilevato nello stesso commento ufficiale dell'articolo, questo termine è più lungo (forse anche troppo) rispetto a quanto stabilito, ad esempio, nella legge modello. Le corti hanno, invece, un termine di due mesi, dal ricevimento della richiesta, per decidere se annullare o meno il lodo (art. 60). La Legge, inoltre, prevede che, una volta accettata la richiesta, la corte, in base alla motivazione addotta dalla parte, possa verificare la possibilità che il caso sia nuovamente oggetto di arbitrato e dandone comunicazione agli arbitri, questi possano dare nuovo corso all'arbitrato entro un tempo determinato. In tal caso, il tribunale sospenderà il procedimento di annullamento; se, invece, gli arbitri si rifiutano di procedere nuovamente con l'arbitrato, la corte riprenderà il procedimento di annullamento (art. 61). Sul punto, però, si è inserito l'art. 21 della Interpretazione del 2006 che ha circoscritto chiaramente la possibilità che questo avvenga alle sole ipotesi che siano state utilizzate prove false ovvero che una parte sia riuscita a dimostrare la mancanza di imparzialità della decisione<sup>(149)</sup>.

---

<sup>(148)</sup> *«It should be noted that, while similar, the grounds for setting aside a domestic award are not the same as the grounds for refusing to enforce the award. A "definite error in the application of the law" gives grounds for refusal of enforcement but not for setting aside domestic awards. Thus, if a party contends that the tribunal has made a definitive error in the application of the law, there can be no recourse to the courts for setting aside the award. That party can however, raise this as a defence to enforcement of the award»,* così WENYING, *Distinct features of Arbitration in China*, cit., p. 69.

<sup>(149)</sup> L'Interpretazione del 2006 è tornata sul punto con gli artt. 22 e 23. Nell'art. 23, in particolare, si precisa che *«In case an interested party disagrees with a re-rendered -arbitral arbitration award, it may apply to the people's court for revocation of the re-arbitral arbitration award within six months as of re-service of the re-arbitral arbitration award under Article 58 of the Arbitration Law».*

Diversa è, invece, la disciplina prevista dall'art. 70 (capitolo VII della Legge) in caso di richiesta di annullamento di un lodo *foreign-related*. Tale disposizione fissa testualmente come motivi rilevanti per chiedere la revocazione quelli che si ritrovano al primo paragrafo dell'art. 258 (*ex art.* 260) della legge di procedura civile: 1) l'inesistenza dell'accordo arbitrale; 2) la mancata notificazione ad una parte dell'invito a nominare l'arbitro o a partecipare al procedimento arbitrale; 3) l'impossibilità per la stessa di presentare il proprio punto di vista per ragioni di cui non è responsabile; 4) la composizione del tribunale o la procedura non conforme al regolamento arbitrale dell'istituzione prescelta<sup>(150)</sup>; 5) le questioni decise eccedano l'ambito della convenzione o l'autorità arbitrale non aveva i poteri per arbitrare.

Si discute, inoltre, in merito alla contrarietà ai “*social and public interests*”. Nonostante la Legge si riferisca al solo primo paragrafo dell'art. 258 e non al secondo, parte della dottrina sostiene che questo elemento possa comportare l'annullamento del lodo<sup>(151)</sup>. Per quanto riguarda l'individuazione della corte competente a decidere, nel 2000, nella *Reply* alla corte

---

<sup>(150)</sup> L'art. 20 dell'Interpretazione del 2006 ha chiarito il senso della formula “*procedura non conforme*” precisando come «*Violation of legal procedures as stipulated in Article 58 of the Arbitration Law means the violation of the arbitration procedures as stipulated in the Arbitration Law or a circumstance under which the arbitration rules chosen by the interested parties may influence the correct award for the case*». La non conformità, pertanto, è riferita tanto alle regole della Legge tanto a quelle stabilite dal regolamento della commissione.

<sup>(151)</sup> «*They reasoned that the first paragraph of Article 260 of the CPL is purported to override first paragraph of 217 (grounds for not enforcing domestic awards). Since the second paragraph of Article 217 is not overridden, the grounds of social and public interest prescribed in this paragraph should be applied to both domestic and foreign-related awards. This opinion is not in conformity with judicial practice. [...] The case Tianjin Xianda Hotel v. Dayi Energy Inc. is a good example, in which the SPC explicitly denied public policy as a legal ground for setting aside a foreign-related awards. At least two difficulties are derived from the exclusion of public policy. First, violating the public interest remains one ground for not enforcing awards made by foreign related arbitration commission according to the CPL. [...] But the foreign-related award made by a domestic arbitration commission will not be reviewed on public grounds, either in the setting aside procedure, or in the enforcement procedure. Second violating “social and public interest” is among the six grounds that courts can use to set aside domestic awards. There is no solid explanation for why foreign-related arbitral awards cannot be set aside on this ground. Admittedly, there is a criticism that public policy is a convenient back-door for some judges to conduct a substantive review of the merits of an award. However, it is still a useful means for courts to freely set aside impartial arbitral awards. Considering the UNCITRAL Legge Modello on international commercial arbitration (ML) also prescribes public policy as a ground for setting aside an award, it is unreasonable for chinese courts to give up this power automatically*», così LANfang, *Setting aside foreign-Related Arbitral Awards under Chinese Law A Study in Perspective of Judicial Practice*, in *J. Int'l Arbitration*, vol. 26, n. 2, 2009, p. 246. In definitiva, pesano le contraddizioni con quanto stabilito nella

superiore dello Shandong, la Corte Suprema aveva stabilito che ogni richiesta di annullamento di un lodo *foreign-related* dovesse essere presentata ad una corte di livello intermedio o superiore. Sempre nella prospettiva di salvare il più possibile la convenzione arbitrale e, quindi, la volontà delle parti di arbitrare, l'art. 19 stabilisce che, quando la richiesta di annullamento sia dovuta ad una decisione che vada oltre l'oggetto della convenzione, le corti possano procedere ad un annullamento solo parziale.

13. – Il momento dell'esecuzione rappresenta il vero banco di prova di un buon sistema arbitrale e, a tal proposito, da sempre è molto discussa la questione circa la probabilità di un esito positivo di tale procedura in Cina<sup>(152)</sup>.

Innanzitutto, si dibatte sulle differenze a cui continuano ad essere sottoposti arbitrati domestici e *foreign-related*, considerato anche che le dispute inerenti le FIE sono e seguitano ad essere trattate come dispute domestiche, quale che sia la percentuale detenuta dalla parte straniera. Tuttavia, le diatribe maggiori sono quelle relative agli esiti delle procedure di esecuzione degli arbitrati *foreign-related* e quelle relative agli arbitrati esteri, e, quindi, la capacità della Cina di confrontarsi – e conformarsi – in primo luogo con la Convenzione di New York. D'altra parte, le difficoltà per così dire strutturali del sistema giuridico e giudiziario cinese, date ad esempio dal peso del particolarismo locale (c.d. *local protectionism*) e dalla scarsa preparazione dei giudici, come anche dalla mancanza di dati che vadano oltre l'eco di singoli casi, hanno pesato sulla percezione, ma ancor di più sulla realtà, del problema dell'esecuzione delle decisioni in Cina. Sotto il primo profilo, è opportuno ricordare che la Corte Suprema è intervenuta più volte nel tempo per indirizzare e guidare l'esercizio del

---

legge di procedura civile che ancora parla di arbitrati emessi dalle commissioni *foreign-related* e non di arbitrati *foreign-related*.

<sup>(152)</sup> «*Winning an arbitration is seldom enough per se to get benefits of the decision. In most cases, it is still necessary that the losing party performs its obligations under the award or the judgment*», così TAO, *One award-two obstacles Double Trouble Enforcing Arbitral Awards in China*, in *Asian International Arbitration Journal*, vol. 4, n. 1, 2008, p. 83. Sulla stessa linea, cfr. PEEREMBOOM, *Seek Truth from Facts: An Empirical study of the Enforcement of Arbitral Awards in the People's Republic of China*, in *Am. J. Comp. Law*, vol. 49, 2001, p. 249, il quale osserva: «*Nothing frustrates parties more than to discover after prevailing at a hard fought and costly arbitration that the arbitral award cannot be enforced. Parties want money, not a piece of paper. The perceived enforceability of awards will influence an investor's decision whether to settle, arbitrate or litigate, where to arbitrate and perhaps in some cases whether to invest at all. Unfortunately, foreign parties doing business in the PRC or with PRC companies have had to make such important commercial decisions based on very little reliable evidence about the enforceability of awards in China*».

controllo giudiziario dei lodi, specialmente per quanto attiene a quelli *foreign-related* ed esteri in modo da introdurre procedure più caute e liberali per il loro esame. Anche se con una dichiarazione priva di valore giuridico, già nel 1992 il giudice Ren Jianxin, Presidente della Corte Suprema del Popolo, aveva promosso le cosiddette “cinque proibizioni” per sconfiggere le resistenze locali vietando: 1) ai funzionari locali del PCC di intervenire nei procedimenti per il riconoscimento e l’esecuzione dei lodi resi all’estero; 2) ai membri del Governo di intimidire i giudici del riconoscimento ed esecuzione; 3) ai giudici di perpetrare favoritismi nei confronti dei soggetti locali; 4) ai procuratori e alle forze dell’ordine di minacciare sanzioni penali; e, più in generale, 5) ad ogni soggetto di ostacolare impropriamente l’esecuzione di un lodo riconosciuto. A tale dichiarazione sono seguite due *Notice*: la prima, datata 1995, inerente all’esecuzione dei lodi *foreign-related* ed il riconoscimento e l’esecuzione dei lodi esteri; la seconda, del 1998, relativa alla richiesta di annullamento di un lodo *foreign-related* <sup>(153)</sup>. Attraverso quest’ultime, è stato istituito il “*pre-reporting system*”, in virtù del quale nessuna corte può, prima che si sia pronunciata la Corte Suprema, dichiarare l’accordo nullo o invalido, né dar luogo al rifiuto del riconoscimento o dell’esecuzione dello stesso. Solamente quando sia intervenuto il parere della Corte Suprema, le corti inferiori possono negare l’esistenza o la validità degli accordi arbitrari ovvero il riconoscimento o l’esecuzione di un lodo. L’origine di questo sistema è da attribuire al *dual track system*, adottato dalla legge per differenziare il trattamento degli arbitrati domestici rispetto a quelli *foreign-related*, e riflette la politica di favore portata avanti dalla Corte Suprema verso gli stessi. Le ragioni della sua introduzione sono da ricercare nella volontà di evitare atteggiamenti protezionistici da parte delle corti inferiori, attraverso un controllo centralizzato della Corte Suprema, come dimostrato dal fatto che qualora la decisione della Corte sia positiva, non c’è alcun bisogno di dare luogo alla procedura, la quale però non è esente da imperfezioni. Prima di tutto, l’esclusione della sua adozione per gli arbitrati domestici si dimostra una discriminazione ingiusta, oltre che un pericolo, considerata la possibilità che questi siano ancora troppo soggetti alla discrezionalità dei giudici. Parte della dottrina non nasconde le sue perplessità circa il fatto che la

---

(153) Notice of the Supreme People’s Court on Several Issues Regarding the Handling by the People’s Court of Certain Issues Pertaining to Foreign-Related Arbitration and Foreign; The SPC Notice on Regulations on Fee and Time Limit of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards; The SPC notice on Some Issues Concerning Setting Aside Arbitration Awards Related to Foreign Elements by the People’s Court.

procedura vada a contraddire l'indipendenza dei giudici; tuttavia la maggioranza degli studiosi cinesi riconosce la sua utilità, oltre a sottolineare la sua natura di disposizione transitoria<sup>(154)</sup>. La procedura, inoltre, può comportare delle problematiche in relazione ai suoi tempi. Solo la *Notice* del 1998, infatti, ne stabilisce i tempi (che, peraltro, non riguardano la decisione della Corte Suprema), ma non viene stabilito nulla per quanto concerne l'intervento delle corti nell'esecuzione dei lodi *foreign-related* ed il riconoscimento ed esecuzione dei lodi esteri<sup>(155)</sup>. Ancora, parte della dottrina contesta il fatto che non si sia prevista la partecipazione delle parti, anche se altri sostengono che in questo caso si tratti di un problema minore, in quanto il controllo svolto dalla Corte Suprema è un controllo sulle regole e non sui fatti<sup>(156)</sup>. Come già anticipato, sulla percezione dell'esecuzione in Cina ha avuto un peso determinante l'insufficienza di informazioni certe sui numeri e, quindi, sulle ragioni (ben più importanti) tanto delle esecuzioni quanto dei casi di rifiuto delle stesse. A tal riguardo, molto utile è stato uno studio del Prof. R. Peeremboom, pubblicato nel 2001, dove lo stesso ha analizzato le richieste di esecuzione dei lodi esteri e quelli CIETAC intervenute tra il 1995 ed il 1998. Su 89 richieste, egli è riuscito ad ottenere informazioni relativamente all'esecuzione di 72 casi. Il risultato della ricerca mostra che il successo dell'esecuzione si attesta intorno al 52% in caso di lodi esteri ed intorno al 47% in caso di lodi *foreign-related* della CIETAC. L'esecuzione è stata, invece, negata in 37 casi, di cui solo 18 sono legati a questioni legali e non materiali, come la mancanza di beni del debitore. Lo studio ha mostrato, inoltre, come il

---

(154) Tuttavia, come osserva, TAO, *op. cit.*, pp. 176-177, «[...] *it cannot be denied that such centralized report and review system has significantly bolstered the confidence of foreign investors who feared that local protectionism might unduly influence the enforcement of arbitral award in China*». L'Autore aggiunge, inoltre che il sistema «[...] *is merely an interim measure designed to safeguard the legitimate rights and interests of arbitral awards holders in an environment of local protectionism. Over time, as the problem of local protectionism recedes as the rule of law takes hold, the need for such mechanism will diminish*».

(155) «*The intermediate people's court shall report to the higher court its decision to revoke or setting aside within thirty days of the party's enforcement period; the higher people's court shall, by the same token, report to the SPC within fifteen days of its decision*», così Gu, *op. cit.*, p. 234, il quale sottolinea come «*absent this time limit, arbitral efficiency is hard to protect*».

(156) Sul punto, si veda LANFANG, *Implementation of the New York Convention in China: A Case Study*, in *Asian International Arbitration Journal*, vol. 4, n. 2, 2008, p. 136, il quale riporta il caso Weimao, dove ci sono voluti ben quattro anni per arrivare ad una decisione (2001- 2005). Per questo motivo, l'Autrice ha consigliato l'adozione di un termine di due mesi da quando la corte accetta di esaminare il caso, anche perché, qualora si desse luogo anche ad una analisi dei fatti, il procedimento comporterebbe un allungamento eccessivo dei tempi.

successo della procedura è più alto nei centri più ricchi come Shanghai e Pechino e le stesse resistenze locali hanno di media un peso che si aggira attorno al 6 %. Tale lavoro, in definitiva, è servito a contestualizzare meglio il dibattito sul tema che oscillava tra le dichiarazioni più rosee provenienti dalle fonti cinesi e la “vulgata occidentale” che dichiarava l’esecuzione in Cina come qualcosa di praticamente impossibile<sup>(157)</sup>. Successivamente, inoltre, la Corte Suprema, anche per venire incontro alle richieste di trasparenza provenienti dal WTO, ha pubblicato una sorta di grande *Report* intitolato “*Guide to foreign-related commercial and maritime trials*”<sup>(158)</sup>, nel quale si è dato conto dell’operato del *pre-reporting system* negli anni che vanno dal 2001 al 2007. In tema di annullamento, la Corte Suprema dichiara di aver ricevuto 19 casi: per sei di loro, la Corte Suprema ha deciso per la sopravvivenza, cinque sono stati rinviati al tribunale arbitrale, tre sono stati solo parzialmente revocati e solo cinque lo sono stati totalmente. In tre casi si è passati dalla non esecuzione alla nuova sottoposizione all’arbitrato, mentre due casi da non eseguibili sono divenuti parzialmente eseguibili. La Corte Suprema evidenzia che, tra i motivi che hanno portato all’annullamento dei lodi, la violazione delle regole arbitrali rappresenta la ragione principale. Difatti, con riferimento ai cinque casi ove la Corte Suprema ha annullato il lodo, ben tre sono conseguenza del mancato rispetto delle regole procedurali, mentre gli altri due dell’essere (il lodo) andato oltre l’ambito dello scopo della convenzione (ed in quel caso il lodo non era scindibile) ed uno della mancanza della convenzione. In merito alla discussione concernente l’applicabilità a questo tipo di lodi dei “*public or social interests*”, la Corte Suprema appare ferma nel non ritenere questo un motivo valido per chiedere l’annullamento di un arbitrato *foreign-related*. Sembra, quindi, che la Corte Suprema interpreti in modo rigoroso i requisiti stabiliti dalla legge, cercando di non scendere mai nel merito e di valutare in modo flessibile la validità dell’accordo in modo da salvaguardare

---

<sup>(157)</sup> «Da più parti si afferma che in Cina queste procedure esecutive di lodi CIETAC o esteri vengono risolte spesso negativamente in prima istanza. Il problema è reale anche se, dobbiamo ricordare, le resistenze all’esecuzione dei lodi non sono caratteristica esclusiva della Cina. In generale, possiamo dire che in Cina troviamo risposte differenziate a seconda delle zone e del grado di efficienza delle corti», così osserva TIMOTEO, *op. cit.*, p. 313.

<sup>(158)</sup> Relativamente a tale Report, il quale contiene solo le *reply* della Corte Spurema e le *opinions* delle corti locali, LANFANG, *op. cit.*, pp. 237-238, afferma: «*This yearbook is not only a symbol of the Court Supreme’s attempt to meet the WTO’s requirement of transparency, but is also an example of high authority publication providing official guidelines to the judicial experience of the lower People’s court*».

la volontà di arbitrare delle parti. Malgrado ciò, e più in generale con una considerazione valida anche per i casi di rifiuto di esecuzione, non si può non sottolineare come continui ad essere problematica l'identificazione dei lodi *foreign-related* rispetto a quelli domestici, ragione per la quale molti si auspicano che in futuro sia la Legge sull'Arbitrato a proporre una definizione specifica – se non anche più ampia – di arbitrati *foreign-related* <sup>(159)</sup> e, al contempo, a stabilire essa stessa direttamente i criteri per dar luogo all'annullamento. Il Report riporta anche che la Corte Suprema ha ricevuto nello stesso periodo 11 richieste di opposizione all'esecuzione di dodici lodi *foreign-related*. Per sette di questi è stata negata l'esecuzione, tre sono stati eseguiti, uno è stato parzialmente eseguito ed un caso, infine, è stato rinviato alle corti. In questo caso, l'intervento della Corte Suprema ha comportato la salvezza di tre richieste di esecuzione ed il passaggio di un lodo da totalmente inesequibile a parzialmente eseguibile. In relazione al fatto che la maggioranza dei casi è stata, invece, direttamente eseguita dalle corti intermedie, non c'è chi manca di sottolineare come il numero di rifiuti sia basso. Come per le richieste di annullamento, anche in sede di esecuzione si ripresenta il problema della distinzione tra *foreign-related* e domestici. Una volta inquadrato il caso correttamente, però, la Corte si è mostrata decisa nel dar luogo all'esecuzione quando le corti inferiori, ad esempio, incapaci di distinguere le questioni sostanziali da quelle procedurali, avessero negato

---

<sup>(159)</sup> Interessante, a tal proposito, il caso *Qinghua Tongfang Inc. Qinghua Tongfang Disc Inc. v. Yuguyoujia* del 2003, ove da una parte vi era una società cinese e dall'altra una persona con passaporto cinese, ma domicilio in Giappone. Di fronte alla domanda posta dalla corte inferiore se si trattasse di un arbitrato domestico o *foreign-related*, la corte superiore aveva risposto che si trattava di un caso *foreign-related* in quanto il domicilio era un elemento obiettivo e che la natura del caso era la stessa di quella laddove una parte sia di Hong Kong, Macao o Taiwan. Tuttavia, come nota LANFANG, *op. cit.*, p. 245, «*is an overstatement*» affermare che, di fronte a due persone cinesi, un contratto concluso ed eseguito in Cina ed un arbitrato reso da una commissione cinese ai sensi della legge cinese, la controversia sia *foreign-related*. Non è poi ben chiaro il parallelo con Hong Kong Macao e Taiwan; da nessuna parte, poi, si possono ritrovare regole che stabiliscano che il domicilio rilevi come un *foreign element*. In definitiva, l'Autrice rileva giustamente come «*this case illustrates the uncertainty of the division between foreign-related arbitration and domestic arbitration*». Attualmente, con l'art. 16 dell'Interpretazione del 2006 secondo cui «*The laws agreed upon between the interested parties shall apply to the examination of the validity of an arbitration agreement involving foreign interests; where the interested parties did not agree upon the applicable laws but have agreed upon the place of arbitration, the laws at the place of arbitration shall be applicable; where they neither agreed upon the applicable laws nor agreed upon the place of arbitration or the place of arbitration is not obviously agreed upon, the laws at the locality of the court shall apply*», probabilmente, in un caso simile, questa conclusione non sarebbe più possibile.

l'esecuzione dopo essere scese nel merito del caso<sup>(160)</sup>. Ancora incerto è, poi, il destino della valutazione dell'esistenza di una valida convenzione ai sensi dell'art. 16 della Legge. Se, per quanto riguarda l'individuazione della commissione, con l'Interpretazione del 2006 sembrerebbe che le corti abbiano in un certo senso fatto proprio un atteggiamento più liberale in modo da salvare la volontà delle parti di arbitrare, ancora problematica è la situazione dei terzi non firmatari della convenzione, considerata la rigidità con cui si intende il requisito dello scritto.

Sotto il profilo delle questioni procedurali, sia quelle poste dalla Legge sia quelle stabilite dalla commissione prescelta, la politica adottata dalla Corte Suprema porta al rifiuto del riconoscimento qualora queste ultime contraddicano le prime ovvero quando vengano prese in considerazione le seconde ma queste siano molto generiche, rimettendo così l'esito della procedura all'atteggiamento delle corti<sup>(161)</sup>. La Corte Suprema, infine, ha dimostrato di essere molto cauta qualora vengano presentati rilievi (spesso utilizzati dalle controparti cinesi) in merito agli interessi pubblici e sociali.

Per quanto concerne i lodi esteri, il Report riferisce di un rinvio alla Corte Suprema di 15 casi di rifiuto inerenti alla Convenzione di New York: sette casi sono stati riconosciuti ed eseguiti; per sei casi è stato confermato il rifiuto per questioni attinenti alla convenzione arbitrale ed alla procedura; un caso è stato parzialmente rifiutato ed un altro rinviato alle corti per un chiarimento sui fatti<sup>(162)</sup>. La percentuale di successo dell'esecuzione si aggira, quindi, intorno al 50% dei casi. Considerando le motivazioni che, secondo l'art. V della Convenzione<sup>(163)</sup>, possono con-

---

<sup>(160)</sup> Si veda, ad esempio, il caso *Singapore Yonghang Private Co. Ltd v. Ningxia National Chemical Group*, per il quale cfr. LANFANG, *Enforcement of Foreign-related Awards in China: Judicial Attitudes*, in *Arbitration International*, vol. 75, n. 3, 2009, p. 385.

<sup>(161)</sup> Sul punto, cfr. LANFANG, *op. cit.*, p. 388.

<sup>(162)</sup> «There is no available data on how many case relating to foreign arbitration award there are in a given year. Further, some of the foreign arbitration awards are enforced by the Intermediate People's Courts (IPC) of China without asking higher courts for instructions. Only few cases of this kind reach the SPC by the reporting process per year. However, these 15 cases are typical and representative», così osserva LANFANG, *Implementation of the New York Convention in China: a case study*, in *Asia J. Int'l Arbitration*, n. 4, 2008, p. 125.

<sup>(163)</sup> Art. V Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere: «1) Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza possono essere rifiutati, su istanza della parte contro la quale la sentenza è fatta valere solo se tale parte fornisce la prova alla competente autorità del Paese in cui vengono domandati il riconoscimento e l'esecuzione: a) che le parti alla convenzione di cui all'art. II erano, in virtù della legge ad esse applicabile, colpite da incapacità, o che detta convenzione non è valida in virtù della legge alla quale le parti l'hanno assoggettata o, in mancanza d'una indicazione al riguardo, in



durre al rifiuto dell'esecuzione, le ragioni per cui la Corte è arrivata a negare l'*exequatur* sono state puntuali e limitate: in tre casi per la mancanza dell'accordo, in due perché la richiesta era stata presentata oltre i termini previsti ed in uno per la mancata comunicazione alla parte dell'inizio del procedimento<sup>(164)</sup>. Tale casistica avvalorata i passi avanti fatti dalla Corte Suprema in tema di legge che governa la convenzione arbitrale e la procedura, l'utilizzo limitato del riferimento agli interessi pubblici e sociali e la più ampia interpretazione data dell'applicazione dei requisiti procedurali; allo stesso tempo, però, dimostra come le corti cinesi tendano ancora a riservare un approccio conservatore nell'applicazione della Convenzione, rafforzata dall'incertezza derivante da un quadro normativo non del tutto esaustivo. L'esecuzione può essere rifiutata, innanzitutto, per le questioni concernenti l'accordo arbitrale, quali l'incapacità delle parti, l'invalidità dell'accordo alla luce della legge alla quale le parti lo hanno assoggettato o, in mancanza, della legge del Paese sede dello stesso. Tuttavia, le corti sembrano dare ancora molto peso ad alcuni aspetti relativi alla volontà di arbitrare ed ai requisiti formali dell'accordo. Occorre sottolineare, poi, come l'atteggiamento della Corte Suprema nei confronti

---

*virtù della legge del Paese in cui la sentenza è stata resa; oppure b) che la parte contro la quale la sentenza è invocata non è stata debitamente informata della designazione dell'arbitro o della procedura d'arbitrato, o che si è trovata nell'impossibilità, per altra ragione, di far valere le proprie ragioni; oppure c) che la sentenza verte su una controversia che non è contemplata dal compromesso o che non rientra nell'oggetto della clausola compromissoria, o che contiene decisioni che eccedono i limiti del compromesso o della clausola compromissoria; tuttavia, se le disposizioni della sentenza che si riferiscono a questioni sottoposte all'arbitrato possono essere dissociate da quelle che riguardano questioni non sottoposte all'arbitrato, le prime possono essere riconosciute e rese esecutive; oppure d) che la costituzione del tribunale arbitrale o la procedura di arbitrato non è stata conforme a quanto convenuto tra le parti o, in mancanza di accordo, non è stata conforme alla legge del Paese in cui l'arbitrato ha avuto luogo; oppure e) che la sentenza non è ancora diventata vincolante tra le parti o è stata annullata o sospesa da un'autorità competente del Paese nel quale, o secondo la legge del quale, la sentenza è stata resa. 2) Il riconoscimento e l'esecuzione d'una sentenza arbitrale possono altresì essere rifiutati se l'autorità competente del Paese in cui il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti constata: a) che, secondo la legge di tale Paese, l'oggetto della controversia non è suscettibile di essere risolto mediante arbitrato; o b) che il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza sarebbe contrario all'ordine pubblico del Paese stesso».*

<sup>(164)</sup> Ad esempio, nel caso *Cosmos Marine Management SA v. Tianjin Kaiqiang Trade Co. Ltd del 2006*, la Suprema corte ha rifiutato l'esecuzione a causa dell'impossibilità di dar prova dell'invio via e-mail con cui si notificava l'avvio del procedimento e la richiesta di nomina dell'arbitro; nei casi *TS Haimalu Co. Ltd v. Daqing PoPeyes Food Co. Ltd del 2006* e *Boertong Corp Group v. Beijing Liantaichang Trade Co. Ltd del 2007*, invece, la Suprema Corte ha ribaltato le decisioni prese dalle corti inferiori ritenendo adeguate le notifiche inviate. I casi possono essere reperiti su WAN e XIANG, *Guide on Foreign-related Commercial and the Maritime Trial*, vol. 12 e vol. 14, 2006 e 2007. Sul punto, cfr. LANFANG, *op. cit.*, p. 128.

della *public policy* (motivazione spesso addotta dalle parti, considerati anche i suoi contorni indefiniti e per cui la Corte negli unici due casi trattati ha dato luogo all'esecuzione), è stato molto rigoroso stabilendo chiaramente che la violazione di una legge cinese non comporta automaticamente la violazione degli interessi pubblici, pur ricordando come i parametri per la valutazione della loro esistenza siano differenti da quelli applicabili ai lodi cinesi<sup>(165)</sup>. In definitiva, se la Corte Suprema cerca di restare nei binari stabiliti dalla Convenzione che, laddove è più generica o rimanda alle leggi nazionali, ritrasferisce comunque il problema sul piano della normativa cinese, ancora problematica è la questione inerente alla preparazione dei giudici, quando debbono applicare diverse leggi – tra cui quelle straniere – e continuano ad inquadrare in modo errato la tipologia di disputa. Va registrato, tuttavia, che ci sono stati alcuni casi i quali hanno destato qualche preoccupazione in merito all'applicazione della Convenzione. Nel caso *Hemopharm D.D. et al. v. Jinan Yongning Pharmaceutical Co.*<sup>(166)</sup>, per la prima volta la Corte Suprema si è trovata a negare l'esecuzione proprio adducendo i motivi di cui all'art. V, comma 2, lett. b, ovvero la *public policy*. In questo caso, la Hemopharm aveva concluso un contratto con la Jinan Yongning per creare una *joint venture company*. Il contratto prevedeva che qualunque disputa fosse sorta sarebbe stata risolta tramite il ricorso ad un arbitrato ICC a Parigi. Tuttavia, la compagnia cinese aveva iniziato un processo di fronte alle corti ordinarie per recuperare gli affitti dell'immobile ed i macchinari dati in *leasing* alla stessa. La società si era, successivamente, opposta a tale procedimento facendo leva sulla presenza della convenzione d'arbitrato, ma la corte cinese aveva ritenuto che questa non potesse farlo in quanto non era parte della convenzione arbitrale ed ha così deciso in favore della Jinan Yongning e concesso l'applicazione di misure cautelari sulle proprietà della compagnia. La Hemopharm, a quel punto, iniziò il procedimento arbitrale di fronte alla ICC, lamentando innanzitutto l'inadempimento del contratto e chiedendo, altresì, il risarcimento e la restituzione degli investimenti fatti nella stessa compagnia, in quanto a seguito del congelamento dei beni, avvenuto ad opera del tribunale, non poté più svolgere alcuna attività. Il tribunale arbitrale decise in suo favore, considerando sia l'intraprendere

---

<sup>(165)</sup> Sul punto, si veda DARZWAH e YEOH, *Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention China and Hong Kong perspective*, in *J. Int'l Arbitration*, vol. 25, n. 6, 2008, pp. 846-847.

<sup>(166)</sup> Reperibile su WAN e XIANG, *Guide on Foreign-related Commercial and the Maritime Trial*, vol. 1, 2009.

l'azione legale di fronte ai giudici sia la richiesta delle misure conservative una violazione del contratto da parte della Jinan Yongning. Nel rifiutare il lodo favorevole alla Hemopharm, la Corte Suprema ha valutato, prima di tutto, che la compagnia non fosse parte della convenzione e che, quindi, all'arbitrato potessero ricorrere solo le parti che l'avevano costituita. La stessa Corte ha, poi, ritenuto che il tribunale arbitrale fosse andato oltre l'ambito dell'accordo arbitrale nel decidere nuovamente su quanto già valutato dalla Corte ma, soprattutto, che il tribunale arbitrale avesse così violato la sovranità giudiziaria cinese e quella della Corte che aveva già deliberato. Alcuni osservatori rilevano come questa decisione possa porsi come un precedente pericoloso in relazione alle dispute che riguardano le *chinese-foreign joint venture*. Difatti, sebbene spesso queste prevedano lo svolgimento dell'arbitrato all'estero, le parti cinesi cercano di giocare di anticipo ricorrendo alle corti cinesi chiamando in causa non solo la controparte della stessa ma, come visto, anche la compagnia creata, a cui, stante una giurisprudenza (e legislazione) invariata, non è concesso di far parte del processo arbitrale, assumendo così le corti la giurisdizione su tutta la disputa. Un altro caso interessante è poi il "*PepsiCo Case*", molto noto in virtù non solo del suo esito ma anche per il fatto che, poco prima della decisione della Corte Suprema, è stato arrestato, per ragioni attinenti alla gestione finanziaria della CIETAC, uno dei membri del collegio arbitrale. La disputa era sorta in merito al contratto di *cooperative joint venture* conclusosi tra la PepsiCo e la Investment China Co. Ltd, una *wholly owned subsidiary* della PepsiCo Inc. ed una impresa di proprietà statale, la Sichuan Province Yun Lu Development Industrial Co per creare la Sichuan Pepsi Cola Beverage Company Ltd. Dopo la sua costituzione, la PepsiCo aveva concluso con la Sichuan Pepsi un contratto di licenza del marchio in base al quale la Sichuan poteva produrre, vendere e distribuire prodotti con marchi di proprietà della PepsiCo. Le parti avevano, inoltre, concluso un contratto di fornitura attraverso il quale la PepsiCo si era impegnata a vendere e consegnare alla Pepsi Sichuan il concentrato necessario per la fabbricazione dei prodotti in licenza. La PepsiCo, in seguito, aveva accusato la Sichuan di aver violato il primo contratto attraverso l'utilizzo non autorizzato dei suoi marchi, danneggiandone la reputazione e agendo in modo contrario alla buona fede, non presentando, ad esempio, i dati relativi alle vendite. Inoltre, la Sichuan Yu Lun aveva cambiato il controllo della società senza darne notizia. In base a queste motivazioni si profilava, quindi, una violazione del contratto di licenza, che portava con sé anche la volontà di porre fine tanto alla joint venture quanto all'accordo di fornitura. La PepsiCo si era allora rivolta alla camera arbi-

trale di Stoccolma per chiedere la risoluzione del contratto di licenza e di fornitura e, successivamente, la PepsiCo Investemnt China aveva iniziato un altro procedimento sempre di fronte alla SCC per porre fine alla *cooperative joint venture*, ottenendo ragione in entrambi i casi dal tribunale arbitrale. In seguito alla richiesta di esecuzione presentata alla corte intermedia di Chengdu, la Sichuan Pepsi e la Sichuan Yun Lun si erano opposte alla stessa sulla base di tutta una serie di motivazioni, delle quali la corte locale, prima, e la Corte Suprema, poi, hanno accolto solo una, ossia l'aver il tribunale arbitrale iniziato il procedimento prima che fossero spirati i 45 giorni di negoziazione previsti dall'accordo delle parti, rinvenendosi così una irregolarità nella procedura<sup>(167)</sup>. Si tratta, invero, di una motivazione peculiare, in quanto l'unica condizione preliminare per l'arbitrato, che andrebbe soddisfatta, è verificare se il tribunale ha correttamente preso la cognizione della disputa e non anche se le procedure precedenti siano irregolari. In ogni caso, si sarebbe dovuta contestare l'irregolarità in quella fase, cosa che la Sichuan Yun Lu non aveva fatto, mentre nel primo arbitrato la Corte era intervenuta con una decisione sulla sua giurisdizione e si era pronunciata sull'ammissibilità della domanda. La dottrina si interroga, più in generale, se si tratti di una questione che riguarda la domanda piuttosto che la giurisdizione arbitrale<sup>(168)</sup>. Inoltre, anche se la Corte Suprema o la corte intermedia avessero avuto ragione nel farla rientrare nelle questioni procedurali, non è chiaro quale sia stato il pregiudizio che ne è conseguito alla parte. In definitiva, è legittimo il dubbio che le corti siano state "spinte" a prendere tali decisioni per ragioni ben differenti, quali la protezione degli interessi statali.

Casi come quello della *PepsiCo* o della *Hemopharm*, per di più, sebbene non positivi o incoraggianti, vanno comunque inseriti in un trend che con ogni probabilità non può che cambiare radicalmente, alla luce degli impegni globali assunti dalla Cina e, poi, più in generale, non si dovrebbe da un singolo caso più o meno esemplare pensare di trarre conclusioni su un intero sistema. Certamente evidenti sono i progressi complessivi e, come osservato, almeno sotto alcuni profili l'Interpretazione del 2006 è

---

<sup>(167)</sup> Per una ricostruzione completa del caso, cfr. DARZWAEH e YEOH, *op. cit.*, pp. 838-856.

<sup>(168)</sup> «*In the author's view, any precondition to arbitration must be intended to be a limitation on the claim rather than on the tribunal. It must be the parties' intention that the claim cannot yet be raised, rather than the claim cannot be arbitrated by SCC arbitration rather in some other forum. On this analysis, even if the tribunal was wrong in admitting PICL and PepsiCo's claims, the tribunal decision is final and its jurisdiction should not be affected*», così DARZWAEH e YEOH, *op. cit.*, p. 845.

utile quantomeno a colmare delle lacune della Legge. Tuttavia, il problema “esecuzione” ancora esiste ed opera in un contesto particolare come quello cinese, nel quale bisogna porre attenzione ad ogni minimo particolare (eloquenti in tal senso, ad esempio, le motivazioni delle sentenze riguardanti la PepsiCo).

In questa sede, e con i dati che si hanno a disposizione, non ci si può sbilanciare attribuendo percentualmente le ragioni ad un motivo piuttosto che ad un altro, ma seguendo il ragionamento già fatto da Peeremboom in merito alla reale incidenza, ad esempio, del particolarismo locale e prendendo in considerazione gli altri fattori, come l'inesperienza dei giudici cinesi e la durata dei procedimenti di esecuzione in generale<sup>(169)</sup>, si ha ragione di ritenere che, almeno con riguardo a questi ultimi due elementi, ci sia nel medio termine spazio per sensibili miglioramenti, in parte già avviati dalla Corte Suprema attraverso i propri interventi.

14. – Grazie all'aumento del numero di arbitrati internazionali in Cina, sempre più sono gli arbitri occidentali, seduti di fianco nei tribunali, che ammettono di apprezzare dai loro colleghi cinesi i vantaggi di questo tipo di sistema arbitrale e, soprattutto, riconoscono i positivi effetti dati dall'integrazione della conciliazione-mediazione nell'arbitrato. Invero, sembra già che le obiezioni ad un approccio combinato, sollevate in alcuni Paesi, siano ora ridimensionate e che i meno favorevoli stiano cominciando a prendere atto delle utilità date dalla sinergia dei due sistemi. Allo stesso modo, ma dall'opposta prospettiva, le recenti riforme dei sistemi arbitrali dei Paesi occidentali hanno scatenato un riesame dei valori della mediazione in Cina. Esempio lampante di ciò sono le riforme avviate dalla BAC nelle sue ultime «*Arbitration Rules*». Per rispondere alle preoccupazioni di imparzialità del mediatore-arbitro, la BAC ora consente alle parti di richiedere la sostituzione di un arbitro, al fine di evitare che le decisioni possano essere influenzate dal suo coinvolgimento nella procedura di mediazione. Queste norme sembrano essere pienamente in linea con gli orientamenti IBA sui conflitti di interesse, che richiedono che l'arbitro debba dimettersi nel caso di mancanza di obiettività nella gestione di un tentativo di mediazione<sup>(170)</sup>. Un altro aspetto che merita attenzione è la

---

<sup>(169)</sup> *Ex multis*, cfr. BALDI, *Una realtà poco conosciuta: l'applicazione della Convenzione di New York in Cina*, in *Riv. arbitrato*, 2004, 2, pp. 367-383.

<sup>(170)</sup> Sul tema, si veda DE WIT WIJNEN, VOSER, & RAO, *Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 5 *Bus. L. Int'l*, 2004, p. 433, 452.

recente iniziativa della BAC di promulgare un regolamento sulla mediazione autonomo e separato, simile a quello della ICC. I continui adattamenti ed avvicinamenti da entrambe le direzioni ed i frequenti dialoghi tra giuristi occidentali e cinesi sono, poi, la dimostrazione chiara di una tendenza verso l'armonizzazione<sup>(171)</sup>. È un dato di fatto che anche i sistemi occidentali, oggi, mostrano una nuova sensibilità per i modelli tipici della tradizione orientale. Le divergenze tra le opposte tradizioni giuridiche, se sono apprezzabili dal punto di vista storico e concettuale, ora cominciano ad attenuarsi e non possono certamente essere considerate ostacolo ad una convergenza che, nei fatti, gradualmente si va realizzando. In definitiva, si assiste ad un fenomeno di *cross-fertilization* e di *legal transplants* in cui sistemi divergenti progressivamente si muovono alla ricerca di un approccio comune transnazionale<sup>(172)</sup>. In un'epoca, quale l'attuale, infatti, caratterizzata da fenomeni generali di globalizzazione (anche giuridica)<sup>(173)</sup>, occorre registrare, sempre di più, trapianti di principi e regole giuridiche tali da incentivare forme di interazione tra modelli e culture orientali e modelli e culture occidentali per la risoluzione delle controversie civili e commerciali, tanto a livello internazionale che a livello nazionale.

A tal fine, maggiori sforzi dovranno ancora essere realizzati per poter garantire alle parti la massima tutela dei propri diritti all'interno dei procedimenti e far sì che l'integrazione diventi uno strumento necessario per migliorare l'efficienza dell'arbitrato.

---

(171) A ciò ha certamente contribuito l'adesione della Cina alla Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere e alla Convenzione di Washington del 1966 relativa al meccanismo speciale ICSID per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati.

(172) HOUZHI, *Is There an Expanding Culture that Favors Combining Arbitration with Conciliation or Other ADR Procedures?*, in *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, ICCA Congress Series No. 8, 1998, p. 101.

(173) In tal senso, cfr. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.