



a cura di  
GIOVANNI BOMBELLI  
BRUNO MONTANARI

# Identità europea e politiche migratorie

DIRITTO | RICERCHE

V&P

## INDICE

BRUNO MONTANARI Parole introduttive	VII
GIOVANNI BOMBELLI Una chiave di lettura: per un'introduzione	3
<i>Contesto umano e ricognizione sociologica</i>	
LAURA ZANFRINI Politiche e 'non-politiche' migratorie nell'Unione europea	37
<i>Il mercato come metafora</i>	
BERT VAN ROERMUND Cosa c'è di comune in un mercato comune? Note sull'identità europea	69
<i>Identità e diritti nella normativa europea</i>	
NICOLETTA PARISI Diritti individuali e diritto alla sicurezza: spunti per una riflessione critica a partire dalla 'politica' europea in materia di immigrazione	79
<i>Modelli di cittadinanza nello Stato moderno</i>	
ENNIO CODINI Identità, integrazione e cittadinanza tra diritto europeo e diritti nazionali	127

La pubblicazione di questo volume ha ricevuto il contributo finanziario dell'Università Cattolica e dell'Istituto Giuridico sulla base dei risultati della ricerca in essa espressa.

[www.vitaepensiero.it](http://www.vitaepensiero.it)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, 20122 Milano, e-mail: [segreteria@aidro.org](mailto:segreteria@aidro.org) e sito web [www.aidro.org](http://www.aidro.org)

*Potere costituente tra tradizione e innovazione*

LUIGI CORRIAS

L'Europa esprime se stessa: identità europea e potere costituente

149

*Diritti soggettivi e sicurezza collettiva*

PAOLO GALLO

Il dopo 11 settembre: un nuovo concetto giuridico di 'pericolo'. Tra libertà individuale ed esigenze di tutela della sicurezza collettiva

163

*Identità e modello riflessivo*

ALESSIO LO GIUDICE

Logiche dell'identità

177

*Europa e l'altrove*

PAOLO DAVIDE FARAH

L'influenza della concezione confuciana sulla costruzione del sistema giuridico e politico cinese

193

*Come conclusione*

ROSARIO BRENNIA

Un bilancio: Europa, cittadinanza e identità

227

BRUNO MONTANARI

## Parole introduttive

Il tema scelto per la III edizione delle *Giornate di studio*, svoltesi dall'8 al 10 giugno 2006 a Vercelli presso il Piccolo Studio del Chiostro di S. Andrea e promosse dalla cattedra di Filosofia del Diritto dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Facoltà di Giurisprudenza) tenuta da chi scrive in collaborazione con l'Università del Piemonte Orientale e la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, è stato *Identità europea e politiche migratorie*. Il medesimo tema sostiene anche il progetto di internazionalizzazione al quale partecipano diverse Università italiane ed europee.

Introducendo questo volume mi limiterò ad enunciare alcuni temi che formeranno oggetto dei saggi in esso contenuti.

Anzitutto il fenomeno dell'immigrazione e le sue 'politiche'.

Metterei in luce tre questioni.

La prima, che può essere esposta attraverso un interrogativo. Qual è il motivo che ormai da molti anni spinge intere popolazioni a raggiungere i Paesi europei? Perché, insomma, il Vecchio Continente rappresenta una meta privilegiata?

Probabilmente per una ragione fondamentale: la qualità della vita che esso prospetta.

'Qualità della vita' che si compone di due profili: uno strettamente economico e l'altro politico. Entrambi chiamano in causa la situazione dei Paesi di origine del fenomeno: povertà e regimi autoritari, cui spesso si aggiunge uno stato di persecuzione o comunque di conflitto interno. Si fugge, insomma, dalla miseria e dalla violenza.

Il punto è che la 'fuga' non rappresenta una soluzione, se non nel breve periodo.

Per il medio-lungo periodo la soluzione dovrebbe passare per un ampliamento delle condizioni di benessere economico, oltre i confini della porzione 'ricca' del mondo e per un'evoluzio-

condividere una ricostruzione degli eventi in senso narrativo che possa essere accettata da tutti, o dalla maggior parte dei componenti del gruppo. In definitiva, quindi, il modello anti-sostanzialista non sembra interrogarsi adeguatamente sulle condizioni di possibilità della costruzione identitaria.

Da queste brevi riflessioni conclusive dovrebbe risultare evidente la complessità di qualsiasi opera di traduzione concettuale che, nel contesto degli studi sull'identità, coniughi dimensione individuale e di gruppo. Nonostante questo, sembra che i modelli sottolineati siano quanto meno in grado di farci comprendere le possibilità teoretiche che la ragione offre per indagare l'oggetto dell'identità. Una terza via è cioè difficilmente individuabile. Non resta allora che entrare all'interno delle condizioni teoretiche di questi modelli per verificarne la spendibilità o comunque per svilupparli in maniera adeguata.

In questo senso, sia il modello sostanzialista sia quello anti-sostanzialista sembrano comunque capaci di incidere in maniera determinante sulla *mise en scène* politica e giuridica di una strana specie del genere identità condivisa. La specie dell'identità europea.

*Europa e l'altrove*

PAOLO DAVIDE FARAH\*

## L'influenza della concezione confuciana sulla costruzione del sistema giuridico e politico cinese

### *Premessa*

Secondo parte della dottrina, il diritto costituirebbe una regola di condotta; il più delle volte, tuttavia, tali opinioni<sup>1</sup> tendono a ridurre il diritto alla categoria delle norme, distinguendo le norme giuridiche dalle altre<sup>2</sup>.

In base alla definizione che qui accogliamo, il diritto è un concetto più ampio e non può essere considerato come una disciplina completamente autonoma. Chi lo studia o lo utilizza è in qualche modo portato, talora anche inconsapevolmente, a servirsi di conoscenze afferenti a campi del sapere in apparenza distanti<sup>3</sup>.

\* Dottorando di ricerca in diritto internazionale al Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires (CERIC) CNRS UMR 6108 dell'Università Paul Cézanne Aix-Marseille III (Aix-en-Provence) in cotutela con il Dipartimento di Diritto pubblico, processuale civile, internazionale ed europeo (Sezione Diritto internazionale ed europeo), Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano. Research Fellow presso il Centro di Alti Studi sulla Cina Contemporanea (CASCC) a Torino.

Questo saggio è una rielaborazione della relazione presentata in occasione delle *Giornate di studio* dal titolo *Identità europea e politiche migratorie*, coordinate dal prof. Bruno Montanari e svoltesi all'Università del Piemonte Orientale (Vercelli), dall'8 al 10 giugno 2006 e si inserisce in una ricerca più approfondita relativa al trasferimento dei modelli giuridici stranieri in Cina finanziata dal «Programme d'excellence *Eiffel Doctorat*» del Ministero degli Affari Esteri francese e dalla Fondazione Robert Schuman di Parigi.

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz*, Tübingen 1911; L. Duguit, *L'Etat: le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, pp. 10 ss.

<sup>2</sup> Tali posizioni sono state opportunamente esaminate e criticate da S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1945, pp. 4-7.

<sup>3</sup> Riguardo al diritto come disciplina non autonoma, si veda R. Sacco, *Il diritto muto*, «Rivista di diritto civile», 1 (1993), pp. 689; R.A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, «Harvard Law Review», 1987, 100, pp. 171 ss.; A.

La presente analisi, quindi, muove dal presupposto che «la scienza del diritto, [...] in quanto scienza "umana", è strettamente legata con i più ampi contesti del sapere filosofico» e che «lo studio di un giurista non può prescindere dalle sue inevitabili, consapevoli o non, ascendenze filosofico-culturali»<sup>4</sup>. Un'esatta definizione del diritto sarà, quindi, assolutamente necessaria non soltanto ai fini delle discipline quali la filosofia e la teoria generale del diritto, ma anche per le discipline giuridiche particolari<sup>5</sup>. Sarà, inoltre, utile per inquadrare come 'ordinamenti giuridici'<sup>6</sup> a tutti gli effetti anche le società che in passato sono state troppo spesso considerate primitive, perché si reputava che in tali conte-

COLORIO, *Diritto, cervello ed evolucionismo tra preistoria e storia*, in A. DANIELLI - V. SCHIAFFONATI (a cura di), *Le forme della mente. Percorsi multidisciplinari tra modularismo e connessionismo*, il Mulino, Bologna 2008, pp. 143-210, in cui il riferimento non è soltanto alla storia o alla filosofia, ma anche a tutta una serie di discipline che, inevitabilmente, si intersecano con il sapere giuridico, dalla biologia alla sociologia, dalla genetica alle neuroscienze.

È necessario adottare un approccio al diritto di tipo sostanzialmente multidisciplinare (che la dottrina americana chiama 'law and approach'); si veda in tal senso, R.C. ELLICKSON, *The Market for 'Law-And' Scholarship*, «Harvard Journal of Law and Public Policy», 1997, 21, pp. 157-170; E.L. RUBIN, *Law and the Methodology of Law*, «Wisconsin Law Review», 1997, 3, pp. 521-523.

Il diritto viene arricchito dal confronto con discipline anche assai distanti da esso; si veda in tal senso, O.D. JONES - T.H. GOLDSMITH, *Law and Behavioral Biology*, «Columbia Law Review», 2005, 105, pp. 405-502; trad. it. *Diritto e biologia comportamentale*, «Ilex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale», Rivista quadrimestrale on-line, IV, <http://www.i-lex.it>, pp. 27-161.

<sup>4</sup> B. MONTANARI, *Filosofia, Metodo, Diritto*, ScriptaWeb, Napoli 2004, *Introduzione - 'Dopo Hegel', 'Non più' Hegel*, p. 22.

<sup>5</sup> ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 6.

<sup>6</sup> *Ibi*, p. 21. L'autore denuncia il significato eccessivamente letterale che viene normalmente dato all'espressione 'ordinamento giuridico', perché richiama talmente alla mente l'idea di regola e di norma tanto da rendere ardua ogni altra interpretazione. La dottrina relativa alla definizione di 'ordinamento giuridico' e alla pluralità dei modelli giuridici è molto ampia. Nel corso di questa trattazione ci si riferirà ad una parte di essa, senza pretese di esaustività. Si veda, L. LOMBARDI VALLAURI, *Il diritto come ordinamento*, in R. ORECCHIA (a cura di), *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello stato contemporaneo*, Atti del X Congresso nazionale della Società di filosofia giuridica e politica (Bari, 3-5 ottobre 1974), Giuffrè, Milano 1976, pp. 9-48; M. BARRILLARI, *Considerazioni sulla dottrina dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano, Filosofia e teoria generale del diritto, diritto costituzionale*, vol. I, Cedam, Padova 1940, pp. 67-70; F. MODUGNO, *Legge, ordinamento giuridico, pluralità degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano 1985.

Si veda in generale, A. CATANIA - L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Concezioni del diritto e diritti umani: confronti Oriente-Occidente*, Atti del XXI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Salerno-Ravello, 7-10 ottobre 1998), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2000.

sti il diritto venisse semplicemente confuso col costume e la religione<sup>7</sup>.

### 1. *La concezione confuciana di ordine sociale, l'armonia e la posizione dell'individuo all'interno della società cinese*

Nel VI secolo a.C., mentre a Roma si consolidava la Repubblica, gli insegnamenti di Confucio<sup>8</sup> e in seguito dei suoi successori<sup>9</sup> cominciarono a diffondersi in Cina. Il loro radicamento nella cultura cinese fu tale che, ancora oggi, il sistema politico e giuridico cinese è in buona parte dominato dal pensiero confuciano<sup>10</sup>.

A seguito della disintegrazione del regno Zhou in piccoli Stati feudali costantemente in guerra fra loro, durante l'epoca di passaggio dall'età arcaica alla prima età imperiale, la situazione politica della Cina versava nel caos<sup>11</sup>. In un'epoca caratterizzata da mutamenti sociali traumatici, la dottrina di Confucio (551-479

<sup>7</sup> ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 38.

<sup>8</sup> M. SABATTINI - P. SANTANGELO, *Storia della Cina*, Laterza, Roma 1986, pp. 114-127. Sul pensiero di Confucio, si veda anche, B.I. SCHWARTZ, *The World of Thought in Ancient China*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1985, pp. 56-134; YANG RONGGUO, *中国古代思想史* (Storia del pensiero cinese), Renmin, Beijing 1973, I ed., pp. 61-102; ZHANG DAINIAN, *Key Concepts in Chinese Philosophy*, Foreign Languages Press, Beijing 2002, pp. 285-329.

Per un approfondimento sulle prime relazioni tra Europa e Cina e sull'opera del missionario italiano Matteo Ricci, si veda P.M. D'ELIA, *Fonti Ricciane: documenti originali concernenti Matteo Ricci e la storia delle prime relazioni tra l'Europa e la Cina (1579-1615)*, 3 voll., Libreria dello Stato, Roma 1942. Si veda anche G.W. VON LEIBNIZ, *La Cina*, Spirali, Milano 1987, pp. 17-29 e la relativa prefazione di C. SINI, pp. 5-11. Dopo il 1689, Leibniz incontrò a Roma e divenne amico del gesuita padre Grimaldi, che era stato missionario in Cina e grazie a lui cominciò ad interessarsi della cultura e della storia cinese.

<sup>9</sup> Insegnamenti inizialmente tramandati oralmente e, in seguito, redatti in forma scritta nei Lunyu, i cosiddetti «Dialoghi di Confucio». Confucio non ha lasciato nessun testo scritto di suo pugno e il Lunyu, l'unico alla cui redazione abbia probabilmente preso parte più attivamente, è certamente il principale strumento per comprendere a fondo il suo pensiero. Questa opera nasce da una rielaborazione degli appunti dei suoi discepoli e seguaci.

<sup>10</sup> Declinare il confucianesimo come se fosse un *unicum* è ovviamente una semplificazione. Si dovrebbe tenere conto, infatti, dei notevoli mutamenti intersorsi nell'utilizzo dei principi confuciani all'interno del discorso giuridico-politico contemporaneo, quali, ad esempio, il 'neoconfucianesimo', aspetti che non verranno trattati nel presente saggio.

<sup>11</sup> SABATTINI - SANTANGELO, *Storia della Cina*.

a.C.) si proponeva di stabilire principi incorruttibili così da restaurare l'ordine sociale.

La concezione confuciana di *ordine sociale*<sup>12</sup> ha come base fondamentale il principio per cui sussiste un'interazione reciproca tra il cielo, la terra e gli uomini e quindi un'interconnessione tra ordine terrestre e ordine cosmico: il cielo e la terra obbediscono a regole inalterabili; gli uomini, invece, sono padroni delle proprie azioni, ma da queste azioni dipende l'ordine o il disordine del mondo. Il comportamento degli uomini deve cercare di seguire l'ordine della natura, diversamente si rischia di incorrere in epidemie, carestie o disastri naturali quali inondazioni o terremoti. Per tutte queste ragioni, nell'esercizio degli atti di vita pubblica e privata ogni uomo, e in particolar modo il sovrano, considerato Figlio del Cielo, deve tenere conto del ciclo delle stagioni, della posizione degli astri e degli eventi naturali<sup>13</sup>. Chi detiene il potere ha un ruolo centrale e deve dare un esempio di vita conforme all'ordine della natura, la quale richiede l'abilità di decidere secondo virtù e moralità. Tali doti sono quindi considerate di gran lunga più importanti delle stesse conoscenze tecniche<sup>14</sup>.

Per comprendere l'idea confuciana di virtù e moralità è fondamentale ricordare la concezione di 'mezzo'<sup>15</sup>. Giungere alla posizione di mezzo consente di trovare la giusta integrazione (ar-

<sup>12</sup> Sulla concezione confuciana di ordine sociale, si veda J. ESCARRA, *Le droit chinois*, Éditions Henri Vetch, Paris 1936, p. 7; M. GRANET, *La pensée chinoise*, Paris 1934. Si veda anche, R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Éditions Dalloz, Paris 2002, pp. 405-406.

<sup>13</sup> D. GAURIER, *Responsabilité politique, responsabilité morale en Chine ancienne: le Fils du Ciel et le Mandat Celeste*, «Revue internationale des droits de l'antiquité», 3<sup>e</sup> série, tome XXXIX, 1992, pp. 27-28. L'autore fa riferimento a due editti promulgati in epoca imperiale contemporanea (1862 e 1901) dove i presagi della natura e le epidemie sono considerati come segnali inviati dal Cielo all'uomo per rendere evidente la mancanza del mandato celeste in capo ai regnanti in carica. Il sovrano era chiamato il Figlio del Cielo perché si riteneva che avesse ricevuto direttamente dal cielo il mandato di governare al di sopra degli altri uomini. Si veda anche CONFUCIO, *Il costante mezzo e altre massime*, Giunti Demetra, Firenze 1994, cap. 1.

<sup>14</sup> E. DELL'AQUILA, *Il diritto cinese. Introduzione e principi generali*, Cedam, Padova 1981, pp. 11-13.

<sup>15</sup> La connessione tra mezzo (o medietà) e virtù si può ritrovare anche nel pensiero di Aristotele, il quale definisce la virtù come disposizione a scegliere il giusto mezzo; si veda ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1106a-1007b.

monia) tra cielo e terra<sup>16</sup>. Quando si parla di *armonia*<sup>17</sup>, tuttavia, non si fa riferimento soltanto all'ordine che gli uomini devono tentare di mantenere con la natura, ma anche all'armonia che deve persistere tra gli uomini. La popolazione comune (*xiaoren*) ricerca istintivamente l'interesse personale e, per essere in armonia, deve essere governata da uomini onesti e saggi (*junzi*) che sappiano leggere la realtà dal punto di vista della giustizia<sup>18</sup>. I saggi che praticano il costante mezzo devono assistere il sovrano ed educare i popoli. L'educazione consiste nell'indirizzare gli uomini a rispettare e a conformarsi ai *li*, ovvero l'insieme dei riti, delle norme morali e delle regole di vita associativa stabiliti dalla tradizione filosofica e letteraria cinese<sup>19</sup>. I riti rappresentano «ciò che è conforme all'agire naturale per la realizzazione del-

<sup>16</sup> CONFUCIO, *Il costante mezzo e altre massime*, cap. 1.

<sup>17</sup> Per un parallelismo sulla società greca e il concetto di armonia, si veda B. MONTANARI, *Materiale e immateriale: la politica necessaria*, in Id. (a cura di), *La possibilità impazzita. Esodo della modernità*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 16-22: «Il pensiero greco certamente non fa riferimento al contenuto del potere, ma fa riferimento al fine vero, che è quello di edificare una vita sociale armonica. Il potere riguarda l'esecuzione dell'attività necessaria per il raggiungimento del fine. E il fine è l'armonia e il suo fondamento è la filosofia».

<sup>18</sup> CONFUCIO, *Il costante mezzo e altre massime*, cap. 2.

<sup>19</sup> R. CAVALIERI, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, Centro Studi per i Popoli Extraeuropei Cesare Bonacossa dell'Università di Pavia, Franco Angeli, Milano 1999, pp. 25-27; E. PONTI, *La recezione del diritto privato occidentale in Cina fra il 1840 e il 1949*, Unicopli, Milano 2006, p. 20: «principi etici fondamentali cristallizzati entro i termini della consuetudine e di codici comportamentali ritenuti generalmente validi». Si veda anche YANG RONGGUO, *中國古代思想史* (Storia del pensiero cinese), pp. 328-360; HE XIRONG, *Confucian Ritual (Li) and Civil Society*, in WANG MIAOYANG - YU XUANMENG - MANUEL B. DY (eds.), *Civil Society in a Chinese Context*, Cultural Heritage and Contemporary Change Series III, Asia, vol. XV, Washington (DC) 1997, pp. 105-114; ZHU YONG, *Le rôle de la coutume dans l'activité judiciaire et la transformation du droit chinois au début du XXe siècle*, in XIAO-YING LI-KOTOVTCHIKHINE (sous la direction de), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, Actes du Colloque International des 7 et 8 octobre 2002, Palais du Luxembourg, LexisNexis Litec, Paris 2004, pp. 161-181; GAO QICAI, *Le droit coutumier des minorités ethniques en Chine contemporaine*, in XIAO-YING LI-KOTOVTCHIKHINE (sous la direction de), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, pp. 183-202. Sulla distinzione giuridico-concettuale tra 'convinzione giuridica' e 'mera ripetizione comportamentalistica', si permetta di rinviare a B. MONTANARI, *Arbitrio normativo e sapere giuridico... a partire da G.F. Puchta*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 1-2, sulla consuetudine come 'fatto costitutivo di diritto' e non come 'fonte meramente ricognitiva', si vedano le pp. 15-17. Sulla consuetudine nel diritto internazionale, si veda T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 222-239.

l'ordine universale»<sup>20</sup>. Confucio esalta la funzione educativa dei riti, della musica e dei poemi dell'antica letteratura cinese e della tradizione dell'aristocrazia dei Zhou<sup>21</sup> nell'ambito di un progetto politico volto all'eliminazione di qualunque turbativa dell'ordine costituito<sup>22</sup>. Uno Stato provvisto dei riti e della musica più appropriata avrebbe reso automaticamente felici e virtuosi i propri cittadini: non sarebbero occorse leggi, poiché non sarebbero mai nate dispute. In breve, il confucianesimo si basa su un insieme di principi etici e di regole morali di vita in società, sull'arte del buon governo e su una saggezza pratica che individua nel rispetto dei riti il punto centrale intorno a cui ruota l'ordine politico e sociale<sup>23</sup>. Si può qui ravvisare una vicinanza con il pensiero di Aristotele, per il quale la virtù non consiste nel seguire una regola, o nel rispetto di un criterio astratto; piuttosto, la virtù è figlia dell'abitudine a compiere azioni virtuose<sup>24</sup>. Il rito – e qui sta la vicinanza – può essere inteso come un modo per abituare l'uomo all'azione virtuosa. Tuttavia, si deve tenere presente che Aristotele, a differenza di Confucio, non attribuì mai un ruolo centrale al rito.

Il confucianesimo risulta profondamente conservatore nella misura in cui assegna alle virtù morali dei sovrani, e alla gerarchia

<sup>20</sup> G. AJANI - A. SERAFINO - M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, Trattato di diritto comparato, Utet Giuridica, Torino 2007, p. 53.

<sup>21</sup> Questo è avvenuto attraverso un'opera sistematica e di rielaborazione *a posteriori*.

<sup>22</sup> C. LARRE, *Les Chinois*, éd. Auzou, Paris 1998, p. 159: «Depuis les origines d'une administration bien organisée, depuis les Zhou et même les Shang-Yin (1765-1122), depuis les Xia peut-être, les Rites sont le domaine réservé d'un Ministère. Le sens religieux soutient tous les autres sens, parce que le Ciel couvre tous les êtres de sa souveraineté. Ce n'est pas Confucius, ou Mencius, qui a inventé le Rite, c'est le Rite qui a produit Confucius et Mencius [...]».

<sup>23</sup> Tutti questi principi sono ben rappresentati e descritti in uno dei testi che compongono i *Quattro Libri* (Si Shu) ovvero nel Grande Studio (Da Xue). I *Quattro Libri* sono i *Dialoghi*, *Il Grande Studio*, *L'Invariabile Mezzo* e il *Libro di Mencio* e sono tutti opera di discepoli di Confucio. *Le Grande Étude*, in *Les Quatre Livres*, éd. Couvreur, Paris 1949, parte II, chapitre IV, pp. 2-5. Sul rispetto dei riti come elemento centrale intorno a cui ruota l'ordine politico e sociale, si veda C. CHAIGNE, *La dimension éthique dans les relations commerciales avec la Chine*, in corso di pubblicazione; H. PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, Bruxelles 2005, pp. 52-57; A. CHENG, *Histoire de la pensée chinoise*, Seuil, Paris 1997; C. CHAIGNE, *China and the Rule of Law*, in *Trial by Fire: Forging a New Legal Reality in East Asia*, Harvard Law Papers, September 2004, pp. 4-12. Si veda inoltre M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris 1998, pp. 107-110.

<sup>24</sup> Si veda ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1003a14-1003b25.

burocratico-sociale in genere, un ruolo centrale per la salvezza dello Stato e dell'ordine sociale. In questo senso, Confucio si differenzia dal modello taoista e dalla visione del pensatore Mo Zi<sup>25</sup> che considera come centrale l'iniziativa e l'autonomia del singolo<sup>26</sup>. Assegnando all'individuo un ruolo secondario, il confucianesimo ha influenzato la (ed è stato influenzato dalla) più generale visione del mondo propria della società e della cultura cinese sino ai nostri giorni. La Cina, come altri Paesi asiatici e del Medio Oriente e a differenza dei Paesi occidentali, può essere considerata una società dall'«alto contesto sociale»<sup>27</sup>, ovvero una società nella quale le entità collettive ed i gruppi rivestono un ruolo centrale e gli individui tendono ad essere solo espressione della collettività<sup>28</sup>. L'individuo non sarebbe in grado di concepirsi come un'enti-

<sup>25</sup> Il confucianesimo e il taoismo trovano entrambi origine nelle idee sviluppatesi in Cina durante la dinastia Zhou i cui fondamentali principi sono raccolti all'interno de *I ching*, il cosiddetto Libro dei Mutamenti (*yi jing* 易經). Si ricordino le analogie tra il sistema di calcolo numerico binario ideato da Gottfried Wilhelm von Leibniz e il sistema *I ching* incentrato sulla duplicità o alternanza binaria delle linee intere e spezzate. Si veda in tal senso G.W. VON LEIBNIZ, *La Cina*, Spirali, Milano 1987, pp. 103-108, 174-177.

<sup>26</sup> PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, p. 35.

<sup>27</sup> Per le definizioni di «società dall'alto contesto sociale» e «società dal basso contesto sociale», si veda R. COHEN, *Negotiating Across Cultures: International Communication in an Interdependent World*, Revised Edition, United States Institute of Peace Press, Washington (DC) 1997. Vengono, ad esempio, considerate comunemente società dall'«alto contesto sociale», i Paesi asiatici, del Medio Oriente (con l'esclusione di Israele) e gli Stati dell'America del Sud, e «società dal basso contesto sociale», i Paesi occidentali, Stati Uniti, Unione europea, Canada e Israele; HE XIRONG, *Collective Identity and Civil Society*, in WANG MIAOYANG - YU XUANMENG - MANUEL B. DY (eds.), *Civil Society in a Chinese Context*, pp. 115-124.

Si vedano altresì, M. WEBER, *La negoziazione in Cina*, «Economia e Management», 2005, 1, p. 31; P.D. FARAH, *L'adesione della Cina all'Organizzazione mondiale del commercio: come conciliare cultura e diritto*, «Mondo cinese», 124, luglio-settembre 2005, accessibile anche al sito Internet: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=924730](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924730); F. SNYDER - C. WEIDONG, *Soft Law in EU-China Trade Relations*, relazione presentata alla Conferenza *Nouvelles configurations normatives européennes*, CERIC, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 17-18 giugno 2005.

<sup>28</sup> Si veda in generale, S. TING-TOOMEY, *A Face Negotiation Perspective*, in F. KORZENNY - S. TING-TOOMEY, *Communicating for Peace: Diplomacy and Negotiation (International and Intercultural Communication Annual)*, Sage Publications, Thousand Oaks (CA) 1990; G. GAO - S. TING-TOOMEY, *Communicating Effectively with the Chinese (Communicating Effectively in Multicultural Context)*, Sage Publications, Thousand Oaks (CA) 1998; si veda anche WEBER, *La negoziazione in Cina*, p. 31.

Su come quest'aspetto ricordi elementi strutturali delle società precapitalistiche, si veda E. CANTARELLA, *Tra diritto e prediritto: un problema aperto*, «Dialogues d'histoire ancienne», 13 (1987), pp. 149-181; si vedano anche le considerazioni di A. COLORIO,

tà autonoma, indipendente dagli altri e libera nella propria iniziativa personale, ma piuttosto come un punto di convergenza, catalizzatore di rapporti interpersonali<sup>29</sup>. Nella Cina imperiale e pre-imperiale un individuo si caratterizzava semplicemente per la propria posizione all'interno della famiglia, per il proprio stato di figlio, di sposo, di fratello maggiore o minore<sup>30</sup>. La famiglia, però, è solo il primo e fondamentale nucleo di appartenenza. Le relazioni amicali, le scuole frequentate e il lavoro aprono ad altri gruppi di relazioni di forma diversa. Ogni soggetto deve conformarsi alle regole imposte per mantenerne l'armonia<sup>31</sup> ed evitare la perdita di credibilità<sup>32</sup> del singolo all'interno del gruppo<sup>33</sup>. È infatti

*Diritto, cervello ed evolucionismo tra preistoria e storia*, pp. 180-181, il quale, a propria volta, intravede un'analogia con la realtà della Cina contemporanea.

<sup>29</sup> Si veda J. ESCARRA, *Le droit chinois: conception et évolution, institutions législatives et judiciaires, science et enseignement*, Sirey, Paris 1936, p. 7. Si veda anche A. CHENG, *Histoire de la pensée chinoise*, p. 62: «[...] le moi ne saurait se concevoir comme une entité isolée des autres, retirée dans son interiorité, mais bien plutôt comme point de convergence d'échanges interpersonnelles»; PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, p. 35: «L'idée de l'autonomie de l'individu ne fait pas partie de la tradition chinoise, et lui serait même antithétique».

<sup>30</sup> PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, pp. 35-36; CONFUCIO, *Il costante mezzo e altre massime*, cap. 20; L. VANDERMEERSCH, *La formation du légisme*, École Française d'Extrême-Orient, Paris 1987, pp. 5-6.

<sup>31</sup> D.W.Y. KWOK, *On the Rites and Rights of Being Human*, in W.T. DE BARY - W. MING TU (dir.), *Confucianism and Human Rights*, Columbia University Press, New York 1998, p. 85.

<sup>32</sup> Si noti un'assonanza con la civiltà omerica, che è stata definita da Eric Dodds (si veda E.R. DODDS, *The Greeks and the Irrational*, California University Press, Berkeley 1951, cap. 2) una cultura di vergogna (*shame culture*) in opposizione alla moderna civiltà occidentale caratterizzata da una cultura di colpa (*guilt culture*). In una cultura di vergogna, l'individuo agisce per evitare il biasimo (esteriore) della comunità a cui appartiene; in una cultura di colpa, invece, un individuo agisce per evitare un senso (interiore) di rimorso e colpa. Su questo punto, si veda anche A. COLORIO, *Diritto, cervello ed evolucionismo tra preistoria e storia*, pp. 192-193. L'autore osserva che: «Se è innegabile, come emerge dagli studi sulle prime forme di socialità, così come dagli stessi poemi omerici, che diverse società siano state in grado, per lungo tempo, di sopravvivere validamente anche senza norme giuridiche promulgate da un'autorità centrale, è altrettanto innegabile che, ad un certo momento, si possa riscontrare un inevitabile passaggio da una situazione caratterizzata, di fatto, dall'esistenza di soli costumi o, al massimo, di regole non scritte, ad un contesto sociale, non solo più aperto allo scambio interpersonale – e per questo non più in grado di funzionare reggendosi sul solo meccanismo della reputazione e della fiducia reciproca – ma anche governato da veri e propri nuovi rapporti politici coercitivi». Sarebbe, in altre parole, il sopravvento della coercizione esterna al gruppo sociale ristretto ad avere portato a questo cambiamento.

<sup>33</sup> L. VANDERMEERSCH, *Pouvoir d'État et société civile*, in ID. (dir.), *Études sinologiques*, PUF, Paris 1994, p. 341. L'autore fa riferimento alla posizione dell'individuo all'inter-

ti possibile perdere di credibilità per non aver concluso un accordo, per non avere desistito da un certo proposito prima di arrivare ad un disaccordo insanabile e, in generale, per non essere giunto ad un compromesso<sup>34</sup>. Per esempio, nella mentalità cinese, anche contemporanea, il solo fatto di adire una corte o un tribunale mostra l'incapacità di un individuo di trovare una soluzione extragiudiziale. Nei dialoghi di Confucio si può leggere la seguente massima: «[...] risolvere una controversia: questo potrei farlo come chiunque altro. Ma, certamente, fare in modo che non vi siano controversie, non sarebbe forse meglio?»<sup>35</sup>. Per queste ragioni in Cina si privilegia il sistema parallelo e ben consolidato della mediazione con regole proprie e stabili nella prassi<sup>36</sup>. Si ricordi anche la dichiarazione fatta, nel XVII secolo, dal grande imperatore Kangxi:

Le controversie giudiziarie tenderebbero a moltiplicarsi smisuratamente se il popolo non avesse timore dei tribunali e confidasse di trovare in essi una rapida e perfetta giustizia... Pertanto io desidero che coloro che si rivolgono ai tribunali siano trattati senza pietà ed in tale modo che essi sentano una avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire dinanzi a un magistrato. In tal modo il male sarà tagliato alle radici; i buoni cittadini che abbiano tra loro delle controversie le comporranno come fratelli [...] [tramite] l'arbitrato di un uomo anziano o del capo del villaggio. Per quanto riguarda i turbolenti, gli ostinati e i litigiosi, lasciate che si rovinino nei tribunali: questa è la giustizia che si meritano<sup>37</sup>.

no della società della Cina di epoca imperiale, ma tali affermazioni sono ancora in gran parte valide e applicabili anche all'epoca contemporanea: in particolar modo, è ancora attuale la visione 'comunitaria' della società cinese, una società dove il soggetto resterà fortemente legato al proprio gruppo di appartenenza senza mai allontanarsene, evitando così il rischio di esserne escluso.

<sup>34</sup> COHEN, *Negotiating Across Cultures: International Communication in an Interdependent World*, p. 133.

<sup>35</sup> CONFUCIUS, *The Analects of Confucius*. Tradotto e annotato da Arthur Waley, Vintage Books, New York, Reissue edition (originamente pubblicato da George, Allen, & Unwin, 1938), agosto 1989, Book XII, Chapter XIII.

<sup>36</sup> JIA BANGJUN, *Du système de médiation populaire de la Chine*, «Les Cahiers de Droit», 37 (1996), 3, pp. 739-751. Si veda anche, S. LUBMAN, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, Stanford (California) 1999, pp. 40-70, 217-249; in generale J.A. COHEN, *Chinese Mediation in the Eye of Modernization*, «California Law Review», 1966, 5; D.C. CLARKE, *Dispute Resolution in China*, «Journal of Chinese Law», 1991, 5, ed in particolare pp. 270-277.

<sup>37</sup> Si veda DELL'AQUILA, *Il diritto cinese. Introduzione e principi generali*, in nota 8, dove

Nella visione giuridica occidentale contemporanea, è di fondamentale importanza il riconoscimento ai singoli della legittimità ad agire all'interno di corti e tribunali per rivendicare un diritto e contrastare l'eventuale pretesa di terzi che se ne proclamino detentori. La *legittimazione*, di cui la legittimazione ad agire sarebbe una specificazione applicata all'azione giudiziale, apparterebbe ormai alla teoria generale del diritto<sup>38</sup>. La legittimazione troverebbe posto accanto alla capacità di agire come particolare relazione tra soggetto ed oggetto dell'atto giuridico<sup>39</sup>. La possibilità di agire in giudizio e la conseguente esistenza di controversie è il riconoscimento di fatto della titolarità dei diritti in capo agli individui. Inoltre solo l'azione giudiziale è garanzia e affermazione di giuridicità<sup>40</sup>.

Il confucianesimo, come è stato detto, è certamente in opposizione con la visione che riconosce un ruolo centrale all'autonomia e alla libera iniziativa dell'individuo. Nella visione confuciana è come se si interrompesse la relazione tra soggetto ed oggetto dell'atto giuridico. Ancorché riconosciuta in astratto, la capacità di agire può essere comunque ostacolata nel suo esercizio in concreto. I soggetti sono titolari di diritti, ma questi diritti sono attenuati o esclusi sulla base di convenzioni sociali in favore di un bene superiore (quale, ad esempio, il mantenimento dell'armonia)

---

l'autore afferma anche che «l'atteggiamento ufficiale in Cina rispetto alle controversie insorte tra i soggetti è stato tradizionalmente inteso nel senso che esse dovessero risolversi possibilmente attraverso composizioni amichevoli senza fare ricorso ai giudici dello Stato. In molti casi, il semplice fatto di adire le vie legali – anche se per una pretesa perfettamente fondata – poteva fare apparire l'attore come un attentatore alla pace sociale».

È però importante sottolineare come, a differenza delle esternazioni ideologiche che privilegiavano la composizione amichevole, stragiudiziale e rituale delle controversie, già in fase Han, subito dopo la riconquista del potere da parte dei confuciani, il sistema statale si dimostra attrezzato a sostenere la domanda giudiziale dei consociati, anche per le questioni non strettamente penalistiche. Si veda, in tal senso, AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, p. 47.

<sup>38</sup> G. TOMEI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Giuffrè, Varese 1974, pp. 65-100 e in particolare, pp. 65-67; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, Cedam, Padova 1933, pp. 231.

<sup>39</sup> TOMEI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enciclopedia del diritto*, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* (collana diretta da F. VASSALLI), Utet, II ed., Torino 1950, pp. 219 ss.

<sup>40</sup> G. TOMEI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 67; F. SAIJA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Varese 1974, pp. 221 ss.

che è stabilito e determinato dalla collettività o dai gruppi di appartenenza.

Ciononostante, nel confucianesimo si può rilevare anche un'attenzione all'uomo e un'idea di giustizia fondata sulla sapienza. Il popolo ha un dovere di lealtà nei confronti del sovrano, ma quest'ultimo si deve comportare con magnanimità nei riguardi del popolo<sup>41</sup>. Inoltre, secondo una parte della dottrina, il confucianesimo originale<sup>42</sup> concepiva le cinque relazioni fondamentali, e in particolar modo quella tra signore e suddito, in un rapporto di reciprocità e di interdipendenza e, quindi, non in maniera unilaterale. Tutto questo è ulteriormente confermato, per esempio, dal fatto che Confucio ammetta la possibilità di destituire il sovrano. Oltre alle catastrofi naturali, anche le rivolte popolari sono ritenute segni evidenti dell'incapacità del sovrano di governare e del conseguente emergere che colui che ne aveva svolto le funzioni fino a quel momento non fosse il vero destinatario del mandato celeste<sup>43</sup>.

Bisogna certamente ricordare, per completezza di confronto, che negli ordinamenti occidentali, solo in seguito all'Illuminismo, si sono attenuate posizioni retributive e punitive del diritto che non erano poi così divergenti da quelle adottate in Cina (come denota la dichiarazione dell'imperatore *Kangxi* sopra citata), e si sono riformate le istituzioni politiche verso uno Stato che possa essere davvero considerato 'di diritto'<sup>44</sup>. Si ricordi, per esempio,

---

<sup>41</sup> CHENG, *Histoire de la pensée chinoise*, pp. 52-56.

<sup>42</sup> Per 'confucianesimo originale' si intende il confucianesimo i cui principi fondamentali non erano stati ancora sottoposti alle rielaborazioni e alle rivisitazioni critiche, a partire dalla dinastia Han, che ne hanno fatto perdere alcuni degli elementi centrali

<sup>43</sup> Il legittimo sovrano non può mai 'perdere' il mandato celeste. In altre parole, in caso di disastri naturali o rivolte popolari, c'è un riconoscimento *ex post* che tale mandato non fosse in capo al soggetto legittimato.

<sup>44</sup> Montesquieu, insieme a John Locke, è uno dei pensatori che ha delineato le basi dell'organizzazione politica e sociale delle società occidentali moderne. C.-L. DE SECONDAT, MONTESQUIEU *Lettres persanes*, 1721; ID., *De l'esprit de lois*, 1748, ove l'autore delinea la teoria della separazione dei poteri, partendo dalla considerazione che il «potere assoluto corrompe assolutamente». Se uno degli obiettivi fondamentali che la società si propone è l'esercizio della libertà del cittadino, il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giudiziario devono restare nettamente separati. Nell'epoca moderna restano, però, questioni rilevanti spesso ancora irrisolte quali la presunzione d'innocenza di cui in taluni ordinamenti nazionali viene riconosciuta la centralità soltanto formale, ma non sostanziale. In altre parole, le procedure interne di taluni

l'opera di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, scritto tra il 1763 e il 1764, ove l'autore si pone con spirito illuminista delle domande circa le pene allora in uso. Cesare Beccaria in Italia, Voltaire in Francia e prima ancora Robert Peel in Inghilterra, furono i pensatori che si occuparono maggiormente della prevenzione dei delitti, favorita a loro avviso dalla certezza piuttosto che dalla severità della pena: «Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa»<sup>45</sup>.

## 2. Le scuole di pensiero della tradizione giuridica cinese

Nella tradizione giuridica cinese, com'è stato ben descritto da Sima Qian<sup>46</sup> nel libro *Shiji* (Memorie di uno storico)<sup>47</sup>, si possono rilevare sei scuole di pensiero: le scuole dello *Yin* e dello *Yang*<sup>48</sup>, i Confuciani, i Moisti, la scuola dei Nomi, i Legisti e la scuola della Via e della Virtù<sup>49</sup>. Ai nostri fini, è interessante analizzare brevemente le caratteristiche fondamentali della scuola confuciana e della scuola legista. La differenza principale tra le due scuole con-

---

ordinamenti nazionali di Paesi cosiddetti moderni e illuminati restano ancora improntate prevalentemente sulla presunzione di colpevolezza, piuttosto che ad un'effettiva presa in conto dell'innocenza fino a prova contraria del soggetto convenuto e della sua relativa debolezza di fronte agli infiniti mezzi di cui è dotato il potere giudiziario dello Stato. Nella dottrina recente, si permetta di rinviare tra gli altri a F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano 2003; ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 2000.

<sup>45</sup> F. VENTURI (a cura di), *Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, Einaudi, Milano 1970, pp. 96-97.

<sup>46</sup> Sima Qian ottenne la carica di Grande Astronomo presso l'Imperatore Wudi della dinastia Han, succedendo nel ruolo che era stato precedentemente di suo padre Sima Tan. Entrambi furono anche grandi storici del proprio tempo.

<sup>47</sup> Lo *Shiji*, il cui termine in cinese si traduce con 'memorie di uno storico', rappresenta una vera e propria storia universale, prima opera di questo genere apparsa in Cina e ha costituito il modello di tutte le 'storie dinastiche' redatte nelle epoche successive. Lo *Shiji*, essendo una storia universale, si presentava di per sé come un supporto alle ambizioni di dominio universale della dinastia Han. Si veda in questo senso, SABATTINI - SANTANGELO, *Storia della Cina*, pp. 165-166.

<sup>48</sup> Sulla scuola dello *Yin* e dello *Yang*, si veda SCHWARTZ, *The World of Thought in Ancient China*, pp. 350-382.

<sup>49</sup> *Shiji*, cap. 130, p. 3288.

siste nella centralità del rito (confucianesimo) opposta alla centralità della legge (legismo)<sup>50</sup>. Ma il rapporto tra le due correnti di pensiero risulta molto più articolato.

### 2.1. I legisti e la dicotomia tra il 'fa' (la legge) e il 'li' (il rito)

Nel corso del processo di formazione della filosofia antica cinese alcune correnti di pensiero minori, quali ad esempio la scuola legista<sup>51</sup>, non hanno avuto una continuità di tradizione come quelle più importanti quali il confucianesimo e il taoismo<sup>52</sup>. Per questa mancanza di continuità e, conseguentemente, di informazioni, alcuni studiosi occidentali hanno affermato, non solo che il legismo fosse una corrente minoritaria nella tradizione giuridica cinese, ma addirittura che i suoi principi ispiratori fossero estranei rispetto alla maggioranza della popolazione cinese<sup>53</sup>. A nostro parere, questa opinione risulta infondata.

Basti ricordare, per esempio, quanto dichiarato da Han Fei, uno dei più importanti rappresentanti della scuola legista<sup>54</sup>: «Il confucianesimo e il legismo costituiscono le due fonti principali [...]. Perciò, possiamo affermare con certezza che il confucianesimo e il legismo dominano l'insieme della politica cinese. Il primo è utilizzato per la propaganda, nell'educazione del popolo, con l'obbiettivo di formare degli individui modelli e obbedienti, e di attenuare i conflitti sociali. Il legismo gioca invece un ruolo di repressione delle eventuali rivolte, di prevenzione contro i tentativi di usurpazione del potere del re [...], di mantenimento dell'ordine sociale. [...] il primo è la maschera, il secondo è la sostanza»<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> CAVALIERI, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, pp. 41-66.

<sup>51</sup> Sulla scuola legista, si veda SCHWARTZ, *The World of Thought in Ancient China*, pp. 321-349.

<sup>52</sup> Sul taoismo, si veda *ibi*, pp. 186-254.

<sup>53</sup> R. DAVID - C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Éditions Dalloz, Paris 2002, p. 408.

<sup>54</sup> Han Fei (韓非) è vissuto tra il 280-233 a.C. Per le opere di Han Fei si veda, WEN-KUEI LIAO (a cura di), *The Complete Works of Han Fei Tzu*, Probsthain's Oriental Series, vol. XXVI, Arthur Probsthain, London 1959; B. WATSON, *Han Fei Tzu: Basic Writings*, Columbia University Press, New York 1964.

<sup>55</sup> La nostra traduzione in italiano della citazione di Han Fei si basa sulla versione francese inserita nell'opera di XU ZHEN ZHOU, *L'art de la politique chez les légistes chinois*, collana «Travaux du Centre d'analyse politique comparée de Bordeaux», Economica,

Da questa citazione<sup>56</sup> emerge che il rapporto tra confucianesimo e legismo è più complesso di quanto possa sembrare. Il confucianesimo appare nel primo periodo del regno degli Zhou orientali, ovvero durante il cosiddetto periodo delle Primavere e degli Autunni (dal 770 al 454 a.C.). Il legismo, invece, ha avuto la sua origine nel corso della seconda parte del regno degli Zhou orientali ovvero durante il periodo dei Regni Combattenti (dal 453 al 222 a.C.)<sup>57</sup>. Con la fine del regno degli Zhou orientali, la successiva dinastia Qin nel 221 a.C. è riuscita ad unificare la Cina dopo un periodo caratterizzato da guerre civili<sup>58</sup>. Con la presa del potere da parte dei Qin, il legismo è divenuto dottrina dello Stato, dottrina che vedeva nella legge, nel *fa* 法, il principale strumento di governo in parziale contrapposizione con la visione confuciana che considera come centrali nell'amministrazione del buon governo i riti e le norme comportamentali, i cosiddetti *li* 礼<sup>59</sup>. La dinastia dei Qin ha avuto breve durata (dal 221 al 206 a.C.), ma il pensiero legista ha mantenuto la stessa rilevanza nella gestione del potere dello Stato anche durante la prima parte della dinastia che succedette ai Qin, cioè la dinastia dei Han (dal 206 a.C. fino al 220 d.C.)<sup>60</sup>.

I legisti hanno individuato nella disgregazione dello Stato in diversi principati la ragione del moltiplicarsi delle guerre, e nella

Paris 1995, p. 314. Si veda in tal senso anche B. MELKEVİK, *Un regard sur la culture juridique chinoise: l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit*, «Les Cahiers de Droit», 37 (1996), 3, p. 605.

<sup>56</sup> Questa considerazione giunge in un periodo non sospetto, ovvero quando il legismo era ancora dottrina ufficiale dello Stato e quindi non necessitava di ulteriore accreditamento o consenso.

<sup>57</sup> SABATTINI - SANTANGELO, pp. 95-104. È ipotizzabile che i primi cenni del pensiero legista abbiano avuto origine anche in periodo precedente fin dal periodo delle Primavere e degli Autunni, quando i funzionari dell'amministrazione avevano attuato le prime riforme per lo sviluppo economico e per il rafforzamento dello Stato.

<sup>58</sup> Si veda WANG TIEYA, *International Law in China: Historical and Contemporary Perspectives*, in *Recueil des cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 221, 1990-II, pp. 214-219. Si veda anche AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, pp. 47. Secondo gli autori, la creazione di un Impero centralizzato ad opera dei sovrani dello Stato Qin fa da 'spartiacque epocale' alla storia della tradizione giuridica cinese.

<sup>59</sup> XIAO-YING LI-KOTOVTCHIKHINE, *L'évolution des sources du droit chinois, de la première à la deuxième modernisation*, in ID. (sous la direction de), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, p. 28.

<sup>60</sup> Per un approfondimento relativo al periodo storico dei Qin si veda SABATTINI - SANTANGELO, *Storia della Cina*, pp. 131-151.

corruzione l'elemento che mina dall'interno le fondamenta del buon governo (distruggendone in un certo qual modo il potere stesso) e la fiducia della popolazione verso chi detiene il potere. Sulla base di queste considerazioni, i legisti hanno mirato ad un forte cambiamento nella gestione del potere precedentemente in mano ai funzionari di formazione confuciana. I legisti ritenevano che lo Stato dovesse essere retto dalla legge e che la legge fosse in grado di mantenere l'ordine sociale ovvero la stabilità del potere e lo sviluppo economico della società. Essi hanno di conseguenza innovato e reso più efficiente la struttura amministrativa dello Stato, formando una classe dirigente di funzionari con l'adeguata preparazione per svolgere il proprio mandato, animati dal solo interesse di fare il bene dello Stato e del proprio re. I legisti, inoltre, hanno sostituito la precedente struttura feudale di epoca confuciana con un sistema amministrativo gerarchizzato basato sul rispetto di leggi e decreti scritti che fossero applicabili a tutta la popolazione<sup>61</sup>.

Gli intellettuali legisti erano tutti alti funzionari o magistrati dei differenti Regni Combattenti e hanno cercato di inserire nella cultura giuridica cinese un aspetto pratico di risoluzione dei problemi per migliorare la realtà politica. Chi afferma che, in seguito alla presa del potere del confucianesimo durante il I secolo d.C., i principi di ispirazione legista siano stati totalmente eliminati dalla gestione del potere, rischia di incorrere in un'eccessiva semplificazione. L'influenza legista è, infatti, sopravvissuta in un'epoca in cui il legismo, come scuola di pensiero, è stato cancellato per volontà degli intellettuali confuciani<sup>62</sup>. Si può, per esempio, con-

<sup>61</sup> D. GAURIER, *Le Droit, remède pour les barbares: la réception du droit dans la Chine ancienne*, «Revue internationale des droits de l'antiquité», 3<sup>e</sup> série, tome XLV, 1998, pp. 58-59.

<sup>62</sup> Durante la dinastia Han Occidentale (xi han 西汉), su ordine dell'imperatore Han Wudi 汉武帝, il confucianesimo venne riconosciuto come unica dottrina dello Stato e la sola che potesse essere insegnata e rispettata alla corte e in tutto il regno. Tutte le altre scuole di pensiero filosofiche e politiche avversarie del confucianesimo vennero proibite. Il pensatore confuciano Dong Zhongshu 董仲舒 (circa 179-104 a.C.), fu il principale ideologo dell'Impero e il vero ispiratore dell'imperatore Wudi per l'attuazione di questa riforma. Da quel momento, i testi confuciani tornarono ad essere gli unici riferimenti per preparare i concorsi imperiali per i posti nella funzione pubblica e soprattutto per la magistratura. Inoltre, nel 124 a.C., l'imperatore Wudi istituì l'Università Imperiale (*taixue*) dove si sarebbero tenute lezioni sui Cinque Classici. Ai nostri scopi, è però importante sottolineare che nella visione di Wudi, l'istituzione dell'Università Imperiale aveva l'obiettivo di formare una burocrazia totalmente al-

frontare l'azione di governo degli intellettuali confuciani nel periodo antecedente alla presa del potere da parte della dinastia dei Qin (dove il pensiero dominante è quello legista) e quella in fase post-legista, quando gli intellettuali confuciani sono ormai riusciti a riprendere il controllo del potere e il governo dello Stato. Il secondo periodo di governo confuciano, che è poi durato ininterrottamente fino all'epoca moderna, ha beneficiato di un apporto fondamentale da parte dell'ideologia, della cultura e delle strutture di stampo legista. Se dal punto di vista politico-amministrativo la scuola confuciana è prevalsa nei confronti di quella legista, i principi cardine del pensiero legista non sono stati rigettati, ma sono interiorizzati nel pensiero e nella struttura dello Stato retto dagli intellettuali confuciani, i quali hanno infatti mantenuto le strutture amministrative e gerarchiche ideate dai legisti, senza apportare modifiche rilevanti<sup>63</sup>. Il periodo legista ha creato uno Stato unitario ed un'amministrazione in grado di governare tutto il Paese. Il confucianesimo si è visto investito della gestione dei riti, dei *li*, in altre parole dell'etica sociale, e al legismo è stata demandata la gestione e il controllo del diritto, del *fa*, come mezzo di amministrazione, di controllo e di repressione<sup>64</sup>. Si può addi-

servizio dello Stato centralizzato. In altre parole, Wudi voleva creare una classe dirigente di formazione confuciana, gestita e governata in base agli schemi burocratici dello Stato ereditati dai legisti. Si veda XIAO-YING LI-KOTOVTCHIKHINE, *L'évolution des sources du droit chinois, de la première à la deuxième modernisation*, p. 28; T. DE BARY - I. BLOOM (eds.), *Sources of Chinese Tradition*, Columbia University Press, 1999, II ed., pp. 292-310; G. ARBUCKLE, *Inevitable Treason: Dong Zhongshu's Theory of Historical Cycles and the Devaluation of the Han Mandate*, «Journal of the American Oriental Society», 115 (1995), 4, pp. 585-597. Si veda, inoltre, SABATTINI - SANTANGELO, *Storia della Cina*, p. 163: «[L'imperatore Wudi] [p]ur essendo il più "legista" degli imperatori Han quanto alla pratica del governo, adottò il confucianesimo come dottrina ufficiale, e ne fece il cardine su cui fondare l'unità ideologica e culturale dell'Impero. [...] Dong Zhongshu [...] integrò la dottrina confuciana con elementi di altre dottrine, come quella dello *yin-yang* e dei cinque elementi, quella legista e quella taoista, pervenendo a una sintesi in cui l'etica si combinava con la cosmologia e con la filosofia della storia».

<sup>63</sup> Per un'analisi della struttura dello Stato sotto i Qin e gli Han occidentali, si permetta di rinviare nuovamente a SABATTINI - SANTANGELO, *Storia della Cina*, pp. 152-161 e sulla scuola legista si vedano le pp. 127-133; si veda anche M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen 1920-1921; trad. it. *Sociologia delle religioni*, Utet, Torino 1976, pp. 367-584; G. BOMBELLI, *La bipolarità Gemeinschaft-Gesellschaft tra paradigma occidentale e orientale: Tönnies, Weber, Wittfogel*, in CATANIA - LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Concezioni del diritto e diritti umani: confronti Oriente-Occidente*, pp. 326-330.

<sup>64</sup> MELKEVIK, *Un regard sur la culture juridique chinoise: l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit*, p. 610.

rittura congetturare che la longevità del governo degli intellettuali confuciani sia imputabile all'apporto dato dalle strutture legiste (che si sostanziano soprattutto nel diritto amministrativo).

## 2.2. 'Giustizia sostanziale' e principio di equità

Il confucianesimo ha sempre optato per una società retta dal rito, ma non bisogna giungere all'erronea conclusione, come già evidenziato in precedenza, che ignori completamente il ruolo della legge. Tuttavia, secondo il confucianesimo, la legge trova la sua fonte primaria nei *li* e nei 'sentimenti umani' (*renqing*)<sup>65</sup>, ovvero nel richiamo a valori umanitari e solidaristici<sup>66</sup>. Un'eventuale controversia non deve essere sanata sulla base delle regole del diritto, ma valutando il caso concreto, tenendo conto delle relazioni personali esistenti tra le parti coinvolte e con la partecipazione attiva di soggetti esterni (quali familiari, amici, conoscenti, colleghi di lavoro) che sono potenzialmente utili per porre rimedio al disaccordo.

Per quanto riguarda il pensiero legista, ne possiamo trarre una definizione dalle parole di Sima Qian che ne evidenzia gli aspetti negativi agli occhi di un pensatore confuciano: «Il Legismo non fa delle distinzioni tra gli amici intimi e gli estranei; non fa differenza tra i nobili e la plebe; li fa giudicare tutti dalla legge, in una maniera tale che "l'umanità" con la quale amiamo i nostri amici

<sup>65</sup> PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, p. 40. L'autrice utilizza il termine 'sentiment humain'.

<sup>66</sup> Per una descrizione dei criteri del *qing* e del *li*, si veda AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, pp. 69, 71-72. Questi due criteri, isolati o combinati con altri, trovano una più chiara spiegazione, nell'ambito di un approccio giudicante riassunto dal motto «*heqing, heli, hefa*» (seguire i sentimenti umani, la ragione, la legge). È interessante ricordare che tali criteri erano particolarmente utilizzati per risolvere le questioni 'minori' (*xishi*) in gran parte riferibili alle controversie civili e che erano in pratica affidate alla gestione extrastatale. In base alla sistematizzazione dell'imperatore Ming, Zhu Yuanzhang, con il termine materie 'minori' ci si riferiva al matrimonio, alle successioni, alla proprietà fondiaria, alle operazioni di prestito, ai danneggiamenti provocati da animali domestici e dall'azione di sette religiose eterodosse. Per una trattazione più ampia sulle 'questioni minori' e sulle 'questioni maggiori', e sulle ragioni che hanno spinto verso questa categorizzazione che si ascrive al secolare confronto di potere che oppose la burocrazia cinese all'Imperatore, si rinvia alle pp. 62-76 dello stesso trattato sopra citato. Si veda anche M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Cedam, Padova 2004, pp. 9-39; P. PADERNI, *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo*, «Mondo Cinese», 1998, 97, pp. 3-14.

intimi e veneriamo coloro che dobbiamo rispettare, è completamente abolita senza differenze rispetto agli estranei. È un calcolo che si può mettere in atto per un periodo di tempo limitato, ma che non si può applicare per un lungo periodo di tempo. È questo quello che volevo dire con *severi ma senza umanità*. In ogni caso, nessuna teoria può modificare il principio di netta separazione, senza possibilità d'intrusioni reciproche, tra la superiorità del sovrano e la sottomissione dei suoi sudditi»<sup>67</sup>.

Alcuni studi recenti affermano che, nella tradizione giuridica cinese di tipo confuciano, prevale l'idea di una 'giustizia sostanziale'<sup>68</sup> che si scontra in maniera inconciliabile con una giustizia sottoposta alle procedure<sup>69</sup>, una giustizia che non tiene conto ed elimina il *renqing* ovvero l'elemento personale e delle relazioni umane. Nella cultura giuridica occidentale moderna, una giustizia tradotta in (e vincolata alle) procedure consente una vera ed effettiva parità di trattamento, perché sottopone alle stesse regole tutti i soggetti senza differenze basate sulla razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli eventuali handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Sempre tenendo ben presenti le differenze esistenti, anche in Occidente, tuttavia, la situazione non è sempre stata quella attuale. Una celebre frase di Cesare Beccaria descriveva la situazione a lui contemporanea: «Quali sono queste leggi che io debbo rispettare, che lasciano un così grande intervallo tra me e il ricco?... Chi ha fatto queste leggi? Uomini ricchi e potenti, che non si sono mai degnati di visitare le squallide capanne del povero»<sup>70</sup>.

È, però, fondamentale capire a fondo le ragioni che determinano questa situazione di disuguaglianza in Cina, ragioni che sono decisamente diverse rispetto all'Occidente. Nella mentalità confuciana, si ritiene che la giustizia sottoposta alle procedure produca un diritto distaccato dall'uomo e basato su delle regole immu-

tabili incapaci di prendere in conto e valutare il caso singolo. Pur comprendendo le ragioni storiche e culturali che spingono parte della dottrina occidentale moderna ad utilizzare la locuzione 'giustizia sostanziale' per definire la giustizia che vede il *renqing* come elemento centrale nella valutazione di un caso di specie, è nostra opinione che il suo utilizzo sia inappropriato qualora non opportunamente spiegato. Quando si parla di giustizia sostanziale, nella visione occidentale, ci si riferisce ad una giustizia che prende in conto la situazione dei singoli soggetti per evitare trattamenti eguali in situazioni diseguali, ferma restando l'uguaglianza di tutti i soggetti di fronte alla legge. Nella visione confuciana, invece, non tutti i soggetti sono eguali di fronte alla legge e un trattamento diseguale può essere giustificato per l'appartenenza ad una diversa classe sociale, per il fatto di essere di nazionalità diversa<sup>71</sup> tanto che la cosiddetta giustizia sostanziale, che si preoccupa del caso singolo, rischia di concretizzarsi in uno strumento di perpetua disuguaglianza sostanziale. Per queste ragioni, ancora oggi, i principi di trasparenza, le regole del giusto processo, l'indipendenza dei giudici, il controllo giurisdizionale incontrano notevoli difficoltà a consolidarsi nella Cina contemporanea.

Negli ordinamenti di stampo occidentale, il concetto di ineguaglianza compensatrice risulta di centrale importanza<sup>72</sup>, sulla base del riconoscimento che gli individui nascono diversi. A certe condizioni, viene riconosciuto un trattamento più favorevole nei confronti dei soggetti che risultano in una situazione oggettiva di svantaggio, data per esempio dall'appartenenza ad una classe sociale disagiata. Nella visione confuciana, diversamente, il trattamento più favorevole veniva riconosciuto alle classi sociali dominanti e ai soggetti che avevano una posizione gerarchicamente più elevata nella società cinese, anche sulla base delle cinque relazioni fondamentali.

L'equità può certamente avere la funzione di attenuare il *rigor*

<sup>67</sup> Tradotto dal francese, si veda VANDERMEERSCH, *La formation du légisme*, pp. 6-7.

<sup>68</sup> J. CHEN, *L'application du droit en Chine: une bataille politico-légale*, «Perspectives Chinoises», 2002, 72, p. 33.

<sup>69</sup> PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, p. 40; sul concetto di Stato di diritto come Stato procedurale, si veda B. MONTANARI, *Itinerario di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1999, pp. 183-185.

<sup>70</sup> F. VENTURI (a cura di), *Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, Einaudi, Milano 1970, p. 66.

<sup>71</sup> D. GAURIER, *L'influence de l'esprit commerçant sur la déritualisation du droit dans la Chine ancienne*, «Revue Internationale des Droits de l'Antiquité», 3<sup>e</sup> série, tome XLVIII, 2001, p. 140; PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, p. 40.

<sup>72</sup> Si veda in generale, J.J. ROUSSEAU, *Discorso sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza tra gli uomini* (a cura di V. GARRETANA), Editori Riuniti, Roma 2002; T. SCOVAZZI - N. BOSCHIERO, *L'ineguaglianza compensatrice, dalla Carta dei diritti e doveri economici degli Stati alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», 24 (1985), 1-2, pp. 339-349.

*iuris* e di impedire le eventuali ingiustizie che possono sorgere dalla pedissequa applicazione della regola. Ma anche l'equità può essere utilizzata dai giudici come mezzo o giustificazione per disapplicare la norma attraverso un'interpretazione estensiva senza freni che mette a rischio la certezza del diritto<sup>73</sup>.

Come descritto in precedenza, le posizioni sostenute dalla scuola legista, rispetto a quelle della scuola confuciana, sono più simili alla visione occidentale della società e della legge. Tuttavia, se analizzate con attenzione, restano notevoli divergenze con quanto è per noi consolidato in dottrina e in giurisprudenza senza dover fare riferimento agli usi o al senso comune.

In primo luogo, nella mentalità legista, la legge è la rappresentazione del potere assoluto del re ed è concepita come strumento per il mantenimento della stabilità e della forza di tale potere. Tale posizione di supremazia è, per esempio, ben rappresentata dalla formula latina «*superiorem non recognoscens*». Inoltre, la popolazione non partecipa in alcun modo alla gestione del potere politico o alla formazione della legge. L'unico intervento 'attivo' è il riconoscimento della legittimità del re che, però, non avviene in maniera libera. Il re si afferma grazie all'imposizione del suo potere, alla sua abilità e alla sua forza. In quanto appena descritto, si possono individuare alcune assonanze con il cosiddetto *pactum subjectionis* di Thomas Hobbes<sup>74</sup>, nel quale però non un qualsiasi potere è potere di governo; solo un potere legittimato, benché non liberamente scelto dai sudditi, può portare alla costituzione di una struttura stabile e organizzata di convivenza. Il potere di governo è visto come mezzo fondamentale per ricostituire un nuovo ordine fra gli uomini diverso dall'«ordine creaturale»<sup>75</sup>. Il conflitto naturale (*bellum omnium contra omnes*) deve essere sanato da un potere assoluto (*pactum societatis*). Infatti, ogni uomo è *natural-*

<sup>73</sup> Si vedano in questo senso le considerazioni di XAVIER BLANC-JOUVAN e la risposta di ZHOU WANSHENG, in XIAO-YING LI-KOTOVTCHIKHINE (sous la direction de), *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, pp. 63-64.

<sup>74</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, II, cap. XVIII: «Una moltitudine di uomini si accorda e con un patto trasferisce liberamente e autonomamente il proprio potere al sovrano (*qualsiasi uomo, o assemblea di uomini*). Il sovrano non è dunque uno dei contraenti: egli non ha nessun patto da rispettare o a cui viene meno. Il suo potere è assoluto e coincide con la sua volontà».

<sup>75</sup> MONTANARI, *Itinerario di filosofia del diritto*, p. 210; si veda anche G. TUNKIN, *Politics, Law and Force in the Inestate System*, in *Recueil des cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 219, 1989-VII, pp. 235-236.

mente portato ad agire per soddisfare le proprie passioni e i propri desideri e, di conseguenza, ogni uomo è strutturalmente nemico dell'altro (*homo homini lupus*). Come affermato da Hobbes, «[...] poiché il potere di un uomo resiste agli effetti del potere di un altro uomo e li contrasta, il potere assoluto non è altro che l'eccedenza del potere di uno sul potere di un altro»<sup>76</sup>. L'idea stessa del *contratto sociale* e dell'*homo homini lupus* di Hobbes è in antitesi con la visione confuciana che parte dal presupposto, descritto precedentemente, che l'uomo è buono per natura e chi non si comporta correttamente, semplicemente non agisce in conformità con lo stato naturale sotto la cattiva influenza della società.

Come precedentemente affermato, si possono quindi percepire delle assonanze con i filosofi della politica quali Hobbes o Jean Bodin riguardo al concetto di sovranità<sup>77</sup>.

Il concetto di sovranità descritto dai legisti è simile a quello enunciato da Bodin e racchiude in sé anche quello di assolutezza del potere: «Per sovranità s'intende quel potere assoluto e perpetuo che è proprio dello Stato»<sup>78</sup>. I legisti, come Bodin (e a differenza di Hobbes), hanno tradotto in termini normativi la superiorità politica del re, di cui hanno tratteggiato sia i poteri che i limiti all'esercizio degli stessi. I legisti hanno, infatti, sottoposto il re alla superiorità e all'autorità del *fa*, della legge. Il re ha il compito di emanare la legge, che deve essere pubblicata e conoscibile<sup>79</sup> (a differenza di quanto dichiarato dai confuciani e ben descritto dal-

<sup>76</sup> T. HOBBS, *Elementi di legge naturale e politica*, trad. it., Firenze 1968, p. 58.

<sup>77</sup> Per un'analisi del concetto di sovranità, F. BATTAGLIA, *La sovranità e i suoi limiti*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano, Filosofia e teoria generale del diritto, diritto costituzionale*, vol. I, Cedam, Padova 1940, pp. 165-193; L. RAGGI, *La teoria della sovranità: contributo storico e ricostruttivo alla dogmatica del diritto pubblico*, A. Donath Editore, Genova 1908, pp. 59-63; nel diritto internazionale, si veda TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, pp. 23-32; N. BOSCHIERO, *Stato e sovranità nel diritto internazionale*, in B. MONTANARI (a cura di), *L'Europa e la cultura del postmoderno*, Ceradi, Centro di ricerca per il diritto d'impresa, Luiss Edizioni, Roma 2001, pp. 29-57; sull'accezione di Stato come 'apparato governativo' oppure come 'comunità di uomini' si vedano le pp. 40-42. Si rinvia alla nota 1 del suddetto saggio per altra autorevole dottrina sul tema.

<sup>78</sup> J. BODIN, *I sei libri della Repubblica*, trad. it., Torino 1964, p. 365.

<sup>79</sup> Han Fei citato da M. GRANET, *La pensée chinoise*, Paris 1934, p. 465: «[...] Le leggi devono essere riunite e appese sotto forma di tavole [...] esposte in tutti gli uffici amministrativi, devono essere pubbliche e diffuse a vantaggio di tutta la popolazione [...] Si è in presenza di una legge quando i decreti sono stati affissi e le sanzioni e le pene appaiono inevitabili a tutti. Le ricompense dipendono dall'osservazione rispettosa delle leggi e le pene dalla loro violazione».

l'affermazione dell'imperatore *Kangxi* citata in precedenza), ma, una volta adottata, diventa anche per lui vincolante. In Bodin, il sovrano è *legibus solutus*, con riguardo all'attività di governo che si manifesta nella *Lex*, ma il suo potere non è illimitato rispetto ai possibili oggetti della normazione. Di conseguenza lo *ius* e l'equità assurgono a criteri essenziali di valutazione e non si può prescindere da essi al momento dell'applicazione del diritto<sup>80</sup>.

Nel legismo, la legge si sostituisce alla semplice volontà personale e al controllo del re. «[...] la legge è un'arma per il re per governare il Paese e reprimere i malintenzionati. La sua volontà personale, al contrario, impedisce di per sé una buona gestione del potere. Quindi, quando la legge è applicata, il Paese è ben governato. Quando prevale la volontà personale del re, il Paese si ritrova dominato dal disordine»<sup>81</sup>. I legisti ritengono che la legge sia l'elemento determinante per mantenere una situazione di stabilità di governo sulla base di una struttura gerarchica e di amministrazione centralizzata. I funzionari non devono e non possono, però, avere facoltà di applicazione autonoma della legge, ma il loro ruolo si deve concretizzare in quello di meri esecutori materiali dell'applicazione delle norme.

Nella mentalità confuciana improntata al rito, la legge deve essere temuta dalla popolazione perché non scritta, sconosciuta e quindi imprevedibile. Secondo i legisti, la legge deve essere ben conosciuta dalla popolazione, ma proprio per questa ragione, deve essere temuta. Si deve sapere che le pene sono certe, immediate, crudeli e si devono reprimere in tutti i modi coloro che attentano la pace sociale<sup>82</sup>. La legge, nella visione legista, non può assolutamente essere paragonata a quella nella concezione occidentale odierna e si concretizza in un sistema di controllo e di repressione della popolazione.

<sup>80</sup> MONTANARI, *Itinerario di filosofia del diritto*, pp. 217-218.

<sup>81</sup> Tradotto dal francese, si veda XU ZHEN ZHOU, *L'art de la politique chez les légistes chinois*, p. 263, come citato da MELKEVİK, *Un regard sur la culture juridique chinoise: l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit*, p. 613.

<sup>82</sup> J.J.L. DUYVENDAK, *The Book of Lord Shang*, Éditions Arthur Probsthain, Londres 1928, pp. 35-40 nella versione accessibile dal sito Internet: [http://classiques.uqac.ca/classiques/duyvendak\\_jjl/B25\\_book\\_of\\_lord\\_shang/duyvlord.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/duyvendak_jjl/B25_book_of_lord_shang/duyvlord.pdf) (visitato il 25/10/07). Si veda anche GAURIER, *Le Droit, remède pour les barbares: la réception du droit dans la Chine ancienne*, pp. 58-59.

### 2.3. La Rule of Law

È opportuno ricordare brevemente il problema relativo alla definizione del concetto di *rule of law* / *fazhi* in Cina, tema già molto approfondito dalla dottrina cinese, ma che è tornato di estrema attualità nel corso del Congresso Nazionale del Popolo del 1999. Nel marzo del 1999, è stato adottato un emendamento della Costituzione cinese che ha incluso nell'articolo 5 i concetti relativi di *yi fa zhi guo* (依法治国) e al *jianshe shehui zhuyi fazhi guojia* (建设社会主义法治国家) ovvero di 'governare secondo la legge' e di 'costruire uno Stato di diritto socialista'<sup>83</sup>. Il concetto di '*rule of law*' è promosso a livello internazionale da diversi organismi e dagli Stati occidentali nell'accezione che si collega all'idea di ordine giuridico della società<sup>84</sup>, di garanzia di democrazia e rispetto dei diritti umani<sup>85</sup>. Recentemente si è però assistito in Cina ad una riscoperta semantica del termine *fazhi* nella sua accezione non moderna, la quale non sarebbe semplicemente equivalente alla traduzione di '*rule of law*'<sup>86</sup>. Tale scelta è criticata da coloro che interpretano il termine *fazhi* sulla base dei concetti moderni di 'Stato di diritto', avanzata dagli Stati occidentali e dagli organismi internazionali<sup>87</sup>. Parte della comunità internazionale vuole impedire in tut-

<sup>83</sup> Per un'analisi più articolata ed approfondita, si veda D. CAO, *Fazhi vs/and/or Rule of Law? A Semiotic Venture into Chinese Law*, «International Journal for the Semiotics of Law», 14 (2001), 14, pp. 223-224. Si veda inoltre AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, pp. 18-19.

<sup>84</sup> Per le differenze più rilevanti tra il concetto di '*rule of law*' e quello di '*état de droit*', si permetta di rinviare a L. PECH, *Rule of Law in France*, in R. PEERENBOOM (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law. Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the US*, Routledge, London 2004, pp. 79-112. Sul concetto di '*rule of law*' applicato al contesto cinese e legato ai principi di trasparenza, ci sia consentito rimandare a P.D. FARAH, *Five Years of China's WTO Membership. EU and US Perspectives about China's Compliance with Transparency Commitments and the Transitional Review Mechanism*, «Legal Issues of Economic Integration», 2006, 3, pp. 267-286, accessibile anche al sito Internet: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=916768](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=916768). Si veda inoltre L. HENRY, *L'accession de la Chine à l'OMC: réformes ou révolution?*, «L'Observateur des Nations Unies», 2002, 12, pp. 164-167; WANG JIANGYU, *The Rule of Law in China: A Realistic View of the Jurisprudence, the Impact of the WTO, and the Prospects for Future Development*, «Singapore Journal of Legal Studies», 2004, pp. 374-389.

<sup>85</sup> AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, p. 18; WANG JIANGYU, *China and Universal Human Rights Standards*, «Syracuse Journal of International Law & Commerce», 29 (2001-2002), pp. 135-158, accessibile anche al sito Internet: <http://ssrn.com/abstract=895810>.

<sup>86</sup> AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, p. 18.

<sup>87</sup> TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, p. 48. Come evidenziato dal-

ti i modi che il termine *fazhi*, usato nel diritto tradizionale cinese, si colleghi semanticamente al termine *renzhi*, di 'regola a misura d'uomo' o al concetto di *renqing* (come descritto precedentemente), al fine di assicurare la netta separazione tra sistema giuridico e sistema sociale<sup>88</sup>. In altri termini, si vuole evitare qualsiasi interpretazione dei testi normativi con un'applicazione al caso concreto che tenda o miri ad allontanarsi dalla sola presa in conto della norma e dell'ordinamento giuridico in generale a favore di considerazioni culturali o sociologiche<sup>89</sup>.

### 3. Considerazioni conclusive. La legge e il rito come componenti di un unico ordinamento giuridico: una rilettura attraverso il filtro del pensiero di Santi Romano

Nel corso della presente analisi, si è tentato di tratteggiare le differenze più rilevanti tra la scuola confuciana e la scuola legista e, in particolare, si è evidenziata la centralità del rito opposta alla centralità della legge entrambe componenti inscindibili dell'ordinamento giuridico<sup>90</sup> cinese. Come rilevato da Santi Romano, parte

---

l'autore, ma senza riferimento al problema specifico del termine *fazhi* esaminato in questa sede, gli Stati occidentali e gli stessi organismi internazionali sono fortemente criticati per posizioni considerate portatrici di una visione dispotica, unitaria e unificatrice. Vengono, ad esempio, ricordate da Treves le critiche rivolte al diritto internazionale da parte dei giuristi del Terzo Mondo. Il diritto internazionale sarebbe, secondo questa parte della dottrina, «uno strumento per soddisfare le esigenze peculiari di determinati gruppi di Stati. Esso avrebbe finora favorito gli interessi dei Paesi "dominanti", trattandosi di un diritto avente caratteristiche geografiche (occidentali), etico-religiose (cristiane), politiche (imperialistiche) ed economiche (dirette all'ulteriore arricchimento dei Paesi già ricchi). Sarebbe pertanto richiesta l'instaurazione di un nuovo diritto internazionale, che realizzi una rottura con il "diritto dominante" e che sia attuato con il concorso di tutti gli Stati, ivi compresi quelli meno influenti sul piano politico ed economico».

In tal senso, si veda per tutti, G. TUNKIN, *International Law in the International System*, in *Recueil des cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 147, 1975-IV, pp. 31.

<sup>88</sup> Si rinvia per proposte e soluzioni differenti a P. ALLOTT, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford University Press, New York 1990, pp. XVII-XXIII; ID., *The Concept of International Law*, in M. BYERS, *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, New York 2000, pp. 69-71.

<sup>89</sup> AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, pp. 19.

<sup>90</sup> Si permetta di rinviare alla nota 6 e di seguito alla nota 110 e alla nota 115.

della dottrina ha affermato temerariamente che nelle società primitive il diritto fosse confuso col costume e la religione<sup>91</sup>. La presenza del rito nel sistema giuridico e politico cinese ha spinto a simili erronee conclusioni<sup>92</sup>. Se si accoglie la definizione di diritto e di ordinamento giuridico proposta da Santi Romano, a nostro parere, non si può che giungere a considerazioni alquanto differenti. Prima di tutto bisogna evitare di ridurre il diritto alla categoria delle norme e di mettere in evidenza differenze, solo apparenti, tra le norme giuridiche e quelle non considerate tali<sup>93</sup>. La definizione di diritto come norma di condotta è riduttiva in quanto non tiene conto del fatto che la parola stessa 'diritto' è in concreto utilizzata in varie accezioni e che la norma giuridica in senso stretto si differenzia dalle altre norme soltanto per i suoi caratteri formali<sup>94</sup>. Tale ragionamento ha l'obiettivo di includere nel mondo giuridico «quel fatto dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse antecedente del diritto, cercando di dimostrare che precisamente da tale errore derivano i difetti e le incongruenze delle comuni definizioni del diritto, specialmente in quanto tali definizioni sono costrette a ricorrere ad elementi o concetti non giuridici»<sup>95</sup>. Il rito non può probabilmente essere considerato 'norma giuridica', ma rientra certamente nel concetto più ampio di 'diritto' all'interno dell'ordinamento giuridico cinese. La cosiddetta obiettività dell'ordinamento giuridico<sup>96</sup> non può, infatti, essere circoscritta e limitata alle norme giuridiche, da ciò ne risulta che le norme giuridiche «sono o possono essere una parte dell'ordinamento giuridico, ma sono ben lontane dall'esaurirlo»<sup>97</sup>. Per comprendere a fondo un intero ordinamento giuridico non si può avere riguardo soltanto alle singole parti, ma si dovranno individuare gli elementi caratterizzanti di questo

<sup>91</sup> ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 38.

<sup>92</sup> Vedasi per tutti DAVID - JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, p. 408.

<sup>93</sup> ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 6.

<sup>94</sup> *Ibi*, p. 14.

<sup>95</sup> *Ibi*, p. 34, nota 30 ter.

<sup>96</sup> Il carattere dell'obiettività è quello che si ricollega all'impersonalità del potere che elabora e fissa la regola, al fatto che questo potere è qualche cosa che trascende e s'innalza sugli individui, che è esso medesimo diritto. Si veda in tal senso, ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 17.

<sup>97</sup> *Ibi*, p. 18.

insieme. Un ordinamento giuridico è, infatti, un'unità a sé, non la semplice somma di varie parti<sup>98</sup>. È indubbio che la natura dell'ordinamento giuridico cinese sia riconducibile a ciò che comunemente viene definito legge (il *fa*) e rito (il *li*). Tali elementi devono essere considerati e giudicati inscindibilmente e la loro interazione non potrà che comportare un'espansione logica e di adattamento delle singole norme all'interno dell'ordinamento stesso. Il diritto rappresenta un insieme di morale, di religione, di costume, di economia, di tecnica e di altri elementi. Non si tratta, quindi, di confusione o di raggruppamento di elementi che, per natura, dovrebbero rimanere separati. Molte culture non occidentali, non solo quella cinese, sono, infatti, caratterizzate da un diritto i cui principi ispiratori trovano in parte origine dal costume e dalla credenza religiosa<sup>99</sup>.

Se si passa ad analizzare l'altro elemento cosiddetto formale del diritto, cioè la sua sanzione<sup>100</sup>, troviamo ulteriori conferme alle nostre affermazioni. Secondo Santi Romano, con il termine sanzione si può intendere anche «una semplice garanzia, diretta o indiretta, immediata o mediata, preventiva o repressiva, sicura o soltanto probabile, e quindi incerta, purché sia, in certo senso, preordinata e organizzata nello stesso edificio dell'ordinamento giuridico»<sup>101</sup>. La sanzione, per essere definita tale, non richiederebbe di essere contenuta e minacciata in una norma specifica,

<sup>98</sup> *Ibi*, p. 10.

<sup>99</sup> *Ibi*, p. 38; si veda anche M. CHIBA, *Droit non-occidental*, in W. CAPELLER - T. KITAMURA (sous la direction de), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales* (autour de Masaji Chiba), Bruylant, Bruxelles 1998, pp. 42-44; P. SACK, *Le droit: perspectives occidentales, perspectives non occidentales*, in W. CAPELLER - T. KITAMURA, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, pp. 56-57; R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, il Mulino, Bologna 2007, pp. 41-42.

<sup>100</sup> Si veda F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese 1989, vol. XLI, pp. 303 ss.; W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano, Filosofia e teoria generale del diritto, diritto costituzionale*, vol. I, Cedam, Padova 1940, pp. 149-162; F. D'AGOSTINO, *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1999; L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, ed. it. a cura di G. Tarello, il Mulino, Bologna 1978, pp. 133-191 e in particolare pp. 136-142; E. DE MAS, *L'origine della norma e della sanzione giuridica nel pensiero di Francesco Bacone*, in *Estratti dagli Atti del 4° Congresso nazionale di Filosofia del Diritto Milano* (Pavia, 10-13 ottobre 1959), Giuffrè, Milano 1960, pp. 143-149; N. BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, «Sociologia del diritto», 2005, pp. 124-125.

<sup>101</sup> ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 19; si veda anche HART, *Il concetto di diritto*.

ma potrebbe «essere immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, [potrebbe] essere forza operante anche in modo indiretto, garanzia pratica che non dà luogo a nessun diritto subbiiettivo e, quindi a nessuna norma da cui tale diritto derivi, freno connaturato e necessario del potere sociale»<sup>102</sup>. In Cina anche se nessuna specifica 'norma giuridica' lo stabilisce espressamente, un rilevante numero di controversie viene risolto tramite la composizione amichevole, stragiudiziale e rituale. Nel caso in cui non fosse rispettata questa regola posta per mantenere l'armonia all'interno della società, ne deriverebbe la conseguente perdita di credibilità del singolo all'interno del gruppo. Questa è certamente una sanzione non giuridica, ma non meno rilevante per l'ordinamento giuridico cinese (o gli ordinamenti dei villaggi, entità locali ed entità regionali in Cina di cui parleremo tra poco). Il concetto di diritto è riconducibile, quindi, al concetto di società ed all'idea di ordine sociale<sup>103</sup>, ovvero ogni manifestazione sociale è ordinata almeno nei riguardi dei propri consociati. Quest'ultimo, dopo la norma e la sanzione, ci porta infine a parlare del terzo elemento caratterizzante un ordinamento giuridico: l'istituzione<sup>104</sup>. Sempre secondo Santi Romano, «il concetto necessario e sufficiente per rendere quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico»<sup>105</sup>. L'espressione 'diritto' può ricorrere in un doppio significato. In alcuni casi, può essere utilizzato nell'accezione di ordinamento nella sua completezza ed unità, nonché in quella di istituzione (nel senso di ogni ente o corpo sociale il cui significato non sia necessariamente da ricondursi al paradigma della personalità giuridica), in altri, in precetto o complesso di precetti che, per non essere equivocati con quelli non giuridici, possono essere definiti istituzio-

<sup>102</sup> *Ibi*, p. 20.

<sup>103</sup> FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, pp. 191-214.

<sup>104</sup> F. MODUGNO, voce *Istituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese 1973, vol. XXIII, pp. 69 ss.

<sup>105</sup> ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, pp. 22-23; si veda anche A. ORIGONE, *Su di una combinazione fra teoria del diritto naturale e quella di istituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano, Filosofia e teoria generale del diritto, diritto costituzionale*, vol. I, Cedam, Padova 1940, pp. 369-386.

nali<sup>106</sup>. Anche se il diritto non può essere soltanto la norma posta dall'organizzazione sociale, al di fuori dell'istituzione non può esercitare diritto, perché è l'organizzazione che rende giuridica la norma. Bisogna però precisare che ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni, ed è anche possibile che alcuni di essi siano collegati fra loro, restando distinti sotto vari aspetti, si intersechino e costituiscano parti di un più ampio ordinamento<sup>107</sup>. Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici è pacificamente riferibile ai rapporti tra i differenti Stati e con riguardo anche a quelli tra diritti statuali e diritto internazionale. Gli altri ordinamenti, invece, non sarebbero altro che pertinenze, elementi integranti l'ordinamento statale<sup>108</sup>. Questa opinione ovviamente non tiene conto della realtà circostante<sup>109</sup> dove, all'interno dello Stato e anche a livello transnazionale, si rileva la presenza di ordinamenti giuridici di *altro tipo* che hanno vita propria e le cui nor-

<sup>106</sup> ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p. 23.

<sup>107</sup> *Ibi*, p. 87.

<sup>108</sup> H. Kelsen, *Ueber Staats-unrecht*, in *Zeitschrift f. das pr. u. off. Recht*, 40 (1913), p. 9; F. CARNELUTTI, *Melodologia del diritto*, Padova 1939, p. 67. Tra l'Ottocento e il Novecento, in Occidente la cultura giuridica sembra essere stretta tra due atteggiamenti: quello formalistico e quello sociologicistico, situazione che è sfociata in seguito, nel corso degli anni Trenta, nella polemica intercorsa tra Hans Kelsen e Carl Schmitt. Secondo Kelsen, è necessario neutralizzare la potenza politica attraverso la 'potenza' della garanzia del diritto ovvero attraverso la *forma autoreferenziale*, ipotesi che però secondo Schmitt non risolve la questione fondamentale del 'buon governo'. Kelsen sviluppa una 'dottrina pura del diritto', da cui è eliminata non soltanto ogni ideologia politica, ma anche ogni interferenza sociologica o culturale al fine di garantire la certezza del diritto e un vero ed effettivo Stato di diritto. Benché Kelsen riconosca la legittimità e l'importanza della sociologia del diritto, egli rifiuta le posizioni dei giuristi sostenitori della cosiddetta 'giurisprudenza sociologica' che vorrebbero sostituire la scienza del diritto con la sociologia del diritto e considerare la sociologia del diritto come l'unica scienza del diritto. Si veda H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Giulio Einaudi Editore, Torino 2000, pp. 53-54; R. TREVES, *Prefazione a Kelsen, Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 15. Si veda anche H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1991; J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by W.E. RUMBLE, Cambridge University Press, Cambridge 1995, p. 112; J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. BURNS and H.L.A. HART, Clarendon Press, Oxford 1996.

In dottrina si è anche ritenuto che si debba ricercare un punto di sintesi e non di discordanza tra l'atteggiamento formalistico e quello sociologicistico. Si veda in tal senso ALLOTT, *Eunomia. New Order for a New World*; P. ALLOTT, *The Concept of International Law*, in BYERS, *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*.

<sup>109</sup> R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, il Mulino, Bologna 2007, p. 80.

me o contenuti, a volte sono conformi e strettamente collegate al diritto statale o al diritto internazionale, ma altre volte ne sono indipendenti tanto da prescindere da entrambi fino ad essere potenzialmente in conflitto con essi. Avviene, per esempio, che un numero sempre più crescente di gruppi sociali si costituiscano ciascuno un proprio contesto giuridico indipendente<sup>110</sup> così da regolare i propri rapporti prescindendo dalle normative statali o internazionali. Altri, invece, nascono per ragioni di necessità, dal bisogno di sopperire alla mancata presenza dello Stato o della comunità internazionale, o di colmare le lacune del diritto statale ed internazionale. Si deve, per esempio, riconoscere il crescente ruolo nelle relazioni internazionali da parte di soggetti privati quali le imprese multinazionali<sup>111</sup> che operando a livello transnazionale, si possono avvantaggiare della frammentazione del diritto

<sup>110</sup> Sulla *lex sportiva*, si veda W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, «Il Foro Italiano», 58 (1933), 18, pp. 1381 ss.; S.M. CARBONE, *Il contributo della lex mercatoria alla precisazione della lex sportiva*, in E. GREPPI - M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 227 ss., in particolar modo pp. 239-243; L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti e il fenomeno sportivo*, «Rivista di diritto sportivo», 1998, pp. 30 ss.; A. QUARANTA, *Rapporto tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, «Rivista di diritto sportivo», 1979, pp. 32 ss.

Sulla *lex mercatoria* si veda BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, pp. 89-91; I. STRENGER, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, in *Recueil des cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 227, 1991-II, pp. 207-355; A. PELLET, *La lex mercatoria, Tiers ordre juridique? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public*, in C. LEBEN - E. LOQUIN - M. SALEM (a l'initiative de), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, vol. 20, Litec, Paris 2000; B. GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, «Archives de philosophie du droit», 9 (1964), pp. 177-192; E. LOQUIN, *Où en est la lex mercatoria?*, in LEBEN - LOQUIN - SALEM (a l'initiative de), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, J. BART, *La lex mercatoria au Moyen-Age: mythe ou réalité?*, in LEBEN - LOQUIN - SALEM (a l'initiative de), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, F. MARELLA, *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, «Vanderbilt Journal of Transnational Law», 2003, 36, pp. 1137-1187.

<sup>111</sup> P. MERCIAI, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, Bruxelles 1993, p. 37; F. FRANCONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Giuffrè, Milano 1979, p. 13; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 245 ss.; A. BONFANTI, *Le imprese multinazionali tra responsabilità e accountability nel diritto internazionale*, Tesi di dottorato, Università di Milano, anno 2007; P. ACCONCI, *Responsabilità sociale d'impresa, imprese multinazionali e diritto internazionale*, in E. D'ORAZIO, *La responsabilità sociale d'impresa: teorie, strumenti, casi*, «POLITEIA. Rivista di etica e scelta pubblica», 13 (2003), 72, pp. 71-80; S. ZA-

to e di eventuali lacune normative<sup>112</sup>, in particolar modo nei Paesi in via di sviluppo<sup>113</sup>.

Se si prende in considerazione la situazione interna cinese, si può rilevare una molteplicità di istituzioni regolamentate in base alla costituzione della Repubblica Popolare di Cina e alle norme del diritto amministrativo cinese, quali le province, le prefetture (subordinate alle province), le contee, i comuni e i villaggi (subordinati ai comuni). Ciascuna di queste entità territoriali dà luogo ad ulteriori suddivisioni amministrative (regioni autonome, municipalità, regioni amministrative speciali, città, prefetture, prefetture autonome, leghe, distretti, contee autonome) che saranno gestite da specifiche istituzioni, formalmente sottoposte all'istituzione statale<sup>114</sup>. Partendo dal concetto di *pluralità degli ordinamenti giuridici e delle fonti extrastatali*<sup>115</sup>, è evidente che queste istituzioni, create in base alle suddivisioni amministrative interne, mantengono certamente molti aspetti di subordinazione rispetto al Governo centrale cinese. Per altri versi, si possono però rileva-

MAGNI, *L'impresa socialmente responsabile nell'epoca della globalizzazione*, in D'ORAZIO, *La responsabilità sociale d'impresa: teorie, strumenti, casi*, pp. 28-42.

<sup>112</sup> P. DAILLIER - A. PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J., VII ed., Paris 2002, pp. 642-728; M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris 2006, pp. 7-8: «Ce qui domine le paysage, loin de l'ordre juridique au sens traditionnel, c'est le grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès, comme disloqué par une mondialisation anarchique, et trop unifié, voire uniformisé par l'intégration hégémonique qui se réalise simultanément dans le silence du marché et le fracas des armes». Si veda anche F. SNYDER, *Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law*, «European Law Journal», 5 (1999), 4, pp. 334-335.

<sup>113</sup> L. BOY, *Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile*, «Revue internationale de droit économique», 2003, 3-4, pp. 479-482; T. TREVES - M. FRIGESSI DI RATTALMA - A. TANZI - A. FODELLA - C. PITEA - C. RAGNI (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, T.M.C. Asser Press, The Hague 2005.

<sup>114</sup> G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano 1912.

<sup>115</sup> A.E. CAMMARATA, *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Cappelli, Milano 1962, p. 141; A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli 1976; V. FROSINI, voce *Ordinamento*, I - *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, 1980, p. 640; M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in C. GINI (a cura di), *Atti del XIV Congresso internazionale di Sociologia (Roma, 30 agosto-3 settembre 1950)*, vol. IV, Roma, dataz. incerta al 1950, p. 455; N. BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, «Sociologia del diritto», 2005, pp. 91, 122-123.

re numerosi elementi di autonomia, per non dire di antitesi, derivanti dalla vastità del territorio della Repubblica Popolare cinese. L'attribuzione di determinate competenze ai Governi locali, a seguito della decentralizzazione del potere a partire dagli anni Ottanta<sup>116</sup>, è stato un riconoscimento *ex post* di una situazione di fatto già esistente. Le popolazioni locali si erano già organizzate, autoregolamentandosi su base consociativa e attribuendo, o riconoscendo in concreto, l'autorità a certi soggetti membri della collettività. In altre parole, le istituzioni locali già esistevano e gestivano autonomamente vari aspetti della vita della società, anche quelli che erano formalmente di competenza statale, fino ad acquisire un potere effettivo sempre più ampio, un potere tardivamente riconosciuto, ma in costante espansione.

Il rapporto tra le entità locali e il Governo centrale in Cina è sempre stato un tema di forte attualità, ma è diventato ancor più rilevante in vista dell'adesione della Cina alla WTO<sup>117</sup>. Questo traguardo fu raggiunto grazie all'impegno congiunto del Governo cinese e dei partner stranieri<sup>118</sup>. Tuttavia, l'adesione della Cina alla WTO non risolve tutti i problemi di una società millenaria e dalle forti caratterizzazioni politiche, culturali e sociali. Il solo fatto che il Governo cinese abbia firmato, con l'ingresso nella WTO, un

<sup>116</sup> TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, pp. 259-265.

<sup>117</sup> A Doha, nel novembre del 2001, durante la quarta conferenza ministeriale della WTO, è stato approvato il testo dell'accordo di adesione della Cina alla WTO e la Cina è diventata ufficialmente membro della WTO a partire dall'11 dicembre 2001. I documenti relativi all'adesione della Cina alla WTO sono: il Protocollo di adesione (WT/L/432), il rapporto del Gruppo di lavoro (WT/ACC/CHN/49) e gli annessi contenenti i requisiti di accesso al mercato (WT/ACC/CHN/49/Add.2). Tali documenti sono disponibili al sito Internet: www.wto.org. Si permetta di rinviare a FARAH, *Five Years of China's WTO Membership. EU and US Perspectives about China's Compliance with Transparency Commitments and the Transitional Review Mechanism*, pp. 263-304; sulla procedura di adesione alla WTO, P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, Cedam, Padova 2002, pp. 51-61 e sull'adesione della Cina alla WTO in particolare pp. 57-59; si veda anche G. ADINOLFI, *L'organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Cedam, Padova 2001, pp. 105-122.

<sup>118</sup> Sull'obbligo dell'assistenza tecnica ai Paesi in via di sviluppo negli accordi multilaterali, si veda C. DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 303-305. Si veda anche A. SAUTENET, *The Current Status and Prospects of the 'Strategic Partnership' between the EU and China: Towards the Conclusion of a Partnership and Cooperation Agreement*, «European Law Journal», 13 (2007), 6, pp. 699-731; F. SNYDER (ed.), *The European Union, India and China: Strategic Partners in a Changing World*, Bruylant, Bruxelles 2007 (in corso di pubblicazione).

accordo internazionale vincolante<sup>119</sup> e che abbia accolto all'interno del proprio ordinamento concetti e modelli giuridici di derivazione straniera, non significa automaticamente che *ipso facto* i Governi delle province o i funzionari delle entità locali, come anche gli operatori del diritto, i tribunali e la società civile siano pronti ad accettarli<sup>120</sup>. Si può anzi rilevare che, sempre più di frequente, nella prassi e nella giurisprudenza cinese riappaiono concetti latenti e rimasti inutilizzati per lungo tempo, ma ancora fortemente presenti nella cultura e nella mentalità cinese, concetti che sono spesso in contrasto con quanto invece viene reputato più idoneo dal Governo centrale per conformarsi alle richieste della comunità internazionale. Ne abbiamo descritto alcuni esempi facendo riferimento al *renqing* e ai *li*, e in ultima analisi al *fazhi*. Questo fenomeno di riemersione è tipico degli ordinamenti che hanno subito massicce e forzate introduzioni di modelli stranieri<sup>121</sup>. Come è stato rilevato<sup>122</sup>, il graduale inserimento nell'ordinamento cinese di concezioni occidentali quali lo 'Stato di diritto' è stata però contrassegnata da una successiva trasformazione del diritto cinese sulla base di una dialettica interna fra Partito e gruppi di interesse e non sulla semplice accettazione delle sollecitazioni della comunità internazionale o dei Governi stranieri. Ma resta comunque vero che il sistema politico e giuridico della Cina popolare è tuttora condizionato da elementi del passato e da concezioni filosofiche che influenzano la gestione del potere politico e si scontrano con principi giuridici di provenienza straniera. L'impressione generale, in base a quanto si è osservato fino ad ora, è che l'ordinamento cinese e il contesto culturale e storico del Paese siano, in ultima analisi, profondamente inconciliabili con i modelli occidentali.

Questi elementi non riescono però ad attenuare – ma piuttosto si mischiano e si fondono con – la sempre crescente importanza che il corretto funzionamento delle relazioni commerciali internazionali sta acquisendo nelle decisioni politiche del Governo

<sup>119</sup> TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, pp. 334-335.

<sup>120</sup> M. CHIBA, *Droit non-occidental*, in CAPELLER - KITAMURA (sous la direction de), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales* (autour de Masaji Chiba), pp. 42-44.

<sup>121</sup> In tal senso, R. SACCO, *Substrato, superstrato giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, vol. XIX, Torino 1999; AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, p. 76. Si veda anche G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Giapichelli, Torino 2007.

<sup>122</sup> AJANI - SERAFINO - TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, p. 354.

cinese. Allo stesso modo, anche la società civile e, in particolare, i gruppi di interesse cinesi non possono che essere direttamente o indirettamente condizionati dall'opinione pubblica internazionale. Le loro istanze non derivano sempre da preoccupazioni di carattere interno, basate su concezioni di matrice puramente cinese, ma sembrerebbero riprendere considerazioni presenti anche in altre Organizzazioni non governative (ONG) globali<sup>123</sup>, come, ad esempio, le associazioni di giuristi per la tutela dell'ambiente<sup>124</sup> o per la protezione dei diritti civili<sup>125</sup>. Quanto al ruolo degli organi giudiziari, le cautele o addirittura la reticenza – se non la vera e propria ostilità – verso l'applicazione delle norme internazionali non è ignota agli stessi sistemi giuridici occidentali<sup>126</sup>. Non può, quindi, essere un elemento di scandalo che tale comportamento venga tenuto anche da parte dei tribunali cinesi ed, entro certi limiti di legalità, questo fa parte della costante dialettica tra norme adottate e applicazione giurisprudenziale delle stesse.

È alquanto difficile fare una previsione sui futuri sviluppi dell'ordinamento interno cinese. Tuttavia, è innegabile l'importanza che la comunità internazionale e la società civile internazionale stanno acquisendo nel condizionamento delle decisioni politiche del Governo cinese. Per esempio, la partecipazione della Cina ad altri organismi internazionali quali il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale è stata contrassegnata da un'ini-

<sup>123</sup> R. MEHDI, *Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles: le grand défi*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES - R. MEHDI (dir.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance*, Bruylant, Aix-en-Provence 2005, pp. 7-18; M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Seuil, Paris 2005, p. 102.

<sup>124</sup> S. KUEN, *Participation du public en droit environnemental chinois*, in C. EBERHARD (sous la direction de), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruylant, Bruxelles (in corso di pubblicazione).

<sup>125</sup> WANG JIANGYU, *China and the Universal Human Rights Standards*, p. 135. Si veda anche A. CARPI, *Il legal aid nella Cina contemporanea*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 61 (2007), 1, pp. 177-191, in particolare pp. 184-186.

<sup>126</sup> Del resto, anche nell'ordinamento comunitario, in cui notoriamente la cooperazione tra giudici nazionali e Corte di Giustizia è ormai divenuta oggi molto stretta grazie allo strumento del rinvio pregiudiziale, all'inizio del processo d'integrazione europea i giudici nazionali erano molto cauti nel prendere in considerazione il diritto comunitario. Con il tempo, il giudice nazionale ha accettato le soluzioni interpretative della Corte di Giustizia, fino al punto di riconoscere la diretta efficacia del diritto comunitario nel proprio ordinamento. Si veda D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris 1997, pp. 669-682.

ziale diffidenza nei confronti di questi sistemi, con i quali però la Cina ha gradualmente migliorato la cooperazione<sup>127</sup>. In altre parole, in Cina si sta assistendo ad un processo di integrazione che incrementerà sempre più l'interazione tra ordinamento internazionale, ordinamento statale cinese e i numerosi ordinamenti di *altro tipo*, molto presenti in forme diverse all'interno della Cina. L'integrazione di un Paese nel sistema globale, oltre al processo di riforme giuridiche ed economiche («due passi in avanti si accompagnano spesso con un passo indietro»)<sup>128</sup>, non può che portare con sé anche un lento processo di acquisizione di categorie culturali e sociali esterne, non imposte dall'alto, su cui è sempre necessaria una forte sensibilizzazione della società civile.

<sup>127</sup> Si veda in generale H.K. JACOBSON - M. OKSENBERG, *China's Participation in the IMF, the World Bank and GATT: Towards a Global Economic Order*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1990.

<sup>128</sup> Si è pronunciata spesso questa frase riferendosi al processo di integrazione europea, fatto di notevoli accelerazioni, ma anche di brusche interruzioni. Si prenda ad esempio lo storico compromesso di Lussemburgo o quello di Ioannina.

*Come conclusione*

ROSARIO BRENNNA\*

## Un bilancio: Europa, cittadinanza e identità

*Premessa*

Interrogarsi sull'Europa significa adottare un duplice approccio teorico. Da una parte è opportuno partire dal dato positivamente giuridico, onde rilevare le coordinate materiali della questione. Dall'altra si rende necessaria un'analisi non solo degli scopi che la normativa positiva si propone, ma anche, e soprattutto, dei suoi presupposti, in senso lato, politici. Sintetizzando, i saggi di questo testo hanno messo in luce, attraverso la peculiarità dei vari approcci, il problema dell'identità europea in rapporto ai seguenti profili: 'umano' o, meglio, 'umanitario', con le argomentazioni sul trattamento dello straniero (extra-comunitario); giuridico, afferente al tema della cittadinanza; e, infine, culturale, relativo alla questione molto rilevante e, forse proprio per questo, strumentalizzata, delle radici dell'Europa e della sua natura giudaico-cristiana.

Il problema dei processi migratori rinvia, quasi necessariamente, al problema della cittadinanza come costruzione politica identificativa di soggetti appartenenti ad uno 'Stato' (o, come è il caso dell'Europa, un ibrido tra Stato federale e organizzazione internazionale).

Si è trattato di mettere in luce, fondamentalmente, due aspetti dell'Europa. Attraverso una ricostruzione a cavallo tra la sociologia ed il diritto, si è inteso dar conto delle condizioni attuali della questione 'immigrazione', anche in rapporto alla percezione dell'opinione pubblica, ed esaminare come le singole istituzioni nazionali e comunitarie cercano di affrontarla, attraverso

\* Assegnista di ricerca presso la cattedra di Filosofia del Diritto dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.