

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI
DIRITTO ROMANO

“VITTORIO SCIALOJA,,

DIREZIONE

MASSIMO BRUTTI - LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI
PIERANGELO CATALANO - OLIVIERO DILIBERTO
ANDREA DI PORTO - SANDRO SCHIPANI

*

QUARTA SERIE - Vol. VI
Dell'intera collezione Vol. CX

2016

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
«VITTORIO SCIALOJA»

La DIREZIONE ha sede presso la Sezione 'Istituto di Diritto Romano', Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sapienza-Università di Roma, Piazzale Aldo Moro n. 5, 00185 Roma. L'AMMINISTRAZIONE è presso la Casa Editrice *L'ERMA di BRETSCHNEIDER*, Via Cassiodoro, 11 - 00193 Roma - tel. 06/6874127 - lerma@lerma.it.

Le pubblicazioni e i contributi debbono essere inviati alla sede della Direzione o ai seguenti indirizzi di posta elettronica: luigi.capogrossicolognesi@uniroma1.it; bidr@uniroma1.it

COMITATO DI DIREZIONE

Antonello Calore - Riccardo Cardilli - Maria Floriana Cursi
Giovanni Finazzi - Roberto Fiori - Orazio Licandro - Franco Vallocchia

COMITATO DI REDAZIONE

Elena Tassi - Giovanni Turelli - Massimiliano Vinci

REDAZIONE

Antonio Angelosanto - Gaia Di Trolio - Domenico Dursi

BIDR viene pubblicato annualmente. La pubblicazione di articoli e contributi scientifici proposti alla Rivista osserva i criteri di massima per la valutazione della ricerca scientifica adottati dalle Autorità universitarie italiane. Tali saggi saranno pertanto sottoposti all'approvazione di due esperti scelti dalla Direzione all'interno di un gruppo di studiosi predeterminato, il cui elenco è a disposizione degli interessati, rispettando l'anonimato dell'autore e dei lettori.

B U L L E T T I N O
D E L L ' I S T I T U T O D I
D I R I T T O R O M A N O

“VITTORIO SCIALOJA,,

DIREZIONE

MASSIMO BRUTTI - LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI
PIERANGELO CATALANO - OLIVIERO DILIBERTO
ANDREA DI PORTO - SANDRO SCHIPANI

✱

QUARTA SERIE - Vol. VI

Dell'intera collezione Vol. CX

2016

ISSN 0391-1810
ISBN (Brossura) 978-88-913-1517-5
ISBN (PDF) 978-88-913-1519-9

© Copyright «L'ERMA» di BRETSCHNEIDER. Roma 2017
Via Cassiodoro, 11 - 00193 Roma - Sito Internet: www.lerma.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie, nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

INDICE

ARTICOLI

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| E. DEL PRATO, Apertura dei lavori. Seminario internazionale su fondamenti romanistici e diritto cinese. Storia e prospettive - Roma, 24 maggio 2016. Categorie giuridiche e postmodernità | 1 |
| S. SCHIPANI, Fondamenti romanistici e diritto cinese (riflessioni su un comune lavoro nell'accrescimento del sistema) | 7 |
| M. TIMOTEO, La lunga marcia della codificazione civile nella Cina contemporanea | 35 |
| XU GUODONG, La base romanistica della parte generale del codice civile cinese | 47 |
| XUE JUN, La codificazione del diritto civile cinese e il diritto romano | 73 |
| FEI ANLING, La persona giuridica nei progetti di codice civile della Cina: discussioni e prospettive | 87 |
| A. SACCOCCIO, L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali: tra diritto italiano e legge cinese sui contratti | 103 |
| E. CALORE, Forme di appartenenza e cittadinanza. A proposito dei fondamenti romanistici nel diritto cinese | 171 |
| L. COLANGELO, La ricezione del sistema giuridico romanistico e la relativa produzione di testi in Cina all'inizio del XX secolo: le fonti del diritto romano in due dei primi manuali in lingua cinese | 195 |
| L. FORMICHELLA, Fondamenti romanistici e insegnamento del diritto cinese | 219 |
| HUANG MEILING, Yanbicheng Roma (言必称罗马): i fondamenti romanistici del diritto civile cinese | 241 |
| S. PORCELLI, Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema | 253 |
| O. DILIBERTO, Chiusura dei lavori. Diritto romano e codificazione cinese tra passato, presente e futuro. Alcune considerazioni | 293 |
| A. PALMA, Il diritto romano fattore di aggregazione nazionale ed europea e matrice di identità globali | 299 |
| LI JUN, L'utilizzo collettivo e la proprietà collettiva terriera nell'esperienza cinese | 309 |
| M. VINCI, Note minime in tema di interpretazione del legato: 'percorsi' storico-comparatistici tra diritto cinese, diritto romano e diritto italiano | 331 |

ENRICO DEL PRATO

**APERTURA DEI LAVORI.
SEMINARIO INTERNAZIONALE
SU FONDAMENTI ROMANISTICI
E DIRITTO CINESE.
STORIA E PROSPETTIVE - ROMA, 24 MAGGIO 2016
CATEGORIE GIURIDICHE E POSTMODERNITÀ**

1. È un onore e un piacere aprire i lavori di questo seminario internazionale sui fondamenti romanistici del diritto cinese. È una festa per Sandro Schipani, che ha creato questo ponte culturale verso la Cina nel 1988 con una passione ed un impegno che, oltre ad aver dato molti frutti, costituiscono il fondamento del futuro, un futuro che anche Oliviero Diliberto concorre a costruire con la sua cura costante e attenta.

Ricordo che, nelle prime occasioni di contatto con Sandro Schipani, gli chiesi la ragione di tanta operosità sul piano internazionale. La sua risposta fu da studioso di grande profondità. Non si limitò a dirmi che la circolazione di modelli culturali costituisce un reciproco arricchimento, perché la formazione nasce sempre da un dialogo, ma evocò Labeone per rappresentare un approccio culturale alla giuridicità, che acquista un senso particolare per la dimensione globale dell'esperienza attuale.

Oggi la velocità degli spostamenti, la cancellazione delle distanze, i contatti tra le società e l'avvicinamento delle culture rendono i veicoli giuridici agevolmente fruibili e presuppongono la necessità di creare modelli di espressione e valutazione giuridica dei fenomeni sociali il più possibile comuni. Questa circolazione di modelli, basata sui fondamenti romanistici del diritto privato, ha rappresentato nei secoli e tuttora resta un fenomeno di notevole importanza.

La comparazione dei sistemi giuridici porta a sottolineare le diversità. Ma ciò non impedisce di cogliere le assonanze. Il diritto privato, essendo costruito per l'uomo e le sue esigenze, si caratterizza per un nocciolo comune, ovunque uguale. Tutti gli strumenti privatistici rappresentano una sorta di cibo della società, sono impiegati per risolvere esigenze costanti. Solo nel diritto di famiglia possiamo ancora registrare dati etnologici, che inducono differenze fondate su tradizioni, anche di carattere religioso.

2. La globalizzazione riconosce ed accentua la vocazione del diritto privato alla generalità, come strumento uniforme di gestione dei rapporti. Ma il fenomeno non è di oggi. Basti ricordare un contributo di Filippo Vassalli, una relazione tenuta nel 1950 a Buenos Aires, dal titolo evocativo: *Extrastatalità del diritto civile*. Ciò vuole esprimere che le categorie del diritto civile, non solo in un senso sistematico e forse dommatico, ma anche in una prospettiva applicativa e pratica, da quelle legate alla persona umana a quelle, più tecniche, del diritto delle obbligazioni e del diritto degli enti privati, costituiscono un insieme di fenomeni che concorrono a creare una rete uniforme di strumenti impiegabili da tutti.

Questa constatazione fa emergere l'interrogativo sul senso delle 'categorie' nel diritto privato, dimensionato nella postmodernità: un interrogativo che, probabilmente, va al nocciolo del modo di intendere l'esperienza giuridica e di affrontare le molte questioni che essa pone. La globalità impone di ragionare cercando di cogliere ed istituire assonanze piuttosto che demarcazioni, nella consapevolezza che il diritto è per l'uomo, e perciò il suo primo fondamento è antropologico. Il diritto come pura forma, come veicolo vuoto idoneo ad essere riempito di qualsiasi contenuto purché siano rispettati i procedimenti che presiedono alla sua formazione, è un fenomeno insufficiente, inadatto ad alimentare i bisogni della società. Un diritto esprime degnamente la sua funzione quando rivela, in ogni espressione e ad ogni livello, valori antropologicamente apprezzabili.

Alla questione delle 'categorie' è collegata l'esigenza di intendersi. Nel significato epistemologico la categoria vuol significare uno strumento ordinante dell'esperienza, che caratterizza una figura nella struttura e nella funzione. Ma essa può anche avere un senso meno impegnativo, di argomento al centro dell'attenzione, un senso che tende a sopravanzare correlativamente all'idea che le categorie classiche del pensiero giuridico siano invecchiate.

La percezione della 'liquidità' dell'attuale esperienza agevola l'impressione di qualche inadeguatezza delle categorie ordinanti. Ma così come sarebbe insufficiente sottrarsi alla necessità di plasmare le categorie esistenti alle esigenze nuove, sarebbe errato gettare le collaudate lenti di osservazione della realtà.

Nelle lenti del giurista non si sostanziano solo le categorie del pensiero giuridico, ma anche quelle del legislatore, le categorie normative. Sebbene possa sembrare strano contrapporre le categorie del diritto a quelle normative, la distinzione si spiega perché il redattore di una norma può prescindere, spesso inconsapevolmente, dalle categorie date, impiegandole in modo anomalo. Ciò non costituirebbe un problema se si trattasse di scelte ponderate: ma spesso non è così.

La commistione di categorie e significati è connaturata alla dimensione sovranazionale della legislazione in ambito europeo: si tratta di un moto insito all'integrazione, che è necessario considerare per una adeguata com-

preensione dei fenomeni. Possiamo, dunque, dire che la tassonomia delle figure che formano lo strumentario del giurista è in movimento e delinea un quadro in cui non è agevole fissare punti fermi.

Ma stabilire i limiti e i modi in cui la realtà sociale entra nella dimensione giuridica è il primo passo del diritto, sicché delineare categorie, come utensili del giurista, è stato e sarà sempre necessario. Il punto è che le categorie non sono un *a priori* del diritto, dati precostituiti: esse vanno ricavate induttivamente dall'analisi dell'esperienza.

3. La postmodernità tende all'archiviazione dell'era dei codici. Così come l'era delle codificazioni ha rappresentato l'integrale statualizzazione del diritto, il periodo postmoderno volge al suo superamento ed avvia un cammino in cui la globalizzazione economica potrà divenire globalizzazione giuridica.

Il diritto, però, da sempre affidato al linguaggio, nel pieno positivismo dell'era moderna, è dato dalle leggi. L'esperienza giuridica si frammenta nei singoli ordinamenti legislativi ed è ordinata secondo categorie concettuali che sono espressione di una lingua e del modo di pensare che la caratterizza.

Questo limite, connaturato al diritto, lo demarca dalle scienze che operano mediante giudizi di fatto, e alimenta un senso di insufficienza nell'operare del giurista perché il diritto è frazionato e riflesso in tante, diverse, dimensioni locali. Se, però, si volge lo sguardo oltre il singolo dato normativo e si mettono a fuoco gli interessi, si nota che ogni singola esperienza giuridica registra significative chiusure quando vengono in considerazione interessi legati all'etnologia ed alle tradizioni, come nel caso della struttura della famiglia e del diritto successorio, mentre vi è una naturale tendenza a soluzioni omogenee, con l'eccezione di qualche sistema giuridico rudimentale, quando entrano in gioco i diritti fondamentali.

L'era dei diritti fondamentali segna un passo decisivo sul piano globale, ed al contempo pone il diritto civile al centro della fenomenologia giuridica: sebbene i diritti fondamentali siano per lo più disciplinati, nei vari sistemi, al livello costituzionale, essi rappresentano un segmento della normativa legato alla persona umana, che appartiene, perciò, al diritto civile, senza, naturalmente, voler con ciò tracciare confini tra le varie discipline di studio del diritto, data l'unità dell'esperienza giuridica.

L'antropologia è la premessa e l'asse portante dell'analisi giuridica. Essa ci aiuta a comprendere che il diritto privato ha una funzione omogenea perché serve a risolvere gli stessi problemi ovunque. Da qui l'esigenza di rintracciare assonanze ed attutire le diversità. Pensiamo al decalogo di Mosè: esso rende giuridiche anche regole antropologiche, poi ribadite, sostanzialmente, in tutti i sistemi e nei vari settori in cui essi si articolano.

La vocazione generale del diritto privato si coniuga con la globalizzazione alimentata dall'avvento di internet. Qualche esempio: l'«indirizzo»

della persona si è scollegato dal luogo in cui essa risiede o è domiciliata; le 'comunità' di persone non sono più legate alla fisicità del luogo di incontro, ma si trovano in una nuova dimensione.

La storia del diritto ci trasmette e ci aiuta a comprendere tanti fenomeni, ma ci fa anche rendere conto del loro tramonto e ci può indicare quando sia giunto il momento di leggere in un'ottica diversa l'eredità ricevuta. Sarebbe oggi inappropriato pensare al diritto europeo come ad una riespressione del diritto comune; però la riflessione sul modo di edificare l'esperienza giuridica ci suggerisce di privilegiare un metodo induttivo, che muova dalla consapevolezza dell'effettività, e pertanto legga la fenomenologia giuridica non solo nella dimensione della legge e delle codificazioni, ma con la propensione ad una sistematica che tenda al superamento delle diversità.

Uno studio sui fondamenti del diritto privato e sulle categorie che ne derivano ci porta in questa direzione. Ma il problema di fondo — da valutare oggi con molta attenzione — è di stabilire i criteri con cui pervenire al superamento delle diversità e ad una omogeneizzazione del diritto privato. Non ci si può nascondere che il diritto scaturisce da rapporti di forza: e tuttavia un diritto degno di questo nome deve esprimere una assiologia, non può ridursi a ratificare gli effetti della forza.

Ma anche l'assiologia, in qualche misura, esprime rapporti di forza, giacché l'espressione di valori può derivare dalla prevaricazione dei popoli e delle parti sociali più floridi e meglio organizzati. Il più forte è in grado di imporsi agli altri anche nella formazione dei valori e, più sottilmente, nell'alimentazione dei bisogni. Questa capacità, storicamente collaudata ed ancora oggi tutt'altro che sedata, non è scalfita, ma, piuttosto, accentuata dalla globalizzazione se si accede all'inquietante idea che la legge del mercato possa rappresentare una nuova costituzione materiale, che le leggi in senso formale si limitano a registrare con interventi 'di facciata'.

4. Un altro argomento di riflessione è costituito dal legame tra struttura linguistica e formazione del pensiero. Qui l'insufficienza del diritto a cui accennavo prima è accentuata dalla constatazione che le lingue incidono sulle categorie del pensiero. Non sono in condizione di dire se sia la lingua a condizionare il pensiero o sia il modo di ragionare a determinare la struttura di una determinata lingua. Ma il punto è che la struttura linguistica incide sulla percezione verbale della realtà, sicché la stessa fissazione di un'idea, in determinati contesti, può subire adattamenti sino al rischio dello snaturamento.

L'analisi del linguaggio riferita al diritto — su cui si registrano contributi, anche significativi, nella nostra dottrina — deve, perciò, coordinarsi con i problemi pratici generati dall'illustrazione verbale quando la si trasponga in esperienze diverse, per operare gli adattamenti resi necessari dalle diverse costruzioni del pensiero proprie di ciascun linguaggio, senza tuttavia alterare il senso originario delle espressioni.

Dunque l'analisi giuridica del linguaggio dovrebbe superare le singole esperienze linguistiche per ricercare categorie omogenee racchiuse in espressioni convenzionalmente condivise.

Anche la lingua, così come il diritto, non è un *a priori* della realtà, benché ne condizioni la narrazione e ne plasmi la valutazione: per questo essa non può ridursi ad una gabbia entro cui fissare le categorie giuridiche, perché il diritto rispecchia i bisogni umani, che, nella loro consistenza elementare, sono ovunque gli stessi, pur nella diversità delle tradizioni.

L'esempio della logica 'proprietaria', intesa come impiego del diritto di proprietà quale unica misura della percezione giuridica degli interessi privati, ci consente di percepire appieno quest'ordine di problemi.

5. Società 'liquida' e superamento delle categorie giuridiche non di rado generano discussioni alla rinfusa. Una riflessione tendente a fissare alcuni punti, sia pure in modo aperto, deve cercare una saldatura tra simbologia e morfologia, cioè tra dati normativi e dati fattuali.

La realtà spesso travalica i limiti legislativi, eppure compie creazioni rilevanti per il diritto. Penso alla persona giuridica, al valore qualificante che ha assunto attraverso i secoli come centro di imputazione di rapporti giuridici ed al suo declino quando, nella statualizzazione del diritto, la persona giuridica è divenuta una struttura rigida e soggetta a controlli. L'ente non personificato, scoperto come realtà generata dall'autonomia, dacché doveva restare un fenomeno marginale ed in ombra, è divenuto a tutti gli effetti un centro di imputazione dei rapporti così come la persona giuridica.

Ma il dato normativo non è stato in grado di cogliere appieno questo fenomeno, rivelando le sue insufficienze, di modo che ogni qual volta una disposizione si riferisce alle persone giuridiche senza tener conto di ciò che è esclusivo della personalità — come, talvolta, l'autonomia patrimoniale perfetta — essa deve considerarsi rivolta anche agli enti privi di riconoscimento. Se si cerca di cogliere la realtà oltre il vestito normativo, ci si può avvedere che la stessa fondazione non è che amministrazione di beni funzionale ad uno scopo e non di rado le piccole e anche medie società si riducono a meri soggetti interposti di chi agisce, gestiti come cespiti patrimoniali.

Nel rapporto tra bene e contratto l'economia finanziaria ci fa assistere ad una sorta di 'benizzazione' del contratto là dove si ammette la possibilità di rendere il contratto stesso autore di una partenogenesi di utilità: il contratto diviene una sorta di oggetto di se stesso che funge da leva per generare utilità apprezzabili solo nella prospettiva finanziaria. Questi fenomeni ci devono indurre a riflettere sulla struttura del contratto. Se è vero che la 'causa' registra, a livello di programmazione normativa transnazionale e internazionale, un sensibile declino, non si può negare che uno strumento di controllo, sia pure rudimentale, un mezzo per la moralizzazione dei contratti, può essere

attinto da un impiego saggio della causa, che resta pur sempre un fenomeno *in itinere* e si presta ad un'analisi di tipo casistico e induttivo.

Con questo non intendo esaltare l'importanza della causa, ma credo che renderla oggetto di accanimento demolitorio sia un eccessivo e inutile dispendio di energie. Lo conferma la recente riforma francese del diritto delle obbligazioni, in cui la causa, formalmente scomparsa, riaffiora come criterio di soluzione di alcuni problemi.

6. La lettura dei contributi privatistici che i giureconsulti romani ci hanno trasmesso col Digesto ci fa comprendere come quei giuristi non tendessero alla creazione di categorie del pensiero giuridico, ma alla soluzione di problemi concreti mediante un'analisi topica e alla costruzione di una fenomenologia, concorrendo così a creare quel superbo sistema.

Dallo studio del diritto romano, nel suo sviluppo topico che la moderna dottrina romanistica ci ha consentito di apprezzare, ricaviamo che le categorie del pensiero giuridico non sono dogmi, scatole concettuali e tanto meno terminologiche, ma il frutto di una ricerca concreta e induttiva.

I temi che si affrontano nella riflessione di oggi, dalla persona giuridica al diritto dei contratti sino alla stesura di un codice civile cinese, con la costante interazione tra diritto contemporaneo e diritto romano, attestano come si possa istituire un ponte tra passato e futuro, fatto di categorie della nostra tradizione, che è comune, in definitiva, a tutti i sistemi giuridici: gli strumenti impiegati per risolvere i problemi concreti, al di là delle etichette, perseguono le stesse finalità e devono condurre agli stessi risultati.

SANDRO SCHIPANI

**FONDAMENTI ROMANISTICI E DIRITTO CINESE
(RIFLESSIONI SU UN COMUNE LAVORO
NELL'ACCRESIMENTO DEL SISTEMA)**

China has, since the end of the eighteenth century, renewed its orientation towards the system of Roman law. After 1978, there was a demand from Chinese jurists for direct contact with ancient sources. The Observatory on codification and training of the jurist in China under the Roman legal system has started a response. It is derived from what a Chinese colleague had qualified as a 'second reception'. Civil Code work develops the growth of Chinese legal science and the Code is the fruit of this development. In this process, it is of central importance the permanent recognition that *ius* in the system is the result of a plurality of sources, and in particular the statutes of the people (law and custom) and *iuris scientia*. The role of this plurality of sources is then essential for the permanent updating of *ius gentium* and its principles in the common work of system enhancement

从19世纪末开始，以对罗马法“释读”而产生的法国法及德国法、以及对二者进行调和的日本经验、此后的俄罗斯经验为基础，中国多次调整对罗马法体系的继受方向。1978年以后，中国法学家们更提出直接探寻罗马法渊源的诉求，罗马法系框架下法典化和中国法学人才培养观测站应运而生。由此产生一位中国同仁所称的

‘对罗马法的第二次继受’：参照罗马法体系的原则，对当今特别是中国制订民法典过程中相关问题所涉及的法律原则和框架进行反思。民法典的工作使中国法学得以成长，法典是这种发展的硕果；具有特定法学能力、在法产生过程中参与立法活动的职业群体的作用不断加强。在此进程中，对这一事实的认可至关重要：体系中的法是多重渊源尤其是人民的法令（法律以及习俗）以及法律科学共同作用的结晶。此种渊源多重性对罗马法系成长的共同努力中的‘万民法’及其原则的持续更新起必要作用。

1. *Premessa*

Ho sempre precisato che non sono un sinologo, ma uno studioso del diritto romano, del suo sistema e, per introdurre a questo Seminario, mi

permetto innanzitutto di richiamare assai brevemente i fondamenti romanistici che sono risultati a mio avviso presenti nel dialogo con i colleghi cinesi in questi oltre venticinque anni di collaborazione. Successivamente, altrettanto brevemente, riproporrò un tema che ritengo centrale: il *ius* e il codice come prodotti di più fonti, concorrenti e convergenti: la concorrenza e convergenza di questa pluralità di fonti, infatti, caratterizza il sistema nel *cottidie in melius produci* (D. 1, 2, 2, 13) *l'omne ius hominum causa constitutum* (D. 1, 5, 2).

2. Il rapporto fra la Cina e il sistema del diritto romano tra la fine dell'Ottocento e il 1978

Le tematiche del dialogo che ho svolto con i colleghi giuristi cinesi si sono delineate per gradi. I fondamenti romanistici che sono risultati interessanti sono emersi lentamente e quanto ora espongo non è solo un breve rapporto, ma anche, in parte, una ricerca di riesame del loro ruolo in questa vicenda in corso.

L'avvio della collaborazione si realizzò in un Incontro di studio nell'Aula Marconi del CNR, nel febbraio 1989; esso fu orientato dagli equilibrati suggerimenti del collega Huang Feng¹ in un incontro con lui avuto a Roma nell'autunno 1988 e si è svolto nell'ambito delle attività del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano, con riferimento ad una ricerca CNR da me diretta. Fu relatore il Rettore della Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza-CUPL di Pechino, Jiang Ping, civilista, romanista, membro della Commissione permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale della Repubblica Popolare Cinese e Vice-Presidente della Commissione Giuridica della stessa. Erano presenti i colleghi del Gruppo di ricerca P. Catalano, L. Labruna, L. Capogrossi Colognesi, e inoltre i colleghi G. Pugliese, F. Serrao, P. Rescigno, G. Recchia e numerosi altri. Il Presidente *p.t.* della Repubblica italiana, F. Cossiga, ci ha inviato un telegramma, non di pura forma².

Quattro sono state le grandi coordinate richiamate da Jiang Ping nella sua esposizione: il rapporto fra la Cina e il sistema del diritto romano nei

¹ Il collega, specialista di Diritto penale, traduttore agli inizi degli anni '80 dell'opera *Dei delitti e delle pene* di Beccaria, Pechino 1981, poi, dagli anni '90, dei fascicoli di *Corporis Iuris Civilis fragmenta selecta*, 1. *Sulla giustizia e sul diritto*, Pechino 1992; 2. *Sul diritto delle persone*, Pechino 1995; di *Gai Institutionum Commentarii*, Pechino 1996; delle *Istituzioni* di P. BONFANTE, Pechino 1992; della *Storia del diritto romano* di G. GROSSO, Pechino 1994, è stato premiato con il Premio «Henryk Kupiszewski» del Centro Romanistico Internazionale di Copanello nel quadro del III Premio Romanistico Internazionale Gérard Boulvert (1996).

² Cfr. S. SCHIPANI, [La cultura giuridica romana nella Cina popolare] *I temi, le prospettive e Saluto*, in *Index* 16 (1988) 363 ss. Ivi anche il telegramma del Presidente della Repubblica.

cento anni anteriori al nostro seminario; l'economia socialista di mercato; la terminologia giuridica; le fonti antiche³.

Il ripetersi dell'orientarsi della Cina verso il diritto romano durante il Novecento, in condizioni politiche assai diverse l'una dall'altra, anche se assai rapidamente accennato, ha costituito il punto di partenza schematizzato da Jiang Ping con tre significativi riferimenti: a) il periodo pre-socialista; b) il ruolo di Mosca e dell'esempio dell'Unione Sovietica dei primi anni '50; c) la recente svolta di politica del diritto del 1978, con il riconoscimento del «significato sociale generale del diritto romano», della sua «razionalità», della possibilità di essere «ereditato» e quindi della sua utilizzabilità da parte della RPC nell'apertura alla problematica dell'economia socialista di mercato.

a) Per il periodo pre-socialista, il riferimento al diritto romano implicava tacitamente essenzialmente un riferimento al contributo scientifico e legislativo di Pothier e di Savigny, del Code Napoléon e del BGB, della Scuola dell'esegesi e della Pandettistica e, soprattutto per questa, alla mediazione del Codice civile giapponese (1898) e in generale degli sviluppi degli studi giuridici ispirati al sistema romanistico avvenuti in Giappone nella seconda metà dell'Ottocento. Tale riferimento significava altresì un implicito richiamo al rinnovamento della relazione fra *ius omnium hominum communis* e *suus legibus uti* insito nell'introduzione in Cina degli studi giuridici universitari⁴. Fattori tutti che si ponevano alla base e accompagnavano, in una prospettiva 'difensiva'⁵, il progetto di codice civile degli ultimi anni dell'Impero

³ Cfr. la relazione di JIANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare cinese*, in *Index* 16 (1988) 367 ss., ripubblicata poi in L. FORMICHELLA - G. TERRACINA - E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, Torino 2005, 3 ss.

⁴ Per lo strato più remoto, cfr. E. RAINI, *La traduzione dalle lingue europee al cinese: l'introduzione dei diritti stranieri*; per le traduzioni e l'insegnamento, cfr. L. COLANGELO, *L'introduzione del diritto romano in Cina: evoluzione storica e recenti sviluppi relativi alla traduzione e produzione di testi e all'insegnamento*, in *Roma e America* 36 (2015) rispettivamente 211 ss., 175 ss.; per un esempio delle prime informazioni disponibili in Cina sul diritto romano, cfr. L. COLANGELO, *L'introduzione del diritto romano in Cina tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX: il contributo di Kang Youwei*, in T. PELLIN - G. TRENTIN (a cura di), *Atti del XV Convegno dell'Associazione Italiana di Studi Cinesi - AISC* (Macerata, 24-26 settembre 2015) Venezia 2017, 40 ss.; spunti anche in S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina, in XXI Secolo. Norme e idee*, Roma 2009, 527 ss.; ID., *Il sistema giuridico romano: un ponte fra i diritti di Cina, Europa e Paesi dell'America Latina. Il ruolo del BRICS*, in G. DALLA TORRE - C. MIRABELLI (a cura di), *Verità e metodo in giurisprudenza. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini nel 25° della consacrazione episcopale*, Roma 2014, 603 ss.

⁵ Ho altrove già accennato (SCHIPANI, *Diritto*, cit., 529) a come l'adozione di codici civili, o l'avvio di essa, in alcuni paesi come l'Egitto, il Giappone, la Cina, tra la fine dell' '800 e l'inizio del '900, veda lo svolgimento, da parte di tali codici, di un ruolo di strumento di 'resistenza' e 'difensivo' di ciò che è proprio rispetto ai tribunali misti, tribunali consolari legati ai trattati ineguali ecc. che le 'potenze occidentali' imponevano in base ad una 'inadeguatezza' dei diritti locali. L'adozione di codici consentiva, infatti, il rifiuto di tali tribunali e, con i tempi

(1911) e della successiva maturazione di quello della Repubblica, diventato codice (1929-1931) e tuttora in vigore a Taiwan⁶.

b) Il ruolo di Mosca portava implicito il richiamo agli sviluppi della Terza Roma, dell'Accademia greco-slavo-latina con la svolta che porta al ruolo, per gli studi giuridici, della fondazione dell'Università di Mosca e di quella di San Pietroburgo, e, oltre un secolo dopo, del Seminario Imperiale Russo di Diritto Romano, fondato a Berlino nel 1887 sotto la guida di H. Dernburg, con i segni che questa complessa eredità del sistema del diritto romano lascia nei codici della NEP del 1922, poi nel superamento della 'crisi antigiuridica' e nel posteriore dibattito sfociato nei progetti di Cc. del 1938, 1948, 1951 e che poi arriva in Cina; infatti, parallelamente al maturare di essa, era avvenuta, nel contesto della guerra contro il Giappone, la fondazione da parte del Partito Comunista Cinese della Shanbei Public School (1937) da cui, dopo la fondazione delle RPC (1949), derivò l'Università del Popolo della Cina / Università Renmin-RUC (1950), e poi ancora, nel 1952, la fondazione, da parte del Ministero della Giustizia della RPC, dei cinque Istituti universitari per la formazione di giuristi (posteriormente trasformati nelle Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza, a Pechino-CUPL, nel Nord-Ovest a Xi'an-NWUPL, nel Sud-Ovest a Chongqing-SWUPL, nel Centro-Sud a Wuhan ora Zhongnan-Università di Scienza Giuridica e Finanziaria, e nell'Est a Shanghai-ECUPL) e il grande lavoro di traduzione giuridica dal russo al cinese dei «principali manuali di giurisprudenza dell'Unione Sovietica» negli anni 1952-1956⁷ (il collega Jiang Ping, insieme a numerosi altri giovani universitari cinesi, studiò giurisprudenza a Mosca).

c) Nel dicembre 1978, nella Terza Sessione Plenaria del Comitato Centrale eletto nell'XI Congresso Nazionale del PCC, è maturata una svolta che costi-

propri, la rielaborazione del sistema stesso così assunto portando, ad es. in Egitto, al Cc. del 1948, di 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri, nella realizzazione del quale i risultati di una scienza giuridica romanistico-civilistica egiziana ha svolto un ruolo non isolato ma proprio, e in cui si sono intrecciati anche elementi del, o spazi per il diritto islamico (su questo dialogo, cfr. ad es. ABDELAZIZ SHADY, [*Le Istituzioni di Giustiniano, base della dottrina romanistica*], trad. it. 'ABDEL'AZIZ PASCIA FAHMI, rist. Cairo 2005, in *Roma e America* 25 (2008) 225 ss.).

⁶ Su questo codice, cfr. R. POUND, *Roman Law in China*, in *L'Europa e il diritto romano. St. P. Koschaker*, I, Milano 1954, 439 ss., testo scritto nel 1948 quando era *advisor* del Ministero della Giustizia della Repubblica cinese con capitale a Nanchino. Certo, il suo parere favorevole ad esso influì sulla sua posteriore permanente vigenza a Taiwan. Per una sintetica puntuale presentazione in italiano della vicenda della codificazione cfr. H. PAZZAGLINI, *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo Cinese* 76 (1991) 49 ss.; FEI ANLING, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi*, in *Roma e America* 23 (2007) 117 ss.

⁷ Cfr. il *Progetto di istituzione delle Facoltà di Giurisprudenza e degli Istituti di Giurisprudenza*, redatto dal Ministero dell'Educazione nel 1951 citato da DING MEI, *Introduzione al diritto cinese contemporaneo*, in FORMICHELLA - TERRACINA - TOTI (a cura di), *Diritto*, cit., 103 la quale precisa che dal 1952 al 1956, furono tradotti 156 manuali di diritto sovietico.

tuisce un ulteriore momento di orientamento della Cina verso il sistema del diritto romano e produce nuove ‘domande’ nei confronti di esso. La volontà sia di superamento degli obbiettivi del cosiddetto ‘nichilismo giuridico’ e dei limiti della complessiva eredità giuridica del periodo anteriore ora richiamata, sia di edificazione della «economia socialista di mercato» e di «un socialismo dalle caratteristiche cinesi»⁸, venne a includere, quale presupposto, che «la Cina è un paese che ha accolto la tradizione del ‘diritto civile’» e condusse a voler realizzare un ripensamento di quanto il sistema del diritto romano aveva dato attraverso le riletture moderne di esso sopra richiamate, e di quanto potesse dare con l’assunzione di esso in tutte le sue potenzialità, dal *principium*.

È il canone metodologico enunciato da Gaio e fatto proprio dai codici giustinianeî quello che veniva sostanzialmente in primo piano: il *principium* è *potissima pars* (D. 1, 2, 1)⁹; il tempo è dimensione propria del diritto. Il *principium* permane e concorre a dare forma alla costruzione del futuro, di cui rimane parte¹⁰, e per il quale è «attuale» («attuale»), termine questo che chiaramente attingo dalla traduzione di Scialoja del titolo dell’opera di Savigny¹¹, e che uso sottolineando il profilo descrittivo della vigente presenza nel diritto odierno anche di principi che hanno radice nell’età della formazione del sistema e che, quotidianamente selezionati e migliorati, continuano ad innervare vitalmente l’accrecimento del sistema stesso¹².

Con riferimento alla ‘economia socialista di mercato’, alla ‘edificazione di un socialismo dalle caratteristiche cinesi’, infatti, si apriva la porta a una riflessione sulla necessità, per esso, del ruolo della *bona fides* e dell’*aequitas* nello svolgimento dell’attività di operatori diversi, non parti di una stessa gestione unitariamente amministrata, per gli accordi fra i quali Labeone (D. 50, 16, 19) ed Aristone (D. 2, 14, 7, 2) avevano sottolineato la centralità normativa del *synallagma* (tema che è stato, recentemente, in Italia al centro di una serie di importanti contributi di assai vasto interesse¹³) nel suo affian-

⁸ Cfr. l’impostazione enunciata da Jiang Zemin su cui cfr. G. TERRACINA, *Introduzione alla bibliografia romanistica pubblicata in Cina (1978-2003)*, in *Index* 32 (2004) 259 ss. (= in FORMICHELLA - TERRACINA - TOTI (a cura di), *Diritto*, cit., 73 e nt. 12).

⁹ Cfr. S. SCHIPANI, *Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto. Schede sulla formazione di un concetto*, in *Nozione Formazione e Interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo, III*, Napoli 1997, 631 ss. (= in ID., *La codificazione del diritto romano comune*², rist. con brevi Note aggiuntive Torino 2011, 83 ss.).

¹⁰ Cfr. anche Cic. *rep.* 6, 25-27 = *Tusc.* 1, 23, 54.

¹¹ F.C. DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. SCIALOJA, Torino 1886.

¹² Mi pare esprima il senso di questa prospettiva il titolo della rivista *Roman law and modern civil law*, diretta da Xu Guodong, e giunta al vol. 9, 2016.

¹³ Fra i molti scritti, desidero menzionare i corsi di F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di*

care il consenso in un delicato equilibrio reciproco nella ricerca dell'equivalenza negli scambi fra parti fra loro uguali¹⁴.

L'economia socialista di mercato impegna altresì a ripensare all'obbligazione come *iuris vinculum* (I. 3, 13 pr.): questo, infatti, soprattutto nell'odierno contesto di enorme espansione dei rapporti obbligatori di fare, a cominciare da quelli di lavoro, non può e non deve sfociare nella groziana «alienatio» di una «*particula nostrae libertatis*»¹⁵, ma piuttosto deve approfondire la prospettiva originaria di esso che lo pone in contrapposizione rispetto alle forme di appropriazione, e da tale contrapposizione deve sviluppare ad es. l'intuizione di Savigny che, insoddisfatto dall'idea di 'dominio' sulle persone, rilevava l'importanza dell'«aiutarsi reciproco / 'sich gegenseitig fördern'» che scaturisce e si svolge come collaborazione nell'ambito dell'autonomia, cioè di quel «Gebiet, in welchem <das freye Wesen> unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat»¹⁶.

L'accento sulla società impegna a ripensare altresì il diritto di proprietà e le varie forme di diritti reali, da rielaborare con un superamento delle prospettive dell'individualismo. Esso, quindi, sollecita a non dimenticare che proprio in rapporto agli abusi, che in nome della proprietà possono essere inflitti agli uomini, si era pervenuti altresì ad esplicitare che «è interesse dei proprietari / della repubblica che ciascuno usi bene del suo»¹⁷ e a trarre da

Diritto romano, I, Torino 1992; II, Torino 1995 e la sintesi presente nel suo articolo Id., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America* 7 (1999) 17 ss.

¹⁴ La legge sui *Principi generali del diritto della R.P.C.* del 1986 sottolinea, all'art. 2 il principio della uguaglianza necessaria fra le parti nei rapporti del diritto civile, ribadito nella posteriore *Legge sui contratti della R.P.C.*, del 1999, art. 3, che è seguito dall'affermazione del principio del consenso delle parti (art. 4), dell'equità (art. 5), della buona fede (art. 6). Il vigoroso attacco alla buona fede dei *Principi* di Unidroit, che la considerano giustamente *ius cogens* (art. 1.7), si pone alla base dell'attenzione cinese ad essi. Cfr., sulla buona fede, R. CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino 2004; sulla legge dei contratti, cenni in S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico*, in *Roma e America* 8 (1999) 225 ss. (= in FORMICHELLA - TERRACINA - TOTI (a cura di), *Diritto*, cit., 137 ss.).

¹⁵ Così H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II.2 par. 4 seguito da S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, II.5 par. 7.

Cfr., F. WIEACKER, *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, in AA. VV., *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973, 223 ss.; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, 393.

¹⁶ F.K. V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1940, parr. 52 s.; S. SCHIPANI, *Obligaciones e sistematica. Cenni sul ruolo ordinante della categoria*, in *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti Giornata studi in onore di L. Lantella (Torino, 2013)*, Napoli 2014, 123 ss.; Id., [Reflections on the Concept of Obligation and its Status in Legal System], trad. cin. CHEN HAN, in *Northern Legal Science* 9.3 (2015) 6 ss.

¹⁷ Gai. 1, 53; Coll. 3, 3, 1-3; I. 1, 8, 2; D. 1, 6, 2.

questo principio le conseguenze adatte alle circostanze, anche in rapporto al denaro / capitali finanziari. Esso sollecita pure a rinnovare momenti creativi di fronte alle esigenze di trasformazione del regime delle terre comuni delle collettività e alle possibili nuove forme di *uti frui habere possidere* da parte dei singoli che vada al di là di un *numerus clausus* che deve valere nei confronti degli accordi fra i singoli, ma non ha limitato né può limitare la produzione di nuove figure di diritti reali da parte delle fonti del diritto le quali si trovano a dover sviluppare ad es. il principio che, fino a quando non venga sostituito da altre efficaci forme di sicurezza sociale, il rapporto con la terra è la forma concreta attuale di tale sicurezza per chi lavora la terra e vi risiede, o il principio del coinvolgimento delle comunità contadine interessate alle trasformazioni così come a configurare ad es. idonee garanzie reali per reggere gli investimenti di modernizzazione dell'agricoltura. Esso impegna all'individuazione di forme adeguate alla tutela e recupero di antichi equilibri ambientali, o alla realizzazione di nuovi. Esso guida nel confrontarsi con le altrettanto enormi dimensioni, anche se diverse, della problematica dello sviluppo delle città, o con quello delle grandi aree industriali¹⁸. Ecc.¹⁹.

Il collega Yang Zhenshang, due anni dopo, tra molti altri punti ha indicato alla nostra collaborazione il ruolo del «diritto naturale», «la ricerca dell'uguaglianza», «il culto fedele della ragione» come basi proprie del diritto romano grazie alle quali esso ha sviluppato la possibilità di compiere al proprio interno la critica del diritto effettivo, cosa che, sottolineava, costituiva una prospettiva diversa da quella propria del diritto cinese, e necessaria²⁰. Il richiamo alla *natura*, alla *ratio* e all'*aequitas*, ha sollecitato ad approfondire con particolare attenzione il ruolo del lavoro dei giuristi; della interazione di esso con la legge, e con le altre fonti di produzione del diritto da questa derivate.

¹⁸ Sulla legge sui diritti reali del 2007, cfr. la sezione 'Diritto romano. Diritto cinese. La costruzione di un diritto comune' in F. MASINI - F. SALVATORI - S. SCHIPANI (a cura di), *Marco Polo 750 anni. Il viaggio. Il libro. Il diritto*, Roma 2006; e S. SCHIPANI - G. TERRACINA (a cura di), *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Roma 2009; M. VINCI, *Le servitù prediali e la funzione integratrice del Diritto romano (prime riflessioni)*, in *Roma e America* 28 (2009) 183 ss. Il grande problema delle terre comuni è, peraltro, ancora in fase di transizione.

¹⁹ Cfr. O. BERENDS, *Zur Lage des römischen Rechts im heutigen China*, in *Index* 14 (1986) 317 ss. Si deve, peraltro, tener presente che, in un primo periodo dopo la svolta del 1978, l'obiettivo della RPC all'introduzione del 'mercato' era rivolto essenzialmente al proprio mercato interno considerato in modo in certa misura isolato da quello internazionale; questo, poi, era 'governato' e si riferiva prevalentemente ai beni e non ai nuovi prodotti finanziari che facevano in altre aree le loro 'prove'.

²⁰ Cfr. YANG ZHENSHANG, *La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporaneo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 69.4 (1992) 582 ss. (= in FORMICHELLA - TERRACINA - TOTI (a cura di), *Diritto*, cit., 32 ss.).