



Convegni



Il nuovo Codice Civile Cinese del 28 maggio 2020

*Oltre le sfide della globalizzazione
in una prospettiva
storico-comparatistica*

a cura di Oliviero Diliberto e Gianluca Scarchillo



University Press



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

Collana Convegni 77

Il nuovo Codice Civile Cinese del 28 maggio 2020

*Oltre le sfide della globalizzazione
in una prospettiva storico-comparatistica*

a cura di Oliviero Diliberto e Gianluca Scarchillo



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2025

Il volume è stato finanziato dal Progetto di ricerca di Ateneo
“Il Nuovo Codice Civile Cinese del 28 maggio 2020. Oltre le Sfide
della Globalizzazione tra Diritto Romano e Comparazione” (RM120172B9472EE2 -
Responsabile Scientifico Prof. Gianluca Scarchillo) del Dipartimento di Scienze
Giuridiche – Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza Università di Roma.

Copyright © 2025

Sapienza Università Editrice
Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma
www.editricesapienza.it
editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420
Registry of Communication Workers registration n. 11420

ISBN 978-88-9377-392-8

DOI 10.13133/9788893773928

Publicato nel mese di agosto 2025 | *Published in August 2025*



Opera diffusa in modalità *open access* e distribuita con licenza
Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere
derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial – NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

Impaginazione a cura di | *Layout by:* Antonio Maria Quondamstefano

In copertina | *Cover image:* L'immagine di copertina (generata con AI) raffigura il ponte di seta rossa cucito, mediante le tradizionali Kuài Zi (筷子), dalla sinergia dei giureconsulti italiano e cinese. La metafora vuol mettere in risalto quanto il nuovo Codice Civile Cinese del 2020 abbia contribuito ad accorciare comparatisticamente la distanza tra l'Europa e l'Asia.

Indice

Prefazione	11
<i>I Curatori</i>	
Saluti istituzionali del Preside della Facoltà di Giurisprudenza	15
Saluti istituzionali della Direttrice del Dipartimento di Scienze Giuridiche	19
Introduzione	21
<i>Gianluca Scarchillo</i>	
SEZIONE PRIMA	
1. Alcune riflessioni circa il diritto cinese degli investimenti esteri dalla globalizzazione all'era post globale	29
<i>Renzo Cavalieri</i>	
1.1. Genesi e sviluppo del diritto cinese degli investimenti esteri	29
1.2. Verso una nuova legalità	33
1.3. Il diritto cinese degli investimenti esteri di fronte al mutamento del quadro geopolitico	37
2. Chinese civil code and its contribution to the international unification of private law	
<i>Shuai Guo</i>	
2.1. Introduction	45
2.2. The history of formulating the Chinese Civil Code	47
2.3. The new Chinese Civil Code <i>vis-à-vis</i> UNIDROIT Instruments	53
2.3.1. Commercial contracts	53
2.3.2. Security interests	58

2.3.3. Factoring	61
2.3.4. Digital assets	64
2.4. Concluding remarks: Chinese contribution to the international unification of private law	66
3. Dalle fondamenta antiche alle realtà moderne: affrontare le sfide globali con il nuovo codice civile cinese e il diritto romano come guide	73
<i>Meiling Huang</i>	
3.1. Introduzione	73
3.2. Tratti di fondo dei diritti neoromani	74
3.3. Caratteristiche del Codice Civile cinese in una prospettiva di diritto comparato	77
3.4. Conclusione	80
4. The external and internal system of chinese civil code	
<i>Shen Weixing, Huiwen Jiang</i>	
4.1. The composition of external system of Chinese Civil Code and Its Logic	83
4.1.1. From Vertical Dimension: the history of Chinese Civil Code	83
4.1.2. From Horizontal Dimension: Comparison Between Seven-Books Structure and Five-Books Structure	85
4.1.3. The Contents of Each Book in Chinese Civil Code	86
4.1.4. The logic behind the Seven-Books Structure in Chinese Civil Code	89
4.2. The Emerge of Internal System and Its Embodiment in Chinese Civil Code	91
4.2.1. What's the Internal System and How It Matters in Code	91
4.2.2. The Principle of Private Autonomy, Its Embodiment and Its Limitation	92
4.2.3. Other Principles Stipulated in Chinese Civil Code	95
4.3. How Chinese Civil Code Is Related to Other Civil Law and Its Development from Different Aspects	96
4.3.1. The Development of the Market Economy and Globalization of Chinese Civil Code	96
4.3.2. The Advancement of Technology and Its Reflection in Chinese Civil Code	98

4.3.3. The Restatement and Realization of Humanism Spirits by Chinese Civil Code	99
5. Note conclusive sulla codificazione del diritto civile in Cina <i>Diego Corapi</i>	103
SEZIONE SECONDA	
6. Lo solidarietà familiare nel diritto successorio cinese <i>Bruno Concas</i>	
6.1. La solidarietà al centro del sistema. Le peculiarità del diritto successorio cinese	117
6.2. Successione legittima	120
6.3. Esclusione dalla successione, modifica dell'ordine dei successibili e successione necessaria	122
6.4. La sussidiarietà	123
6.5. Solidarietà e rapporti di fatto	124
6.6. Solidarietà reciproca e certezza del diritto	125
7. L'eredità del <i>positum aut suspensum</i> e dell' <i>effusum vel deictum</i> nel codice civile della Repubblica Popolare Cinese <i>Benedetto Monteleone</i>	
7.1. Premessa	131
7.2. Gli articoli 1253 e 1254 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese: uno sguardo alle fattispecie	134
7.3. Continuità e discontinuità con le fattispecie <i>di actio</i> <i>de positis aut suspensis</i> e <i>action de deiectis vel effusis</i>	137
7.4. Verso l'unificazione dei due istituti: dalle <i>Institutiones</i> imperiali alle codificazioni europee	143
7.5. Le tappe verso gli artt. 1253 e 1254 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese	149
7.6. Conclusioni	152
8. Il diritto dei contratti tra globalizzazione e nuovo codice civile cinese <i>Giulio Montesano</i>	
8.1. Introduzione	161
8.2. Il nuovo contratto cinese come esempio contemporaneo di normazione globalizzata	162
8.3. Conclusioni	171

9. Il nuovo codice civile cinese e la risoluzione anticipata del contratto. Riflessioni e prospettive comparatistiche <i>Antonio Maria Quondamstefano</i>	
9.1. Introduzione	173
9.2. <i>Hochster v. De la Tour</i>	175
9.3. La Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili, strumenti di <i>soft law</i> e BGB	177
9.4. Gli articoli 563 e 578 del codice civile cinese	182
9.5. Conclusioni	184
10. Il valore “collettivo” dell’ambiente. Responsabilità e armonia tra massa e individuo <i>Alessandro Schioppa</i>	
10.1. Introduzione	189
10.2. Le vie dell’armonia	190
10.2.1. Le tradizioni “lontane”	192
10.3. Armonia e ambiente in Cina	194
10.3.1. Il contributo della codificazione nella tutela dell’ambiente	195
10.4. Armonia e ambiente in Occidente	199
10.5. Contaminazione tra sistemi: la <i>Class Action</i> in Cina	201
10.6. Considerazioni conclusive	202
11. La consuetudine nel diritto cinese. Alcune riflessioni <i>Enrico Toti</i>	
11.1. Introduzione	207
11.2. La consuetudine. Dalla Cina imperiale al Codice civile cinese	208
11.3. L’art. 10 del Codice civile cinese	211
11.4. La dicotomia diritto consuetudinario e consuetudine <i>de facto</i>	216
11.5. La Corte Suprema del Popolo	218
11.6. Conclusioni	219
12. Note sulla responsabilità civile dell’appaltatore del progetto di costruzione nel Codice Civile Cinese <i>Yuzhi Xu</i>	
12.1. Premessa. Sistema di responsabilità civile dell’appaltatore di costruzione di beni immobili nell’ordinamento cinese	223

12.2. Modello unitario di rimedi per l'inadempimento che incorpora la garanzia per i vizi <i>ex art. 801 c.c.c.</i>	225
12.3. Natura giuridica della responsabilità <i>ex art. 802 c.c.c.</i>	227
12.3.1. Tesi della natura aquiliana	228
12.3.2. Tesi della natura contrattuale	231
12.3.3. Tesi della limitazione temporale della responsabilità	235
12.4. Presupposti della responsabilità <i>ex art. 802 c.c.c.</i>	235
12.5. Considerazioni conclusive	237
Conclusioni... prospettiche	243
<i>Gianluca Scarchillo</i>	
Indice degli Autori	245

Prefazione

Questo volume raccoglie gli Atti del Convegno Internazionale dedicato a “*Il Nuovo Codice Civile Cinese del 28 maggio 2020. Oltre le Sfide della Globalizzazione tra Diritto Romano e Comparazione*”, svoltosi l’8 marzo 2024 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

Il Convegno è stato organizzato per presentare i risultati finali del Progetto di Ricerca finanziato dall’Ateneo, che si è imposto lo scopo di realizzare un primo commento sistematico, da un punto di vista della comparazione giuridica, al nuovo codice civile cinese, approvato il 28 maggio 2020 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2021.

La promulgazione segna una data epocale e giustifica l’attualità dell’interesse nei confronti della tematica. Mai prima d’ora, infatti, la Cina si era dotata di un codice civile: anzi, i molteplici precedenti tentativi erano naufragati in ragione anche delle difficoltà di individuare regole precise per una società così velocemente cangiante. Nel processo che ha condotto alla stesura del codice civile cinese, un ruolo di estremo rilievo è stato svolto dal modello romanistico.

A seguito di un ampio dibattito, tra i giuristi cinesi prevalse l’idea che il modello romanistico fosse da preferire alla *common law*. A ciò hanno contribuito più fattori: la razionalità propria del diritto romano; la vicinanza tra la cultura giuridica cinese e quella giapponese (il cc del Giappone, del 1898, fu redatto infatti sulla base dell’impulso decisivo della pandettistica tedesca); infine, ma non per importanza, gli scambi tra le Università italiane e cinesi a partire dagli anni ‘80.

È stato, dunque, opportuno sviluppare una ricerca per rinnovare una cooperazione sinergica tra la comparazione e la romanistica onde comprendere le origini e le prospettive del processo innescato con la promulgazione della codificazione civile cinese.

L'obiettivo perseguito mediante il dialogo è stato triplice. In primo luogo, approfondire il rapporto esistente tra il diritto romano e il nuovo codice civile. In secondo luogo, dare risposta agli interrogativi sull'eventualità che la stessa costituisca un modello di codificazione del tutto inedito. Infine, collocare l'esperienza di codificazione cinese all'interno del contesto geopolitico attuale, onde comprendere gli effetti futuri che questa potrà dispiegare negli scambi e nei rapporti commerciali con l'estero.

L'analisi del codice civile cinese si è posta in linea di continuità con l'attività scientifica dei partecipanti al Progetto, in un'ottica integrata tra il diritto comparato e la dottrina romanistica. Da un punto di vista metodologico, l'analisi ha avuto l'obiettivo di calare il codice civile all'interno dell'attuale tessuto sociale, economico e politico cinese. È stata presa in considerazione la provenienza degli istituti in essa confluiti, ed in questo la romanistica è stata essenziale per comprendere il ruolo giocato dal diritto romano nell'incedere dei lavori cinesi, indagando e approfondendo la rispondenza delle soluzioni accolte nello strumento legislativo menzionato rispetto alle soluzioni elaborate e offerte dal diritto romano, onde documentare l'ascrivibilità dell'emerso modello cinese a quello di codice come concepito dalla tradizione di *civil law* e stabilire se si sia in presenza di un nuovo modello di diritto privato -con caratteristiche cinesi-. Ancora, è stato contestualizzato il nuovo codice civile cinese nella sua prospettiva dinamica nel quadro economico e geopolitico attuale. L'obiettivo perseguito per tale via è stato quello di stabilire se, da un punto di vista applicativo, il contenuto del codice civile corrispondesse alla prassi cinese ovvero sia innovativo della stessa.

A tal fine, lo studio ha esaminato l'atteggiamento cinese nei commerci e negli investimenti internazionali, con un importante vaglio della condotta delle società cinesi nei principali Stati destinatari di investimenti diretti, evidenziando tutti i fenomeni di trapianti giuridici attuati negli obiettivi e sotto gli auspici della *New Belt and Road Initiative*.

La finalità, dunque, è stata quella di mettere in atto un'autentica comparazione, tale da trascendere il mero dato legislativo, dando rilievo peculiare anche ai fattori culturali, sociali, politici ed economici - nonché geografici - che a questo fanno da corredo e sul quale esercitano notevoli influenze.

Il Convegno ha disegnato, senza dubbio, la traiettoria per realizzare un primo e complessivo commento al nuovo strumento legislativo cinese, nella prospettiva di ulteriori approfondimenti e lavori futuri, rimarcando la centralità della tematica nel dibattito scientifico odierno e la necessità di un approccio olistico al tema, proprio a partire dalla sinergia edificante tra diritto romano e comparazione giuridica.

La celebrazione finale a carattere internazionale tenutasi presso la nostra Facoltà di Giurisprudenza ha, pertanto, costituito il fiore all'occhiello di un percorso di ricerca e momento di grande orgoglio scientifico e culturale durante il quale sono stati illustrati gli esiti positivi del Progetto ed offerte le prospettive future, anche *de iure condendo*.

Prof. Oliviero Diliberto – Prof. Gianluca Scarchillo

Saluti istituzionali del Preside della Facoltà di Giurisprudenza

Prof. Oliviero Diliberto

Grazie, Gianluca carissimo, e innanzi tutto complimenti sinceri per questo incontro di studi così importante e carico di molteplici suggestioni.

Saluto tutti gli illustri ospiti, i prestigiosi relatori, cinesi e italiani, rivolgo un saluto particolare a Maria Novella Rossi, una grande sinologa della Rai, che ci onora della sua presenza.

La Magnifica Rettrice, che avrebbe voluto essere con noi, non è potuta venire e mi ha incaricato di portare i saluti ufficiali del nostro Ateneo, perché, è superfluo quasi dirlo, l'avventura che Sapienza sta portando avanti in Cina non è soltanto un'avventura intellettuale della Facoltà di Giurisprudenza, ma, appunto, di tutta la Sapienza: tanto è vero, che il progetto pilota del Corso di Laurea in Giurisprudenza aperto da noi in Cina si è adesso esteso anche ad altre Facoltà, quelle di Psicologia, di Economia e di Ingegneria informatica.

Si tratta di un'avventura intellettuale straordinaria che ha preso l'avvio in fondo pochi anni fa, perché è dal 2016 che abbiamo incominciato, con i colleghi cinesi, questo percorso: e mi è grato sottolineare che è qui presente (e parlerà fra poco) una delle protagoniste assolute della vicenda, la Prof.ssa Huang Meiling, che io ho seguito scientificamente sin da quando era dottoranda di ricerca a Roma. Un percorso, dunque, molto lungo, bello anche dal punto di vista personale. Ma è per me motivo di particolare orgoglio sottolineare che la Huang è la prima ordinaria di Diritto Romano – solo di Diritto Romano, mentre le cattedre erano precedentemente di Diritto Civile e Diritto Romano – in Cina. Il Codice civile cinese è entrato in vigore il primo gennaio del '21. E la traduzione del ccc ad opera della Huang è, in assoluto, la prima traduzione del codice realizzata fuori dalla Cina: si tratta dell'ultimo frutto della collaborazione tra Sapienza Università di Roma e Zhongnan University of Economics and Law

(ZUEL) di Wuhan, iniziata ufficialmente il 13 gennaio 2017 con la firma della convenzione che ha costituito il Centro Studi Giuridici Italo-Cinese, alla presenza del Capo dello Stato, On. Prof. Sergio Mattarella, che ci volle onorare della Sua presenza.

L'approvazione del nuovo Codice civile cinese va, peraltro, nella direzione indicata dal Presidente Xi Jinping, che, a più riprese, ha affermato che la Cina deve tendere alla costruzione di uno Stato di diritto. Governare il Paese secondo la legge è "strategia fondamentale" del PCC sin dal XVIII Congresso Nazionale.

Il ccc rappresenta il frutto di plurime contaminazioni e "trapianti giuridici" di modelli stranieri con la plurimillennaria cultura cinese. Ma la matrice romanistica del Codice è evidente: nel sistema complessivo, nel lessico, nelle soluzioni interpretative.

La grande differenza del processo di codificazione civile cinese, rispetto ad altri codici civili (e a differenza dello stesso codice italiano), è che manca – con tutta evidenza, almeno secondo me – la mediazione del *Code Napoléon*, benché la conoscenza della dottrina francese sia comunque presente. Tutte le codificazioni a base romanistica hanno infatti recepito il diritto romano attraverso la sua tradizione secolare lungo il medioevo e l'età moderna: in tali codificazioni, per dirla in modo sommario, il diritto romano è stato "filtrato" soprattutto dalla mediazione politica e culturale del codice napoleonico. I codici civili contemporanei, in buona sostanza, hanno tutti una base romanistica, ma essa è il prodotto di una mediazione borghese, illuministica, che non discende direttamente dal diritto romano in quanto tale, bensì dalla lettura (e dall'utilizzo) che di quest'ultimo avevano fatto i compilatori del codice civile francese del 1804.

La codificazione cinese, viceversa, ha – per così dire – "saltato" la mediazione napoleonica, per cimentarsi direttamente nell'appropriazione e nella rielaborazione del sistema romanistico, partendo direttamente dalle fonti giuridiche romane. Paradossalmente, dunque, Il Codice civile cinese, per certi versi, è più omogeneo al diritto romano di quanto lo sia il Codice civile italiano del '42:

Termino con una considerazione personale. Sono stato molto fortunato perché ho potuto vivere – e sto ancora vivendo – questa straordinaria, e per certi versi unica, avventura intellettuale, quest'incontro fra due civiltà millenarie, quella romana e quella cinese

(quella cinese è peraltro molto più antica della nostra, avendo cinquemila anni di storia).

A questo proposito, quando nel 2019 il Presidente Xi Jinping è venuto in Italia in visita di Stato per siglare l'accordo della Nuova Via della Seta (durante il governo Conte I), scrisse un articolo apparso sul Corriere della Sera. In esso, il Presidente cinese descriveva l'amicizia tra Italia e Cina come un fenomeno radicato in una prestigiosa eredità storica: "La Cina e l'Italia sono rispettivamente emblema della civiltà orientale e occidentale". Nel mio articolo "Evento Storico" pubblicato sulla prima pagina del Quotidiano *The People's Daily*, ho scritto che la cooperazione tra le università giuridiche dei due Paesi sta adempiendo alle indicazioni del Presidente Xi di "formare i talenti giuridici di caratura globale".

Nel mondo – ancora una volta mi scuso per la sommarietà di questa affermazione – ci sarebbero stati due imperi, quello cinese per l'Oriente e quello romano per l'Occidente e l'Italia sarebbe in questo senso l'erede di quest'ultimo. L'Italia gode quindi ancora, immeritatamente forse, dell'onda lunga dell'impero romano, che è ritenuto nell'immaginario dei cinesi l'unico altro riconosciuto come allo stesso livello di quello cinese. Un altissimo riconoscimento, che comporta una altrettanto grande responsabilità.

Una cosa posso affermare con assoluta convinzione: abbiamo lavorato tantissimo – noi e i colleghi cinesi – sempre con l'unico scopo di far progredire la scienza, lo scambio intellettuale e culturale, l'incontro tra due mondi così geograficamente lontani, ma accomunati da analoghe passioni.

Abbiamo costruito ponti e non muri.

La via della seta, quindi, in definitiva, che si è intrecciata con la via e le vie del diritto.

Saluti istituzionali della Direttrice del Dipartimento di Scienze Giuridiche

Prof.ssa Luisa Avitabile

A nome del Dipartimento di Scienze Giuridiche, che ho l'onore di dirigere, porto i saluti di benvenuto alle studiose e agli studiosi qui presenti, con l'auspicio che i lavori di questo Convegno possano svolgersi in modo proficuo e riflessivo, anche in direzione di progetti futuri.

Ringrazio le illustri relatrici e gli illustri relatori, nonché gli organizzatori dell'iniziativa che, grazie all'intensa attività del Professor Gianluca Scarchillo, hanno dato avvio a una significativa ricerca sul tema del nuovo codice civile cinese; saluto il professor Diego Corapi, Emerito di diritto privato comparato che ci onora sempre della sua presenza.

Il Codice civile cinese consta di quasi 1300 articoli e presenta un imponente lavoro di studio di istituti complessi che appartengono al sistema normativo cinese. Nel 1990, in seguito alla promulgazione di una serie di leggi su singole categorie e discipline, i giuristi cinesi hanno pensato di redigere un testo che contenesse tutte le disposizioni inerenti il diritto civile. L'approvazione da parte dell'assemblea popolare cinese, attraverso una procedura articolata, lo rende un *unicum* nel panorama giuridico internazionale, al quale gli occidentali guardano con rispettoso interesse e curiosità.

Alcuni cenni sulla storia della codificazione civile cinese aiutano a comprendere meglio un mondo così lontano da quello occidentale e pure così contiguo. Il primo Codice civile cinese viene approvato nel 1931, ma, a causa dell'invasione giapponese, prima, e della seconda guerra mondiale, poi, non entra mai in vigore se non in alcune grandi città. Nel 1949, con la nascita della Repubblica Cinese, la codificazione civile permane solo a Taiwan, mentre l'attuale codificazione si presenta come l'epilogo di un lungo processo che vede impegnati lo statuto romanistico e quello civilistico: esperti, studiosi di diritto

romano, storici, teorici generali del diritto, comparatisti si sono messi al lavoro per realizzare l'attuale raccolta di leggi. Si può dire che si tratta di un percorso ancora *in itinere*, almeno per quanto riguarda l'approfondimento dello studio di alcune categorie, istituti e settori.

Il nostro Dipartimento è aperto alla comparazione internazionale: il dialogo si è rafforzato, è vivificato attraverso una serie di iniziative, nate in questa Facoltà, secondo un'architettura che procede dal Professor Oliviero Diliberto, ordinario di Diritto romano, attuale Preside della Facoltà che, con i suoi incarichi significativi all'interno dell'Ateneo, ha promosso la cultura giuridica cinese cercando di far dialogare due civiltà così significative e rilevanti nel panorama internazionale.

Augurandovi buon lavoro, rivolgo un saluto affettuoso alla Professoressa Laura Moscati coordinatrice magistrale del Dottorato di ricerca del nostro Dipartimento che svolge un ruolo significativo nella formazione di studiose e studiosi aperti alla comparazione internazionale e all'approfondimento di questioni giuridiche di altre realtà istituzionali.

Introduzione

Prof. Gianluca Scarchillo

Mi sia consentito innanzitutto ringraziare le Istituzioni Universitarie, la Magnifica Rettore per aver accolto con piacere l'organizzazione di questo Convegno, delegando, a causa di concomitanti impegni istituzionali in questa giornata dedicata all'uguaglianza di genere e all'autodeterminazione di tutte le donne, il nostro Amplissimo Preside per i suoi saluti, il nostro Preside, appunto, Prof. Oliviero Diliberto, che non ha mai fatto mancare la vicinanza personale e di tutta la Facoltà ad iniziative scientifiche di interesse per la comunità accademica e studentesca, alla nostra Direttrice, Prof.ssa Luisa Avitabile, per la continua condivisione ed il costante supporto sia personale che di tutto il Dipartimento di Scienze Giuridiche, la Prof.ssa Laura Moscati per l'amicizia ed il cammino condiviso con le relazioni internazionali della Facoltà, tutti i colleghi presenti, a testimonianza della ininterrotta e reciproca stima, gli illustri relatori ed i giovani studiosi per aver accettato cortesemente e con entusiasmo l'invito ad un dialogo scientifico su tematiche sempre più attuali e di spiccato interesse per il mondo dei giuristi, che devono essere sempre pronti a raccogliere le sfide che il mondo della globalizzazione ci pone davanti, il mio Maestro Prof. Diego Corapi, Emerito di Diritto Privato Comparato in questa Facoltà, per la sua incessante e stimolante presenza fisica ed intellettuale sempre rassicurante e proficua per me, in particolare, e per tutti noi, la gratitudine è infinita, il Comitato organizzativo che ha magistralmente diretto, finora, la programmazione della giornata, e, *last but not least* un ringraziamento profondo a tutti i futuri giuristi e professionisti, ossia a tutte le studentesse e a tutti gli studenti, senza di loro noi non esistiamo e non avremmo ragion d'essere. Grazie, la vostra presenza è per me e per tutti noi segno indelebile che la strada intrapresa è quella giusta, sicuramente non fallimentare.

Il 28 maggio 2020, la Cina si è dotata per la prima volta di un codice civile, entrato in vigore il 1° gennaio 2021. La promulgazione segna una data epocale: mai prima d'ora, infatti, la Cina si era munita di un

codice civile: anzi, i precedenti tentativi posti in essere da illustri esponenti erano naufragati in ragione anche delle difficoltà pratiche di individuare regole precise per una società così velocemente cangiante.

Nel processo che ha condotto alla stesura del codice civile cinese, un ruolo di estremo rilievo è stato svolto dal modello romanistico. A seguito, difatti, di un ampio dibattito, tra i giuristi cinesi prevalse l'idea che il modello romanistico fosse da preferire alla *common law*.

A ciò hanno contribuito più fattori: la razionalità propria del diritto romano; la vicinanza tra la cultura giuridica cinese e quella giapponese; infine, ma non per importanza, gli scambi tra le Università italiane e cinesi a partire dagli anni '80.

Le attività di riforma del diritto civile cinese costituiscono uno degli ambiti più significativi del dibattito giuridico odierno. In generale, va segnalato come la tradizione culturale cinese si sia orientata nel senso di guardare al fenomeno del diritto sotto forma di norma scritta - di legge - con una certa circospezione. Tale ritrosia, di derivazione confuciana, ha trovato poi, storicamente, la propria massima espressione nel momento dell'ascesa al potere da parte di Mao Tse Tung. Contestualmente alla nascita della Repubblica Popolare Cinese fu adottato, difatti, un provvedimento abrogativo di tutte le leggi vigenti in precedenza: gli ideali di un mondo senza legge propugnati dal confucianesimo si innestavano nel solco del e trovavano nuova linfa vitale nel comunismo.

Un'inversione di tendenza si è registrata a partire dagli anni 70 del secolo scorso, momento in cui sono state intraprese una molteplicità di riforme legali sotto la presidenza di Deng Xiaoping. Solo per citare alcuni dei provvedimenti adottati grazie alla politica di apertura iniziata da quest'ultimo, possono menzionarsi la legge sulle *joint ventures* del 1979 (ispirata al modello statunitense), la legge sul diritto di famiglia del 1980 (poi modificata a più riprese, da ultimo nel 2001) e - nello stesso anno - il Codice penale. Nel 1986 sono stati approvati i Principi Generali del diritto civile cinese, che conferivano al negozio giuridico una significativa centralità nel sistema delle obbligazioni.

Diritto romano e diritto comparato, dunque: perché funziona il connubio?

L'elaborazione civilistica cinese attrae ed ha attratto l'interesse degli studiosi del diritto comparato: ne sono testimonianza l'elevato numero di istituti di ricerca di diritto comparato specializzati nella

ricostruzione del quadro giuridico cinese. In Italia, in dettaglio, l'impegno profuso nella ricostruzione del diritto cinese è stato appannaggio preminente della scienza romanistica, in ragione dell'importanza che in Cina viene, come detto, attribuita al diritto romano. In particolare, la Sapienza ha dato vita insieme alla Zhongnan University of Economics and Law - all'Istituto Universitario Italo-Cinese dove una posizione fondamentale è senza dubbio attribuita proprio al ruolo di ponte che il diritto romano svolge per una migliore conoscenza del sistema di diritto cinese. Preside dell'Istituto e architetto unico della costruzione di questo ultimo ponte il nostro Preside Oliviero Diliberto, che ha coordinato con estrema cura un progetto davvero lungimirante, ossia l'edizione italiana proprio del codice civile cinese.

Tuttavia, uno spazio significativo è da riconoscere chiaramente anche alla Comparazione.

L'apertura verso l'Occidente che caratterizzò soprattutto la fase dell'avvicendamento tra impero e Repubblica portò ad una intensa attività normativa ispirata all'esempio europeo che, nell'ottica della modernizzazione, tendevano a superare gran parte della tradizione giuridica di matrice confuciana. In questo contesto venne riconosciuto ampio spazio al diritto comparato come via attraverso la quale rinnovare il quadro giuridico cinese con la lente dell'esperienza occidentale in diversi ambiti.

Tale percorso di comparazione con l'Occidente europeo e statunitense e di importazione di istituti giuridici e concetti s'interruppe però allorché nel 1949 con la fondazione della Repubblica Popolare Cinese si decretò il superamento e l'abbandono del precedente sistema giuridico dalle fattezze capitalistiche e occidentali con l'obiettivo di realizzare il comunismo in Cina. Evidentemente anche la comparazione giuridica – focalizzata da quel momento sull'Unione Sovietica – ebbe per lungo tempo un graduale assopimento.

L'attenzione rivolta alla cultura giuridica straniera ebbe poi a riaccendersi nella seconda metà del secolo scorso specialmente in coincidenza con la fase di graduale apertura al mercato (sempre con "caratteristiche cinesi").

Il Codice stesso è espressione, quindi, delle contaminazioni figlie della comparazione. Questo, infatti, da un lato mostra le tracce dell'incontro con l'esperienza giuridica occidentale – di matrice romanistica ma anche di *common law* – e dall'altro riflette l'impianto ideologico e valoriale del socialismo cinese che si propone espressamente di promuovere e sviluppare.

Ecco allora che l'immagine di quella muraglia che tanto incanta ed affascina, per la sua maestosità, l'osservatore occidentale più che dividere oggi pare avvolgere, stendersi da un capo all'altro dell'orizzonte congiungendo idealmente ciò che appare lontano. Abbracciando il molteplice, anche quello che proviene da altre esperienze culturali e giuridiche, anche lontane ma comunque osservate con curiosità intellettuale e creatività.

Attraverso l'esperienza culturale cinese si coglie, perciò, il valore delle diversità, ma non come qualcosa che allontana, ma come ciò che colma – arricchendolo – lo spazio che si frappone tra più realtà culturali, giuridiche e quindi *umane*.

In tale stimolante contesto, nel dialogo, cioè, tra culture, l'occhio del comparatista cerca di intravedere e valorizzare le peculiarità delle diversità insite in ciascun ordinamento in modo da trasformare le differenze in *scarti*. Entrambi i concetti segnano una separazione, ma la differenza opera nell'ambito della distinzione, mentre lo scarto in quello della distanza. La differenza è, quindi, classificatrice dal momento che l'analisi avviene per somiglianza e differenza. Lo scarto invece si rivela come una figura non di identificazione ma di esplorazione, che fa emergere un altro possibile. Difatti, parafrasando il filosofo François Jullien, si può dire che lo scarto culturale del comparatista fa uscire la cultura dal solco della tradizione, il pensiero dalla comodità del dogmatismo. Il concetto di scarto permette di pensare l'origine così com'è, ossia di affrontarla non in modo fisso ma evolutivo, direi trasformativo e fermentativo. È proprio da ciò che il rapporto tra culture può trarre vantaggio, anziché vederle ingabbiate in mere divergenze.

Ciò rappresenta un'ulteriore dimostrazione della comparazione come mezzo di incontro tra le culture. Un mezzo che valorizza il molteplice e non appiattisce bensì si arricchisce della diversità. Esso, inoltre, si alimenta oltre che delle componenti tecniche anche di quelle

non-tecniche ma che sono comunque in grado (e grandemente) di incidere sul diritto, di quei “non detti”, presagiti da Gino Gorla e Rodolfo Sacco. Un giurista comparatista non può ignorarli, altrimenti il suo operato si esaurirebbe ad un mero confronto, ma è chiamato, invece, a vedere le esperienze giuridiche attraverso un *caleidoscopio* la cui rifrazione di immagini e colori gli consenta di comprendere intimamente i sistemi in cui si imbatte. È solo a questo punto che si può alimentare l’incontro, il dialogo, il confronto, lo scambio di soluzioni e prospettive, insomma proprio quello che il Progetto di Ricerca, di cui mi onoro di essere stato il Responsabile Scientifico, il Convegno ed i risultati scientifici affidati ai relatori che seguiranno nelle sessioni odierne, ha voluto fortemente perseguire trasformando l’iniziale auspicio in concreta, e spero solida, realtà. Il nuovo auspicio è continuare a seminare per le presenti e future generazioni, guardando, in movimento, sempre in avanti, perché come ci insegna proprio un vecchio proverbio cinese:

“Imparare è come remare controcorrente, se smetti torni indietro”.

SEZIONE PRIMA

1. Alcune riflessioni circa il diritto cinese degli investimenti esteri dalla globalizzazione all'era post globale

Prof. Renzo Cavalieri

SOMMARIO: 1.1. Genesi e sviluppo del diritto cinese degli investimenti esteri – 1.2. Verso una nuova legalità – 1.3. Il diritto cinese degli investimenti esteri di fronte al mutamento del quadro geopolitico

1.1. Genesi e sviluppo del diritto cinese degli investimenti esteri

Oggi vorrei cercare di ricostruire sinteticamente la parabola del diritto degli investimenti esteri della Repubblica Popolare Cinese (RPC), che è durata esattamente quarant'anni, avendo avuto inizio nel 1979 con la Legge sulle *"joint ventures sino-estere"* ed essendosi in qualche modo conclusa nel 2019, con l'adozione della Legge sugli investimenti esteri (*waishang touzi fa*).

In questo quarantennio, la Cina - che all'inizio di questa vicenda era un Paese agricolo, povero e quasi autarchico, reduce dai drammatici sconvolgimenti dei "dieci anni di disordine" dell'epoca maoista - si è trasformata in una grande potenza economica e tecnologica e si è progressivamente aperta al mondo sino a diventare la protagonista indiscussa degli anni ruggenti della globalizzazione.

Con il loro sostanziale apporto di capitali, tecnologia, know-how e cultura aziendale, gli investimenti diretti esteri hanno avuto un ruolo determinante in tale processo. Oggi però il quadro geopolitico è completamente mutato e le tensioni che lo attraversano rendono assai meno agevole l'integrazione dell'economia cinese nel sistema internazionale, e ostacolano specificamente la circolazione degli investimenti diretti.

Per raccontare questa vicenda è utile evidenziare una serie di grandi tappe, partendo appunto dalla prima di esse, ossia

dall'approvazione e dalla simultanea entrata in vigore – il 1 luglio 1979 - della Legge sulle “*sino-foreign equity joint ventures*”.

Premesso che il termine inglese “*joint ventures*”, che è diventato consuetudinario, non è completamente corretto dal punto di vista tecnico (in cinese si parla di “imprese a investimento e gestione sino-estera”), la legge è una pietra miliare dell'evoluzione del diritto cinese per almeno quattro motivi.

Innanzitutto, perché – a dire il vero insieme ad alcune altre leggi fondamentali - è stata il primo atto normativo approvato dal Parlamento cinese dopo l'inizio della riforma economica. In secondo luogo, perché è stata la prima conferma normativa dell'impegno della Cina comunista ad aprire le porte ai rapporti economici e commerciali con l'estero. In terzo luogo, perché ha legittimato, per la prima volta, il profitto privato: oggi è una cosa che si dà per scontata, ma nella Cina del 1979 l'idea che un capitalista – straniero o cinese che fosse - potesse arricchirsi sfruttando il lavoro salariato dei cittadini era difficile da conciliare con le fondamentali ideologiche stesse del Paese.

Infine, è stata importantissima perché ha fornito il nucleo primigenio su cui si è sviluppato il diritto societario cinese: la legge sulle *joint ventures* infatti regolava, seppur in modo ancora molto rudimentale, una forma speciale di società a responsabilità limitata, ma allora il sistema giuridico cinese non conosceva la nozione di società commerciale, e utilizzava ancora soltanto i termini e le categorie del diritto economico di derivazione sovietica, ossia di quella parte del diritto pubblico che regolava le “imprese” (*qiye*) socialiste.

Qualche anno dopo questo primo fondamentale passo, nel 1986 ne fu compiuto un altro: una nuova legge ammise gli investimenti esclusivamente esteri, ossia aprì agli stranieri la possibilità di investire in Cina senza un *partner* locale, per mezzo di un nuovo veicolo legale, le “*wholly foreign owned enterprises*”. Nel 1988 un'ulteriore legge introdusse una terza forma di impresa mista a partecipazione estera, più flessibile di quella “a capitale e gestione sino-estera”, chiamata in inglese *cooperative joint venture*.

Con questa trilogia di veicoli di investimento diretto, negli anni Ottanta nacque dunque in Cina una nuova categoria di imprese speciali che vennero chiamate “*waishang touzi qiye*” (*foreign investment enterprises*, note con l'acronimo inglese di FIE).

La costituzione di una FIE era soggetta a un rigoroso regime di approvazione e controllo amministrativo, affidato a quello che oggi è denominato Ministero del Commercio (*Shangwu bu*). Nel 1995 venne per la prima volta introdotto un “Catalogo per l’indirizzo degli investimenti esteri” che forniva una classificazione dei settori economici nei quali gli investimenti erano “incoraggiati”, “soggetti a restrizioni” e “proibiti” (essendo tutti quelli non elencati “permessi”) e che rimase in vigore fino al 2017, per essere sostituito da un sistema di liste negative poi recepito nella Legge sugli investimenti esteri. Nel corso degli anni, i settori aperti aumentarono costantemente, innanzitutto nel comparto manifatturiero, ma anche in quello commerciale e, successivamente, anche in (parte di) quello dei servizi.

All’inizio, la disciplina delle FIE si sviluppò in un contesto legislativo ancora molto evanescente, nel quale pochissimi istituti del diritto civile e commerciale erano regolati da veri e propri atti normativi. Nel loro complesso, le leggi e i regolamenti prodotti negli anni Ottanta sulle imprese a partecipazione estera furono tra i primissimi atti volti a regolare la materia commerciale; fu anche grazie ad essi che il legislatore cinese iniziò a elaborare il lessico e gli istituti basilari di quello che, qualche anno dopo, verrà appunto definito in cinese, anche dalle fonti ufficiali, “diritto commerciale” (*shangfa*).

In questo embrionale diritto commerciale della primissima fase della riforma, convivevano in modo confuso diverse tipologie sperimentali di imprese, ciascuna delle quali era disciplinata, in base alla sua proprietà, da norme locali o provvisorie, sempre molto vaghe, mutevoli e incomplete. Al fine di coordinare i regimi delle diverse tipologie di imprese (di proprietà statale, cooperativa, privata, individuale o estera), nel 1993 fu approvata la prima, rivoluzionaria Legge sulle società (di capitali) (*gongsi fa*), che forniva una disciplina societaria unitaria utilizzabile da qualunque tipo di imprenditore, pubblico o privato. Con tale legge, che da allora è stata modificata sei volte (l’ultima nel 2023), vennero introdotte le due principali tipologie di società di capitali presenti nei sistemi giuridici di *civil law* (ma già conosciute dalla Cina nazionalista), ossia la società a responsabilità limitata e la società per azioni.

Gli anni Novanta furono anni di intensissima produzione normativa, sia a livello centrale sia a livello locale, soprattutto in

materia civile e commerciale. Gli atti normativi prodotti interagivano con quelle sulle FIE e, nonostante la frammentarietà e sperimentalità che li caratterizzava, da un lato fornivano alla legislazione speciale un quadro generale di riferimento sempre più solido, e dall'altro traevano ispirazione proprio dalla normativa speciale, adottata per attrarre gli investimenti esteri e dunque necessariamente più formale e sofisticata di quella interna.

Un altro passaggio fondamentale fu compiuto nel 2001, con l'adesione della RPC all'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO)¹, che determinò una serie di effetti, sia sulla disciplina del commercio internazionale, sia sul sistema giuridico cinese in generale. In funzione dell'adesione, infatti, l'ordinamento cinese dovette adeguarsi a numerosi requisiti, tra i quali quelli della trasparenza normativa, dell'accesso al mercato e della parità di trattamento: gli impegni assunti si sono concretizzati in svariati interventi normativi, primi tra i quali proprio alcune significative modifiche alla legislazione sulle FIE operate tra il 2000 e il 2001, che hanno rimosso alcune regole particolarmente gravose per gli investitori stranieri, come le restrizioni alle importazioni o gli obblighi di bilanciamento valutario o di trasferimento di tecnologia.

La maggiore novità intervenuta nei primi anni Duemila nella disciplina legale degli investimenti esteri, comunque, fu l'apertura agli stranieri del mercato cinese delle acquisizioni e fusioni societarie, regolata da una serie di disposizioni tra il 2003 e il 2006. Fino ad allora, infatti, gli investimenti esteri in Cina potevano infatti avvenire solo attraverso operazioni "greenfield": si istituivano società nuove, in un primo momento esclusivamente con un *partner* cinese, poi anche senza, ma comunque non era possibile realizzare quelle operazioni di M&A che consentono un accesso immediato e profondo nel mercato locale e che sono il modo più comune con cui si realizzano gran parte degli investimenti diretti nei paesi industrializzati. Nonostante le molte difficoltà di tali operazioni, la loro liberalizzazione comportò un cambio di passo nelle strategie di investimento in Cina e fu il segnale evidente del fatto che la Cina stava gradualmente diventando un mercato "normale" per le operazioni di investimento.

¹ Sull'impatto dell'adesione alla WTO sull'ordinamento cinese si veda QIN 2007, pp. 720-741.

Vale la pena qui di sottolineare che non soltanto gli accordi relativi all'adesione alla WTO, ma tutti i numerosissimi accordi bilaterali e multilaterali che la Cina ha sottoscritto e continua progressivamente a sottoscrivere hanno svolto un ruolo significativo nell'indirizzare il processo di ricostruzione dell'apparato legislativo cinese, così come è stata determinante l'importazione di modelli giuridici esteri, che è stata realizzata mediante un'attenta ricognizione comparatistica, guardando soprattutto ai sistemi più vicini, come quello giapponese, di Taiwan o della Corea, e adattando sempre, con notevole competenza tecnica, questi modelli alle esigenze e alle specificità (*tese*) dell'economia e della società cinese.

1.2. Verso una nuova legalità

Quello che però caratterizzava maggiormente il diritto vivente cinese, fino a una decina di anni fa, era la dissociazione fra la legge scritta e quella applicata. Chiunque abbia avuto a che fare con qualche aspetto del fenomeno giuridico nella Cina di quel periodo ha certamente potuto sperimentare le dimensioni di tale divergenza fra le norme declamate nelle leggi e l'effettiva applicazione di tali norme, che naturalmente è in misura variabile presente in tutti i sistemi giuridici del mondo, ma che in Cina era allora particolarmente ampia².

Le cause di questa dissociazione erano principalmente due: una era l'arretratezza infrastrutturale dell'ordinamento, cioè il livello tecnico e organizzativo di tutte le componenti dell'ordinamento. Non si deve dimenticare che nel 1979, quando venne dato avvio alla riforma economica, la Cina era un Paese sostanzialmente privo di regole giuridiche formalizzate; ogni sua componente (legislativa, giudiziaria, dottrinale) era stata completamente demolita nell'epoca del più accanito radicalismo maoista e il lavoro di ricostruzione del sistema avviato allora – e che oggi si può dire sostanzialmente concluso – è stato graduale e ha richiesto molto tempo.

L'altra causa, solo in parte collegata alla debolezza contingente dell'infrastruttura giuridica, era la fitta interazione fra regole giuridiche e regole politiche, tipica dell'ordinamento socialista cinese,

² Sulle difficoltà relative all'applicazione della legge, soprattutto nella prima fase della riforma, si veda ad es. CHEN, LI, OTTO 2002.

che determinava una serie di effetti distorsivi, soprattutto nell'amministrazione della giustizia. La RPC, infatti, è uno stato leninista, che si fonda sul principio costituzionale di modello sovietico dell'unità dei poteri³. Da tale principio discendono da un lato la dipendenza della magistratura dal potere politico⁴ (e l'assenza di un controllo di costituzionalità delle leggi) e dall'altro quella di tutti gli organi statali al ruolo di "guida" (*lingdao*) del Partito.

In tale sistema, tutte le componenti della società sono tenute a conformarsi alla guida del Partito, anche nell'eventualità in cui la volontà di quest'ultimo, generalmente espressa secondo modalità meno formalizzate di quelle giuridiche, entri in conflitto nel caso concreto con la normativa statale. E ciò vale per tutti, cittadini e imprese, pubbliche e private, e a maggior ragione per le pubbliche amministrazioni, incluse quelle alle quali è affidato l'esercizio di funzioni giurisdizionali.

Queste caratteristiche strutturali del diritto cinese hanno avuto un enorme impatto anche sull'attività delle imprese a partecipazione estera, che per decenni hanno dovuto operare in un sistema di regole la cui fonte principale non era solo o tanto la legge, quanto la rete delle relazioni politiche, sociali e clientelari che legavano funzionari statali e del Partito, magistrati e imprenditori locali nel "mercato grigio" che ha caratterizzato quella prima, lunga fase della riforma.

Ma mentre il problema della debolezza dell'ordinamento è stato gradualmente risolto, grazie all'emanazione di migliaia di atti normativi e al perfezionamento delle istituzioni statali in generale, quello delle perturbazioni provocate sul sistema dall'interazione tra regole giuridiche e regole politiche o di altra natura, che è connaturata allo Stato leninista, è rimasto insoluto. E la divergenza fra un apparato di leggi scritte sempre più completo e raffinato e la realtà applicativa, dominata da burocrazie onnipotenti che operavano, oltre che sulla base di quelle leggi, sulla base di una pluralità di altre regole, poco verbalizzate e molto difficili da comprendere, a maggior ragione per gli stranieri, ha continuato ad essere amplissima.

³ Per un inquadramento teorico di tale principio nei sistemi originari si veda BISCARETTI DI RUFFIA 1957, pp. 43 ss.

⁴ Sul tema si vedano in generale PEEREMBOOM 2020; SONG 2007, pp. 141-148.

Il mercato, tuttavia, in quegli anni cresceva a dismisura e ciò ha consentito al Paese di diventare una destinazione sempre più appetibile per gli investimenti globali: indifferenti alla dissociazione tra legge sulla carta e legge applicata, secondo i dati riportati dalla Banca Mondiale, nel 2010 le FIE contribuivano per circa il 30% del prodotto manifatturiero nazionale e per più di metà delle esportazioni della Cina⁵.

Nel 2013 viene eletto Xi Jinping alla presidenza e il contesto cambia completamente. Personalmente ritengo che l'aspirazione al rafforzamento del governo della legge (*fazhi*)⁶ che il presidente Xi ha continuamente ribadito sino a farne una delle sue principali parole d'ordine, sia uno degli aspetti di maggior impatto del suo governo, nel senso che ha determinato un drastico ridimensionamento di quella dissociazione tra *law in the books* e *law in action* di cui parlavo prima e dunque un cambiamento radicale delle dinamiche di funzionamento del diritto cinese.

Xi ha conquistato il potere grazie a una campagna anticorruzione draconiana, che continua tuttora e che segna la differenza tra la sua amministrazione e quelle precedenti. I fenomeni di tipo corruttivo e semi-corruttivo, legati al preesistente sistema delle relazioni (*guanxi*) personali, politiche e sociali, sono stati duramente combattuti, senza però mai mettere in discussione il principio dell'unità dei poteri e del ruolo guida del Partito, ma anzi, rafforzando, per mezzo della legge, il controllo centrale. Sebbene, in un sistema socialista, l'interazione tra regole giuridiche e regole politiche non possa venir meno, ciò che è cambiato è chi, e soprattutto sulla base di quali interessi, abbia il potere di decidere quale regola applicare al caso concreto.

Il progetto di affermazione della legalità (del *rule by law* e non del *rule of law*, per la precisione) non ha richiesto solo un nuovo approccio

⁵ Banca Mondiale, *Foreign Direct Investment – the China Story*, 2010; www.worldbank.org/en/news/feature/2010/07/16/foreign-direct-investment-china-story.

⁶ I due testi nei quali è espressa la versione di Xi Jinping della teoria del "governo della legge" sono una Decisione del Comitato Centrale del PCC su Alcune questioni fondamentali relative alla promozione generale del governo della legge, dell'ottobre 2014, e le Linee guida per la promozione di un governo basato sulla legge (2015-2020) del dicembre dello stesso anno. Sul tema in generale si veda: MINZNER 2015, pp. 1-44.

politico e ideologico al tema, ma anche l'adozione di una serie di strumenti tecnici, tra i quali il rafforzamento professionale e organizzativo degli organi giurisdizionali, la tecnologizzazione degli uffici giudiziari e dei processi, e soprattutto una massiccia produzione legislativa, nuova e di altissima qualità.

Tra le più importanti innovazioni legislative introdotte nella Cina di Xi è naturalmente da menzionare in questa sede l'adozione, nel 2020, del Codice civile, che, sebbene sia sostanzialmente una collazione di fonti già prodotte, costituisce comunque un documento di portata storica (non a caso, è l'unica legge della RPC denominata "codice" – *fadian*) e attesta, da un lato, la fine dell'epoca della ricostruzione dell'ordinamento giuridico e la stabilizzazione della riforma e, dall'altro, la presenza di un governo forte e desideroso di lasciare un segno nella storia del Paese.

Anche la Costituzione è stata oggetto, nel 2018, di alcune modifiche che hanno inciso profondamente sulla natura stessa del sistema giuridico cinese e che dunque meritano di essere brevemente descritte.

Innanzitutto, è stato reintrodotta nel testo della Carta un riferimento espresso al Partito comunista, che in precedenza era menzionato solo nel Preambolo a titolo puramente declamatorio. Viene infatti aggiunto all'art.1 un breve comma, che recita: "La caratteristica distintiva del socialismo dalle caratteristiche cinesi è la guida del Partito comunista cinese". Sebbene nella sostanza il ruolo guida del Partito fosse sempre stato tacitamente presente nell'ordinamento della RPC, la Costituzione non ne faceva menzione: la norma è dunque di portata rivoluzionaria, perché costituzionalizza il superamento della distinzione formale tra Stato e Partito, per aprire la strada a una forma di Partito-Stato inedita, ma che in qualche modo si ispira a quella dell'epoca maoista.

In secondo luogo, viene istituita una gerarchia completamente nuova di organi costituzionali, che si affiancano a quelli che tradizionalmente esercitavano i tre poteri o, meglio, le tre funzioni tradizionali dello Stato (legislativa, esecutiva e giudiziaria). A tali organi, che hanno le loro radici storiche più profonde nell'istituto del censorato delle dinastie imperiali, e che vengono chiamati commissioni di supervisione (*jiancha weiyuanhui*), sono attribuiti ampi poteri di "sorveglianza, ispezione, indagine e sanzione" su tutti i pubblici funzionari, inclusi tutti gli iscritti al Partito comunista.

Enfatizzare il ruolo guida del Partito e istituire contemporaneamente un ulteriore livello di supervisione e controllo, per di più ispirato alla tradizione giuridica nazionale, è la soluzione adottata da Xi per tagliare il nodo gordiano della debolezza della magistratura e garantirne l'obbedienza senza metterne in discussione la condizione di dipendenza e fornisce anche una chiave di lettura importante della sua concezione della legalità.

Infine, con la riforma del 2018 viene accentrato con decisione il potere personale del Presidente, innalzandone il pensiero a rango costituzionale, concentrando nella sua persona tutte le funzioni di vertice e abrogando il limite dei due mandati per la presidenza.

1.3. Il diritto cinese degli investimenti esteri di fronte al mutamento del quadro geopolitico

Il recente processo di affermazione del “governo della legge” e il conseguente rafforzamento del corpo legislativo si riscontrano anche in materia di investimenti diretti esteri e trovano la loro più evidente manifestazione nell'approvazione della Legge del 2019 a cui ho accennato, che in qualche modo costituisce l'atto normativo “definitivo” in materia: dopo quarant'anni di lavoro, infatti, il legislatore cinese ha ritenuto che la disciplina nazionale degli investimenti esteri fosse arrivata ad un punto di maturazione sufficiente per essere definitivamente uniformata e stabilizzata⁷.

La legge entra in vigore il 1° gennaio del 2020 ed è importante soprattutto per tre motivi.

Innanzitutto, perché determina la fine della preesistente bipartizione normativa tra le FIE e le imprese interamente cinesi. Con l'entrata in vigore della Legge, infatti, viene abrogata tutta la legislazione sulle FIE e con essa la disciplina speciale ad esse relativa. Si completa in tal modo definitivamente il percorso verso l'uniformazione e – quindi - la parificazione delle tipologie societarie, iniziato con la Legge sulle società del 1993: la Legge sugli investimenti esteri dispone infatti che forma, governo societario e regole

⁷ Per una disamina generale della legge e dei suoi effetti si veda KONG 2023.

sull'operatività delle FIE siano disciplinati dalle stesse leggi applicabili alle imprese domestiche, ossia in particolare dalla Legge sulle società (di capitali, o anche dalla Legge sulle società di persone del 1997, modificata nel 2007). Alle FIE costituite prima dell'entrata in vigore della Legge sono concessi cinque anni per adattare i propri statuti, ancora scritti sulla base della normativa speciale, alle regole societarie generali.

Il secondo aspetto fortemente innovativo della Legge è che i progetti d'investimento non necessitano più di un'approvazione nel merito. La regolamentazione degli investimenti esteri viene infatti a poggiare sul binomio "*national treatment*" e "*negative list(s)*". In generale, il trattamento riservato agli investitori stranieri, sia nella fase di accesso al mercato, sia durante la permanenza nello stesso (*post-establishment*), deve essere "non meno favorevole" di quello garantito agli investitori locali.

Naturalmente, a fronte di questa significativa riforma, il Governo cinese mantiene il controllo sui settori considerati sensibili tramite lo strumento delle "liste negative per gli investimenti stranieri", approvate periodicamente, che comprendono l'elenco degli ormai pochissimi settori vietati e dei settori soggetti a restrizioni, nei quali gli investimenti stranieri sono ammessi ma subordinatamente al rispetto di determinate condizioni, che possono consistere ad esempio in limitazioni al controllo o alla quota massima di partecipazione, alla nazionalità del legale rappresentante o al tipo societario adottato. Come vedremo, inoltre, gli ultimissimi anni hanno visto l'emergere - in Cina come altrove - di nuove preoccupazioni relative alla sicurezza nazionale e la conseguente adozione di una serie di nuovi provvedimenti per il controllo amministrativo degli investimenti esteri nei settori economici critici.

Il terzo motivo per cui la legge riveste una grande importanza è che vi vengono affrontate alcune delle maggiori criticità che gli investitori incontravano nella realizzazione e nella gestione dei loro investimenti in Cina, quale ad esempio la piaga dei trasferimenti forzati di tecnologia, a conferma dell'impegno profuso dal legislatore nel proteggere i diritti degli investitori e del fatto che il lungo e graduale processo di apertura del mercato cinese è ormai sostanzialmente completato.

La Legge non manca di parti caratterizzate dalla consueta genericità e vaghezza della legislazione cinese, e vi sono vari aspetti della normativa che dovranno essere oggetto di chiarimenti e specificazioni, ma sicuramente le regole introdotte sono in assoluto le più favorevoli e liberali nei confronti degli investitori stranieri che siano state mai approvate in Cina. E, oltre a tutto, grazie proprio al “governo della legge” voluto da Xi Jinping, ci si può aspettare anche che venga applicata in un modo più coerente rispetto a quanto avveniva in passato.

Tuttavia, proprio mentre la Cina porta a compimento il processo di apertura avviato nel 1979, aprendo definitivamente il suo mercato e adottando la legge più avanzata e liberale della sua storia in materia di investimenti esteri, il quadro dei rapporti internazionali inizia a cambiare e tale cambiamento influenza sempre più pesantemente anche l’atmosfera degli investimenti transfrontalieri e le regole giuridiche che li disciplinano.

Già la muscolare espansione internazionale dell’economia cinese durante il primo quinquennio del mandato di Xi (2013-2018), caratterizzata dal lancio del progetto di connettività euro-asiatica denominato “One Belt One Road” (*yidai yilu*) e da un’impressionante ondata di acquisizioni di società, soprattutto europee e statunitensi, aveva cominciato a suscitare preoccupazioni, tanto nei paesi più avanzati quanto in quelli in via di sviluppo, ma la tensione è divenuta scontro aperto dopo il 2018, con l’inasprimento del contenzioso sino-americano sulle tecnologie e lo scoppio della “*trade war*”, ma anche con un brusco cambiamento dell’atteggiamento cinese su alcune questioni politicamente sensibili, interne ma di rilevanza internazionale, sulle quali sino ad allora Pechino aveva in passato dimostrato una certa accondiscendenza, come ad esempio quella di Hong Kong.

Da quel momento, in tutto il mondo si è assistito a un significativo inasprimento delle regole sul controllo degli investimenti esteri, che più o meno ovunque sono state rinforzate o – in alcuni casi - introdotte *ex novo*, avendo proprio come obiettivo primario, sebbene non esplicito, proprio il contenimento dell’espansione economica cinese.

Le esigenze della sicurezza nazionale, intesa in un senso sempre più esteso, sono entrate nell’agenda di quasi tutti i legislatori del mondo e sono divenute un fattore di attenzione determinante in quasi tutte le

operazioni di investimento *cross-border*, in particolare in quelle collegate alle nuove tecnologie AI di là delle differenze tra le soluzioni adottate dai vari legislatori nazionali, è ovunque chiaramente percepibile una tendenza alla continua espansione del numero dei settori economici ai quali gli strumenti difensivi sono applicabili, che non si limitano più alle tecnologie militari o a quelle tecnologicamente più avanzate, ma tendono gradualmente a coprire tutte le attività ritenute indispensabili per la salvaguardia della “sovranità nazionale” in un numero crescente di settori.

Il fenomeno ha riguardato anche l'Italia, che negli ultimi anni ha esteso in misura esponenziale i poteri speciali del Governo (*golden power*) di intervenire su operazioni di investimento estero in Italia nei settori ritenuti strategici, vietando l'acquisto di partecipazioni in imprese strategiche, o imponendo specifiche condizioni o prescrizioni per la realizzazione dell'operazione societaria o dell'acquisto di partecipazioni. A sua volta, l'Unione Europea ha introdotto per la prima volta, con il Regolamento UE 2019/452, un sistema di screening, di scambio di informazioni e di coordinamento dei poteri governativi di intervento dei diversi stati.

Questa apparentemente inarrestabile tendenza alla chiusura dei mercati e alla limitazione della libertà di iniziativa economica privata nell'interesse nazionale imprime una brusca frenata al processo di globalizzazione e ha spinto il governo cinese ad adottare a sua volta una serie di nuove norme “difensive”, spesso di portata generale, che in vario modo risentono dell'attuale tensione geopolitica e che hanno un impatto diretto o indiretto sulla disciplina degli investimenti esteri.

In alcuni casi, le misure adottate hanno natura ritorsiva e mirano a reagire direttamente alle pressioni estere, come nel caso della Legge sul contrasto alle sanzioni estere del 2021, o delle Disposizioni sulla lista dei soggetti esteri inaffidabili del 2020. Anche la Legge sul controllo delle esportazioni, dello stesso anno, con la quale viene introdotto un sistema di autorizzazioni per l'esportazione di beni o tecnologie militari o *dual-use* - ma la cui applicazione è successivamente stata estesa anche ad alcune risorse naturali strategiche rare e presumibilmente si espanderà ulteriormente - intende reagire ad analoghe disposizioni adottate dagli Stati Uniti, dall'Unione Europea e dagli altri paesi industrializzati.

Anche in Cina, poi, il concetto di sicurezza nazionale si diffonde in tutto l'ordinamento⁸ per diventare uno dei concetti di riferimento, per le istituzioni ma anche per le imprese e per i cittadini cinesi, ogniquale volta si abbia a che fare con gli stranieri. In particolare, per quanto riguarda gli investimenti, si possono citare le Misure per la verifica della sicurezza degli investimenti esteri del 2020, che estendono il controllo governativo, originariamente previsto solo per i casi di acquisizioni e fusioni, a tutti gli investimenti diretti, ossia a quelli realizzati per mezzo di progetti *greenfield* oppure anche in "altri modi". Come sta avvenendo in molti altri paesi, anche le Misure adottate in Cina prevedono che i progetti di investimento siano oggetto di una specifica autorizzazione non solo qualora riguardino il settore della difesa, ma anche moltissimi e indefiniti altri settori "importanti" (*zhongyao*) (prodotti agricoli, fonti energetiche, produzione di attrezzature, infrastrutture, servizi di trasporto, prodotti e servizi culturali, prodotti e servizi nell'ambito delle tecnologie informatiche o della rete, servizi finanziari, tecnologie critiche, e persino "altri settori").

Nella visione del Presidente Xi, la Cina deve essere il più possibile ordinata, stabile e unita per prepararsi ad affrontare una congiuntura estremamente turbolenta e conflittuale per il paese e un futuro imprevedibile, che sarà segnato dalle grandi sfide della crisi climatica, idrica ed energetica. Questa "Cina con l'elmetto" ha assunto, nei confronti degli altri grandi paesi industrializzati, un atteggiamento meno aperto e amichevole che in passato, in parte giustificato come reazione alle politiche di contenimento dell'economia cinese da questi adottate, in parte derivante da una inedita assertività "imperiale" nei rapporti internazionali.

Tuttavia, la dirigenza cinese è perfettamente consapevole del fatto che i rapporti economici e commerciali con l'estero, e gli investimenti esteri in particolare, costituiscono un fattore propulsivo fondamentale per lo sviluppo economico e tecnologico nazionale e che la conflittualità di questi anni non solo non fa che aggravare la chiusura dei mercati esteri alle imprese e ai prodotti cinesi, ma rende il mercato cinese sempre meno appetibile, e fa dunque il possibile, anche in

⁸ CHESTNUT GREITENS 28 gennaio 2021.

termini normativi, per conservare la sua attrattività per gli investitori internazionali. Nel 2023, ad esempio, il Consiglio di Stato ha adottato una strategia in ventiquattro punti volta proprio all'agevolazione degli investimenti esteri⁹, e anche le province continuano a promuovere iniziative per l'attrazione e la facilitazione degli investimenti. L'impressione, però, è che difficilmente tali misure potranno davvero rilanciare la Cina come destinazione di investimenti esteri, almeno nel breve periodo.

La nostra parabola dunque si conclude con il paradosso di una Cina sempre più aperta, in un mondo sempre più chiuso. Vi è certamente un interesse comune a non deteriorare ulteriormente il clima, già teso, degli investimenti *cross-border* e in generale dei rapporti economici internazionali, ma l'ideologia della rivalità sistemica è sempre più diffusa e se tale ideologia dovesse continuare a prevalere sul pragmatismo che è stato sinora alla base della collaborazione tra la Cina e il mondo, non è detto che l'interesse comune sia sufficiente a evitare ulteriori chiusure e ulteriori ostacoli alla circolazione internazionale dei capitali e delle merci.

Riferimenti bibliografici

- Biscaretti Di Ruffia, P. (1957), *Il principio della divisione dei poteri ed il suo netto disconoscimento negli ordinamenti costituzionali dello Stato sovietico*, in *Studi in onore di G.M. de Francesco*, Milano.
- Chen, J. et al. (2002) *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Leiden.
- Kong, Q. (2023) *China's Foreign Investment Law Amid Evolving International Investment Rules*, Singapore.
- Minzner, C. (2015), *Legal Reform in the Xi Jinping Era*, in "Asia Policy", 20.

⁹ LAPEHN 24 agosto 2023.

Peeremboom, R. (ed.) (2020) *Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion*, New York.

Qin, J.Y. (2007), *Trade, Investment and Beyond: The Impact of WTO Accession on China's Legal System*, in "The China Quarterly", 191.

Song, J. (2007), *China Judiciary: Current Issues*, in "Maine Law Review".

2. Chinese civil code and its contribution to the international unification of private law

*Shuai Guo**

SOMMARIO: 2.1. Introduction – 2.2. The history of formulating the Chinese Civil Code – 2.3. The new Chinese Civil Code *vis-à-vis* UNIDROIT Instruments – 2.3.1. Commercial contracts – 2.3.2. Security interests – 2.3.3. Factoring – 2.3.4. Digital assets – 2.4. Concluding remarks: Chinese contribution to the international unification of private law

2.1. Introduction

The international development of civil code reflects a global trend towards harmonising and modernising private law to enhance legal certainty, promote economic integration, and facilitate cross-border transactions¹⁰. Contemporary civil codes draw on European traditions while incorporating principles from various legal systems¹¹. These developments seek to balance local legal traditions with international standards, fostering a more predictable legal environment that supports international commerce, investment, and cooperation¹².

Among others, the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)¹³ is a pivotal organization in the global

* Shuai Guo, Assistant Professor at China University of Political Science and Law. Email: s.guo@cupl.edu.cn. Many thanks for the invitation of Sapienza Università di Roma and for the valuable comments and suggestions received from the participants at the conference “Il Nuovo Codice Civile Cinese del 28 Maggio 2020. Oltre le sfide della globalizzazione in una prospettiva storico - comparatistica”. All errors, however, are my own.

¹⁰ See generally, e.g., RIVERA 2013; GRAZIADEI, ZHANG 2023.

¹¹ See generally, e.g., DEL DUCA 2006, p. 625; MURILLO 2001, p. 163.

¹² See generally, e.g., GRAVESON 1968, p. 4; DAVID 1968, p. 13; ANCEL 1976, p. 108.

¹³ For more information, available at: <https://www.unidroit.org/> (last accessed 30 May 2024).

efforts to harmonise and unify private law¹⁴. UNIDROIT's mission is to study needs and methods for modernising, harmonising, and coordinating private and commercial law between States and to formulate uniform law instruments, principles, and rules¹⁵. Together with sister organisations such as United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)¹⁶ and the Hague Conference on Private International Law (HCCH)¹⁷, these international organisations made great endeavours to systemically study a variety of subjects and to provide frameworks that countries can adopt or adapt to their own legal systems, promoting consistency and harmonisation in commercial transactions.

China, affected by these international trends as well as civil law jurisdictions across the world¹⁸, adopted a new Civil Code, which took effect on 1 January 2021. It is a comprehensive consolidation and modernization of the country's civil laws. It encompasses various areas of private law, including property, contracts, personality rights, marriage, family, inheritance, and tort liability. The Code is structured into seven parts: General Principles, Property, Contracts, Personality Rights, Marriage and Family, Inheritance, and Tort Liability. This landmark legal reform aims to provide a cohesive and systematic legal framework for civil matters in China¹⁹.

As one of the world's largest economies, China's adoption of a modern Civil Code may influence legal reforms in other jurisdictions. This article aims to analyse the new Chinese Civil Code in the context of the international unification of private law. The methodology involves comparing the Chinese Civil Code with existing international standards formulated by UNIDROIT, which focuses primarily on civil and commercial law matters. The new Chinese Civil Code represents a significant step in aligning China's legal system with global

¹⁴ See generally, e.g. MATTEUCCI 1973, p. 286.

¹⁵ See generally, e.g. LENA 2021.

¹⁶ For more information, available at <https://uncitral.un.org/> (last accessed 30 May 2024).

¹⁷ For more information, available at <https://www.hcch.net/en/home> (last accessed 30 May 2024).

¹⁸ See, e.g., CHEN, VAN RHEE 2012. DILIBERTO 2016, pp. 293-296; CREA, DILIBERTO 2021, p.1.

¹⁹ See, generally, e.g. WANG, L. 2020a; JIANG, SIRENA 2023.

standards and practices. It incorporates principles from international conventions and model laws, demonstrating China's commitment to participating in the global movement toward legal harmonization. This contribution fosters the ongoing dialogue and development of international private law, promoting a more integrated and coherent global legal system.

This article is structured as follows: Section 2 briefly introduces the history of Chinese civil lawmaking. Section 3 compares the Chinese Civil Code with existing UNIDROIT instruments, covering various aspects of commercial contracts, security interests, factoring, and digital assets, from traditional to innovative topics. The final Section 4 concludes.

2.2. The history of formulating the Chinese Civil Code

The history of the attempt to promulgate a Chinese Civil Code dates back to the Qing dynasty²⁰. After the First Sino-Japanese War, especially after the invasion of Beijing by the Eight-Nation Alliance, the Qing Dynasty finally realised under the double pressure of Westerners and Orientals that learning from others only at the level of artifacts could not change the fate of backwardness. One of the measures introduced at that time was legal reforms. In 1902, Shen Jiaben and Wu Tingfang were appointed as Ministers of Law, and they planned to formulate criminal and civil laws. In 1904, the Qing Government set up the Bureau for Revision and Compilation of Laws, which was responsible for drafting various laws and special codes. In October 1908, the Bureau hired Yoshimasa Matsuoka, a Japanese law scholar, as a consultant to formally draft the Civil Code. Subsequently, the *Draft Civil Law of the Qing Dynasty* (大清民律草案) was completed in 1911, with a total of 1,569 articles, divided into five parts: general provisions, creditor's rights, property rights, relatives, and inheritance, a few months before the outbreak of the Xinhai Revolution that ended the Qing Dynasty and established the Republic of China. However, only two months after the completion of the *Draft Civil Law of the Great Dynasty*, the Xinhai Revolution broke out and the Qing Dynasty collapsed, and this draft of the Civil Law did not have time to be

²⁰ See, e.g., CHEN 2010, pp. 159-181; XU 2018, pp. 77-104; ZHANG 2020, pp. 53-67.

officially promulgated²¹.

Even after the Xinhai Revolution, the work of drafting the Civil Code was not suspended²². The newly established Republic of China also faced the international pressure to follow the rule of law and continued the drafting process. In the spring of 1912, the Beiyang Government (Beijing Government of the Republic of China) established the Code Compilation Committee to formulate the law. In February 1914, the Code Compilation Committee was reorganised as the Law Compilation Committee, and the *Draft Civil Code on Family Members* (民律草案亲属编) was completed in 1915. In July 1918, the Law Revision Bureau replaced the Law Compilation Committee to continue the work. The Law Revision Bureau compiled and completed the *Draft Civil Code* (民律草案) of the Republic of China from 1925 to 1926. However, due to the chaotic wartime conditions in China, the Draft was never Completed²³.

The Nanjing Nationalist Government later replaced the Beiyang Government and once again emphasised the importance of formulating a comprehensive civil code. In 1927, the National Nationalist Government set up a Legislative Affairs Bureau to start drafting important codes, and completed the drafting of various parts of the Civil Code from 1929 to 1930²⁴. The Civil Code of the Republic of China is the first civil code officially promulgated and implemented in Chinese history, with a total of 1,225 articles, including five parts: General Provisions, Debts, Property Rights, Relatives, and Inheritance²⁵.

After the establishment of the People's Republic of China in 1949, the legislative activities have been ongoing for the purpose of guaranteeing a socialist order. One of the earliest efforts was the formulation of the Chinese Marriage Law, which came into effect in 1950. The movement to implement this law introduced the ideal of free marriage among workers and gradually fostered the acceptance of gender equality, making it a pioneering initiative on a global scale at

²¹ See, e.g., Huang, P.C.C. 2001, pp. 15-48.

²² See, e.g., YE 1993, pp. 603-604.

²³ See, e.g., ZHANG 2005, pp. 60-61.

²⁴ YE, *ibid.*, pp. 609-615.

²⁵ See generally an overview, WANG 2020b, pp. 165-167.

that time²⁶.

In the meanwhile, the discussion of formulating a civil code also emerged in the 1950s²⁷. The Standing Committee of the National People's Congress also drafted the Civil Code twice. The first was started in 1954 and completed in December 1956, with a total of 525 articles, including four parts: General Provisions, Ownership, Debts, and Inheritance, mainly referring to the 1922 Civil Code of Soviet Russia. The other began in 1962 and completed the trial draft in 1964, with a total of 262 articles, including three parts: General Provisions, Ownership and Property Circulation. This trial draft had to get rid of the influence of the Soviet model of civil law, and at the same time draw a clear line with the civil codes of capitalist countries, and there was no clear object of reference. However, neither was not finalised²⁸.

After the open and reform policy in 1978, the drafting of the Civil Code for the third time in the history of the People's Republic of China began²⁹. In August 1979, the Standing Committee of the National People's Congress formed a drafting group for the Civil Law, and by May 1982, a new draft of the Civil Law had been completed, including 8 parts, 43 chapters and 465 articles. Although the drafting of the Civil Code was not finalised, it gave rise to a series of legislative achievements in the civil field, the most noteworthy of which is the *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China* (《中华人民共和国民事诉讼法通则》), which was promulgated on April 12, 1986 and came into force on January 1, 1987, serving as a common criterion for all the further civil laws be introduced in the future³⁰. The *General Principles of the Civil Law* clarifies the rule of law for property and personal relationship between equal subjects and paves the road for civil subjects with a wide range of civil rights³¹.

After the promulgation of the *General Principles of the Civil Law*, China's civil legislation process continued to advance along with the process of reform and opening up, and a series of important

²⁶ See ZHUANG 2013, pp. 42-48.

²⁷ See POUND 1954, p. 277; WANG 2019, pp. 39-72.

²⁸ See WEN 2020, p. 31.

²⁹ See XIE, TU 2022, pp. 104.

³⁰ *Ibid.*, p. 105.

³¹ See generally, e.g. WANG 2017; LIANG 2021.

achievements have been made in the civil law field, for example, the promulgation of the Contract Law. In the 1980s, three contract laws were promulgated, the 1981 *Economic Contract Law* (《经济合同法》), 1985 *Foreign-Related Economic Contract Law* (《涉外经济合同法》), and the 1987 *Technology Contract Law* (《技术合同法》). However, the laws were still fragmented³². In October 1992, the 14th National Congress of the Communist Party of China set the goal of reforming the socialist market economy system. In order to improve and adjust the basic legal system of the socialist market economy, the legislature has started the drafting of a unified contract law. The drafting of this Law has a legal background that cannot be ignored: since the legal reform carried out in the late Qing Dynasty, China has been deeply influenced by the legal traditions of continental Europe, especially the Roman and German legal tradition³³. However, after the reform and opening up, China has faced the reality of international economic environment, and the common law countries represented by the United States are the dominant players in almost all important international transaction rules³⁴. In the process of drafting the contract law, how to systematically integrate elements from the statutory legal tradition and elements from the common law legal tradition, and based on the reality of China's reform and opening up, establish rules for adjusting market transaction relations is a question that the legislature must answer³⁵. On March 15, 1999, the *Contract Law of the People's Republic of China* (《中华人民共和国合同法》) was adopted, and came into force on October 1 of the same year³⁶.

Another example is the promulgation of the *Property Law of the People's Republic of China* (《中华人民共和国物权法》). The *Property Law* focuses on adjusting the ownership and utilisation relationship of property between equal subjects and is also the basic law for adjusting the relationship between socialist market economy. The drafting of the property law coincided with the beginning of China's reform and opening up entering an important stage of transition, and surrounding

³² *Ibid.*, p. 104.

³³ See WANG, *ibid.*, 2020b, p. 171.

³⁴ See XIE, TU, *ibid.*, 2022, p.105.

³⁵ See, e.g., ZHANG 1995, pp. 3-14.

³⁶ See generally, e.g., LIANG 2021; WANG 2022.

the private rights of property were intense and multifaceted³⁷. Conservatives were concerned that embracing private property rights might lead to increased inequality and undermine the socialist principles that the nation was founded. Against this backdrop, many people regard the successful drafting of the property law as an important indicator of where China will go, embracing the socialist market economy. The national legislative body conformed to the general trend and vigorously rejected public opinion, and the *Property Law* was passed on March 16, 2007, and came into force on October 1 of the same year³⁸.

A third example is the promulgation of the *Tort Liability Law of the People's Republic of China* (《中华人民共和国侵权责任法》). In the history of civil legislation in the world, under the legal tradition of statutory law, no country or region has ever enacted a separate tort liability law, or has provided for the tort liability law as a separate part of the civil code³⁹. On December 26, 2009, the Tort Liability Law of the People's Republic of China was deliberated and passed, and came into force on July 1, 2010⁴⁰.

In the process of drafting the Property Law, from 2001 to 2002, the Standing Committee of the National People's Congress attempted to compile the fourth Civil Code in the history of the People's Republic of China. On December 23, 2002, the 31st meeting of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress conducted a formal review of the Civil Code (Draft) with a total of 1,209 articles.

In October 2014, the Fourth Plenary Session of the 18th Central Committee of the Communist Party of China made a decision to compile the Civil Code, which is a major political choice with far-reaching historical and practical significance. The compilation of the Civil Code is not a simple compilation of existing laws, but the necessary system improvement, design and innovation should be carried out on the basis of summarizing the current legislation and judicial experience⁴¹. On March 20, 2015, the compilation of the Civil

³⁷ See, e.g., ZHU 2019, p.31.

³⁸ See generally, e.g., LIANG, CHEN 2020; WANG 2021a.

³⁹ See, e.g. LONG 2012, pp. 103-122, 208.

⁴⁰ See generally, e.g., WANG 2016; LIANG 2023.

⁴¹ XIE, TU, *ibid.*, 2022, p. 105.

Code of the People's Republic of China was officially launched, which is the fifth compilation of the Civil Code in the history⁴². The compilation of the Civil Code was carried out in two steps: the first step was the drafting of the General Provisions of the Civil Law; The second step is the compilation of the various parts of the Civil Code⁴³. The *General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China* (《中华人民共和国民法总则》) was adopted on March 15, 2017, and came into force on October 1, 2017. On December 23, 2019, the full version of the Civil Code (Draft) was submitted to the 15th Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress for deliberation, with a total of 1,260 articles, including seven parts, including General Provisions, Property Rights, Contracts, Personality Rights, Marriage and Family, Inheritance, and Tort Liability. The final *Civil Code of the People's Republic of China* (《中华人民共和国民法典》) was finally adopted at the 3rd Session of the 13th National People's Congress of the People's Republic of China on 28 May 2020, and was promulgated by President Xi Jinping on the same day by signing Presidential Order No. 45, and came into effect on 1 January 2021⁴⁴.

As detailed below, the drafting of the Chinese Civil Code coincides with China's ongoing market liberalisation and substantive reforms, benefiting both domestic and international businesses. Throughout this process, Chinese law has increasingly aligned with international standards, transitioning from merely learning to rethinking and potentially assuming a leading role. Consequently, the Chinese legal community has become a significant part of the global civil law system and continues to contribute to international discussions on emerging issues. The following section will illustrate these changes by examining the relationship between the new Chinese Civil Code and several UNIDROIT instruments.

⁴² *Ibid.*

⁴³ WANG, *ibid.*, 2020b, pp. 170-171.

⁴⁴ See generally, e.g. LIANG 2005, pp. 27-41; TIMOTEO 2019, pp. 23-44; CHEN 2021, pp. 287-305.

2.3. The new Chinese Civil Code *vis-à-vis* UNIDROIT Instruments

The development of the Chinese civil law system has undergone several distinct stages. Initially, Chinese legislators primarily studied Western traditions, which greatly influenced the formation of the Chinese Civil Code. In subsequent years, however, the Chinese legal community, particularly scholars, began to consider specific rules that required special treatment within the Chinese legal context. China's socialist market economy aims to balance both efficiency and equality. Additionally, the country's large business market has nurtured an extensive legal market, leading to fruitful results from Chinese practices. Most recently, the Chinese Civil Code has addressed several leading global issues, such as property rights for virtual assets and online matters. This is largely due to technological developments in China, which necessitate more advanced legal rules to address emerging issues. As a result, Chinese law now presents a mixture of different influences, combining legal traditions with newly designed mechanisms. This creates a rich database for study and analysis worldwide.

2.3.1. Commercial contracts

Starting with the basic foundation of civil law — contracts — the earliest attempts to formulate Chinese civil law can be traced back to the establishment of three pivotal contract laws: the 1981 *Economic Contract Law*, the 1985 *Foreign-Related Economic Contract Law*, and the 1987 *Technology Contract Law*. These laws were drafted during China's significant transition from a planned economy to a market economy. Reflecting this transitional period, these laws exhibited unique features and limitations, as their provisions were not systematically integrated, leading to inconsistencies and gaps in legal coverage⁴⁵. The lack of a cohesive and comprehensive framework in these early laws hindered their effectiveness.

This prompted the development of the more unified and detailed 1999 *Contract Law*, which was a significant milestone. The 1999 *Contract Law* consolidated the previous three laws into a single piece of

⁴⁵ See GUO 2009.

legislation, providing a clearer and more systematic set of rules governing contractual relationships. It aimed to enhance the legal environment for the market economy by ensuring greater consistency, predictability, and fairness in contractual dealings. The 1999 *Contract Law* was extensively incorporated into the Chinese Civil Code's Book III on Contracts, which consists of 526 articles and makes up nearly half of the Civil Code. The development of Chinese contract laws was significantly influenced by international standards,⁴⁶ including the UNCITRAL 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)⁴⁷ and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)⁴⁸.

For instance, in term of how a contract is formed, the PICC, in line with the CISG, adopts an offer-acceptance approach, which large streamlines the procedural requirements of formation of a contract in an international context⁴⁹. One specific question is modified acceptance. Article 2.1.11 of the PICC provides that: “(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer. (2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance”⁵⁰.

It follows that the content of the acceptance does not have to be

⁴⁶ See, e.g., BENNETT 2012, pp.70-84; LIU 2022, pp. 100-120.

⁴⁷ For more information, available at https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg (last accessed 30 May 2024).

⁴⁸ For more information, available at <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/> (last accessed 30 May 2024).

⁴⁹ PICC 2016, p. 34 (“The concepts of offer and acceptance have traditionally been used to determine whether, and if so when, the parties have reached agreement. As this Article and this Chapter make clear, the Principles retain these concepts as essential tools of analysis.”); CISG Explanatory Note, p. 37, para. 17 (“When the formation of the contract takes place in this manner, the contract is concluded when the acceptance of the offer becomes effective.”).

⁵⁰ PICC, art 2.1.11

consistent with the content of the offer, and if the acceptance does not make a material change to the offer, it nevertheless constitutes a valid acceptance. However, whether the change in the content of the offer constitutes a material change needs to be judged on a case-by-case basis⁵¹.

Similarly, Article 488 of the Chinese Civil Code provides that: "The content of an acceptance shall be consistent with the content of the offer. Where the offeree proposes in the acceptance any material alteration to the content of the offer, it shall constitute a new offer. An alteration concerning the object of the contract, the quantity, quality, price or remuneration, period of performance, place and manner of performance, default liability, the methods of dispute resolution, or the like is a material alteration to the content of an offer"⁵².

In addition "Where an acceptance makes a non-material alteration to the offer, the acceptance shall be effective and the content of the contract shall be as altered by the acceptance, unless the offeror objects in time, or the offer indicates that an acceptance may not make any alteration to the content of the offer"⁵³.

It is obvious that the Chinese Civil Code also adopts this non-material change test. The question, however, is how to determine that the acceptance constitutes a "material change" to the content of the offer. There are two legislative modes. On the one hand, the PICC adopt an abstract and generalized model, which holds that substantive changes cannot be specifically determined and should be determined by the reasonable expectation theory⁵⁴. On the other hand, the CISG adopts the practice of specifically enumerating substantive changes. Article 19(3) of the Convention on Contracts for the Sale of Goods

⁵¹ VOGENAUER 2015, p. 510.

⁵² Chinese Civil Code, art 488.

⁵³ Chinese Civil Code, art 489.

⁵⁴ PICC 2016, pp. 50-51 ("What amounts to a "material" modification cannot be determined in the abstract but will depend on the circumstances of each case. Additional or different terms relating to the price or mode of payment, place and time of performance of a non-monetary obligation, the extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes, will normally, but need not necessarily, constitute a material modification of the offer. An important factor to be taken into account in this respect is whether the additional or different terms are commonly used in the trade sector concerned and therefore do not come as a surprise to the offeror.").

provides that: “Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party’s liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially”⁵⁵. The Chinese Civil Code follows the approach adopted by the CISG. For one thing, it offers clear guidance for judges to identify substantive changes, ensuring consistent adjudication. For another, by clearly outlining the circumstances of substantive changes, the law helps protect the reasonable expectations of the parties involved in the transaction⁵⁶.

Another example is standard terms, which are pre-established terms for reuse and have not been negotiated with the other party⁵⁷. Normally, standard terms apply in multiple repetitive transactions and may have cost-effective economic benefits, such as shortening the negotiation process and reducing the transactional costs⁵⁸. Therefore, a pre conditional for identifying standard contractual terms is the ability to re-use these terms, for the purpose of improving transaction efficiency⁵⁹.

The PICC defines “standard terms” as “provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party”⁶⁰. This provision clearly emphasises the importance of the purpose of reuse in judging standard clauses. It focuses on the intention of the term, instead of whether it has been repeatedly applied. Similarly, paragraph 1, Article 496 of Chinese Civil Code defines a standard term as “a clause formulated in advance by a party for the purpose of repeated use which has not been negotiated with the other party when concluding the contract”⁶¹. It basically follows the definition of the PICC.

However, with the wide application of standard terms, concerns

⁵⁵ CISG, art 19(3).

⁵⁶ See WANG 2021b, p. 71.

⁵⁷ See generally, e.g., SHEIKH, SINGLETON 2020.

⁵⁸ See generally, e.g., GLUCK 1979, pp. 73-74.

⁵⁹ VOGENAUER, *ibid.*, 2015, p. 580.

⁶⁰ PICC, art 2.1.19(2).

⁶¹ Chinese Civil Code, art 496, para 1.

have also been expressed about the equality or fairness issues, and the potential to undermine the free of contract, a fundamental principle underlying the contract law.⁶² National legislations therefore restrict the use of standard terms. For instance, Article 2.1.20 of the PICC prescribes: “(1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party. (2) In determining whether a term is of such a character regard shall be had to its content, language and presentation”⁶³.

Accordingly, surprising terms in standard terms are not effective. The reason is to “avoid a party which uses standard terms taking undue advantage of its position by surreptitiously attempting to impose terms on the other party which that party would scarcely have accepted had it been aware of them”⁶⁴. The 1999 *Contract Law* did not mention surprising terms. However, the new Chinese Civil Code added a relevant sub-clause: “Upon concluding a contract, where a standard clause is used, the party providing the standard clause shall determine the parties’ rights and obligations in accordance with the principle of fairness, and shall, in a reasonable manner, call the other party’s attention to the clause concerning the other party’s major interests and concerns, such as a clause that exempts or alleviates the liability of the party providing the standard clause, and give explanations of such clause upon request of the other party. Where the party providing the standard clause fails to perform the aforementioned obligation of calling attention or giving explanations, thus resulting in the other party’s failure to pay attention to or understand the clause concerning his major interests and concerns, the other party may claim that such clause does not become part of the contract”⁶⁵.

This new sub-clause takes into account the interests of the other party which accepts the standard terms, in line with the underlying spirit of the PICC to protect the economically weaker or less

⁶² See, e.g., BARNES 2007, p. 227; PADI 2021, p. 825.

⁶³ PICC, art 2.1.20.

⁶⁴ PICC, p. 69.

⁶⁵ Chinese Civil Code, art 496, para 2.

experienced party⁶⁶. Accordingly, the other party has the option to choose whether or not to accept these standard terms. If not, the other party can directly claim that the contract terms are invalid, without entering litigation proceedings. By this mechanism, weaker parties such as consumers are protected. These examples of contract formation represent just a portion of the entire Civil Code, illustrating how China draws upon international instruments to learn from other countries. While China does not directly replicate the texts, it is evident that many provisions and concepts from the PICC have influenced Chinese law.

2.3.2. Security interests

Another example is about the security interests and security arrangements in commercial transactions. In this section, the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment is introduced, which is an international treaty designed to standardise transactions involving movable property such as aircraft, railway, and space assets and mining, agricultural and construction (MAC) equipment⁶⁷. The Convention aims to facilitate asset-based financing and leasing by providing a legal framework that offers greater certainty and protection for creditors⁶⁸.

Different from simply transplanting some provisions of the PICC into Chinese law, China became a signatory to the Cape Town Convention and its Aircraft Protocol on March 9, 2006, and it entered into force for China on March 1, 2009. China participates in the international registry for aircraft objects, allowing Chinese entities to register their interests and benefit from the protections offered by the Convention. The implementation of the Cape Town Convention has facilitated aircraft financing and leasing in China, contributing to the growth of the aviation industry⁶⁹.

Most interestingly, China enacted laws and regulations to align its domestic legal framework with the requirements of the Cape Town

⁶⁶ WANG, *ibid.*, 2021b, pp. 74-75.

⁶⁷ For more information, available at <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/> (last accessed 30 May 2024).

⁶⁸ See, generally, GOODE 2013; VENEZIANO 2014, pp. 561-582.

⁶⁹ See, e.g., LATMAN, SMITH 2009, pp. 34-35; GAO, FAN 2019, pp. 1-17.

Convention⁷⁰. This includes provisions related to the registration, priority, and enforcement of international interests in aircraft. One of the key areas addressed by the Civil Code is secured transactions, which are critical for facilitating credit and investment. The secured transactions law within the Civil Code includes detailed provisions on security interests. A core issue in this regard is the debate between formalism vis-à-vis functionalism on secured transactions⁷¹. To reconcile the differences, international instruments came up with the solution to include a broad range of security interests. For instance, The Cape Town Convention prescribes: "For the purposes of this Convention, an international interest in mobile equipment is an interest, constituted under Article 7, in a uniquely identifiable object of a category of such objects listed in paragraph 3 and designated in the Protocol: (a) granted by the chargor under a security agreement; (b) vested in a person who is the conditional seller under a title reservation agreement; or (c) vested in a person who is the lessor under a leasing agreement. An interest falling within sub-paragraph (a) does not also fall within sub-paragraph (b) or (c)"⁷².

The functionalism approach was largely accepted by the Chinese law, largely influenced by Article 9 of the Uniform Commercial Code, the Personal Property Security Acts and the UNICTRLA Model Law on Secured Transactions⁷³. Several manifestations could be identified. First, Article 388 of the Chinese Civil Code regulates security agreements in an open-ended manner. This creates the possibility for title-based secured transactions to be recognised and governed by the new law⁷⁴. Second, Article 414 of the Chinese Civil Code expands the applicable objects of the priority rules for competing mortgage rights to other security rights that can be registered, further establishing the general priority rules for competing security rights⁷⁵. Third, Articles

⁷⁰ Cape Town Convention contributes in a unique way of unifying domestic civil laws across the signatory countries. See KOZUKA 2017, pp. 15-56.

⁷¹ See generally, e.g., BRIDGE, MACDONALD, SIMMONDS, WALSH 1998, p. 567.

⁷² Cape Town Convention, art 2(2).

⁷³ See, e.g., ZHANG 2022, pp. 119-165.

⁷⁴ Chinese Civil Code, art 388 ("Security contracts include mortgage contracts, pledge contracts, and other contracts with a function of security.")

⁷⁵ Chinese Civil Code, art 414 ("Where a property is mortgaged to two or more creditors, the proceeds obtained from auction or sale of the mortgaged property shall

641 and 745 of the Chinese Civil Code respectively grant registration capacity to the ownership rights in retention of title and financial lease, so as to prevent and cut off the good faith acquisition by third parties⁷⁶. Fourth, The seller's right of recovery is subject to the same procedures as those for the realisation of security rights,⁷⁷ and the seller shall be responsible for the liquidation of the resale price and debt amount,⁷⁸ further demonstrating that the seller's ownership is close to a security interest. Fifth, Article 416 of the Chinese Civil Code introduces the purchase money security interest (PMSI)⁷⁹, further making it difficult to distinguish the rights of creditors in retention of title and financial leasing from the mortgage right⁸⁰. Sixth, the Chinese Civil Code deletes the provision in Article 242 of the 1999 Contract Law that the leased

be applied in accordance with the following provisions: (1) where the mortgages have all been registered, the order of payment is based on the priority in time of registration; (2) a registered mortgage has priority over an unregistered mortgage to be paid; and (3) where none of the mortgages are registered, payment shall be made on a pro rata basis against the claims.”).

⁷⁶ Chinese Civil Code, art 641(2) (“The ownership of the subject matter retained by a seller, without being registered, shall not be asserted against a bona fide third.”) and art 745 (“The lessor’s ownership over the leased object shall, without being registered, not be asserted against a bona fide third person.”).

⁷⁷ Chinese Civil Code, art 642(2) (“The seller may negotiate with the buyer to take back the subject matter. Where such negotiation fails, the procedures for enforcement of security interests may be applied *mutatis mutandis*.”)

⁷⁸ Chinese Civil Code, art 643 (“After a seller has taken back the subject matter according to the first paragraph of the preceding Article, the buyer may request to redeem the subject matter if he eliminates the cause for the seller’s retrieving of the subject matter within a reasonable period of redemption agreed by the parties or set by the seller. Where a buyer does not redeem the subject matter within the redemption period, the seller may sell the subject matter to a third person at a reasonable price. After deducting from the sale proceeds the amount unpaid by the buyer and the necessary expenses, any balance shall be returned to the buyer; if the sale proceeds are insufficient to cover the unpaid amount and the other necessary expenses, the deficiency shall be paid by the buyer.”)

⁷⁹ PMSI refers to a legal claim that allows a lender to either repossess property financed with its loan or to demand repayment in cash if the borrower defaults. It gives the lender priority over claims made by other creditors. See, e.g., LLOYD 1985.

⁸⁰ Chinese Civil Code, art 416 (“Where a principal claim secured by a mortgage on movable property is the purchase price of the mortgaged property, and registration for the mortgage is made within 10 days after delivery of the property, the mortgagee has the priority to be paid over the other persons, other than a lienholder, who have security interests thereon in relation to the purchaser of the mortgaged property.”)

property does not belong to bankruptcy property, which provides the possibility of interpreting the lessor's rights in the subject matter as a security interest⁸¹. In general, China now takes a functional approach towards security interests, making it more convenient for business transactions. In this process, China also takes into account the latest development in the world.

2.3.3. Factoring

Another issue is assignment of claims. As international trade and investment grow, businesses and financial institutions often need to assign claims across borders to manage credit risk, obtain financing, or facilitate transactions. Through factoring, for instance, companies can convert future receivables into immediate cash flow⁸². At the international level, UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (2001)⁸³ and UNIDROIT Convention on International Factoring (1988)⁸⁴ uphold the validity and effectiveness of transferring receivables⁸⁵. Most recently, UNIDROIT adopted an additional Model Law on Factoring (MLF)⁸⁶.

China, being the second largest economies in the world, is also one of the largest factoring markets, representing 28% of domestic factoring volume (no. 1 worldwide) and 13% of international factoring volume (no.3 worldwide)⁸⁷. The new Chinese Civil Code added a whole new Chapter on Factoring, from Article 761 to Article 769.⁸⁸ The first article defines a factoring contract as “a contract under which a

⁸¹ See generally, e.g., XIE 2020, pp. 3-20.

⁸² See, e.g., SALINGER 2006.

⁸³ UNCITRAL. (2001), *UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*, available at: <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables> (last accessed 30 May 2024).

⁸⁴ UNIDROIT. (1900), *UNIDROIT Convention on International Factoring*, available at: <https://www.unidroit.org/instruments/factoring/convention/> (last accessed 30 May 2024)

⁸⁵ VOGENAUER, *ibid.*, 2015, pp. 1274-1275.

⁸⁶ UNIDROIT. (2023). *UNIDROIT Model Law on Factoring*, available at <https://www.unidroit.org/instruments/factoring/model-law-on-factoring/> (last accessed 30 May 2024).

⁸⁷ FCI, FCI Annual Report 2023, p. 28.

⁸⁸ See generally, e.g., HUANG, YUAN 2022, pp.1141-1160.

creditor of accounts receivable transfers the existing or after-acquired accounts receivable to a factor who provides services such as accommodation of funds, management or collection of the accounts receivable, guarantee for the payment of a debtor of the accounts receivable, and the like”⁸⁹.

It follows the Convention on International Factoring⁹⁰. However, the Convention requires the fulfilment of at least two functions, while the Chinese Civil Code only requires one. With regard to notification, different from Japan in which only the creditors could make notification,⁹¹ the Chinese Civil Code empowers the factor to make such notification,⁹² also follows the mechanism enshrined in the MLF that both the transferor and the transferee can send the debtor a notification⁹³. In addition, the priority⁹⁴ of factoring also follows the

⁸⁹ Chinese Civil Code, art 761.

⁹⁰ Convention on International Factoring, art 1(a) (“For the purposes of this Convention, “factoring contract” means a contract concluded between one party (the supplier) and another party (the factor) pursuant to which: (a) the supplier may or will assign to the factor receivables arising from contracts of sale of goods made between the supplier and its customers (debtors) other than those for the sale of goods bought primarily for their personal, family or household use; (b) the factor is to perform at least two of the following functions: – finance for the supplier, including loans and advance payments; – maintenance of accounts (ledgering) relating to the receivables; – collection of receivables; – protection against default in payment by debtors; (c) notice of the assignment of the receivables is to be given to debtors.”)

⁹¹ HUANG, YUAN, *ibid.*, 2022, p. 1151.

⁹² Chinese Civil Code, art 764 (“Where a factor notifies a debtor of an account receivable of the assignment of the account receivable, he shall disclose his identity as a factor and present necessary certifying documents.”)

⁹³ MLF, art 22(1).

⁹⁴ Chinese Civil Code, art 768 (“Where a creditor of an account receivable concludes multiple factoring contracts with different factors so that the factors claim their rights against the same account receivable, the account receivable shall be obtained by the factor of a registered factoring contract in priority over the factors of unregistered factoring contracts, or, where all factoring contracts are registered, by the factors in an order according to the time of registration, or, where none of the factoring contracts have been registered, by the factor stated in the transfer notice which has reached the debtor of the account receivable first in time. Where none of the factoring contracts have been registered and no transfer notice has been sent, the account receivable shall be obtained by the factors on a pro rata basis on the amount of financing funds each has provided, or the service remuneration each is entitled to.”)

MLF that emphasising the timing of registration, which reads “Priority between competing transfers is determined by the order of registration of the notices relating to those transfers”⁹⁵.

With these new provisions, Chinese courts are now dealing with an increasing number of factoring-related cases. According to a study, from 2013 to 2021, there were 1,128 judicial cases⁹⁶. These rich experiences also give China a special status in joining the discussion of making new international rules. For instance, Prof. Huang Meiling is the Chinese representative actively participates in the discussion the MLF and its guide to enactment.⁹⁷ Quite a few lessons could be learnt. First, with regard to fabricated receivables, the Chinese law stipulates: “Where a creditor and debtor fabricate an account receivable as the object of transfer and then conclude a factoring contract on it with a factor, the debtor of the fabricated account receivable may not assert a defense against the factor on the ground that the account receivable does not exist, unless the factor clearly knows such fabrication”.

To invoke this provision and declare a factoring contract invalid, Chinese judicial precedents would require professional factors to bear the burden of investigating the authenticity of receivables, for instance, reviewing a series of transaction documents such as the supply contract, the transfer of goods documents, the bill of lading, the invoice, etc.⁹⁸. To protect the interests of factors, especially against fraudulent debtors and creditors, the threshold of such investigation is quite low, even though the factor failed to fulfil regulatory obligations stipulated in the *Interim Measures for the Administration of Factoring Business of Commercial Banks*, as the regulatory obligation does not equal to contractual obligation⁹⁹.

⁹⁵ MLF, art 13(1).

⁹⁶ HUANG, YUAN, *ibid.*, 2022, p. 1143.

⁹⁷ UNIDROIT. (2023), *UNIDROIT and ZUEL Launch the Chinese Translation of the UNIDROIT Model Law on Factoring in Wuhan*, available at <https://www.unidroit.org/unidroit-and-zuel-launch-the-chinese-translation-of-the-unidroit-model-law-on-factoring-in-wuhan/> (last accessed 30 May 2024).

⁹⁸ The People’s Courts of the Pudong New Area of Shanghai municipality. (2019), *Jiangxi Copper International Commercial Factoring Co., Ltd. v. Zhejiang Unifull Industrial Fibre Co., Ltd., Shanghai Qi Zun Industrial Co., Ltd.*, 4 April 2019, No. 2018-0115-16373.

⁹⁹ The higher People’s Court of Shanghai Municipality. (2018), *China Construction Bank Corporation Shanghai Yangpu Sub-branch v. China Jiangsu International Economic and Technical Cooperation Group, Ltd.*, 1 November 2018, No. 2017-362.

Another issue is the distinction between recourse factoring and non-recourse factoring. While, in a number of cases, recourse factoring, where the factor can seek remedies from both the debtor and the creditor, was treated as an atypical security¹⁰⁰. Therefore, in case of default, the factor can sue both the debtor and the creditor¹⁰¹. On the other hand, in non-recourse factoring, the factor can only lodge claims against debtors¹⁰². These varied experiences with factoring cases can shed light on how Chinese courts handle relevant disputes, offering valuable insights into the judicial approaches and interpretations within the context of international business law. In turn, they can inform the development of more detailed and nuanced international rules and contribute to the ongoing refinement and harmonisation of global legal standards.

2.3.4. Digital assets

Last but not least, the article examines the latest UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law¹⁰³. This new project aimed to provide legislative guidance and to develop principles relating to the legal nature, transfer and use of digital assets, covering the areas of artificial intelligence, smart contracts and distributed ledger technology. UNIDROIT's primary proposal is that legal regimes should establish that digital assets are susceptible to being the subject

¹⁰⁰ The Supreme People's Court. (2020), *Henan Qichun Oil Distribution Services Group Co., Ltd. v. Industrial and Commercial Bank of China Co., Ltd. Yan'an Branch*, 28 June 2020, No. 2020-155.

¹⁰¹ Yinzhou District People's Court of Ningbo City. (2015), *China Construction Bank Co., Ltd. Ningbo National High-tech Zone Sub-branch v. Ningbo Norwich Crown International Trade Co., Ltd.*, 7 September 2015, No. 2015-429; The Shanghai No. 2 Intermediate People's Court. (2012) *Industrial and Commercial Bank of China Co., Ltd. Shanghai Qingpu Sub-branch v. Shanghai Kanghong Textile Co., Ltd. and RT-MART Limited Shanghai*, 29 November 2012, No. 2012-148.

¹⁰² The Dalian City Intermediate People's Court of Liaoning Province. (2016), *Industrial and Commercial Bank of China Co., Ltd. Dalian Qingniwaqiao Sub-branch v. Dalian Aerbin Group Co., Ltd. and China Finance Leasing Co., Ltd.*, 21 November 2016, No. 2016-02-6057.

¹⁰³ UNIDROIT. (2023), *UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law*, available at <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked.pdf> (last accessed 30 May 2024). See also a general overview, Guo, S. 2024.

of proprietary rights¹⁰⁴.

In this regard, China is more advanced in relation to technology, virtual and Internet and data. Article 127 of the Chinese Civil Code Art 127 prescribes that: “Where there are laws particularly providing for the protection of data and online virtual assets, such provisions shall be followed”.

This is exactly the protection of proprietary rights of virtual assets advocated by the new UNIDROIT Principles. Interestingly, although China bans cryptocurrencies for financing purposes,¹⁰⁵ various Chinese courts have recognised the proprietary rights of these cryptocurrencies. For instance, in *Yan Xiangdong et al. v. Li Shengyan et al.*, the Shanghai No.1 Intermediate Court ruled that to obtain Bitcoin, it is necessary to invest material capital to purchase and maintain special machines and equipment with considerable computing power, pay the corresponding price of the power energy consumed by the machine operation, and also spend considerable time costs. The process and the acquisition of labour products condense the abstract labour of human beings.

At the same time, Bitcoin can be transferred through money as consideration and generate economic benefits. Due to the value, scarcity, and disposability of the Bitcoin, it has the characteristics of the object of rights and meets the constituent elements of virtual property; Bitcoin has the attributes of virtual property and virtual commodities and should be protected by law¹⁰⁶.

Another electronic related issue is Art 469 of the Chinese Civil Code: “The parties may conclude a contract in writing, orally, or in other forms. A writing refers to any form that renders the content contained therein capable of being represented in a tangible form, such as a written agreement, letter, telegram, telex, or facsimile. A data message in any form, such as electronic data interchange and e-mails, that renders the content contained therein capable of being represented in a tangible form and accessible for reference and use at any time shall be deemed as a writing”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Principles 8 and 14.

¹⁰⁵ See, e.g., PILAROWSKI YUE 2017, p. 3; XIE 2019, p. 457.

¹⁰⁶ Shanghai No.1 Intermediate Court. (2020), *Yan Xiangdong et al. v. Li Shengyan et al.*, 6 May 2020, No. 2019-01-13689.

¹⁰⁷ Chinese Civil Code, art 469.

As a technology-leading country, China's adaptation to new technologies presents a compelling model for other jurisdictions and has significant implications for international rule-making. The innovative ways in which China integrates cutting-edge technologies into its legal and regulatory frameworks can serve as a valuable reference for other nations seeking to modernise their own systems. Moreover, China's proactive approach to technology adoption in various sectors can provide practical insights and lessons for the formulation of international rules and standards. By observing China's experiences and strategies, other jurisdictions can better understand the challenges and opportunities associated with emerging technologies, thereby fostering a more cohesive and forward-thinking global environment.

2.4. Concluding remarks: Chinese contribution to the international unification of private law

China has been instrumental in the global unification of private law, playing an active role in harmonising legal standards and practices worldwide. This is demonstrated by its involvement in international law-making, adoption of key conventions, and efforts to promote regional and global legal harmonization. A notable example of China's contribution is its active participation in international organizations such as UNIDROIT, where it has been a proactive member, continually contributing to the modernization and harmonization of international business rules. This commitment to international legal standards is further reflected in China's domestic legal reforms, which often incorporate international best practices and principles from international conventions and model laws, thereby fostering a conducive environment for international business operations.

UNIDROIT has developed significant instruments like the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, which influence Chinese contract law reforms and are widely used in international arbitration and contract drafting. Another key contribution of UNIDROIT is the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment and its associated Protocols, which China has ratified. This Convention provides a uniform legal regime for security interests in mobile equipment,

enhancing legal certainty for international financiers and lessors, and has also influenced Chinese legislation on security interests. A third example is the Convention on International Factoring and the Model Law on Factoring. With a separate chapter on factoring in the Chinese Civil Code, China's legislative and judicial experiences not only reflect the latest international developments but also contribute to global rule-making with rich Chinese insights. Lastly, the UNIDROIT Principles on Digital Assets in Private Law align with the existing Chinese Civil Code on the protection of virtual and digital assets. In this regard, China is a leading country in technology innovation and can provide ample experience for international rule-making.

Apart from legislative activities, Chinese legal scholars and practitioners significantly contribute to the international unification of private law by participating in international legal forums, drafting international instruments, and engaging in comparative law research. Their work helps shape and refine global legal standards, supporting the continuous development and harmonization of private law worldwide.

The alignment of Chinese law with international standards promotes enhanced legal cooperation and mutual recognition of legal principles between China and other nations. This harmonised and modern legal framework offers foreign investors increased legal certainty and protection, thereby encouraging greater international investment in China. By adopting globally recognised legal norms, China not only fosters a more predictable and stable business environment but also strengthens its position in the global economy. This legal alignment helps reduce the risks associated with cross-border transactions, making China a more attractive destination for foreign capital and facilitating smoother international trade and investment relations.

Riferimenti bibliografici

Ancel, M. (1976), *From the Unification of Law to its Harmonization*, in "Tulane Law Review", 51, p. 108.

Barnes, W.R. (2007), *Toward a Fairer Model of Consumer Assent to Standard*

- Form Contracts: In Defense of Restatement Subsection 211 (3)*, in "Washington Law Review", 82, p. 227.
- Bennett, Y.C. (2012), *Chinese Contract Law after the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in Garrick J. (ed), *Law and Policy for China's Market Socialism*, Routledge, London, pp. 70-84.
- Bridge, M.G. et al. (1998), *Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions*, in "McGill Law Journal", 44, p. 567.
- Chen, L. (2010), *The History Development of the Civil Law Tradition in China: A Private Law Perspective*, in "Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire du droit/The Legal History Review", 78, 1-2, pp. 159-181.
- Chen, L., van Rhee, C.R. (2012), *Towards a Chinese Civil Code: Comparative and Historical Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- Chen, L. (2021), *Continuity and Change: Some Reflections on the Chinese Civil Code*, in "Asia Pacific Law Review", 29, 2, pp. 287-305.
- Crea C., Diliberto, O. (2021), *The Chinese Civil Code and "Fascination" with Roman Law. A Conversation with Oliviero Deliberto*, in "Italian Law Journal", 7, p. 1.
- David, R. (1968), *The Methods of Unification*, in "American Journal of Comparative Law", 16, p. 13.
- Diliberto, O. (2016), *Chiusura dei lavori. Diritto romano e codificazione cinese tra passato, presente e futuro. Alcune considerazioni*, in "Bullettino dell'istituto di diritto romano Vittorio Scialoja", 110, pp. 293-296.
- Del Duca, L.F. (2006), *Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil law Convergence*, in "Texas International Law Journal", 42, p. 625.
- Gao, S., Fan, H. (2019), *The Latest International Regulations on Railway Vehicle Financing and China's response - Focusing on the Cape Town Convention and the Railway Vehicle Protocol 铁路车辆融资最新国际规范及中国应对——以《开普敦公约》及《铁路车辆议定书》为中心*, in "Business and Economic Law Review", 2019, 2, pp. 1-17.
- Goode, R. (2013), *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol thereto on Matters specific to Aircraft Equipment (Third Edition)*, UNIDROIT, Rome.
- Gluck, G. (1979), *Standard Form Contracts: The Contract Theory Reconsidered*, in "International & Comparative Law Quarterly", 28, 1, pp. 73-74.
- Graveson, R.H. (1968), *The International Unification of Law*, in "American

- Journal of Comparative Law”, 16, p. 4.
- Graziadei M., Zhang, L. (eds) (2023), *The Making of the Civil Codes: A Twenty-First Century Perspective*, Springer, Singapore.
- Guo, M. (2009), *Legislative Experience of the Contract Law* (《合同法》的立法经验), available at:
 <http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c189/c221/201905/t20190522_109745.html
 > (last accessed 30 May 2024).
- Guo, S. (2024), *UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law*, in “INSOL I-Read”, February.
- Huang, M., Yuan Y. (2022), *An Introduction to Factoring Law in China*, in “European Business Law Review”, 33, 7, pp. 1141-1160.
- Huang, P.C.C. (2001), *Code, Custom and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared*, Stanford University Press, Stanford, pp. 15-48.
- Jiang, H., Sirena, P. (2023), *The Making of the Chinese Civil Code: Promises and Persistent Problems*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Kozuka, S. (2017), *The Cape Town Convention and Its Implementation in Domestic Law: Between Tradition and Innovation*, in Kozuka, S.(ed) *Implementing the Cape Town Convention and the Domestic Laws on Secured Transactions*, Springer, Cham, pp. 15-56.
- Latman M.D., Smith S.S. (2009), *Cape Town Convention Comes to China* (《开普敦公约》来到中国), in “China Civil Aviation”, 2009, 6, pp. 34-35.
- Lena P. (2021), *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) (3d edn)*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- Liang, H. (2005), *Some Issues about the Codification of the Chinese Civil Code*, in “China Law Review”, 1, 1, pp. 27-41.
- Liang, H. (2021), *Lecture Notes on General Principles of Contract* (合同通则讲义), People’s Court Press, Beijing.
- Liang, H. (2023), *Lecture Notes on Tort Liability Law* (侵权责任法讲义), Law Press, Beijing.
- Liang H., Chen, H. (2020), *Property Law (7th edn)* (物权法 (第七版)), Law Press, Beijing.
- Liu, C. (2022), *On the Introduction of Anglo-American Law and the Development of Chinese Contract Law: From the Revision of Laws in the Late Qing Dynasty to the Civil Code in 2020* (论英美法引入与中国合同法的发展——从清末修律到2020年民法典), in “Academic Monthly”, 4, pp. 100-120.
- Lloyd, R.M. (1985), *Refinancing Purchase Money Security Interests*, Tennessee Law Review, 53, 1.

- Long, W.N. (2012), *The Basic Construction and Major Development of Tort Liability Law* (《侵权责任法》的基础构建与主要发展), in "Social Sciences in China", 2012, 12, pp. 103-122, 208.
- Matteucci, M. (1973), *The History of UNIDROIT and the Methods of Unification*, in "Law Library Journal", 66, p. 286.
- Murillo, M.L. (2001), *The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification*, in "Journal of Transnational Law & Policy", 11, p. 163.
- Padi, M. (2021), *Contractual Inequality*, in "Michigan Law Review", 120, p. 825.
- Pilarowski, G., Yue, L. (2017), *China Bans Initial Coin Offerings and Cryptocurrency Trading Platforms*, in "China Regulation Watch", 2017, p. 3.
- Pound, R. (1954), *Chinese Civil Code in Action*, in "Tulane Law Review", 29, p. 277.
- Rivera, J.C. (2013), *The Scope and Structure of Civil Codes*, Springer, Dordrecht.
- Salinger, F.R. (2006), *Factoring: The Law and Practice of Invoice Finance*, Sweet & Maxwell, London.
- Sheikh, S., Singleton, S. (2020), *Commercial Contracts: A Practical Guide to Standard Terms (5th edn)*, Bloomsbury Professional, London.
- Timoteo, M. (2019), *China Codifies. The First Book of the Civil Code between Western Models to Chinese Characteristics*, in "Opinio Juris in Comparatione", 1, 1, pp. 23-44.
- Veneziano, A. (2014), *Security Interests Burdening Transport Vehicles: The Cape Town Convention and Its Implementation in National Law*, in "Rapports nationaux italiens / Italian national reports", pp. 561-582.
- Vogenauer, S. (2015), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, p. 510.
- Wang, L. (2016), *Tort Liability Law* (《侵权责任法》), Renmin University Press, Beijing.
- Wang, L. (2017), *General Principles of Civil Law* (《民法总则》), Renmin University Press, Beijing.
- Liang, H. (2021), *General Principles of Civil Law (6th edn)* (《民法总论》(第六版)), Law Press, Beijing.
- Wang, L. (2019), *The Modernization of Chinese Civil Law over Four Decades*, in "Frontiers of Law in China", 14, 1, pp. 39-72.
- Wang, L. (2020a), *Comments on Chinese Civil Code* (《中国民法典释评》), Renmin University Press, Beijing.

- Wang, L. (2020b), *The Centennial Process and Enlightenment of the Compilation of China's Civil Code* (中国百年民法典编纂历程与启示), in "Law Science", 2020, 10, pp. 165-167.
- Wang, L. (2021a), *Property Law (2nd edn)* (物权法 (第二版)), Renmin University Press, Beijing.
- Wang, L. (2021b), *The Contract Codification of the Civil Code with an International Perspective* (具有国际化视野的《民法典》合同编立法), in "Business and Economic Law Review", 2021, 4, p. 71.
- Wang, L. (2022), *General Principles of Contract Law* (合同法通则), Peking University Press, Beijing.
- Wen, S. (2020), *The Past and Present of the System Structure of China's Civil Code* (中国民法典体系构造的“前世”与“今生”), in "Oriental Law", 2020, 4, p. 31.
- Xie, H. (2020), *The Application of Rules and Conflict Resolution of the Substantive Guarantee Concept in the Civil Code* (《民法典》实质担保观的规则适用与冲突化解), in "Law Science", 2020, 9, pp. 3-20.
- Xie, H., Tu, Y. (2022), *Civil Law Codification: Historical Review, Basic Elements and Experience Enlightenment* (民法法典化: 历史回溯、基础要件及经验启示), in "Journal of Guizhou Provincial Party School", 2022, 2.
- Xie, R. (2019), *Why China Had to Ban Cryptocurrency but the US Did Not: A Comparative Analysis of Regulations on Crypto-Markets between the US and China*, in "Washington University Global Studies Law Review", 18, p. 457.
- Xu, X. (2018), *Law, Custom and Social Norms: Civil Adjudications in Qing and Republican China*, in "Law and History Review", 36, 1, pp. 77-104.
- Ye, X. (ed.) (1993), *The History of Chinese Civil Law* (中国民法史), Shanghai People's Publishing, Shanghai, pp. 603-604.
- Zhang, G. (1995), *Drafting of the Contract Law of the People's Republic of China* (中华人民共和国合同法的起草), in "Chinese Journal of Law", 5, pp. 3-14.
- Zhang, J. (2020), *On the Civil Law of Ancient China: From the Perspective of Civil Law in the Qing Dynasty* (论中国古代民法——以清代民法为视角), in "Studies in Qing History", 5, pp. 53-67.
- Zhang, J. (2022), *Functional Reform of the Chinese Law of Secured Transactions in Movables from a Comparative Perspective*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 86, 1, pp. 119-165.
- Zhang, S. (2005), *Comments on the Draft Civil Code of the Republic of China* (民

- 国《民律草案》评析), in "Jiangxi Social Science", 2005, 8, pp. 60-61.
- Zhu, G. (2019), *The History and Systematic Thinking of the Compilation of the Property Rights Chapter of the Civil Code* (民法典物权编编纂的历史与体系思考), in "Jilin University Journal Social Sciences Edition", 59, 1, p. 31.
- Zhuang, Q. (2013), *The Promulgation of the Marriage Law in 1950 and the Change of Marriage Concept among Beijing Workers* (1950年《婚姻法》的颁布与北京工人婚姻观念的变化), in "CPC History Research and Teaching", 2013, 2, pp. 42-48.

3. Dalle fondamenta antiche alle realtà moderne: affrontare le sfide globali con il nuovo codice civile cinese e il diritto romano come guide

Meiling Huang

SOMMARIO: 3.1. Introduzione – 3.2. Tratti di fondo dei diritti neoromani– 3.3. Caratteristiche del Codice Civile cinese in una prospettiva di diritto comparato – 3.4. Conclusione

3.1. Introduzione

Il Codice Civile cinese, promulgato il 28 maggio 2020, rappresenta il primo codice civile della Repubblica Popolare Cinese e l'ultimo promulgato nei Paesi del sistema giuridico romanistico. Questo codice integra in maniera sistematica le leggi civili entrate in vigore negli oltre settant'anni successivi alla fondazione della Repubblica popolare cinese. Esso si caratterizza per la sua precisione, scientificità e sistematicità, riflettendo le caratteristiche fondamentali dei codici del diritto civile della tradizione romanistiche. È noto che, fin dalla fine della dinastia Qing, la codificazione cinese ha adottato il diritto romano come guida e principale fonte di ispirazione. Nei convegni italo-cinesi in materia giuridica degli ultimi anni, molti colleghi hanno richiamato un famoso adagio, che si era diffuso a quel tempo per il quale sia nella legislazione che nella pratica “occorre sempre far riferimento al diritto romano”. Possiamo persino interpretare il Codice Civile cinese come ennesima forma di attualizzazione del diritto romano nei paesi del sistema giuridico romanistico del XXI secolo.

Pertanto, la mia relazione di oggi si concentrerà sulle due caratteristiche distintive del Codice Civile cinese: l'adozione del diritto

romano come guida e le sue innovazioni di fronte alle sfide dello sviluppo moderno. In ragione di tanto, potrei aggiungere un sottotitolo al mio contributo odierno, cioè riflessioni sul “diritto romano-cinese”.

3.2. Tratti di fondo dei diritti neoromani

Il Codice Civile cinese del 2020 riflette senza sorprese le caratteristiche dei diritti neoromani¹⁰⁸ già proprie della legislazione civile cinese. Ciò, peraltro, emerge sia per la tecnica legislativa adoperata, che potremmo definire, compilatoria in senso giustiniano, sia nello stile stesso della codificazione.

Dal punto di vista della struttura formale, il Codice Civile cinese segue la tradizione del sistema giuridico romanistico, adottando il modello tipico della codificazione sistematica. A differenza della struttura più flessibile tipica del *common law*, il codice sistematico è organizzato secondo una struttura ben definita, caratterizzata da coerenza logica, completezza normativa e integrazione dei valori¹⁰⁹. Il Codice Civile cinese è composto da 1260 articoli, suddivisi in sette libri: disposizioni generali, diritti reali, contratti, diritti della personalità, matrimonio e famiglia, successioni, responsabilità civile¹¹⁰. La struttura complessiva, con la parte generale e vari libri, mostra un'alta affinità strutturale con i codici degli altri Paesi del sistema giuridico romanistico e, in particolare, come meglio vedremo appresso, con l'articolazione tedesca della tradizione romanistica.

In primo luogo, il Codice adotta un'impostazione che combina norme generali e specifiche. Le disposizioni generali utilizzano il metodo di estrazione di elementi comuni per identificare principi che servono a coordinare tutte le disposizioni specifiche, conferendo al codice una struttura organizzata e una chiara coerenza interna. Più dettagliatamente, il legislatore stabilisce le disposizioni generali mediante il metodo di 'estrazione di elementi comuni'. Queste hanno una funzione strutturale, in quanto orientano e informano l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni specifiche,

¹⁰⁸ Per la definizione di diritti neoromani si veda DILIBERTO 2005, pp. 109-115; DILIBERTO 2012, pp. 53-67.

¹⁰⁹ LI JIANHUA 2019, pp.116-124.

¹¹⁰ SU YANXIN 2024, p. 87.

rappresentando i principi fondamentali e universali del Codice Civile e fornendo un criterio essenziale per l'interpretazione delle varie sezioni del Codice e delle leggi speciali. Le norme sulle finalità legislative e sui principi fondamentali contenute nelle disposizioni generali affermano i valori fondamentali del Codice Civile. Allo stesso tempo, le disposizioni generali fungono da importante riferimento allorché le disposizioni specifiche e le leggi speciali si presentino lacunose. È bene precisare, tuttavia, che nel processo di applicazione della legge, si deve prima procedere all'individuazione delle disposizioni specifiche e, solo in assenza di norme pertinenti, applicare quelle generali che, in quanto tali, sono residuali. Inoltre, la sezione delle disposizioni generali del Codice Civile cinese si ispira al Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) quanto a struttura¹¹¹ – appunto con riferimento alla parte generale – e ad alcune impostazioni teoriche di fondo: si pensi all'adozione e al rilievo assegnato ai negozi giuridici civili.

In secondo luogo, nella struttura del codice si può cogliere la biforcazione tra diritti reali e obbligazioni, che pure riflette l'influenza dei modelli di codificazione dei Paesi del sistema giuridico romanistico. Nel nuovo Codice, il principio della distinzione tra diritti reali e obbligazioni si manifesta nei seguenti termini: la costituzione, la modifica, il trasferimento e l'estinzione di un diritto reale su immobili si realizza dal momento della stipulazione del contratto, a meno che non vi siano disposizioni legali o accordi contrattuali diversi, e la mancata registrazione di tale diritto non ne compromette la validità (art. 215). Un altro esempio si può osservare nel caso dell'esercizio di un diritto di ipoteca, che non pregiudica la validità del credito stesso (art. 410).

Il Codice civile cinese è coerente con il sistema giuridico romanistico da un punto di vista sostanziale. Prendiamo come esempio i diritti reali: nel Codice Civile cinese, la proprietà è considerata un diritto reale pieno (Art. 240), distinto dal possesso, che è inteso come uno stato di fatto. A differenza del sistema del *common law*, dove il possesso implica un dominio sulle cose, il sistema giuridico romanistico prospetta una distinzione rigorosa tra possesso e dominio sulle cose, cioè la proprietà, e costruisce il diritto reale attorno al nucleo

¹¹¹ WANG LIMING 2023, p.129.

centrale della proprietà. Per esempio, il regime della commistione deriva direttamente dal istituto romano della *confusio* e, attraverso l'ordinamento e la strutturazione da parte dei giuristi medievali e moderni, ha portato alla creazione di un sistema tripartito che comprende elaborazione-combinazione e commistione. Il Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ha scelto questo approccio all'interno di un quadro tripartito, un metodo che è stato trasmesso alla Cina fin dai tempi dei progetti di legge civile della dinastia Qing; il Codice Civile cinese adotta sostanzialmente questo approccio, sebbene non tratti la commistione in modo esplicito, presumendo che le regole comuni siano applicabili alla elaborazione-combinazione e commistione (Art. 322)¹¹². Un altro esempio è la regola sui beni accessori (Art. 320), che ha origine dal principio romano secondo cui "l'accessorio segue il principale". I giuristi medievali hanno teorizzato e tipizzato questa regola romana, e i giuristi tedeschi hanno successivamente elaborato il concetto di 'accessorio' per arricchire la teoria dell'accessione, estendendone l'ambito di applicazione e includendo frutti, prodotti e miglioramenti nel significato di accessorio, e questo modello teorico corrispondente si riflette nelle regole sui beni accessori nel Codice Civile cinese (Art. 321; Art. 121; Art. 317, comma 1)¹¹³.

In materia di illeciti civili, il Codice civile cinese ha ereditato rigorosamente il principio del diritto romano "nessun danno, nessun risarcimento". Per quanto riguarda gli illeciti, il sistema di *common law* adotta di solito un'enumerazione specifica, vale a dire, suddivide gli illeciti interamente in base ai tipi, senza disposizioni generali; mentre i Paesi del sistema giuridico romanistico adottano generalmente il modello delle disposizioni generali, che si caratterizza per la presenza di una o più disposizioni generali stabilite nel codice civile per regolare gli illeciti in modo generale. Proprio tale ultimo è il *modus operandi* del CCC che prevede gli illeciti generali nelle disposizioni generali, seguite da un unico capitolo che prevede gli illeciti speciali, riflettendo il modello normativo del sistema giuridico romanistico.

Naturalmente, le fonti di diritto romano del codice civile cinese sono troppo numerose per essere citate: ad esempio, il sistema dell'adempimento continuato (art. 577) previsto dal diritto contrattuale,

¹¹² XU GUODONG 2021a, pp. 114-125.

¹¹³ XU GUODONG 2021b, pp. 66-85.

laddove i Paesi di *common law* di solito considerano il risarcimento del danno come il rimedio di base per la violazione del contratto, e solo quando il risarcimento non porta alle parti un sollievo adeguato o appropriato forniscono un rimedio sulla base di “equity”, cioè l'adempimento obbligatorio; mentre i Paesi nel sistema giuridico romanistico, considerano l'adempimento obbligatorio come il rimedio di base per l'inadempimento di un contratto. In Cina, come nei Paesi del sistema giuridico romanistico, l'adempimento obbligatorio è considerato il principale strumento per assumere la responsabilità per l'inadempimento del contratto e non è contemplata solo in circostanze specifiche¹¹⁴.

In effetti, secondo statistiche incomplete, il Codice Civile cinese ha più di metà degli articoli che presentano una chiarissima matrice romanistica. Anche dai dati, possiamo notare chiaramente come il diritto romano in Cina non si manifesta solo come studio della storia giuridica, ma costituisce, in qualche misura, anche il dna del codice civile.

3.3. Caratteristiche del Codice Civile cinese in una prospettiva di diritto comparato

Tuttavia, come ho accennato in apertura di questa comunicazione, il Codice civile cinese è pienamente innervato nel XXI secolo e perciò è figlio del suo tempo e, di fronte alle sfide del nuovo secolo, presenta elementi che innovano la tradizione.

Come abbiamo detto in precedenza, il Codice civile cinese adotta il modello di codificazione proprio dei diritti neoromani, ma in termini di impostazione specifica, il Codice civile cinese presenta – e non potrebbe essere diversamente – caratteristiche sue proprie. Si differenzia sia dal modello francese a tre libri (modello delle *Institutiones*) che da quello tedesco a cinque libri (modello *Digesta*), ed è il primo nel suo genere a utilizzare una struttura che è stata definita ad anello a fogli sciolti di disposizioni generali per guidare il codice a fogli sciolti. Il cosiddetto "codice a fogli sciolti" indica un modello in cui in ogni libro può essere inserito e rimosso a seconda delle necessità senza influenzare gli altri fogli sciolti; ogni foglio sciolto è

¹¹⁴ CUI JIANYUAN, 2023, pp. 3-17.

indipendente, ma esiste anche come una parte nel libro a fogli sciolti, formando un insieme¹¹⁵. E questa organizzazione flessibile, in qualche misura, rappresenta un'apertura del sistema civile. Nonostante, cioè, la Cina sia parte integrante del sistema giuridico romanistico, essa ha pure attinto dall'esperienza legislativa del sistema di *common law* nella selezione dei capitoli e nella definizione delle norme e ha costruito un sistema giuridico più flessibile e adatto alle esigenze della società contemporanea.

Mentre la maggior parte delle legislazioni dei paesi del sistema giuridico romanistico include una sezione generale sulle obbligazioni, il Codice Civile cinese omette tale sezione. Il manuale preparatorio redatto dall'Ufficio di Diritto Civile della Commissione Affari Legislativi del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo fornisce due motivazioni: in primo luogo – si legge – molte regole relative alle obbligazione non hanno una applicabilità universale - per esempio, le obbligazioni contrattuali e quelli derivanti da illeciti hanno certamente elementi in comune, ma presentano differenze ben più marcate; in secondo luogo, le disposizioni generali sul diritto dei contratti e quelle sulle responsabilità da illeciti già in larga misura fungono da norme generali sulle obbligazioni, risultando quindi più pratiche e funzionali. L'introduzione di una sezione generale sui debiti che estragga e generalizzi le regole applicabili potrebbe rendere le norme eccessivamente astratte e complesse, non favorendo l'applicazione della legge e non rispecchiando la prassi giudiziaria consolidatasi negli anni¹¹⁶. Infatti, nei sistemi di *common law*, dove non esiste un concetto unificato di contratto, una delle principali preoccupazioni è la distinzione tra diritto contrattuale e diritto della responsabilità, utilizzando flessibilmente questi due sistemi legali come rimedi diversi in base alle necessità sociali¹¹⁷. Pertanto, l'omissione delle disposizioni generali sulle obbligazioni nel Codice Civile cinese accentua la distinzione tra diritto contrattuale e diritto di responsabilità, riflettendo un approccio più pragmatico.

Dal punto di vista legislativo, il Codice Civile cinese dedica un libro specifico ai diritti della personalità, utilizzando un approccio generale

¹¹⁵ ZHU QINGYU 2020, pp. 88 ss.

¹¹⁶ HUANG WEI 2020, p. 881.

¹¹⁷ SEE WANG SHAOYU 2007, pp. 90-99.

e divisionale, in linea con il disegno sistemico degli altri libri del Codice. Il primo capitolo 'Disposizioni Generali' costituisce il quadro normativo generale dei diritti della personalità, ove sono delineate le regole generali, le caratteristiche distintive di questi diritti, il consenso all'utilizzo degli interessi personali, la tutela degli interessi della personalità del defunto, il diritto di rivendicazione dei diritti della personalità, la responsabilità per le violazioni di tali diritti e l'uso legittimo degli interessi personali. Questa sezione, dalle rubriche dei capitoli alla configurazione complessiva, esibisce peculiarità distintamente cinesi ed è una rilevante innovazione rispetto ai sistemi codificati di sistema giuridico romanistico. A livello di sistema dei diritti, né la tradizione del sistema giuridico cinese né quella del *common law* hanno sviluppato una struttura regolamentare dei diritti della personalità con un'ottica prettamente giuridica¹¹⁸. Il libro in questione inizia con la definizione generale di diritti della personalità (art. 990) e di autorizzazione all'utilizzazione dei diritti della personalità (art. 993), configurando un sistema di diritti della personalità astratti; segue, poi, l'elencazione dei diritti della personalità aventi come oggetti specifici gli interessi personali; infine, allinea i diritti della personalità astratti definiti nelle disposizioni generali con quelli concreti specificati nelle disposizioni specifiche, costituendo così il framework basilare dei diritti della personalità nel diritto cinese. La normativa nel CCC sui diritti della personalità, con le sue basi logiche e la sua articolazione, evidenzia l'attrattiva del sistema di diritti della personalità nella nuova era¹¹⁹. L'incorporazione del libro sui diritti della personalità nel Codice Civile cinese riflette la tendenza della società moderna a intensificare la protezione dei diritti personali e incarna lo 'spirito del tempo'.

Vi sono, inoltre, alcuni ulteriori esempi che manifestano l'influenza del *common law* nel CCC: nel campo dei diritti reali, seguendo la tendenza verso una concezione funzionale della garanzia reale, è stata, ad esempio, integrata la garanzia mobiliare tipica del sistema di *common law*: per quanto riguarda le ipoteche sui beni mobili, sono state introdotte l'ipoteca di acquisto e la normativa dell'acquirente in condizioni ordinarie di mercato, entrambe derivanti dal sistema di

¹¹⁸ WANG YEGANG 2020, pp. 31-32.

¹¹⁹ YANG LIXIN, 2020, p. 20.

common law, che rappresentano le principali innovazioni nel Codice Civile cinese in materia di diritti di garanzia su beni mobili. Per le garanzie atipiche, invece, è stata aggiunta la categoria di 'contratti di garanzia' (art. 388), che viene considerata al pari dei contratti di ipoteca e di pegno. Questa categoria include i contratti di vendita con riserva di proprietà, i contratti di leasing finanziario e i contratti di factoring, riflettendo l'orientamento funzionale della legislazione contemporanea¹²⁰.

Nel campo del diritto contrattuale, per allinearsi alle normative del commercio internazionale, sono stati introdotti numerosi tipi di contratti comuni nelle transazioni di mercato moderne, quali: il regime di inadempimento anticipato (art. 563, comma 1, n. 2 insieme all'art. 578), il regime di inadempimento fondamentale (art. 563, comma 1, nn. 3-4), la responsabilità per inadempimento rigoroso (art. 577), il diritto di recesso della parte inadempiente (art. 580, comma 2), il principio della prevedibilità (art. 584) e il principio della mitigazione del danno (art. 591). Questi elementi riflettono i tre principali tratti caratteristici del sistema di *common law*: "pragmatismo, flessibilità e normativa sulle transazioni di mercato"¹²¹.

Nel campo del diritto degli illeciti, per una protezione completa dei diritti civili, sono state adottate diverse regole tipizzate di illecito. Ad esempio, la regola del consenso al rischio, la normativa sui danni punitivi, la responsabilità oggettiva del datore di lavoro, le norme sugli illeciti informatici e la stratificazione della responsabilità per danni causati da animali rappresentano un prestito critico volto a risolvere i problemi concreti presenti nella società cinese e a realizzare l'adattamento locale delle regole tipizzate di illecito.

3.4. Conclusione

Non vi è alcun dubbio che il Codice Civile cinese presenti una marcata impronta del diritto romano e mostri una tendenza attiva verso l'accoglienza delle dinamiche della globalizzazione giuridica. Questa fusione inter-sistemica del Codice Civile cinese non solo arricchisce il contenuto della tradizione giuridica romana, ma migliora anche la flessibilità nella gestione delle complesse relazioni civili

¹²⁰ XIE HONGFEI 2020, pp.11-17.

¹²¹ LIU CHENGWEI 2022, p.107.

contemporanee. Il Codice Civile cinese rivela una disposizione aperta verso le tradizioni legali globali e un atteggiamento di inclusività, rappresentando così una rinnovata interpretazione del diritto romano. Potremmo dire, in definitiva, il codice civile cinese tra tradizione e innovazione.

Riferimenti bibliografici

- Cui Jianyuan, (2021), *On Compulsory Performance*, in “Research on Rule of Law”, 4.
- Diliberto O., (2005), *Sulla formazione del giurista. A proposito di un saggio recente*, in “Rivista di Diritto Civile”, 51.
- Diliberto O., (2012), *La lunga marcia. Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in L. Canfora e U. Cardinale (a cura di), *Disegnare il futuro con intelligenza antica. L’insegnamento del latino e del greco antico in Italia e nel mondo*, Bologna.
- Huang Wei, (2020), *Interpretation of the Civil Code of the People’s Republic of China (vol. 2)*, Beijing.
- Li Jianhua, (2019), *The Formal Structure of the Right-Centered Civil Code*, in “Political Science and Law”, 8.
- Liu Chengwei, (2022), *On the Introduction of Anglo-American Law and the Development of Chinese Contract Law — From the Law Revision in Late Qing Dynasty to the Civil Code 2020*, in “Academic Monthly”, 4.
- See Wang Shaoyu, (2007), *Differences between Tort and Contract in Common Law System*, in “Global Law Review”, 6.
- Su Yanxin, (2024), *On the History of Knowledge of Compiling Civil Code and the Characteristics of Civil Code of Contemporary China*, in “Political Science and Law”, 1.
- Wang Liming, (2023), *On the Compilation-based Codification*, in “Political Science and Law”, 12.
- Wang Yegang, (2020), *The Highlights and Creative Ideas of the Part of Personality Right in the Civil Code*, in “Journal of Renmin University of China”, 4.
- Xie Hongfei, (2020), *The Rule Change and Legal Application of Movable Property Security Right*, in “Journal of National Prosecutors College”, 4.

- Xu Guodong, (2021a), *The Origin of Roman Law, Historical Evolution and Application of the Mingling System Stipulated in the Civil Code of China*, in “Journal of Xiamen University (Arts & Social Sciences)”, 3.
- Xu Guodong, (2021b), *Civil Code and Roman Law*, Beijing.
- Yang Lixin, (2020), *The Innovative Development of the Legislation of Personality Rights in China’s Civil Code*, in “Studies in Law and Business”.
- Zhu Qingyu, (2020), *The Third Model: From the General Principles of Civil Law to the General Part of Civil Code*, in “Law and Social Development”, 4.

4. The external and internal system of chinese civil code

Shen Weixing, Huiwen Jiang

SOMMARIO: 4.1. The composition of external system of Chinese Civil Code and Its Logic – 4.1.1. From Vertical Dimension: the history of Chinese Civil Code – 4.1.2. From Horizontal Dimension: Comparison Between Seven-Books Structure and Five-Books Structure – 4.1.3. The Contents of Each Book in Chinese Civil Code – 4.1.4. The Logic Behind the Seven-Books Structure in Chinese Civil Code – 4.2. The Emerge of Internal System and Its Embodiment in Chinese Civil Code – 4.2.1. What's the Internal System and How It Matters in Code – 4.2.2. The Principle of Private Autonomy, Its Embodiment and Its Limitation – 4.2.3. Other Principles Stipulated in Chinese Civil Code – 4.3. How Chinese Civil Code Is Related to Other Civil Law and Its Development from Different Aspects – 4.3.1. The Development of the Market Economy and Globalization of Chinese Civil Code – 4.3.2. The Advancement of Technology and Its Reflection in Chinese Civil Code – 4.3.3. The Restatement and Realization of Humanism Spirits by Chinese Civil Code

4.1. The composition of external system of Chinese Civil Code and Its Logic

4.1.1. From Vertical Dimension: the history of Chinese Civil Code

The underlying framework of Chinese Civil Code is known as the external system, and it consists of legal concepts, rules and institutions which are combined together and form a structure. There are seven books included in Chinese Civil Code: General Part, Real Rights, Contracts, Personality Rights, Marriage and Family, Succession, Tort Liability. It was during the late Qing Dynasty that China attempted to draft the Civil Code. In 1908, the compilation work of the Civil Code officially began, with its structure and framework adapting German Civil Code (BGB). Subsequently, the revolution of 1911 broke out, and

the Qing Dynasty was overthrown. The proposed Civil Code was never formally released or taken effect. During the era of Republic of China, the Government continually making attempts to draft the Civil Code. Once again, German Civil Code (BGB) served as the model for reference. After the People Republic of China was founded, there were five attempts to draft Chinese Civil Code. In 1954, the Standing Committee of the National People's Congress organized to draft the Civil Code which included four parts: General Provisions, Property Rights, Contracts, and Inheritance. In 1962, changes in economic policies resulted in the process of drafting the Civil Code to be rescheduled and the draft included three parts: general provisions, ownership of property and the circulation of property.

After the Third Plenary Session of the 11th CPC Central Committee, the status and role of Civil Code were attached with great importance. In 1979, the third time of drafting the Civil Code was initiated. However, the circumstances for enacting the Civil Code had not been met since China had just recently entered in a new period of the Reform and Opening-up. Therefore, leaders of the Commission of Legislative Affairs decided to set up separate civil law statutes first. In 1986, the General Principle of the Civil Law of People's Republic of China, which known as the "Declaration of Civil Rights", was promulgated¹²². In 2001, the legislature started to draft the Civil Code again and submitted it to the 31st meeting of the 9th Standing Committee of the National People's Republic of China. But the draft were not implemented, rather they determined to adopt the Tort Liability Law and the Real Right Law. In 2014, the Fourth Plenary Session of the 18th Central Committee released the "Resolution of the Central Committee of the Communist Party of China on Certain Major Issues Concerning Comprehensively Advancing the Law-Based Governance of China", and provided support for the drafting of the Civil Code. And on May 28, 2020, the Chinese Civil Code was adopted by the Third Session of the 13th National People's Congress.

¹²² See EPSTEIN 1986, pp. 705-713.

4.1.2. From Horizontal Dimension: Comparison Between Seven-Books Structure and Five-Books Structure

As legislators began to draft Chinese Civil Code, they carefully studied and examined the German Civil Code (BGB) and figured that simply incorporating provisions and structure from German Civil Code (BGB) may not adequately address the demand and fit in realities of present China¹²³. In contrast to the five-book structure prescribed in German Civil Code (BGB), the legislators considered to use a more selective approach in drawing upon legislative experiences from other jurisdiction. One example was whether the personality rights (*Personenrecht*) should be presented in a separate book in Chinese Civil Code. German Civil Code (BGB) uses the tort law to regulate the behaviors infringing the personality rights, instead of defining and regulating the reasonable usages of personality rights in a separate book.

The commercialization and utility-driven application of personality rights have led to the active power and capacities embedded in the right as the result of the social development and technical advancement (particularly refers to the biotechnology and information technology)¹²⁴.

The fact that the legislators put the personality rights in the separate book suggests that they uphold the value of personal interests. What's more, the separate book of personality rights also enables the legal sphere to be systematized and maintains the openness and flexibility for further adjustments¹²⁵.

Another example was whether the tort liability should be presented in a separate book in Chinese Civil Code. German Civil Code (BGB) recognizes tort actions as one of causes of duties and should be regulated within the book on obligations with other causes like contracts, unjust enrichment and *negotiorum gestio*.

However, the Tort Law has been implemented and existed as an

¹²³ In addition to the legislative differences within the civil law system, some scholars have conducted comparative studies between the the case based legal system in common law and the systematic approaches in Germany. See WEISS 2000, pp. 438-448; also see RIESENHUBER 2011, pp. 117-130.

¹²⁴ See AYALEW 2020, p. 151.

¹²⁵ See LEI C. 2018, pp. 103-137.

independent legal domain for a period of time in China.

Thus, the legislator could directly integrate the Tort Law as a separate book in Chinese Civil Code. The approach not only avoids the difficulties of reorganizing the statutes to achieve consistency, but also reduce the institutional costs of transition and preserve the legislative resources¹²⁶.

4.1.3. The Contents of Each Book in Chinese Civil Code

The General Part (Book One) stipulates legal institutions including: (1) the principles of civil law; (2) provisions for civil subject, related with natural person, legal person and unincorporated organizations; (3) the system of civil-law rights that consists of personality rights, right of status, property rights, intellectual property, right to succession, shareholder rights and other investor right, and other civil-law rights as provided by law (Article 126); (4) requirements and effectiveness of civil juristic act to intent, creates, alters, or terminates a civil relationship; (5) circumstances for civil-law obligations and liabilities; (6) statutes of action and methods for calculating the time period.

The Real Rights (Book Two) stipulates legal institutions including: (1) the basic socialist economic system, such as the ownership system and the distribution system; (2) the creation, alteration, alienation, and extinguishment of real rights. For example, the registration of immovable property shall be handled by the registration authority (Article 210); (3) the protection of real rights that comprises the request for confirmation of the right, the right for restitution, the request for removal of nuisance or elimination of the danger, the request for repair, redoing, replacement, or restoration to the original condition, etc.; (4) the types and rules of ownership; and a person could exercise the right of ownership within certain bounds; (5) the types and rules of right of usufruct that consists of right to contractual management of land, right to use land for construction purposes, right to use a house site, right of habitation and easements; (6) the types and rules of security interests that consists of mortgage, pledge, and lien; (7) legal consequences

¹²⁶ Although Chinese Civil Code doesn't adopt the Five-Books Structure and separates the book of obligation into the Contract (Book Three) and the Tort (Book Seven), many scholars still believe that the general provisions of the Contract performs the substantive function of general principles of Obligations, and these provisions can be applied to a variety number of creditor-debtor relationships.

arising from the legal fact of possession. For example, in the case of possession of immovable or movable property based on contractual relationship, matters such as the use of the immovable and movable property, the benefits therefrom, and the default liability shall be subject to agreement in the contract.

The Contracts (Book Three) stipulates legal institutions including: (1) the interpretation of the contracts and their function as general principles of all obligations. It is emphasized that for a creditor-debtor relation not arising from a contract, the relevant provisions of the General Provisions of this Book shall be applied in the absence of such provisions (Article 468); (2) the conclusion of contract, such as the necessary elements of offer and the acceptance, when and where the contract is signed; (3) the conditions under which a contract is effective, and how special factors impact the validity of contract. For example, an exculpatory clause in a contract exempting the liability on causing physical injury to the other party or losses to the other party's property intentionally or due to gross negligence are void (Article 506); (4) the principle which the parties shall comply with in the performance of contract, the plurality of debtors and creditors and the performance of third party; (5) the method to preserve a contract, such as the right of subrogation and the right of revocation; (6) the modification, assignment and termination of rights and obligations under contracts; (7) the default liability that consists of the payment of liquidated damages and the application of the earnest money to the other party to secure the claim; (8) the definition and contents of several typical contracts. For example, a sales contract is a contract under which a seller transfers his ownership over the subject matter to a buyer who pays the price in return (Article 595); (9) *Negotiorum Gestio* and unjust enrichment as quasi-contracts.

The Personal Rights (Book Four) stipulates legal institutions including: (1) the general personality rights. The law emphasized that a natural person enjoys other personality rights and interests arising from personal liberty and human dignity (Article 990); (2) the types of specific personality rights, and the remainder of Book Four elaborates particular rules pertaining to these rights, such as rights to life, rights to corporeal integrity, rights to health, rights to name and entity name, rights to likeness, rights to reputation and honor, rights to privacy and the protection of personal information; (3) the protection of interests of

deceased person; (4) the reasonable use of personality rights to realize their economic values; For example, the personal information of a person may be reasonably used by those engaged in news reporting, supervision of public opinions or for public interests (Article 999); (5) the establishment of the differentiated standards for determining liability in cases of infringement. It grants the court's authority for discretion to determine the liability pursuant to the occupations of the actor and the injured person, the scope of impact of the act, the degree of fault, as well as the factors such as the purposes, methods and consequences (Article 998).

The Marriage and Family (Book Five) stipulates legal institutions including: (1) the conditions and procedural requirements for a valid marriage; (2) the spousal relationship and marital community property regime; (3) the relationship between parents and children, and relationship among other close relatives; (4) two forms of divorce and its consequences; (5) the establishment, effect and dissolution of an adoptive relationship. The Succession (Book Six) stipulates legal institutions including: (1) the acquisition of the right of inheritance; (2) provisions for intestate succession, such as the order and the share of succession; (3) provisions for testate succession and testamentary gift, such as various ways to make a will and requirements for a will to take effect; (4) the methods to deposit the estates and several duties performed by an estate administrator.

Tort Liability (Book Six) stipulates legal institutions including: (1) the principle of attribution of tort liability, such as fault liability, strict liability and the presumption of fault liability. Among them, the strict liability as an exception for liability with fault, should be prescribed by law rather than being applied broadly; (2) the determination of liability for two or more persons jointly commit the tort act; (3) the scope of the compensation paid to the infringed person and the calculation of property damages; (4) provisions regarding to the liability of special subject. For example, when an employee causes damage to another person in connection with the performance of his work, his employee shall assume tort liability (Article 1191); (5) the definitions, elements and the burden of proof for specific types of tort liability.

4.1.4. The Logic Behind the Seven-Books Structure in Chinese Civil Code

Chinese Civil Code is composed of seven books and they are closely combined and associated. Firstly, the legislators adopt the technique of *Pandekten* system adhered by many other countries to design the structure of the code¹²⁷. The *Pandekten* system arranges the general and widely applicable rules and places them in General Part as the first book of the code¹²⁸. Besides, it distinguishes between two kinds of property rights: obligation rights and real rights, and each of which is defined and stipulated in separate book. In summary, by using the deductive methodology, the system imposes a stricter standard on the logical coherence and completeness of Chinese legal regime. It should be noted that the General Part, which were completed first before the promulgation of Chinese Civil Code, indicating the legislators' intention not merely to aggregate several laws together, but to refine the similarities and shared concepts from specific rules for an overarching framework and general foundation for other books in Chinese Civil Code. The other books actually adopt the same technique in their structure. All of these provisions started with a chapter or section titled with "General Rule" which establishes the rules that apply to all circumstances. For example, Article 323 defines what is the right of usufruct (as a part of General Rules) which involves the positive aspects to possess, use and benefit from the immovable or movable property owned by another person.

Secondly, Chinese Civil Code has never been only a law that provides instructions for amount of civil juristic relationships; rather, as a paradigm for the codification of law, it moreover functions as a legal document with goals of social objectives. Therefore, Chinese Civil Code is the essential component of legal regime that creates and organizes the civil rights framework, promoting the right-oriented social governance mechanism¹²⁹. From the perspective, it is suggested

¹²⁷ See WENDEHORST 2010, p.13.

¹²⁸ See GALE 1982, pp.143-146.

¹²⁹ Rights were considered to serve as an important foundation for the civil law from the time the General Principle of the Civil Law of People's Republic of China was drafted in 1986. The law established a comprehensive system of civil right through Chapter 5.

that the central concept of civil right is present in the Seven-Book Structure, and each book can be interpreted with regard to different kinds of civil rights. The General Part (Book One) provides a complete overview of civil right system, which is directly related with other books. Chinese Civil Code encourages the settlement of conflicts and the accumulation of properties. The Real Rights (Book Two) defines the scope and affiliation of the ownership and other real rights. While, The Contracts (Book Three) sets forth the rules for the transfer of rights. At the same time, human dignity is protected and the Personality Rights (Book Four) guarantee personal interests from the moment of birth until their death (along with extension of protection to fetus and deceased person). Additionally, the Marriage and Family (Book Five) and the Succession (Book Six) creates certain kinds of rights that are predicated on the right of status, which expands the financial importance of the family. The Tort (Book Seven) outlines the potential remedies when rights are infringed upon, further strengthening the system for protection of rights.

Thirdly, Chinese Civil Code attaches great importance on the development of humans, with most of its rules and institutions designed to maintain the progression of a person's growth. Consequently, it is possible to comprehend the Seven-Books Structure that both fulfills the person's fundamental needs for existence and enhancing their overall growth. Chinese Civil Code emphasized the preservation of person's social status (Paragraph 2, Article 464), personal liberty and human dignity (Paragraph 2, Article 990). The Personality Rights (Book Four) directly prescribes types of rights related to life, corporal integrity, health, name and entity name, likeness, reputation and honor. Notably, with the advancement of biotechnology and information technology, personal information and right of privacy become more important and are easily infringed upon due to technique of information acquisition and the purposes to use information for training models¹³⁰. In response to the changes that affect a person's interests, Chinese Civil Code keeps abreast of the trend and provides certain protection. Article 1032 prescribes that a person is entitled with the right to privacy and no organization or individual may infringe upon the other's right to privacy. Article 1034

¹³⁰ See WANG L, XIONG B. 2021, pp. 703-739.

prescribes that a person's information is protected by law should not be excessively processed. In addition, the Real Right (Book Two) and the Contract (Book Three) addresses the needs required for a person's survival and growth. These provisions ensure the access to necessary resources and economic opportunities. People may be engaged in activities like living or renting a house, concluding a contract and inheriting properties from parents to support their long-term personal development.

4.2. The Emerge of Internal System and Its Embodiment in Chinese Civil Code

4.2.1. What's the Internal System and How It Matters in Code

According to the theory claimed by Karl Larenz, ideas, values and general principles make up the internal system¹³¹. Thus, one of the main techniques in code drafting is to distinguish between the external and internal system. Judges could use the internal system to interpret the particular provision of external system and fill in the loophole in law (*Lücken im Gesetz*). The internal system consists of different layers ranging from ideas to more specific principles, depending on the disparity of abstraction and the distance between the internal and external system. This article mainly focuses on the principle (more like the middle layer of internal system) and how these principles are embodied in Chinese Civil Code. Initially, it was said that the internal system can't be codified. The theory of internal system is only a method for judges to interpret law, and it is unrelated to legislative work. But the scholars gradually realized that the judges' decision may be more unscrupulous and the stability of law can't be attained until the general principles were written in legal text. As a result, the legislators believes that the internal system should be "externalized" in the code, so that judges could apply them as a starting point to justly resolve the cases¹³².

A few examples appeared in civil law in the context of the growing awareness of internal system. The German Civil Code (BGB)

¹³¹ Vgl. KARL LARENZ 1991, p..328.

¹³² See FANG. X.J. 2017, pp. 569-574.

expressively stipulates the content of principle. In Paragraph 1, Article 138, it is prescribed that an act that violates the principle of good morals is invalid. In Article 242, it is prescribed that the debtor has the obligation to consider trade customs and finish the payment in accordance with the principle of good faith. A small number of provisions in French Civil Code (*code civil des français*) is related to general principles. In Article 6, it is prescribed that no person may depart from the principles pertaining to morality and social orders with particular agreements. In Paragraph 3, Article 1134, it is prescribed that such contract should be performed in good faith. Swiss Civil Code (*Schweizerisches zivilgesetzbuch*) also includes the principle clauses, for example, in Article 2, it is required to act in good faith when exercising rights or undertaking obligation. Any manifest abuse of right will not be protected by law. In Article 4, it is prescribed that the law allows the court to use its discretion to determine particular conditions or major fact of consequence, and the court makes the decision on the principle of justice and fairness. The general principles are outlined in chapter 1 in the General Principle of Civil Law of People's Republic of China in 1986, and this approach has been replicated in Chinese Civil Code.

4.2.2. The Principle of Private Autonomy, Its Embodiment and Its Limitation

Among these principles, the principle of private autonomy (*Privatautonomie*) occupies the most fundamental position. It is stipulated in Article 5, which states that “when conducting a civil activity, a person of the civil law shall, in compliance with the principle of voluntariness, create, alter, or terminate a civil juristic relationship according to his own will.” The provision makes it clear that the principle of private autonomy grants people the capacity to decide the subject matter of their legal acts and the extent of social interactions with others according to their own will¹³³. At the same time, the meaning of this principle should be presented in specific rules and legal institutions to make the internal system and external system mutually coherent. Therefore, in addition to the General Part (Book One) explicitly defines the principle of private autonomy, the

¹³³ See KENNEDY 2000, p.131.

provisions on legal acts in General Part (Book One), as well as other books also demonstrates the connotations of the principle.

Here, the article explains how the principle of private autonomy embodied in Chinese Civil Code: (1) a person could create, alter or terminate the civil relationship by the expression of intent (Article 133), and all kinds of market entities could get equal access to the freedom of business and fair competition (Article 57). (2) The owner could dispose of the immovable or movable property on their own without interference with others (Article 240). Though the Real Right (Book Two) adopts the *numerus clausus*, which means that the types and contents of real rights are prescribed by law, the person could still have the possibility of creating a certain kind of real rights on their own. For example, Article 372 states that "a person who has a right to easement is entitled to utilize the immovable property of another person as agreed in a contract so as to enhance the efficiency of his own immovable property." (3) A person is entitled with the freedom of contract, which includes the freedom to choose whether to enter into a contract, with whom to enter into the contract, how to enter into the contract, what terms and clauses are agreed in the contract, whether to withdraw from the contract and how to resolve the dispute deriving from the contract. For example, Paragraph 1, Article 470 states that "the content of a contract shall be agreed by the parties". Paragraph 1, Article 562 states that "the parties may rescind the contract upon agreement through consultation." (4) A person could control their personality rights and decide whether to commercialize the utilization of these rights. For example, Article 993 states that "the name, entity name, likeness, or the like, of a person of the civil law may be used by others upon authorization." Paragraph 1, Article 1035 states that "the processing of personal information shall obtain the consent from the natural person or his guardian, unless otherwise provided by laws or administrative regulations." (5) A person is entitled with the freedom to adopt, get married and get divorced. For example, Article 1046 states that "a man and woman shall enter into marriage freely and voluntarily." Article 1104 states that "both adoption and placing for adoption shall be based on mutual consent." (6) Upon the occurrence of inheritance, the decedent could make a testament on their own to decide the distribution of the estate. For example, Article 1133 states that "a person may, by making a will in accordance with the provisions

of the Code, dispose of his estate and may appoint an executor in the will." Paragraph 1, Article 1142, states that "a testator may revoke or alter a will he has made." (7) The Tort (Book Seven) ensures the realization of principle of private autonomy from the opposite aspect. A person (or the potential tortfeasor) is protected from being held liable for even the smallest mistakes by law through specifying prerequisites for proving fault liability and limiting cases of presumption of fault liability and strict liability.

On the other hand, some constraints has applied to the principle of private autonomy. The premise of the principle, which adheres to the individualism and self-determination theory, fails to acknowledge the fact that there are differences between persons in reality and the party at a position of strength may deprive the interests of party from the weaker side. Thus, the legislators should consider the benefits from the counterparty and public interests along with the right to make decision from one side of party¹³⁴. At first, Chinese Civil Code protects the reliance interests from counterparty on appearances by considering asymmetric information and the preservation of transaction security. The following provisions shows the balance of interests: (1) Article 142 distinguishes between two situation for interpreting the expression of intent; Where an expression of intent is made to another person, the meaning of expression should be interpreted on terms and sentences used and the understanding of the counterparty regarding the meaning of the term should be ascertained. (2) Article 172 recognizes that if the counterparty subjectively relies on the appearance of the right of agency, the act carried out by an unauthorized person is still effective (the same to the *ultra vires* of the legal representative of a legal person or the responsible person of an unincorporated organization). (3) Article 311 provides that if the counterparty subjectively relies on the appearance of the power of disposition, the person shall acquire the real rights of the property by *bona fide* acquisition. (4) Article 546 states that in in cases of assignment of claims, the debtor will not be obliged if the debtor is not notified due to the relatively and hidden features of claims. By sending the notification, it makes the debtor aware of the transfer.

Besides maintaining balance between the self-determination and

¹³⁴ See SIKLÓSI 2019, pp. 11-15.

self-responsibility, the principle of private autonomy is subject to compulsory regulations and the requirement of public order and good morals. For example, there are constraints on how the owner may exercise their ownership within the trend of socialization of ownership, and for the purpose of overall interests, an immovable or movable property may be expropriated and requisitioned by governments. Additionally, clauses in contract are void under the circumstances including contravening the mandatory provisions of laws or administrative regulations, or offending the public order and morals. It is worth mentioning that the good customs have received a greater attention from legislators in Marriage, Family and Succession (Book Five and Book Six). Article 1051 provides the grounds for a valid marriage in consideration of sexual autonomy and the social ethics. Article 1141 requires the decedent to leave a necessary portion of their estate in testament for the successor who is incapable of working and lacks means of sufficient supports¹³⁵.

4.2.3. Other Principles Stipulated in Chinese Civil Code

Other principles, such as the principle of equality (Article 4), the principle of fairness (Article 6), the principle of good faith (Article 7), and the principle of public order and social morals (Article 8), function as either a supplement to the principle of private autonomy or a restriction on it¹³⁶. “Equality” is an essential attribute in subjects regulated by Chinese Civil Code. It is manifested in provisions like all natural persons are equal in their capacity for enjoying civil-law rights (Article 14), the proprietary rights of the persons of civil law are equally protected by law (Article 113), husband and wife are equal in marriage and family (Article 1055) and men and women are equal in their right to inheritance (Article 1126). “Fairness” is the expected

¹³⁵ In practice, the court might directly narrow down the scope of private autonomy for good morals. For example, in case where the testator, without getting divorced with his wife, had been engaging in an unlawful cohabitation with the plaintiff. After the testator dies, he left a written testament, in which he decided to bequeath to the plaintiff, with whom he had been living with, some of his properties. The court finally declared the testament to be invalid, because the testator chose to give the property to the third party with whom they were living together illegally. The content of the testament is contradict with the good morals.

¹³⁶ See HOU J.R. 2013, pp. 81-97; also see XIE X. 2015, pp. 93-108.

outcome pursued by Chinese Civil Code. It is manifested in provisions like the owner could receive fair and reasonable compensation during expropriation or requisition (Article 117), and in situation that one party takes advantage of the other party and as the result the act performed is obviously unfair, the damaged party is entitled to request the court or arbitration institution to revoke the act (Article 151). “Good faith” is the guideline for the behavior conducted by parties. It is manifested in provisions like if the party conducts any acts contrary to the principle of good faith, the party should take the liability of *culpa in contrahendo* (Paragraph 1(3), Article 500) and the parties shall comply with the principle of good faith and perform such obligations as sending notices, rendering assistance, etc (Paragraph 2, Article 509). “Public order and social morals” is derived from the balance between the individual acts and the public interests. It is manifested in provisions like an act is invalid if it offends the public order or good morals (Paragraph 2, Article 153), and in case of *negotiorum gestio*, if the true intention of the beneficiary conflict with the principle of public order and good morals, the law will not consider the content of their intention and whether the management satisfies their needs (Paragraph 2, Article 979).

4.3. How Chinese Civil Code Is Related to Other Civil Law and Its Development from Different Aspects

4.3.1. The Development of the Market Economy and Globalization of Chinese Civil Code

After Chinese government made the strategic decision to create a socialist market economy (SME), the legislation in civil law has built up a number of mechanisms to provide the legal foundation for civil activities and guarantee the general standards for transactions. The market participants could organize and arrange their business matters and predict uncertainties in accordance with these law. As the result, when Chinese Civil Code was originally drafted, its purpose is to foster the growth of SME and promote the efficiency of transaction. Similar to Chinese Civil Code, the property law of other civil codes function as legal methods to address the same demands for transactions, therefore enabling the possibility of shared rules. The incentives and desire of

capitals to pursue the profits also transcend the boundaries of countries, resulting in a great deal of overlap and commonalities in legislation. Apart from adopting from German Civil Code (BGB), Chinese Civil Code also incorporates provisions of EU and US legislation pertaining to contracts and security law. One could claim that Chinese Civil Code has its globalized features and resembles to other laws from different legal traditions¹³⁷. The Contract (Book Three) has been affected by legal framework such as Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts¹³⁸. In addition, the US's Uniform Commercial Code (UCC) has its impacts on the Security Interests (Book Two)¹³⁹.

For example, in cases when determining the effectiveness of contracts with regard to the unauthorized disposition, according to Article 51 of Contract Law (enacted in 1999), a contract signed by a person without the right of disposition would have its effectiveness pending; however Chinese Civil Code has adopted a different approach and upholds the contract to be valid. It is also the position that is taken in Article 4.102 of PECL and it states that "a contract is not valid merely because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates." Likewise, the position of contract validity in circumstances of unauthorized disposition is supported by the DCFR in II.—7:102. Besides, rather than relying on traditional forms and regimes, Chinese Civil Code adopts a functional approach, focusing on the practical effects of the security transaction, regardless of its legal structures and it is similar to the approach taken by US's Uniform Commercial Code (UCC). The code creates a unified system for registration of security over chattel and rights. In Part Four on security interests, the code indicates that the secured creditor's interest is enforceable against other parties once it is registered and made publicly known. Consequently, the code efficiently unifies wide range of the security interests under one system.

¹³⁷ THOMAS MÖLLERS 2021, p.169.

¹³⁸ See WANG. L. M. 2021, pp. 69-97.

¹³⁹ See Ji H. L. 2021, pp. 40-54.

4.3.2. The Advancement of Technology and Its Reflection in Chinese Civil Code

From online transaction to digital economy, and beyond to the use of artificial intelligence for governance, Chinese Civil Code also emphasizes the necessities of empowering the entities with rights as technologies grow. Article 127 of Chinese Civil Code prescribes that where there are laws particularly providing for the protection of data and online virtual assets, such provisions shall be followed, which indicates that the data-related matters has been left open for future legislation. Nowadays, as generative AI systems are commonly used, legislators are becoming more aware that by appropriately allocating the right of data (e.g. the ownership of data or the right to use data), both the user of internet (the source of data) and the large platforms (the processor of data) will benefit from the collection of data, data products designing and the setting up of the data-driven industrial chain, as well as allow the user to control their personal information and important privacy. Legislators have already recognized data as a distinct type of property (Article 127), empowering the individual and establishing reasonable rules for the right use of data.

Chinese Civil Code recognizes that the personal information is now easily acquired at any time because of the advancement of technologies. While the technology brings convenience, it is also prone to cause prominent problems during the process. Thus, personal information is classified as a special category in the Personality Rights (Book Four) of Chinese Civil Code, eventually forming a system of rights with the right to decide as the guiding principle penetrated through the chapter, the right to know as the fundamental basis, and the right to access, reproduction, objection, rectification, erasure and data portability as the derivative power of the right¹⁴⁰. Article 1035 includes the rule for the use of personal information, which provides a clear definition of personal information processing (Paragraph 2, Article 1035) and the standards that must be adhered to (Paragraph 1, Article 1035).

In addition, Paragraph 1, Article 1019 governs the technology like facial recognition and the use of algorithms. What's more, as biotechnology has developed, Article 1009 prescribes that a medical and scientific research activity related to human genes, embryos, or the

¹⁴⁰ See YAO, J. 2022, pp. 132-142.

like, shall be done in accordance with the relevant provisions of laws, administrative regulations, and the regulations of the State, and shall not endanger human health, offend ethic and morals, or harm public interests.

It shows the legislative intents to protect the interests of participants through the application of the fundamental principle of Chinese Civil Code and remains applicable along with other related laws. It is anticipated that the legal mechanisms will be emphasized and play an important role in technological innovation.

4.3.3. The Restatement and Realization of Humanism Spirits by Chinese Civil Code

Chinese Civil Code is not a “materialistic” law that only centers on properties; in a contrary, it illustrates the thoughts and spirits of “humanistic” (people-centrism) inherent in civil law¹⁴¹. First, by regulating the norms of acts and determining the liabilities for non-fulfillment of obligation, Chinese Civil Code establishes a comprehensive right system, with the rigorous and meticulous logical structures. Each person is entitled with rights to support their activities and further development. Second, Chinese Civil Code uses the separate book to present personality rights (Book Four) and provides adequate rules for the framework of the commercialization and utility-driven application of personality rights. Article 990 defines personality rights as the rights enjoyed by persons of the civil law, such as the right to life, the right to corporeal integrity, the right to health, the right to name, the right to trade name, the right to likeness, the right to reputation, the right to honor, the right to privacy and the like. Besides specific personality rights, Chinese Civil Code also gives definition to the general personality rights arising from personal liberty and human dignity. Third, humanistic concerns are visible in other books, such as the Real Rights (Book Two) and the Contract (Book Three) in the application of Chinese Civil Code. For example, since properties are essential to human overall growth, therefore it is necessary for the law to protect the real rights (from Article 233 to Article 239) and effectiveness of contract agreed by private parties (Article 483, 484 and

¹⁴¹ See MARIA 2021, p. 102.

Article 502).

Meanwhile, Chinese Civil Code has expanded its humanistic care to groups engaged in transaction with unequal bargaining power to realize substantive equality. Paragraph 2, Article 496 prescribes that “the party determine the parties’ rights and obligations in accordance with the principle of fairness, and shall, in a reasonable manner, call the other party’s attention to the clause concerning the other party’s major interests and concerns.” It means that the contracting party should remind the other to pay attention to the contents of these standard clauses, and the same kind of consideration is also seen in provisions in Marriage and Family (Book Five) and Succession (Book Six). Article 1090 prescribes that “Where one party is in financial hardship upon divorce, the other party, if financially capable, shall render appropriate assistance.” And Paragraph 2, Article 1130 prescribes that “When distributing an estate, due consideration shall be given to a successor who has special financial difficulties and is unable to work”.

Riferimenti bibliografici

Ayalew D.T. (2020), *China’s recent civil law codification in high-tech era: History, innovations and key takeaways*, in “Tsinghua China L. Rev.”, 13.

Epstein E.J. (1986), *The evolution of China’s General Principles of Civil Law*, in “Am. J. Comp. L.”, 34.

Fang, X.J. (2017), *The exteriorisation of internal system and the realization of the coherence of Civil Code’s system: A comment to the principles prescribed in General Part of Chinese Civil Code*, in “Peking University Law Journal”, 29(03).

Gale S.G. (1982), *A very Legal Science: Savigny and the historical School*, in “Stan. J. Int’L.”, 18.

Hou J.R. (2013) *The interpretation of fundamental principles of Civil law and the explanation of personal autonomy*, in “Global Law Review”, 35(04).

Ji H.L. (2021), *Law of Secured Transactions in the Civil Systematic Perspective*, in “The Jurist”, 1.

Kant I. (1781), *Kritik der Reinen Vernunft*, Aufl, 1.

Karl Larenz (1991), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer - Verlag Berlin Heidelberg.

Kennedy D. (2000), *From the will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller's consideration and form*, in "Colum. L. Rev.", 100.

Lei C. (2018), *Codifying personality rights in China: Legislative innovation or scaremongering?*, in "Tsinghua Law Journal", 4.

Litowitz D.E. (1998), *Internal versus external perspectives on law: Toward mediation*, in "Fla. St. UL Rev.", 26.

Maria F.S. (2021), *Chinese Neo-Humanism: A New International Legal Paradigm*, Critical Dialogues, p.102.

Riesenhuber K. (2011), *English common law versus German Systemdenken? Internal versus external approaches*, in "Utrecht Law Review".

Savigny F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1840, S.214. zitiert aus Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Dunckert & Humboldt /Berlin, 1968.

Siklósi I. (2019), *Private Autonomy and Its Restrictions in Roman Law: An overview regarding the law of contracts and succession*, in "ELTE Law Journal".

Thomas M.J. Möllers (2021), *Offene Fragen zum Kaufrecht des chinesischen Zivilgesetzbuches - Ein Vergleich mit dem deutschen und europäischen Recht*, in "Zeitschrift für Chinesisches Recht", 28(3).

Wang L, Xiong B. (2021), *Personality rights in China's new civil code: a response to increasing awareness of rights in an era of evolving technology*, in "Modern China", 47(6).

Wang L.M. (2021), *The Codification of Chapter of Contract of the Civil Code with the International Perspective*, in "Business and Economic Law Review", 4.

Weiss G.A. (2000), *The enchantment of codification in the common-law world*, in "Yale J. Int'L.", 25.

Wendehorst C.C. (2010), *Exploring Uniformed Civil Code: A comparative study of EU and China*, in "Tsinghua Law Journal", 4.

Xie X. (2015), *Public orders and good morals: the conflicts of principles and how it should be solved*, in "Law and Social Development", 21(06).

Yao. J. (2022), *The Dilemma of Realizing the Rights of Personal Information Subjects and Protection and Relief*, in "China Law Review", 6.

5. Note conclusive sulla codificazione del diritto civile in Cina

Prof. Diego Corapi

1. Con le note che seguono si è inteso riallacciare le relazioni presentate al convegno al significato e al senso del Codice Civile della Cina e della sua collocazione tra diritto romano e comparazione oltre le sfide della globalizzazione, oggetto del progetto di ricerca.

Nell'esperienza degli ordinamenti che, sull'esempio del Code Napoléon, hanno introdotto una codificazione del diritto dei privati, il codice civile è *“un simbolo forte, segno destinato a marcare un'epoca fin dal suo avvio o comunque ad associarsi a momenti alti della vita di un popolo, illuminandoli o venendone illuminati”*¹⁴².

Questo è il significato e il senso anche del Codice civile cinese (CCC), che dopo l'abolizione della codificazione e in generale del sistema legislativo precedente alla fondazione della Repubblica popolare è stato concepito, preparato e finalmente entrato in vigore il 1 gennaio 2021 nell'ambito ed in coerenza con i principi e valori della Costituzione che all'art. 5 sancisce che la Repubblica popolare cinese attua il governo del paese secondo il diritto e costruisce uno stato socialista secondo la regola del diritto e che per i rapporti della vita civile si ispira all'economia socialista di mercato. Il CCC non è dunque destinato a marcare l'avvio di un'epoca nuova, in quanto in Cina questa è già da tempo avviata, ma è comunque destinato ad associarsi ad un momento alto della vita del popolo cinese, costituendo un aspetto fondamentale del disegno costituzionale di cui fa parte¹⁴³.

¹⁴² RODOTÀ 2002, p. 541. Questo valore simbolico è stato riconosciuto espressamente al Codice civile cinese da GRAZIADEI, LIHONG 2003, p.1.

¹⁴³ Oliviero Diliberto nella Presentazione alla seconda edizione del Codice civile della Repubblica cinese, traduzione italiana di Meiling Huang, a cura di Oliviero Diliberto, Domenico Dusi, Antonio Masi, Torino 2023, ha osservato che, mentre nell'esperienza occidentale i codici nascono ben prima delle Costituzioni, in Cina l'iter è stato inverso il codice civile nasce dopo la Costituzione che è del 1982 e che, modificata più volte nei decenni successivi, ha progressivamente e formalmente

Il CCC è la legge fondamentale della vita civile, stabilisce le basi del suo sistema normativo e ne governa le autonome espressioni. L'art. 1 del Libro I Parte generale così recita: *“Il presente Codice è emanato in conformità con la Costituzione allo scopo di tutelare i diritti e gli interessi legittimi dei soggetti di diritto, regolare i rapporti giuridici, mantenere l'ordine sociale ed economico, soddisfare le esigenze di sviluppo del socialismo con caratteristiche cinesi e sviluppare i valori fondamentali del socialismo”*. Con la emanazione del CCI si è attuata una riorganizzazione e una integrazione delle regole della vita civile in un quadro unitario coerente con i principi costituzionali. I suoi 1260 articoli divisi in 7 libri, di cui il primo costituisce una Parte generale (che sostituisce i Principi generali del diritto civile già emanati nel 2017), hanno sostituito, modificandole e integrandole, le norme sancite dalle diverse leggi che nel corso degli anni erano state introdotte per disciplinare le singole materie proprie dei rapporti tra privati.

2. Nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento, il CCC anzitutto conferma il primato della legge anche nella definizione delle regole della vita civile, conferma cioè la decisione di considerare anche queste regole come regole giuridiche, espressione dello *ius* di creazione romana, distaccandosi così dalla tradizione confuciana, che, limitando l'intervento legislativo alle norme pubblicistiche, le traeva invece soltanto dal costume.

L'art. 10 della Parte generale del CCC sancisce, invero, che le controversie civili siano risolte secondo norme di legge e che solo qualora non ve ne siano di applicabili, si faccia ricorso agli usi, sempre che questi non contrastino con l'ordine pubblico o il buon costume.

In definitiva, anche in Cina, come già nella storia delle grandi codificazioni civili che, dal *Code civil* di Napoleone al BGB, hanno consentito e accompagnato lo sviluppo della vita economica e sociale europea a partire dall'Ottocento, il senso del CCC è quello di affermare l'indirizzo politico generale per cui anche i rapporti tra privati, nello spazio di autonomia ad essi proprio, sono definiti e regolati dalla legge.

esteso la *rule of law* e la protezione dei diritti umani che nel codice civile hanno infine trovato la definitiva collocazione come diritti civili fondamentali.

3. Si comprende – ed è questa una ulteriore immediata notazione – perché molte delle leggi vigenti per specifiche materie, anche se emanate nell’ambito della Costituzione della repubblica popolare, siano state abrogate e la loro materia sia disciplinata dal CCC non soltanto per una finalità di carattere organizzativo (come nei Testi unici o *Restatements* delle leggi), ma anche perché il CCC è venuto a costituire il riferimento sistematico per l’interpretazione e l’applicazione delle leggi o usi che di volta in volta verranno in considerazione nelle materie che esso regola: il CCC è divenuto l’architrave del sistema del diritto civile.

Tra i due grandi filoni della *Western Law Tradition*, quello della *civil law* e quello della *common law*, si è così seguito il percorso del primo, le cui codificazioni consentono di ancorare ad un riferimento sistematico già formalmente predisposto le indispensabili operazioni ermeneutiche, giurisprudenziali e dottrinali, richieste per le normative settoriali e, più in generale, per la definizione e decisione dei singoli casi della vita.

Negli ordinamenti di *common law*, che, non a caso, sono definiti più esattamente *jurisdictions* in quanto privilegiano il momento dell’azione rispetto a quello del diritto sostanziale e sono quindi basati sulla tradizione elaborata dai precedenti giurisprudenziali, le leggi scritte, gli *statutes*, metaforicamente definiti come isole nel gran mare della *common law*, sono oggetto di interpretazione rigidamente restrittiva e non sono la base di un sistema. Negli ordinamenti di *civil law*, invece, pur se da tempo si considera insufficiente la mera esegesi delle norme di legge e si giunge a ritenere che, come Tullio Ascarelli ha autorevolmente sostenuto, *la norma è quale interpretata* e non c’è norma prima dell’interpretazione che di volta in volta si evolve, sicché il testo di una legge resta solo punto di riferimento per assicurare la continuità e certezza del diritto¹⁴⁴, rimane fermo comunque che anche l’interpretazione intesa in questo modo “creativo” non può

¹⁴⁴ Questa impostazione ermeneutica seguita dal grande studioso in tutta la sua opera (e su cui la puntuale e appassionata rilettura nei numerosi studi di Mario Stella Richter) è con riferimento alle codificazioni esposta nel saggio di ASCARELLI 1952, p. 165.

prescindere dalla rilevanza delle norme di legge e di quelle con valenza sistematica del codice¹⁴⁵.

Insomma, anche il CCC, impostato secondo la tradizione della *civil law*, costituisce un collaudato strumento per la costruzione in modo sistematico del diritto dei privati in posizione preminente rispetto al tradizionale ricorso alla consuetudine.

4. Sappiamo bene, che, tuttavia, questa conclusione non va estremizzata al punto di ritenere che un codice civile assicuri con la sua presenza la chiusura di un sistema nell'ambito nazionale della sua valenza, dovendo essere gli ordinamenti considerati nel contesto più ampio dell'evoluzione dei rapporti economici e sociali dei privati, così profondamente trasformati dalla loro globalizzazione.

Lo sviluppo di normative settoriali del tutto autonome rispetto ai sistemi fondati su codici, già da tempo acutamente individuato come il segno dell'avvento di una età della decodificazione, ha preso in tutti gli ordinamenti e anche in Cina una strada sempre più in coerenza con il carattere transnazionale imposto dalla globalizzazione della vita economica e sociale piuttosto che con sistemi basati su codici nazionali.

Tra i resti che la globalizzazione ora in ritirata sta lasciando dietro di sé, quello della diversa configurazione delle norme dei rapporti dei privati a seconda che si svolgano in un "territorio fisico o sociale" circoscritto oppure in uno spazio senza confini (e anche fuori del tempo) sembra, infatti, avviato comunque in una certa misura a permanere, anche se con modalità diverse e a continuare a interferire con l'impatto sistematico dei codici nazionali che può risultare limitato alle aree del diritto dei privati di carattere essenzialmente territoriale¹⁴⁶. Il ricorso alla codificazione che continua a verificarsi in molti ordinamenti è, in effetti, motivato proprio dalla esigenza di stabilire il carattere sistematico del complessivo ordinamento¹⁴⁷.

¹⁴⁵ La concezione sistematica degli ordinamenti giuridici di *civil law* è la vera differenza rispetto a quelli di *common law*. Così anche HYLAND 2002, p. 377.

¹⁴⁶ Su questo impatto della globalizzazione e sul suo attuale ridursi mi si consenta il rinvio al mio studio CORAPI 2022, p. 339. Per la anticipatrice visione della perdita di centralità sistematica dei codici, che il loro ridotto ruolo può comportare si veda il più volte riedito saggio di IRTI 1978.

¹⁴⁷ Sulla questione SACCO 1983, p. 117.

Il CCC prevede, invero, anche la disciplina di questi rapporti definiti nella Parte generale come rapporti relativi a “diritti civili” e nel Libro V come “diritti della personalità”. Non esistendo un codice di commercio che intervenga sistematicamente nella definizione dei rapporti economici, anche transnazionali, sono collocate nel CCC anche le definizioni di rapporti contrattuali commerciali (come la locazione finanziaria, il factoring) e di altri rapporti per i quali si accoglie la disciplina elaborata nell’economia transnazionale (quale la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni e i Principi Unidroit sulle norme relative ai contratti internazionali), influenzata dal diritto statunitense, ma si ignora la diversa disciplina (che troviamo nei codici o nelle leggi della nostra tradizione) prevista quando questi contratti sono posti in essere da soggetti che non si qualificano più soltanto come “persone di diritto civile”, ma in funzione dei loro diversi *status* (di consumatori, utenti, professionisti, imprenditori). Nel CCC è collocata, poi, accanto alla definizione e la normativa generale delle persone fisiche anche quella delle persone giuridiche con o senza finalità lucrativa. Per queste ultime si precisa - all’art. 58 del CCC - che nello svolgimento della loro attività devono osservare le norme etiche del commercio, mantenere la sicurezza delle loro operazioni, assoggettarsi alla supervisione del Governo e del pubblico e assumere responsabilità sociali. Manca però una definizione dell’impresa, che tuttavia potrebbe ricavarsi dalla nuova disciplina delle società di capitali in vigore dal 1° luglio 2024.

5. Ulteriore ovvia conseguenza dell’impianto di *civil law* del CCC è che i 1260 articoli che lo compongono sono costituiti da norme di diritto sostanziale. Anche da questo punto di vista si è lasciata da parte l’impostazione della *common law*, che – come ricordato – privilegia invece il momento dell’azione o *amplius* del rimedio a tutela di una situazione giuridicamente rilevante (*remedies precede rights*). In effetti i rimedi in caso di violazioni dei diritti attribuiti dal codice, ad eccezione dei rimedi per inadempimenti contrattuali, si trovano nel settimo e ultimo Libro del CCC. e, per la verità, la loro analitica formulazione in distinte fattispecie sembra ispirarsi piuttosto alla tradizione della *common law* (in particolare per la previsione anche di *punitive damages*).

Peraltro, sembrano prevalere nel CCC le norme che proibiscono o impongono una determinata condotta rispetto a quelle che definiscono

la fattispecie da rispettare (c.d. norme di giudizio), non solo perché queste ultime, per ovvi motivi, risultano più congeniali a definire normative di paesi socialisti, ma anche e soprattutto perché sono anche più congeniali a norme i cui destinatari godono di autonomia nell'esercizio dei loro diritti e nell'adempimento dei loro obblighi. I

La distinzione, tuttavia, sembra avere rilevanza solo formale: così, ad es. è una norma di condotta priva di specifica sanzione quella, molto innovativa, che in un solo articolo del CCC definisce il cosiddetto "*principio verde*", ovvero la tutela dell'ambiente come oggetto di un obbligo. È l'art. 9 della Parte generale, che così recita: "*I soggetti di diritto devono svolgere le attività giuridiche che contribuiscono alla conservazione delle risorse e alla protezione dell'ambiente ecologico*"

6. Quanto alla sua base culturale, il CCC adotta quella romanistica, propria del resto anche delle codificazioni cui esso si ispira, e, nella sostanza, non estranea neppure alla tradizione di *common law*, pur se diverse ne siano state colà la recezione e le modalità d'impiego.

L'adozione dei concetti e nozioni dello *ius*, propri della tradizione giuridica dell'Occidente e divenuti concetti e nozioni del diritto in tutti gli ordinamenti (fino ad offrire a livello costituzionale nazionale e a livello internazionale la struttura dei diritti umani) è avvenuta, però, con grande attenzione per le sue modalità ed effetti rispetto all'ordinamento costituzionale e civile della società cinese. A tal fine ci si è avvalsi in Cina della collaborazione dei più importanti centri di studio e ricerca europei (tra cui con particolare continuità e intensità quella con il Centro Studi Giuridici Italo-Cinese costituito tra la Sapienza Università di Roma e la Zhongnan University of Economics and Law (ZUEL) che ha tra l'altro consentito di realizzare la traduzione in lingua italiana del CCC per condurre studi dei testi classici del diritto romano e della sua storica elaborazione nello *ius commune* e nella pandettistica e per adattare alla costruzione del codice civile concetti e nozioni, quali persona fisica e giuridica, proprietà e diritti reali, obbligazioni, contratto e così via, quelli cioè che Rodolfo Sacco definiva "i mattoni" del diritto privato.

Così, nel capitolo V della Parte generale del CCC vengono fissati i principi di un sistema dei diritti reali basato su tre categorie definite in base a concetti e nozioni dello *ius civile*: la proprietà (privata, collettiva e statale), l'usufrutto (nel quale sono compresi lo *ius aedificandi*, il

diritto di gestione di terreni agricoli, il diritto d'abitazione, le servitù) e i diritti reali di garanzia (pegno, ipoteca e privilegi) e nel Libro II ne viene dettata la rispettiva disciplina in modo coerente con il complesso equilibrio tra diritti individuali e le finalità di economia socialista di mercato sancite dalla Costituzione.

7. Nella ripartizione delle materie, il CCC segue l'impostazione del BGB, piuttosto che quella del *Code civil* francese, facendo precedere la loro trattazione da una, già sopra menzionata, Parte generale. Nei sei Libri che a questa seguono, tuttavia, le materie sono ripartite in modo differente da quello seguito nel BGB: iniziando con un Libro sui diritti reali e seguendo con i Libri su contratti, diritti della personalità, matrimonio e famiglia, successioni, responsabilità da illecito.

In sostanza invece di un unico Libro sul diritto dei rapporti obbligatori (come il L.II del BGB) che contiene sia le norme sui contratti (nonché *negotiorum gestio* e arricchimento senza causa), sia quelle sugli atti illeciti, il CCC ripartisce la materia in tre libri: L.III Contratti (compresi *negotiorum gestio* e arricchimento senza causa), L. IV Diritti della personalità, e L.VII Responsabilità da illecito.

Diversa dalla soluzione del diritto francese (art.1240 del *Code civil*) e simile, invece, a quella del diritto tedesco (para.823 BGB) è anche la concezione fondamentale accolta dal CCC, che fa derivare la responsabilità risarcitoria da un danno causato non da qualsiasi fatto umano doloso o colposo, ma dalla violazione di un diritto o interesse espressamente tutelato dalla legge.

L'art. 1165(1) CCC prevede che "*colui che per sua colpa leda diritti o interessi altrui, è tenuto a rispondere per fatto illecito*". Questo modello di normazione dell'illecito civile viene in Cina criticato perché rende difficile la tutela di interessi di nuova emersione nella vita sociale. Si ritiene quindi che esso debba trovare un correttivo in normative dettagliate ma non esaustive, che prevedano comunque criteri ampi di interpretazione.

7. Quanto sopra spiega anche la ragione della definizione e disciplina che i diritti civili soggettivi o diritti della personalità ricevono nel Cap. V della Parte generale e nel Libro IV del CCI.

Per motivi politici e sociali le norme sui diritti della personalità e la loro definizione non solo in via di principio nella Parte Generale, ma

anche in uno specifico Libro del CCI costituiscono la novità più rilevante (e più discussa) del CCI. Staccando in questo modo la disciplina di queste situazioni dalla disciplina dell'illecito civile e facendo di esse una categoria di diritti soggettivi della stessa natura dei diritti di proprietà e dei diritti derivanti da atti giuridici, si è inteso dare ad essi una collocazione di rilevanza pari a quella degli altri diritti riconosciuti ai soggetti privati.

La preferenza per la formulazione di c.d. norme di giudizio piuttosto che norme di condotta, sopra riferita, ha portato a non limitare i diritti della personalità a quelli indicati dal paragrafo 823 del BGB, ma a presentarne un più esteso elenco peraltro anch'esso non esaustivo, aggiungendosi che sono riconosciuti anche non, come nel paragrafo 823 del BGB, generici *sonstige Rechte*, ma più specificamente come "altri diritti e interessi che nascono dalla libertà e dignità delle persone". Questa definizione, dettata dall'art. 990 del L.IV del CCI in base al principio affermato dall'art. 109 del L.I Parte generale, conferma che la scelta di dare rilievo sistematico con un distinto Libro del CCC ai diritti della personalità è in sintonia con il rilievo sistematico che, accanto a quello della proprietà e del negozio giuridico, ad essi è costituzionalmente riconosciuto. Funzionale a tale rilievo è, infatti, la loro dimensione positiva quali diritti soggettivi con attribuzione di specifiche prerogative, mentre meno adeguata risulterebbe una loro dimensione negativa costituita soltanto da norme a tutela di atti dannosi nei loro CCC, prima di indicare quale oggetto di tutela gli altri diritti e interessi che nascono dalla libertà e dalla dignità, indica, oltre al diritto alla vita, all'integrità fisica, e alla salute, oggetto anche del paragrafo 823 del BGB, anche il diritto al nome, alla denominazione, all'identità personale, alla reputazione e all'onore, alla riservatezza e tutela delle informazioni personali.

Si tratta di situazioni giuridicamente riconosciute meritevoli di tutela in modo simile ormai nella maggior parte degli ordinamenti che si fondano sul riconoscimento di diritti della persona. Anche nel CCC vengono ugualmente riconosciuti diritti relativi ad aspetti della personalità di natura immateriale e anche nel CCC si riconosce che mentre alcuni di essi, quello alla vita, alla salute e alla integrità fisica si devono considerare assoluti, per la tutela degli altri occorre sempre una preventiva operazione di bilanciamento con opposti e parimenti rilevanti diritti come la libertà di espressione e la libertà di stampa.

L'art. 998 CCC prescrive che, nel determinare la responsabilità per violazione di un diritto della personalità diverso dalla vita, salute o integrità fisica, si dovrà tenere conto delle occupazioni di chi ha commesso la violazione e di chi l'ha subita, la portata dell'atto, il grado della colpa, nonché il fine, i metodi e le conseguenze dell'atto. L'art. 999 CCC prevede la responsabilità per la violazione del diritto al nome, all'identità e alle informazioni relative ad una persona, solo se la violazione le provoca un danno non ragionevole.

Per la corretta valutazione di questa normativa andranno ovviamente considerate le norme amministrative e penali che ad esse anche in Cina sono collegate e le strutture istituzionali che hanno il compito di monitorarne l'attuazione.

Va segnalata l'attenzione con cui sono definiti i diritti della personalità, in particolare il diritto alla riservatezza, previsto dall'art. 1032 CCC, come diritto alla serenità della vita privata di una persona fisica e della sua sfera intima, delle sue attività private e nelle sue informazioni private che non vuole che siano rese agli altri, mentre l'art. 1033 CCC proibisce il compimento di atti che possono minacciarne il godimento, quali spamming, *junk mail*, riprese non permesse

Questi aspetti della tutela così come quelli della tutela nella diffusione di dati personali, segnalandoci la volontà del legislatore cinese di mantenersi aggiornato sull'impatto degli sviluppi della tecnologia nei rapporti della vita civile, confermano l'importanza di uno studio comparato delle diverse esperienze e prospettive che si presentano in materia nei diversi ordinamenti nazionali nonché a livello transnazionale e internazionale. Solo un'armonizzazione e coordinamento delle diverse discipline può consentire che le misure di protezione previste siano efficaci.

Anche le norme in materia introdotte dal CCC devono quindi, per la loro rilevanza, essere prese in considerazione in questa non semplice analisi comparatistica.

Riferimenti bibliografici

- Ascarelli, T. (1952), *L'idea di codice nel diritto provato e la funzione dell'interpretazione*, in "Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione", Milano.
- Corapi, D. (2022), *Evolution of Private Law in the Global Market of the 21st Century*, in Riv.dir.comm., I.
- Graziadei, M., Lihong, Z. (2023), *On civil codes: A Twent-First Century Perspective*, Springer.
- Hyland, R. (2002), *Shall we dance*, in P. Cappellini, B. Sordi, (ed.), *Codici: una riflessione di fine millennio*", Giuffrè, Milano.
- Irti, N. (1978), *L'età della decodificazione*, Milano.
- Rodotà, S. (2002), *Un codice per l'Europa? Diritto nazionale, diritto europeo, diritti globali*, in "P. Cappellini, B. Sordi, (ed.), *Codici: una riflessione di fine millennio*", Giuffrè, Milano.
- Sacco, R. (1983), *Codificare: un modo superato di legiferare*, in Riv.dir.civ., I.

SEZIONE SECONDA

6. La solidarietà familiare nel diritto successorio cinese

*Bruno Concas**

SOMMARIO: 6.1. La solidarietà al centro del sistema. Le peculiarità del diritto successorio cinese – 6.2. Successione legittima – 6.3. Esclusione dalla successione, modifica dell'ordine dei successibili e successione necessaria – 6.4. La sussidiarietà – 6.5. Solidarietà e rapporti di fatto – 6.6. Solidarietà reciproca e certezza del diritto

6.1. La solidarietà al centro del sistema. Le peculiarità del diritto successorio cinese

Il diritto successorio cinese, maggiormente legato alla tradizione e influenzato in modo minore rispetto ad altri libri del nuovo codice civile¹⁴⁸ dalla tradizione giuridica romanistica¹⁴⁹, è caratterizzato da due elementi identificativi, profondamente qualificanti: la solidarietà e la sussidiarietà¹⁵⁰. Due principi, fortemente collegati e interdipendenti, che, tradotti nella cultura cinese, offrono all'interprete straniero una pluralità di spunti e riflessioni.

Prima di analizzare le singole disposizioni ed i principi in questione è necessario rilevare, come in ogni ordinamento, l'influenza sulla disciplina successoria della concezione e del ruolo della famiglia nella

* Desidero ringraziare il collega Dott. Xuwei Zhang per il prezioso supporto offerto nella ricerca bibliografica e giurisprudenziale in relazione al diritto successorio cinese. Il contenuto del saggio e delle note a piè di pagina sono interamente frutto delle opinioni dell'autore.

¹⁴⁸ Vedi DILIBERTO, DURSI, MASI 2023.

¹⁴⁹ DIYU XU 2023, p. 5. Circa le basi romanistiche dei sistemi socialisti vedi il classico saggio di SACCO 1971, pp. 740 ss.

¹⁵⁰ Per un'approfondita riflessione in relazione all'ordinamento italo-europeo vedi BARBA 2016, pp. 345 ss.

cultura cinese¹⁵¹. Infatti, come rilevato dalla dottrina cinese, la famiglia è considerata il fondamento su cui si basano comunità, società e Stati ed è principalmente caratterizzata dal sostegno reciproco e dalla divisione dell'eredità tra i membri della famiglia¹⁵². Un'impostazione che richiama da vicino quella concezione istituzionale della famiglia che aveva profondamente influito anche sulla codificazione italiana¹⁵³.

¹⁵¹ Vedi sul punto le considerazioni di CARDILLI 2021, p. 534. Come rilevato da PORCELLI 2019, pp. 608 ss., già nel progetto di codificazione della dinastia *Qing*, si decise di seguire maggiormente il modello romanistico per la parte generale, i diritti reali e le obbligazioni, mentre, con riferimento al diritto di famiglia e delle successioni, il diritto tradizionale cinese ha esercitato un ruolo maggiore. Come afferma l'autore, "pur se, dunque, su di un impianto di matrice pandettistica, e con fortissimo ridimensionamento del ruolo o superamento degli istituti del passato, nelle norme relative al diritto delle successioni si vedono ancora alcuni tratti dell'antico diritto cinese". Vedi anche *ibid.*, p. 618.

¹⁵² ZHIHUI LIU 2020, pp. 167 ss.

¹⁵³ Vedi CICU 1941: "quando si tenga presente che nel diritto di famiglia si tutelano non interessi individuali, ma un interesse ad essi superiore, sarà facile vedere quel che si è di vero nelle suesposte dottrine. Lo spirito di solidarietà che domina nella famiglia e cui si ispira la sua disciplina spiega quel dovere morale e sociale di cui alcuni parlano. [...] è certo normale che si vogliano beneficiare i propri parenti a preferenza di estranei: ma ciò perché lo spirito di solidarietà per cui si è portati a lavorare non solo per sé, ma per i propri cari, fa sentire come dovere quello di provvedere ai loro bisogni e procurare il loro bene. Ora il legislatore, considerando di interesse della società e dello Stato, che sia mantenuta e preservata nella famiglia questa funzione, traduce il dovere morale in dovere giuridico, disconoscendo ogni diversa o contraria concreta volontà individuale". Sull'incerta distinzione privato/pubblico nel diritto di famiglia vedi GIANTURCO 1881 (rist. 1947), pp. 3 ss.; FILOMUSSI GUELFU 1910, pp. 380 ss., considerava la famiglia come un "organismo etico universale", base fondativa dello Stato. Secondo l'autore "l'individuo [...] trova il suo ulteriore complemento nel centro organico della famiglia, ove un vincolo di sangue e di affetti lo lega ad altri, ed ove l'armonia della volontà dei singoli membri manifestasi come una superiore volontà, la volontà della famiglia" (*ibid.*, pp. 380-381). Afferma CICU 1914, (rist. 1978), p. 77, che "prima dello Stato e più che lo Stato la famiglia si presenta come aggregato di formazione naturale e necessaria", che "centro di gravità è il momento del dovere e non quello del diritto" (*ibid.*, p. 92) e che "interesse e volontà famigliari" sono "di natura diversa dall'interesse e volontà individuali dei componenti la famiglia" (*ibid.*, p. 106). Sempre secondo l'autore "il riavvicinamento fra interesse statale e interesse famigliare diventa possibile quando il primo si intenda, non come interesse collettivo, somma cioè o risultante di interessi individuali comuni, ma come interesse sentito come interesse superiore" (*ibid.*, p. 108); "l'interesse è anche qui sentito dagli individui [...] ma è interesse sentito come membro e non come individuo" (*ibid.*, p. 108); "interesse famigliare è unico [...] perché è l'interesse dell'aggregato" (*ibid.*, p. 109); "esso è interesse di membro,

L'ordinamento cinese assegna, infatti, alla famiglia funzioni sociali rilevanti, rappresentando questa "uno strumento di realizzazione di finalità dello stato" ed essendo considerata "la base della stabilità sociale e un soggetto importante della vita economica del paese"¹⁵⁴.

In questa filosofia dell'ordinamento e impostazione di fondo è, pertanto, necessario leggere, evitando inopportune e forzate unificazioni, il diritto successorio e l'intero ordinamento giuridico cinese.

La solidarietà costituisce un pilastro sul quale è fondato l'intero sistema successorio¹⁵⁵ e permette di valorizzare la normatività e precettività del principio, il quale sfugge alla netta differenziazione tra norme di comando¹⁵⁶ e norme di giudizio¹⁵⁷ delineata dalla più autorevole dottrina cinese, in quanto rappresenta sia una norma di comando nei confronti dei consociati, sia una norma di giudizio che guida il giudice¹⁵⁸ in quella che autorevole dottrina italiana ha

interesse cioè collegato alla posizione che si ha nella famiglia, ed in questo senso parliamo di unità dell'interesse" (*ibid.*, p. 109).

¹⁵⁴ TIMOTEO 1994, p. 61. In relazione al testamento vedi anche *ibid.*, p. 65, nella quale l'autrice aggiunge che "neanche la successione recepita nel sistema privatistico cinese nella categoria del negozio giuridico (*falu xingwei*), categoria occidentale nata come esaltazione della forza creatrice della volontà individuale, e la conseguente inclusione del testamento nella categoria del negozio giuridico, hanno aperto la via ad un più ampio e flessibile concetto di testamento".

¹⁵⁵ Relativamente alla necessaria centralità della "solidarietà in generale" e della "solidarietà familiare in particolare" nel diritto successorio italiano, "finalizzandolo alla realizzazione di una funzione sociale conforme ai valori fondanti il sistema", vedi P. PERLINGIERI 2009, p. 135.

¹⁵⁶ Per DIYU XU 2023, pp. 11 ss., "la regola di condotta si riferisce ad una norma che ha ad oggetto i consociati in generale oppure un soggetto specifico [...] al fine di vincolarli, il che è generalmente espresso secondo una proposizione di comando in cui ricorre il verbo 'dovere' appositamente coniugato, oppure una proposizione proibitiva".

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 12, "la norma di giudizio invece considera i giudicanti come oggetto del vincolo e la sua composizione normativa include elementi fattuali, astratti e conseguenze giuridiche, di modo che i giudici possono applicare il sillogismo nei casi concreti".

¹⁵⁸ Come rilevato da VINCI 2023, p. 120, "i doveri di solidarietà familiare risultano così di determinante rilevanza e svolgono un ruolo di guida e di orientamento tanto nella distribuzione dell'asse ereditario tra i chiamati all'eredità, quanto nei vincoli posti alla volontà del testatore".

qualificato, con una chiara impostazione metodologica, l'individuazione dell'ordinamento del caso concreto¹⁵⁹.

6.2. Successione legittima

Infatti, una rapida lettura delle norme sulle successioni evidenzia immediatamente l'elasticità della disciplina successoria in relazione alle quote: nella successione legittima all'articolo 1130¹⁶⁰ le quote si presumono uguali, ma sfuggono alla rigidità di una loro immutabile quantificazione – propria dei nostri sistemi giuridici – permettendo una differenziazione a livello giudiziale di queste in ragione, da un lato, dell'adempimento o inadempimento dei doveri di solidarietà nei confronti del defunto¹⁶¹ e, dall'altro, in ragione della necessità di adempiere, da parte del *de cuius*, a quei doveri di solidarietà che impongono di aiutare in maniera maggiore quei soggetti più bisognosi all'interno della famiglia¹⁶². Come è stato rilevato nel commento della disposizione, lo scopo della norma è quello di assicurare una distribuzione dei beni ereditari equa e ragionevole, in modo che la quota che ogni erede riceve possa rappresentare, il più possibile, i desideri del defunto ed essere rispettosa della moralità e dell'etica

¹⁵⁹ P. PERLINGIERI 2020a, p. 347.

¹⁶⁰ Art. 1130, "Norme per la distribuzione dell'eredità": "Le quote di eredità degli eredi dello stesso ordine devono in generale essere uguali.

Nella devoluzione dell'eredità si deve preferire l'erede che si trovi in una condizione di particolare difficoltà economica e sia incapace al lavoro.

Nella devoluzione dell'eredità, può assegnarsi una quota maggiore a un erede che abbia offerto un contributo predominante per il sostentamento del defunto, o che abbia convissuto col deceduto.

Nella devoluzione dell'eredità, un erede che aveva la capacità ed era in grado di offrire sostentamento all'ereditando, ma non vi abbia provveduto, deve essere escluso dall'eredità o gli si deve assegnare una quota minore.

Gli eredi possono ricevere quote diseguali previo accordo tra loro".

¹⁶¹ Vedi comma 3 e 4.

¹⁶² Vedi comma 2. Circa il significato di "condizione di particolare difficoltà economica" e di "incapacità al lavoro", nel commento all'articolo, MING LIU 2020a, pp. 77 ss., parla, nel primo caso, di una condizione in cui l'erede non ha una fonte di reddito indipendente e stabile o nella quale il suo reddito è insufficiente per mantenere un tenore di vita di base e, nel secondo, di una condizione in cui l'erede è parzialmente o totalmente inabile per età (sia anziani che giovani) o per cause fisiche (malattia o disabilità).

sociale¹⁶³, riflettendo la centralità nella cultura cinese del valore della cura degli anziani e dei giovani, dei malati e il perseguimento dei valori di equità e giustizia nella legge¹⁶⁴.

Come viene, infatti, chiarito dalla dottrina cinese l'equità è intesa non soltanto in termini di parità di trattamento di una medesima situazione, ma anche in termini di trattamento differenziato di situazioni diverse; è, pertanto, necessario prendersi cura delle persone più fragili nella distribuzione dei beni, con particolare considerazione al momento della distribuzione dell'eredità¹⁶⁵. È stata, infatti, rilevata la necessità di lasciare ai giudici lo spazio discrezionale necessario per risolvere questioni concrete non prevedibili. Pertanto, il giudice, nella distribuzione dell'eredità, dovrà decidere non arbitrariamente ma guidato dai principi – valori guida – del rispetto della volontà del defunto, della tutela dei più fragili¹⁶⁶ e della necessità di riconoscere chi abbia adempiuto in maniera maggiore ai doveri di solidarietà¹⁶⁷. La dottrina cinese sottolinea, infatti, il ruolo dei valori normativi¹⁶⁸, valori guida/ guida direzionale per il giudice, i quali costituiscono la regola generale nell'assegnazione della quota di eredità¹⁶⁹. Alla luce della disposizione, pertanto, è stato rilevato come i giudici siano tenuti a

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.* Circa la necessità di prendersi particolare cura delle persone in condizione di maggiore fragilità vedi, per la dottrina italiana, la proposta di riforma dell'art. 540 cod. civ. elaborata dalla Commissione S.I.S.Di.C di Diritto di Famiglia. Nella presentazione della proposta di legge, la quale propone di rivedere la disciplina successoria del coniuge, G. PERLINGIERI 2023, p. 143, rileva come "con il nuovo art. 540 cod. civ., tuttavia, si è deciso anche di rimodulare il bilanciamento tra l'interesse del coniuge e quello dei figli, in presenza di disabilità significative, prevedendo che i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano siano destinati anche a soddisfare l'interesse di figli portatori di *handicap* gravi e non autosufficienti (v. art. 540, comma 4, cod. civ.). È fissata, 'in ogni caso', una tutela del coniuge portatore di *handicap* grave e non autosufficiente, per il quale non trova applicazione la possibilità, ex art. 540, comma 3, cod. civ., che i diritti di abitazione e di uso dei mobili siano soddisfatti con il pagamento dell'equivalente in denaro". Sul punto vedi anche, nello stesso volume, CICERO 2023, p. 223.

¹⁶⁶ Sul punto vedi anche LU QING 2019, p. 590.

¹⁶⁷ MA XINYAN 2020, pp. 33 ss.

¹⁶⁸ Sui valori e sulla preoccupazione umanista vedi LIMING WANG 2023, pp. 10 ss.

¹⁶⁹ MA XINYAN 2020, pp. 33 ss.

determinare specifici criteri applicabili ai diversi casi alla luce delle mutevoli circostanze quotidiane¹⁷⁰.

6.3. Esclusione dalla successione, modifica dell'ordine dei successibili e successione necessaria

La rilevanza e la preminenza dei doveri solidaristici e assistenziali è dimostrata anche dal fatto che, da un lato, il loro inadempimento possa condurre all'esclusione dalla successione¹⁷¹ – non a caso si è parlato di un sistema sanzionatorio che “veglierà sull'effettività delle regole di solidarietà familiare”¹⁷²– e che, dall'altro, il loro adempimento possa portare alla modifica dell'ordine dei successibili. Nel primo caso, infatti, è stato rilevato come i casi di indegnità – pur non espressamente definiti in tal modo nel codice cinese – siano più ampi di quelli del codice italiano e prevedano, a differenza del nostro, l'esclusione dalla successione in caso di abbandono del defunto o maltrattamento del medesimo¹⁷³ secondo l'art. 1125; nel secondo caso si fa riferimento alla previsione, di cui all'art. 1129¹⁷⁴, secondo la quale il genero o la nuora vedova che abbiano dato il contributo prevalente al mantenimento dei suoceri debbano divenire eredi di primo grado¹⁷⁵.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Vedi art. 1125, “Perdita del diritto a succedere”: “L'erede perde il diritto a succedere se ha commesso uno degli atti di seguito indicati: (1) omicidio doloso del defunto; (2) omicidio doloso di altri eredi a fini dell'acquisizione dell'eredità; (3) abbandono del defunto o maltrattamento del medesimo in presenza di circostanze gravi; (4) falsificazione, alterazione, occultamento o distruzione del testamento in presenza di gravi circostanze. (5) obbligo o ostacolo mediante frode e costrizione all'ereditando di istituire, modificare o revocare un testamento in presenza di circostanze gravi.

L'erede che ha commesso uno degli atti elencati nei numeri da tre a cinque del comma precedente non perde i diritti di successione se interviene un pentimento sincero, se ha emendato la propria condotta ed è stato perdonato dall'ereditando o è stato successivamente nominato tra gli eredi nel testamento di questo.

Un legatario che ha commesso l'atto elencato nel primo comma di questo articolo perde il diritto di acquistare il legato”.

¹⁷² TIMOTEO 1994, p. 62.

¹⁷³ Vedi anche LU QING 2019, p. 591.

¹⁷⁴ Art. 1129, “Diritti alla successione delle nuore e dei generi vedovi”: “Le nuore e i generi vedovi che hanno adempiuto in maniera preminente i doveri di mantenimento dei suoceri devono essere considerati eredi di primo ordine”.

¹⁷⁵ LU QING 2019, p. 596.

La dottrina italiana più attenta discorre in questo caso efficacemente di un “rapporto causa-effetto fra adempimento dell’obbligo assistenziale e chiamata all’eredità, di modo che all’elusione del primo, viene meno anche la seconda”¹⁷⁶.

Anche la disposizione di cui all’ art. 1141¹⁷⁷, che impone al testatore di prevedere una quota di riserva – l’unica forma di successione necessaria prevista nel diritto successorio cinese – a favore di eredi inabili al lavoro e privi di mezzi di sostentamento, risponde al fine di realizzare il principio generale della tutela delle persone più deboli e fragili.

Il criterio fondamentale, al fine di stabilire l’entità della quota di riserva, è infatti quello di assicurare le somme necessarie per mantenere dignitose condizioni di vita e garantire il livello minimo vitale, in relazione al valore dei beni lasciati dal causante e alla situazione degli altri eredi¹⁷⁸.

6.4. La sussidiarietà

Altro principio di estrema rilevanza nel diritto successorio cinese è quello di sussidiarietà. Infatti, la solidarietà, così concepita, si ricollega e si interseca con la sussidiarietà, ossia quella necessità – sentita soprattutto in un periodo nel quale vi era l’assenza di un adeguato sistema di protezione e previdenza sociale¹⁷⁹ – che la famiglia sia il nucleo primario, la formazione sociale che per prima debba farsi carico di tutelare i suoi membri, con speciale attenzione a quelli più fragili.

Il ruolo della famiglia è centrale anche nella prevenzione e composizione delle liti e nella ricerca di una soluzione pattizia (come indica lo stesso codice civile all’art. 1130 ult. comma e all’art. 1132¹⁸⁰),

¹⁷⁶ VINCI 2023, p. 113.

¹⁷⁷ Art. 1141, “Quota necessaria dell’eredità”: “Il testamento deve riservare una quota necessaria dell’eredità agli eredi inabili al lavoro e privi di mezzi di sostentamento”.

¹⁷⁸ ZHIHUI LIU 2020, pp. 167 ss.

¹⁷⁹ TIMOTEO 1994, p. 62.

¹⁸⁰ Art. 1132, “Regole nella successione”: “Qualsiasi controversia derivante dalla successione deve essere affrontata attraverso una consultazione amichevole tra gli eredi, con unità, comprensione reciproca e conciliabilità.

Il tempo ed i modi della divisione dell’eredità saranno determinati dagli eredi mediante un accordo.

nella quale è comunque necessario differenziare le quote in funzione dei bisogni e dell'adempimento dei doveri di solidarietà. Infatti, è stato rilevato come un buon sistema di eredità non dovrebbe solo incarnare il principio dell'autonomia del testatore, ma anche essere favorevole a preservare l'armonia della famiglia e della società¹⁸¹.

Nel commento all'art. 1130, in relazione all'ultimo comma, si afferma il principio di autogoverno, per il quale si ritiene preferibile che le scelte sulla distribuzione dell'eredità siano decise da un accordo unanime tra gli eredi, sulla base del valore della "reciproca comprensione e dell'armoniosa unità" (*hurang, mutuanjie*)¹⁸² e nel rispetto di alcune condizioni quali la capacità d'agire, la libertà del consenso, il rispetto delle leggi, regolamenti, ordine pubblico e della moralità¹⁸³.

Rilevato nel commento alla disposizione che la divisione dell'eredità è spesso uno spartiacque nelle relazioni familiari tra eredi, che i crescenti conflitti sulla divisione dell'eredità conducono spesso alla rottura delle relazioni familiari e messo in luce come una corretta gestione delle relazioni ereditarie non solo favorisca il mantenimento di relazioni familiari armoniose, ma anche la creazione di un ambiente sociale pacifico e stabile, viene incentivata una decisione comune attraverso una consultazione paritaria tra gli eredi¹⁸⁴. A questo fine, nel caso in cui gli eredi non riescano a trovare una soluzione di comune accordo, sono previsti, preventivamente rispetto al ricorso alle Corti, anche dei meccanismi di mediazione.

6.5. Solidarietà e rapporti di fatto

Allo stesso tempo, nonostante una spiccata concezione della famiglia e il chiaro riconoscimento della sua centralità nella cultura e

In mancanza di un accordo, attraverso la consultazione, gli eredi possono rivolgersi a un comitato di conciliazione popolare o intentare una causa presso il Tribunale del popolo".

¹⁸¹ ZHIHUI LIU 2020, pp. 167 ss.

¹⁸² TIMOTEO 1994, p. 63.

¹⁸³ MING LIU 2020a, pp. 77 ss.

¹⁸⁴ MING LIU 2020c, pp. 87 ss.

nell'ordinamento giuridico cinese, l'art. 1131¹⁸⁵, a completamento della disciplina della successione legittima, mostra una particolare attenzione nei confronti non solo dei rapporti "formalizzati", ma anche dei rapporti e degli affetti di fatto¹⁸⁶, riconoscendo il diritto a ricevere una parte dell'eredità anche a favore di quei soggetti non eredi – in quanto il concetto di erede nel diritto cinese è limitato ai parenti del *de cuius* – che abbiano instaurato un rapporto rilevante con il causante, tale da essere da lui mantenuti o da avere sostenuto quest'ultimo in modo solidale, durante la sua vita.

È stato rilevato come l'articolo in questione – includendo nel processo di distribuzione dell'eredità persone diverse dagli eredi che abbiano una relazione di fatto con il defunto e dando al giudice una certa quantità di potere discrezionale – aiuti a realizzare l'equità sostanziale nei risultati della distribuzione dell'eredità¹⁸⁷, evitando sia la perdita improvvisa dei mezzi di sussistenza di una persona a carico del *de cuius* a causa della sua morte, sia incoraggiando comportamenti virtuosi tramite il riconoscimento di una quota a quelle persone che, pur non essendo legate al defunto da un vincolo di parentela, abbiano comunque adempiuto ai doveri di solidarietà¹⁸⁸

6.6. Solidarietà reciproca e certezza del diritto

Queste scelte, nella loro apparente semplicità, sono in linea con alcune delle proposte che la nostra dottrina ha sostenuto, specialmente nei tempi più recenti, e rappresentano un esempio concreto di una disciplina positiva in cui la solidarietà familiare non è unicamente unidirezionale, esclusivamente – e ingiustamente – rivolta ai soli doveri degli ascendenti nei confronti dei discendenti. In questo caso la solidarietà costituisce un dovere di reciproca assistenza e supporto tra

¹⁸⁵ Art. 1131, "Diritto a una quota discrezionale dell'eredità": "Una quota adeguata dell'eredità può essere data a colui che, non essendo un erede, sia stato mantenuto dall'ereditando o a colui che, non essendo un erede, abbia maggiormente mantenuto l'ereditando".

¹⁸⁶ Circa la necessità di riconoscere non solo i rapporti formalizzati ma anche quelli di fatto vedi P. PERLINGIERI 2009, p. 136; P. PERLINGIERI 2020b, p. 435.

¹⁸⁷ MING LIU 2020b, pp. 81 ss.

¹⁸⁸ *Ibid.*

i vari membri della famiglia all'interno del gruppo¹⁸⁹, in un "rapporto biunivoco tra vantaggio patrimoniale della successione e necessità del requisito della dignità della qualifica di erede [...] declinata tanto nel senso (negativo) di assenza di atti lesivi nei confronti del *de cuius*, quanto in quello (positivo) di puntuali doveri assistenziali"¹⁹⁰, espressione del principio di "reciprocità degli obblighi e dei benefici" (*huzhu huji*)¹⁹¹.

Ad ogni modo, il sistema delineato rappresenta un'interessante declinazione del principio di solidarietà familiare, che evita il rischio, paventato dalla nostra dottrina, di ridurre la solidarietà familiare a una semplice "rendita da posizione familiare"¹⁹².

La solidarietà familiare, in questo caso, rappresenta una norma di comando nei confronti dei membri della famiglia, incentivandoli a prendersi cura dei soggetti più fragili, ma anche elemento centrale nell'attribuzione delle quote di eredità, permettendo al giudice di differenziarle qualora la concreta situazione familiare lo imponga.

A conferma di ciò si possono citare una pluralità di casi giunti alle Corti cinesi, nei quali si può rinvenire come l'organo giudicante abbia disposto un'inequale ripartizione dell'eredità, giustificando la sua decisione sulla base dell'adempimento o inadempimento dei doveri di solidarietà e in funzione della tutela dei soggetti più fragili¹⁹³.

¹⁸⁹ Come rileva, infatti, in riferimento alla diseredazione per giusta causa e alla portata dell'art. 448-*bis* cod. civ., G. PERLINGIERI 2024, p. 89, nota 59, "il principio di solidarietà non opera in maniera monodirezionale"; al contrario, vedi *ibid.*, p. 91, "la solidarietà è concetto fisiologicamente *plurilaterale*: opera tanto nell'interesse dei figli, quanto nell'interesse del genitore o del coniuge, quindi sia nell'interesse dei legittimari, sia nell'interesse del *de cuius*".

¹⁹⁰ VINCI 2023, p. 110.

¹⁹¹ TIMOTEO 1994, p. 63.

¹⁹² BARBA 2014, p. 718; BARBA 2015, p. 340.

¹⁹³ Vedi ad esempio la sentenza n. 3173/2023 del Tribunale popolare civile del distretto di Pechino Pinggu (0117), in *wenshu.court.gov.cn*, nella quale viene stabilito che un erede, il quale aveva la possibilità di mantenere l'ascendente defunto, debba ricevere una quota minore dell'eredità rispetto agli altri in quanto questo non ha presentato alcuna prova a sostegno dell'adempimento dell'obbligo di mantenimento a favore dell'ascendente; vedi anche la sentenza n. 85659/2023 del Tribunale popolare civile del distretto di Shangai Pudong (0115), in *wenshu.court.gov.cn*, nella quale viene riconosciuta una quota maggiore di eredità a un soggetto poiché si è preso maggiormente cura del familiare disabile o la sentenza n. 4308/2023 del Tribunale popolare civile del distretto della Provincia di Gansu Pingliang (0802), in

In questo senso si può rileggere, come è stato suggerito, la certezza del diritto, non solo come ripetitività e perpetuità della soluzione, ma come giustificabilità della stessa; non come limite alla ricerca della giustizia del caso concreto e del più ragionevole contemperamento degli interessi, ma come strumento per il suo migliore raggiungimento¹⁹⁴.

In relazione al carattere della generalità proprio della legge, la dottrina civilistica cinese ha, infatti, rilevato la necessità di non ignorare le esigenze peculiari degli individui in situazioni particolari, avvertendo che una legislazione la quale, al fine di ottenere una giustizia generale intesa come ripetitività e perpetuità della soluzione, ignorasse le differenze esistenti nei singoli casi concreti, a favore di una disciplina indifferenziata, condurrebbe alla perdita della giustizia individuale nel caso concreto¹⁹⁵, che invece si vuole assicurare con una disciplina flessibile, in cui è il principio di solidarietà, e non un insieme di regole dettagliate, a guidare il giudice alla ricerca della soluzione più adeguata a comporre gli interessi della famiglia e dei suoi membri.

È stato, infatti, rilevato dalla dottrina cinese il ruolo guida dei valori di uguaglianza, libertà, armonia e cordialità, i quali, in una visione sistematica e dinamica dell'ordinamento, permettono di superare la rigidità nell'applicazione della legge, di mantenere la moralità intrinseca del diritto – integrando i valori nell'ordinamento giuridico – e di salvaguardare, allo stesso tempo, la coerenza della logica interna del sistema¹⁹⁶.

Questa impostazione si pone in continuità con le voci più autorevoli della dottrina europea. Come affermava, più di un secolo fa, Josserand,

wenshu.court.gov.cn, che ha negato la richiesta dell'attore di ottenere una quota superiore dell'eredità poiché non ha dimostrato di avere adempiuto in maniera maggiore agli obblighi di mantenimento a favore del *de cuius*.

¹⁹⁴ Come rileva G. PERLINGIERI 2015, pp. 36 ss., "la certezza del diritto non dipende dalla ripetitività e dalla perpetuità della soluzione, bensì dalla 'prevedibilità', dalla 'controllabilità', o se si preferisce, dalla 'calcolabilità' della soluzione alla luce [...] di un determinato sistema giuridico e dei suoi valori normativi". Sul punto vedi anche LIPARI 2015, pp. 55 ss.

¹⁹⁵ Vedi GUODONG XU 2013, p. 262.

¹⁹⁶ XINYAN MA 2020, pp. 33 ss., secondo cui la codificazione, infatti, consisterebbe nell'attuare, riconoscere e integrare nell'ordinamento giuridico i valori in modo da rendere il codice civile un insieme integrale di valori nella coerenza logica del sistema normativo.

infatti, “è il giudice l’adattatore, l’attuatore della legge; che lo si voglia o no, resta investito del temibile compito di applicare la legge al processo, alla luce della morale. Mai egli attuerà le regole giuridiche in maniera meccanica, distributiva, ma sarà invincibilmente portato a ispirarsi alla funzione, al *perché* dei diritti per stabilire la sfera di applicazione e per realizzare il giusto equilibrio: non indagherà la morale del processo che gli è sottoposto se conosce, in prima luogo, la moralità, la funzione dei diritti presenti”¹⁹⁷.

Riferimenti bibliografici

- Barba, V. (2014), *Recensione a “La circolazione dei beni di provenienza donativa” di Vincenzo Verdicchio*, in “Foro nap.”;
- Barba, V. (2015), *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in “Dir. succ. fam.”;
- Barba, V. (2016), *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in “Rass. dir. civ.”;
- Cicero, C. (2023), *Sulla riforma dell’art 540 c.c. e l’esigenza della conservazione dei rapporti affettivi*, Frezza, G., (a cura di), in “Riforme proposte in ambito familiare”, E.s.i., Napoli;
- Cicu, A. (1914), *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, rist. 1978, Arnaldo Forni editore, Bologna;
- Cicu, A. (1941), *La successione legittima e dei legittimari*, Giuffré, Milano;
- Cardilli, R. (2021), *Fondamento romano dei diritti odierni*, Giappichelli, Torino;
- Diliberto, O., Dursi, D., Masi, A. (a cura di) (2023), *Codice civile della Repubblica Popolare cinese*, 2^a ed., trad. di Huang Meiling, Giappichelli, Torino;
- Filomussi Guelfi, F. (1910), *Enciclopedia giuridica*, 6^a ed., Jovene, Napoli;
- Gianturco, E. (1881), *Sistema del diritto civile italiano*, in *Opere giuridiche*, vol. II, La libreria dello Stato, Roma.
- Josserand, L. (1905), *L’abuso dei diritti*, trad. di L. Tullio, E.s.i., Napoli, rist. 2018;
- Liu, Ming (2020a), *art. 1130, Mingfadian Pingzhu: Jichengbian*, Chen, S. e Xie, H. (a cura di), in “China Legal Publishing House”;
- Liu, Ming (2020b), *art. 1131, Mingfadian Pingzhu: Jichengbian*, cit.;

¹⁹⁷ JOSSERAND 1905, (rist. 2018), pp. 68 ss.

- Liu, Ming (2020c), *art. 1132, Mingfadian Pingzhu: Jichengbian*, cit.;
- Lu, Qing (2019), *Introduzione generale al diritto delle successioni cinese*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, cit.;
- Liu, Zhihui (2020), *art. 1141, Mingfadian Pingzhu: Jichengbian*, cit.;
- Ma, Xinyan (2020), *Lun Fading Jichengren Jichengfene De Jundeng fenpei: Zhonghuarenmingongheguo Minfadian Di 1130 Tiao Jiedu*, in “Studies in Law and Business”;
- Perlingieri, G. (2015), *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, E.s.i., Napoli;
- Perlingieri, G. (2023), *Presentazione della proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite. Spunti per una riflessione*, Frezza, G. (a cura di), in “Riforme proposte in ambito familiare”, E.s.i., Napoli;
- Perlingieri, G. (2024), *Rosario Nicolò e «la vocazione ereditaria diretta e indiretta»*, in “Rileggere i classici del diritto civile italiano” (1920-1935), E.s.i., Napoli;
- Perlingieri, P. (2009), *La funzione sociale del diritto successorio*, in “Rass. dir. civ.”;
- Perlingieri, P. (2020a), *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, vol. II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., E.s.i., Napoli;
- Perlingieri, P. (2020b), *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. III, *Situazioni soggettive*, cit.;
- Porcelli, S. (2019), *Diritto delle successioni mortis causa in Cina durante l'elaborazione del nuovo Codice civile*, Scola, S. e Tesaro, M. (a cura di), in “Casi controversi in materia di diritto delle successioni”, E.s.i., Napoli;
- Sacco, R. (1971), *Il sustrato romanistico nei paesi socialisti*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 4, Giappichelli, Torino;
- Xu, Diyu (2023) *Il modello cinese di codificazione civile*, in “Codice civile della Repubblica Popolare cinese”, cit.;
- Xu, Guodong (2013), *Minfa Jiben Yuanze Jieshi: Chengxin Yuanze De Lishi, Shiwu, Fali Yanjiu*, in “Edition of Peking University Press”;
- Wang, Liming (2023), *Caratteristiche salienti del codice civile cinese, Il Codice Civile Cinese: bilanci e prospettive*, cit.;
- Timoteo, M. (1994), *Le successioni del diritto cinese*, Giuffrè, Milano;
- Vinci, M. (2023), *Disciplina cinese della successione: il difficile equilibrio tra voluntas testatoris e doveri di solidarietà*, in “Il Codice Civile Cinese: bilanci e prospettive”, Coordinato da Diliberto, O. Dursi, D e Huang Meiling, Monteleone, B. e You Youze (a cura di), Jovene, Napoli.

7. L'eredità del *positum aut suspensum* e dell'*effusum vel deiectum* nel codice civile della Repubblica Popolare Cinese

Benedetto Monteleone

SOMMARIO: 7.1. Premessa – 7.2. Gli articoli 1253 e 1254 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese: uno sguardo alle fattispecie – 7.3. Continuità e discontinuità con le fattispecie di *actio de positis aut suspensis* e *actio de deiectis vel effusis* – 7.4. Verso l'unificazione dei due istituti: dalle *Institutiones* imperiali alle codificazioni europee – 7.5. Le tappe verso gli artt. 1253 e 1254 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese – 7.6. Conclusioni

7.1. Premessa

Il percorso compiuto dalla tradizione romanistica nella formazione del recente Codice della RPC è stato già ampiamente analizzato¹⁹⁸ ed è argomento complesso che abbraccia un periodo storico di oltre un secolo. Vi sono stati, inoltre, studi recenti sull'influenza romanistica nei singoli articoli del Codice civile cinese, compiuti da esperti del settore.

In questo senso Xu Guodong¹⁹⁹, che ha analizzato la parte generale del Codice, ha identificato 6 articoli che sono derivati direttamente dal Diritto romano: la definizione di oggetto del Diritto civile (art. 2), il principio di buona fede (art. 7), tutela del concepito (art. 16), giustizia sostanziale (art. 151), forza maggiore (art. 180) e prescrizione delle azioni (art. 188).

¹⁹⁸ Si cfr. SCHIPANI 2009, pp. 527 ss.; SCHIPANI 2016, pp. 7 ss.; DILIBERTO 2012, pp. 53 ss.; DILIBERTO 2023, pp. 1 ss.; HUANG MEILING 2013, pp. 585 ss.; COLANGELO 2015, pp. 175 ss.; XUE JUN 2016, pp. 73 ss.; TIMOTEO 2016, pp. 35 ss.; COLANGELO 2017, pp. 40 ss.; DURSI 2019, pp. 139 ss.; ANGELOSANTO 2019, pp. 495 ss.; CARDILLI 2019, pp. 25 ss.; DURSI 2021, pp. 177 ss.; DURSI 2022, pp. 673 ss.; PORCELLI 2020, pp. 265 ss.; TOTI 2020, pp. 13 ss.; MONTELEONE 2022, pp. 274 ss.; CARDILLI 2022, pp. 14 ss.; CONSIGLIO 2022, pp. 770 ss.; TIMOTEO 2022, pp. 653 ss.

¹⁹⁹ Vd. XU GUODONG 2016, pp. 47 ss.

Un recentissimo lavoro di Huang Meiling²⁰⁰ ha messo in luce che, a seguito di una prima indagine conoscitiva condotta dalla studiosa, con la collaborazione di Domenico Dursi, sotto la guida di Oliviero Diliberto, ben 35 articoli del libro I, 48 del libro II e 68 del libro III derivino chiaramente dal Diritto romano.

Sulla scia di questo filone di studi ho spinto la mia curiosità verso il settimo ed ultimo libro del Codice “Della responsabilità da fatto illecito”²⁰¹ e nello specifico su due articoli, il 1253 e il 1254, inseriti nel titolo X “Della responsabilità per danni cagionati da edifici e oggetti”, nei quali si può leggere una derivazione di due fattispecie *quae quasi ex delicto tenentur*.

Nel Codice civile cinese non vi è una trattazione sull’obbligazione in generale²⁰², ma nel libro terzo è presente la disamina sui contratti e nel settimo quella sugli illeciti, eppure all’interno del libro sui contratti, l’ultima parte, la terza, è dedicata ai quasi contratti²⁰³. I titoli XXVIII e XXIX del libro tre, infatti, sono dedicati alla gestione di affari altrui e all’arricchimento senza causa, che fondano le proprie radici nella *negotiorum gestio* e nell’*indebiti solutio*, obbligazioni che Gaio, nelle *res cottidianae*, aveva inserito nelle *variae causarum figurae*.

Proprio di tale categoria, in un ragionamento più generale sull’obbligazione nel Codice civile cinese, si è occupato di recente Porcelli²⁰⁴. A tal proposito, lo studioso ha ravvisato come, in tale codificazione, non sia presente la categoria dei quasi-delitti, come già si era visto con la Legge sugli illeciti civili del 2009. A seguito di rimaneggiamenti, però, sono state inserite delle fattispecie che riprendono alcune *actiones* riportate nel titolo 4, 5 *Institutiones* imperiali “*De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*” che, com’è noto²⁰⁵,

²⁰⁰ Vd. HUANG MEILING 2023a, pp. 233 ss. Tra questi la studiosa ha messo in luce, in particolare, la *laesio aenormis* all’art. 151 e il patto marciano all’art. 438.

²⁰¹ Per la resa in italiano di articoli e rubriche in questo lavoro si utilizzerà sempre la traduzione di HUANG MEILING 2023b.

²⁰² Cfr. CARDILLI 2019, p. 28.

²⁰³ Cfr. sul punto FEI ANLING, PORCELLI 2021, pp. 421 ss.

²⁰⁴ Vd. PORCELLI 2022, pp. 695 ss.

²⁰⁵ Cfr. *ex variis*; PALAZZO 1919, pp. 5 ss.; STOJČEVIĆ 1957, pp. 57 ss.; STEIN 1958, pp. 563 ss.; GORDON 1967, pp. 303 ss.; WOŁODKIEWICZ 1970, pp. 195 ss.; HOCHSTEIN 1971, pp. 14 ss.; GALLO 1973, pp. 171 ss.; CANNATA 1987, pp. 33 ss.; GIMÉNEZ-CANDELA 1990,

seguono a loro volta lo schema presente in Gai. 3 *aur. D.* 44, 7, 5. Tra di esse vi sono – secondo il suo parere – le norme contenute nel titolo III del libro VII “Delle disposizioni speciali sulla responsabilità” a proposito della responsabilità per i danni cagionati dai dipendenti (art. 1191 ss.) e, solo in senso lato, la responsabilità per danni da edifici e da cose inserite nel titolo X.

Ciò sembra una risposta ad un'esigenza di non tralasciare le figure *quasi ex delicto*, che era stata già percepita durante la grande stagione delle codificazioni del XIX secolo. Il *Chapitre II*, del *Titre IV*, del *Livre III* del *Code Napoléon*, infatti, è rubricato “*Des Délits et des quasi-délits*”, così come il Capo II, del Titolo VII, del libro III del Codice albertino del 1837 e la Sezione III, del Titolo IV, del Libro III del Codice del Regno d'Italia del 1865 sono intitolati “*Dei Delitti e dei quasi-delitti*”, sebbene però in tutti e tre vi è una trattazione unitaria senza distinzione, fra le due figure di illecito privato²⁰⁶.

È solo la spinta del BGB, ripresa anche dal Codice civile italiano del 1942, che ha consentito il superamento formale della distinzione, sebbene anche alcuni esponenti della scuola Pandettista, come Arndts²⁰⁷, avevano osservato come vi fossero alcuni casi in cui un'obbligazione sorgeva senza un vero e proprio delitto, ovvero senza un delitto da parte dell'obbligato (come nel caso dei *quasi delicta*).

Tuttavia, non ostante la scelta di non inserire una specifica sezione sui quasi-delitti all'interno del Codice, nelle due norme menzionate risulta chiara l'eco dell'antico *ius* già dai *verba* utilizzati. La disciplina, però, ha una propria specificità, come approfondiremo innanzi.

Ci concentreremo, pertanto, sulle disposizioni degli artt. 1253 e 1254 CCC e successivamente indagheremo sull'influenza dei due illeciti romanistici *quae quasi ex maleficio tenentur: positum aut suspensum et deiectum vel effusum* nell'elaborazione delle discipline in esame.

Lo scopo di tale studio sarà quello di mostrare come, non ostante nel Codice civile della RPC non sia presente la categoria dei quasi-delitti, vi è comunque una maggior attinenza all'antico *ius*, per quanto

pp. 61 ss.; ROBINSON 1998, pp. 245 ss.; FÖLDI 2001, pp. 411 ss.; MATTIOLI 2010, pp. 11 ss.; KREMER 2016, pp. 123 ss.

²⁰⁶ Cfr. CANNATA 1987, p. 34.

²⁰⁷ Vd. ARNDTS 1861, p. 239, e *ivi* nt. b, §. 242.

concerne tali fattispecie, rispetto a quanto previsto nelle codificazioni europee.

7.2. Gli articoli 1253 e 1254 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese: uno sguardo alle fattispecie

Procediamo, dunque, con l'analisi delle norme in questione:

art. 1253 Responsabilità per i danni cagionati nel caso in cui un edificio, una struttura o altro tipo di costruzione o da qualsiasi oggetto posato o sospeso su di essi rovini o cada.

Se un edificio, una struttura o altro tipo di costruzione o qualsiasi oggetto posato o sospeso su di esso rovini o cada cagionando danni ad altri, il proprietario, il gestore o l'utente sono tenuti a rispondere del fatto illecito, salvo che provino di non essere in dolo o in colpa. Il proprietario, il gestore o l'utente, dopo aver corrisposto il risarcimento, hanno diritto di rivalersi nei confronti degli altri responsabili.

art. 1254 Responsabilità per danni causati da oggetti lanciati o caduti dall'alto.

1. È vietato lanciare oggetti dall'interno di un edificio. Se un oggetto lanciato dall'interno di un edificio o caduto da esso cagioni danni ad altri, il danneggiante è tenuto a rispondere del fatto illecito in conformità della legge. Se sia difficile identificare lo specifico danneggiante attraverso un'indagine, qualsiasi utente che potrebbe aver cagionato il danno deve risarcirlo²⁰⁸, salvo che possa provare di non essere il responsabile. L'utente dell'edificio che ha corrisposto un risarcimento ha diritto di rivalersi nei confronti del danneggiante.

2. Il gestore di un edificio quale l'impresa di servizi di gestione condominiale della proprietà deve adottare le misure di sicurezza

²⁰⁸ Bisogna intendere in questo senso un indennizzo e non un risarcimento, perché i lessici utilizzati nella versione cinese sono 补偿 [Bǔ cháng], che appunto significa "compensazione, ristoro, indennizzo". Tali caratteri sono i medesimi dell'art. 87 Legge del 2009 sugli illeciti, che analizzeremo in seguito, cfr. LI JUN 2014, nt. 64. Sono grato all'amica dott.ssa You Yuze, per il fondamentale aiuto nell'individuazione e traduzione dei caratteri cinesi originali. Sono altresì grato all'amico dott. Liu Yucheng nella ricerca delle fonti bibliografiche cinesi su tali temi.

necessarie per prevenire il verificarsi di un evento dannoso specificato nel comma precedente. Se non siano state adottate misure di sicurezza necessarie, si risponde del fatto illecito per non aver adempiuto l'obbligo di adottare misure di sicurezza in conformità con la legge.

3. Se si verifichi un evento dannoso come specificato nel primo comma del presente articolo, le autorità competenti, come il dipartimento di pubblica sicurezza, conducono tempestivamente indagini in conformità con la legge e identificano le persone responsabili.

Innanzitutto, bisogna chiarire i termini utilizzati nei testi originali delle due disposizioni in questione. Nell'articolo 1253 sono riportati i caratteri 搁置物 [gē zhì wù] e 悬挂物 [xuán guà wù], letteralmente "oggetto posato" e "oggetto sospeso" che sono la corrispondente versione cinese di *positum* e *suspensum*, mentre all'articolo 1254 si rinvengono le espressioni 抛掷物品 [pāo zhì wù pǐn] e 坠落的物品 [zhuì luò de wù pǐn], letteralmente "lanciare l'oggetto" e "oggetto caduto giù", che sembrerebbero esprimere i concetti di *deiectum* e *effusum*. A Roma queste due figure erano presenti come azioni nel medesimo titolo dell'Editto del pretore, attraverso due clausole consequenziali. Tuttavia, le casistiche di *deiectum* e *effusum*, come vedremo, erano preordinate rispetto a quelle di *positum* e *suspensum*.

Concentrandoci solo sulle vicende degli oggetti e non degli edifici, la prima disposizione sanziona l'evento della caduta o della rovina di una *res* "posata o sospesa" che abbia cagionato un danno. In questa evenienza, a seconda del caso, deve rispondere 1) il proprietario, 2) il gestore, ossia colui che ha l'obbligo di amministrare e mantenere l'edificio o la costruzione e le *res* posate o sospese su di esso²⁰⁹, ovvero 3) l'utente che "usa" l'edificio a causa di locazione, abitazione o altro diritto diverso dalla proprietà²¹⁰, salvo che provino di non essere in dolo o in colpa. In caso, poi, tra le figure menzionate vi siano più responsabili e soltanto una di esse abbia risarcito il danno, quest'ultima ha diritto di rivalsa nei confronti degli altri.

Per quanto concerne l'art. 1254 CCC, se un oggetto viene lanciato o cada, procurando un danno, deve rispondere il danneggiante; dunque,

²⁰⁹ Cfr. LI JUN 2014, nt. 65.

²¹⁰ Cfr. *Ibid.*, nt. 66.

vi è una differenza nel soggetto tenuto. In caso di difficoltà nell'identificazione del materiale responsabile, vi è una solidarietà passiva di tutti gli utenti che potrebbero aver procurato il danno, salvo che provino di non essere responsabili.

Le norme in questione presentano molti punti interessanti da approfondire agli occhi di un romanista, ma è bene chiarire sin d'ora quale sia l'ambito applicativo delle due fattispecie. Se il *discrimen* è chiaro per quanto concerne l'oggetto lanciato, che rientra nel campo di applicazione dell'art. 1254 in virtù di una forza soggettiva nella caduta della *res*, più complicata è la determinazione del 坠落的物品 [zhù luò de wù pǐn]. Non è immediatamente comprensibile, infatti, la differenza tra l'oggetto caduto giù che ricade sotto la disciplina dell'art. 1253 CCC e quello che, parimenti caduto giù, è disciplinato dall'art. 1254 CCC. Un oggetto, per definirsi "caduto", infatti, deve necessariamente essere stato in equilibrio per un periodo di tempo, altrimenti non si comprenderebbe la differenza tra "caduto" e "lanciato".

La distinzione tra le due discipline non è di poco conto, perché mentre per la fattispecie dell'art. 1253 CCC risponde oltre all'utente anche il proprietario e il gestore, nel caso rientrante nell'art. 1254 CCC legittimato passivamente è solo l'utente che avrebbe potuto cagionare il danno. In ragione di ciò, muta anche l'onere della prova per il convenuto: nel primo caso occorre dimostrare l'assenza di dolo o colpa (ricostruzione dell'elemento soggettivo). Nel secondo caso, invece, dal momento che, per la dinamica dell'evento, emerge una figura qualificabile come "danneggiante", la prova deve essere finalizzata alla ricostruzione oggettiva dell'evento, al fine di dimostrare l'estraneità del convenuto ai fatti. In questo secondo caso, dunque, è irrilevante un'indagine sull'elemento soggettivo, perché il convenuto può liberarsi soltanto grazie ad una prova decisiva, come la dimostrazione di essere in un luogo diverso al momento della caduta della *res*.

Un criterio distintivo condivisibile – a mio avviso – è stata fornito da Zhang Jing e Yuan Zhonghua nel commento degli articoli in questione²¹¹.

Gli studiosi hanno chiarito che fanno riferimento all'art. 1253 tutte le *res* fissate o collegate con l'edificio, come ad esempio condizionatori, lampade, ventilatori a soffitto o cartelloni pubblicitari. Non rientrano

²¹¹ Vd. il commentario a cura di XU DIYU, ZHANG JIAYONG 2022, pp. 1325 ss.

nella lettera di tale norma, invece, le cose che stazionano sull'edificio per cause naturali, come ad esempio ghiaccio che si è formato a causa del clima rigido, ovvero neve che si è depositata.

Alla disciplina dell'art. 1254, invece, fanno riferimento gli altri oggetti mobili, non fissati sull'immobile, che sono caduti o per dolo, o per negligenza, in quanto posizionati in bilico, ovvero colpiti per sbaglio.

Le due ipotesi, dunque, differenzierebbero sulla base della causa della caduta della *res*, naturalistica, nel primo caso, umana nel secondo.

Tale determinazione sembrerebbe confermata anche da una recente sentenza del Tribunale del Popolo del distretto di Doumen, città di Zhuhai²¹² n. 2785/2021, riguardante un danneggiamento di una vettura per alcuni calcinacci caduti dal ventunesimo piano di un edificio. Dal momento che tale distacco era avvenuto per l'apporto umano dei lavoratori di un'impresa di costruzione e l'impresa non aveva adottato le misure di sicurezza prevista dall'art. 1254 comma 2 CCC, quest'ultima è stata condannata al risarcimento sulla base di tale ultima norma.

7.3. Continuità e discontinuità con le fattispecie di *actio de positis aut suspensis* e *actio de deiectis vel effusis*

Chiarita la disciplina delle norme codicistiche cinesi, occorre verificare quale sia stata l'influenza dell'antico *ius*, attraverso l'osservazione delle *actiones* di cui abbiamo accennato in premessa:

Ulp. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 1, pr.: *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: "Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxae dedere."*

²¹² Sono venuto a conoscenza di tale statuizione grazie alla cronaca di FERRARI 2022, pp. 481 ss. nella quale si legge dell'intervento del dott. Martino Emanuele Cozzi che si è occupato di tale tematica. Ringrazio, poi, la dott.ssa Chen Jinxian per avermi coadiuvato nella traduzione.

Ulp. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 6: *Praetor ait: "Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, aut idem dari aut noxae dedi iubebo."*

Vengono riportati, in questa sede, i *verba* delle clausole edittali. La prima è quella che precedeva nella trattazione dell'editto²¹³, ossia il *deiectum vel effusum*, che recita in questo modo: "Da dove, in quel luogo per dove la gente passi o dove si trattenga, sarà stato lanciato di sotto o precipitato qualcosa, nei confronti di colui che ivi abiti darò un'azione per il doppio della quantità di danno (alle cose) che da ciò sia stato dato o fatto. Se per quel colpo si dica che perì un uomo libero, darò una azione per cinquanta aurei²¹⁴. Se viva, e si dica che gli è stato arrecato nocumento, darò una azione per tanto quanto il giudice riterrà equo che sia condannato il convenuto. Se si dica che lo fece un servo senza che il padrone lo sapesse, aggiungerò nella formula: o dare a nozza".

In tal caso veniva data un'azione contro l'*habitor*, che sulla base delle indicazioni di Gaio e Ulpiano²¹⁵ si può riferire a chiunque abiti in quel luogo, sia che fosse *dominus aedium*, ovvero *conductor*, ovvero ancora *qui gratis habitat*²¹⁶. Non facevano, però, parte di questa categoria gli *hospites*, perché non rientravano nella nozione di

²¹³ Si vd. ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 7: *Hoc edictum superioris portio est: consequens etenim fuit praetorem etiam in hunc casum prospicere, ut, si quid in his partibus aedium periculose positum esset, non noceret.* nel quale viene affermato che il *positum aut suspensum* era parte dell'editto precedente, ossia il *deiectum vel effusum*.

²¹⁴ Secondo LENEL 1927, § 61 (60), p. 173, e ivi nt. 11, la clausola originaria recitava *sestertium quinquaginta milium nummorum*, in base al precetto contenuto in Coll. 14, 3, 4.

²¹⁵ GAI. 3 *aur.* D. 44, 7, 5, 5: [...] *vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitat* [...] e ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 1, 9: *Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito. hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dederit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

²¹⁶ I giuristi romani si erano interrogati sul tema dell'*habitare gratis*, su cui vd. POMP. 29 *ad Sab.* D. 43, 26, 15, 1. Per il giurista tale situazione configurava una *causa donationis*. Sul punto cfr. ARCHI 1960, 90; ZANON 2022, 17; DURSI 2024.

“abitante”. Pertanto, era tenuto colui che aveva dato ospitalità, non chi l’aveva ricevuta.

In questo senso vi è un parallelismo con l’utente di cui tratta la disposizione dell’art. 1254 CCC, il quale però poteva liberarsi, qualora avesse dimostrato di non essere il responsabile. L’*actio in factum* pretoria, invece, prescindeva dalla responsabilità personale, in quanto si rispondeva anche (*rectius* principalmente) per fatto altrui²¹⁷. Nella norma cinese, infatti, in prima battuta risponde il danneggiante e, soltanto qualora l’indagine compiuta non avesse condotto a nessun risultato soddisfacente, avrebbero risposto gli utenti.

L’indagine che viene compiuta dalle autorità pubbliche, di cui si legge nel comma terzo dell’art. 1254 CCC, testimonia un interesse che potremmo definire come “superindividuale”.

All’epoca dei romani, invece, quell’attenzione oltre il risarcimento della lesione personale era testimoniata dalla natura penale di tale *actio* e di quella *de positis aut suspensis*. In tal senso deve esser letta anche la tipologia di *actio popularis* tanto del *positum aut suspensum*²¹⁸, quanto del *deiectum vel effusum* quando da ciò ne derivava l’uccisione di un uomo libero²¹⁹. In questi casi poteva agire qualunque cittadino che si fosse accorto del pericolo, ovvero che fosse stato testimone della morte dell’*homo liber*, per ottenere l’ammontare della *poena*.

Per quanto concerne la solidarietà passiva, essa è un elemento comune tra la disciplina dell’art. 1254 CCC e l’*actio de deiectis vel effusis*, così come si legge nell’*unicum* composto dai frammenti di Gaio, Paolo e Ulpiano²²⁰. Negli escerti digestuali si legge, infatti, che qualora più

²¹⁷ GAL. 3 *aur.* D. 44, 7, 5, 5: [...] *ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur ut servi aut liberi* [...].

²¹⁸ ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 13: *Ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit, in heredes autem non competit, quia poenalis est.*

²¹⁹ ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 5: [...] *quae autem de eo competit, quod liber perisse dicitur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis*: [...].

²²⁰ ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 1, 10: *Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur, GAI 6 ad ed. prov. D. 9, 3, 2: cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel effudisset, ULP. 23 ad ed. D. 9, 3, 3: et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur PAUL. 19 ad ed. D. 9, 3, 4: perceptione, non litis contestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit. ULP. 23 ad ed. D. 9, 3, 5: Si vero plures diviso inter se cenaculo habitent, actio in eum solum datur, qui*

soggetti abitino nello stesso alloggio di un piano superiore, sarebbe stata concessa l'azione contro uno qualsiasi di loro, in quanto era impossibile conoscere chi tra loro avesse gettato di sotto o fatto cadere qualcosa. Pertanto, in tal caso, vi sarebbe stata responsabilità solidale fra costoro e colui che aveva pagato aveva diritto alla restituzione *pro quota* o attraverso l'*actio societatis*, ovvero con un'*actio utilis*. In caso, invece, più persone abitavano nello stesso appartamento che, però, era stato diviso, l'azione sarebbe stata data solo contro colui che abitava da quella parte ove era stata lanciata o era caduta la *res*.

In questo senso, la norma cinese sembra recuperare la *ratio* di tale criterio, laddove nella disposizione è indicato che avrebbe risposto "qualsiasi utente che potrebbe aver cagionato il danno". Tale utente, poi, avrebbe avuto diritto di rivalsa nei confronti del danneggiante e ciò ricorda quanto contenuto nell'escerto di Ulp. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 4²²¹. Ivi è previsto che, in caso l'*habitor* fosse stato condannato con l'*actio legis Aquiliae* per ciò che un ospite o altro individuo aveva lanciato o fatto cadere, avrebbe potuto esercitare un'azione modellata sul fatto nei confronti del responsabile. Se poi avesse locato l'immobile, avrebbe potuto anche esperire l'*actio ex locato*.

Passando ora alla clausola del *positum aut suspensum*, leggiamo: "Che nessuno, sulla tettoia o sul cornicione, sopra quel luogo per dove la gente passi o si trattenga, *positum habeat* ciò, la cui caduta possa arrecare nocimento a qualcuno. Contro colui che abbia contravvenuto a ciò, per dieci solidi²²², darò un'*actio in factum*. Se si dica che lo ha fatto un servo non sapendolo il padrone, ordinerò questo: o che sia data la stessa somma o che sia dato a nostra".

Riguardo a *positum habere*, tale specificazione attiene alla persona che ha un rapporto di disponibilità e controllo materiale con la *res posita aut suspensa*, sebbene non qualificato giuridicamente come i nostri concetti di "proprietà", "possesso" o "detenzione". Per tale

inhabitat eam partem, unde effusum est. Tuttavia, il discorso sui criteri di ripartizione fu oggetto di apposito dibattito giurisprudenziale, su cui cfr. VINCI 2023, pp. 23 ss.

²²¹ ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 4: *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem.*

²²² Secondo LENEL 1927, § 62, p. 174, e *ivi* nt. 8 la clausola originale avrebbe contenuto: *sestertiorum decem milium nummorum.*

ragione in tale locuzione sarebbe rientrato anche chi non aveva materialmente posato l'oggetto, ma avendone la titolarità, aveva acconsentito a che un terzo lo posasse²²³.

Sempre in riferimento all'identificazione soggettiva dell'obbligato, le parole *ne quis* indicano che, a differenza del *deiectum vel effusum*, vi è una legittimazione passiva anche per coloro che non rientravano nella qualifica di *habitor*, ma che avessero un rapporto di controllo con la *res posita*²²⁴. La legittimazione passiva, dunque, spettava anche al proprietario che non abitasse nel luogo in cui la *res* era stata *posita aut suspensa*.

In questo senso si può notare un parallelismo con l'art. 1253 CCC, laddove è previsto che a rispondere non sia solo l'utente, ma anche il proprietario e il gestore, persone cioè che non abitano quei luoghi abitualmente, ma che, anche in questo caso, abbiano (o debbano avere) un controllo sull'oggetto o sull'edificio. Si può dire che la disposizione codicistica espliciti, attraverso un elenco di qualifiche soggettive, la genericità dei lessemi "*positum habere*" contenuti nella clausola edittale.

Una discontinuità si ravvisa, invece, per quanto concerne i *verba "cuius casus nocere posset"*²²⁵, da cui si evince che non si viene sanzionati per tutto ciò che è posato, ma per tutto ciò che, una volta posato o sospeso, possa recare nocimento. Il pretore provvedeva, dunque, proprio ai fini della prevenzione di un danno. Non bisognava, dunque, attendere l'avvenimento dannoso, ma si sanzionava colui che avesse il controllo di ciò che fosse *positum* in modo pericoloso. Si pone, dunque, l'accento sul pericolo, non sul danno.

La previsione edittale, inoltre, non prevede la necessità dell'elemento psicologico dell'agente: indipendentemente dalle modalità con cui veniva sospesa, ovvero posata, si guardava

²²³ ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 10: *Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur: quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.*

²²⁴ ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 8: *Ait praetor: "ne quis in suggrunda protectove". haec verba "ne quis" ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis.*

²²⁵ ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 11: *Praetor ait "cuius casus nocere posset". ex his verbis manifestatur non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere praetorem, ne possit nocere: nec spectamus ut noceat, sed omnino si nocere possit, edicto locus sit. coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit.*

all'oggettiva possibilità della *res* di procurare un danno. Pertanto, se ne deduce che, se l'oggetto sospeso o posato non avesse potuto procurare danni con la caduta, il pretore non avrebbe concesso l'azione. Se, però, la *res* fosse stata posata o sospesa in modo che, con la caduta, avrebbe potuto procurare un danno, allora avrebbe comunque risposto *qui positum habet*.

Nell'art. 1253 CCC, invece, come già osservato, viene data la possibilità al proprietario, al gestore o all'utente di liberarsi, provando di non essere in colpa o in dolo. Sebbene la colpa o il dolo si riferiscano all'assenza di accorgimenti idonei ad evitare l'evento dannoso, la responsabilità viene posticipata e quantificata con il danno effettivamente procurato.

Per tali casistiche, invece, un illecito di pericolo è ravvisabile nella disposizione del secondo comma dell'art. 1254 CCC, in base alla quale il gestore di un edificio, come l'impresa di servizi di gestione condominiale della proprietà, viene punito per non aver adottato le misure di sicurezza necessarie previste dalla legge. In questo caso, però, tale situazione è inquadrabile come un illecito di pericolo astratto, poiché il pericolo è l'elemento costitutivo dell'illecito (la non adozione delle misure di sicurezza), indipendentemente dalla valutazione in concreto del pericolo. La clausola edittale del *positum aut suspensum*, invece, come abbiamo osservato, presupponeva la valutazione da parte del *magistratus* di un pericolo concreto.

La disciplina di tali *actiones*, tuttavia, presenta una serie di questioni su cui non occorre soffermarsi in questa sede per non perdere le fila del discorso²²⁶. Ci basti aver mostrato come, con le dovute differenze, alcuni principi delle *actiones* dell'antico *ius* siano confluiti nelle due norme codicistiche presentate.

²²⁶ Cfr. in particolare sul tema, oltre alla bibliografia sui *quasi delicta* riportata *supra* nt. 8, FERRINI 1904, pp. 1334 ss.; PROVERA 1957, pp. 260 ss.; WATSON 1963, pp. 379 ss.; SERRAO 1963, pp. 19 ss.; WOŁODKIEWICZ 1968, pp. 365 ss.; GORDON 1983, pp. 45 ss.; LONGO 1983, pp. 399 ss.; LOZANO Y CORBI 1984; RODRÍGUEZ ENNES 1984, pp. 91 ss.; ZIMMERMANN 1992, pp. 301 ss.; SCHIPANI 1994, pp. 1103 ss.; ROSSI 1999, pp. 409 ss.; PALMIRSKI 2000, pp. 667 ss.; VAN HOEK 2000, pp. 454 ss.; ANKUM 2002, pp. 7 ss.; ANKUM 2003, pp. 16 ss.; FERCIA 2007, pp. 317 ss.; KUCUK 2008, pp. 99 ss.; LI JUN 2014; BARRÍA DÍAZ 2018, pp. 563 ss.; RODRÍGUEZ ENNES 2019; RODRÍGUEZ ENNES 2020; VINCI 2023, pp. 23 ss.; ZILLOTTO 2024, pp. 813 ss.; MONTELEONE 2024, pp. 161 ss.

7.4. Verso l'unificazione dei due istituti: dalle *Institutiones* imperiali alle codificazioni europee

Occorre ora osservare rapidamente come la tendenza prevalente nella tradizione romanistica, che ha portato alla formazione dei codici civili europei, sia stata quella di racchiudere le due figure in una sola.

Tale attitudine ha trovato nella sistematica giustiniana un illustre precedente, perché le *Institutiones* imperiali trattano dei due istituti congiuntamente, come è visibile da:

I. 4, 5, 1: *Item is, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat deiectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intellegitur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi. cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere: quo casu poena decem aureorum constituta est. de eo vero quod deiectum effusumve est dupli quanti damnum datum sit constituta est actio. ob hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum poena constituitur: si vero vivet nocitumque ei esse dicitur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur: iudex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est.*

Leggiamo che il proprietario di un'abitazione, ovvero colui che abita ivi sulla base di una *locatio conductio*, ovvero ancora colui che abita a titolo gratuito in quel luogo, è obbligato *quasi ex maleficio*, qualora sia stato gettato o sia stato fatto cadere qualcosa, in modo che sia stato procurato danno a qualcuno. Non propriamente si considera obbligato per un illecito, in quanto, di solito è tenuto per la colpa di un altro, o schiavo, o libero. A questi è simile colui che, dalla parte ove comunemente si suole passare, "abbia il controllo" di una *res* posata o sospesa che, cadendo, possa arrecar danno a qualcuno. Per tale casistica è prevista una pena di dieci aurei. Con riferimento, invece, a ciò che sia stato lanciato o fatto cadere, è data un'azione per il doppio del danno arrecato alle *res*. Per l'uccisione di un uomo libero, poi, è prevista una pena di cinquanta aurei. Se viceversa non muoia, ma abbia subito un danno, gli è data un'azione per quell'ammontare di

risarcimento che sembrerà equo al giudice: il giudice deve, infatti, computare gli onorari pagati ai medici e le altre spese sostenute per la cura, nonché tener conto del lavoro che gli è mancato o gli mancherà, in quanto è divenuto invalido.

Sebbene l'escerto riporti, nella prima parte il passo contenuto in Gai 3 *aur. D. 44, 7, 5, 5*, si può notare come vi siano delle aggiunte che conviene prendere in considerazione. In primo luogo, Gaio, nella sua trattazione delle obbligazioni afferenti alla categoria delle *variae causarum figurae*, elencava in successione le fattispecie. Per quanto concerne il *deiectum vel effusum* e il *positum aut suspensum* si era limitato a notare una somiglianza tra le posizioni dei due obbligati, mentre commentava le due *actiones* secondo l'ordine del titolo editale. I compilatori, invece, hanno aggiunto le pene per le due fattispecie, invertendo l'ordine: prima *positum aut suspensum* e poi *deiectum vel effusum* (con l'elenco di eventualità corrispondenti a quelle della clausola editale: danno reale, uccisione di un uomo libero, danno personale). Per quanto concerne, poi, il danneggiamento personale, utilizzando sovrapposizioni contemporanee, potremmo dire che i compilatori hanno esplicitato, nella valutazione equitativa del *iudex*, le singole voci di "danno emergente" e "lucro cessante", sotto il particolare punto di osservazione del "danno alla salute", riprendendo quanto contenuto in Gai. 6 *ad ed. prov. D. 9, 3, 7*.

Tale scelta di trattazione potrebbe suggerire che il *positum aut suspensum* sia una forma gradata dell'*effusum vel deiectum*, ma che, tuttavia, l'illecito sia il medesimo, viste le modalità delle condotte e i beni giuridici tutelati.

Anche la disciplina che emerge tanto dal Digesto al titolo D. 9, 3, quanto dai Basilici al titolo B. 60, 4, tende ad unificare le due figure, tanto che, per entrambe la rubrica recita soltanto *De his qui effuderint vel deiecerint*²²⁷, sebbene in tali titoli siano riportati i passi di entrambe le fattispecie.

La *Magna Glossa* di Accursio, poi, accentua tale paradigma, sottolineando come *specialis in hoc titulo proponitur actio legis Aquiliae*, e

²²⁷ Περί τούτων ὅστις τίποτε ἐκχέει ἢ ῥίπτει nell'edizione di Scheltema dei Basilici, mentre in quella di Heimbach vi è una piccola differenza formale: Περί τούτων, ὅστις τίποτε εἰσχέει ἢ εἰσρίπτει, che però non modifica la sostanza della versione latina presente nella rubrica digestuale.

quindi l'*actio de deiectis vel effusis* sarebbe un accomodamento in *factum* della stessa, di cui quella *de positis aut suspensis* sarebbe una parte²²⁸. In questo senso, dunque, vi si potrebbe leggere un suggerimento a superare le due fattispecie, a favore di un'unica figura onnicomprensiva.

Si ravvisa, però, una separazione nella trattazione dei due istituti ancora in Heinecke²²⁹, il quale in *Elementa iuris civilis*, ai §§. MCXIV ss. tratta dell'*effusum vel deiectum* e ai §§. MCXVII ss. del *suspensum vel positum*. Tuttavia, il medesimo giurista nelle sue *Recitationes* chiarisce che ormai tali azioni mal si conciliavano con la società e il diritto di quel tempo²³⁰.

La stagione delle codificazioni europee ha dovuto, inoltre, fare i conti con quell'ambiguità nel differenziare i delitti dai quasi-delitti, che aveva portato Pothier a ravvisare dapprima tale differenza: «*On appelle délit le fait par lequel une personne par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre. Le quasi-délit est le fait par lequel une personne sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre.*»²³¹ e poi a trattare unitamente delle due fonti di illecito. Riguardo, poi, specificamente al tema del *positum aut suspensum*, si ravvisa come tanto la definizione di delitto, quanto quella di quasi delitto fornite dal giurista abbiano in nuce, come elemento, il danno procurato a qualcuno: viene, dunque, esclusa qualsiasi possibilità di illecito di pericolo.

Si aveva, dunque, difficoltà a giustificare una differenza di categorie che non trovava più ragione di esistere oramai, poiché era stato definitivamente stabilito un fondamento colposo in ipotesi che originariamente avremmo potuto definire di "responsabilità oggettiva"²³². Questa esigenza comportò una riduzione delle fattispecie

²²⁸ Cfr. SCHIPANI 1994, p. 1113.

²²⁹ Cfr. HEINECKE 1726, pp. 610 ss.

²³⁰ Cfr. HEINECKE 1824, lib. IV, tit. V, §. MCXXIV, p. 163.

²³¹ POTHIER 1761, pp. 129 ss.

²³² Già in epoca severiana si iniziò questo processo di trovare un fondamento colposo per le figure che Gaio riteneva dovessero considerarsi *quasi ex maleficio*. Per il *iudex qui litem suam facit*, sebbene riferito ad un caso particolare, Ulpiano ravvisa un atteggiamento doloso in ULP. 21 *ad ed.* D. 5, 1, 15, 1. Per quanto riguarda il *deiectum vel effusum*, si vd. ULP. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 1, 4, ove il giurista a proposito del *deiectum vel effusum* asserisce vi sia *culpa per l'habitor*, così come, per la medesima fattispecie

tipiche di illecito ed un raggruppamento in ipotesi più generali ed astratte.

Nell'ALR prussiano del 1794 possiamo notare, però, sebbene in assenza di una categoria dei quasi-delitti, come sia sopravvissuto un retaggio del solo *deiectum vel effusum*, nella Parte I, titolo VI *Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen*, ossia i diritti e doveri derivanti da atti illeciti. In particolar modo si osservi:

§. 66: *Wer wissentlich Miethsleute duldet, die mit Feuer und Licht, bey dem Auswerfen, oder Ausgießen, oder in Verschließung des Hauses, unvorsichtig und nachlässig zu verfahren gewohnt sind, der haftet für allen durch selbige auf dergleichen Art verursachten Schaden.*

Viene stabilito che chiunque tolleri consapevolmente inquilini, che abbiano l'abitudine di essere distratti o negligenti nell'uso dei fuochi e della luce, nel lanciare o versare qualcosa o nel chiudere la casa, sarà responsabile allo stesso modo di tutti i danni da loro causati.

Rispetto alla responsabilità univoca dell'*habitor*, così come prevista dall'*actio* dell'antico *ius*, nel caso *de quo*, si tratta di una responsabilità sussidiaria, come chiariscono i seguenti §§. 67 e 68, che coinvolge il padrone e il locatario.

Per quanto concerne un retaggio del *positum aut suspensum*, esso potrebbe forse ravvisarsi nella Parte II, Titolo XIX, Sezione XVII, rubricata *Von Beschädigungen mit gemeiner Gefahr* ossia sui danni con

anche PAUL. 19 *ad ed. D. 9, 3, 6, 2* asserisce che *l'habitor suam suorumque culpam praestare debet*. Allo stesso modo, iniziali profili di responsabilità colposa iniziano a profilarsi in quel periodo, anche per quanto concerne *l'actio adversus nautas, caupones et stabularios*, ove GAL. 3 *aur. D. 44, 7, 5, 6* tratta di *aliquatenus culpa*, non spingendosi a definirla colpa piena. Se leggiamo, però, ULP. 14 *ad ed. D. 4, 9, 3, 1*, il giurista severiano, sebbene asserisca che il convenuto, in quei casi, è obbligato anche se non ha colpa, ne esclude la responsabilità in caso di evento dannoso, occorso per fatalità. Successivamente, in ULP. 18 *ad ed. D. 4, 9, 7, 4*, il medesimo afferma, però, che *l'exercitor* risponde delle condotte dei suoi sottoposti, per propria colpa, lasciando uno spazio pressoché nullo ad ipotesi non colpose. Sul punto, relativamente all'*actio adversus nautas, caupones et stabularios*, cfr. FERCIA 2002, pp. 279 ss. Su tali aspetti si vedano, però, le conclusioni di MATTIOLI 2010, p. 308 ss. che, nel palesare come le figure dei quasi-delitti già dall'epoca severiana rientrassero in una responsabilità colposa, non ravvede uno iato tra la testimonianza delle *res cottidianae* e le opere dei giuristi del III secolo.

pericolo comune, non ostante le norme in essa contenute afferiscono più ad ipotesi dolose per reati come incendi o danneggiamenti.

Anche nell'ABGB austriaco del 1811 è assente qualsiasi riferimento al quasi delitto, ma all'interno della responsabilità per *fremde widerrechtliche Handlungen*, ossia responsabilità per danno di terzi, menzionata al §. 1313, possiamo leggere:

§. 1318: *Wird jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache, oder durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädiget; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herab gefallen ist, für den Schaden.*

Si legge che, se qualcuno viene danneggiato dalla caduta di un oggetto sospeso o posizionato in modo pericoloso, o dal lancio o dal versamento di un oggetto fuori da un'abitazione, la persona dalla cui abitazione l'oggetto è stato lanciato o versato, o dalla cui abitazione l'oggetto è caduto, è responsabile del danno.

In questo senso la perifrasi *gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache* trova il suo fondamento storico nel *positum aut suspensum*, mentre *oder durch Herauswerfen oder Herausgießen effusum vel deiectum nel deiectum vel effusum*. La scelta di accorpare le due fattispecie in un'unica disciplina annulla le differenze tra le due casistiche ed individua come unico responsabile l'abitante.

La scelta dei giuristi francesi nel *Code Napoléon* del 1804²³³ fu, invece, diversa²³⁴ ed è rappresentata dal mantenimento formale dei quasi-delitti, ma soltanto nominalmente, poiché la trattazione procede in un binomio congiunto con i delitti. A proposito dell'eredità delle due fattispecie romanistiche, può considerarsi il seguente:

²³³ Sul ruolo della tradizione romanistica nel *Code civil des Français*, cfr. *ex variis* CHEVRAU 2022, pp. 82 ss.

²³⁴ Sebbene agli artt. 16 e 17 del *Projet Portalis* del 1799-1800 era prevista un'ipotesi di responsabilità solidale nel caso in cui in un appartamento abitassero più persone e da quel luogo fosse stato gettato qualcosa che aveva procurato un danno. Gli ospiti, tuttavia, non venivano considerati, a meno che non fosse provato che fossero stati loro a gettare l'oggetto. Tuttavia, anche in quel caso era tenuto solidalmente il danneggiante con l'abitante.

art. 1384: *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde [...].*

Nell'affermare la responsabilità non solo per i propri atti, ma anche per quelli di persone sotto la propria direzione o cose in custodia, può ravvisarsi la generica previsione dei casi che un tempo rientravano nel *deiectum vel effusum, positum aut suspensum* (se consideriamo la relazione tra cose in custodia e *positum habere*), ma anche *actio adversus nautas, caupones et stabularios*.

Tuttavia, questa è una classificazione generica, che necessita di volta in volta di una forte componente ermeneutica per collocare le fattispecie concrete in tale responsabilità. Uno specifico riferimento ai danni procurati dalle cose cadute dagli edifici si rinviene soltanto per quanto concerne i danni causati dalla rovina delle costruzioni, come previsto all'art. 1386. Tuttavia, in quel caso, si risponde per quanto concerne il danno causato dalla caduta dell'edificio, non per quella avvenuta dall'edificio.

Una simile impostazione è stata seguita anche dal Codice albertino del 1837, che propone agli artt. 1502 e 1504 una traduzione italiana degli artt. 1384 e 1386 del *Code civil des Français*. Lo stesso discorso vale per gli artt. 1153 e 1155 del Codice civile del Regno d'Italia del 1865.

Una scelta differente, invece, può essere apprezzata nel *Código civil* spagnolo del 1889, non ostante anch'esso abbia subito l'influenza del *Code Napoléon*. Innanzitutto, non vi è distinzione tra delitti e quasi-delitti, ma il Capitolo II, Titolo XVI, Libro IV è genericamente nominato *De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*. Tuttavia, il primo comma dell'art. 1903 e l'art. 1907 del Codice spagnolo sono palesemente ripresi rispettivamente dal primo comma dell'art. 1384 e dall'art. 1386 del *Code civil des Français* riportato. Eppure, vi è un ulteriore articolo del *Código civil*, che recita:

art. 1910: *El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaran o cayeren de la misma.*

Nei vocaboli *arrojaran* e *cayeren* vi è un richiamo diretto al *deiectum* e all'*effusum*. I codificatori spagnoli, quindi, hanno ritenuto

insufficienti le norme contenute negli articoli 1384 e 1386 del *Code Napoléon*, andando ad integrare la disciplina con una norma che ricorda l'*actio* dell'antico *ius*²³⁵.

Il BGB tedesco del 1900, poi, dopo un dibattito²³⁶, ha superato la categoria dei quasi-delitti, con la previsione di una generale disciplina delle *unerlaubte Handlungen*. A proposito degli argomenti che stiamo osservando, possiamo trovare fondamento nel §. 836, ove vi è solo la responsabilità per il crollo o rovina dell'edificio.

Il Codice civile italiano del 1942 riprende tale categoria unitaria sotto la nozione di fatti illeciti e presenta anch'esso la sola previsione dei danni da rovina o crollo di edifici all'art. 2053 e la responsabilità per i danni da cose in custodia all'art. 2051.

7.5. Le tappe verso gli artt. 1253 e 1254 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese

Abbiamo osservato come la tendenza prevalente nella tradizione romanistica, che ha portato alla formazione dei Codici civili europei, sia stata quella di racchiudere le due figure in una sola.

Per quanto riguarda l'esperienza cinese, un primo passo fu quello di recepire, all'interno della Legge sui principi generali di Diritto civile della Repubblica Popolare Cinese del 1986, il §. 836 del BGB all'art. 126. Tuttavia, come sottolineato da Li Jun²³⁷, tale recezione fu accolta con una particolarità. Osserviamo tale norma nella traduzione proposta dall'autrice:

art. 126: Qualora un edificio od un'altra struttura crolli o qualcosa da un edificio si distacchi o cada una cosa appoggiata o appesa, cagionando ad altri un danno, il proprietario o gestore di esso/essa deve assumere la responsabilità civile salvo che possa provare di non avere colpa.

²³⁵ Grazie ad una recezione di tale norma dall'ABGB. Cfr. SCHIPANI 1994, p. 1122.

²³⁶ Nel *Dresdener Entwurf* del 1866 ai §§. 1020-1022 era presente una fattispecie simile a quella del *deiectum vel effusum*, con un'accentuazione nell'ambito della responsabilità per colpa altrui. Tuttavia, la disciplina fu poi ricondotta negli atti illeciti con l'*Erster Entwurf* del 1888 ai §§. 729-733 e, pertanto venne meno la sua individuazione separata. Cfr. SCHIPANI 1994, pp. 1122 ss.

²³⁷ Cfr. LI JUN 2014, e *ivi* bibliografia sul punto.

Come notato dalla studiosa, rispetto al §. 836 del BGB non vi è una limitazione delle cose cadute a quelle che sono parte dell'edificio, ma vi è anche la fattispecie delle cose appoggiate o appese da una persona. Pertanto, tale disposizione includerebbe due diverse responsabilità: quella per la rovina dell'edificio (che nel Codice civile italiano è prevista sotto il dettato dell'art. 2053) e quella per danno cagionato da cose in custodia (in Italia normata dall'art. 2051).

In questo senso, però, Li Jun si è limitata a notare un'estraneità rispetto alle fattispecie del *deiectum vel effusum*, ma – a me sembra – l'elemento più interessante da tenere in considerazione è un altro.

L'art. 126 dei Principi generali del 1986 presenta gli stessi caratteri 搁置物 [gē zhì wù] e 悬挂物 [xuán guà wù] dell'art. 1253 del Codice del 2021. In questo modo, come abbiamo avuto modo di osservare in precedenza, vi è un riferimento al *positum aut suspensum*. La scienza giuridica cinese, quindi, all'interno di una norma volta a punire la colpa per non aver previsto un plausibile evento dannoso (rovina o crollo di edifici), recupera quell'illecito di pericolo concreto, già conosciuto sin dai tempi dell'antico *ius*. Per le esigenze della società, però, ne modifica la struttura, tramutandolo in un illecito di danno, con la posticipazione, dunque, della punibilità dell'agente.

Si può osservare, in questo caso, una recezione diretta dall'antico *ius*, senza la mediazione del BGB o del *Code Napoléon*.

Questo fenomeno di tradizione diretta è ancora più visibile nella bozza del Codice civile del 2002, nella quale vi è, oltre al *positum aut suspensum*, un riferimento al *deiectum vel effusum*. L'art. 55, infatti, riproponeva l'art. 126 dei Principi generali, ma veniva aggiunta tale norma²³⁸:

art. 56: Qualora delle cose gettate, distaccate o cadute da un edificio cagionino ad altri un danno e sia impossibile individuare il responsabile specifico, tutti gli utenti dell'edificio sono tenuti responsabili per il risarcimento, salvo che quelli che non riescano a provare di non essere il concreto danneggiante.

²³⁸ Ripropongo anche in questo caso la traduzione di *Ibid.*, che utilizzerò anche per le future citazioni di disposizioni cinesi.

Possiamo immediatamente collegare tale norma a quella contenuta nel primo comma dell'art. 1254 del Codice civile, anche se a ben vedere vi è anche un riferimento alle cose "distaccate", eliminato successivamente poiché probabilmente ritenuto pleonastico o fuorviante nell'applicazione tra questa fattispecie e quella dell'articolo precedente. Tale norma, però, ricevette delle critiche perché obbligava indistintamente tutti gli utenti, senza un discernimento effettivo tra chi poteva e chi non poteva essere stato il responsabile²³⁹.

Una modifica in tal senso può ravvisarsi già dai lavori preparatori per la Legge sulla "responsabilità da illecito" del 2009. Le prime due bozze, agli artt. 82 e 83, riproponevano sostanzialmente la stessa disciplina degli artt. 55 e 56 della Bozza del 2002, ma con alcune modifiche. L'art. 82, come sostanziale modifica rispetto all'art. 55 della Bozza codicistica del 2002, introduce il potere di regresso nei confronti del danneggiante effettivo, mentre nell'art. 83 viene specificato che l'utente obbligato è solo il "probabile autore del danno"²⁴⁰.

Tali articoli ebbero poi ulteriori modifiche nella terza e quarta bozza della Legge del 2009 e videro la luce ai numeri 85 e 87 nella seguente versione finale:

art. 85: Qualora da edifici, da costruzioni o da altre strutture, così come in relazione a cose appoggiate o appese, alcunché si stacchi o cada cagionando ad altri un danno, il proprietario, il gestore, l'utente, che non riesca a provare di essere esente da colpa, incorre nella responsabilità da illecito civile. Dopo che il proprietario, il gestore, l'utente abbiano risarcito, qualora vi siano altre persone responsabili, essi hanno diritto di rivalsa nei confronti di queste altre persone.

art. 87: Qualora delle cose gettate o cadute da un edificio cagionino ad altri un danno e sia impossibile individuare il concreto danneggiante, l'utente dell'edificio, il quale è il probabile autore del danno, paga un indennizzo, salvo che non riesca a provare di non essere il responsabile.

²³⁹ Cfr. *Ibid.*, e *ivi* bibliografia sul punto.

²⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, e *ivi* bibliografia sul punto.

Nella disposizione dell'art. 85 possiamo notare come sia stato introdotto anche il generico utente come obbligato, oltre al proprietario e al gestore che già venivano menzionati all'art. 126 dei Principi generali. Tale disposizione, com'è visibile, è sostanzialmente identica a quella che sarà introdotta nel Codice civile all'art. 1253.

Un discorso diverso merita l'art. 87. Innanzitutto, si può notare come in questo caso si parli di un indennizzo e non di un risarcimento: si vuole segnare una differenza tra la responsabilità ordinaria inserita nella disposizione dell'art. 85 e quella equitativa di cui all'art. 87²⁴¹. La ragione di tale divergenza sembra vertere su tale assunto: nel primo caso si risponde per una colpa propria, per non aver adottato le misure di prevenzione necessarie, nel secondo caso, invece, si risponde secondo un criterio probabilistico, con un'inversione dell'onere della prova.

Tale disposizione è stata criticata dalla dottrina cinese per diverse ragioni²⁴² e, pertanto, ha subito delle modifiche al momento della trasposizione nella disposizione codicistica di cui all'art. 1254. È stata inserita, infatti, la possibilità di rivalsa da parte dell'obbligato nei confronti dell'effettivo danneggiante.

Sono stati, inoltre, aggiunti due commi, al fine di limitare ulteriormente la responsabilità dell'utente in questo caso: una responsabilità, per il pericolo astratto procurato, di chi non ha adottato le misure di sicurezza necessarie e la ricerca dei responsabili da parte della pubblica autorità.

7.6. Conclusioni

L'approfondimento dedicato a queste due disposizioni codicistiche ci ha consentito di verificare come, rispetto ai codici civili europei²⁴³, anche in questo caso²⁴⁴ vi sia stata, da parte dei legislatori cinesi, una maggior aderenza ai principi romanistici.

²⁴¹ Cfr. *Ibid.*, e *ivi* bibliografia sul punto.

²⁴² Cfr. *Ibid.*, e *ivi* bibliografia sul punto.

²⁴³ Sul punto si è preferito non passare in rassegna i codici civili dell'America latina per non fuorviare il discorso rispetto ad una tradizione comune europea.

²⁴⁴ In riferimento al concetto di proprietà, alla discontinuità napoleonica rispetto all'impianto che emerge dalle fonti romane e alla continuità nel tessuto giuridico cinese, cfr. DILIBERTO 2019, pp. 89 ss.; CARDILLI 2019, p. 33; PORCELLI 2020, pp. 265

Una scelta che restituisce una distinzione importante tra due fattispecie differenti: *res posita aut suspensa* da una parte e *res deiecta vel effusa* dall'altra.

Il Codice civile cinese, dunque, in questo caso, ha deciso di non seguire l'eccessiva semplificazione tedesca, da cui pur prende le mosse, ma di adottare una scelta più ossequiosa nei confronti dell'antico *ius*.

Possiamo, infatti, comprendere anche dall'osservazione di tali "istituti" ciò che già è stato autorevolmente sostenuto²⁴⁵, cioè che la codificazione cinese ha "saltato" la mediazione napoleonica per cimentarsi direttamente nell'appropriazione e nella rielaborazione del sistema romanistico.

Il diritto romano, ossia quello «sistemico» conservato dalla Compilazione giustiniana, ritrova, in una latitudine impensabile sino a qualche decennio fa, nuova ragione d'essere, al fine di una codificazione contemporanea. Quello stesso diritto che è stato studiato con metodo squisitamente storico, nella consapevolezza che si tratta di un'esperienza giuridica appartenente al passato, può essere utilizzato, in forme peculiari e contesti particolari, anche per il presente²⁴⁶.

Riferimenti bibliografici

- Angelosanto, A. (2019), Il diritto romano in Cina. Aggiornamenti e notizie, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 113, pp. 495 ss.
- Ankum, H. (2002), Ulpian D.9.3.5.4: the recourse of the Habitor against his guest who threw something down onto the street, in "Fundamina. A Journal of Legal History.", 8, Editio specialis. Summa eloquentia. Essays in Honour of Margaret Hewett, pp. 7 ss.
- Ankum, H. (2003), L'édit du prêteur «de his qui effusis vel deiecerint», in "Studia Iuridica", 41, pp. 16 ss. (= in Id., Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano, Napoli 2007, pp. 427 ss.)
- Archi, G.G. (1960), La donazione. Corso di diritto romano, Giuffrè, Milano.

ss.; DURSI 2021, pp. 181 ss. In particolare, sul trasferimento di proprietà dei beni mobili in continuità con la disciplina romanistica cfr. DURSI 2023, pp. 131 ss.

²⁴⁵ Cfr. DILIBERTO 2023, pp. 1 ss.

²⁴⁶ Cfr. DILIBERTO 2005, pp. 109 ss.

- Arndts, K.L. (1861), *Lehrbuch der Pandekten*, Gottaften Buchhandlung, München.
- Barría Díaz, R. (2018), *Actio de effusis vel deiectis y actio de positis vel suspensis: antecedentes, contenido y proyecciones en la moderna responsabilidad extracontractual*, in "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos", 40, pp. 563 ss.
- Cannata, C.A. (1987), s.v. "Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 38, Giuffré, Milano, pp. 33 ss.
- Cardilli, R. (2019), *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della RPC*, in "Mondo cinese. Rivista di studi sulla Cina contemporanea", 167, pp. 25 ss. da cui si cita (= in R. Cardilli, S. Porcelli, *Introduzione al diritto cinese*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 67 ss.)
- Cardilli, R. (2022), *Il «polmone orientale» del sistema romano e il nuovo codice civile cinese*, in "Codex. Giornale romanistico di studi giuridici, politici e sociali", 3, pp. 14 ss.
- Chevrau, E. (2022), *The Napoleonic Code and the roman law tradition*, in O. Diliberto, Huang Meiling (coords.), G. Sabatino, M. Tomlison (eds.), *Codification Throughout Time*, Jovene, Napoli, pp. 82 ss.
- Colangelo, L. (2015), *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. Diritto romano comune", 36, pp. 175 ss.
- Colangelo, L. (2017), *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 (eds.), *Associazione italiana di studi cinesi. Atti del XV convegno 2015*, Cafoscarina, Venezia, pp. 40 ss.
- Consiglio, E. (2022), *Concezione dei diritti nel dibattito cinese contemporaneo*, in "Rivista di Diritti Comparati", 6, 3, pp. 770 ss.
- Diliberto, O. (2005), *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 51, 2, pp. 109 ss.
- Diliberto, O. (2012), *La lunga marcia. Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in L. Canfora, U. Cardinale (eds.), *Disegnare il futuro con intelligenza antica. L'insegnamento del latino e del greco antico in Italia e nel mondo*, Il Mulino, Bologna, pp. 53 ss.
- Diliberto, O. (2019), *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)*, in P. Bonin, et al. (eds.), *Pensiero*

- giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie, Giappichelli, Torino, pp. 89 ss.
- Diliberto, O. (2023), La via della seta e le vie del diritto, in O. Diliberto, D. Dursi, Huang Meiling (coords.), B. Monteleone, You Yuze (eds.), *Il Codice Civile Cinese: bilanci e prospettive. Atti del convegno di Roma 13 maggio 2022*, Jovene, Napoli, pp. 1 ss.
- Dursi, D. (2019), *Sulle orme di Marco Polo. Il Diritto Romano in Cina*, in "Rivista di Studi Politici", 31, 1, pp. 139 ss.
- Dursi, D. (2021), *Il Codice Civile Cinese: tra tradizione romanistica e socialismo con caratteristiche cinesi*, in "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e dell'argomentazione giuridica", 13, 2, pp. 177 ss.
- Dursi, D. (2022), *Frammenti del backstage: del tradurre che è anche un po' tradire*, in "Rivista di Diritti Comparati", 6, 3, pp. 673 ss.
- Dursi, D. (2023), *Gli articoli 208 e 224 del CCC e il trasferimento di proprietà sui beni mobili: genealogie di una regola*, in O. Diliberto, D. Dursi, Huang Meiling (coords.), B. Monteleone, You Yuze (eds.), *Il Codice Civile Cinese: bilanci e prospettive. Atti del convegno di Roma 13 maggio 2022*, Jovene, Napoli, pp. 131 ss.
- Dursi, D. (2024), *Ricerche sulla donazione in diritto romano*, Jovene, Napoli.
- Fei Anling, Porcelli, S. (2021), *Zhun hetong (quasi-contratti) e obligationes quasi ex contractu nel codice civile cinese*, in "Roma e America. Diritto romano comune", 42, pp. 421 ss.
- Fercia, R. (2002), *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Giappichelli, Torino.
- Fercia, R. (2007), *Il mistero delle 'formulae in dominum habitatoris'*, in *Studi per Giovanni Nicosia III*, Giuffrè, Milano, pp. 317 ss.
- Ferrari, M. (2022), *Laboratorio Romanistico Gardesano (23-25 giugno 2022)*, in "Rivista di Diritto Romano. Periodico di storia del diritto romano di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna", 22, pp. 481 ss., available at: <https://www.ledonline.it/index.php/Rivista-diritto-romano/article/view/5069/1738> (last accessed: 19 March 2024).
- Ferrini, C. (1904), s.v. "Azione de effusis et deiectis", in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. 1.5, Società Editrice Librai, Milano, pp. 1334 ss.
- Földi, A. (2001), *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca 3*, Jovene, Napoli, pp. 411 ss.

- Gallo, F. (1973), *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 76, pp. 171 ss.
- Giménez-Candela, M.T. (1990), *Los Llamados Cuasidelitos*, Trivium, Madrid.
- Gordon, W.M. (1967), *The Roman Class of quasi-delicts*, in *Estudios de derecho romano (Homenaje al Profesor Don Carlos Sánchez del Río y Peguero)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, pp. 303 ss.
- Gordon, W.M. (1983), *The Actio de posito Reconsidered*, in P. G. Stein, A. D. E. Lewis (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, Sweet & Maxwell, London, pp. 45 ss. (= in W. M. Gordon, *Roman Law, Scots Law and Legal History. Selected Essays*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, pp. 43 ss.)
- Heinecke, J.G. (1726) *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum, commoda auditoribus methodo adornata*, Janssonius Waesberge, Amstelodamum.
- Heinecke, J.G. (1824) *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum 2*, Haeredes Balleonius, Venetia.
- Hochstein, R. (1971), *Obligationes quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz.
- Huang Meiling (2013), *Discussioni e tendenze nel processo di codificazione del diritto civile cinese*, in "Index. Quaderni camerti di studi romanistici", 41, pp. 585 ss.
- Huang Meiling (2023a), *Una nuova era della tradizione romanistica: il Codice Civile Cinese*, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 117, pp. 233 ss.
- Huang Meiling (2023b), O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi (eds.), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese2*, Giappichelli, Torino.
- Kremer, D. (2016), *Quand l'artifice devient droit. Le rôle de la fiction dans la classification romaine des obligations quasi-délictuelles et quasi-contractuelles*, in I. Piro (ed.), *Scritti per Alessandro Corbino 4*, Libellula, Tricase, pp. 123 ss.
- Kucuk, E. (2008), *L'"actio de effusis vel deiectis" nel diritto romano classico*, in "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos", 30, pp. 99 ss.

- Lenel, O. (1927), *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Weiderherstellung*³, Tauchnitz, Leipzig.
- Li Jun (2014), *L'actio de effusis vel deiectis nella vigente Legge sulla responsabilità da illecito civile della Repubblica Popolare Cinese*, in "Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana", 12, available at: <https://www.dirittoestoria.it/12/tradizione-romana/Li-Jun-Actio-de-effusis-vel-deiectis-Legge-responsabilita-illecito-civile-Repubblica-Popolare-Cinese.htm> (last accessed: 19 March 2024).
- Longo, G. (1983), *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positio ac suspensis*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* 4, Giuffrè, Milano, pp. 399 ss.
- Lozano y Corbi, E. (1984), *Popularidad y regimen de legitimacion en la "actio de effusis et deiectis"*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 5, Istituto Editoriale Cisalpino - La Goliardica, Milano, pp. 311 ss.
- Mattioli, F. (2010), *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bononia University Press, Bologna.
- Monteleone, B. (2022), *La tradizione romanistica verso una nuova era: il Codice civile della RPC*, in "Rivista di Studi Politici", 34, 1-2, pp. 274 ss.
- Monteleone, B. (2024), *Riflessioni di Ulpiano intorno ad un tertium genus tra deiectum vel effusum e positum aut suspensum*, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 118, pp. 161 ss.
- Palazzo, G. A. (1919), *Obbligazioni quasi ex delicto*, Premiate Tipografie Riunite Donati, Parma.
- Palmirski, T. (2000), *Effusum vel deiectum*, in M. Zabłocka, et al. (eds.), *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz* 2, Liber, Varsovie, pp. 667 ss.
- Porcelli, S. (2020), *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, in "Roma e America. Diritto romano comune", 41, pp. 265 ss.
- Porcelli, S. (2022), *Obligaciones ex variis causarum figuris e sistematica delle obbligazioni nel Codice civile della Repubblica popolare cinese*, in "Rivista di Diritti Comparati", 6, 3, pp. 695 ss.
- Pothier, R. J. (1761) *Traité des obligations* 1, Debure, Paris, Rouzeau-Montaut, Orleans.
- Provera, G. (1957), s.v. "Actio de effusis et deiectis", in A. Azara, E. Eula (eds.), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 1, Utet, Torino, pp. 260 ss.

- Robinson, O. F. (1998), Justinian's Institutional Classification and the Class of Quasi-Delict, in "The Journal of Legal History", 19, 3, pp. 245 ss.
- Rodríguez Ennes, L. (1984), Notas sobre el elemento subjetivo del «*edictum de effusis vel deiectis*», in "Iura. Rivista internazionale di Diritto romano e antico", 35, pp. 91 ss.
- Rodríguez Ennes, L. (2019), La actio de positis vel suspensis y la aparición de los modernos delitos de peligro, in "Revista General de Derecho Romano", 32, available at: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421618 (last accessed: 19 March 2024) da cui si cita (= in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo 6. Derecho de obligaciones*, Boe, Madrid, 2021, pp. 1369 ss.).
- Rodríguez Ennes, L. (2020), Los orígenes urbanísticos de los edictos "de *effusis vel deiectis*" y "de *positis vel suspensis*", in "Revista General de Derecho Romano", 35, available at: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423209&d=1 (last accessed: 19 March 2024).
- Rossi, D. (1999), In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9.3.5.12, in "Index. Quaderni camerti di studi romanistici", 27, pp. 409 ss.
- Schipani, S. (1994), Il contributo dell'*edictum de his qui deiecerint vel effuderint* e dell'*edictum ne quis in suggrunda* ai principi della responsabilità civile dal *corpus iuris* ai codici civili europei e latinoamericani, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla II. Dialogo tra ordinamenti, diritto dei commerci e diritto europeo, Iura Naturalia e diritti fondamentali*, Giuffré, Milano, pp. 1103 ss. (= in S. Schipani, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 103 ss.).
- Schipani, S. (2009), Diritto romano in Cina, in XXI secolo. Norme e idee, Treccani, Roma, pp. 527 ss.
- Schipani, S. (2016), Fondamenti romanistici e diritto cinese (riflessioni su un comune lavoro nell'accrescimento del sistema), in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 110, pp. 7 ss.
- Serrao, F. (1963), La responsabilità per fatto altrui in diritto romano, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 66, pp. 19 ss. da cui si cita (= in F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pacini Editore, Pisa, 2003, pp. 93 ss.)

- Stein, P. G. (1958), The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law, in "Revue Internationale des Droits de l'Antiquité" 3, 5, pp. 563 ss.
- Stojčević, D. (1957), Sur le caractère des quasi-délits en droit romain, in "Iura. Rivista internazionale di Diritto romano e antico", 8, pp. 57 ss.
- Timoteo, M. (2016), La lunga marcia della codificazione civile nella Cina contemporanea, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 110, pp. 35 ss.
- Timoteo, M. (2022), Il codice civile cinese: un punto dentro una linea, in "Rivista di Diritti Comparati", 6, 3, pp. 653 ss.
- Toti, E. (2020), Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina, RomaTre-Press, Roma.
- van Hoek, J. B. M. (2000), D. 9,3,5,4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung", 117, pp. 454 ss.
- Vinci, M. (2023), Argomentazioni giuridiche ed elementi architettonici: la limitazione della responsabilità solidale dell'actio de effusis vel deiectis, in "Specula iuris. An International Journal on Legal History and Comparative Jurisprudence", 3, 2, pp. 23 ss.
- Watson, A. (1963), Liability in the actio de positis ac suspensis, in Mélanges Philippe Meylan. Recueil de travaux publiés par la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne 1. Droit romain, Imprimerie Centrale, Lausanne, pp. 379 ss.
- Wołodkiewicz, W. (1968), «Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano, in "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 95, pp. 365 ss.
- Wołodkiewicz, W. (1970), Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni in diritto romano classico, in "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 97, pp. 77 ss.
- Xu Diyu, Zhang Jiayong (eds.) (2022), «中华人民共和国民法典» 评注 (精要版) [«Zhōnghuá rén mǐn gōng hé guó mǐn fǎ diǎn» píng zhù (jīng yào bǎn)], China Renmin University Press, Běijīng.
- Xu Guodong (2016), La base romanistica della parte generale del codice civile cinese, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 110, pp. 47 ss.
- Xue Jun (2016), La codificazione del diritto civile cinese e il diritto romano, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'", 110, pp. 73 ss.

- Zanon, G. (2022), *Appunti sul tempo della restituzione nel comodato*, in “Teoria e Storia del Diritto Privato”, 15, available at: https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/wp-content/uploads/2022/05/2022_Contributi_Zanon.pdf (last accessed: 28 May 2024).
- Ziliotto, P. (2024), *Ulp. 23 ad ed. D. 9.3.5.4: breve nota sul regresso dell’habitor contro il deictor*, in L. D’Amati, L. Garofalo (eds.), *Scritti per Francesco Mario Silla, Jovene, Napoli*, pp. 813 ss.
- Zimmermann, R. (1992), *Effusum vel deictum*, in D. Medicus, et al. (eds.), *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, pp. 301 ss.

8. Il diritto dei contratti tra globalizzazione e nuovo codice civile cinese

Giulio Montesano

SOMMARIO: 8.1. Introduzione – 8.2. Il nuovo contratto cinese come esempio contemporaneo di normazione globalizzata – 8.3. Conclusioni

8.1. Introduzione

L'istituto del contratto è uno degli argomenti giuridici su cui meglio riflettere circa l'evoluzione di una comunità. Il contratto è il momento dove competizione e cooperazione si sfumano tra loro e dove i consociati quotidianamente mettono in gioco interessi contrapposti, interessi comuni o generali. L'analisi diacronica e sincronica tramite il negozio giuridico per eccellenza riesce sempre a porre chiarezza sui punti cardini e quelli variabili di un gruppo sociale, a partire dal ruolo delle ideologie politiche e filosofiche, che, in materia, si confrontano costantemente con le categorie della logica fondamentale. Il diritto contrattuale cinese è una occasione ghiotta: cambiamenti storici, ideologici, politici e giuridici hanno condizionato pesantemente la materia nel corso del ventesimo secolo, sino ad arrivare al nuovo Codice del 2020 che sembra rappresentare l'atto finale di un travaglio giuridico che è dovuto passare attraverso intemperie di ogni natura. Non è questa la sede per ripercorrere l'evoluzione del diritto dei contratti in Cina e gli step storici che l'hanno condizionata; qui ci limiteremo ad una lettura del tema utilizzando una chiave unitaria: la globalizzazione²⁴⁷. Quest'ultima si pone come il fenomeno che meglio ci può spiegare, in una prospettiva storico-comparatistica, la presenza di alcune norme rintracciabili nel Libro III del Codice, espressione compiuta di una razionalizzazione della materia contrattuale mai attuata prima così ordinatamente. Senza addentrarci ancora in alcuna disposizione, vediamo come già la sistematica codicistica stessa è

²⁴⁷ Per un approfondimento circa l'evoluzione del diritto contrattuale cinese cfr. TOTI 2020, pp. 45 ss.

frutto della globalizzazione; la scelta di adottare prevalentemente il modello di *Civil Law* da parte del legislatore cinese si pone come quel comportamento di attingere il meglio dalla tecnologia giuridica altrui, attitudine che ha caratterizzato tutto il lungo percorso di studi e progetti che è sfociato in tale opera giuridica²⁴⁸. Il Codice sembra apparentemente porsi come il risultato di una lezione altrui (quella del mondo giuridico occidentale), ma, come vedremo, in realtà si propone sulla scena internazionale quale un lavoro da cui proprio i giuristi occidentali possono imparare.

8.2. Il nuovo contratto cinese come esempio contemporaneo di normazione globalizzata

Nel diritto comparato si distingue tradizionalmente il processo di armonizzazione del diritto da quello di uniformazione e unificazione. Il caso del nuovo Codice, tecnicamente, non è un'operazione che rientra rigidamente in tali categorie, ma si presenta come un fenomeno che sembra, in prima battuta, richiamare l'armonizzazione, pur senza avere degli strumenti autoritativi sovranazionali/internazionali che l'abbiano imposta. Per il giurista occidentale basta aprire le pagine del Codice per rendersi immediatamente conto di come non avverta particolare difficoltà a muoversi nella disciplina. Piuttosto che invocare il concetto di armonizzazione, forse sembrerebbe quasi più intuitivo parlare del tema del "trapianto giuridico" adattato al mondo cinese per spiegare il progetto del Codice; anche qui, però, il concetto non sembra essere così congruo rispetto al fenomeno che ci troviamo davanti. L'opera legislativa in esame vede una ragione genetica che non risiede né in una volontà pura di produrre disposizioni familiari all'occidente, né in una intenzione di prendere un modello vincente ed applicarlo rigidamente al proprio contesto. L'influenza del diritto romano, la presenza di alcuni istituti di derivazione anglosassone, l'influenza della Pandettistica e di altre dogmatiche del diritto civile occidentale, sono elementi da ascrivere ad un fatto che è destinato a condizionare tutte le nuove opere giuridiche dei prossimi tempi: l'interazione tra i popoli. I dogmi del diritto comparato sembrano quindi approdare ad una nuova categoria di lettura di fenomeno

²⁴⁸ Sul punto cfr. CARDILLI, PORCELLI 2020, pp. 91 ss.

legislativo straniero, che, per comprenderlo a fondo, devono muoversi nella rivoluzione culturale in corso: l'interconnessione. Per questo motivo, anche in ottica di una interpretazione evolutiva del Codice, con riguardo a quelle influenze occidentali, non si può andare a considerarlo quale un esempio vero di "trapianto giuridico", in quanto l'operazione generale non pare solo quella di imporre alla popolazione cinese una nuova disciplina che deriva in parte da un'altra cultura giuridica, ma anche quella di adeguare fatto e diritto, dove nel primo troviamo il sentimento dei cittadini della Cina, delle aziende e dei gruppi sociali di avere un complesso di regole che siano proprie di un sistema socio-economico privato il quale progressivamente si sta uniformando, travalicando confini e culture diverse. L'avvento dell'era dei social network probabilmente andrà a far esplodere tale percorso già iniziato. Con queste parole non si vuole assolutamente dire che la Cina con quest'opera ha voluto riconoscere il "primato" della cultura giuridica occidentale; bensì si vuole invece evidenziare il meccanismo della globalizzazione: non consiste in un freddo scambio di informazioni e di idee, ma nella semina di alberi comuni che danno i loro frutti²⁴⁹. L'inquadramento storico-giuridico del Codice deve quindi adeguarsi a tale meccanismo, nel senso che il rapporto causale che ha portato all'opera deriva sempre da oriente. Quest'ottica, come detto, è propria anche di una prospettiva evolutiva del Codice che guarda più alle prossime generazioni che a quelle che hanno contribuito a redigerlo. Non servirebbe spendere ulteriori parole se mettessimo un giovane cinese e un giovane italiano sullo stesso tavolo: vedremmo un'affinità tale mai vista prima. Questa scena, che accade nella realtà costantemente, spiega il fenomeno della globalizzazione e l'esigenza del diritto di adeguarsi alla realtà che cambia e che sarà così sempre di più. Il nuovo Codice è la prima grande opera legislativa sul piano internazionale che coglie le esigenze e le opportunità di una comunità interconnessa²⁵⁰.

La premessa generale è d'obbligo per il comparatista, per far sì che la lettura dell'istituto non si riduca ad un mero paragone; è d'obbligo per l'interprete cinese, per far sì che la norma non si riduca ad un vuoto contenitore. Lo studio del contratto cinese del Libro III del Codice è

²⁴⁹ Sul punto si veda CASSESE 2003, pp. 3 ss.

²⁵⁰ CARDILLI, PORCELLI 2020, pp. 91 ss.

l'esempio più eclatante, e forse anche quello più recente, di normazione globalizzata, chiave di lettura comparatistica propria di questo secolo che, come detto, si presenta quale un fenomeno differente dal trapianto giuridico o l'armonizzazione, seppur gli effetti possano essere simili dal punto di vista formale. La normazione globalizzata avvicina incredibilmente le lenti ermeneutiche del diritto privato comparato a quelle del diritto internazionale; questo perché parte dal medesimo presupposto: l'esistenza di una comunità internazionale²⁵¹. Il nuovo diritto civile cinese si fonda su due cardini: il diritto romano e la tradizione popolare cinese. Giustiniano, con riferimento alla sua compilazione, parlava di regole dotate di *naturalis ratio* e, per questo, idonee ad essere applicate da tutti i popoli. I caratteri dell'eternità e dell'universalità del diritto romano, evidenti sin dalla sua riscoperta nel basso medioevo, si sono affermati con irruenza nel nuovo Codice cinese. Può sembrare un parallelismo, ma forse non lo è, quello tra queste caratteristiche del diritto romano e il fenomeno della globalizzazione. La normazione contrattuale del Codice cinese probabilmente coglie nel segno: far emergere l'essenza che accomuna le diverse popolazioni e comunità nei loro traffici privati. Vogliamo dire che l'idoneità del diritto romano a prescindere spazio e tempo può essere effetto della presenza di una ragione

²⁵¹ Nel senso che così come nel diritto internazionale esiste l'interpretazione "globalmente orientata" (cioè alla luce del pensiero della comunità internazionale), così nella normazione globalizzata si possono aprire delle maglie ermeneutiche volte a cogliere l'istituto alla luce della sua applicazione nei vari Paesi delle comunità internazionali di riferimento, operazione giustificata dal detto nesso genetico di "derivazione-globalizzazione". L'interprete, seguendo questo *modus operandi*, dovrebbe però limitarsi a rintracciare il minimo comun denominatore dell'istituto nella legislazione dei Paesi diversi, proprio perché il suo nucleo essenziale è l'elemento divenuto globalizzato; rintracciato il cuore dell'istituto, dovrà però rispettare la differenza contestuale in cui si iscrive, applicando quindi un altro principio fondamentale della "buona" globalizzazione: il rispetto del relativismo culturale. L'operazione non è così differente dal lavoro dell'interprete nei casi di trapianto giuridico, con la differenza però che nel caso della normazione globalizzata non si ha il problema di confrontare anche il cuore dell'istituto con un substrato culturale che rischi di rigettarlo, sentendo la norma trapiantata imposta dall'alto come un "corpo estraneo". Per questo tipo di interpretazione della normazione globalizzata, è necessario quindi accertare il presupposto nel nesso di "derivazione-globalizzazione" tra le due legislazioni, cosa che sussiste fortemente tra l'Italia e la Cina con riguardo all'impostazione romanistica dei principali istituti del diritto dei contratti.

dell'uomo unitaria che è comune a tutti i popoli; il fenomeno della globalizzazione, in questo senso, andrebbe solamente a rendere possibile quell'emersione di tale ragione comune propria di tutti i settori della vita, tra cui il diritto civile²⁵². Così inquadrando, la normazione globalizzata si porrebbe quale un esempio sul panorama internazionale da guardare con interesse per i giuristi di tutte le nazioni. Quindi, lo spirito di fondo del Codice non sarebbe in realtà un guardare al "meglio altrui" per farlo proprio, bensì un rintracciare fili conduttori che vengono avvertiti, oltre che come modelli di successo, anche come comuni. Infatti, la ristrutturazione del diritto civile cinese ha visto una qualità propria del diritto romano: superamento dei dogmi e delle ideologie a favore di soluzioni pragmatiche²⁵³. Il risultato della normazione globalizzata cinese è stato il definitivo abbattimento di alcuni muri ideologico-giuridici, almeno in alcuni campi come quello dei contratti e delle obbligazioni, che rendevano difficoltosa non solo l'interazione tra i popoli, ma anche il buon andamento interno. È chiaro che il diritto dei contratti si è prestato ad essere quello più esposto alla globalizzazione vista l'esigenza di favorire gli investimenti esteri nel Paese. È sufficiente ricordare che il diritto contrattuale cinese nella "fase Maoista", che va dagli anni '50 sino alla fine degli anni '70, ha visto addirittura un azzeramento della autonomia contrattuale a favore della volontà statale circa la programmazione economica, dove l'adempimento del contratto era visto quale un dovere politico²⁵⁴. La trasformazione socioeconomica del contratto della fase Maoista sembra proprio aver devitalizzato all'epoca la funzione naturale dell'istituto, cioè quella del permettere il perseguimento di interessi individuali o comuni dei consociati e non quella di garantire l'attuazione dell'interesse della collettività (soggetto estraneo ad

²⁵² Curioso è sottolineare come tali ragionamenti ci portino a riflettere ancora oggi sia su alcune teorie giusnaturalistiche che su alcuni cardini della filosofia come quelli propri della teoria Hegeliana della fenomenologia dello spirito dell'uomo. Ancora più curioso è evidenziare come gli spunti riflessivi detti emergano fuori in maniera "naturale" nonostante l'epoca giuridica del ferreo giuspositivismo il quale, però, probabilmente, proprio a causa del sentimento della comunità internazionale, sta arretrando gradualmente davanti ad essenze comuni tra cui, uscendo dal traffico negoziale, anche i diritti fondamentali della persona umana. Sui temi citati cfr. CARVALE 2012; HEGEL 2008.

²⁵³ CARDILLI, PORCELLI 2020, pp. 91 ss.

²⁵⁴ TOTI 2020, pp. 45 ss.

entrambe le parti). La “denaturalizzazione” del contratto operata dall’ideologia, infatti, è crollata contemporaneamente alla caduta stessa del dogma politico. Il nesso logico-relazionale tra contratto e interesse, diremmo noi, “privato” è riemerso non appena l’ombra dell’autorità è arretrata rispetto all’andamento naturale del consorzio umano; in questo senso, l’assetto funzionale tra contratto, autonomia, volontà e interessi concreti può essere qualificato diritto naturale²⁵⁵. Se Barry Naughton ha definito la fase economica post-socialista come quella del “*growing out of the plan*”, in questa prospettiva che connette diritto naturale, diritto romano e globalizzazione, possiamo affermare che il diritto dei contratti ha vissuto parallelamente nella medesima fase la “natura” riprendersi quello che le era stato usurpato dall’ideologia²⁵⁶. Non si può riflettere sul concetto di normazione globalizzata senza tenere conto del concetto generale di diritto naturale, tentando quindi di confutare l’esistenza e la tenuta di un ferreo giuspositivismo nei tempi che corrono.

La norma del nuovo diritto contrattuale cinese che colpisce di più rispetto a quanto detto è quella contenuta nel secondo comma dell’articolo 509 del Codice, disposizione di apertura del Titolo IV del Libro III dedicato all’esecuzione dei contratti. La stessa sancisce che le parti nell’esecuzione del contratto devono evitare di sprecare risorse, inquinare l’ambiente o compromettere l’ecologia. L’espressione è sorprendente; avendo come parametro domestico il nostro Codice civile del 1942, ci sembra quasi impensabile trovare una disposizione che riguardi la tutela dell’ambiente addirittura nelle norme sul contratto in generale. L’evidenza della normazione globalizzata è *ictu oculi*. La scelta di inserire una disposizione che intercetti uno dei valori più rilevanti degli ultimi anni nella comunità internazionale, proprio da parte di uno dei paesi più inquinati al mondo, è la dimostrazione di come il precetto della tutela dell’ambiente sia penetrato nelle comunità travalicando confini e culture²⁵⁷. Nel 2020 viene varato il Codice cinese contenente questa norma rivoluzionaria nella disciplina sul contratto

²⁵⁵ La fase “post-socialista” inizia dal 1978 e vede negli anni successivi numerose riforme che hanno portato poi alle fondamenta del Codice.

²⁵⁶ NAUGHTON 2007.

²⁵⁷ È chiaro che il legislatore cinese tramite questa norma vuole anche solo dimostrare alla comunità internazionale la sua vicinanza al tema, aldilà di quelle che saranno le concrete applicazioni nei tempi a venire.

in generale; nel 2022 la Costituzione italiana è stata modificata agli articoli 9 e 41 andando ad inserire nel testo la tutela dell'ambiente da parte della Repubblica. Possiamo vedere come il legislatore cinese, rispetto alla riforma italiana, in realtà si sia spinto oltre andando a materializzare il precetto entrando sin nei rapporti contrattuali privati in generale. Nonostante il rango costituzionale della riforma italiana, lo sforzo ermeneutico che il giudice italiano deve compiere per far valere la tutela dell'ambiente nei rapporti tra i privati è di gran lunga superiore rispetto a quello che deve fare il giudice cinese, grazie all'art. 509 del Codice direttamente applicabile, senza alcuna mediazione. Il legislatore cinese ha avuto la forza di spingersi a tanto grazie anche ad una legislazione passata, dove l'ingerenza pubblica nel diritto privato era la normalità. In questo senso ha avuto la "leggerezza" di inserire obbligazioni legali di tutela dell'ambiente che, più che all'interesse dei privati, sembrano rispondere ad un tema di interesse pubblico, infatti tipicamente affrontato dal diritto amministrativo nel nostro Paese. Tale questione non è di poco conto se si considerano quali possono essere le conseguenze della violazione della norma e se una parte abbia il diritto al risarcimento del danno in caso di inadempimento dove, però, come detto non sembra ravvisarsi alcuna lesione di interessi privati. Se dall'articolo 509 si facesse discendere un rapporto obbligatorio reciproco tra le parti e se deducessimo anche una generale risarcibilità del danno da inadempimento, potremmo veramente approdare ad un risultato ermeneutico avanguardistico dal punto di vista globale, che vada a considerare il bene giuridico ambiente così penetrante al punto di vedere una sua veste anche come interesse individuale oltre che collettivo, quindi risarcibile in caso di lesione nel rapporto privato. Il legislatore cinese non sembra muoversi con la stessa specularità di quelli dell'Europa continentale circa il rapporto tra fonti del diritto e natura degli interessi tutelati. Non sembrano esserci quei binomi diritto civile-interesse privato e diritto amministrativo-interesse pubblico propri invece del nostro ordinamento. La ragione risiede sicuramente nell'*excursus* storico del diritto contrattuale che, come visto, è stato confuso spesso nell'interesse della collettività e nella fonte amministrativa. Probabilmente per questo, il legislatore cinese si è sentito di inserire nel rapporto civile una norma di rilievo prevalentemente pubblicistico, proprio per lo svincolo che ha rispetto alla ideologia giuridica dell'Europa continentale concernente le aree e

le fonti del diritto. Basta poco per cogliere come questa nuova normazione contrattuale del Codice si ponga quale esempio per il giurista occidentale sia perché recepisce esigenze proprie del ventunesimo secolo, a scapito di legislazioni sempre più antiche soprattutto in materia contrattuale, ma anche perché ci dimostra come sul fronte orientale si siano mossi liberamente nelle fonti del diritto al fine di tutelare interessi sia di natura pubblica che privata, saltando quindi alcuni ostacoli di ideologia giuridica che invece condizionano il giurista occidentale in queste operazioni. Rintracciamo induttivamente ancora come la globalizzazione riesca a far emergere il meglio scavalcando i muri ideologici e come il prodotto della normazione globalizzata possa di rimbalzo essere un esempio anche il per la legislazione da cui deriva. Ad ulteriore dimostrazione di quanto detto, vi è anche la positivizzazione dell'istituto del *trust*, con particolare riguardo all'art. 284 del Codice, ove il legislatore cinese, senza indugio supera anche le barriere storico-dogmatiche che dividono la *Civil Law* dalla *Common Law*.

Un'altra norma, propria del nuovo diritto dei contratti in generale, di particolare interesse ai nostri fini è quella che statuisce che le parti devono "generalmente" prevedere una regolazione autonoma per la soluzione rispetto all'inadempimento. Il tratto di attualità della norma è enorme. Il Codice, così facendo, favorisce la risoluzione autonoma della controversia contrattuale rimettendo alla stessa autonomia la questione. Nel nostro Codice del 1942, nonostante abbia una impronta prevalentemente liberale, una disposizione generale di tale tenore avrebbe rischiato di contrastare troppo con l'ideologia di stato etico propria della prima metà del Novecento, sancendo una sorta di "messa ai margini" del pubblico rispetto al privato. Dal punto di vista logico-giuridico la scelta cinese è ottimale in quanto l'intervento del giudice nella sede contenziosa contrattuale genera sempre un'ingerenza che stride con l'ontologia del contratto stesso e con le sue funzioni naturali. Il giudice non riuscirà quasi mai a giungere con elevati gradi di sicurezza a quella comune intenzione dei contraenti di cui parla l'articolo 1362 del Codice italiano, a partire dal semplice fatto che egli è esterno rispetto ad una normazione concreta sorta dalle parti per le parti. Potremmo dire che se l'esegeta più naturalmente capace ad interpretare la fonte generale del diritto è il giudice (oltre che il legislatore), l'interprete più idoneo ad intendere la fonte concreta e

circoscritta del contratto è sicuramente l'autonomia privata. Non a caso, il nostro panorama dottrinale e giurisprudenziale domestico vede nel tema dell'interpretazione del contratto contrasti irrisolti diametralmente opposti che arrivano anche ad affermare una interpretazione oggettiva pura sul regolamento negoziale, il tutto a scapito della certezza del diritto. Il precetto del legislatore cinese, però, non guarda solo alla teoria di rendere allineati i piani decisori della genesi e della patologia del contratto, ma guarda anche all'esperienza pratica. Riguardo a quest'ultima, si è preso atto che la controversia civile nel panorama occidentale, propria soprattutto del mondo capitalistico societario, vede nella giurisprudenza un'estrema *ratio* dotata di un grado di tutela insoddisfacente, con un sistema che, anche a causa delle tempistiche, rende la scelta contenziosa quasi sempre come pregiudizievole rispetto ai propri interessi, anche in caso di vittoria. Nella prassi delle controversie societarie occidentali, infatti, si registra un crescente ricorso alle transazioni (le cui trattative sono spesso parallele al giudizio) e negli accordi di investimento una presenza ingente di clausole compromissorie. La disposizione cinese, inoltre, si pone anche nell'interesse pubblico nella misura in cui favorisce il deflazionamento del contenzioso agendo sin dal principio, cioè nell'atto giuridico. Vediamo, invece, come l'ordinamento domestico continui a favorire il detto deflazionamento intervenendo solo dalla controversia in poi, come nel caso dell'imposizione degli strumenti autonomi di risoluzione della controversia, *in primis* la mediazione obbligatoria. Maggiori sono gli interessi in gioco, più le parti nella prassi tentano la soluzione autonoma della lite contrattuale, perché sanno che non potrà esserci giudice che salvi il loro progetto imprenditoriale, anche se gli darà ragione. La scissione ontologica tra diritto e mercato fa sì che solo l'autonomia privata potrà tessere al meglio tale spaccatura in caso di controversia. Riportare questa previsione del Codice cinese come esempio di normazione globalizzata è sia per la sua vicinanza al diritto naturale del contratto, sia per la capacità di superare barriere ideologiche relative all'etica del giudice statale, ma anche per un'altra ragione che si pone come condizione che ha permesso quest'ultima citata, prescindendo sul punto anche dall'impronta comunista. Si tratta dell'altro cardine su cui si impernia l'attuale diritto civile cinese assieme a quello del diritto

romano: le tradizioni popolari²⁵⁸. L'epoca civilistica cinese antecedente al ventesimo secolo ha visto la consuetudine quale fonte preminente, dominata quindi dai "riti" che imponevano, nella controversia privata, un "disprezzo per il contenzioso" a favore di una composizione negoziata. La regola affondava le radici nel Confucianesimo che costruiva una visione del mondo fondata sull'armonia relazionale e sul ricorso all'esercizio della forza sovrana solo in via sussidiaria²⁵⁹. Così come il diritto romano, la filosofia greca e il Cristianesimo si pongono quali basi della cultura occidentale, il Confucianesimo è una di queste per il popolo cinese. In conclusione, la previsione del Codice vista sembra essere un'espressione di normazione globalizzata ancora più rispondente alla visione teorica che abbiamo sopra esposto: la disposizione si pone sia in linea al sentimento degli attuali *player* di mercato nel mondo degli investimenti internazionali, sia in armonia con un principio proprio della tradizione giuridica cinese.

L'ultimo tema su cui vale la pena soffermare la lettura del nuovo diritto contrattuale cinese con la lente della globalizzazione è quello della clausola regina: la buona fede. Nel Codice cinese la buona fede ha una presenza normativa nel diritto dei contratti speculare ai codici dell'Europa continentale, compreso quello italiano. Essa si pone quale filo conduttore che vigila sulle trattative, sulla formazione, sull'esecuzione e sull'interpretazione del contratto. Nell'esegesi di tale clausola generale gli interpreti cinesi si trovano però davanti ad un'insidia derivante proprio dal fenomeno della normazione globalizzata. Si discute quali debbano essere i termini ermeneutici di tale precetto legale, visto il suo stretto legame col caso concreto e il contesto in cui si iscrive. In particolare, bisogna capire se la buona fede del nuovo diritto contrattuale cinese debba agganciarsi ad una concezione strettamente tecnica, fondata sull'*aequitas* tecnico-giuridica di derivazione romanistica, oppure se la buona fede cinese, calata nella concretezza da parte del giudice, possa aprirsi maggiormente al contesto culturale della popolazione cinese concernente le regole relazionali, con particolare riferimento anche a quel sistema di rigide norme sociali che derivano dalla morale confuciana e che, in parte,

²⁵⁸ FORMICHELLA et al. 2005, pp. 50 ss.

²⁵⁹ SCARCHILLO 2016, pp. 242 ss.

ancora premono fortemente nel quotidiano cinese²⁶⁰. In altre parole, la normazione globalizzata ci pone davanti ad uno storico quesito: la linea di confine tra diritto e morale. È chiaro che il problema non verrà tanto in rilievo qualora il giudice cinese dovesse occuparsi di un contratto di *M&A* tra due importanti società, piuttosto potrebbe venire all'attenzione qualora il giudice dovesse trovarsi in controversie, ad esempio, come quelle tra comuni semplici cittadini, magari della Cina rurale, magari in luoghi dove alcuni precetti morali tradizionali siano ancora particolarmente osservati dalla popolazione. Il giudice dovrà decidere se la violazione della norma morale nel contesto relazionale-contrattuale potrà integrare la violazione buona fede, sancendone così l'acquisto del carattere della giuridicità.

8.3. Conclusioni

Gli esempi visti ci hanno dimostrato come il nuovo Codice sia effettivamente una normazione frutto di un processo di globalizzazione che è stato esito di scambi, studi, scelte, riconoscimenti comuni, ma anche dialettica e conservazione della propria tradizione. In questo senso, si pone come un esempio di "buona globalizzazione", ossia priva di ingerenza autoritaria, di imitazione sterile o di mancanza di rispetto culturale, che dà luogo ad un apparato normativo più confacente anche al sentimento interno, nonostante questo tipo di operazione, come visto, dia vita però anche ad insidie non agevoli da superare in sede applicativa. Il nuovo diritto dei contratti cinese ci mostra costantemente spunti che possono essere utili al giurista occidentale perché espressione di un percorso che, almeno in alcuni contesti, ha scelto di mettere da parte l'ideologia per dare spazio alle nuove esigenze negoziali delle comunità e al pragmatismo logico-giuridico. Su questa lunghezza d'onda, va ricordato anche che il Codice cinese si pone più vicino al diritto romano rispetto al Codice italiano, il quale invece mostra forti segnali di interposizione dell'influenza dell'ideologia illuministica, vista la derivazione dal Codice Napoleonico. La lezione che si impara è quella della forza del dialogo costante che ha come effetto un insegnamento onnipresente per tutte le parti in gioco; lezione che ben hanno recepito i cinesi nella

²⁶⁰ TIMOTEO 2004, pp. 46 ss.

formazione di un Codice che sul panorama interno non solo ha dettato razionalità e razionalizzazione, ma si pone anche come quella normazione dotata di una centralità sistematica rispetto al resto delle leggi civili, sino ad assumere il ruolo di “sole che irraggia gli altri pianeti”, per utilizzare una metafora del legislatore argentino²⁶¹.

Riferimenti bibliografici

- Caravale, M. (2012), *Storia del diritto nell'Europa Moderna e Contemporanea*, Laterza, Roma.
- Cardilli, R., Porcelli, S. (2020), *Introduzione al diritto cinese*, Giappichelli, Torino.
- Cassese, S. (2003), *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma.
- Formichella, L. et al. (2005), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, Giappichelli, Torino.
- Hegel, F.W. (2008), *La fenomenologia dello spirito*, Storia e Letteratura, Roma.
- Naughton, B. (2007), *The Chinese Economy: transition and growth*, Mit Press, London.
- Scarchillo, G. (2016), *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L'arbitrato commerciale in Cina*, in “Contratto e impresa/Europa”.
- Timoteo, M. (2004), *Il Contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Cedam, Padova.
- Toti, E. (2020), *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, Romatre-Press, Roma.

²⁶¹ CARDILLI, PORCELLI 2020, pp. 91 ss.

9. Il nuovo codice civile cinese e la risoluzione anticipata del contratto. Riflessioni e prospettive comparatistiche

Antonio Maria Quondamstefano

SOMMARIO: 9.1. Introduzione – 9.2. *Hochster v. De la Tour* – 9.3. La Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili, strumenti di *soft law* e BGB – 9.4. Gli articoli 563 e 578 del codice civile cinese – 9.5. Conclusioni

9.1. Introduzione

Il presente contributo è dedicato ad una *doctrine* che fornisce risposta ad una (apparentemente) semplice domanda: se una parte, prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento della sua obbligazione, manifesta la volontà di non voler adempiere, ovvero assume comportamenti incompatibili con l'adempimento stesso, l'altra parte in che modo può tutelarsi?

La soluzione al problema trova le proprie origini nell'ordinamento inglese, con il *leading case Hochster v. De La Tour* del 1853, in cui viene riconosciuta la possibilità per il creditore di domandare lo scioglimento del vincolo contrattuale e il risarcimento del danno²⁶².

Le regole elaborate negli ordinamenti di *common law* in merito a questo problema prendono il nome di *doctrine of anticipatory breach*²⁶³.

²⁶² Già in precedenza veniva ammessa la possibilità di non adempiere e chiedere immediatamente il ristoro dei danni – *Ford v. Tiley* (1827) – nei c.d. casi di *self-disablement*, ovvero quando una parte si pone nella condizione di non poter adempiere alla scadenza pattuita; si veda, NIENABER 1962, pp.213-233.

²⁶³ Così si esprime, TREITEL 2003, p. 857; MCKENDRICK 2014, p. 795; BALLANTINE 1924, pp.329-352; si rammenta che con il termine "*doctrine*" nel *common law* si intende la regola stabilita dalla giurisprudenza. Così, GORLA 1955, p. 338. Il fenomeno è indicato anche con l'espressione *doctrine of anticipatory repudiation*, FARNSWORTH 2006, p. 925; ZHANG 2006, p. 263. Oppure con il lessema *anticipatory non-performance*, in KÖTZ 2017, nella traduzione di Mertens e Weir. Dove sostanzialmente la *non-performance* è l'espressione più generica in cui vi rientrano anche i casi di *repudiation*.

Si tratta di una soluzione che ha dimostrato particolare forza espansiva, essendo stata recepita in una pluralità di testi di matrice nazionale e sovranazionale, come si avrà modo di osservare nel prosieguo della trattazione.

Senza pretesa di esaustività e – tenendo a mente le dovute premesse metodologiche e terminologiche cui per questioni di brevità si rimanda alla bibliografia citata²⁶⁴ – si tenterà di tracciare un percorso per indagare in che modo gli strumenti della *common law* hanno influenzato – anche grazie al diritto comparato e all’opera di unificazione e armonizzazione del diritto contrattuale – la codificazione cinese con riferimento al tema qui discusso²⁶⁵.

Oltre che negli ordinamenti di *common law*, attualmente la regola è espressa in alcune fonti nazionali e internazionali, tra cui, ad esempio, la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili, i principi in materia di contratti commerciali internazionali (cd. principi Unidroit) e nel *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco²⁶⁶.

Nel Codice civile italiano, invece, non incontriamo alcun riferimento diretto alla risoluzione anticipata del contratto, al pari del *Code civil*²⁶⁷.

Per tali ragioni, si è pensato potesse essere interessante per il giurista comparatista italiano, seppur brevemente, indagare l’utilità ed il concreto funzionamento dell’istituto. L’occasione per questo

²⁶⁴ In questo senso, si rimanda alle precisazioni non solo terminologiche di ALPA 2005, pp. 1–31; ALPA 1989, pp.147–196; MONATERI, SACCO 1989, pp. 138–147.

²⁶⁵ Per una panoramica generale dell’influenza dei principi Unidroit sulla Legge sui Contratti del 1999, si veda: YUQING, DANHAN 2000, pp. 429-440; DAHAN, 2003, pp.107-117. E v. *infra*, nota 287.

²⁶⁶ Il testo dei principi è stato elaborato e viene aggiornato sotto l’egida dell’Istituto Internazionale per l’Unificazione del Diritto Privato (Unidroit). CORAPI 2000: “Scopo dei principi Unidroit è quello di fissare un insieme di regole tratte dalla prassi del commercio internazionale, indipendenti dai sistemi giuridici nazionali anche se non avulse dalle loro tradizioni ed esperienze e destinate ad essere applicate a livello universale”.

²⁶⁷ È opportuno precisare che l’assenza di una disciplina *ad hoc* di diritto positivo non ha impedito il recepimento della soluzione ad opera degli interpreti e del diritto vivente. Anche nell’ordinamento italiano, ad esempio, è ormai ammessa una risoluzione prima del tempo dell’adempimento, grazie all’opera della dottrina e della giurisprudenza. Per approfondimenti, si rimanda per tutti a: DELLA CHIESA 2011, pp. 389-437.

approfondimento ci viene fornita, oggi, dal nuovo Codice civile cinese che ha optato per la positivizzazione dello strumento.

Pertanto, una volta richiamate le origini della *anticipatory breach doctrine* e averne messo in evidenza i tratti salienti e caratteristici, opereremo una rapida panoramica dei più rilevanti profili di diritto, anche attraverso l'analisi di alcune norme appartenenti a ordinamenti o strumenti giuridici tra loro differenti (sia per natura che per forza vincolante). Infine, analizzeremo le disposizioni del Codice civile cinese in materia, ovvero gli articoli 563 e 578.

Anticipando le conclusioni, la tutela riconosciuta alla *innocent party* consiste nella possibilità di agire immediatamente in giudizio per la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni. Non solo: l'utilità concreta di questa *doctrine* risiede (anche) nel fatto di consentire alla parte fedele di affrancarsi immediatamente dal vincolo contrattuale e reinvestire di nuovo le proprie risorse, nel, e attraverso, il circuito del commercio internazionale.

9.2. *Hochster v. De la Tour*

Si è soliti affermare che si verifica un inadempimento anticipato nei casi in cui uno dei contraenti rinunci al contratto o si metta in condizione di non poter adempiere la sua prestazione, prima che la stessa sia dovuta²⁶⁸.

Anzitutto è opportuno precisare che ci troviamo nell'ambito degli *executory contract* in cui la prestazione non è ancora esigibile, nel senso che il tempo per l'adempimento non è maturato (o per la natura degli accordi, o per l'oggetto del contratto, o anche in quanto il contratto è sottoposto a termine o condizione)²⁶⁹.

In secondo luogo, occorre chiarire la dimensione che assume la *repudiation* e il *disablement*. Nel primo caso, si fa riferimento ad un chiaro e assoluto rifiuto di adempiere. Tale rifiuto può essere desunto da una dichiarazione esplicita, ma anche da un comportamento concludente che comunichi inequivocabilmente la volontà di non

²⁶⁸ TREITEL 2003: "An 'anticipatory breach' is said to occur when, before performance is due, a party either renounces the contract or disables himself from performing it".

²⁶⁹ Sulla *condition* nel contratto inglese: CALAMARI, PERILLO 1983, p. 200; JONES, SCHLECHTRIEM 1999, p. 95: "An obligor may repudiate his executory contractual obligations before the date when their performance under the contract is due".

adempiere. Rientrano nel secondo caso, invece, le ipotesi in cui vi sia impossibilità di adempiere, derivante da un atto o fatto della parte stessa. Così, quando colui che si è impegnato a vendere un determinato bene, non compie ciò che è necessario affinché il bene possa essere venduto si ha *self-disablement*: in questi casi, si è detto che “*the failure will then amount to his ‘own ... default’ in the sense that he will have failed to do something that he was obliged by the contract to do in order to put himself into the position of being able to perform on the due date*”²⁷⁰.

Quando si verifica un inadempimento anticipato, la parte fedele può a sua scelta: insistere per l’adempimento, sperando in un ripensamento dell’altra parte (nel caso, ad esempio, di una *explicit repudiation*), oppure decidere di sciogliere il contratto e agire in giudizio per il risarcimento dei danni e questa regola viene espressa in *Hochster v. De La Tour*. La vicenda che ha dato origine al caso si può sintetizzare nei termini che seguono: il Sig. *De La Tour* aveva assunto il Sig. *Hochster* come guida turistica per un viaggio in Europa della durata di tre mesi. Prima della data fissata per l’inizio della spedizione, *De La Tour* comunica ad *Hochster* di non aver più bisogno della sua assistenza²⁷¹. Per tale ragione, *Hochster* agiva in giudizio, deducendo una violazione anticipata del contratto e chiedendo la corresponsione della somma che gli sarebbe spettata ove il contratto fosse stato eseguito. *De La Tour*, dal lato suo, eccepiva l’infondatezza dell’azione, fondando la sua difesa sull’assunto in base al quale non avrebbe potuto rispondere per inadempimento in quanto non si sarebbe potuto parlare di inadempimento se non a partire dalla data fissata per l’inizio del viaggio.

La corte si pronuncia in favore dell’attore qualificando il rifiuto di *De La Tour* quale ipotesi di violazione anticipata del contratto, confermando l’avvenuto scioglimento del vincolo contrattuale e riconoscendo la legittimità della pretesa risarcitoria avanzata. La ragione pratica della decisione è efficacemente espressa in poche

²⁷⁰ TREITEL 2003, pp.857–858.

²⁷¹ *Hochster v. De La Tour*, in *English Reports Full Reprint Vol. 118 - King’s Bench*, p. 923: “[...] the defendant wrote to plaintiff that he had changed his mind and declined his services”. È questo un esempio di *explicit repudiation*.

parole: “*there seems no reason for requiring that other to wait till the day arrives before seeking his remedy by action*”²⁷².

Con il caso *Hochster v. De La Tour*, dunque, si apre la strada alla dottrina della risoluzione anticipata che può arrivare a comprendere al suo interno varie fattispecie, tutte accomunate dalla circostanza per cui si rende evidente che vi sarà una *non-performance*; in tali casi si consente l'immediata risolubilità del contratto e la possibilità di richiedere il risarcimento del danno²⁷³.

9.3. La Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili, strumenti di *soft law* e BGB

L'analisi dello scioglimento del vincolo contrattuale per il mancato adempimento di un'obbligazione prima del termine fissato assume rilievo anche alla luce del percorso di unificazione del diritto contrattuale. Come autorevolmente osservato, la materia dei contratti non solo è uno dei temi maggiormente oggetto di interesse dei comparatisti, ma anche l'ambito in cui gli sforzi di unificazione e armonizzazione hanno fornito e continuano a fornire maggiori risultati²⁷⁴.

Non è mia intenzione (come del resto non potrebbe essere questa la sede) addentrarmi nei risvolti tecnici della disciplina (che pure sono tanti e importanti) né affrontare le peculiarità che in ciascun

²⁷² *Ibid.*, p. 927–928: “[...] in the opinion of the Court, the plaintiff might treat the renunciation of the contract by the defendants as a breach, and maintain an action for that breach, without considering that it remained in force so as to bind him to perform his part of it before bringing an action for the breach of it. If it should be held that, upon a contract to do an act on a future day, a renunciation of the contract by one party dispenses with a condition to be performed in the meantime by the other, there seems no reason for requiring that other to wait till the day arrives before seeking his remedy by action: and the only ground on which the condition can be dispensed with seems to be, that the renunciation may be treated as a breach of the contract”.

²⁷³ Nello specifico, secondo il Chief Justice Lord Campbell “*The man who wrongfully renounces a contract into which he has deliberately entered cannot justly complain if he is immediately sued for a compensation in damages by the man whom he has injured: and it seems reasonable to allow an option to the injured party, either to sue immediately or to wait till the time when the act was to be done, still holding it as prospectively binding for the exercise of this option, which may be advantageous to the innocent party, and cannot be prejudicial to the wrongdoer*”. *Ibid.*, p. 927.

²⁷⁴ ALPA, 2020; KÖTZ 2019, p. 903; FARNSWORTH 2006, p. 900.

ordinamento tale fenomeno porta con sé. Come dichiarato in apertura, lo scopo di questa breve indagine sulla regola dell'inadempimento anticipato è quello di offrire al lettore un primo contatto e una panoramica del fenomeno. Ci limiteremo ad osservare come tale *doctrine* abbia viaggiato tra diversi ordinamenti giuridici e si sia sedimentata in vari testi normativi, di *hard law* e di *soft law*, da ultimo nel nuovo Codice civile cinese il quale, tra le altre cose, proprio in materia contrattuale risente maggiormente delle influenze della tradizione di *common law*²⁷⁵.

Si è detto che la regola, dotata di particolare forza espansiva, è approdata in vari testi di matrice nazionale e internazionale. È il caso dell'articolo 2–610 dello *Uniform Commercial Code* rubricato con il nome di “*anticipatory repudiation*”. Vale la pena richiamarne brevemente il testo: “*When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may (a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or (b) resort to any remedy for breach [...], even though he has notified the repudiating party that he would await the latter’s performance and has urged retraction; [...]*”²⁷⁶. Come si nota, in questo caso, si lascia esplicitamente ampia scelta al creditore: da un lato – nell’ottica di conservazione del contratto nonché dell’affare – insistere per l’adempimento, attendendo la ritrattazione della *repudiation* o sperando nell’adempimento; dall’altro, agire per *breach of contract*²⁷⁷.

²⁷⁵ DIYU XU 2023.

²⁷⁶ DI MATTEO, JINGEN 2016, pp. 44–99: La *prospective non-performance* deve essere sufficientemente grave da consentire al creditore di agire come se si fosse in presenza di un “*total breach*”. Il requisito del *fundamental breach* sarà ricorrente in tutte (o quasi) le previsioni, sebbene assuma un significato di volta in volta differente.

²⁷⁷ La scelta è tendenzialmente rimessa alla parte e non è di poco conto, in quanto potrebbe avere degli effetti in relazione alla richiesta di risarcimento danni e al *duty to mitigate the loss*. Ed infatti, proprio il *Chief Justice Lord Campbell*, in *Hochster v. De La Tour*, riferendosi al dovere di *mitigation of damages* affermava “*But it is surely much more rational, and more for the benefit of both parties, that, after the renunciation of the agreement by the defendant, the plaintiff should be at liberty to consider himself absolved from any future performance of it, retaining his right to sue for any damage he has suffered from the breach of it. Thus, instead of remaining idle and laying out money in preparations which must be useless, he is at liberty to seek service under another employer, which would go in mitigation of the damages to which he would otherwise be entitled for a breach of the contract*”.

La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili dedica all'inadempimento anticipato l'art. 72, contenuto nel *Chapter V* ("*provisions common to the obligations of the seller and of the buyer*") e, precisamente, nella *Section I* sotto il nome di "*Anticipatory breach and instalment contracts*". L'art. 72 dispone che "(1) *If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided. (2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance. (3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations*"²⁷⁸.

Un ulteriore esempio di recepimento della disciplina lo troviamo nei principi Unidroit, ove la terminologia assume una sfumatura di maggior respiro: nel *Chapter 7* ("*non-performance*"), nella *Section 3* ("*termination*"), all'art. 7.3.3, troviamo la "*Anticipatory non-performance*". L'art. 7.3.3 prevede che "*Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract*". Anche in questo caso ci accorgiamo che la *non-performance* deve

²⁷⁸ Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, adottata a Vienna l'11 aprile 1980 su progetto elaborato dall'Uncitral (*United Nations Commission on International Trade Law*). Occorre tenere distinto l'art. 72, dall'art. 71 della Convenzione che prevede: "(1) *A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of: (a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract. (2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller. (3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance*". Nel caso dell'art. 71, infatti, non siamo nella situazione in cui possiamo parlare di *anticipatory breach*, in quanto: da un lato, nel caso del primo comma, ben potrebbe la prestazione essere già esigibile (seppur non ancora eseguita); dall'altro, si parla della sospensione di una prestazione dovuta rispetto alla quale la controprestazione sia di incerta realizzabilità. Per un'interessante analisi si rimanda a: BIANCA, BONELL 1987, pp. 513-530; SCHWENZER 2010, pp. 948-982; e al "*UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*", 2016, New York, pp. 319-333.

corrispondere ad un *fundamental breach*. I criteri per stabilire quando siamo in presenza di un inadempimento fondamentale sono elencati dall'art. 7.3.1²⁷⁹.

Ancora, nei *Principles of european contract law* incontriamo all'articolo 9.304 ("*Anticipatory non-performance*") la possibilità di sciogliere il contratto in caso di futuro inadempimento: "*Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it the other party may terminate the contract*"²⁸⁰.

Anche in alcuni paesi continentali in cui è presente una codificazione lo strumento è stato positivizzato. Nello specifico, il § 323, IV, *Bürgerliches Gesetzbuch*, contiene la disciplina della risoluzione anticipata del contratto, ove si prevede che "[...] *the creditor can withdraw even before performance becomes due, if it is obvious that the prerequisites for withdrawal will occur [...]*"²⁸¹. Occorre tenere distinta la previsione appena citata e quella (apparentemente) analoga contenuta nel comma 2 del medesimo paragrafo; infatti, in questo caso il creditore è esentato dall'onere di intimare un termine per l'adempimento (sia pur tardivo) nel caso in cui "[...] *the debtor refuses performance seriously and finally [...]*"²⁸². La differenza fondamentale risiede nel fatto che

²⁷⁹ Inoltre, è interessante segnalare che la disciplina di riferimento per la "*notice*" mediante cui sciogliere il contratto è contenuta nell'art. 1.10.

²⁸⁰ Anche in questo caso, occorre distinguere rispetto a quanto previsto negli articoli 8.105, comma 1 e 9.201, comma 2, riferendosi a situazioni che sempre guardano alla tutela della parte *in bonis*, ma che hanno presupposti e conseguenze differenti. Ad esempio, nel caso dell'articolo 9.201, comma 2, la facoltà concessa al creditore non è quella della *termination*, ma della meno radicale soluzione del *withhold* della prestazione, applicandosi peraltro ai casi in cui "*A party who is to perform simultaneously with or after the other party*" (comma 1).

²⁸¹ Paragrafo 323, comma IV, BGB, nella traduzione offerta da MARKESINIS 2006, p. 903. Per le scelte linguistiche e metodologiche si veda, *Ibid.* pp. 1–53 e 392–388. Si veda anche la traduzione del medesimo comma in BEALE 2019: "*(4) the obligee may terminate the contract before performance becomes due if it is obvious that preconditions for termination will be satisfied*".

²⁸² Si riporta integralmente il paragrafo 323, BGB, nella traduzione offerta da MARKESINIS 2006, p. 903: "*Withdrawal because performance not carried out or not carried out in accordance with contract (1) If the debtor in a mutual contract does not effect performance which is due, or does not effect it in accordance with the contract, the creditor can withdraw from the contract, if he has determined for the debtor an appropriate period for performance or subsequent fulfilment but without result. (2) The setting of a period can be dispensed with, if 1. the debtor refuses performance seriously and finally, 2. the debtor does not effect performance on a date determined in the contract or within a determined period*

nella previsione del secondo comma, la prestazione è esigibile, mentre nel caso contemplato dal quarto comma non lo è ancora²⁸³.

Da quanto visto finora, possiamo affermare che quando incontriamo l'espressione *termination before performance is due* occorre tenere in considerazione diversi elementi che ad una analisi iniziale potrebbero non palesarsi. Al tempo stesso, abbiamo individuato i tratti essenziali della fattispecie e siamo in grado di rispondere alla domanda iniziale. Prendendo, adesso, in prestito le parole di Hugh Beale, chiediamoci: *what if, before the date for performance, it is clear that the other party will not perform?*²⁸⁴ La risposta è nota: la *innocent party* può scegliere di attendere, oppure può sciogliere immediatamente il contratto e agire per il risarcimento del danno; e la soluzione risponde alla necessità di evitare quei problemi che nascerebbero ove la si costringesse ad attendere il tempo dell'adempimento, ovvero che *the date for performance arrives*²⁸⁵. Infatti, se così fosse, si creerebbe non poca incertezza: da un lato, il creditore potrebbe essere chiamato a rendere la sua controprestazione (nel caso in cui, alla fine, il debitore decidesse

and in the contract the creditor has made the continued existence of his interest in performance dependent on the punctuality of the performance or 3. special circumstances are present which justify immediate withdrawal, on balancing the interests of both parties. (3) If the setting of a period does not come into consideration because of the type of violation of duty, then a warning will takes its place. (4) The creditor can withdraw even before performance becomes due, if it is obvious that the prerequisites for withdrawal will occur. (5) If the debtor has effected partial performance, the creditor can only withdraw from the whole contract if he has no interest in partial performance. If the debtor has not effected performance in accordance with the contract, the creditor cannot withdraw from the contract if the violation of duty is insignificant. (6) Withdrawal is excluded if the creditor is solely or overwhelmingly responsible for a circumstance that would entitle him to withdraw or if a circumstance for which the debtor is not responsible occurs at a time at which the creditor is in delay in acceptance".

²⁸³ Non solo: ZIMMERMANN 2005, p. 75, afferma che "*anticipatory non-performance has now found a place in the new code. Where the debtor has seriously and definitively refused to perform (Erfüllungsverweigerung) the creditor does not have to fix an additional period for performance in order to claim damages in lieu of performance (§ 281 II BGB) or to terminate the contract (§ 323 II No. 1 BGB). § 323 IV BGB specifically states that this applies even if such refusal has occurred before the time for performance has arrived, and the same rule has to be read into § 281 II BGB".*

²⁸⁴ BEALE 2019, p. 1024. Ma per una domanda che ribalta la prospettiva, si veda COLLINS 1997, p. 343, il quale pone il problema della *anticipatory breach* nel seguente modo: "*if a debtor repudiates the contract before performance has commenced, can the creditor nevertheless perform the contract and claim the price?*".

²⁸⁵ *Ibid.*

di adempiere); dall'altro, si troverebbe costretto ad attendere (inutilmente) un inadempimento annunciato. L'ulteriore svantaggio dell'attesa forzata risiede nell'impossibilità di attivarsi per mitigare il danno quando uno dei *reasonable steps* sia quello di concludere un nuovo contratto e le risorse sono bloccate nel precedente accordo²⁸⁶.

9.4. Gli articoli 563 e 578 del codice civile cinese

Anche il legislatore cinese ha optato per la codificazione del principio. È interessante notare che la Cina è uno dei paesi aderenti alla Convenzione di Vienna del 1980 e, non a caso, la risoluzione anticipata è presente già nella legge sui contratti del 1999, frutto di quella apertura giuridica ed economica iniziata con la promulgazione della Legge sui Principi Generali di Diritto Civile del 1986²⁸⁷.

Come autorevolmente affermato da *Diyu Xu*, nell'introduzione alla traduzione italiana del Codice civile cinese, "La Legge sui Contratti [...] approvata ed implementata nel 1999 ha non solo ereditato moltissimo dal sistema contrattuale del diritto romano e dal sistema di *common law*, ma ha anche tratto molto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla Vendita Internazionale di Beni Mobili e dai Principi dei

²⁸⁶ ATIYAH 1995, p. 402: "A repudiation by one party may occur before the time for performance has arrived. Such a repudiation is called an anticipatory breach, and it gives the innocent party the option of treating the contract as terminated at once and suing for damages immediately if he chooses or, alternatively, of waiting until the time of performance has arrived, and in the meantime calling on the other party to perform. However, if he waits, he keeps the contract alive for all purposes, and must himself remain ready to perform should he eventually be called upon to do so. So where charterers of a ship wrongfully repudiated by giving advance notice that they would not be ready to load when the ship arrived, and the owners refused to accept this repudiation, it was held that they had kept the contract alive, and therefore should still have brought the vessel into port to await loading".

²⁸⁷ SCARCHILLO, SCHIOPPA 2023, pp. 2-28; TOTI 2020; SACCO 2018, pp. 380-383; SCARCHILLO 2016, pp. 241-309; CRESPI REGHIZZI 2006, pp.142-171; CRESPI REGHIZZI 2005, pp.165-179. Nella legge sui contratti del 1999, nella traduzione offerta da FORMICHELLA, TOTI 2002, troviamo l'art. 94 ("le parti possono risolvere il contratto in presenza di una delle seguenti circostanze: [...] (2) se, prima della scadenza del termine di adempimento, uno dei contraenti espressamente dichiara o manifesta tramite un proprio comportamento che non intende adempiere l'obbligazione principale") e l'art. 108 ("se una parte dichiara espressamente o, mediante un proprio comportamento, manifesta che non adempirà le obbligazioni del contratto, l'altra, prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento, può chiedere che essa risponda di inadempimento"), confluiti rispettivamente agli articoli 563 e 578 del Codice civile del 2020.

Contratti Commerciali Internazionali, così come da altri sistemi giuridici dei negozi applicati a livello internazionale. Tale legge è inoltre un esempio di legislazione perfettamente funzionale ad un contesto di economia di mercato”²⁸⁸. E, con specifico riferimento al tema qui trattato, Mo Zhang afferma che “*the anticipatory repudiation is a concept borrowed into the Contract Law from the common law system*”²⁸⁹.

Le disposizioni sulla risoluzione anticipata, contenute negli articoli 94 e 108 della Legge sui Contratti, trovano oggi dimora (con alcuni trascurabili cambiamenti) nel Codice civile cinese²⁹⁰. In particolare, la possibilità di risolvere anticipatamente il contratto è positivizzata dal legislatore cinese nell’articolo 563 del Codice civile, completato dal successivo articolo 578 che riconosce il diritto di chiedere il risarcimento del danno immediatamente. Il primo, rubricato “Risoluzione del contratto previsto dalla legge”, stabilisce che «Le parti possono risolvere il contratto in una delle circostanze di seguito indicate: [...] (2) dichiarazione o manifestazione implicita della volontà di non adempiere l’obbligazione principale mediante comportamenti concludenti espressi da una delle parti prima del sopraggiungere del termine di adempimento [...]”²⁹¹; il secondo, rubricato “responsabilità per inadempimento prima del sopraggiungere del termine”, stabilisce che “se una delle parti dichiara esplicitamente o faccia ritenere con i suoi comportamenti che non adempirà i suoi obblighi contrattuali, la

²⁸⁸ DIYU XU 2023, p. 5. Si veda anche, TIMOTEO 2010.

²⁸⁹ MO ZHANG 2006, p. 294.

²⁹⁰ DILIBERTO 2023: “In Cina diversi tentativi di codificazione civilistica – anche a seguito della promulgazione del Codice civile giapponese del 1898, frutto del contributo determinante della pandettistica tedesca – fallirono nei primi decenni del secolo scorso. Nel 1931 fu infine approvato un Codice civile, che tuttavia non fu mai concretamente applicato, se non sporadicamente in qualche grande città, per via prima dell’invasione giapponese, poi della guerra di liberazione e infine dello scoppio della Seconda Guerra Mondiale. L’attuale codificazione è dunque la prima realmente vigente nella Repubblica Popolare Cinese e rappresenta la conclusione di una gestazione iniziata con l’approvazione della Legge sui principi generali del diritto civile (1986) e proseguita con la promulgazione di leggi speciali sui diversi aspetti del diritto privato”.

²⁹¹ Art. 563, Codice civile cinese, nella traduzione italiana offerta da MEILING HUANG 2023, p. 124. Per la traduzione inglese, invece, si rimanda a LEI CHEN 2021: “*The parties to a contract may terminate the contract under any of the following circumstances: [...] (2) where prior to the expiry date of performance, the other party expressly states, or indicates through its conduct, that it will not perform its principal obligation [...]*”.

controparte può chiederle di rispondere per l'inadempimento prima del sopraggiungere del termine per l'adempimento"²⁹².

9.5. Conclusioni

In conclusione, la fattispecie che sicuramente rientra nei casi di *anticipatory breach* – e che del resto ne è il fondamento – riguarda la *non-performance* di un'obbligazione il cui tempo per l'adempimento non è ancora maturato, dove nella categoria della *non-performance* rientra anche il caso di *repudiation*. A nostro avviso, questa fattispecie è efficacemente descritta nell'art. 7.3.3 dei principi Unidroit e prevede che "*where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract*". È importante tenere a mente che solo in questi casi (ovvero nei casi in cui il tempo dell'adempimento non sia ancora maturato, sia per la natura degli accordi, sia perché sottoposto a termine iniziale o condizione) parliamo propriamente di *risoluzione anticipata* o *inadempimento anticipato*: alla *innocent party* è concesso lo scioglimento del vincolo contrattuale mediante *termination* e, a seconda dei casi, un'azione per danni.

Guardando alla fattispecie così delineata, si comprende l'intento perseguito ovvero tutelare il contraente fedele rispetto al rischio di una *non-performance*, equipaggiandolo di uno strumento flessibile e di pronto utilizzo per le situazioni in cui l'attesa ingiustificata arrechi pregiudizio alle sue ragioni di credito.

E in questo senso possiamo affermare che le esigenze pratiche che hanno portato gli interpreti inglesi (prima) e quelli europei (poi) a riconoscere l'inadempimento anticipato, rispondono alla necessità, emersa nella prassi, di evitare un inutile spreco di tempo e risorse. Che senso avrebbe impedire alla *innocent party* di sfilarsi da un rapporto contrattuale che si sa già non essere idoneo a realizzare l'assetto di interessi convenuto? Nessuno. E così si spiega il carattere del rimedio che si è ritenuto di predisporre a favore della parte fedele la quale, una volta riscontrato – seppur prima del tempo – un inadempimento, non

²⁹² Art. 578, Codice civile cinese, nella traduzione italiana offerta da MEILING HUANG 2023, p. 127. Per la traduzione inglese, invece, si rimanda a LEI CHEN 2021: "*Where one party explicitly expresses or indicates by its conduct that it will not perform its obligations under a contract, the other party may request it to bear the liability for the breach of contract before the due date of the performance*".

solo potrà agire per il risarcimento del danno, ma potrà altresì liberarsi immediatamente dal vincolo contrattuale, al fine di ritornare al più presto sul mercato ed allocare in manra più efficiente i suoi mezzi e le sue risorse, trovando, nuovi partner commerciali con i quali condurre i propri affari e onorando così quel *duty to mitigate the loss* che pure le viene imposto.

Riferimenti bibliografici

- Alpa, G. (1989), s.v. «Contratto nei sistemi di ci common law», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, vol. 4, UTET, Torino.
- Alpa, G. et al. (2020), *Diritto privato comparato*, Editori Laterza, Urbino.
- Alpa, G., Delfino R. (2005), *Il contratto nel common law inglese*, CEDAM, Lavis.
- Atiyah, P.S. (1995), *An introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford.
- Ballantine, H.W. (1924), *Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties*, in “Michigan Law Review”.
- Beale, H. et al. (2019), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford.
- Bianc, C.M., Bonell, M.J. (1987), *Commentary on the International Sales law, The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano.
- Calamari, J.D., Perillo, J.M. (1983), *Contracts*, West Publishing Company, St. Paul.
- Collins, H. (1997), *The Law of Contract*, Butterworths, London.
- Corapi, D. (2000), *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, Jovene, Napoli.
- Crespi Reghizzi, G. (2005), *Moti e tendenze del diritto commerciale cinese*, in “Rivista degli Studi Orientali”, III.
- Crespi Reghizzi, G. (2006), *Evoluzioni del nuovo diritto commerciale cinese*, in “Il Politico”, III.
- Danhan, H. (2003), *The UNIDROIT Principles and their Influence in the Modernisation of Contract Law in the People's Republic of China*, in “Revue de Droit Uniforme”.
- Della Chiesa, M. (2011), *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in P. Pardolesi (ed), *Seminari di diritto privato comparato*, Cacucci Editore, Bari.

- Diliberto, O. (2023), *Presentazione della seconda edizione della traduzione del Codice civile della repubblica popolare cinese*, Diliberto, O., Dursi, D., Masi, A. (ed.), Giappichelli, Torino.
- Farnsworth, E.A. (2006), *Comparative contract law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative law*, Oxford University Press, Oxford.
- Formichella, L., Toti, E. (2002), *Leggi tradotte della repubblica popolare cinese: legge sui contratti*, Giappichelli, Torino.
- Gorla, G. (1955), *Il Contratto*, I, Roma Tre-Press, Roma.
- Huang, M. (2023), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Diliberto, O., Dursi, D., Masi, A. (ed.), Giappichelli, Torino.
- Jingen, W., Di Matteo, L.A. (2016), *Chinese Reception and Transplantation of Western Contract Law*, in "Berkeley Journal of International Law".
- Jones, G.H., Schlechtriem P. (1999), *Breach of contract*, in A. V. Mehren (ed.) *International Encyclopedia of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Tubingen, Vol. VII.
- Kötz, H. (2017), *European contract law*, Oxford University Press, Oxford.
- Kötz, H. (2019), *Comparative Contract Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative law*, Oxford University Press, Oxford.
- Lei Chen et al. (2021), *The Civil Code of the People's Republic of China*, Lei Chen, Quiao Liu, et al. (ed.), Koninklijke Brill NV, Leiden.
- Markesinis, B.S. et al. (2006), *The German law of contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland.
- McKendrick, E. (2014), *Contract law: text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford.
- Monateri, P.G., Sacco, R. (1989), s.v. «Contratto in diritto comparato», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, vol. 4, UTET, Torino.
- Nienaber, P.M. (1962), *The effect of anticipatory repudiation: principle and policy*, in "Cambridge Law Journal", Cambridge, II.
- Sacco, R. (2018), *Il diritto nell'Asia orientale*, in Gambaro A., Sacco R (ed.) "Sistemi Giuridici Comparati", in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da Sacco R., Torino, Utet, 2018.
- Sarchillo, G. (2016), *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L'arbitrato commerciale in Cina*, in "Contratto e impresa/Europa", I.

- Scarchillo, G., Schioppa, A. (2023), *Modelli teorici e radici culturali: una riflessione sugli esiti emergenziali tra occidente ed oriente*, in "Roma e America. Diritto romano comune".
- Schwenzer, I. (ed.) (2010), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, Oxford University Press, New York.
- Timoteo, M. (2010), s.v. «Cina», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, I agg., UTET, Torino.
- Toti, E. (2020), *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, Roma Tre-Press, Roma.
- Treitel, G.H. (2003), *The law of contract*, Sweet & Maxwell, London.
- Xu D. (2023), *Il modello cinese di codificazione civile, introduzione alla seconda edizione della traduzione del Codice civile della repubblica popolare cinese*, Diliberto, O., Dursi, D., Masi, A. (ed.), Giappichelli, Torino.
- Yuqing, Z., Danhan, H. (2000), *The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison*, in "Revue de Droit Uniforme".
- Zhang Mo (2006), *Chinese contract law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- Zimmermann, R. (2005), *The new German law of obligations*, Oxford University Press, Oxford.

10. Il valore “collettivo” dell’ambiente. Responsabilità e armonia tra massa e individuo

Alessandro Schioppa

SOMMARIO: 10.1. Introduzione – 10.2. Le vie dell’armonia – 10.2.1. Le tradizioni “lontane” – 10.3. Armonia e ambiente in Cina – 10.3.1. Il contributo della codificazione nella tutela dell’ambiente – 12.4. Armonia e ambiente in Occidente – 10.5. Contaminazione tra sistemi: la *Class Action* in Cina – 10.6. Considerazioni conclusive

10.1. Introduzione

Parlare di ambiente significa oggi parlare di quell’ampio crocevia ove si intersecano i destini della natura-umana con quelli della natura-non-umana.

L’immagine sempre più chiara a ciascuno è quella di una cura della “*casa comune*”²⁹³, dimora della convivenza tra le attività umane e lo stato di salute della natura, all’interno della quale, dunque, preme oggi sempre più ricercare un complicato, certamente sfidante, ma necessario equilibrio.

L’equilibrio – che richiama il rispetto delle risorse – è trasversale nel tempo. Thomas Jefferson diceva “*la terra appartiene ai viventi*”²⁹⁴, ma forse ciò può continuare ad esser vero solo se si amplia il significato del termine “viventi”, considerando sia *i viventi di oggi* che *i viventi del*

²⁹³ La simbolica espressione – oramai diffusa in tale ambito visto il suo forte valore simbolico e la capacità di raccogliere e riassumere molteplici significati su cui riflettere – è presa a prestito dalla nota Enciclica di Papa Francesco: FRANCESCO 2015.

²⁹⁴ Per queste evocative parole di Thomas Jefferson v. ZAGREBELSKY 2017, pp. 115 ss. Tale concetto è espresso in una lettera che Jefferson indirizza a James Madison nel settembre del 1789 “*the earth belongs in usufruct to the living*”. Così JEFFERSON 1984, p. 959.

*domani*²⁹⁵. Si tratta, dunque, di cambiare il punto di vista, operazione tipica del comparatista peraltro.

Per mantenere, dunque, in vita l'altisonante espressione del terzo Presidente degli Stati Uniti – benché impiegata in un contesto diverso – occorre darle un significato rinnovato.

Sembra proprio questo, infatti, l'approccio della nota definizione che il Rapporto “*Our Common Future*”²⁹⁶, noto come Rapporto Brundtland, dà allo sviluppo sostenibile²⁹⁷, vale a dire: “*far sì che esso soddisfi i bisogni dell'attuale generazione senza compromettere la capacità di quelle future di rispondere alle loro*”²⁹⁸. Il Rapporto, tuttavia, offre una precisazione, mettendo in luce che lo sviluppo sostenibile “*lungi dall'essere una definitiva condizione di armonia, è piuttosto processo di cambiamento [...]*”²⁹⁹.

Pertanto, l'immagine che rimane impressa sulla pellicola del destino dell'uomo è quella di un cammino, di un percorso di cui si ha la direzione, l'obiettivo cui tendere: l'*armonia*. Essa, in tale caso, risulta essere – potremmo dire – l'obiettivo comune di due mondi lontani (o forse solo apparentemente lontani, a questo punto).

Tale cammino verso l'armonia, però, segue andamenti diversi.

10.2. Le vie dell'armonia

Difatti, per l'occidente, il percorso verso questa è un percorso contrario alla “*entropia*”³⁰⁰ della natura (anche umana), cioè alla tendenza al disordine (in cui si vivrebbe, peraltro, in un mondo privo di regole). Un percorso che quindi mira a conciliare, portare pace nella società,

²⁹⁵ Per delle attente riflessioni stimulate dalle parole di Thomas Jefferson v. ZAGREBELSKY 2017, pp. 115-121. Per ulteriori riflessioni circa le parole di Jefferson v. PACE 2018, pp. 107 ss.; PERSANO 2021, pp. 146-148.

²⁹⁶ World Commission on Environment and Development, 1987.

²⁹⁷ Sul tema v. anche ALPA 2022, pp. 277-278.

²⁹⁸ Per tale passaggio in lingua italiana v. *Il Rapporto Brundtland*, reperibile alla pagina web: <https://www.isprambiente.gov.it/files/agenda21/1987-rapporto-brundtland.pdf>.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Il concetto qui è ripreso nel suo valore – potremmo dire – “*simbolico*”, implicando di per sé, invece, complesse analisi scientifiche. Per un breve inquadramento tecnico del più profondo ed articolato significato di entropia v. Treccani, voce «*Entropia*».

equilibrio tra i singoli, tutelando l’interesse comune (che può passare anche attraverso la *casa comune*).

Diversamente, per il mondo orientale, la Cina segnatamente, l’armonia è – in un certo modo – sia punto di partenza che punto di arrivo. Essa costituisce sia la condizione da cui partire, orientando ad essa la propria vita (e con ciò quella dell’intera comunità), sia la condizione da perpetuare (mantenendola lungo il cammino o ripristinandola nel caso in cui venga alterata). Difatti, il comportamento di ciascuno deve essere tale da non alterare il preesistente equilibrio naturale nel quale interagiscono il cielo, la terra e gli uomini, e l’educazione di ciascuno mira proprio a trasmettere questa accezione di correttezza dell’agire umano dal quale dipende l’ordine complessivo del cosmo³⁰¹.

Pertanto, l’armonia non è il risultato della somma algebrica dei diritti soggettivi, della loro equilibrata composizione, ma del rispetto da parte di ciascuno della pace e dell’ordine naturale che preesistono all’uomo³⁰².

L’armonia cara al Confucianesimo, in particolare, era legata all’idea di un ordine cosmico nel quale interagivano (come accennato) il cielo, la terra e gli uomini. Tra questi elementi – siccome il cielo e la terra rispondevano a regole immutabili – la preservazione dell’ordine di partenza o la determinazione del disordine, dipendevano esclusivamente dalle condotte umane. L’armonia, inoltre, era il risultato non solo delle relazioni tra gli uomini, ma anche delle interazioni dell’uomo con la natura³⁰³.

Ecco, quindi, che oggi nell’ottica della sostenibilità la condotta umana fronteggia la necessità di preservare l’armonia, la cura del bene condiviso, inseguendo l’equità nel suo sfruttamento (inteso chiaramente come ‘uso’).

Difatti – secondo la dottrina cinese³⁰⁴ – due sono i concetti nodali della sostenibilità: lo *sviluppo* e l’*equità*. Quest’ultima, in particolare, si

³⁰¹ SACCO 1988, p. 361; ZWEIGERT, KÖTZ 1998, pp. 361-362; SCARCHILLO 2016, pp. 243-244.

³⁰² CARRIERO 2015, pp. 156-157. Su tali aspetti sia altresì consentito rinviare a SCARCHILLO, SCHIOPPA 2023, p. 19.

³⁰³ SCARCHILLO 2016, p. 244.

³⁰⁴ XIN CHUNYING 2014, pp. 5-6.

declina come equità “intra-generazionale” ed equità “inter-generazionale”³⁰⁵. Diremmo noi, “solidarietà inter-generazionale”. Un approccio, quindi, che da levante a ponente, è in grado di spostare la cura della “*casa comune*” oltre la frontiera del tempo.

10.2.1. Le tradizioni “lontane”

Questo possiamo considerarlo come un “concetto itinerante” poiché torna anche in quelle tradizioni “lontane” che vengono raccolte sotto il termine di “*Chthonic tradition*”, caratterizzate – osserva Patrick Glenn – per uno spiccato senso di “*inter-generational equity*”³⁰⁶. Rispetto a queste tradizioni, l’uso del termine *chthonic* (in riferimento alle popolazioni spesso dette “indigene”, “aborigene” o “native”) si deve principalmente all’uso che ne ha fatto Edward Goldsmith al fine di descrivere quelle popolazioni che conducevano “*ecological lives*”, vivendo in profonda armonia con la terra³⁰⁷.

Di tale *legal tradition* non si conosce un momento d’origine certo, essa si snoda nel tempo attraverso una lunga tradizione orale che ne ha perpetuato i costumi, le usanze, i valori e le norme. Con un generale rifiuto per la formalizzazione dell’esperienza giuridica, la tradizione è stata nel complesso trasmessa tra le generazioni attraverso un dinamico processo formativo e educativo orale svolto nel quotidiano, nel solco di una dimensione dialogica nella vita pratica. Tale trasmissione ed assimilazione – si riteneva – aveva l’effetto di creare un naturale consenso, rendendola profondamente radicata nei membri

³⁰⁵ Per queste analisi, con il richiamo al pensiero di Xin Chunying, v. TOTI 2019, pp. 141-142, nota 49.

³⁰⁶ GLENN 2014, p. 79.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 61-62, ove l’A. (a p. 62) usa l’espressione “*ecological lives*”. L’A. richiama l’uso del termine *chthonic* poiché maggiormente idoneo a descrivere, più autenticamente, tali realtà prescindendo dai significati assunti dalle denominazioni di matrice coloniale. In particolare, alla nota 6 di p. 62 richiama GOLDSMITH 1992, p. XVII, più precisamente: “(‘*the chthonic world-view... when people really knew how to live in harmony with the natural world*’), from the Greek *kthonos*, or *earth*, in French *chthonien* or *chtonien*, as in *autochtone* (or in English the rarely used *autochthonous*)”.

Sulla *Chthonic Tradition*, sul pensiero di H.P. Glenn e per delle note critiche v. GAGNON 2013, pp. 29-51. Sull’incontro/scontro tra culture v. il caso del “*Kennewick Man*” (*Bonnichsen v. United States*, 969 F. Supp. 628, 646 (D. Or. 1997)) analizzato da MIROW, 2001, pp. 241-266.

della comunità più di quanto non potesse accadere con la legge scritta³⁰⁸.

Ciò che risulta essere di particolare interesse è la sacertà del mondo naturale, come incarnazione del divino. Questo aspetto ha delle dirette implicazioni sul modo che queste popolazioni hanno di considerare l’ambiente, tale da renderle “*environmental friendly*”, animate, in particolare, dal dovere di condurre le loro vite nel rispetto sia della natura che di loro stessi.³⁰⁹ Inoltre, la loro visione non lineare del tempo, che non crea cesure rispetto al passato ed al futuro ma crea una continua connessione tra le persone e le generazioni, determina uno spiccato senso di “*inter-generational equity*”. In tale prospettiva, dunque, è cruciale preservare il contesto naturale per consentire che tutti ne possano beneficiare, tanto i viventi quanto coloro che appartengono alle generazioni future. Viene inoltre osservato che costoro non sono degli *stakeholders*, intesi quindi come portatori di un interesse per qualcosa rispetto a cui, in una certa misura, rimangono fuori, ma sono inestricabilmente “*sacred part of the sacred whole*”. Il rispetto per il contesto naturale determina il rispetto di quel tutto di cui è chiaramente parte la comunità, presente e futura. Ciò, quindi, rende particolarmente forte le “*inter-generational obligations*”, che molto hanno affascinato l’occidente e che in ogni caso, osserva Glenn, costituiscono “*an idea which speaks to all traditions*”³¹⁰.

Da questo breve ritratto della *Chthonic tradition* (che non può vedere in tale contesto una più dettagliata disamina ma che comunque offre interessanti spunti di riflessione) non potranno stupire, ad esempio, le discussioni in materia di attribuzione della *legal personality* ai fiumi presso molte popolazioni con diverse dislocazioni nel globo. Ciò che maggiormente rileva ai nostri fini, in particolare, risiede nel variegato retroterra che promuove tale fenomeno. Questo, infatti, è costituito da propositi di tutela ambientale ed altruismo, ma anche, in altri casi, da valori religiosi e culturali che hanno ispirato tali progetti e, in certi casi, i relativi risultati³¹¹.

³⁰⁸ Per questi aspetti v. GLENN 2014, pp. 62-65.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 76-77.

³¹⁰ Per tali riflessioni e per le porzioni di testo citate v. *ibid.*, pp. 78-80.

³¹¹ ECKSTEIN 2019, pp. 822-824.

Anche nel contesto dell'America Latina, ad esempio, si delinea l'immagine di una natura quasi personificata. In particolare – seguendo le analisi di Rodotà – la serenità della vita è legata al, se non anche basata sul, *“rispetto integrale della ‘Pacha Mama’, di una natura intesa come soggetto di diritto, titolare dei diritti all’esistenza e al rispetto dei suoi cicli evolutivi. Il benessere si iscrive così in una cosmogonia che, già nel ricorso costituzionale a parole della lingua quechua, evoca la solidarietà profonda delle culture indigene e da queste sviluppa poi il catalogo dei doveri fondamentali dello Stato”*³¹².

10.3. Armonia e ambiente in Cina

In generale, occorre osservare che tale dimensione intergenerazionale, è frutto di una visione non lineare del tempo, che non crea cesure rispetto al passato ed al futuro ma crea una continua connessione tra le persone e le generazioni.

Nella tradizione cinese delle origini – osserva Glenn – ricorrono proprio dei tratti tipici della *Chthonic tradition*, quale, in particolare, il legame che connette ed integra la vita umana in un più ampio *“cyclical cosmos”*³¹³. Egli osserva, inoltre, una certa somiglianza della visione circolare del tempo presente nel più ampio contesto culturale est asiatico con quella della tradizione *Chthonic* (ma anche Indù). Come già osservato, la non linearità del tempo determina una connessione tra chi viene prima e chi dopo e le relazioni umane si collocano così in una *“inter-generational community”*³¹⁴.

Nel lungo percorso che ha gradualmente alimentato il tessuto normativo cinese in materia di ambiente³¹⁵ – e che sul calare del secolo scorso in avanti ha visto un intensificarsi in ragione del proposito di adeguamento al panorama internazionale sempre più *green* e per un progressivo consolidamento della disciplina in materia di tutela

³¹² RODOTÀ 2014, p. 75. L'illustre Autore alla nota 10 richiama nello specifico la Costituzione ecuadoriana del 2008.

³¹³ GLENN 2014, p. 336.

³¹⁴ Sul punto: *ibid.*, pp. 339-340.

³¹⁵ Per una efficace ricostruzione circa le tappe dell'evoluzione della materia di tutela ambientale a partire dagli anni '30 del secolo scorso in avanti v. TOTI 2019, pp. 137-141.

ambientale – si possono richiamare alcuni interessanti passaggi che si collocano nell’ampio ambito della sostenibilità.

In particolare, in materia di impresa, una manifestazione del retroterra culturale e filosofico analizzato pocanzi la potremmo rintracciare, ad esempio, nell’inserimento, nel 2005, della Responsabilità Sociale d’Impresa all’interno del quadro normativo del diritto societario cinese. Tale riforma³¹⁶ si inseriva – prescindendo dalle specifiche valutazioni politiche fatte sia sul piano interno che su quello globale – in un percorso animato dall’intento di superare il principio “*first pollute, then control*” che aveva caratterizzato per lungo tempo la considerevole crescita dell’economia cinese (che si era – come noto – accompagnata ad un notevole costo di impatto ambientale)³¹⁷.

Altrettanto significativa è “*La legge sulla tutela dell’ambiente della Repubblica Popolare Cinese*”, in vigore dal 1° gennaio 2015, che ha formalmente introdotto all’art. 1³¹⁸ il principio di sviluppo sostenibile³¹⁹.

10.3.1. Il contributo della codificazione nella tutela dell’ambiente

In questo quadro si inserisce l’importante passaggio costituito dal traguardo codicistico del 2020. Difatti, nel Codice civile della Repubblica Popolare Cinese è stato inserito all’art. 9 il c.d. “principio verde” che si pone in consonanza ed in applicazione (civilistica) della Costituzione (art. 26³²⁰, nello specifico). Inoltre, come è stato osservato, la norma incarna quel concetto cruciale della cultura tradizionale,

³¹⁶ GUANGLE LI 2017, p. 1339.

³¹⁷ Per tali aspetti, anche in riferimento al principio citato, v. *ibid.*, pp. 1335-1339; per degli interessanti profili in materia sul fronte nazionale ed internazionale v. anche *ibid.*, pp. 1345-1348.

³¹⁸ Tale articolo esprime in questi termini lo scopo della legge: “*La presente legge è finalizzata a tutelare e risanare l’ambiente, a prevenire e controllare l’inquinamento ed altri danni sulla collettività, a tutelare la salute pubblica, a promuovere una cultura ecologica e uno sviluppo sostenibile*”. La traduzione in lingua italiana qui riportata è fornita da TOTI 2016, pp. 7-47.

³¹⁹ TOTI 2019, pp. 140-141.

³²⁰ “*Lo stato protegge e migliora l’ambiente di vita e l’ambiente ecologico e previene l’inquinamento e altri rischi pubblici. Lo stato organizza e incoraggia la piantumazione e il rimboschimento per proteggere gli alberi della foresta*” (art. 26 Cost.). Il testo in lingua italiana è disponibile in: DIYU XU 2021, p. XVIII, nota 2.

costituito dalla convivenza armoniosa tra uomo e natura, ed esprime altresì il nuovo concetto di sviluppo sostenuto dal diciottesimo Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese (2013)³²¹.

La Cina, viene osservato, ha così il primato di aver introdotto nel proprio Codice civile tale *principio* allo scopo di farlo calare sull'intero quadro degli istituti e rapporti regolati dal codice, tintecciando, così, di verde le molteplici trame del fitto tessuto normativo di diritto civile³²².

L'articolo dispone, in particolare, che *"I soggetti di diritto devono svolgere le attività giuridiche che contribuiscono alla conservazione delle risorse e alla protezione dell'ambiente ecologico"*³²³.

Tale principio – contenuto, non a caso, nel Titolo I *"Delle regole generali"* (all'interno del Libro I *"Delle disposizioni generali"*) – va poi a riflettersi su altre specifiche norme comportando una declinazione *"verde"* degli istituti da esse disciplinati.

Ne è un esempio l'articolo 294 in materia di proprietà³²⁴, per il quale *"[i]l titolare di un diritto su immobile non può, in violazione delle normative dello Stato, eliminare rifiuti solidi o immettere sostanze nocive come inquinanti atmosferici, inquinanti dell'acqua, inquinanti del suolo, rumori, radiazioni luminose e radiazioni elettromagnetiche"*³²⁵. Sempre nello stesso ambito un riflesso del Principio in esame lo si può rinvenire nell'art. 346, a norma del quale *"[l]a costituzione di un diritto di utilizzo di fondo destinato a costruzione deve essere in conformità con i requisiti per la conservazione delle risorse e la protezione dell'ambiente ecologico, con le disposizioni di leggi e regolamenti amministrativi sull'uso previsto del fondo e non può ledere i diritti di godimento già costituiti"*³²⁶.

Spostando poi lo sguardo sulla responsabilità extracontrattuale, le disposizioni contenute nel Titolo VII *"Della responsabilità per danno da*

³²¹ Sul punto v. DIYU XU 2021, pp. XVIII-XIX. Sul *Green Principle* v. anche AYALEW 2020, pp. 160-161.

³²² AYALEW 2020, p. 160.

³²³ Art. 9, Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, testo in lingua italiana disponibile in DILIBERTO et al. (ed.) 2021, traduzione di M. Huang.

³²⁴ Più precisamente la norma è collocata all'interno del Titolo VII *"Dei rapporti di vicinato"* della Parte II *"Della proprietà"* del Libro II *"Dei diritti reali"*.

³²⁵ Art. 294, Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, testo in lingua italiana disponibile in DILIBERTO et al. (ed.) 2021, traduzione di M. Huang.

³²⁶ Per tali aspetti v. AYALEW 2020, p. 160.

inquinamento ambientale e danno ecologico” vanno ad arricchire in termini di sostenibilità sia il Libro VII *“Della responsabilità da fatto illecito”* sia il preesistente quadro normativo in materia di ambiente, prevedendo la responsabilità conseguente all’inquinamento ed al danno ecologico³²⁷.

Il Codice civile cinese, per quanto sia frutto dell’approfondito studio e rielaborazione del diritto romano³²⁸ reca in sé anche tracce della contaminazione dell’esperienza giuridica di *common law*³²⁹ e la materia della responsabilità civile³³⁰, in particolare, è espressione proprio di tale *incontro* (con dosaggi diversi certamente³³¹) delle tradizioni.

Ciò può esser ravvisato nella possibilità di comminare i *“danni punitivi”*, giacché i Redattori del Codice hanno deciso di introdurre tale

³²⁷ Per l’esattezza l’art. 1229 dispone che “[c]hiunque abbia inquinato l’ambiente o deteriorato il sistema ecologico cagionando danni a terzi deve rispondere del fatto illecito”, Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, testo in lingua italiana disponibile in DILIBERTO et al. (ed.) 2021, traduzione di M. Huang.

³²⁸ Per alcune preziose riflessioni sul rapporto tra diritto romano e Codice civile cinese v. SCHIPANI 2020, pp. 186 ss. Sulla scelta di fondare la codificazione primariamente sul Diritto Romano v. le analisi di SCHIPANI 2009. Su tale profilo risulta di particolare interesse rileggere, altresì, le parole di Roscoe Pound richiamate dall’A.: *“La Cina ha codici eccellenti [...] Il Codice civile cinese è, nella sua essenza, il culmine di un’epoca di continui sviluppi che sono derivati dall’insegnamento del diritto romano sulla base della codificazione di Giustiniano nelle Università italiane del dodicesimo secolo. [...] È una forte testimonianza della permanente vitalità della tradizione giuridica romana che lo sviluppo giuridico dell’Estremo Oriente segua le impronte del moderno diritto romano piuttosto che del diritto inglese o angloamericano. Invero, il diritto romano moderno, fortemente sistematico, con la sua abbondante dottrina scientifica, è molto più adatto a Paesi che devono passare rapidamente da un corpo di tradizioni e consuetudini etiche e da un controllo sociale indifferenziato a un corpo di diritto moderno che non il diritto inglese ed angloamericano relativamente non sistematico”*, così POUND 1954, pp. 441 ss.

³²⁹ Sulla prevalente derivazione dal Sistema Giuridico Romanistico ma con la presenza di elementi provenienti dalla *common law* all’interno del Codice civile cinese v. DIYU XU 2021, p. IX.

³³⁰ TIMOTEO 2022, p. 661, ove l’A. evidenzia che *“Il codice civile ripropone molte delle contaminazioni già sperimentate nel diritto privato cinese. Il capitolo VIII della parte generale dedicato alla responsabilità civile è caratterizzato dall’accostamento di regole provenienti da contesti molto differenziati”*.

³³¹ Su tale profilo viene attentamente osservato da M. Timoteo che *“[...] il nuovo codice cinese è pienamente espressione del suo tempo. Il diritto privato cinese degli ultimi decenni è cresciuto combinando regole e modelli di diversa provenienza: abbiamo visto elaborare la legge del 2009 sulla responsabilità da fatto illecito seguendo il motto ‘fondarsi sul civil law, servirsi del common law’”, così ibid.*

strumento anglo (per genesi) - americano (per implementazione)³³² in via generalizzata come uno dei rimedi (ove previsto dalla legge) al fatto illecito³³³. Questi sono poi previsti in maniera più puntuale per i danni afferenti a specifici ambiti, tra cui quello ambientale³³⁴. Dispone, infatti, al riguardo il Codice che “[s]e il danneggiante inquina intenzionalmente l’ambiente o cagioni danno al sistema ecologico in violazione delle disposizioni di legge con gravi conseguenze, il danneggiato ha diritto di chiedere i corrispondenti danni punitivi”³³⁵.

Viene, inoltre, disposta la possibilità di ordinare che si provveda al “ripristino” per porre così rimedio al danno recato all’ambiente³³⁶.

In una sorta di *Lanterninosofia* di pirandelliana memoria³³⁷, dall’enunciazione del Principio verde all’interno delle “Regole generali” si illuminano specifici istituti che quindi impattano sulla vita dei singoli. Quei privati a cui le codificazioni civili forniscono un quadro normativo attraverso il quale organizzare i loro rapporti, orientare le proprie condotte. All’operato di costoro viene ora impressa una direzione di fondo, quella della preservazione delle risorse naturali e dell’ambiente.

Il passo compiuto con il Codice appare di notevole interesse se si guarda, anche solo poco più addietro nel tempo, alla Legge del 2015 in materia di ambiente ove si affidava allo Stato ed ai suoi apparati il perseguimento dello Sviluppo sostenibile. Il quadro che si va a delineare oggi mostra, quindi, delle risorse dello Stato o della collettività (come previsto dalla Costituzione), la cui cura e

³³² Per una efficace ricostruzione dello sviluppo dei *punitive damages* dai natali inglesi all’evoluzione statunitense fino all’incontro con la *civil law* italiana e l’intervento della Corte di Cassazione si vedano le approfondite analisi di SCARCHILLO 2018, pp. 289-327. Per ulteriori ed approfondite analisi dell’istituto anche in prospettiva comparata v. altresì BUSNELLI 2009, pp. 909-946; PONZANELLI 1983, pp. 435-487; PONZANELLI 2003, pp. 355-359.

³³³ Art. 179, Codice civile della Repubblica Popolare Cinese.

³³⁴ Sono altresì previsti i danni punitivi in materia di proprietà intellettuale (art. 1185, Codice civile della Repubblica Popolare Cinese) e per danno da prodotto (Art. 1207, Codice civile della Repubblica Popolare Cinese). Per questi aspetti v. TIMOTEO 2022, p. 662.

³³⁵ Art. 1232, Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, testo in lingua italiana disponibile in DILIBERTO et al. (ed.) 2021, traduzione di M. Huang.

³³⁶ DIYU XU 2021, p. XIX.

³³⁷ PIRANDELLO 1918, pp. 196 ss.

salvaguardia non spetta solo alla dimensione pubblica, poiché all’interno di tale cornice sono chiamati ad operare dei privati responsabilizzati dall’art. 9 del Codice civile³³⁸.

Si tratta dunque di una rinnovata *ambient-azione* cui è chiamata la persona, e nella quale essa si muove lungo il cammino comune dello Sviluppo sostenibile.

Ciò mostra l’idea di rendere i cittadini co-protagonisti della cura del Valore collettivo dell’ambiente. Un compito che quindi non è più esclusivamente dello Stato, ma anche del singolo, il quale riacquisce un suo ruolo, potremmo dire, “con caratteristiche cinesi”, giacché volto all’interesse di comune.

Tale matrice dell’interesse comune con la quale si dà spazio al singolo è peraltro particolarmente pronunciata se si volge nuovamente lo sguardo alla lettera dell’art. 9, per il quale i singoli “*devono svolgere le attività giuridiche che contribuiscono alla conservazione*”³³⁹ dell’ambiente, realizzando – come è stato osservato – una “*funzionalizzazione di ogni attività e negoziazione di diritto privato*”³⁴⁰ verso tale scopo.

10.4. Armonia e ambiente in Occidente

Anche in occidente nell’ambito della cura dell’ambiente (non solo naturale ma anche in senso lato, quindi sociale, nel quadro di quella che la Dottrina Sociale della Chiesa ha denominato “*Ecologia Integrale*”³⁴¹) lo spazio conferito al singolo ha assunto un consistente rilievo, potremmo dire con “*caratteristiche occidentali*”.

L’armonia tra uomo e natura è anche in questo caso la condizione cui tendere ma muovendo da un punto di partenza che vede

³³⁸ Per tali aspetti v. TOTI 2019, pp. 147 ss.

³³⁹ Art. 9 Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, testo in lingua italiana disponibile in DILIBERTO et al. (ed.) 2021, traduzione di M. Huang.

³⁴⁰ Toti 2019, p. 144.

³⁴¹ In particolare, si veda la nota e risonante Lettera Enciclica di Papa Francesco, FRANCESCO 2015, n. 137 ss. (Capitolo IV, “*Un’Ecologia Integrale*”); in materia v. ANDREOTTI 2023, pp. 18-21; circa lo “*Sviluppo umano integrale*” v. BENEDETTO XVI 2009, n. 17, ove il precedente Vescovo di Roma osservava che “*Lo sviluppo umano integrale suppone la libertà responsabile della persona e dei popoli: nessuna struttura può garantire tale sviluppo al di fuori e al di sopra della responsabilità umana*”. Su tali aspetti v. anche TOFFOLETTO 2015, pp. 1205-1206; in riferimento al mercato v. Pontificio Consiglio Della Giustizia E Della Pace 2004, § 348, rispetto al quale si vedano altresì le analisi di MARCHISIO 2020, pp. 55-57.

tradizionalmente una centralità dei singoli che preesistono alla comunità (non necessariamente orientata all'armonia) che compongono.

Il singolo diviene sempre più partecipe e co-protagonista della ricerca dell'armonia, nella realizzazione dell'equilibrio tra le attività dell'uomo e la natura e la conservazione di essa nell'ottica della richiamata solidarietà intergenerazionale.

Tale impegno è frutto non principalmente della paura del disastro ambientale (passeggero e precario elemento su cui fondare il cammino verso lo sviluppo sostenibile cui stiamo assistendo)³⁴² né tanto della dimensione divina della natura (come poteva avvenire in passato³⁴³) quanto di una dimensione culturale che assume consapevolezza della *“responsabilità di tutti i settori della società”*³⁴⁴. La realizzazione dello Sviluppo sostenibile – come concepito e promosso dall'Agenda ONU 2030 – passa attraverso il contributo non solo della dimensione pubblica ma anche di quella privata: gli Stati ed i loro apparati pubblici a diversi livelli, le imprese, la società civile ma anche gli individui³⁴⁵.

Un approccio questo che si sposa bene con un sempre maggiore attivismo del consumatore (e investitore) nell'orientare le proprie scelte in base alle proprie sensibilità, contribuendo ad orientare il

³⁴² Per delle riflessioni circa il tema della paura quale stimolo all'impegno sostenibile e la fallacia di essa v. SENATORE 2022, pp. 21-22; DAVICO 2012, pp. 79-81.

³⁴³ Sia consentito richiamare a margine, in una digressione, alcune interessanti riflessioni circa il rapporto tra natura e religione e del permanere di tracce del culto della natura all'interno delle religioni. Viene osservato da A. Toynbee che *“[...] a dispetto di questa apparentemente decisiva e definitiva vittoria dell'uomo sulla natura non-umana, è dato ancora oggi scoprire tracce di culto della natura incorporate nelle religioni superiori tuttora vive”*. L'A. dopo aver passato in rassegna esempi tratti dal culto induista, cristiano ed islamico, mette in luce che *“[...] questi elementi di culto naturalistico rimasti inseriti nel corpo delle religioni superiori sono qualcosa di più che resti fossili di una religione primitiva ormai morta: sono indicazioni del fatto che, sotto la patina superficiale della psiche, il culto della natura vive ancora. È ancor vivo perché la natura non-umana sulla quale l'uomo ha ottenuto la sua decisiva vittoria nel Paleolitico superiore è soltanto una faccia – la faccia meno temibile – della natura con la quale l'uomo deve ancora confrontarsi. L'altro volto della natura, la metà con la quale l'uomo deve continuare a porsi in discussione, è la natura quale la trova all'interno di se stesso”*. Così TOYNBEE 1984, pp. 34-35.

³⁴⁴ Asvis 2016, p. 11.

³⁴⁵ *Ibid.*

mercato come “*consum-attori*”³⁴⁶ (nella fisiologia) o intervenendo altresì per rettificarne le storture (nella patologia).

Rispetto a tale protagonismo occidentale del singolo, occorre considerare che esso non si configura come un cupo individualismo del soggetto isolato e ripiegato su se stesso (deprecabile, in tale prospettiva, per un Occidente che si indirizza verso la sostenibilità e la solidarietà e ancor più inconcepibile – va da sé – per l’approccio di matrice confuciana della Cina) e peraltro non si tratta nemmeno di quello che Tocqueville concepiva come un “deteriore *individualismo*” (con la “*confusione nella massa*”³⁴⁷) poiché l’individuo – quindi come singolo non-diviso dalla comunità – partecipa alla cura e alla realizzazione di quel “sentire comune”.

Si pensi, in questa ottica, allo strumento della *class action*, figlio della *common law* d’oltreoceano, con cui – per riprendere le parole del Professor Scarchillo – “*grandi e piccoli [fanno] causa comune se vogliono salvarsi gli uni dagli altri*”³⁴⁸ e che è risultato particolarmente utile proprio in materia ambientale.

10.5. Contaminazione tra sistemi: la *Class Action* in Cina

Questo è filtrato – con il flusso delle contaminazioni della comparazione giuridica – anche all’interno del tessuto giuridico cinese attraverso un *framework* normativo generale in materia di ricorsi collettivi che sembrano conciliarsi con la dimensione “comunitaria” insita nella risoluzione delle controversie in Cina, fornendo ora una struttura ed uno strumento apposito.

All’interno di questo quadro normativo, accanto alle “*representative action*” sono presenti le “*public interest litigation*”. Queste ultime, in particolare, sono concepite per alcune specifiche materie, tra le quali rientra proprio la tutela dell’ambiente.

Attraverso tale strumento, alcune agenzie governative o certe organizzazioni non-profit, hanno la possibilità di attivare un

³⁴⁶ Si è qui utilizzata l’efficace espressione concepita da SCARCHILLO 2009, p. 204. Essa sta a richiamare, come osserva l’A., la capacità dell’individuo di essere, assieme ad altri – solidalmente – artefici del cambiamento. Un cambiamento che viene dal basso (“*bottom-up*”) e che si affianca ad interventi statali o sovranazionali, compensando alle loro mancanze.

³⁴⁷ GORLA 1948, pp. 142 ss., nonché *ivi*, pp. 133 ss.

³⁴⁸ SCARCHILLO 2019, p. XVI.

procedimento per conto di un gruppo di individui danneggiati da attività illecite che abbiano leso un interesse pubblico, come, per l'appunto, nel caso dell'inquinamento ambientale³⁴⁹. Per procedere l'ente promotore non abbisogna dell'autorizzazione delle vittime per attivare l'azione giacché il loro coinvolgimento nel procedimento è assicurato dalla legge. Inoltre, essendo questi ricorsi, per loro vocazione e natura, nell'interesse pubblico, la somma corrisposta a titolo di risarcimento del danno non viene solitamente distribuita direttamente tra i soggetti danneggiati ma piuttosto viene utilizzata per valorizzare il *welfare* sociale nell'ambito della materia oggetto del caso e dalla relativa decisione³⁵⁰.

Inoltre, come anticipato, occorre considerare che con il codice civile del 2020 sono stati introdotti anche i *punitive damages* in materia di danno ecologico e ambientale al fine di sviluppare anche un sistema di *exemplary damages*, che si affiancasse a quello di tipo compensativo³⁵¹, percorrendo così – attraverso una “*polifunzionale*” responsabilità civile³⁵² e le logiche insite nei danni punitivi³⁵³ – la via della cura del Valore collettivo dell'ambiente.

10.6. Considerazioni conclusive

Ecco, dunque, che la comparazione giuridica ci offre un'immagine di come mondi “lontani” riescano a dialogare, a condividere il proposito di realizzare i medesimi scopi, pur partendo da impostazioni e tratti culturali differenti.

Il diritto comparato, quindi, si pone come ponte, come un efficace strumento di incontro tra culture.

Anche laddove le contingenze e gli accidenti della storia possano ostacolare il dialogo, l'esperienza giuridica tramite la prospettiva del comparatista deve essere in grado di alimentare il confronto ed unire.

Ecco allora che quella muraglia – tanto presente nell'immaginario comune occidentale – anziché dividere forse sta solo incorniciando

³⁴⁹ E. LIU et al. 2024, pp. 2 ss.; WIGLEY 2015.

³⁵⁰ E. LIU et al. 2024, p. 3.

³⁵¹ WEI YOU 2023, pp. 6 ss; SCARCHILLO 2024, p. 118.

³⁵² SCARCHILLO 2018.

³⁵³ JANSSEN, WANG 2021, pp. 349, 357, 364; SCARCHILLO 2018, p. 290, 322-323.

l’orizzonte, l’orizzonte comune cui tendere: quello dell’armonia tra uomo e natura.

Riferimenti bibliografici

- Alpa, G. (2022), *Solidarietà, Un principio normativo*, il Mulino, Bologna;
- Andreotti, A. (2023), *La tutela dell’ambiente nella dottrina sociale della Chiesa*, in “Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, reperibile al link (<http://www.statoechiese.it>), 9;
- Asvis (2016), *L’Italia e gli obiettivi di Sviluppo Sostenibile*, Rapporto ASviS, reperibile alla pagina web: https://asvis.it/public/asvis/files/ASviS_RAPPORTO2016.pdf;
- Ayalew, D. (2020), *China’s recent civil law Codification in the high-tech era*, in “Tsinghua China L. Rev.”, 13;
- Benedetto XVI (2009), Lett. Enc. *Caritas in Veritate*, n. 17;
- Busnelli, F.D. (2009), *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in “Europa e Diritto Privato”, 4;
- Carriero, V. (2015), *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente*, in “Comparazione e Diritto Civile”, 4, available at: www.comparazionedirittocivile.it;
- Davico, L. (2012), *Etica e sostenibilità*, in “Lo Sguardo – Rivista di Filosofia”, 8;
- Diliberto, O. et al. (ed.) (2021), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, (traduzione di) M. Huang, (introduzione di) D. Xu, Pacini Editore, Pisa;
- Eckstein, G. (2019), *Of rivers, deities and legal persons: a new approach to managing freshwater resources?*, in G. Eckstein et al, *Conferring legal personality on the world’s rivers: A brief intellectual assessment*, in “Water International”, 44 available at: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02508060.2019.1631558>;
- Francesco (24 maggio 2015), Lett. enc. *Laudato si*, *Sulla cura della Casa comune*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano;
- Gagnon, G. (2013), *American Indian Law: a discourse on Chthonic Law*, in “North Dakota Law Review”, 89;
- Glenn, H.P. (2014), *The legal Tradition of the World, sustainable diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford;
- Goldsmith, E. (1992), *The Way: an Ecological World View*, Rider, Londra;
- Gorla G. (1948), *Commento a Tocqueville, “L’idea dei diritti”*, Giuffré, Milano;

- Ispra (1987), *Il Rapporto Brundtland*, reperibile alla pagina web:
<https://www.isprambiente.gov.it/files/agenda21/1987-rapporto-brundtland.pdf/view>;
- Janssen, A., Wang, J. (2021), *Punitive damages under the new Chinese Civil Code – a critical and comparative analysis*, in “Asia Pacific Law Review”;
- Jefferson, T. (1984), *The earth belongs to the living*, To James Madison, in M. Peterson (ed.) *Writings*, The Library of America, New York;
- Li, G. (2017), *Tutela ambientale e responsabilità sociale d’impresa nel diritto cinese contemporaneo*, in “Riv. trim. dir. proc. civ.”, 4;
- Liu, E. et al. (2024), *China, Class Actions*, in “The Legal 500, Country Comparative Guides”, reperibile al seguente link:
https://www.legal500.com/guides/chapter/china-class-actions/?export-pdf&_gl=1*_aqxutz*_up*MQ..*_ga*MTU2OTI4NDc1Ny4xNzE3ODYwNzQy*_ga_JFNJC5V947*MTcxNzg2MDc0Mi4xLjAuMTcxNzg2MDc0Mi4wLjAuMA;
- Marchisio, E. (2020), *Brevi note su contratto, impresa e mercato nella dottrina sociale della Chiesa*, in “Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, reperibile al link (<http://www.statoechiese.it>);
- Mirow, M.C. (2001) *Kennevick Man, Identity, and the Failure of Forensic History*, in A. Wijffels (ed.), *History in Court, historical Expertise and Methods in a Forensic Context*, in “Studia Forensia Historica”, 3;
- Pace, A. (2018), *Ricerca della felicità e felicità comune: Jefferson e Robespierre*, in “L’uomo e la ricerca della felicità, Seminario, Roma, 15 febbraio 2018”, disponibile al seguente link:
https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/biblioteca/Luomo_e_la_ricerca_della_felicit.pdf;
- Persano, P. (2021), *Thomas Jefferson: un repubblicanesimo “generazionale”*, in “Rivista di Diritti Comparati”, 1;
- Pirandello, L. (1918), *Il fu Mattia Pascal*, Fratelli Treves, Editori, Milano;
- Pontificio Consiglio Della Giustizia E Della Pace (a cura di) (2004), *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana;
- Ponzanelli, G. (1983), *I Punitive Damages nell’esperienza nordamericana*, in “Rivista di Diritto Civile”, 29;
- Ponzanelli, G. (2003), *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in “Il Foro italiano”, 126;
- Pound, R. (1954) *Roman Law in China*, in “L’Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker”, Giuffrè, Milano;

- Rodotà, S. (2014) *Solidarietà, un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari;
- Sacco, R. (1988), «Cina», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, II, Utet, Torino;
- Scarchillo G. (2009), *Il commerce équitable in Belgio e Francia*, in F. Pernazza (ed.) *Il commercio equo e solidale, Principi, regole, modelli organizzativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli;
- Scarchillo, G. (2016), *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L’arbitrato commerciale in Cina*, in “Contr. impr. Eur.”, 1;
- Scarchillo, G. (2018), *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in “Contratto e impresa”, 1;
- Scarchillo G. (2019), *Class Action, Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, Giappichelli, Torino;
- Scarchillo, G. (2024), *Class Action, Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, Giappichelli, Torino;
- Scarchillo, G., Schioppa, A. (2023) A., *Modelli teorici e radici culturali: una riflessione sugli esiti emergenziali tra occidente ed oriente*, in “Roma e America. Diritto Romano comune online”, 1, available at: <https://www.romaeamerica.it/2023/10/26/gianluca-scarchillo-alessandro-schioppa-modelli-teorici-e-radici-culturali-una-riflessione-sugli-esiti-emergenziali-tra-occidente-ed-oriente/>;
- Schipani, S. (2009), *Diritto romano in Cina*, in “XXI Secolo, Enc. Treccani”, reperibile al link: https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_%28XXI-Secolo%29/ .
- Schipani, S. (2020), *Via dei Codici civili e Codice civile cinese*, in “Roma e America”, 41;
- Senatore, G. (2022), *Il Capitale umano e il capitale sociale*, in L. De santoli, F. Manes, G. Senatore (ed.), “Corso interdisciplinare ‘Scienze della Sostenibilità’, Sintesi dei contributi 2021”, Sapienza Università Editrice, Roma;
- Timoteo, M. (2022), *Il codice civile cinese: un punto dentro una linea*, in “Rivista Diritti Comparati”, 3;
- Toffoletto, A. (2015), *Note minime a margine di Laudato sì*, in “Le Società”, 11;
- Toti, E. (2019), *La protezione dell’ambiente nella codificazione cinese*, in “Roma e America. Diritto Romano Comune”, 40;

- Toti, E. (2016), *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese, VIII – Legge sulla tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino;
- Toynbee, A. (1984), *Storia e Religione, Alle radici delle civiltà*, Rizzoli Editore, Milano;
- Treccani, «Entropia», in *Vocabolario on line*, reperibile alla pagina web:
<https://www.treccani.it/vocabolario/entropia/>;
- Wigley, R.W. (2015), *Trends in Class Action-Type Public Interest Litigation in China*, in *China Law Insight*, 29 maggio 2015, disponibile al link:
<https://www.chinalawinsight.com/2015/05/articles/intellectual-property/trends-in-class-action-type-public-interest-litigation-in-china/>;
- World Commission on Environment and Development (1987), *Our Common Future*, disponibile al link:
<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>;
- Xin Chunying (2014), *Zhonghua Renmin Gongheguo huanjing baohu fa shiyi*, Falü Chubanshe, Beijing;
- XU, D. (2021), *Il modello cinese di codificazione civile*, in O. Diliberto et al. (ed.), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, (traduzione di) M. Huang, (introduzione di) D. Xu, Pacini Editore, Pisa;
- You, W. et. al. (2023), *Types of Environmental Public Interest Litigation in China and Exploration of New Frontiers*, in “International Journal of Environmental Research and Public Health”, 20;
- Zagrebelsky, G. (2017), *Diritti per forza*, Einaudi, Torino;
- Zweigert, K., Kötz, H. (1998), *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffré, Milano;

11. La consuetudine nel diritto cinese.

Alcune riflessioni

Prof. Enrico Toti

SOMMARIO: 11.1. Introduzione – 11.2. La consuetudine. Dalla Cina imperiale al Codice civile cinese – 11.3. L'art. 10 del Codice civile cinese – 11.4. La dicotomia diritto consuetudinario e consuetudine *de facto* – 11.5. La Corte Suprema del Popolo – 11.6. Conclusioni

11.1. Introduzione

Il tema della consuetudine nel diritto cinese rappresenta una questione di particolare rilevanza e complessità, tema che ha le sue radici nelle profonde trasformazioni sociali e giuridiche della Cina. La consuetudine, difatti, intesa come pratica abituale adottata dalla collettività dei consociati, è stata oggetto di un lungo processo di evoluzione e successiva codificazione per giungere all'attuale sistemazione nell'art. 10 del Codice civile cinese: "Le controversie civili si risolvono a norma di legge o, in mancanza, possono trovare applicazione le consuetudini, purché non in contrasto con l'ordine pubblico o il buon costume"³⁵⁴.

La breve analisi si articola in una disamina per punti, sia ben chiaro, delle fonti e degli orientamenti giurisprudenziali, nonché delle opinioni dottrinali che hanno contribuito a definire il ruolo della consuetudine in Cina, le differenze tra consuetudine *de facto* e consuetudine riconosciuta dallo Stato (*customary law*), i profili processuali connessi alla prova della consuetudine, un onere che grava sulla parte che ne rivendica l'applicazione. Si esploreranno, infine, le modalità attraverso le quali i giudici cinesi verificano l'esistenza e il contenuto specifico della consuetudine.

³⁵⁴ Per la traduzione in lingua italiana del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, cfr. OLIVIERO, DURSI, MASI, 2023.

11.2. La consuetudine. Dalla Cina imperiale al Codice civile cinese

Storicamente la Cina ha esibito una evoluzione normativa assolutamente eccezionale che ha preso inizialmente avvio dalla dicotomia tra il *li* (禮) ed il *fa* (法)³⁵⁵. Solo successivamente il rapporto tra diritto consuetudinario e diritto positivo mutò e diventò foriero di maggiori complessità. Motivo di tale complessità era costituito dal fatto che, tradizionalmente, il diritto scritto non costituì altro che la positivizzazione di comportamenti sentiti come moralmente necessari e la consuetudine era, quantomeno rispetto al diritto civile, in un ruolo predominante³⁵⁶. Conferma ne è data dai decreti imperiali che intervenivano ad escludere espressamente l'applicabilità degli usi stante, dunque, la loro applicabilità generale.

A partire dalle guerre dell'oppio, il sistema iniziò ad incontrarsi e scontrarsi con i modelli occidentali e attuò un profondo mutamento³⁵⁷. Vennero sempre più, difatti, implementati concetti giuridici occidentali e sempre più vivo il dubbio riguardo ad una possibile codificazione del diritto civile³⁵⁸. Come è noto, già nell'ultimo periodo della dinastia Qing³⁵⁹ è rinvenibile una volontà di codificazione che, lungi dall'essere una codificazione di usi passati, si qualifica, diversamente, come un vero e proprio tentativo di legiferare su istituti nuovi, scoperti anche grazie all'incontro con il diverso, il diritto straniero. Il progetto, tuttavia, fallì³⁶⁰.

³⁵⁵ GAMBARO, SACCO, 2008, p. 361.

³⁵⁶ LI, LIU, 2021, p. 124.

³⁵⁷ LIN, 2019, p. 442.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ Nelle ricostruzioni storiche sulla codificazione del diritto civile cinese si concorda nell'indicare nel 6 aprile 1902 il primo fermo proposito di rinnovamento e di consenso alla recezione di modelli stranieri. Si adduce a testimonianza il Decreto imperiale della dinastia Qing che nominava una commissione atta a strutturare una codificazione del diritto dapprima penale, in seguito anche civile, per inserire la Cina nel processo di ammodernamento che agli inizi del secolo aveva coinvolto il mondo intero in tutti i campi e spiccatamente in quello giuridico. Furono nominati commissari giuristi cinesi che avevano studiato in Giappone e in Occidente. sull'argomento v. anche: SCHIPANI 2017, pp. 7-34, TIMOTEO 2017, pp. 35-46.

³⁶⁰ LI, LIU, *ibid.*, pp. 124 -125.

La consuetudine venne inclusa nell'art. 1 della *"Bozza del Codice civile del grande Qing"*, testo pedissequamente seguito nello sviluppo della legislazione tardo-imperiale e successivamente nella legislazione Repubblicana³⁶¹. La dottrina cinese dell'epoca interpretava questo articolo sostenendo che, nel giudicare il caso concreto, la legge doveva essere fonte primaria e che alla consuetudine ci si potesse riferire solo in via residuale³⁶². Alcuni autori sostenevano persino che, in mancanza di una specifica legge scritta, la consuetudine stessa doveva aver forza di legge³⁶³.

A partire da quel momento si ebbe un nuovo tentativo di codificazione che, similmente, aveva come scopo ultimo la creazione di leggi innovative, con una più profonda influenza sull'assetto Costituzionale e maggiori attenzioni ai diritti dei nuovi "cittadini". Questo codice, pubblicato nel 1930, avrà l'onore di essere considerato dai contemporanei come uno dei migliori codici dell'epoca, e risulterà particolarmente innovativo nell'area Asiatica³⁶⁴. È doveroso

³⁶¹ *Ibid.*, p. 135.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*, p. 136.

³⁶⁴ TSUNG, FU 2011, pp. 389-432: 400, 401: "The Nationalist Civil Code primarily adopted foreign laws with only small number of traditional laws. The legislator, Wu Jing-xiong, stated that "if you read the new Civil Code from Article one through Article 1225 carefully and compared them with German and Swiss civil codes, you would find that 95 percent these articles were either completely copied or slightly revised based on these foreign civil codes." Professor Mei Zhong-xie also noted that "the contemporary Civil Code consisted of 60-70 percent German law and 30-40 percent Swiss law, with small percentage of French, Japanese, and Soviet Russian laws." Professor Zhan Sen-Lin pointed out that "the Taiwan Civil Code mainly took reference to German Civil Code 1900, Swiss Law of Obligations 1861 and Swiss Civil Code 1912. In addition, the French Civil Code 1804 and Japanese Civil Code 1898 also influenced Taiwan's Civil Code to receive. Accordingly, Taiwan Civil Code was a product of reception of European continental law." The reliance on German law is revealed in, both the form and substance of the Taiwan's Civil Code. As far as the form of the Code is concerned, the Nationalist civil code provided the chapter of General Principles with the subject, the object, and juridical act, which was the format of the German Civil Code. With regards to the substance of provisions, the General Principles of the Code and the Law of Obligations were almost the same as those provided in the German Civil Code 1900. In addition, the Nationalist Civil Code followed the Swiss Civil Code in that it combined civil and commercial laws in one civil code without an addition of another commercial code. During the process of drafting a civil code in China, no legal disputes over codification or sources of law emerged as was the case in Japan. According to Professor Wang Tze-

sottolineare che, nonostante le profonde influenze delle leggi e della giurisprudenza straniera, nella redazione del codice, ricoprirono un ruolo centrale anche la consuetudine e la tradizionale legge feudale cinese³⁶⁵. È da notare nondimeno, che, fino alla prima codificazione del 1930, non esisteva alcuna norma che distinguesse tra la fonte positiva e quella consuetudinaria, sicché le due coesistevano in un rapporto di reciproca limitazione. L'evoluzione del loro rapporto è stata variamente descritta come “confucianizzazione della legge” o “legalizzazione del confucianesimo”³⁶⁶. Le sorti del codice in Cina, con la caduta della Repubblica di Cina, sono note e, nel periodo comunista, il codice e le leggi precedenti verranno variamente abrogate.

Il Codice civile attualmente in vigore è stato ultimato solo nel 2020 ad opera del Presidente Xi³⁶⁷.

Secondo la dottrina, il cambiamento della disposizione da “secondo il diritto consuetudinario” a “secondo la consuetudine” è stato fonte di profonde riflessioni. Parte della dottrina ha sostenuto che tale cambiamento letterale, era da interpretarsi nel ruolo svilito della consuetudine; altra parte della dottrina diversamente ha affrontato la questione, approfondendo, piuttosto, la necessità di non confondere il diritto consuetudinario cinese con il diritto consuetudinario occidentale. Il dato normativo presenta, dunque, una distinzione concettuale, ma anche uno spostamento della funzione delle norme consuetudinarie, che riflette il graduale indebolimento della forza vincolante della consuetudine indebolimento iniziato al termine della dinastia Qing alla Repubblica cinese³⁶⁸.

chien, “the reason was that it received the Continental law under the influence of Japan,” and “the issue of accepting foreign laws was decided by the government since most citizens were unaware of or indifferent to the reception, and that no strong legal profession existed to challenge the decision. As a consequence, draft process of the Civil Code did not encounter any strong opposition in China”; v. anche AJANI, LUTHER 2009.

³⁶⁵ LIN, *ibid.*, 2019, p. 445.

³⁶⁶ WU 1968, p. 394.

³⁶⁷ Cfr:

https://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html.

Di particolare importanza per questo codice i contributi dottrinali di Wang Liming.

³⁶⁸ LI, LIU, *ibid.*, p. 136.

È interessante, infine, sottolineare che parte della dottrina urgeva per la compilazione di una raccolta degli usi e consuetudini rilevanti nelle varie province cinesi. Questo progetto, di indubbia utilità, non verrà mai compiuto, nonostante i vari tentativi di riproposizione³⁶⁹.

11.3. L'art. 10 del Codice civile cinese

La disposizione è di fondamentale importanza in quanto, fino a questo momento, la consuetudine non era normativamente prevista³⁷⁰. Il giudice aveva, tuttavia, il potere di risolvere le controversie applicando la consuetudine, ma ciò avveniva all'infuori di una cornice normativa specifica. Con l'introduzione di questa disposizione, diversamente, la consuetudine trova una sua precisa collocazione.

Dall'analisi del dato testuale appare chiara la volontà del legislatore di far applicare la consuetudine in via residuale. Infatti, si prevede che il giudice "*possa (keiyi)*" applicare la consuetudine e non è invece previsto che il giudice "*debba*" applicarla. Diversa l'impostazione seguita dal Cod. civ. di Taiwan in cui l'art.1 dispone che: "Se non esiste una legge applicabile per una causa civile, la causa deve essere decisa secondo la consuetudine. In mancanza di tali consuetudini, la causa sarà decisa in base alla giurisprudenza"³⁷¹.

La differenza tra i due testi normativi è evidente e risulta di particolare impatto tenendo in considerazione l'importanza che il Codice e la dottrina di Taiwan hanno avuto ed hanno sull'ordinamento cinese³⁷².

È necessario ora soffermarsi sulla volontà del legislatore cinese di lasciare la decisione sull'applicabilità o meno della consuetudine alla valutazione discrezionale del giudice piuttosto che alla valutazione in

³⁶⁹ LI, LIU, *ibid.*, p. 137.

³⁷⁰ Art. 10 Cod. Civ. cin.

³⁷¹ Art. 1 Cod. civ. Taiwan: "*If there is no applicable act for a civil case, the case shall be decided according to customs. If there is no such custom, the case shall be decided according to the jurisprudence.*" Cfr: <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=B0000001>.

³⁷² Si ricordi infatti che il codice del 1930 è tuttora in vigore a Taiwan, con le ovvie e necessarie modifiche, e si è rivelato di particolare importanza sia per i giuristi cinesi che per la compilazione del nuovo codice; e.g. la scuola giuridica taiwanese è di influenza tale che molti giuristi cinesi decidono di svolgere una parte dei loro studi nell'isola.

astratto della stessa legge. Tale scelta si può spiegare, a mio parere, perché un giudizio, prognostico più che definitivo, è utile per verificare la presenza di consuetudini applicabili al caso concreto, e verificare se, la consuetudine presente e applicabile, sia effettivamente tale indistintamente per tutti. Si deve, infatti, tenere in considerazione la diversità culturale presente all'interno della Cina, ben più vasta di Taiwan, con migrazioni interne significative, nonostante il sistema degli *hukou* (户口)³⁷³. Pertanto, una consuetudine, presente e seguita pedissequamente in una determinata provincia, può risultare non utile a giudicare il caso concreto. A queste medesime conclusioni giunge anche Shen Deyong, il quale sostiene che: “La Cina è un paese dal territorio molto esteso, con una storia antichissima e molte etnie presenti [...] con differenti etichette e consuetudini e costumi; ogni località ha le sue consuetudini, divergenti ed intricate tra loro; le condizioni interne del paese sono le più disparate”³⁷⁴.

Su questa base è facile comprendere come un'applicazione meccanica della consuetudine, specie in un paese in cui la tradizione di diritto positivo è particolarmente giovane, potrebbe risultare più foriero di danni che di benefici.

In realtà, al di là delle dimensioni territoriali, le ragioni addotte per la Cina, allargando lo sguardo ben oltre, hanno comportato problematiche simili in ogni angolo del mondo; affrontate in tempi e modi debiti, nella codificazione occidentale si è pervenuti a considerare la consuetudine una regola sociale da osservare in maniera costante e uniforme, quindi una fonte particolare del diritto civile³⁷⁵.

Per accogliere tale impostazione nel Codice civile cinese, il legislatore ed i sostenitori della codificazione si sono addossati la responsabilità di individuare le diverse molteplici condizioni che determinano l'utilizzo della consuetudine o che si riferiscono al particolare comportamento tradizionale tramandato di generazione in generazione nei centri e nelle periferie di un paese di così vasta

³⁷³ Per una spiegazione sul sistema dell'*hukou* e le limitazioni che esso comporta alle persone, e in special modo ai lavoratori, cinesi si legga: CHAN 2019, pp. 59-79; cfr: https://www.researchgate.net/publication/324106192_China's_Hukou_System_at_60_Continuity_and_Reform.

³⁷⁴ SHEN 2017, p. 164; disponibile on line al sito: <https://www.chinalawtranslate.com/en/shen-deyong-talks-evidence/>.

³⁷⁵ TOTI 2020, p. 183.

estensione territoriale. A tale esigenza è stata affiancata una condizione ritenuta intimamente connessa con una simile fonte di diritto, per la Cina causa anche di criticità da dipanare. Si tratta della condizione che nell'art. 10 del Codice civile è così espressa: “a patto che le norme consuetudinarie non violino ordine pubblico e buon costume”.

Continuiamo la nostra breve digressione. L'art. 2 del Cod. civ di Taiwan contiene una disposizione del tutto simile al prosieguo dell'art. 10 del Cod. civ. cin.: “Solo le consuetudini che non sono contrarie all'ordine pubblico o alla morale devono essere utilizzate in una causa civile”.

Se le disposizioni risultano simili sono, nondimeno, diversi i risultati a cui si giunge. La valutazione sull'applicazione della consuetudine civile, nella Repubblica Popolare Cinese, deve prendere in considerazione l'ordine pubblico ed il buon costume³⁷⁶, le virtù tradizionali e, infine, anche i valori fondamentali socialisti³⁷⁷. Questo in quanto i valori fondamentali socialisti sono imprescindibili nel sistema odierno e contribuiscono a delineare le fattispecie cui è possibile applicare la consuetudine. Questa valutazione è finalizzata, pertanto, a rafforzare la legittimità e la persuasività delle conclusioni complessive del giudizio del giudice e ad avvicinare la tradizione con gli odierni valori che, in diversi casi, risultano vicini a valori tradizionali.

Sebbene la Corte Suprema del Popolo abbia emesso una opinione guida dal titolo: “Ulteriore promozione dell'integrazione dei valori fondamentali del socialismo nell'interpretazione e nella motivazione dei documenti giudiziari”³⁷⁸, che fornisce diverse indicazioni specifiche, nondimeno la valutazione da parte dei giudici risulta particolarmente complessa. Nell'opinione guida la Corte ha, infatti, stabilito che: “Nelle cause civili e commerciali in cui non esistono

³⁷⁶ Shen Deyong insiste sul comma: “[...] a patto che le norme consuetudinarie non violino ordine pubblico e buon costume» per dar risalto all'intervento politico che ha dato vita al Codice, nella volontà di promuovere «sentenze legittime che non operino contra legem, contro l'ordine pubblico ed il buon costume cinese”. SHEN, *ibid.*, p. 165.

³⁷⁷ LIU C. 2022, p. 83.

³⁷⁸ 最高人民法院印发《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》的通知 (*Further Promoting the integration of socialist core values into the interpretation and reasoning of adjudication documents*).

documenti legali normativi che fungano da base diretta per una decisione, oltre ad applicare la consuetudine, il giudice dovrebbe essere guidato dai valori fondamentali socialisti e prendere le disposizioni legali più simili come base per una decisione; se non esistono disposizioni legali più simili, il giudice dovrebbe prendere una decisione giudiziaria in conformità con lo spirito della legislazione, lo scopo della legislazione e i principi della legge, ecc. illustrare le premesse e le motivazioni della decisione”.

Nell’opinione guida presa in esame i valori socialisti vengono assunti a punti di riferimento dell’intero sistema giuridico cinese, sia in presenza di una legge scritta che in assenza della stessa, ciò in accordo con il lavoro ermeneutico precedentemente svolto dalla stessa Corte e dai manifesti politici pubblicati da alcuni Presidenti (si segnala in particolare il Pensiero di Xi Jinping).

Nonostante questo, come si è detto, alcune fonti menzionano come difficoltà nell’interpretare conformemente ai valori socialisti il rilevante grado di astrattezza che i valori socialisti intrinsecamente hanno e, pertanto, la difficoltà nel ricondurli al caso concreto³⁷⁹. Questo perché, i valori socialisti fondamentali, presentando un elevato grado di astrazione, non hanno un ambito di applicazione definito e preciso, rendendo così impervia una loro sussunzione; oltretutto, essi offrono scarsi elementi per dirimere questo problema, stante la loro funzione prevalentemente filosofica, ed i modi in cui essi debbano essere applicati nel caso concreto risulta, spesso, non chiara³⁸⁰.

Per quanto riguarda l’ordine pubblico è necessario prendere, nuovamente, in considerazione le dotte conclusioni di Shen Deyong: “[...] si ritiene che per ordine pubblico debba intendersi l’esistenza di una società che nel paese opera per il progresso secondo un ordine normale e necessario [...] cioè secondo un sistema basato sulla libertà di opinione, di stampa, di culto, sino a comprendere il sistema della proprietà privata e delle successioni. Per buon costume deve intendersi l’esistenza di una società che nel corso del suo sviluppo rispetti la morale normale e necessaria. Una consuetudine che violi tali regole non solo è in conflitto con i principi etici, ma reca danni all’ordine

³⁷⁹ LIU, *ibid.* p. 86.

³⁸⁰ *Ibid.*

stabilito dalla legge; pertanto, non dovrebbe essere riconosciuta in alcun paese”.

Dopo aver trattato della disposizione da un punto di vista sostanziale, è necessario anche analizzare brevemente come la consuetudine venga applicata da un punto di vista processuale. La valutazione in merito all’applicazione della consuetudine per giudicare il caso concreto può essere svolta dal giudice d’ufficio ovvero su richiesta delle parti³⁸¹. I risultati cui si giunge sono, nondimeno, particolarmente differenti: nel primo caso, difatti, il giudice, dopo aver riscontrato un vuoto normativo, se ritiene presente una consuetudine applicabile, giudica il caso in base a essa; le parti, diversamente, possono fare richiesta al giudice di decidere secondo la consuetudine, ma il giudice valuterà preventivamente l’esistenza di una legge, o altra fonte giuridica che disciplina la materia in concreto, e solamente in caso contrario procederà a una valutazione di opportunità sulla decisione secondo consuetudine³⁸². In ogni caso le parti dovranno provare che il determinato caso è regolato dalla determinata consuetudine prospettata, sulla base della regola “la prova spetta a chi afferma”³⁸³.

Dopo aver sommariamente analizzato il dato testuale della disposizione è ora utile un breve *excursus* analitico sulla giurisprudenza, per verificare l’incidenza della consuetudine nelle controversie cinesi. È possibile osservare come, specialmente nelle province rurali, per pronunciare su casi relativi a comportamenti tradizionali e condivisi dai consociati, quantomeno nel luogo della decisione, trovi spesso, una sua dimensione la consuetudine. Il caso che appare più frequente è quello relativo al prezzo da pagare della sposa³⁸⁴, una sorta di dote rovesciata dove è il futuro marito a dover pagare alla famiglia della sposa una sorta di “corrispettivo” per la possibilità di sposarla. In queste controversie, frequentemente, si ricorre alla consuetudine agli usi per colmare un vuoto legislativo dovuto alla rarità di tali pratiche nella Cina odierna e, pertanto, alla

³⁸¹ LI, SI 2022, p. 41.

³⁸² *Ibid.*, p. 42.

³⁸³ SHEN 2017, p. 164.

³⁸⁴ Il punto è trattato in modo esteso nei seguenti tre articoli: HOU, G., HE, J. 2021, p. 46. LIU C., *ibid.* pp. 71-95; LI, SI, *ibid.*, pp. 4-30.

non necessità di legiferare in materia. Ciò è, peraltro, dovuto alla descritta situazione circostanziata e non sembrano possibili applicazioni in via generale della consuetudine. Il Codice su questo punto è chiaro. Pertanto, lo spazio affidato alla consuetudine, nel diritto cinese contemporaneo, appare quantomai circoscritto. Questo in particolar modo se si prende in considerazione la vivacità legislativa che ha contraddistinto la Repubblica Popolare, appare chiaro che, alla consuetudine, verrà riservato un ruolo sempre più marginale.

11.4. La dicotomia diritto consuetudinario e consuetudine *de facto*

È ora necessario ora indagare quali, in funzione dell'art. 10 del Cod. civ. cin., gli elementi della consuetudine.

Parte della dottrina ritiene sufficiente che la consuetudine venga seguita in concreto dai consociati e che, pertanto, vi sia la *diuturnitas*, la ripetizione del comportamento da parte della collettività³⁸⁵. La consuetudine così determinata viene definita *consuetudine de facto* proprio perché, sebbene non riconosciuta dallo Stato, presenta sicuramente l'aspetto della *diuturnitas* e, marginalmente, anche l'*opinio iuris ac necessitatis*, che si potrebbe argomentare dalla ripetitività del comportamento tenuto. Nondimeno, l'ipotesi appena delineata è minoritaria in dottrina e non convince appieno. Dobbiamo infatti ricordare che è opinione pacifica, tanto nella generalità dei diritti privati nazionali, quanto nel diritto internazionale³⁸⁶, che la consuetudine debba essere un comportamento costante, "una pratica generale" accettata come diritto dai consociati. L'*opinio iuris* è fondamentale tanto quanto la *diuturnitas* e senza questo elemento non sarebbe possibile, concretamente, qualificare un comportamento come consuetudine avente valore legale, ma risulterebbe un semplice comportamento seguito per ragioni morali o materiali. Questa esposta è la tesi sostenuta anche da Shen Deyong che richiama il noto giurista Wang Liming per indicare gli elementi che in Cina determinano la

³⁸⁵ LIU, Z. 2020, p. 12.

³⁸⁶ LUZZATO, pp. 57-60.

consuetudine: “i) la durata nel tempo, la reiterazione, la certezza intrinseca di essa [...]; la caratteristica di regole di comportamento”³⁸⁷.

A tesi contraria giunge, diversamente, la Corte Suprema che, come vedremo a breve, richiede la presenza esplicita della sola *diuturnitas* per la qualificazione di un comportamento come consuetudine *ex art.* 10. Per completezza si riporta che diversi autori richiedono, diversamente, un elemento ulteriore, il riconoscimento statale. Seppur opera gravosa per lo Stato, nondimeno risulterebbe di particolare utilità per i professionisti del diritto che avrebbero modo di consultare un possibile elenco di consuetudini riconosciute e avente valore legale. Questa tesi che qualifica la consuetudine come diritto consuetudinario rischia forse di snaturare il concetto stesso di consuetudine e tuttavia renderebbe più certo, e dunque più efficace il diritto.

Le differenze di disciplina tra la consuetudine *de facto* e il diritto consuetudinario sono evidentissime come riportato da autorevole dottrina³⁸⁸ che: “[...] i) l’una sia un fatto e l’altra una consuetudine avente valore legale; ii) l’una sia comune alla comunità [dove essa viene seguita e praticata] e l’altra sia riconosciuta dallo Stato; iii) l’una debba essere invocata dalle parti stesse, mentre l’altra debba obbligatoriamente essere applicata dal giudice”³⁸⁹.

È possibile intravedere, un rischio di “chiusura” rispetto a nuovi fenomeni consuetudinari, visto che la compilazione di documenti di siffatto genere non è né semplice né rapida, e si rischierebbe pertanto (come l’Inghilterra post chiusura del registro dei *writs*) una stasi dell’opera innovativa del fenomeno consuetudinario. Il rischio esiste, ma, data la marginalità del medesimo e la continua innovazione del diritto positivo cinese, appare alquanto marginale.

³⁸⁷ SHEN 2017, disponibile on line al sito: <https://www.chinalawtranslate.com/en/shen-deyong-talks-evidence/>.

³⁸⁸ PENG, pp. 24-34.

³⁸⁹ “(1) one is a fact and the other is a law; (2) one is common to the community and the other is recognized by the State; and (3) one must be invoked by the parties themselves, and the other is obligatory to be applied by the judge.”

11.5. La Corte Suprema del Popolo

Dopo aver riportato le diverse posizioni della dottrina, è infine, fondamentale analizzare le novità che ha introdotto la Corte Suprema del popolo in relazione alla consuetudine³⁹⁰.

Il 24 febbraio del 2022, il Comitato giudiziario della Corte Suprema del Popolo ha adottato un'interpretazione sull'applicazione di alcune disposizioni del Codice civile³⁹¹, tra le quali rientra anche l'art. 10. L'art. 2 dell'Interpretazione stabilisce infatti che: "Le consuetudini popolari, le pratiche comuni e così via, che sono generalmente osservate dalla gente comune nell'esercizio di attività civili per un lungo periodo di tempo all'interno di una certa regione o settore, possono essere identificate come consuetudini, come previsto dall'articolo 10 del Codice Civile. Quando le parti discutono sull'applicazione delle consuetudini, devono fornire prove sulle consuetudini e sul loro contenuto specifico; se necessario, i tribunali del popolo possono chiarire in base alla loro autorità. L'applicazione della consuetudine non deve essere contraria ai valori fondamentali del socialismo e non deve andare contro l'ordine pubblico e il buon costume"³⁹².

³⁹⁰ Non è possibile in questa sede aprire una finestra sul dinamismo che ha contraddistinto la Corte Suprema, specialmente negli ultimi anni, e che ha portato diversi autori a chiedersi se si stesse verificando uno spostamento verso funzioni più proprie di corti di Common law. Sull'argomento si legga: Stanford's China Guiding Cases, cfr: <https://law.stanford.edu/china-guiding-cases-project/> in particolare l'edizione di giugno 2018; e Finder 2017.

³⁹¹ Ai sensi del Regolamento sui lavori del comitato giudiziario della Suprema Corte del Popolo del 1993, esso è autorizzato a riassumere le maggiori linee giurisprudenziali, nonché offrire un'interpretazione su questioni ad esso sottoposte dal Presidente o Vicepresidente della Suprema Corte. Interpretazione dal titolo: "Interpretation of Several Issues Concerning the Application of the General Provisions of the Civil Code of the PRC" disponibile online al sito: <https://www.chinalawtranslate.com/en/%E5%85%B3%E4%BA%8E%E9%80%82%E7%94%A8%E3%80%8A%E4%B8%AD%E5%8D%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E6%B0%91%E6%B3%95%E5%85%B8%E3%80%8B%E6%80%BB%E5%88%99%E7%BC%96%E8%8B%A5%E5%B9%B2%E9%97%AE/>.

³⁹² "Popular customs, common practices, and so forth that are generally observed by ordinary people when engaging in civil activities over a long period of time within a certain region or industry, can be identified as customs as provided for in Article 10 of the Civil Code. Where parties argue to apply custom, they shall provide evidence on the custom and its specific content; and when necessary, the people's courts may clarify in accordance with their authority. The application of custom must not be contrary to the Core Socialist Values and must not go against public order and good custom.". cfr:

La Corte, in primo luogo, chiarisce il concetto giuridico di consuetudine, identificando sia le pratiche abituali tra le parti di una transazione (gli usi commerciali), sia le pratiche comunemente adottate. Per quanto concerne queste ultime, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 10 esclusivamente quelle pratiche osservate in modo continuativo dalla generalità dei consociati in un determinato settore commerciale o industriale. La Corte pone l'accento sull'elemento oggettivo della fattispecie, ovvero la ripetizione nel tempo da parte della generalità dei consociati, ma non approfondisce l'elemento soggettivo (*l'opinio iuris ac necessitatis*), non richiedendo che alla *diuturnitas* si accompagni la convinzione che tale pratica sia giuridicamente obbligatoria. In tal modo, si amplia l'ambito di applicazione delle consuetudini. Inoltre, la Corte esamina le implicazioni processuali, stabilendo che l'esercizio della consuetudine comporta un corrispondente onere probatorio. La parte che invoca l'applicazione della consuetudine al caso specifico deve fornire al giudice prova della sua attuale esistenza e del suo contenuto specifico.

Si era a lungo discusso, in dottrina, se gli usi commerciali potessero essere inclusi nella consuetudine di diritto civile o se fossero da considerare una categoria a parte, data la loro importante utilizzazione e il loro sviluppo particolarissimo. Si è scelto in questo articolo di non analizzare lungamente la questione dato che sembra ormai pacifico, a seguito della decisione della Corte, che essi non siano da considerare come diversi dalla consuetudine di diritto civile e che ad essa debbano essere inglobati.

11.6. Conclusioni

In sintesi, il ruolo della consuetudine nel diritto cinese è stato oggetto di un lungo e complesso processo di evoluzione, riflettendo le numerose influenze storiche e culturali che hanno plasmato l'ordinamento giuridico della Cina. Dalla prevalenza del diritto consuetudinario nella Cina imperiale fino alla codificazione moderna culminata nel Codice civile del 2020, la consuetudine ha attraversato

<https://www.chinalawtranslate.com/en/%E5%85%B3%E4%BA%8E%E9%80%82%E7%94%A8%E3%80%8A%E4%B8%AD%E5%8D%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E6%B0%91%E6%B3%95%E5%85%B8%E3%80%8B%E6%80%BB%E5%88%99%E7%BC%96%E8%8B%A5%E5%B9%B2%E9%97%AE/>.

un percorso che l'ha vista progressivamente integrata e regolamentata dalla legge scritta. L'art. 10 del Codice civile cinese rappresenta un punto di svolta significativo, sancendo normativamente l'applicabilità della consuetudine in via residuale, purché non in contrasto con l'ordine pubblico ed il buon costume. Questa disposizione offre, pertanto, al giudice una certa discrezionalità nell'applicazione della consuetudine, permettendo una valutazione caso per caso che tiene conto della diversità culturale interna e delle specificità locali. La Corte Suprema del Popolo ha ulteriormente contribuito a chiarire il concetto giuridico di consuetudine, stabilendo che le pratiche comunemente adottate per un lungo periodo di tempo possono essere riconosciute come consuetudini, anche se non accompagnate dall'*opinio iuris*. Tuttavia, l'applicazione della consuetudine deve sempre rispettare i valori fondamentali del socialismo, l'ordine pubblico e il buon costume. Nonostante la consuetudine occupi un ruolo marginale nel diritto cinese contemporaneo, la sua funzione rimane significativa in determinati contesti, specialmente nelle aree rurali e in relazione a pratiche tradizionali non contemplate dalla legislazione moderna.

La continua evoluzione del diritto cinese suggerisce che la consuetudine, pur restando una fonte di diritto secondaria, continuerà a svolgere un ruolo nel colmare i vuoti legislativi e nel fornire soluzioni flessibili alle controversie civili. In conclusione, la consuetudine nel diritto cinese rappresenta una fonte giuridica dinamica e adattabile, la cui applicazione richiede un delicato equilibrio tra tradizione e modernità, tra valori locali e principi legislativi nazionali.

Riferimenti bibliografici

- Ajani, G., Luther, J. (2009), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli.
- Chan, K.W. (2019), *China's Hukou System at 60: Continuity and Reform*, in "Handbook on Urban Development", pp. 59-79.
- Finder, S. (2017), *China's evolving case law system in practice*, in "Tsinghua China Law Review", vol. 9, No. 2, Peking University School of Transnational Law Research Paper No. 17-4.
- Gambaro, A., Sacco, R. (2008), *Sistemi giuridici comparati*, Utet Giuridica, Milano, p. 361.

- Hou, G., He, J. (2021), Identificazione di "consuetudine" nell'articolo 10 del Codice civile del mio Paese (我国《民法典》第10条中的“习惯”之识别), in "Rivista dell'Università di Gansu di Scienze Politiche e Giurisprudenza", 2, p. 46.
- Li, K., Si, Y. (2022), Uno studio empirico sul meccanismo processuale di applicazione giurisdizionale "consuetudinario" dell'articolo 10 del Codice civile, in "Giurisprudenza settentrionale" (北方法学), 4, p. 41.
- Lin, S. (2019), Looking Back and Thinking Forward: The Current Round of Civil Law Codification in China, in "The international lawyer", 52, 3, p. 442.
- Liu, C. (2022), Applicazione giudiziaria degli usi civili nell'era del Codice civile - Analisi degli atti giudiziari che invocano l'articolo 10 del Codice civile (民法典时代民事习惯的司法适用——以援引《民法典》第10条的裁判文书为分析对象), in "Rivista centrale del Forum di Giurisprudenza" (《法学论坛》核心期刊), 3, p. 83.
- Liu, X., Li, S. (2021), Cambiamenti nelle norme consuetudinarie nella storia della compilazione del Codice civile cinese: dalla "Bozza del codice civile della dinastia Qing" al "Codice civile della Repubblica popolare cinese", (我国民法典编纂史上习惯规范的变迁——从《大清民律草案》到《中华人民共和国民法典》), *Diritto civile (民法典)*, 27, p. 124.
- Liu, Z., (2020), La definizione di "consuetudine" nell'articolo 10 del Codice Civile – Un'analisi comparativa avendo come riferimento la regione di Taiwan nel mio Paese (《民法典》第10条中“习惯”的界定——以我国台湾地区为参照的比较分析), in "Giurisprudenza dello stretto" (《海峡法学》), 3, p. 12.
- Luzzato, R., *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, cap. 3.3, pp. 57 - 60.
- Oliviero, D. et al. (2023), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Giappichelli, Torino.
- Peng, C., Sull'applicazione giurisdizionale delle consuetudini nei "Principi generali del diritto civile" (论《民法总则》中习惯的司法适用), in "Legal forum", No. 4 (Vol.32, Ser.No.172), pp. 24 - 34.
- Schipani, S. (2017), Fondamenti romanistici e diritto cinese (riflessioni su un comune lavoro nell'accrescimento del sistema), in "Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja", 110, pp. 7-34.

- Shen, D. (2017), *I Principi generali del Codice Civile della RPC. Interpretazione degli articoli e utilizzo* (Zhonghua Renmin Gongheguo minfa zongze tiaowen lijie yu shiyong), Beijing, p. 164
- Timoteo, M. (2017), *La lunga marcia della codificazione civile nella Cina contemporanea*, in "Buletto dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja", 110, pp. 35-46.
- Toti, E. (2020), *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, in "RomaTrE-Press", p. 183.
- Tsung-Fu, C. (2011) *Transplant of Civil Code in Japan, Taiwan, and China: With the Focus of Legal Evolution*, in "National Taiwan University Law Review, VI/1", March, pp. 389- 432: 400, 401.
- Wu, J.C.H. (1968) *The status of the individual in the political and legal traditions of old and new China*, in "Moore, C. A. The Status of the Individual in East and West", Honolulu: University of Hawaii Press, p. 394.

12. Note sulla responsabilità civile dell'appaltatore del progetto di costruzione nel Codice Civile Cinese

*Yuzhi Xu**

SOMMARIO: 12.1. Premessa. Sistema di responsabilità civile dell'appaltatore di costruzione di beni immobili nell'ordinamento cinese – 12.2. Modello unitario di rimedi per l'inadempimento che incorpora la garanzia per i vizi *ex art. 801 c.c.c.* – 12.3. Natura giuridica della responsabilità *ex art. 802 c.c.c.* – 12.3.1 Tesi della natura aquiliana – 12.3.2. Tesi della natura contrattuale – 12.3.3. Tesi della limitazione temporale della responsabilità – 12.4. Presupposti della responsabilità *ex art. 802 c.c.c.* – 12.5. Considerazioni conclusive

12.1. Premessa. Sistema di responsabilità civile dell'appaltatore di costruzione di beni immobili nell'ordinamento cinese

Il contratto di appalto per la costruzione di beni immobili sta assumendo un ruolo sempre più importante nella società contemporanea.

Diversamente dal Codice Civile Italiano, il contratto in esame, noto come contratto per il progetto di costruzione nel Codice Civile Cinese, è stato considerato un tipo di contratto autonomo e unitario nell'ordinamento cinese fin dalla promulgazione della Legge sui Contratti Economici del 1981³⁹³. Nonostante sia essenzialmente una sottospecie del contratto di appalto³⁹⁴, il legislativo cinese ha fatto questa scelta per via delle peculiarità che il contratto per il progetto di costruzione presenta. Ad esempio, le parti coinvolte in questo tipo di

* *Lecturer* della Zhongnan University of Economics and Law.

³⁹³ Per quanto riguarda la storia della legislazione sui contratti e della codificazione in Cina, v. XU 2021, pp. V-VIII.

³⁹⁴ L'art. 808, che è anche l'ultimo articolo della parte sui contratti per il progetto di costruzione del Codice cinese, prevede chiaramente che "per quanto non previsto nel presente titolo si applicano le disposizioni relative ai contratti d'appalto".

contratto sono principalmente persone giuridiche, le opere oggetto del contratto richiedono notevoli investimenti e tempi di realizzazione prolungati, e il contratto stesso è considerato un negozio giuridico solenne che è sottoposto a rigoroso controllo e supervisione da parte dello Stato³⁹⁵.

Secondo il titolo “*Dei contratti per il progetto di costruzione*” del Codice Civile Cinese, questo tipo di contratto comprende quello per la prospezione, la progettazione (art. 794 c.c.c.), l’esecuzione (art. 795 c.c.c.) e l’affidamento di sovrintendenza (art. 796 c.c.c.) del progetto. Tuttavia, il contratto per l’esecuzione del progetto è chiaramente al centro dell’attenzione del legislatore dello stesso Codice³⁹⁶, il presente lavoro si limiterà, quindi, a esaminare questa specifica sottospecie di contratto per il progetto di costruzione.

Dato che i beni immobili, per loro natura, hanno una durata generalmente lunga e la loro qualità è di importanza cruciale per l’incolumità pubblica e la stabilità sociale, l’adempimento dell’appaltatore del contratto per il progetto di costruzione è sottoposto a un rigoroso controllo, di cui l’art. 802 c.c.c. è proprio un tipico esempio. Si osservi: “Art. 802: Se il progetto di costruzione provochi lesioni personali e danni patrimoniali a causa di un motivo imputabile all’esecutore entro un ragionevole periodo di utilizzo del progetto, l’esecutore è tenuto al risarcimento”.

L’articolo qui riportato, simile all’art. 1669 del Codice Civile Italiano, disciplina una forma specifica di responsabilità per il risarcimento dell’appaltatore. Ciò che risulta interessante è che, come nel caso dell’articolo sopramenzionato del Codice Civile Italiano³⁹⁷, anche questa disposizione è soggetta a diverse controversie nella dottrina e nella giurisprudenza, specialmente riguardo alla natura giuridica di tale responsabilità per il risarcimento.

Oltre all’art. 802 precedentemente citato, esiste anche un’altra disposizione fondamentale, l’articolo 801, che tratta della responsabilità civile dell’appaltatore. Questi due articoli costituiscono insieme il sistema speciale di responsabilità per l’appaltatore del progetto di costruzione.

³⁹⁵ V. Prima Sezione Civile della Corte Suprema del Popolo 2021, p. 128.

³⁹⁶ V. ZHOU 2023, p. 364.

³⁹⁷ V. es. MATTIONI 2017, pp. 1197-1198; CIAN 2020, pp. 1797-1980.

L'obiettivo del presente lavoro è quello di delineare il sistema di responsabilità dell'appaltatore del contratto per il progetto di costruzione nell'ordinamento cinese, nonché di esaminare il rapporto tra gli artt. 801 e 802, con particolare attenzione alla discussione sulla natura della responsabilità stabilita dall'art. 802 nella dottrina e nella giurisprudenza cinese.

12.2. Modello unitario di rimedi per l'inadempimento che incorpora la garanzia per i vizi ex art. 801 c.c.c.

La nostra analisi prenderà le mosse dall'art. 801, un esempio tipico del c. d. modello unitario di rimedi introdotto originariamente dalla Legge sui Contratti per quanto riguarda la responsabilità per il *breach of contract*. Si legge: "Art. 801: Se la qualità del progetto di costruzione non sia conforme al contratto per un motivo imputabile al costruttore, il committente ha diritto di chiedere al costruttore di riparare, rielaborare o ricostruire il progetto senza ulteriori addebiti entro un termine ragionevole di tempo. Se la consegna è ritardata a causa della riparazione, rilavorazione, ricostruzione, il costruttore deve rispondere per l'inadempimento".

Nei contratti per il progetto di costruzione, la prestazione principale dell'appaltatore è consegnare al committente le opere che soddisfano i requisiti di qualità concordati nel contratto³⁹⁸. È opinione pacifica che l'articolo riportato si riferisce alla garanzia per i vizi³⁹⁹. Tuttavia, secondo la dottrina cinese, l'appaltatore, in base di questa disposizione, non assume alcuna responsabilità speciale al di là della responsabilità ordinaria per il *breach of contract*⁴⁰⁰.

Si tratta dell'argomento del rapporto, nella dottrina cinese, tra la responsabilità ordinaria per l'inadempimento e la garanzia per i vizi. Va riportato qui l'art. 582 c.c.c.: "Se la prestazione non sia conforma al

³⁹⁸ L'art. 58 della Legge sulle Costruzioni Edili della Repubblica Popolare Cinese: "Le imprese di costruzione sono responsabili della qualità costruttiva dei loro progetti. Le imprese di costruzione devono eseguire i lavori in conformità con i disegni del progetto e gli standard tecnici di costruzione, senza eseguire lavori scadenti o utilizzare materiali di scarsa qualità. Le modifiche al progetto ingegneristico sono di competenza dell'unità di progettazione originaria e le imprese di costruzione non possono modificarlo senza autorizzazione".

³⁹⁹ V. ZHOU 2023, p. 384; CAO et al. 2021, p. 364.

⁴⁰⁰ V. *Ibid.*; CUI 2015, p. 423; XIE et al. 2022, pp. 149-150; XU et al. 2022, p. 847; SHI 2020, p. 392; WANG 2012, p. 428.

contratto, si risponderà per inadempimento in base all'accordo concluso tra le parti. Se sulla responsabilità per inadempimento non vi sia una disciplina nel contratto o questa non sia chiara e non possa essere determinata secondo le disposizioni dell'art. 510 del presente Codice, la parte lesa può, in considerazione della natura dell'oggetto e secondo il grado di danno, chiedere ragionevolmente all'altra di rispondere per l'inadempimento attraverso la riparazione, la rielaborazione, la sostituzione, la restituzione dell'oggetto, la diminuzione del prezzo o della remunerazione e simili".

Diversamente dalla dottrina tradizionale ⁴⁰¹, l'articolo sopraccennato, incorporando la garanzia per i vizi nella responsabilità per il *breach of contract*, elimina il confine tra di esse e non tratta più la garanzia per i vizi come una responsabilità autonoma ⁴⁰². Questo modello di rimedi, noto come "modello unitario di rimedi per il *breach of contract*" nella dottrina cinese, è influenzato dal *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* e dai *Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. È assolutamente sistematico nel diritto cinese, poiché, a differenza dalla tesi tradizionale e dal primo comma dell'art. 276 del BGB⁴⁰³, l'imputazione del danno (la c. d. *Schadenszurechnung* in tedesco) non costituisce un requisito per la responsabilità per il *breach of contract*, così come la garanzia per i vizi. In altre parole, il debitore è tenuto, ai sensi dell'art. 577 c.c.c., a risarcire i danni per il fatto obbiettivo che esso non adempie gli obblighi contrattuali o l'adempimento non è conforme all'accordo⁴⁰⁴.

Alla disposizione sulla responsabilità in esame, l'art. 12 delle Interpretazioni della Corte Suprema del Popolo delle Questioni Relative all'Applicazione delle Disposizioni nei Casi di Liti in Materia di Contratti per il Progetto di Costruzione I (2020)⁴⁰⁵ aggiunge un'altra

⁴⁰¹ Sul punto, v. CHEN 2015, pp. 41-50; MEDICUS 2007, p. 36.

⁴⁰² V. HAN 2018, p. 555; CHEN 2019, p. 59; CHEN 2016, pp. 161-165; CHEN 2020, pp. 51-52.

⁴⁰³ Sul punto, v. TRABUCCHI 2017, pp. 854-855; LOOSCHELDERS 2014, pp. 183-185; MEDICUS 2003, pp. 235-239; WAGATSUMA 2008, pp. 88-89; CHEN 2011, pp.22-23; WANG 2020, pp. 340-343.

⁴⁰⁴ V. HAN 2018, p. 748; CHEN 2019, pp. 60-64; XU et al. 2022, 635 ; ZHU 2015, pp. 1138-1140.

⁴⁰⁵ Occorre notare che in Cina, le interpretazioni della Corte Suprema del Popolo sono considerate un tipo di fonti del diritto.

forma di rimedi, cioè la diminuzione del prezzo, prevista dall'art. 582 c.c.c. Secondo l'articolo riportato delle Interpretazione, nel caso in cui la qualità del progetto non sia conforme al contratto per un motivo imputabile all'appaltatore che rifiuta di effettuare riparazioni, rielaborazioni o modificazioni, il committente può chiedere la diminuzione del prezzo del progetto.

Va notato che la versione precedente di questa disposizione (pubblicata nel 2004) richiedeva che la non conformità della qualità all'accordo fosse dovuta alla *colpa* dell'appaltatore. La Corte Suprema del Popolo ha riesaminato la disposizione in esame in occasione della codificazione civile e ha ritenuto che il requisito della colpa fosse incoerente con l'orientamento generale sulla responsabilità per l'inadempimento della dottrina e del diritto positivo. Pertanto, la stessa Corte ha sostituito il requisito di *colpa* con quello di *imputabilità* nel senso di causalità oggettiva, il che rappresenta un'evoluzione legislativa che incarna ulteriormente il modello unitario di rimedi per l'inadempimento che incorpora la garanzia per i vizi, tradizionalmente considerata come una forma autonoma di responsabilità contrattuale nei casi di compravendita e appalto⁴⁰⁶. Da questo punto di vista, l'art. 801 assume una funzione simile a quello dell'art. 1667 del Codice Civile Italiano.

12.3. Natura giuridica della responsabilità *ex art. 802*

c.c.c.

Come già detto, la natura giuridica della responsabilità prevista dall'art. 802, di cui il precedente è l'art. 282 della Legge sui Contratti del 1999 ora abrogata, è oggetto di una discussione intensiva nella dottrina.

Prima di tutto, accenniamo alle teorie principali espone dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Queste diverse teorie possono essere classificate in tre tesi principali, vale a dire la tesi della natura aquiliana, della natura contrattuale e della limitazione temporale della responsabilità.

⁴⁰⁶ Sul punto, v. Prima Sezione Civile della Corte Suprema del Popolo 2021, p. 129; ZHOU 2023, p. 385.

12.3.1 Tesi della natura aquiliana

Una parte degli autori sostiene che la responsabilità del risarcimento per l'appaltatore è un tipo di natura aquiliana⁴⁰⁷.

(1) L'opinione che l'art. 802 abbia l'obbiettivo di colmare la lacuna lasciata dalla Legge sulla Qualità dei Prodotti della Repubblica Popolare cinese è condivisa da alcuni autori autorevoli⁴⁰⁸ e sostenuta da una parte della giurisprudenza⁴⁰⁹.

Secondo questa opinione, il terzo comma dell'art. 2 della Legge in esame esclude chiaramente l'applicazione della stessa Legge ai progetti di costruzione, il che significa che il committente non può richiedere all'appaltatore di assumersi la responsabilità aquiliana per la qualità del progetto ai sensi della stessa Legge. L'art. 282 della Legge sui Contratti, cioè il predecessore dell'art. 802 del Codice Civile Cinese, forniva una base legale per tale responsabilità. Pertanto, l'obbiettivo dell'art. 802 sarebbe quello di stabilire un regime di responsabilità extracontrattuale per la qualità del progetto di costruzione parallelo a quello della responsabilità per danno da prodotto difettoso previsto dalla Legge sulla Qualità dei Prodotti.

È necessario ripassare l'evoluzione legislativa in materia per comprendere meglio l'opinione in esame. Prima della promulgazione della Legge sulle Responsabilità da Fatto Illecito del 2009, il sistema giuridica cinese non aveva disposizioni specifici sulla responsabilità per danni causati da edifici da parte dell'appaltatore. È, dunque, probabile che l'art. 282 della Legge sui Contratti approvata nel 1999 fosse concepito per colmare la lacuna, visto che la Legge sulla Qualità dei Prodotti del 1993 non si applica ai progetti di costruzione.

Ma quest'opinione potrebbe essere ancora considerata come argomento a favore della tesi della natura aquiliana? Sorge questo dubbio perché la lacuna menzionata precedentemente è stata affrontata in modo più accurato e dettagliato dagli artt. 85 e 86 della Legge sulle Responsabilità da Fatto Illecito nel 2009, che sono stati

⁴⁰⁷ V., ad es., CUI 2015, 580; HUANG 2004, pp. 237-238; XU 2020, 350; XIE et al. 2022, pp. 153-155.

⁴⁰⁸ V. CUI 2015, 580; XIE et al. 2022, pp. 155-156.

⁴⁰⁹ V., ad es., la Sentenza Civile della Corte del Popolo della Contea di Changsha della Provincia di Hunan, (2021) Xiang 0121 Min Chu n. 4289 [湖南省长沙县人民法院 (2021)湘0121民初4289号民事判决书].

successivamente incorporati negli artt. 1252⁴¹⁰ e 1253⁴¹¹ del Codice Civile vigente. Quindi, sembra che la risposta a questa domanda debba essere negativa⁴¹².

(2) Alcuni autori, basandosi sul testo letterale dell'articolo, ritengono che l'articolo in esame stabilisca, da un lato, l'obbligo del risarcimento per le lesioni personali e i danni patrimoniali causati dal progetto, e d'altro lato, non limiti i danneggiati alle parti coinvolte nel contratto, suggerendo così le caratteristiche di una responsabilità extracontrattuale. Nel caso in cui il committente sia anche il danneggiato, egli può scegliere, secondo la propria volontà, il rimedio tra la responsabilità per l'inadempimento e la responsabilità extracontrattuale prevista dal presente articolo⁴¹³.

Quest'opinione è stata adottata da una parte della giurisprudenza, che ricorre all'art. 802, basandosi sulla tesi della natura aquiliana, per risolvere i conflitti relativi al risarcimento dei danni causati da progetti a terzi al di fuori delle parti del contratto. Queste ipotesi possono essere generalmente riassunte in due categorie: la prima riguarda i danni causati a terzi, in particolare ai lavoratori impiegati dall'appaltatore, durante l'esecuzione del progetto di costruzione⁴¹⁴; la seconda riguarda

⁴¹⁰ Art. 1252 c.c.c. (art. 85 della Legge sulle Responsabilità da Fatto Illecito abrogata): *Se un edificio, una struttura o un altro tipo di costruzione crolli o abbia cedimenti cagionando danni ad altri, l'ente responsabile del progetto e il costruttore rispondono in solido, salvo che provino che non vi sia difetto di qualità. L'ente responsabile del progetto e il costruttore, dopo aver corrisposto il risarcimento, hanno diritto di rivalersi nei confronti del responsabile. Se un edificio, una struttura o un altro tipo di costruzione crolli o abbia cedimenti a causa del proprietario, del responsabile, dell'utente o di una terza persona, cagionando danni, costoro sono tenuti a rispondere del fatto illecito.*

⁴¹¹ Art. 1253 c.c.c. (art. 86 della Legge sulle Responsabilità da Fatto Illecito abrogata): *Se un edificio, una struttura o un altro tipo di costruzione, o qualsiasi oggetto posato o sospeso su di esso, rovini o cada, cagionando danni ad altri, il proprietario, il gestore o l'utente sono tenuti a rispondere del fatto illecito, salvo che provino di non essere in dolo o in colpa. Il proprietario, il gestore o l'utente, dopo aver corrisposto il risarcimento, hanno diritto di rivalersi nei confronti degli altri responsabili.*

⁴¹² Simile posizione, v. XIE et al. 2022, p. 155.

⁴¹³ V. XIE et al. 2022, pp. 154-157; HUANG 2020, p. 1032; XU 2020, p. 351; la Sentenza della Corte Intermedia del Popolo del Comune di Ma'anshan della Pronuncia di Anhui, (2021) Wan 05 Min Zhong n. 1549 [安徽省马鞍山市中级人民法院(2021)皖 05 民终 1549 号民事判决书].

⁴¹⁴ V., ad es., la Sentenza Civile della Corte del Popolo del Quartiere di Huangpu del Comune di Shanghai, (2022) Hu 0101 Min Chu n. 23765 [上海市黄浦区人民法院

i danni a terzi causati durante l'utilizzo del progetto, come, ad esempio, i danni causati agli edifici vicini a causa di problemi di qualità, come il malfunzionamento del sistema di drenaggio del progetto⁴¹⁵.

Tale modo di interpretazione è in linea con il testo letterale dell'articolo riportato. Infatti, la collocazione sistematica di una disposizione, come l'art. 808, sulla responsabilità extracontrattuale nell'interno della disciplina contrattuale nell'ordinamento cinese è comprensibile, sebbene alcuni critichino questa pratica poiché potrebbe comportare difficoltà nell'armonizzazione del sistema giuridico⁴¹⁶. Questo fenomeno è il risultato naturale dell'evoluzione legislativa in Cina, che è passato dalla compilazione legislativa basata su temi specifici alla codificazione. In questo contesto, le leggi singole che trattano un tema specifico, come la Legge sui Contratti, costituivano un "regno" normativo autonomo che includeva tutte le regole relative a quel tema⁴¹⁷.

Un esempio tipico di questo fenomeno è evidente nell'ultima frase del primo comma dell'art. 462, che stabilisce il diritto del possessore di chiedere il risarcimento dei danni causati da spoglio o turbativa a norma di legge. Questa disposizione è chiaramente relativa alla responsabilità extracontrattuale, ma è collocata nella sezione dedicata

(2022)沪0101民初23765号民事判决书]; la Sentenza Civile della Corte Intermedia del Popolo del Comune di Luoyang della Provincia di Henan, (2020) Yu 03 Min Zhong n. 777 [河南省洛阳市中级人民法院(2022)豫03民终777号民事判决书]; la Sentenza Civile della Corte del Popolo del Comune di Pingdu della Provincia di Shandong, (2021) Lu 0283 Min Chu n. 4727 [山东省平度市人民法院(2021)鲁0283民初4727号民事判决书]; la Sentenza Civile della Corte del Popolo del Quartiere di Lianxi del Comune di Jiujiang della Provincia di Jiangxi, (2021) Gan 0402 Min Chu n. 2778 [江西省九江市濂溪区人民法院(2021)赣0402民初2778号民事判决书].

⁴¹⁵ V., ad es., la Sentenza Civile della Corte Intermedia del Popolo del Comune di Zhangjiajie della Provincia di Hunan, (2022) Xiang 08 Min Zhong n. 621 [湖南省张家界市中级人民法院(2022)湘08民终621号民事判决书]; la Sentenza Civile della Corte Intermedia del Popolo del Comune di Songyuan della Provincia di Jilin, (2021) Ji 07 Min Zhong n. 989 [吉林省松原市中级人民法院(2021)吉07民终989号民事判决书]; la Sentenza Civile della Quarta Corte Intermedia del Popolo del Comune di Chongqing, (2021) Yu 04 Min Zhong n. 1420 [重庆市第四中级人民法院(2021)渝04民终1420号民事判决书].

⁴¹⁶ Sul punto, v. SU 2014, pp. 98-100.

⁴¹⁷ Sul punto, v. ancora XU 2021, pp. V-VIII.

ai diritti reali nel Codice Civile Cinese.

Tuttavia, questa opinione non risponde alla domanda sul rapporto tra l'articolo in discussione e gli artt. 1252 e 1253, che sono collocati nel libro dedicato alle responsabilità extracontrattuali del Codice Civile Cinese⁴¹⁸. Di conseguenza, possiamo notare che alcune corti citano sia l'art. 802 che le disposizioni appena chiamate riguardanti la responsabilità per danni cagionati da edifici come basi comuni per le loro decisioni⁴¹⁹. Alcuni sostenitori di questa tesi ritengono inoltre che l'articolo in esame sia superflua dal punto di vista sistemico⁴²⁰.

Dai dubbi sopramenzionati si può evincere che tale opinione corre il rischio di rendere l'art. 802 una disposizione priva di valore normativo, il che è chiaramente incompatibile con il criterio sistematico dell'interpretazione della legge⁴²¹.

12.3.2. Tesi della natura contrattuale

La responsabilità disciplinata dall'art. 802 c.c.c. viene considerata dalla dottrina dominante come un tipo di responsabilità contrattuale⁴²².

(1) Prima di proseguire la nostra discussione su questa tesi, bisogna soffermarsi brevemente sull'istituto dell'inadempimento delle obbligazioni nel diritto cinese.

A differenza della teoria italiana che suddivide le forme di inadempimento delle obbligazioni in tre categorie ⁴²³, la dottrina

⁴¹⁸ V. XIE 2014, p. 616.

⁴¹⁹ V., ad es., la Sentenza Civile della Corte del Popolo del Quartiere di Hongqiao del Comune di Tianjin, (2021) Jin 0106 Min Chu n. 7464 [天津市红桥区人民法院(2021)津0106民初7464号民事判决书]; la Sentenza Civile della Corte Intermedia del Popolo del Comune di Zhangjiajie della Provincia di Hunan, (2022) Xiang 08 Min Zhong n. 621 [湖南省张家界市中级人民法院(2022)湘08民终621号民事判决书]; la Sentenza Civile della Quarta Corte Intermedia del Popolo del Comune di Chongqing, (2021) Yu 04 Min Zhong n. 1420 [重庆市第四中级人民法院(2021)渝04民终1420号民事判决书].

⁴²⁰ V. XIE et al. 2022, pp. 155-156.

⁴²¹ Sul punto, v. LARENZ et al. 1995, pp. 149-150.

⁴²² V. ZHOU 2023, p. 386; WANG 2012, pp. 430-434; XIE 2014, p. 616; HAN 2010, p. 504; XU et al. 2022, p. 848; CAO et al. 2021, pp. 389-395; SHI 2021, p. 439.

⁴²³ Sul punto, v. GIORGIANNI 1970, pp. 861-863; ZACCARIA 2015, p. 52.

cinese⁴²⁴ sostiene un'altra teoria di tripartizione⁴²⁵ che distingue l'inadempimento tra il ritardo nell'adempimento, il rifiuto d'adempimento e il c. d. adempimento incompleto, che viene anche chiamato "cattivo adempimento"⁴²⁶. L'adempimento incompleto è stato ulteriormente suddiviso in adempimento difettoso, quando il debitore è responsabile per i danni causati dalle evizioni e dei vizi (conosciuto come '*Mangelschaden*' in tedesco), e adempimento dannoso, quando l'adempimento del debitore provoca un danno (noto come '*Mangelfolgschaden*' in tedesco) agli interessi all'integrità (noti come '*Integritätsinteresse*' in tedesco)⁴²⁷. Abbiamo già esaminato l'art. 582, che tratta dell'adempimento difettoso; ora leggiamo l'art. 583: "La parte che non adempia i suoi obblighi contrattuali o il cui adempimento non sia conforme all'accordo, deve risarcire i danni ulteriori che l'altra subisca nonostante l'adempimento e l'adozione di misure riparatorie".

È comunemente accettato che l'espressione "i danni ulteriori" si riferisce appunto agli interessi all'integrità del creditore. Di conseguenza, l'articolo riportato costituisce la base per richiedere il risarcimento dei danni causati dall'adempimento dannoso⁴²⁸.

(2) Secondo alcuni autori che sostengono la tesi della natura extracontrattuale, l'art. 802 può essere considerato come una specificazione dell'art. 583 nel contesto dei contratti per il progetto di costruzione, stabilendo così la responsabilità per l'adempimento dannoso⁴²⁹. Tale opinione è stata anche accettata da una parte della giurisprudenza⁴³⁰.

⁴²⁴ V. HAN 2018, pp. 549-550; ZHU 2015, pp. 1129-1130.

⁴²⁵ Secondo il primo comma dell'art. 580 c.c.c., l'impossibilità dell'adempimento non è considerata come una forma autonoma del *breach of contract*, ma la sua funzione è quello di decidere se il creditore potesse richiedere l'esecuzione forzata delle obbligazioni. V. CHEN 2019, p. 59; HAN 2018, pp. 528-530.

⁴²⁶ V. STOLL 2016, pp. 6-7.

⁴²⁷ V. HAN 2018, p. 549; ZHU 2015, p. 1129; LIU 2019, pp. 400-401; CHEN 2015, pp. 115-118; WANG 2020, p. 389.

⁴²⁸ V. XU et al. 2022, p. 645.

⁴²⁹ V. *ibid.*, p. 804; HAN 2010, p. 504; CAO et al. 2021, pp. 389-392.

⁴³⁰ V., ad es., la Sentenza civil della Corte Intermedia del Popolo del Comune di Ningbo della Provincia di Zhejiang, (2022) Zhe 02 Min Chu n. 872 [浙江省宁波市中级人民法院(2022)浙02民初872号民事判决书]; la Sentenza civil della Corte Intermedia del

(3) L'inquadramento della responsabilità contemplata dall'art. 802 nell'ambito di quella per danni causati dall'adempimento dannoso, da un lato, può costituire un sistema completo per la responsabilità per l'adempimento incompleto, insieme all'art. 801, e, d'altro lato, non si sovrappone più alle disposizioni relative nella parte delle responsabilità aquiliane dello stesso Codice. Dal punto di vista sistematico, tale soluzione d'interpretazione sembra essere adeguata.

Tuttavia, ciò solleva anche un problema: il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità in esame potrebbe implicare che i terzi non possano richiedere il risarcimento dei propri danni sulla base dell'art. 802, il cui testo non limita di per sé il soggetto tutelato alle parti del rapporto contrattuale.

Una risposta naturale è che i terzi possono richiedere la tutela ai sensi dell'art. 1252 o dell'art. 1253 senza bisogno di fare ricorso all'articolo in esame⁴³¹. Tuttavia, ciò porterà inevitabilmente a una riduzione della tutela per i terzi danneggiati. Prendiamo ad esempio l'art. 1252 del Codice Civile Cinese. In dettaglio, in primo luogo, l'art. 1252 contempla soltanto la responsabilità extracontrattuale per i danni causati a terzi dal crollo o dal cedimento di edifici, strutture o altri tipi di costruzione. Ma in realtà, le situazioni che coinvolgono la responsabilità dell'appaltatore possono essere notevolmente estese, ad esempio, per problemi di qualità relativi agli ascensori, problemi di impianti idraulici ed elettrici, problemi di facciate esterne o caduta di vetrate che comportano danni a terzi. In secondo luogo, il soggetto responsabile per il risarcimento ai sensi dell'art. 802 è l'appaltatore, il cui campo di applicazione è piuttosto ampio e comprende non solo il costruttore e l'esecutore, ma anche il progettista e l'architetto. L'art. 1252, invece, prevede la responsabilità del costruttore e dell'esecutore del progetto, senza menzionare la responsabilità del progettista e

Popolo del Comune di Liaocheng della Provincia di Shandong, (2022) Lu 15 Min Zhong n. 1515 [山东省聊城市中级人民法院(2022)鲁15民终1515号民事判决书]; la Sentenza civile della Corte del Popolo del Quartiere di Dongchangfuqu del Comune di Liaocheng della Provincia di Shandong, (2021) Lu 1502 Min Chu n. 466 [山东省聊城市东昌府区人民法院(2021)鲁1502民初466号民事判决书]; la Sentenza Civile della Corte Superiore del Popolo del Comune di Pechino, (2020) Jing Min Zhong n. 405 [北京市高级人民法院(2020)京民终405号民事判决书].

⁴³¹ V. CAO et al. 2021, p. 389; WANG 2020, p. 242; YANG 2022, p. 741.

dell'architetto⁴³².

Alla luce di ciò, una grande parte degli autori che sostengono la tesi della natura contrattuale, allo scopo di conformarsi al significato letterale dell'art. 802, sottolinea che l'ambito dei soggetti danneggiati non dovrebbe essere limitato alle parti del contratto. Perciò, l'articolo in esame è considerato come una disposizione particolare che supera il principio della relatività del contratto, estendendo i suoi effetti protettivi anche nei confronti dei terzi⁴³³.

Tuttavia, sembra che questa tesi dell'efficacia *ultra partes* del contratto non sia stata ancora condivisa dalla giurisprudenza, e alcune sentenze sottolineano in particolare che il soggetto responsabile secondo l'articolo in esame è limitato alla controparte del contratto⁴³⁴.

(4) Mi sembra che si possa dubitare sulla necessità di estendere la tutela prevista dall'art. 802 ai terzi al fuori dei contraenti.

In realtà, le critiche riportate in precedenza, secondo le quali una tale posizione indebolirebbe la protezione dei terzi, potrebbero non essere del tutto appropriate. Per essere più specifici, i terzi danneggiati possono naturalmente richiedere il risarcimento per i danni cagionati da cause diverse da crollo e cedimento di edifici, ai sensi di altri articoli relativi, come ad esempio l'art. 1202 nel caso in cui i danni sono causati dagli ascensori. Anche se l'appaltatore non è direttamente responsabile verso i terzi danneggiati, gli altri soggetti come gli amministratori, i proprietari e i locatori di edifici sono tenuti a fornire il risarcimento, e possono successivamente rivalersi all'appaltatore.

Inoltre, dal momento che l'art. 802 è collocato nel libro sui contratti del Codice Civile, è naturale, secondo il canone sistematico, limitare l'interpretazione di "lesioni personali e danni patrimoniali" a "lesioni personali e danni patrimoniali delle parti contraenti".

Appare, dunque, preferibile la posizione della responsabilità per l'adempimento dannoso tra le parti del rapporto contrattuale.

⁴³² V. Task Force del Corte Suprema del Popolo per l'Applicazione del Codice Civile 2020, p. 2007.

⁴³³ V. HAN 2010, p. 504; WANG 2012, p. 432; ZHOU 2023, p. 386.

⁴³⁴ V., ad es., la Sentenza Civile della Corte Intermedia del Popolo del Comune di Guiyang della Provincia di Guizhou, (2021) Qian 01 Min Zhong n. 12412 [贵州省贵阳市中级人民法院(2021)黔01民终12412号民事判决书].

12.3.3. Tesi della limitazione temporale della responsabilità

L'ultima tesi sull'interpretazione dell'art. 802, sebbene isolata, ma, a mio avviso, molto interessante, è quella della limitazione temporale della responsabilità per l'appaltatore.

Questa tesi deriva da un interrogativo semplice: è opportuno che l'appaltatore sia sempre responsabile della qualità del progetto di costruzione? La risposta, secondo chi sostiene questa tesi, è negativa, perché ogni progetto di costruzione, dalla prospezione alla progettazione e alla costruzione, deve seguire specifici standard tecnici e di qualità, e ha anche una durata d'uso prefissata, considerando condizioni socio-economiche e tecniche particolari. Inoltre, pure i costi di costruzione possono limitare la durata d'uso del progetto⁴³⁵.

Si ritiene, dunque, che non sia opportuno limitare la responsabilità contemplata dall'articolo in esame esclusivamente né a quella contrattuale tra l'appaltatore e il committente né a quella aquiliana. Essa dovrebbe includere sia la responsabilità contrattuale nei confronti ai contraenti danneggiati che quella aquiliana nei confronti di terzi. L'articolo in esame dovrebbe essere considerato una disposizione che pone una limitazione temporale, *i.e.* "un ragionevole periodo di utilizzo", entro il quale il contraente è tenuto a risarcire i danni causati dal progetto di costruzione⁴³⁶.

Tale posizione è stata avanzata da un gruppo di giudici della Corte Suprema del Popolo⁴³⁷, ma finora la stessa Corte non ha avuto l'opportunità di esprimere un parere ufficiale sulla natura giuridica della responsabilità prevista dall'art. 802 nelle sue sentenze. Pertanto, resta ancora da vedere se la giurisprudenza della stessa Corte adotterà in futuro tale orientamento.

12.4. Presupposti della responsabilità *ex art. 802 c.c.c.*

Anche se la natura della responsabilità prevista dall'art. 802 del Codice Civile Cinese rimane ancora oggetto di controversia nella dottrina e nella giurisprudenza, i presupposti di tale responsabilità sono chiari e includono i seguenti: il presupposto di causa (*i.e.* una causa imputabile

⁴³⁵ V. Task Force del Corte Suprema del Popolo per l'Applicazione del Codice Civile 2020, pp. 2007-2013.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Ibid.*

all'esecutore), il presupposto temporale (*i.e.* un ragionevole periodo di utilizzo) e il presupposto risultante (*i.e.* lesioni personali e danni patrimoniali). Tra questi, il presupposto temporale è particolarmente degno di attenzione.

A differenza dell'art. 1669 del Codice Civile Italiano, l'art. 802 del Codice Civile Cinese non stabilisce un termine fisso entro il quale l'appaltatore è responsabile, ma prevede un termine più ambiguo: "un ragionevole periodo di utilizzo". Questo periodo di utilizzo viene suddiviso in quattro categorie in base alla struttura principale degli edifici, secondo lo Standard Uniforme per i Progetti di Costruzione Civili (GB 50352-2019), di cui l'ultima edizione è stata pubblicata dal Ministero cinese dell'edilizia abitativa e dello sviluppo urbano-rurale nel 2019. La prima categoria ha una durata di utilizzo inferiore a 5 anni ed è adatta per gli edifici temporanei; la seconda categoria ha una durata di utilizzo compresa tra 25 e 50 anni ed è adatta per gli edifici con componenti strutturali facilmente sostituibili; la terza categoria ha una durata di utilizzo compresa tra 50 e 100 anni ed è adatta per gli edifici civili ordinari; la quarta categoria ha una durata di utilizzo superiore a 100 anni ed è adatta per gli edifici civili commemorativi e di particolare importanza.

La ragione per cui ci concentriamo su questo presupposto è che nell'ordinamento cinese esistono anche altri due tipi di periodo di responsabilità nell'ambito dei contratti del progetto, ovvero il periodo di responsabilità per i difetti e il periodo di garanzia obbligatoria.

Il periodo di responsabilità per i difetti è correlato ai fondi di garanzia per la qualità del progetto che vengono trattenuti anticipatamente dal committente dal prezzo del progetto. Questi fondi sono destinati a coprire le spese di riparazione dei difetti che si verificano entro questo periodo di tempo⁴³⁸. L'art. 3 del Regolamento sulla Gestione dei Fondi di Garanzia per la Qualità del Progetto di Costruzione, pubblicato dal Ministero cinese dell'edilizia abitativa e dello sviluppo urbano-rurale e dal Ministero cinese delle Finanze nel 2017, stabilisce che il periodo di responsabilità è di solito di un anno, con una durata massima di due anni, da concordare tra il committente e l'appaltatore nel contratto.

Per quanto riguarda il periodo di garanzia obbligatoria, l'art. 40 del

⁴³⁸ V. Prima Sezione Civile della Corte Suprema del Popolo 2021, p. 171.

Regolamento sulla Gestione della Qualità del Progetto di Costruzione, emanato dal Consiglio di Stato cinese nel 2000, stabilisce diversi termini minimi di garanzia obbligatoria in base alle diverse parti del progetto. L'art. 41 dello stesso Regolamento prevede che, in caso di problemi di qualità che si verificano durante il periodo di garanzia ed all'interno della copertura della garanzia, l'ente di costruzione è tenuto a adempiere gli obblighi di garanzia ed a risarcire i danni causati. È interessante notare che l'articolo menzionato qui fa anche riferimento alla necessità di 'risarcire i danni', simile a quanto previsto dall'art. 802 del Codice Civile Cinese.

In generale, il periodo di garanzia obbligatoria è più breve rispetto al periodo ragionevole di utilizzo. Questa differenza ha portato a un'opinione secondo cui, in base all'art. 41 del Regolamento, l'appaltatore non sarebbe più responsabile per il progetto una volta scaduto il periodo di garanzia obbligatoria. Inoltre, secondo questa opinione, la durata di utilizzo degli edili è generalmente superiore ai 55 anni, e richiedere all'appaltatore di essere responsabile per un periodo così lungo sarebbe eccessivamente oneroso.

Tuttavia, tale opinione è stata respinta sia dalla giurisprudenza⁴³⁹ che dalla dottrina⁴⁴⁰. Questo avviene principalmente perché la *ratio legis* del Regolamento che stabilisce l'istituto della garanzia obbligatoria è quella di "rafforzare la gestione e la garanzia della qualità del progetto di costruzione, e tutelare l'incolumità del popolo" (come indicato nell'art. 1 dello stesso Regolamento), invece di limitare o attenuare la responsabilità degli appaltatori. Pertanto, una volta scaduto il periodo di garanzia obbligatoria, l'appaltatore rimane responsabile per i danni causati dal progetto di costruzione.

12.5. Considerazioni conclusive

Data l'importanza della qualità di beni immobili per l'incolumità pubblica, il contratto per il progetto di costruzione ha attirato notevole

⁴³⁹ V., ad. es., la Decisione Civile della Corte Superiore del Popolo del Comune di Pechino (2020) Jing Min Zhong n. 405 [北京市高级人民法院(2020)京民终405号民事裁定书].

⁴⁴⁰ V. ZHOU 2023, pp. 386-387; XIE et al. 2022, p. 156; CAO et al. 2021, pp. 396-400; ZHOU, *ibid.*, p. 386 ss.; XIE HONGFEI, *ibid.*, p. 156; CAO WENXIAN, *ibid.*, p. 396 ss.; Task Force del Corte Suprema del Popolo per l'Applicazione del Codice Civile 2020, p. 156.

attenzione da parte dei legislatori, del governo e delle associazioni di settore. Ciò ha portato alla formazione di un complesso sistema normativo composto da norme di diritto privato, norme di diritto pubblico e regole deontologiche.

La nostra discussione sulla responsabilità dell'appaltatore nei contratti per il progetto di costruzione nell'ordinamento cinese evidenzia la complessità del rapporto giuridico generato dal contratto in esame. In particolare, l'art. 802 del Codice Civile Cinese, che disciplina la responsabilità dell'appaltatore per le lesioni personali e danni patrimoniali causati dal progetto, è stato oggetto di dibattito sulla sua natura giuridica e sul suo rapporto con altre disposizioni, come gli articoli 801, 1252 e 1253.

Però, a causa della natura pratica e professionale del contratto per il progetto di costruzione, la dottrina non ha dedicato sufficiente attenzione all'argomento di questo contratto nominato. Molti problemi non sono stati discussi in modo approfondito.

Tale situazione della dottrina si riflette anche nella giurisprudenza, con molte corti che, nell'applicare l'art. 802 c.c.c., non tengono conto né della natura giuridica della responsabilità prevista da questo articolo né del suo rapporto con le altre disposizioni relative alla responsabilità per l'appaltatore. Ciò porta spesso a comprensioni errate ed applicazioni inappropriate dell'art. 802⁴⁴¹.

In definitiva, il sistema di responsabilità dell'appaltatore nei

⁴⁴¹ Ad esempio, alcune sentenze citano questa disposizione menzionando sia le disposizioni generali sulla responsabilità contrattuale che le disposizioni nella parte sulle responsabilità aquiliane, creando confusione sulla reale intenzione dei giudici. Altre sentenze ritengono che questa disposizione sia una spiegazione delle conseguenze della responsabilità prevista dall'articolo 801. V., ad es., la Sentenza Civile della Corte del Popolo del Comune di Shihezi della Regione Autonoma di Xinjiang Uighur, (2019) Bin 9001 Min Chu n. 6330 [新疆维吾尔自治区石河子市人民法院(2019)兵9001民初6330号民事判决书]; la Sentenza Civile del Comune di Lufeng della Provincia di Yunnan, (2021) Yun 2331 Min Chu n. 317 [云南省禄丰市人民法院(2021)云2331民初317号民事判决书]; la Sentenza Civile del Quartiere di Lintong del Comune di Xi'an, (2020) Shan 0115 Min Chu n. 5603 [陕西省西安市临潼区人民法院(2020)陕0115民初5603号民事判决书]; la Sentenza Civile della Zona di Sviluppo Industriale di Alta Tecnologia di Taian della Provincia di Shandong, (2020) Lu 0991 Min Chu n. 580 [山东省泰安高新技术产业开发区人民法院(2020)鲁0991民初580号民事判决书].

contratti per il progetto di costruzione nel diritto civile cinese è complesso, e la discussione sulla natura giuridica dell'art. 802 rimane ancora aperta. Tuttavia, l'obiettivo principale di garantire la tutela dei danneggiati, sia quelli delle parti contraenti che quelli terzi, e di controllare la qualità del progetto rimane centrale in questo contesto normativo in continua evoluzione.

Riferimenti bibliografici

- Cao Wenxian, et al. (2021), *Interpretazioni e applicazioni giudiziarie delle disposizioni sui contratti per il progetto di costruzione del Codice Civile*, Law Press, Pechino.
- Chen Ziqiang (2011), *Indagini comparative sui principi di colpa e non colpa nel diritto dell'inadempimento contrattuale*, in "Chengchi Law Review", 123, pp. 1-50.
- Chen Ziqiang (2015), *Violenzioni contrattuali e richiesta di esecuzione*, Angel Press, Taipei.
- Chen Ziqiang (2016), *Le modificazioni e la modernizzazione di diritto francese sui contratti*, in "The Taiwan Law Review", 12, pp. 143-166.
- Chen Ziqiang (2019), *Analisi del principio di responsabilità per inadempimento nella bozza di codice civile*, in "Global Law Review", 1, pp. 58-80.
- Chen Ziqiang (2020), *La modernizzazione di disposizioni sull'inadempimento delle obbligazioni*, in "Taiwan Jurist", 10, pp. 47-61.
- Cian G. (ed.) (2020), *Commentario breve al codice civile*, CEDAM, Padova.
- Cui Jianyuan (2015), *Diritto dei contratti*, Law Press, Pechino.
- Giorgianni M. (1970), s.v. «Inadempimento (dir. priv.)», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 20, Giuffrè, Milano.
- Han Shiyuan (2010), *Diritto sui contratti*, Higher Education Press, Pechino.
- Han Shiyuan (2018), *Parte generale del diritto dei contratti*, Law Press, Pechino.
- Huang Songyou (ed.) (2004), *Interpretazioni e applicazioni giudiziarie delle Interpretazioni giudiziali della Corte Suprema del Popolo sui contratti per il progetto di costruzione*, People's Court Press, Pechino.
- Huang Wei (ed.) (2020), *Interpretazioni del Libro sui contratti del Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese 2*, China Legal Publishing House, Pechino.
- Larenz K., Canaris C.W. (1995), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg.

- Liu Chuntang (2019), *Parte generale del diritto delle obbligazioni 1*, New Sharing Culture Enterprise Co., Ltd, Taipei.
- Looschelders D. (2014), *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, trans. Shen Xiaojun, Zhang Jinhai, China Renmin University Press, Pechino.
- Mattioni M. (2017), *Una pronuncia esemplare sull'ambito di applicazione (e sulla natura) della responsabilità ex art. 1669 cod. civ.*, in "La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 9, pp. 1193-1204.
- Medicus D. (2003), *Schuldrecht 1 Allgemeiner Teil*, trans. Du Jinglin, Lu Shen, Law Press, Pechino.
- Medicus D. (2007), *Schuldrecht 2 Besonderer Teil*, trans. Du Jinglin, Lu Shen, Law Press, Pechino.
- Prima Sezione Civile della Corte Suprema del Popolo (2021), *Interpretazioni e applicazioni giudiziarie delle Interpretazioni della Corte Suprema del Popolo delle questioni relative all'applicazione delle disposizioni nei casi di liti in materia di contratti per il progetto di costruzione 1*, People's Court Press, Pechino.
- Shi Zhijun (2021), *Trattato di contratti per il progetto di costruzione*, China Democracy Legislative Publishing House, Pechino.
- Stoll H. (2016), *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, in H. Stoll, et al., *L'obbligazione come rapporto complesso*, Giappichelli, Torino, pp. 1-51.
- Su Yongqin (2014), *Alla ricerca di un nuovo codice civile*, Peking University Press, Pechino.
- Task Force del Corte Suprema del Popolo per l'Applicazione del Codice Civile (ed.) (2020), *Comprensioni ed applicazioni del Libro sui Contratti del Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese 3*, People's Court Press, Pechino.
- Trabucchi A. (2017), *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova.
- Wagatsuma Sakae (2008), *Manuale di diritto privato di Wagatsuma Sakae*, 4, trans. Wang Yan, China Legal Publishing Press, Pechino.
- Wang Liming (2012), *Disposizioni specifiche della Legge sui Contratti*, 1, China Renmin University Press, Pechino.
- Wang Liming (2021), *Diritto dei contratti 2*, China Renmin University Press, Pechino.
- Wang Zejian (2020), *Fondamenti di diritto delle obbligazioni*, Angel Press, Taipei.
- Xie Hongfei (2014), *Nuovi sviluppi del diritto sui contratti*, China Social Sciences Press, Pechino.

- Xie Hongfei, et al. (eds) (2022), *Commentario al Codice Civile. Dei contratti. Dei contratti tipici e dei quasi contratti 2*, China Legal Publishing House, Pechino.
- Xu Diyu (2021), *Il modello cinese di codificazione civile*, in Huang Meiling (trans.), Diliberto O., et al. (eds), *Codice Civile Cinese*, Pacini Giuridica, Pisa.
- Xu Diyu (eds) (2020), *Diritto dei contratti*, Higher Education Press, Pechino.
- Xu Diyu, et al. (eds) (2022), *Commentario breve al Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese*, China Renmin University Press, Pechino.
- Yang Daixiong (ed.) (2022), *Commentario tascabile al Codice Civile*, China Democracy Legislative Publishing House, Pechino.
- Zaccaria A. (2015), *Obligatio est iuris vinculum: Lineamento di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino.
- Zhou Jianghong (2023), *Fondamenti dei contratti nominati*, Law Press, Pechino.
- Zhu Xiaozhe (2015), *Garanzia per i vizi, adempimento dannoso e concorrenza di richieste*, in "Peking University Law Journal", 5, pp. 1125-1149.

Conclusioni... prospettive

Prof. Gianluca Scarchillo

Non farò delle conclusioni perché come ho detto non amo la parola 'conclusioni', soprattutto in un convegno del genere, ma mi limiterò ad indicare delle 'prospettive'. Perché non si può concludere; anzi ho apprezzato molto i colleghi che hanno concluso i loro interventi con delle domande e degli interrogativi, che lasciano intravedere ulteriori orizzonti scientifico-culturali da approfondire.

Mi riallaccio alle ultime parole dell'introduzione di questa mattina, quando ho citato il proverbio cinese, *'imparare è come remare contro corrente, se smetti ti fermi e torni indietro'*, ed apro le prospettive con un altro proverbio cinese, le cui tracce sono già emerse nelle relazioni: *'quando soffia il vento del cambiamento, alcuni alzano muri, altri costruiscono mulini a vento'*. Ecco tutto il contenuto delle relazioni di questa mattina e oggi pomeriggio, costruiscono ciascuna un mulino a vento, perché hanno aperto veramente delle prospettive, ma delle prospettive anche semantiche, terminologiche, e abbiamo sentito parole quali *'solidarietà', 'dignità', 'sussidiarietà', 'sostenibilità'*.

Quindi tutte parole di apertura e di fronte alle quali non possiamo restare indifferenti; si è detto in alcune relazioni (Concas, Montesano, Quondamstefano) che il giudice non è più chiamato a decidere solo secondo equità, ma anche, soprattutto, secondo solidarietà, quindi assicurando quella distribuzione egualitaria attraverso l'adempimento dei doveri di solidarietà e quindi l'etica del *processo* che diventa, al tempo stesso, etica del *progresso*, quel progresso che noi vediamo anche nella sostenibilità ambientale (Schioppa), nel famoso 'punto verde' che è presente nel codice civile cinese. La previsione anche di una *mission pubblica*, una *mission pubblica* nel diritto privato, una *mission privata* nel diritto pubblico; l'introduzione anche o l'apertura verso il riconoscimento dei danni punitivi è un elemento molto importante per il futuro. Possiamo certamente affermare che, se nel 2001 la Cina, aderendo al WTO ha accorciato la distanza con le tradizioni economiche, nel 2021 con il codice civile cinese ha accorciato la

distanza giuridica anche che separa il *civil law* dal *common law*, ponendo un perno fondamentale e centrale nella tradizione, ma una tradizione nel solco dell'innovazione (Cavalieri, Guo, Shen, Monteleone, Toti, Xu). Ecco perché, come ci ha brillantemente ricordato Meiling Huang, il codice civile cinese può essere senza dubbio considerato la più recente attualizzazione del diritto romano. Ed allora, tradizione di *civil law*, tradizione di *common law*, ma la parola che, pur accorciando le distanze, resta sempre unica ed univoca è proprio 'tradizione' e tradizione nel suo significato, preminentemente e fortemente etimologico, 'di passaggio', passaggio di consegne, passaggio di esperienze, perché vi assicuro che, per riallacciarmi al discorso del Giudice che deve decidere secondo solidarietà e deve vedere l'effettiva realtà concreta che anima i contendenti, il creditore fedele, di cui parlava Quondamstefano, non ci può essere innovazione tecnologica, non ci può essere intelligenza artificiale che possa sostituire l'empatia del giudice, che deve sempre e comunque avere come caratteristica interna valoriale, e quindi non ci può essere innovazione più innovativa che non la tradizione.

Voglio terminare – avendo principiato con “il vento” – con un altro riferimento al vento, perché se anche il codice cinese rappresenta un sole molto caldo che irraggia tutti gli altri ordinamenti, non limitiamoci a vedere soltanto e a contestualizzare il codice civile cinese; il codice civile cinese, come tutte le tradizioni e le esperienze estere, vanno sempre lette con la lente del comparatista, perché il comparatista è quel giurista che riesce veramente ad accorciare quelle distanze tra l'enunciazione della regola e l'applicazione pratica, le cui attuazioni possono essere tante se contestualizzate, e allora ecco in questo viaggio che oggi abbiamo iniziato e che non si conclude certo con questo convegno, con questa giornata, dobbiamo partire di nuovo, anzi ripartire a gonfie vele, ben sapendo che “*il vero navigatore è quello che non ha paura del vento ed è quello che viaggia con qualsiasi vento, perché se il pessimista si lamenta del vento, se il realista aspetta che cambi il vento, l'ottimista – e quindi direi, il comparatista – aggiusta le vele*”.

Grazie a tutti.

Indice degli Autori

- AVITABILE LUISA – Ordinario di Filosofia del diritto – Direttrice
Dipartimento di Scienze Giuridiche – Sapienza Università di Roma
- CAVALIERI RENZO – Associato di Diritto privato comparato e Diritto
dell’Asia Orientale – Università Ca’ Foscari Venezia
- CONCAS BRUNO - Assegnista di ricerca - Università degli studi di
Salerno
- CORAPI DIEGO – Emerito di Diritto Privato Comparato - Facoltà di
Giurisprudenza – Sapienza Università di Roma
- DILIBERTO OLIVIERO - Ordinario di Istituzioni di diritto romano –
Preside Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza Università di Roma
- GUO SHUAI - Assistant Professor - China University of Political Science
and Law, Beijing
- HUANG MEILING - Full Professor - Zhongnan University of Economics
and Law, Wuhan e Principal Legal Officer - Unidroit, International
Institute for the Unification of Private Law, Roma
- MONTELEONE BENEDETTO - Assegnista di ricerca - Università degli
studi di Cagliari
- MONTESANO GIULIO - Dottore in Giurisprudenza - Sapienza Università
di Roma
- QUONDAMSTEFANO ANTONIO MARIA - Dottorando di ricerca - Sapienza
Università di Roma
- SCARCHILLO GIANLUCA - Associato di Sistemi Giuridici Comparati e
Diritto Privato Comparato - Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza
Università di Roma
- SCHIOPPA ALESSANDRO – Assegnista di ricerca - Sapienza Università di
Roma
- SHEN WEIXING - Full Professor - Tsinghua University, Beijing
- TOTI ENRICO – Docente a contratto di *Chinese Law* – Dipartimento di
Giurisprudenza – Università di Roma Tre
- XU YUZHI - Lecturer - Zhongnan University of Economics and Law,
Wuhan

CONSIGLIO SCIENTIFICO-EDITORIALE
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

Presidente

AUGUSTO ROCA DE AMICIS

Membri

MARCELLO ARCA

ORAZIO CARPENZANO

MARIANNA FERRARA

CRISTINA LIMATOLA

ENRICO ROGORA

FRANCESCO SAITTO

Opera sottoposta a peer review. Il Consiglio scientifico-editoriale, anche attraverso i comitati scientifici di serie, assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori ignoti agli autori e ai curatori. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: www.editricesapienza.it

This work has been subjected to a peer review. The Scientific-editorial Board, also through the scientific committees of series, ensures a transparent and independent evaluation of the works by subjecting them anonymously to two reviewers, unknown to the authors and editors. For further details please visit the website: www.editricesapienza.it

COLLANA CONVEGNI

Per informazioni sui volumi precedenti della collana, consultare il sito:
www.editricesapienza.it | *For information on the previous volumes included
in the series, please visit the following website: www.editricesapienza.it*

70. Liber/Liberi
Libri, carte e parole nelle realtà carcerarie
Marta Marchetti, Pisana Posocco, Arianna Punzi
71. Costeggiando l'Eurasia / Coasting Eurasia
Archeologia del paesaggio e geografia storica tra l'Oceano Indiano
e il Mar Mediterraneo
Primo congresso di archeologia del paesaggio e geografia storica del
Vicino Oriente antico Sapienza Università di Roma 5-8 Ottobre 2021
Marco Ramazzotti
72. Giuliano Bertuccioli diplomatico e sinologo
Atti del convegno Giuliano Bertuccioli: una vita tra diplomazia
e sinologia" Roma, 22 maggio 2022
Paolo De Troia
73. Il filellenismo italiano e la Rivoluzione greca del 1821
Atti del Convegno Internazionale 9-11 novembre 2021
Sapienza Università di Roma
Francesca Zaccone, Christos Bintoudis e Paschalis Efthymiou
74. Valorizzare il patrimonio culturale
Il portale "Archivio musei italiani del secondo dopoguerra"
Valter Curzi e Benedetta Cestelli Guidi
75. Eranshahr
Man, Landscape, and Society in Arsacid and Sasanian Iran
Carlo G. Cereti, Pierfrancesco Callieri, Vito Messina
76. Bambine
Percezione del femminile ed elaborazione di modelli fra Antichità e
Medioevo
Elena Zocca e Anna Maria Gloria Capomacchia
77. Il nuovo Codice Civile Cinese del 28 maggio 2020
Oltre le sfide della globalizzazione in una prospettiva storico-
comparatistica
Oliviero Diliberto e Gianluca Scarchillo



Il volume raccoglie gli Atti del Convegno Internazionale dedicato a *“Il Nuovo Codice Civile Cinese del 28 maggio 2020. Oltre le Sfide della Globalizzazione in una prospettiva storico-comparatistica”* e rappresenta un primo commento sistematico alla codificazione cinese, entrata in vigore il 1° gennaio 2021, per comprendere gli effetti che questa potrà dispiegare, all’interno del contesto geopolitico attuale, negli scambi e nei rapporti commerciali con l’estero.

La centralità della tematica e la necessità di un approccio olistico, proprio a partire dalla sinergia edificante tra diritto romano e comparazione giuridica, offrono non solo un percorso di ricerca ma anche, e soprattutto, un ponte scientifico-culturale verso nuove prospettive future, anche *de iure condendo*.

Oliviero Diliberto, già Ministro della Giustizia, ordinario di Istituzioni di diritto romano, è Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Dal 2016 ha la cattedra di Diritto romano anche presso la Zhongnan University of Economics and Law (China), presso la quale è anche Dean of the School of Law and Economics.

Gianluca Scarchillo, Associato di Sistemi giuridici comparati e Diritto privato comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, ove è Presidente del Corso di Laurea Triennale in Diritto e Amministrazione Pubblica. Autore di monografie e saggi in materia di diritto privato comparato, diritto societario comparato, diritto commerciale internazionale e comparato, arbitrato e mediazione.

ISBN 978-88-9377-392-8



9 788893 773928

