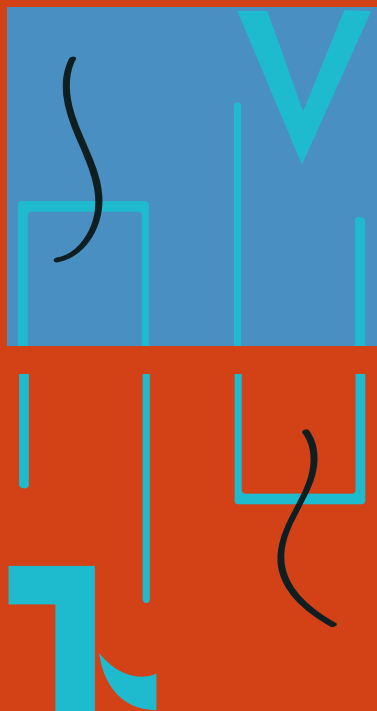


DIRITTO CINESE DEI CONTRATTI E SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO TRA LEGGE E DOTTRINA



Enrico Toti

24

Collana

L'Unità del Diritto



Roma Tre Press
2020

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODDIGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019
20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Enrico Toti

DIRITTO CINESE DEI CONTRATTI E SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO TRA LEGGE E DOTTRINA

24

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press

2020

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, aprile 2020

ISBN: 979-12-80060-09-9

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Ai miei genitori
A Guia
Alla memoria di Lydia

Indice

AVVERTENZA DELL'AUTORE

11

CAPITOLO PRIMO

L'APERTURA DELLA TRADIZIONE GIURIDICA CINESE A MODELLI GIURIDICI OCCIDENTALI

1. <i>Dall'ordinamento al sistema</i>	13
2. <i>Il processo di codificazione civile. Contributi della dottrina: Jiang Ping</i>	21
2.1 <i>Contributi della dottrina: Jiang Ping (segue)</i>	29
2.2 <i>Il modello di codificazione: le scelte della dottrina e dell'autorità di governo</i>	34
2.3 <i>Il concepimento del Codice Civile cinese</i>	37
3. <i>Individuazione e impiego delle fonti nel diritto cinese contemporaneo</i>	41
4. <i>Il diritto dei contratti nella Repubblica Popolare Cinese</i>	45
4.1 <i>Il "Tripode" e i Principi generali del diritto civile</i>	47
4.2 <i>La Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese</i>	55
5. <i>Nozione e definizione di contratto come hetong 合同 nel diritto cinese moderno e contemporaneo</i>	57
5.1 <i>Segue: contributi della dottrina</i>	66

CAPITOLO SECONDO

LA NOZIONE DI CONTRATTO FRA DIRITTO ROMANO E DIRITTO CINESE

1. <i>Introduzione</i>	75
2. <i>La nozione romana. D. 50.16.19 (Ulp. 11 ad edictum): il contratto secondo Labeone</i>	76

3. <i>La nozione romana. D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad edictum): il contratto come conventio in Sesto Pedio</i>	86
4. <i>La nozione romana. D. 2.14.7.pr.-2 (Ulp. 4 ad edictum): il contratto sinallagmatico secondo Tizio Aristone</i>	92
5. <i>La nozione romana. Gai 3.88-89: il sistema gaiano dei contratti. Conclusioni</i>	105
6. <i>Il contratto nei codici francese e tedesco. Conclusioni in merito all'art. 2 della Legge sui contratti della RPC</i>	114

CAPITOLO TERZO

LA LEGGE SUI CONTRATTI DELLA RPC

1. <i>Le Disposizioni generali (yiban guiding 一般规定) della Legge sui contratti. Contributi della dottrina</i>	125
1.1 <i>Le Disposizioni generali quali principi fondamentali (jiben yuanze 基本原则)</i>	128
1.2 <i>Finalità della Legge unitaria</i>	132
1.3 <i>Nozione di contratto</i>	134
1.4 <i>Parti del contratto</i>	136
1.5 <i>Principio di libertà</i>	137
1.6 <i>Principio di equità</i>	148
1.7 <i>Principio di buona fede</i>	154
1.7.1 <i>La buona fede nel diritto romano</i>	158
1.8 <i>Principio di liceità</i>	173
1.9 <i>Forza vincolante del contratto</i>	174
2. <i>Le Disposizioni fondamentali (jiben guiding 基本规定) del Codice Civile della RPC</i>	176
3. <i>Contenuto del contratto ed effetti giuridici. Art. 12 della Legge unitaria</i>	184
3.1 <i>Nozione e funzione del contenuto. Percorsi della dottrina</i>	187
3.2 <i>Segue: percorsi della dottrina. I doveri contrattuali</i>	196

3.3 <i>Segue: percorsi della dottrina. Gli elementi del contratto</i>	204
3.4 <i>Manifesta iniquità determinata da una parte. Contenuto della fattispecie</i>	207
4. <i>Forma del contratto. Evoluzione del dato normativo fino all'art. 10 della Legge unitaria</i>	214
4.1 <i>Forma del contratto. Segue: percorsi del legislatore e della dottrina</i>	218
4.2 <i>Forma del contratto. Segue: la Legge unitaria</i>	220
4.3 <i>Segue: contributi e rilievi della dottrina</i>	224
4.4 <i>Segue: l'approvazione e registrazione del contratto</i>	231
5. <i>Sui contratti elettronici</i>	233

CAPITOLO QUARTO

INTEGRAZIONE E INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

<i>Premessa</i>	237
1. <i>Sull'integrazione. Il problema delle lacune contrattuali. Percorsi della dottrina</i>	238
2. <i>Definizione e criteri di interpretazione del contratto. Percorsi della dottrina</i>	242
2.1 <i>Definizione e criteri di interpretazione del contratto. Segue: percorsi della dottrina</i>	247
2.2 <i>Segue: interpretazione e insegnamento giuridico</i>	251

CAPITOLO QUINTO

INVALIDITÀ DEL CONTRATTO

<i>Premessa</i>	254
1. <i>Nullità del contratto</i>	255
2. <i>Sulla violazione dell'interesse pubblico: causa di nullità del contratto. Percorsi della dottrina</i>	262

3. <i>Sull'annullabilità del contratto. Percorsi della dottrina</i>	265
NOTA CONCLUSIVA	272
BIBLIOGRAFIA	276

Avvertenza dell'Autore

Si segnala la peculiarità di questa monografia: essa ha due versanti, il versante cinese e il versante romanistico. Per la trattazione del diritto cinese mi sono avvalso quasi esclusivamente di fonti e di testi – monografie, manuali, saggi – in lingua cinese, intenzionalmente senza altra mediazione, con il proposito di cogliere appieno e di scoprire le convinzioni, i criteri, le strategie con cui il giurista cinese ha ritenuto di poter affrontare adeguatamente i vari e diversi problemi legati alla materia in esame. Intento complessivo è quello di fornire tutte le indicazioni possibili, via via selezionate, sui contributi della dottrina cinese per una lettura puntuale del *corpus* in vigore della *Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese* avviata nella direzione di dare al suo ordinamento l'assetto proprio di ciò che noi chiamiamo Stato di diritto.

Messo da me stesso all'angolo ho decifrato le coordinate mentali che mi hanno guidato e diretto durante il tragitto. Partito dall'idea di affrontare il piano di lavoro spoglio di ogni pregiudizio proveniente dalla mia formazione per vagliare forme e contenuti con la mentalità del giurista cinese, ho dovuto constatare l'impossibilità di un *transfert* assoluto.

La trasposizione, in verità molto laboriosa di termini ed espressioni, quindi di concetti, dalla criptica lingua cinese, e in un modo adeguato, a termini e concetti del diritto occidentale, mi ha messo di fronte ad altri aspetti, e quasi imposto un metodo, quello proprio del comparatista. Senza premeditazione mi sono trovato a valutare problematiche e soluzioni da ricercatore cinese e a comparare da studioso di diritto civile occidentale. Sono consapevole delle difficoltà rimaste non del tutto risolte che, spero tuttavia, di affrontare ulteriormente anche per altri argomenti, con il sostegno di valutazioni critiche, a mio parere, sempre e comunque costruttive.

Capitolo Primo

L'apertura della tradizione giuridica cinese a modelli giuridici occidentali

SOMMARIO: 1. Dall'ordinamento al sistema – 2. Il processo di codificazione civile. Contributi della dottrina: Jiang Ping – 2.1 Contributi della dottrina: Jiang Ping (segue) – 2.2 Il modello di codificazione: le scelte della dottrina e dell'autorità di governo – 2.3 Il concepimento del Codice Civile cinese – 3. Individuazione e impiego delle fonti nel diritto cinese contemporaneo – 4. Il diritto dei contratti nella Repubblica Popolare Cinese – 4.1 Il “Tripode” e i *Principi generali del diritto civile* – 4.2 La *Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese* – 5. Nozione e definizione di contratto come *hetong* 合同 nel diritto cinese moderno e contemporaneo – 5.1 Segue: contributi della dottrina

1. *Dall'ordinamento al sistema*

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 stranieri¹. 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, tra i più noti: Shen Jiaben, Yu Liansan, Ying Rui venivano inviati in Inghilterra, Spagna, Perù e Stati Uniti per conoscere, esaminare e riferire sugli ordinamenti giuridici in vigore in quei diversi paesi².

¹ Cfr. S. SCHIPANI, *Fondamenti romanistici e diritto cinese (riflessioni su un comune lavoro nell'accrescimento del sistema)* e M. TIMOTEO, *La lunga marcia della codificazione civile nella Cina contemporanea*, entrambi in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 2017, rispettivamente 7-34 e 35-46.

² Punti di riferimento essenziali per un primo incontro con il diritto civile cinese e per

Una tappa significativa si segnò negli anni 1907-1911 con il primo progetto di codice civile cinese su modello nippo-tedesco, al quale aveva partecipato assieme ai giuristi cinesi sopra citati il giapponese Matsukora Yoshitada, ma il progetto, pur pubblicato, non fu mai promulgato. Caduta l'ultima dinastia imperiale fu proclamata la prima storica Repubblica della Cina. Nel progetto, è questo il rilevante riconoscimento, si sono rinvenuti i prestiti di termini e di concetti giuridici per la prima volta tratti dal sistema giuridico romanistico in una struttura pandettistica propria della dottrina tedesca³. Studiosi e comparatisti concordano nell'attribuire considerevole peso a tale novità per la scelta, che in seguito si dimostrò irreversibile, di entrare nel sistema giuridico romanistico e, con riferimento

precise indicazioni bibliografiche: G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia Orientale*, diretto da R. SACCO, Torino, 2007; G. CRESPI REGHIZZI, *Il diritto cinese fra tradizione e riforma*, in *Relazioni internazionali*, 58/29, 1994, 38-44; J. ESCARRA, *Le droit chinois*, Pékin-Paris, 1936; J. GILISSEN, *Diritto cinese, I, Antichità e tradizione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; L. MOCCIA, *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Torino, 2009, 11-80; R. SACCO, *Cina*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 360-365; S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina - XXI secolo*, in *Treccani.it*, disponibile *on line* al sito: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_(XXI-Secolo)/)> (ultimo accesso 10.02.2020).

Per una documentata ricostruzione del diritto cinese in chiave storica, v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, 3ª ed., Milano, 2001.

Scritti di contemporanei giuristi cinesi in L. FORMICHELLA, G. TERRACINA, E. TOTI (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, Torino, 2005.

Sulla riforma e combinazione di modelli nel diritto cinese contemporaneo, v. M. TIMOTEO, *Un paese due sistemi. Il diritto cinese fra civil law e common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 12, 2009, 91-100.

In lingua cinese, per una prima bibliografia: ZHANG JUNHAO, *Minfaxue yuanli* [I principi del diritto civile], Beijing, 1991; CUI JIANYUAN (a cura di), *Hetongfa - jiaoxue cankaoshu* [Diritto dei contratti. Libro consigliato per l'insegnamento], Beijing, 1999; SHI SHANGKUAN, *Minfa zonglun* [Teoria generale del diritto civile], Beijing, 2000; WANG LIMING, FANG SHAOKUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Beijing, 2002; WANG LIMING, *Minfa zongze yanjiu* [Ricerca sui principi del diritto civile], Beijing, 2003; CHEN XIAOJUN (a cura di), *Hetongfa xue* [Diritto dei contratti], Beijing, 2003; LIANG HUIXING, *Minfa zonglun* [Teoria generale del diritto civile], 2ª ed., Beijing, 2004; LI YONGJUN, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], 3ª ed., Beijing, 2010; HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], 3ª ed., Beijing, 2011.

³ V. MI JIAN, *Diritto cinese e diritto romano*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 13-27, 20: «L'attività legislativa della fine del periodo Qing fu influenzata, in generale dal diritto tedesco, svizzero, giapponese. Ma in pratica il diritto tedesco ha esercitato un'influenza maggiore nello sviluppo del diritto cinese moderno e contemporaneo. Nella redazione del progetto di codice civile la Cina adottò la struttura del Codice civile tedesco, cioè la cosiddetta redazione in "cinque parti" anziché quella del Codice civile francese in "tre parti". Questa seconda è una copia della sistematica del diritto romano delle Istituzioni di Giustiniano; la prima ne è uno sviluppo».

alle differenze interne della grande famiglia, di seguire il modello tedesco.

Un giovane giurista cinese, affermato docente dell'Università di Pechino, Xue Jun, condividendo pienamente le tesi dei romanisti delle nostre facoltà universitarie, ha focalizzato a proposito di tale progetto un punto di partenza: per la prima volta nella storia del diritto cinese si usò una lingua giuridica diversa dalla tradizionale per descrivere diritti e doveri dei cittadini. Sulle ragioni di tale scelta Xue Jun individua come motivi fondamentali in primo luogo la realizzazione di «un trapianto giuridico sotto il nome della codificazione, per cui la Cina naturalmente si concentrò sui paesi che avevano un codice civile formale [...]. A confronto con il *common law* il diritto codificato risultò più facile e conveniente da trapiantare [...] perciò la Cina decise di studiare il sistema romanistico, non proprio per la superiorità dottrinale, ma la convenienza fu fattore decisivo»⁴. Prevalse, dunque, afferma Xue Jun, ben consapevole della *forma mentis* cinese, il pragmatismo, fattore predominante in tutti gli aspetti della realtà socio-politico-economica del paese⁵.

In secondo luogo, decisiva fu l'influenza dell'esperienza giapponese ricettiva, già dal 1868, del sistema giuridico romanistico, da inserire come prodotto metagiuridico all'interno dei rapporti politico-culturali spesso difficili e controversi, ma ripetuti e tutt'altro che privi di conseguenze tra Cina e Giappone. Causa prima di tale influenza fu l'elemento linguistico per la somiglianza tra le due lingue: «il giapponese è una lingua sviluppata dal cinese [...]»; la Cina poteva usare i concetti giuridici giapponesi [...] attraverso il Giappone, il modello giuridico romanistico entrò nella vita giuridica cinese»⁶.

Il processo di modernizzazione attraversò, in tempi successivi e autonomamente, vie preferenziali, assecondando l'esclusività delle vicende storiche di politica interna ed estera della Cina divenuta Repubblica. A dimostrazione che nella storia di un paese il percorso di determinati rinnovamenti è sempre lungo e accidentato, trascorsero più di venti anni prima che si raggiungesse

⁴ XUE JUN, *La polemica sulla codificazione del diritto civile cinese*, disponibile on line al sito: <<http://www.romanlaw.cn/sub2-35.htm>> (ultimo accesso 10.02.2020). Per un più recente scritto, cfr. XUE JUN, *La codificazione del diritto civile cinese e il diritto romano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 2016, 73-86.

⁵ Sul pragmatismo giuridico quale modo di operare del legislatore cinese, cfr. YU XINGZHONG, *Legal Pragmatism in the People's Republic of China*, in *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 993, 1989, disponibile on line al sito: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/993>> (ultimo accesso 10.02.2020).

⁶ Cfr. XUE JUN, *La polemica sulla codificazione del diritto civile cinese*, cit. Ivi i fattori che indussero a comunicare con il sistema romanistico e a recepirne i prestiti sono raggruppati in tre cause prossime: a) nell'esempio costituito dal vicino Giappone; b) nel prestigio di cui godeva sul piano internazionale la scienza giuridica tedesca; c) nella cultura giuridica fondata sulla combinazione della interpretazione sistematica e della comparazione legislativa elaborata.

un traguardo ben definito con il varo nel 1930 di un Codice civile (*minfadian* 民法典) in vigore dal 1931. Al piano di lavoro partecipavano giuristi cinesi – Ying Shi e Huang Yuchang – specialisti di diritto romano che avevano svolto ricerche ed esperienze in Giappone, Germania e Francia. Sarebbe molto interessante ripercorrere gli itinerari delle relazioni tra Cina ed Europa tra continuità e rottura risalendo a epoche antichissime, ma ci si inoltrerebbe in un discorso così coinvolgente da indurre a digressioni lunghe e fuorvianti⁷.

Proseguendo, il codice suddetto è tuttora concordemente ritenuto, nell'ambito della dottrina giuridica cinese e internazionale, una pietra miliare nel percorso riformistico dell'ordinamento sia per l'ingresso ufficiale nella famiglia romanistica, sia per la struttura. In confronto agli altri progetti questo codice ha rappresentato una prima nuovissima ricerca di incontro tra passato e presente in proiezione del futuro nella cultura giuridica civilistica cinese, in cui la recezione di modelli stranieri, in particolare dei codici in vigore in Giappone, Germania e Svizzera, e in genere l'apertura all'esterno, non escludevano la sopravvivenza di concezioni ataviche⁸. Giusto risalto è dato, come

⁷ Avvincente la lettura delle pagine di G. BERTUCCIOLI, F. MASINI, *Italia e Cina*, Bari, 1996; v. anche F. MASINI, *Continuità e rottura nella storia delle relazioni della Cina nel mondo occidentale: una diversa impostazione storiografica*, in *Caro Maestro. Scritti in onore di Lionello Lanciotti per l'ottantesimo compleanno*, a cura di M. SCARPARI, T. LIPPIELLO, Venezia, 2005, 775-783; v. anche L. MOCCIA, *The "Dual Paradox" of Modernity in China, from the Point of View of the Chinese Idea of Law*, in *European Journal of Sinology*, 3, 2012, 42-107.

⁸ TSUNG-FU CHEN, *Transplant of Civil Code in Japan, Taiwan, and China: With the Focus of Legal Evolution*, in *National Taiwan University Law Review*, VI/1, March 2011, 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

per il Codice del 1911, alla prospettiva linguistica e al metodo: nel Codice del 1930 si consacrò il vocabolario giuridico moderno tuttora valido⁹. Per i contenuti, l'attenzione si ferma sull'art. 1:

«民事，法律所未规定着，依习惯。无习惯者，依法理»

«In materia civile, ove la legge non disponga, si seguiranno gli usi, in assenza si seguiranno i principi del diritto»¹⁰.

La disposizione ricalcava l'art. 1 del Codice Civile svizzero che, precludendo eventuali lacune, inseriva l'intera normativa all'interno del sistema. L'iniziazione della cultura giuridica cinese al sistema dell'area romanistica non è, dunque, contestabile¹¹. Tuttavia, un traguardo così considerevole rimase privo di esiti sul piano di una effettiva prassi giuridica aggiornata ed efficiente, anzi subì una stasi altrettanto considerevole e destabilizzante

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-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 G. AJANI, J. LUTHER (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009.

⁹ M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004, 242: «Dal punto di vista linguistico il codice del 1930 rappresentò, in primo luogo, la sede del vocabolario giuridico moderno, un vocabolario che rimarrà in eredità alla Cina anche dopo la fuga del governo nazionalista a Taiwan e la nascita della Repubblica popolare».

¹⁰ Si preferisce tradurre *fali* 法理 "principi del diritto" piuttosto che "*ratio legis*"; diversamente cfr. H. PAZZAGLINI, *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, 76, 1991, 49-66: 52 e S. SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 57-68: 60.

¹¹ Al riguardo, significative e persuasive le ragioni addotte da R. POUND, consigliere nel 1948 del Ministero di Giustizia della RPC, nel saggio *Roman Law in China*, in *L'Europa ed il diritto romano. St. Koschaker*, I, 1954, 441-443: «È una forte testimonianza della permanente vitalità della tradizione giuridica romana che lo sviluppo giuridico dell'Estremo oriente segue 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; ed inoltre a proposito del linguaggio giuridico: il diritto romano offre una terminologia comune ed una quantità di concetti sistematici comuni per i codici di più della metà del mondo. Esso è base indispensabile per la comparazione giuridica su cui è basato il codice civile cinese».

in seguito alle tumultuose vicende che travolsero i parametri politici, economici e culturali della Cina.

Il Codice civile del 1931, la cui redazione è stata preceduta da un'intensa attività che coinvolse anche studiosi stranieri, costituisce una prima ordinata sistemazione della materia. La struttura del Codice, mutuata dal modello pandettistico, in cinque libri, determina il trapianto di numerosi istituti, concetti e disposizioni dal diritto straniero senza, tuttavia, una valutazione dell'adattabilità o meno all'ordinamento cinese.

Certo è che tale Codice conferma la recezione del sistema del diritto romano e l'appartenenza ad esso del diritto civile cinese e vara la nascita di un vocabolario giuridico tuttora valido. Da tale momento non sarà più abbandonata la acquisita consapevolezza che il sistema include il *principium*, «luogo ove riandare per rendere propria la chiave per possedere anche i successivi accrescimenti e poterli rinnovare (D. 1.2.1)»¹².

1° ottobre 1949: nella storia millenaria della Cina si verificò una frattura di enormi dimensioni con l'avvento della Repubblica Popolare. Abrogato completamente l'ordinamento giuridico precedente, si tentò di costruire un sistema giuridico socialista sul modello sovietico. Dunque, il 1° ottobre del 1949 iniziava il nuovo corso della storia della Cina comunista, da quel momento in poi riconosciuta nel mondo come Repubblica Popolare Cinese presieduta da Mao. La proclamazione era stata affidata alla Conferenza politico consultiva del popolo cinese (*Zhongguo renmin zhengzhi xieshang huiyi* 中国人民政治协商会议) indetta a Pechino nel settembre del 1949, cui parteciparono diversi soggetti politici, con il compito di redigere un Programma comune in forma di legge fondamentale. Il Programma rivestiva importanza storica notevole perché conferiva veste ufficiale al nuovo ordine, poneva le premesse per la ricostruzione del paese, espletando le funzioni di una vera e propria carta costituzionale¹³.

A questo punto, per orientarsi nel ginepraio degli avvenimenti, seguirne il tortuoso percorso e approdare a fasi conclusive, occorre il ricorso a scansioni cronologiche, a ragion veduta schematiche, di seguito illustrate a grandi linee¹⁴.

¹² S. SCHIPANI, *La Cina e il diritto romano*, in *Mondo cinese*, 145, 2011, 102.

¹³ Riguardo al contenuto e alla finalità del Programma comune, v. M. MAZZA, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Milano, 2006, 3-5.

¹⁴ Il ricorso a scansioni cronologiche è frequente: v. JIANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 3-11: 3 e 4 (già in *Index*, 16, 1988, 367-375). V. anche S. SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*,

- 1949-1957: elaborazione di un nuovo ordinamento giuridico sul modello dell'URSS;
- 1958-1977: periodo del nichilismo giuridico;
- 1978-2010: "politica della porta aperta"; rapido sviluppo economico, graduale sviluppo della scienza giuridica, notevoli traguardi in campo internazionale sul piano degli accordi economico-politici; rinnovato interesse per il diritto romano; interesse sempre più convinto della dottrina giuridica romanistica e anglo-americana per il rinnovamento della dottrina giuridica della RPC.

Il terremoto politico degli anni 1966-1976, periodo della Rivoluzione culturale (Grande rivoluzione culturale proletaria, *Wuchan jieji wenhua da geming* 无产阶级文化大革命), comportò un ristagno nella pianificazione di un ordinamento più adeguato ai tempi e alle situazioni e più aperto alla comunicazione con altri collaudati sistemi.

La dottrina cinese contemporanea che complessivamente comprende tre generazioni è perfettamente concorde nell'indicare negli anni '80 quelli della svolta decisiva nello sviluppo della scienza e della prassi giuridica della Cina: «Solo a partire dal 1980 tale sviluppo si è accelerato nonostante i difetti e le carenze ancora presenti»¹⁵. Da

cit., 61-62; DING MEI, *Introduzione al diritto cinese contemporaneo*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 101-106. Da ultimo, v. FEI ANLING, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, in *Roma e America. Diritto Romano comune*, 23, 2007, 111-130; v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., spec. 177-187. V. anche G. TERRACINA, *Introduzione alla Bibliografia romanistica pubblicata in Cina (1978-2003)*, in *Roma e America. Diritto Romano comune*, 17, 2004, 371-381.

¹⁵ MI JIAN, *Diritto cinese e diritto romano*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 13-27: 22. A proposito dei contributi della dottrina in epoche successive si precisa: alcuni esponenti di tali generazioni, tra i più noti accademici, ho conosciuto e contattato nel mio lungo periodo post-laurea trascorso a Pechino. Moltissimi ne ho consultati per essere in grado di svolgere questo lavoro secondo le finalità dichiarate e determinate nell'*Avvertenza*, traendo e traducendo dai testi pagine e passi di decisivo interesse per gli argomenti via via trattati. Ritengo doveroso segnalare i punti di riferimento più significativi per questo lavoro, con essenziali notizie biografiche riportate in ordine alfabetico:

Chen Xiaojun (陈小君), classe 1956, si laurea nel 1982 presso l'Università dello Hubei. È professoressa presso il medesimo ateneo. Ambiti di ricerca: diritto civile, diritto commerciale, diritti reali, diritto di famiglia, diritto delle obbligazioni.

Cui Jianyuan (崔建远), classe 1956, si laurea nel 1982 presso l'Università di Jilin. È professore presso l'Università di Tsinghua, Pechino. Ambiti di ricerca: diritto civile, diritto commerciale, diritto dei contratti, diritti reali.

Guo Mingrui (郭明瑞), classe 1947, si laurea nel 1981 presso l'Università di Pechino. È professore presso l'Università dello Shandong. Ambiti di ricerca: diritto civile, diritto commerciale.

ogni angolo di osservazione si registrava in quegli anni il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina, si mobilitavano, si attuavano e si aggiornavano metodi e strategie operative¹⁶. È accertato che l'impulso

Han Shiyuan (韩世远), classe 1969, si laurea nel 1997 presso l'Accademia Cinese delle Scienze Sociali. È professore presso l'Università di Tsinghua. Ambiti di ricerca: diritto privato comparato, diritto dei contratti, diritto civile, diritti reali.

Jiang Ping (江平), classe 1930, si laurea nel 1956 presso l'Università Statale di Mosca. Dal 1988 al 1990 è stato rettore dell'Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza. Ambiti di ricerca: diritto romano, diritto comparato, diritto civile, diritti reali. È stato a capo della Commissione di lavoro del Codice Civile cinese. È ritenuto uno dei più importanti giuristi della Repubblica Popolare Cinese.

Liang Huixing (梁慧星), classe 1944, si laurea nel 1966 presso l'Università del Sudovest di Scienze Politiche e Giurisprudenza. Dal 2014 è professore presso l'Istituto di Tecnologia di Pechino. Ambiti di ricerca: diritto civile, metodologia del diritto, diritto commerciale, diritto dei contratti, diritti reali.

Shi Shangkuan (史尚宽), 1898-1970. Dal 1927 è stato professore presso l'Università di Sun Yat-sen (nota come Università di Zhongshan) presso l'Università Nazionale Centrale e l'Università del Governo Nazionale di Taiwan. Ambiti di ricerca: diritto civile, diritto di famiglia e delle successioni, diritti reali.

Su Haopeng (苏号朋), classe 1970, si laurea nel 1992 presso l'Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza. Dal 2007 è professore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Affari Internazionali ed Economici di Pechino. Ambiti di ricerca: diritto dei contratti commerciali, diritto dei contratti internazionali, diritto immobiliare, diritto societario, diritto tributario.

Yang Lixin (杨立新), classe 1952, si laurea nel 1985 presso l'Università Normale di Tonghua. È stato giudice della Corte Suprema del Popolo e professore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pechino e presso altre istituzioni. Ambiti di ricerca: diritto civile, diritto delle obbligazioni e dei contratti, diritti reali, diritto di famiglia, diritti della personalità.

Wang Liming (王利明), classe 1960, si laurea nel 1984 presso l'Università del Popolo. Nel 1995 è nominato dalla *China Law Society* tra i "10 migliori giovani giuristi" della Cina. Ha trascorso lunghi periodi di studio negli Stati Uniti. Ambiti di ricerca: teoria e metodologia del diritto, diritto civile, diritto commerciale, diritto delle obbligazioni e dei contratti, diritti reali.

Wei Zhenying (魏振瀛), 1933-2016, si laurea nel 1960 presso l'Università di Pechino. È stato professore di diritto civile e commerciale presso il medesimo ateneo. È stato membro della Commissione di lavoro del Codice Civile cinese. Ambiti di ricerca: diritto civile, diritto commerciale.

Zhang Wenxian (张文显), classe 1951, si laurea nel 1977 presso l'Università di Pechino dove diventa ricercatore nel 1982. È stato visiting professor presso la Columbia University. Nel 2000 è nominato vicepresidente del Comitato permanente del PCC e Ministro dell'educazione. Ambiti di ricerca: teoria e metodologia del diritto, filosofia del diritto.

¹⁶ Cfr. XUE JUN, *La polemica sulla codificazione del diritto civile cinese*, cit., in cui si legge: «Tutto questo significa che la Cina come un membro della famiglia giuridica romanistica, ha finito la fase di trapianto acritico del diritto. Mi sembra che adesso il rapporto fra la Cina

a fermi propositi di progettazione legislativa riformista attraverso per primo il settore economico. Si riconobbe già negli ultimi decenni del secolo scorso e si riconosce nell'attualità, come si deduce in particolare negli ambiti della ricerca "gius-sinologica", la centralità dell'interesse della legislazione cinese per le relazioni commerciali, al seguito della progressiva, invadente irruzione della politica economica della RPC sul mercato globale¹⁷.

Certo è che l'esame del ragionamento, nell'accezione più ampia del termine, del legislatore cinese riguardo all'attività di codificazione, è assai complesso entrando in gioco, inevitabilmente, tutta una serie di fattori dai quali non era in alcuno modo possibile prescindere¹⁸. Si pensi ad esempio alla riabilitazione del diritto, ai particolarismi locali, alla tradizione.

2. *Il processo di codificazione civile. Contributi della dottrina: Jiang Ping*

Nel ripercorrere questa fase particolarmente decisiva dell'esperienza giuridica cinese ci si è avvalsi di un criterio metodologico pressoché integralista, pressoché e non in assoluto, perché nel momento della comparazione riguardo agli "elementi determinanti" l'approccio critico diventa spontaneamente relativista¹⁹. Si sono consultate ed esaminate quasi esclusivamente tesi esposte al riguardo da esponenti di spicco negli ambienti accademici cinesi, giungendo a conclusioni supportate da una adeguata conoscenza della lingua e dell'ordinamento cinese, nonché della considerazione di diversi fattori meta-giuridici; nello stesso tempo non si sono ignorati e quindi non macano – tuttavia un *transfert* completo non sarebbe stato possibile – criteri di analisi propri del metodo comparato di matrice occidentale.

Si ritiene costruttivo inserire una rassegna sistematica delle convinzioni più diffuse e accreditate che la dottrina cinese contemporanea ha maturato a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso sull'appartenenza del diritto civile cinese alla famiglia romanistica, sulle questioni affrontate, sulle cause

e l'Italia, la Germania, la Francia, non sia di passiva recezione, ma la Cina sta cercando un dialogo critico dentro la famiglia giuridica. La codificazione, quindi, è una attività che i giuristi cinesi secondo le necessità sociali e le dottrine civilistiche cinesi esprimono attraverso propri pensieri giuridici».

¹⁷ Cfr. JIANG PING, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 49-56.

¹⁸ Sul tema, importante il lavoro di H. PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, 2005.

¹⁹ Cfr. A. RINELLA, *La costituzione economica cinese e dialogo tra sistemi giuridici*, in *La Costituzione economica cinese*, Bologna, 2010, 13-38:14.

efficienti di una recezione considerata alla stregua di spontanea acquisizione, si direbbe anche di adattamento selettivo, in conformità alle esigenze culturali e pratiche del paese. Si propongono i contenuti più chiari e meno scontati, nei quali il metodo critico risulta aver ben consapevolmente assimilato i parametri occidentali nel sostenere e confutare specifici assunti²⁰.

Due i titoli di grande richiamo del Professore Jiang Ping: *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*²¹, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*²². Il primo, un estratto del discorso di apertura del Congresso internazionale svoltosi a Pechino dal 3 al 6 ottobre 1994, riveste particolare interesse soprattutto perché induce la ricerca occidentale a osservare e a tenere in debito conto il procedimento logico con cui si focalizzano e concatenano argomentazioni, considerazioni, suggerimenti conclusivi; induce, dunque, e guida a entrare a nostra volta in “comunicazione” e in sintonia con lo spirito del diritto cinese contemporaneo.

Punto di partenza, l'individuazione della causa prima di quello che è ritenuto un vero e proprio “risorgimento giuridico cinese” in nome della rinnovata comunicazione con lo spirito del diritto romano: «lo sviluppo delle riforme dell'economia socialista di mercato ha comportato anche in Cina una progressiva trasformazione dell'ordinamento e della dottrina giuridica,

²⁰ Si tratta in gran parte di testi di giuristi cinesi, tradotti in italiano, raccolti nel già citato volume dei *Contributi*. La rassegna qui esposta segue, in linea di massima, una selezione cronologica con l'intento di rilevare gli sviluppi sia circa la natura degli argomenti affrontati in tempi succedanei, sia circa il metodo di impostazione e l'approdo delle conclusioni. Si è scelto come interprete più autorevole e portavoce di tutte le tesi esposte dalla dottrina cinese Jiang Ping, caposcuola del gruppo di giuristi dell'Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza.

Importanti chiavi di lettura dell'ordinamento cinese, per singoli diversi aspetti in G. AJANI, *Il modello post-socialista*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO (a cura di), *Sistemi giuridici comparati*, 3ª ed., Torino, 2008.

Riguardo alla ricerca comparata e una prima esaustiva bibliografia sul tema, v. A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato. Vol II: Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino, 2005.

²¹ V. JIANG PING, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, cit., 49-56.

²² V. JIANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, cit., 3-11. A parte quanto si dirà fra poco in merito a quest'ultimo scritto, merita segnalare subito che si tratta di uno dei primi lavori scientifici con i quali questo insigne giurista è riuscito a richiamare l'attenzione sul diritto romano nel quadro del processo di rinnovamento dell'ordinamento cinese, a cui si è fatto riferimento alla fine del paragrafo precedente. L'impulso dato da Jiang Ping aveva, in quel momento, carattere pionieristico e, come risulterà dal presente lavoro, era destinato a produrre uno sviluppo legislativo e giurisprudenziale che è poi sfociato nella attuale configurazione del diritto cinese dei contratti, oggetto del presente lavoro.

trasformazione che è una conseguenza del risorgere dello spirito del diritto romano e dell'umanesimo [...]. La fondazione e lo sviluppo dell'economia di mercato richiedono necessariamente una resurrezione dello spirito del diritto romano. [...] certo non è possibile applicare nella Cina odierna l'ordinamento giuridico classico di duemila anni fa»²³. L'interessante premessa apre le sequenze di tre paragrafi chiarificatori delle cause e dei progressivi effetti dei radicali mutamenti provocati nell'ideologia e nella cultura giuridica della RPC dal confronto con il “*ius naturale*”, con i concetti di Stato e di società, con il razionalismo giuridico dei Romani. Il primo paragrafo, dal titolo di per sé esplicito *Dalla centralità della volontà del legislatore alla centralità della legge*, descrive l'evoluzione che la dottrina cinese ha compiuto nel rapportarsi a un'analisi sistematica del proprio ordinamento giuridico nel bel mezzo di un successo epocale della politica economica cinese in campo internazionale. Si è avvertita, allora, la necessità urgente «di una legislazione

²³ JIANG PING, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, cit., 49. Sul processo di codificazione in Cina attraverso il diritto romano, oltre alle opere da me sopra citate si veda ancora: J. PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, cit., 1988, *passim* e in particolare 369, 374 e 375, dove si chiarisce, rispettivamente, che il processo di codificazione del diritto civile, dopo le esperienze degli inizi del '900, riprese a partire dal 1954 ma fu più volte interrotto in attesa delle necessarie riforme della struttura economica; inoltre, che dopo gli studi di diritto romano apparsi in Cina nei trentacinque anni antecedenti la fondazione della RPC e in particolare al ruolo svolto dal Professore Cen Ciao-Bi (autore nel 1947 del più diffuso manuale di diritto romano), dopo la fondazione della RPC per molto tempo è stato ignorato lo studio di tale diritto per essere ripreso al termine della Rivoluzione culturale e ripristinato nel 1979 tra i corsi degli istituti universitari; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, rist., Torino, 1999, 69-80, che riassume sinteticamente le ragioni storiche e politiche della scelta relativa al diritto romano; S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina - XXI Secolo*, cit.; L. COLANGELO, *L'introduzione del diritto romano in Cina: evoluzione storica e recenti sviluppi relativi alla traduzione e produzione di testi e all'insegnamento*, in *Roma e America*, 36, 2015, 175-209. Recentemente sono apparsi, poi, alcuni contributi nel volume della rivista *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 2016, che raccoglie gli atti del “Seminario Internazionale su fondamenti romanistici e diritto cinese (Roma, 24 maggio 2016)”: S. SCHIPANI, *Fondamenti romanistici e diritto cinese (riflessioni su un comune lavoro nell'accrescimento del sistema)*, *ivi*, 7-34, dove si fa riferimento alla “svolta di politica del diritto del 1978” connessa con l'opera di Jiang Ping e con ulteriore bibliografia a p. 9, n. 4; M. TIMOTEO, *La lunga marcia della codificazione civile nella Cina contemporanea*, *ivi*, 35-46; XU GUODONG, *La base romanistica della parte generale del codice civile cinese*, *ivi*, 47-72; XUE JUN, *La codificazione del diritto civile cinese e il diritto romano*, *ivi*, 73-86; L. COLANGELO, *La ricezione del sistema giuridico romanistico e la relativa produzione di testi in Cina all'inizio del XX secolo: le fonti del diritto romano in due dei primi manuali in lingua cinese*, *ivi*, 195-217; L. FORMICHELLA, *Fondamenti romanistici e insegnamento del diritto cinese*, *ivi*, 219-239.

rispondente alle esigenze dell'economia di mercato e non imposta dall'alto per volontà del legislatore»²⁴.

Non è tanto sottintesa la denuncia dell'eccessiva ingerenza delle mire politiche in un settore, quello giuridico, in cui per la prima volta la dottrina è indotta a riconoscere l'autonomia e a porre rimedio a un errore gravissimo, cioè la convinzione che il diritto incarni la manifestazione della volontà di potere della classe dominante, con il conseguente riconoscimento degli effetti deleteri: «ed abbiamo redatto leggi imperfette che hanno finito per nuocere allo sviluppo economico. Da tali errori dobbiamo trarre una lezione»²⁵. Occorre, pertanto, riattribuire al diritto effettivamente rispondente alle esigenze di un'economia di mercato la natura di diritto oggettivo, concezione che incarna lo spirito di diritto naturale del diritto romano. I giuristi cinesi sono tutti invitati a meditare su concetti basilari del diritto romano fondato sulla distinzione tra *ius naturale*, diritto non prodotto dalla volontà del legislatore, le cui norme sono sempre conformi all'*aequitas*, e *ius civile*, «quel diritto che rivela, almeno in parte, la creazione arbitraria del legislatore»²⁶.

Nella coscienza giuridica cinese si insinuano dubbi che sconvolgono ataviche certezze: «Il diritto deve manifestare un carattere soggettivo, oggettivo o entrambi?»²⁷. La risposta assume il tono di una vera e propria disquisizione che procede attraverso comparazioni, constatazioni e giustificazioni sulle posizioni soprattutto operative delle normative cinesi: «prima dell'introduzione in Cina delle teorie sull'economia di mercato, la maggioranza dei giuristi si era schierata nel primo senso tralasciando completamente l'aspetto oggettivo»²⁸.

Dal confronto aperto con altre realtà, è possibile ricavare dettagliate e filologiche considerazioni: «Ma già da un punto di vista etimologico, in molte lingue moderne non esistono termini differenziati per indicare la soggettività e l'oggettività del diritto: in inglese, ad esempio, la parola *law* le include entrambe, così in russo il vocabolo *zakoh*, ed il cinese *faliu* 法律 e *guilü* 规律, comprensivi del carattere *lǜ* 律. Tutte queste non sono pure coincidenze, ma indicano che i due aspetti non sono separabili in modo totale ed assoluto»²⁹. Risolutiva la deduzione: «Il diritto quindi non incarna soltanto il lato soggettivo che esprime la volontà della classe dominante, ma anche quello oggettivo in cui si riflettono i bisogni effettivi della società»³⁰.

²⁴ JIANG PING, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, cit., 49-50.

²⁵ *Ivi*, 50.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

Si approda al riconoscimento e alla valutazione del *ius naturale*, elaborato dalla giurisprudenza romana, e coincidente con il *ius gentium* per l'individuazione di un patrimonio giuridico comune a tutti i popoli. L'esperienza romana che distingueva il diritto specifico dei cittadini romani da quello comune a tutti gli esseri umani deve pertanto ritenersi degna di attenta considerazione nel contesto giuridico cinese contemporaneo, dal momento in cui si è accertato che il diritto corrispondente alle esigenze dell'economia di mercato supera i confini nazionali e riflette il lato oggettivo del diritto, quello che fissa le norme comuni anche ad altre nazioni. Questa è una vera e propria scoperta della dottrina cinese entrata in diretta comunicazione con il sistema romanistico: tali norme – nel rispetto del *ius gentium* – pur non possedendo carattere di assolutezza, al contrario di quelle dipendenti dalla volontà del legislatore, sono stabili e di lunga durata. Le successive sequenze aprono gli occhi su scoperte ancora più sconvolgenti relative a concetti basilari della vita politica e dell'assetto sociale di uno Stato, scoperte dovute all'incontro e al confronto con l'esperienza giuridica romana. Questa, occorre precisare, è rivisitata e valutata non tanto per farne conoscere e sottolinearne la portata storica dai tempi della pre-classicità sino alla decadenza e per tutta la civiltà occidentale, quanto per coglierne l'essenziale, utile a dimostrare che da essa hanno preso il via radicali trasformazioni nella mentalità giuridica cinese e a specificare attraverso quali passaggi si è approdati a concezioni e convinzioni decisive per il futuro.

Nel secondo paragrafo, *Dallo Stato alla società*, si rileva il differente significato non solo concettuale tra i due termini, per avviare un confronto contestuale con l'ideologia cinese. Risulta quanto mai interessante seguire da vicino il procedimento logico del giurista cinese concentrato, come si è detto, a dedurre ineccepibili dimostrazioni: soprattutto, la scoperta dell'esistenza nelle concezioni del diritto romano di due branche, il diritto pubblico e il diritto privato con una netta distinzione delle rispettive competenze, deve considerarsi il punto di partenza per le innovazioni dell'ordinamento giuridico civile della RPC. Seguiamone il ragionamento: presso i giuristi cinesi per lungo tempo è prevalsa l'idea che lo Stato «è al vertice di tutto, prende qualunque decisione, fa valere in ogni caso la teoria della dittatura del proletariato e pianifica in modo assoluto l'economia. Di qui la completa dipendenza della società dallo Stato»³¹, di qui la preminenza *in toto* del diritto pubblico sul privato.

La divisione tra queste due diramazioni è propria del *ius aequum et bonum erga omnes*, tuttavia l'esperienza giuridica romana non ha elaborato

³¹ *Ivi*, 52.

un'analisi oggettiva e approfondita a riguardo, in quanto allora la divisione tra Stato e società non era così evidente. Si rileva la convinta deduzione: «si può ben affermare che lo “Stato” romano ha rappresentato la prima e la sola società civile anteriormente alla società capitalistica moderna»³². Errore fondamentale della dottrina cinese: «Molti giuristi cinesi hanno a lungo ritenuto che laddove i beni produttivi sono di proprietà statale o pubblica non si può delineare una distinzione tra diritto pubblico e privato»³³. Questa loro idea si basava su una enunciazione di termini che, pur ammettendo l'esistenza di un'economia privata la assoggettava all'intervento statale, ma anche in questa interpretazione si commetteva un errore in nome di una visione ideologica assolutistica successivamente corretta nella riedizione cinese di tutte le opere di Lenin, la cui rilettura induceva a una rassicurante riflessione: Lenin non aveva negato in assoluto l'esistenza di un diritto privato ma lo aveva assoggettato al pubblico. Illuminante la pratica conclusione: «è molto importante per correggere non solo l'atteggiamento dei giuristi degli ultimi quaranta anni, che hanno permeato tutto l'ordinamento con lo spirito del diritto pubblico, ma anche la stessa tradizione giuridica degli ultimi quattromila anni in cui le norme penali erano viste come il fondamento stesso del diritto. Quando noi sosteniamo e vogliamo far sviluppare lo spirito del diritto privato intendiamo riempire la pagina mancante della nostra storia giuridica e per giungere a tale risultato ci richiamiamo al diritto romano che è il vero spirito del diritto privato. La resurrezione del diritto romano è anche quella del nostro diritto privato»³⁴.

La Cina raggiunge, così, una conciliazione tra socialismo e diritto privato tramite il diritto romano.

Valutando seriamente l'esigenza di un ordinamento giuridico finalizzato a disciplinare i rapporti economici e sociali interni e con l'estero, si riconosce l'influenza positiva di posizioni ideologiche dettate da concetti universali, quali la libertà, l'uguaglianza, i diritti umani, insiti nel diritto pubblico e in quello privato. Anche questo è considerato un effetto di primo ordine del risorgere del diritto romano in Cina.

Nel paragrafo *Dallo status al contratto* è contenuta la sequenza dedicata alla comparazione di nozione e definizione di contratto che dal *ius Romanum* e dal sistema giuridico romanistico confluiscono nel diritto cinese sui contratti.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ivi*, 52-53.

Occorre seguire la linea di demarcazione che, secondo il giurista cinese, segna il confine tra *status* e contratto indicandone lo sviluppo nella storia del diritto romano. Il merito è attribuito, questa è la convinzione, al *ius naturale* che esalta l'individualità liberandola dalla soggezione all'autorità sociale, sicché alla originaria supremazia del *pater familias* subentra quella dell'individuo; di qui la nascita del diritto privato e dell'uguaglianza propria dello strumento contrattuale. Pertanto la società romana ha espresso nel diritto la sua duplice natura: da un lato il diritto contrattuale ha fissato rapporti paritari tra gli uomini liberi, dall'altro il diritto di famiglia con la centralità del *pater familias* ha incarnato la disuguaglianza tra persone. Ma il *ius gentium* che rifletteva lo spirito del diritto naturale, superando i vincoli del sistema familiare ha aperto i canali della comunicazione giuridica a tutte le genti³⁵.

È opportuno, a questo punto, fare una precisazione sul rapporto che, tramite la dottrina cinese attuale, viene a instaurarsi fra la tradizione romana del *ius gentium* e il nuovo diritto dei contratti della RPC. Dalle pagine che stiamo commentando risulta evidente, infatti, che il diritto dei contratti e, più in generale, il diritto privato in Cina – come espresso dall'autore che si sta esaminando – vuole espressamente assumere il ruolo che, in Roma antica, fu svolto dal *ius gentium*³⁶.

In prefazione alle sue *Ricerche* Gabrio Lombardi segnalava i tre significati fondamentali di *ius gentium*: «a) Complesso di norme e istituti relativi originariamente ai rapporti tra peregrini e cittadini romani e tra peregrini di diversi paesi, in Roma; complesso che si sarebbe esteso successivamente anche ai rapporti tra cittadini, e avrebbe acquistato allora il carattere di complesso di norme applicabile in Roma a tutti i liberi, cittadini e non cittadini. Taluni autori moderni [...] affermano che il *ius gentium* è quello creato in Roma dal pretore peregrino, a partire dal terzo secolo a.C. Quasi tutti mettono in luce come in questo concetto di *ius gentium* rientrino essenzialmente norme e istituti relativi a un campo ben circoscritto del diritto e cioè al campo del diritto commerciale.

³⁵ *Ivi*, 54.

³⁶ In materia di *ius gentium* e *ius naturale*, in questa sede è opportuno il riferimento ad alcuni fra i testi più rilevanti: G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946 e *Sul concetto di ius gentium*, Milano, 1947 (di entrambi, Rec. Guarino AG, 136, 1949, 122 ss., con aggiornamenti nella ristampa in A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, vol. IV, Napoli, 1994, 190-197); P. FREZZA, *Ius Gentium*, in *RIDA*, 2, 1949, 259-308; pagine molto limpide in B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Napoli, 1978, 136-158; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, 5ª ed., Napoli, 1990, 317-343; M. KASER, *Ius gentium* (Forschungen zum römischen Recht, 40), Köln-Weimar-Wien, 1993.

b) Complesso di norme e istituti comuni ai vari popoli. Fondamento di tale comunanza si vede normalmente nella *naturalis ratio* che è a base di quelle norme e di quegli istituti. A proposito di tale concetto di *ius gentium* si pone il problema dei rapporti di questo con il *ius naturale*: se i due concetti si debbano o meno identificare, almeno per una prima fase del loro sviluppo.

c) Complesso di norme e di istituti relativi ai rapporti fra i vari stati; complesso che con terminologia moderna si direbbe diritto internazionale pubblico»³⁷.

Il Lombardi giungeva nelle sue classiche ricerche a una conclusione: anche se esistette in Roma un complesso di norme e istituti corrispondenti al concetto di cui al punto a), mai i giuristi si riferirono a tale complesso con l'appellativo di *ius gentium*. A partire da Cicerone si ebbe uno sviluppo per cui i giuristi classici e tardo-classici assunsero a fini sistematici il concetto di *ius gentium* di cui al punto b), cioè il concetto di un diritto comune a tutti i popoli. La romanistica attuale sembra, invece, essere in maggioranza tornata all'opinione che presso i romani si ebbe, nel campo del diritto privato e quindi tralasciando in questa sede il concetto di *ius gentium* relativo ai rapporti fra stati, un duplice significato di *ius gentium*: il primo, tecnico-giuridico, indicante il complesso di istituti del diritto romano fruibili anche per gli stranieri, o applicabili ai rapporti fra romani e stranieri o fra stranieri; il secondo, di carattere astratto e di derivazione filosofica, indicante il diritto comune a tutti i popoli in quanto accomunati dalla *naturalis ratio*. Appare chiaro che il richiamo da parte dei giuristi cinesi alla categoria del *ius gentium* avviene nella piena consapevolezza dello stato delle conoscenze dei romanisti in materia di *ius gentium*.

La Cina odierna, afferma Jiang Ping nella conclusione, ha avvertito chiari i segnali di tali passaggi, distinzioni e sviluppi tenendone conto e mettendoli in opera nella legislazione dell'economia di mercato, soprattutto in materia contrattuale.

Nel successivo paragrafo *Dall'empirismo al razionalismo*, l'ultima sequenza assume le funzioni di una sintesi critica circa le posizioni della legislazione cinese messa a confronto con il sistema del diritto romano e, in particolare, con quello dell'intera famiglia romanistica. Premessa e fondamento di ogni argomentazione: come ha sottolineato Marx nella sua critica alla filosofia del diritto di Hegel, il razionalismo giuridico dei Romani, incentrato sulla proprietà privata «ha dato vita ad una teoria giuridica molto alta»³⁸. Lo spirito razionale del diritto romano si è manifestato pienamente nel *Corpus iuris*

³⁷ Cfr. anche *Sul concetto di ius gentium*, cit., 5-7.

³⁸ JIANG PING, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, cit., 55.

civilis, modello per i secoli successivi, e si è trasmesso nel Codice Civile francese e nel Codice Civile tedesco. La codificazione del diritto cinese ha seguito una strada tortuosa: solo nel 1986 si è approdati all'emanazione dei *Principi generali del diritto civile della RPC*³⁹, e anche in seguito l'attività del legislatore si è concentrata piuttosto sulla pianificazione di leggi singole sia pure di notevole portata per il riconoscimento delle persone: sui diritti reali, sulle garanzie delle obbligazioni, sulle società. Certo, tale pianificazione rientrava nelle manifestazioni del diritto romano, ma non risultava decisiva per una sistemazione organica del diritto cinese. Per tale approdo occorreva «liberarsi da vecchie idee e passare dall'empirismo al razionalismo giuridico»⁴⁰. Occorreva, in realtà, una solida base teorica sulla quale percorrere una linea più diretta di riformismo giuridico, oggettivamente più sicura onde ovviare al grave inconveniente di sminuire il valore e il significato di una norma nel giro di un decennio. L'errore più grave commesso dalla Cina nel campo giuridico è stato quello di aver privilegiato la pratica a scapito della teoria.

Infine, una riflessione molto acuta riguarda la funzione dei giuristi, ben valorizzata nella fase più alta del razionalismo del diritto romano «dominata dalla presenza di grandi giuristi, [...] sicché si può ben dire che il declino del diritto romano è anche quello della sua giurisprudenza»⁴¹. Un ultimo problema, dunque, non certamente irrilevante nella panoramica giuridica della RPC, restava quello del ruolo del giurista per realizzare la effettiva transizione da una legislazione empirica a una razionale.

Si riconosce a Jiang Ping il merito di una prima delicata opera di conciliazione attraverso il linguaggio della tradizione giuridica romanistica fra la complessa realtà socio-politica della Cina attuale e tutte le altre società mondiali. Questa conciliazione non poteva non partire dalla dimensione giuridica.

2.1 *Contributi della dottrina: Jiang Ping (segue)*

Del secondo testo di Jiang Ping *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, pubblicato nel 1988, merita assoluta evidenza la premessa: nel periodo dello sviluppo e del completamento del sistema giuridico cinese, decennio 1978-1988, la dottrina ha riconosciuto che «la cultura giuridica, compresa quella romana, costituisce parte integrante della cultura dell'intera umanità. Siccome la cultura giuridica può essere “ereditata”, il patrimonio del

³⁹ V. *infra*.

⁴⁰ JIANG PING, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, cit., 56.

⁴¹ *Ibid.*

diritto romano può essere anche ereditato ed utilizzato nella Cina odierna»⁴². Di qui il chiarimento su tre questioni fondamentali in rapporto allo studio del diritto romano: «a) si può riconoscere l'“ereditarietà” del diritto? [...] b) Si può riconoscere un significato sociale generale del diritto romano? [...] c) Si deve riconoscere la “razionalità” del diritto romano privato o del diritto privato in generale?»⁴³. Risposte affermative: «a) [...] quando noi ammettiamo che il diritto del periodo pre-socialista può essere ereditato e utilizzato dal diritto socialista, noi ammettiamo anche il ruolo e l'influenza del diritto romano sul diritto socialista; b) [...] poiché noi attualmente in Cina stiamo sviluppando l'economia di mercato, il diritto romano ci è utile, in quanto ha fornito e fornisce una ricca esperienza e soluzioni giuridiche per le società a economia di mercato. Il diritto romano, come in passato, ha un significato sociale generale; c) [...] in generale nei paesi socialisti non è conosciuta la divisione del diritto in pubblico e privato. Però, anche nei Paesi socialisti il diritto privato ha una sua base»⁴⁴. In Cina, con la riduzione dei campi di applicazione dei piani direttivi statali, è notevolmente aumentata l'autonomia di gestione delle imprese private. «I principi di uguaglianza, di rispetto della volontà delle parti, della equivalenza e della risarcibilità sono stati fissati nei Principi generali del diritto civile, il che rappresenta una sorta di incarnazione dei principi del diritto privato romano. [...]. Ma in sostanza molti studiosi ammettono come “razionale” l'esistenza del diritto privato»⁴⁵.

Sono quindi segnalate le convergenze tra sistema giuridico romano e ordinamento cinese, nonostante le fratture con la tradizione provocate in quest'ultimo negli anni 1949-1957 per la prevalenza di un principio rivoluzionario di chiaro stampo socialista. L'indicazione delle affinità comporta quella delle caratteristiche tutte cinesi della prassi giuridica; a questo punto si avverte l'avvio deciso del giurista verso un'analisi comparata che lo studioso occidentale dovrà tener ben presente ogni qual volta si troverà a valutare le somiglianze e le differenze tra sistema e ordinamento⁴⁶. Il patrimonio di soluzioni

⁴² Cfr. JIANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, cit., 3-4.

⁴³ *Ivi*, 4.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Come si vede è attraverso il patrimonio giuridico romano che in Cina si è sviluppata una dimensione di giuridicità 'oltre' la legge, un superamento delle strettoie del diritto positivo. Direi che quanto è accaduto in Cina, nonostante la sua straordinaria valenza culturale, è comunque assoggettabile a osservazioni e critiche. Segnalo quanto scrive V. ZENOVICH in *Comparative Legal Systems*, Roma, 2017, là dove ritiene che i sistemi giuridici diano vita a un contesto unico le cui singole parti comunicano per osmosi.

della tradizione romanistica è stata l'occasione per l'ingresso della Cina contemporanea di una dimensione giuridica moderna del tutto nuova rispetto alla millenaria esperienza dei riti e costumi della Cina. Di qui la legittima pretesa della Cina di entrare a far parte della comunità internazionale che si riconosce nel diritto delle genti.

A questo punto è legittimo chiedersi se la Cina sia in grado di dotarsi di un modello proprio, di sviluppare un proprio percorso nuovo o si assista a una dipendenza dal modello Europeo dei codici contemporanei.

Jiang Ping segnala i punti nodali:

i) «La Cina è un paese con un diritto scritto sin dai tempi antichi. Assomiglia al diritto civile romano che incomincia e finisce con il diritto scritto»⁴⁷. Le caratteristiche del diritto scritto attualmente in vigore in Cina: tutte le leggi devono essere approvate dall'Assemblea Popolare Nazionale e dal suo Comitato Permanente, nessun atto giuridico può entrare in contraddizione con la Costituzione e con le leggi, non esiste un tribunale costituzionale come nei paesi occidentali, le sue funzioni sono svolte dal Comitato Permanente. Il compito degli organi giudiziari consiste nella stretta applicazione delle leggi, non nella loro creazione. Finché non sarà compiuta l'opera di elaborazione legislativa occorre seguire le indicazioni politiche e le consuetudini.

ii) La Cina è un paese che ha accolto la tradizione del “diritto civile” e non quella del “*common law*”. Il processo di elaborazione di un codice civile

Altro autorevole termine di confronto è l'insegnamento di Paolo Grossi sul concetto di diritto: «L'attuale tempo post-moderno non offre al giurista i tranquillizzanti ripari del passato. Se, prima, egli poteva contentarsi di esercizi sillogistici sotto l'ombrello protettivo (anche se condizionante) di un testo autorevole, oggi gli si pongono di fronte – ineludibili – precise responsabilità, conseguenza di quel ruolo *inventivo* cui si accennava più sopra. Il divenire dell'ordinamento e il suo plastico conformarsi al movimento e mutamento (rapido il primo, profondo il secondo) sono in buona parte nelle sue mani. A lui – giudice, dottore, uomo di prassi – va il compito di colmare i vuoti sempre più rilevanti lasciati dal legislatore», così P. GROSSI, *Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentissimo e sulle sue sollecitazioni)*, in *Quaderni Fiorentini*, 44/2, 2015, 1049 (rec. a B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014). Ma la visione dell'insigne giurista e storico italiano, di un diritto dinamico e sganciato da ogni vincolo positivistico, può ricavarsi da tutta la sua imponente opera: da *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria* (Milano, 1977) a *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* (in *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988), da *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano, 2001) a *Ritorno al Diritto* (Roma-Bari, 2015), per citare soltanto alcuni fra i suoi innumerevoli saggi. A questi, si aggiunga, ai fini della prospettiva adottata in questa nota: P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

⁴⁷ JIANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, cit., 5.

più volte interrotto e successivamente riproposto è stato ora «accantonato perché, finché da noi è in corso la riforma della struttura economica, finché i tassi di sviluppo ed il livello dell'economia nazionale non sono uniformi, non è realistico creare un codice civile con un contenuto dettagliato»⁴⁸. Il ruolo del codice è svolto dai *Principi generali del diritto civile*, nei quali è stata inserita, però, similmente alla struttura del Codice Civile tedesco, una parte relativa agli atti negoziali.

La Cina è un paese dove contemporaneamente esistono il diritto civile e il diritto economico: «fondamento dell'esistenza del diritto economico del nostro paese risiede non soltanto nell'intervento dello Stato, ma anche nell'intervento dei "piani statali direttivi" nell'attività delle imprese statali. Con la riduzione del campo di applicazione dei piani direttivi, i contratti economici hanno perso il loro carattere pianificato, e sono diventati simili ai contratti commerciali dei paesi occidentali, mentre il diritto economico è diventato simile a quello commerciale. Il dualismo del sistema giuridico che regola la vita economica ha alcune affinità con il dualismo del diritto romano nel campo del diritto privato»⁴⁹.

Coerentemente con le precedenti riflessioni circa la necessità di una transizione "dall'empirismo al razionalismo" per un effettivo rinnovamento metodologico della ricerca giuridica cinese, il giurista individua i concetti del diritto romano che si sono introdotti nel chiuso e diffidente "sistema" giuridico cinese. Si apre, dunque, un nuovo spazio in un campo piuttosto ostico, pressoché inesplorato dalla dottrina cinese, riservato alla concettualizzazione e alla elaborazione teorica, quella che richiede una formulazione sistematica di principi giuridici universalmente validi, quali che siano i settori normativi, destinati a durare nel tempo al di là di fattori contingenti. L'inconsueta esplorazione richiederà, nel processo di rinnovamento giuridico della RPC, tuttora in atto, diverse pretese evidentemente sconvolgenti se hanno rallentato, ma non impedito – ed è rilievo importante da segnalare – l'approdo alla redazione del Codice Civile cinese avviata agli inizi del 2000, realizzata parzialmente il 15 marzo 2017 per essere completata definitivamente, secondo le previsioni, entro il 2020.

Nel terzo paragrafo, *Concetti del diritto privato romano e sistema giuridico cinese*, si vagliano le cinque formulazioni teoriche del diritto romano che la dottrina cinese più recente ha ritenuto dover inglobare nella nuova elaborazione del proprio ordinamento per entrare in sintonia con il sistema romanistico.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ivi*, 6.

Innanzitutto, nella fase giuridica della normativa in corso nella RPC, si concorda nel riconoscimento della validità del *ius Romanum* = patrimonio dell'umanità: «L'idea dei diritti deriva dal diritto romano. Essa è l'essenza del diritto civile»⁵⁰. Primo tangibile risultato di tale consenso: la formulazione di uno dei fondamentali principi del diritto civile in Cina, espresso nell'art. 5 dei *Principi generali del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese* (*Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Tongze* 中华人民共和国民法通则)⁵¹:

«公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯»

«I diritti e gli interessi civili legittimi dei cittadini e delle persone giuridiche sono protetti dalla legge; nessuna organizzazione od individuo può violarli».

È d'obbligo ribadire che anche queste teorie, come la maggior parte delle altre selezionate per opportuni richiami, interessano il settore economico del diritto civile cinese e pertanto ci riserviamo di proporle per confronti e raffronti a richiesta dell'argomento. Gli interventi di Jiang Ping devono considerarsi una sintesi non solo del suo pensiero, ma la *summa* delle tesi e dei dibattiti che la ricerca giuridica cinese ha elaborato nel tempo e che costituiscono autorevolissimo punto di riferimento. Preme sottolineare che gli inizi di tale impegno coincisero con quelli della elaborazione e della redazione della *Legge sui contratti* e della *Legge sui diritti reali*⁵².

Il primo varo, 1999, la *Legge sui contratti*: evidentemente si privilegiò, come già rilevato, il settore economico nel delicato momento di transizione della politica economica della RPC dalla fase dell'economia pianificata a quella di mercato, certo non priva di scosse, dietro le spinte dell'economia cinese e delle nuove urgenti esigenze sul piano dei rapporti politico-economici internazionali. Alla *Legge sui contratti* seguì il varo della *Legge sui diritti reali* il 1° ottobre 2007, anche in funzione dell'ingresso della

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Per la traduzione in lingua italiana dei *Principi generali del diritto civile*, R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di diritto in Cina*, Milano, 1989.

Per una lettura in chiave storica dei *Principi generali del diritto civile* v. LI KAIGUO, *Minfa Tongze de lishi gongji yu lishi juxian* [Meriti e limiti in chiave storica dei Principi generali del diritto civile], in *Xiandai faxue* [Modern Law Science], IV, 1997, 11-29.

⁵² Per la versione in lingua italiana delle leggi vigenti della Repubblica Popolare Cinese, v. L. FORMICHELLA, E. TOTI, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. Legge sui contratti*, vol. I, Torino, 2002; G. TERRACINA, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. Legge sui diritti reali*, vol. V, Torino, 2008.

RPC nella WTO. Nello stesso anno si avviarono formalmente i lavori di redazione del codice civile: immediati e accesi i dibattiti, soprattutto relativamente alla struttura, in tutti i centri di studio interessati⁵³.

2.2 Il modello di codificazione: le scelte della dottrina e dell'autorità di governo

Coerenza logico-critica esige, a questo punto, un rendiconto definitivo e il meno dispersivo possibile su quanto e su quello che la dottrina cinese ha maturato in così tanti anni dall'apertura della propria tradizione ai modelli occidentali. E in coerenza anche con l'impostazione metodologica iniziale, pur tenendo presenti le più interessanti indagini e i più qualificati interventi sull'argomento, tutte le deduzioni relative al progetto sono così registrate, riportate e commentate attraverso l'ottica del ricercatore cinese. Sul problema della codificazione, i civilisti cinesi si sono schierati su sponde diverse, anche opposte, di certo più numerose di quanto avrebbe richiesto il raggiungimento più spedito di un accordo e di un unanime consenso⁵⁴.

Passiamo in rassegna gli schieramenti dei teorici di maggior peso, quindi le rispettive convinzioni e ipotesi a chiusura dei lavori: i) coloro che sostengono l'idea del "sistema informale e del metodo dell'assemblaggio". Il Codice Civile della RPC è già strutturato nelle disposizioni fissate di volta in volta, secondo precisi intenti nei *Principi generali del diritto civile* e in diverse singole leggi di settore. Evidentemente, siamo di fronte a convinzioni conservatrici: la Cina il suo codice lo ha già, così come ha ritenuto opportuno costruirlo; ii) coloro che sostengono un ricorso all'esperienza tramandata dal *ius Romanum* e alla elaborazione di una struttura su quel modello, un codice civile diviso in due parti: una relativa alla disciplina dei rapporti privati, l'altra dei rapporti patrimoniali, con pratico riferimento alla ripartizione propria del Codice Civile francese, *Code Napoleon*; iii)

⁵³ V. JIANG PING, *Lo sviluppo della elaborazione del codice civile cinese e le principali controversie di dottrina in merito. Breve nota informativa*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 113-118; MI JIAN, *Diritto cinese e diritto romano*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 13-27; YANG ZHENSHAN, *La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporaneo*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 29-43; HUANG FENG, *Un incontro storico tra due grandi tradizioni di cultura giuridica*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 45-48. Da ultimo, v. XUE JUN, *La codificazione del diritto civile cinese e il diritto romano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* Vittorio Scialoja, 110, 2016, 73-86.

⁵⁴ ZHANG LIHONG, *The Latest Developments in the Codification of Chinese Civil Law*, in *Tulane Law Review*, 83/4, 2009, 999-1039: 1015.

coloro che sostengono l'adozione del modello pandettistico tedesco, con ripartizione tra parte generale comprensiva degli elementi fondamentali dei rapporti giuridici e parte speciale comprensiva del contenuto specifico degli stessi rapporti, quindi dei diversi diritti soggettivi; iv) coloro che sostengono la redazione di un codice "aperto", libero e possibilista, onde evitare il rischio di una struttura ingabbiata, costruita sulla convinzione dell'autosufficienza e della logica giuridica. Evidentemente costoro, ponendosi da mediatori dei diversi schieramenti, sono i più relativisti e anche i più attenti alle dinamiche teorico-pratiche della RPC.

In sostanza, un punto fermo di largo consenso è, finalmente, emerso sul progetto di unificazione dei due diversi settori del diritto civile e del diritto commerciale⁵⁵.

Dinanzi alle prese di posizione dottrinali non sono mancate le risposte da parte del potere politico. In particolare occorre segnalare l'importanza degli ultimi più decisivi interventi politici, del 23 ottobre 2014 e del 15 marzo 2017.

Il 23 ottobre 2014 il Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese emanava un documento ufficiale dal titolo significativo *Decisione del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese concernente una serie di importanti questioni per promuovere in modo completo il governo del paese secondo la legge*⁵⁶. Con precise direttive ideologiche si intendeva sollecitare la dottrina cinese a provvedere alla sistemazione di un *corpus iuris* cinese, a dimostrazione del saldo rapporto tra Stato e società civile consolidatosi nel tempo sotto il patrocinio del Partito Comunista. Si assicurava il sostegno politico nella convinzione che un tale approdo costituisse un mezzo sicuro di trasmissione dei valori fondamentali del socialismo e delle sue basi ideologiche ed etiche. Si rimettevano, dunque, in discussione tutte le problematiche

⁵⁵ Riguardo alla possibile sistemazione del diritto civile in un codice, cfr. AA.VV., *Minfadian: jianshe shehuizhuyi fazhi guojia de jichu* [Il Codice civile quale base per costruire uno Stato socialista di diritto], in *Falü kexue Xian* [Science of Law, Xi'an], III, 1998, 3-31; cfr. anche LIANG HUIXING, *Dangqian guanyu minfadian bianzuan de santiao silu* [Tre linee di pensiero riguardo all'attuale codificazione del Codice civile], in *Lifa yanjiu* [Legislation Research], VI, 2001, 2-7; MA JUNJU, ZHOU RUIFANG, *Zhiding minfadian de zhidao sixiang jiqi tixi gouxiang* [Idee guida sulla formulazione del Codice civile e concezione del sistema], in *Jilin University Journal Social Sciences Edition*, V, September 2001, 55.

⁵⁶ Il documento ufficiale è denominato *Decisione del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese concernente una serie di importanti questioni per promuovere in modo completo il governo del paese secondo la legge* (*Zhonggong zhongyang guanyu quanmian tuijin yifa zhiguo ruogan zhongda wenti dejuding* 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定); è suddiviso in sette paragrafi. Per un approfondimento di tutti i punti della *Decisione* si rimanda alla pagina 53 del presente volume.

già qui segnalate e diversamente affrontate, da rivalutare alla luce di precise direttive. Nella *Decisione* venivano indicati i requisiti imprescindibili che la codificazione deve rispettare nella struttura e nei contenuti. All'interno dei punti 2, 3 e 4 vengono specificate le caratteristiche che l'ordinamento cinese deve adottare in termini di codificazione. Innanzitutto è necessaria una prima fase di accorpamento, che richiede la simultanea riorganizzazione delle fonti, di tutte le singole leggi di diritto civile in vigore in Cina. Il *corpus* che ne sarà conseguenza è tenuto a evidenziare e chiarire i differenti livelli delle leggi, livello superiore o inferiore, delle norme, generali o speciali, e dei principi fondamentali e generali. Nella fase di attuazione del progetto, il *corpus* deve rappresentare un "sistema giuridico socialista con caratteristiche tipicamente cinesi".

A tal proposito, la dottrina deve attivarsi nelle due direzioni principali, teorica e legislativa, la prima per realizzare una codificazione sistematica, unitaria, completa, autorevole e stabile, la seconda per una codificazione gradualmente operativa sul piano empirico. La ricerca da parte dei giuristi sin dall'inizio del processo occupa per la prima volta un ruolo di grande importanza nella storia della Cina, connotando quella fase che Schipani ha definito "era dei giuristi".

Come si vede si è verificato anche nel caso cinese il fenomeno caratteristico delle varie esperienze di codificazione. Un'operazione così complessa richiede la collaborazione tra i giuristi ed il legislatore. Già dalla *Legge sui contratti* del 1999 e, poi, nelle fasi successive del processo di rinnovamento in corso, le decisioni del legislatore indirizzano e approvano il lavoro dei giuristi⁵⁷.

Non possiamo astenerci, a questo punto, da una notazione conclusiva: fra le aperture della dottrina cinese e la risposta del potere politico vi è, certamente, un margine di differenza nel modo di concepire la suddetta apertura ad altri sistemi giuridici. Infatti il contenuto della *Decisione* del Comitato Centrale non è certo assimilabile a quanto si è sopra osservato in merito alla 'giuridicità oltre la legge'. Questa prevedibile divergenza, tuttavia, non elimina la portata storica della rivoluzione scientifica in atto in Cina.

Come immediata ripercussione della *Decisione* del 2014 può farsi l'esempio dell'accurata revisione della *Legge sulla tutela dell'ambiente della RPC* del 1982 e il varo della medesima legge emendata in vigore dal 1° gennaio 2015⁵⁸.

⁵⁷ V. S. SCHIPANI, *La Cina e il diritto romano*, cit., 84.

⁵⁸ V. E. TOTI, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. Legge sulla tutela dell'ambiente*, vol. VIII, Torino, 2017.

2.3 *Il concepimento del Codice Civile cinese*

Significativo l'intervento politico del 15 marzo 2017: la quinta sessione della XII Assemblea Popolare Nazionale ha promulgato la *Parte generale* del Codice Civile della RPC, in vigore dal 1° ottobre 2017, frutto di un incontro finalmente decisivo e conclusivo tra legge, dottrina e corso politico⁵⁹.

In piena elaborazione e verso il termine dei lavori inerenti tale codificazione la dottrina, perfettamente consapevole della portata storica dei risultati raggiunti e delle responsabilità politicamente addossatele con insistente fermezza, si esprimeva sui punti più incisivamente dibattuti. Si aggiornava, pertanto, e si aggiornerà la rassegna prima tracciata degli schieramenti teorici più autorevoli, con l'indicazione precisa dei problemi da considerare sotto ogni aspetto. Per quel che riguarda l'analisi fin qui svolta in proposito, si sottolinea la correttezza della ricostruzione desunta dagli interventi tradotti e interpretati dei primi giuristi cinesi orientati verso un processo di modernizzazione della cultura giuridica sulle orme degli incontri antichi e più recenti con quella occidentale. Si erano selezionate nel passato quattro scuole di pensiero ben ferme sulle rispettive posizioni, complessivamente quante e quali si riconoscono nelle conclusioni più attuali.

A integrazione della rassegna dei contributi teorici sin qui svolta si segnala la voce del Professore Zhang Xianchu. Il giurista, insistendo sulla "natura politica" nelle fasi finali, del processo di codificazione, indica le seguenti date memorabili del nuovo corso legislativo concepito e imposto dal Partito Comunista Cinese⁶⁰.

- 2012-2014: promulgazione della *Decisione*, «il PCC chiama esplicitamente in causa la codificazione civile, quale strumento di garanzia dei diritti dei cittadini e di tutela per lo sviluppo del mercato»⁶¹.
- 2013-2018: il Piano quinquennale introduce in prima linea il tema della codificazione da eseguire in due fasi, «nella prima si richiede

⁵⁹ Per una prima riflessione sul compimento della prima parte dei lavori, v. O. DILIBERTO, *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, 2016, 293-298.

⁶⁰ ZHANG XIANCHU, *The New Round of Civil Law Codification in China*, in *University of Bologna Law Review*, 1/1, 2016, 106-137.

⁶¹ LI HESHI, *Minfa zongze shi quelì bing wanshan minshi jiben zhidu de jiben falü* [La Parte generale del Codice civile quale legge fondamentale per stabilire e perfezionare la base del sistema civilistico], disponibile *on line* al sito: <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/lfgz/lfdt/2017-04/14/content_2019846.htm> (ultimo accesso 10.02.2020).

la formulazione dei Principi generali; nella seconda lo sviluppo dell'intero *corpus* delle norme civili e commerciali»⁶².

Tale particolare ingerenza dei vertici politici è, sempre secondo il Professore Zhang Xianchu, da considerarsi «ulteriore segno del progresso e della modernizzazione dell'ordinamento giuridico cinese». Su questa direzione la difficoltà più consistente si è avuta nel rapporto tra codificazione e Costituzione: nel 2004 la Costituzione pur riconoscendo l'inviolabilità della proprietà privata non ha, per essa, sancito «la stessa sacralità della proprietà pubblica e dell'economia statale»⁶³. Conseguenza ineccepibile: «la codificazione civile non può liberamente orientarsi verso il riconoscimento di una pari tutela dei diritti garantiti dalla legge»⁶⁴. Dibattito animato, questo, che accende da un lato i costituzionalisti fermi sulla necessità del rispetto assoluto della Costituzione «massima fonte del diritto» e i civilisti propensi a tener in debito conto «le esigenze del diritto civile come è accaduto nel processo di codificazione di Paesi quali Francia, Germania, Svizzera»⁶⁵.

Relativamente all'aggiornamento sulle «quattro diverse scuole di pensiero» impegnate nell'elaborazione conclusiva del Codice della RPC, Zhang Xianchu ne specifica chiaramente la natura e l'impostazione. La prima, sostenuta dal Professore Liang Huixing, è ferma sulla convinzione che il Codice della RPC debba seguire il modello del BGB adattato «ai requisiti richiesti dalla particolare situazione politico-economico-sociale della RPC, anche per compatibilità di stile e di struttura tra i due ordinamenti»⁶⁶. Infatti da studiosi della medesima scuola si rileva «l'adeguamento allo stile tedesco nella tradizione giuridica cinese»⁶⁷; la seconda scuola, guidata dall'illustre Professore Jiang Ping contesta alla prima «la profonda dipendenza della

⁶² V. Assemblea Popolare Nazionale, *Spiegazione sulla "Bozza" della Parte Generale del Diritto civile*, 5 luglio 2016, disponibile *on line* al sito: <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm> (ultimo accesso 10.02.2020).

⁶³ ZHANG XIANCHU, *The New Round of Civil Law Codification in China*, in *University of Bologna Law Review*, 1/1, 2016, 114-115.

⁶⁴ WANG LIMING, *Guanyu zhiding Minfa zongze de jidian sikao* [Alcune riflessioni sulla formulazione dei Principi generali del Codice civile], in *Faxuejia*, V, 2016, 1-175: 76.

⁶⁵ Per un'analisi delle esigenze della codificazione civile in termini linguistici e in continuità con il processo di codificazione di tali Paesi, v. SHEN HUIWEN, *Lun Zhongguo Minfadian bianji de hanyu siwei* [La linea di pensiero del linguaggio cinese nella redazione del Codice Civile cinese], in *Hubei shehui kexue*, 1, 2017, 151-158.

⁶⁶ LIANG HUIXING, *Zhongguo minfa zongze de zhiding* [La formulazione della Parte generale del Codice Civile cinese], in *Beifang faxue - Bumenfa zhuanlun*, XI/61, 2017, 37-45.

⁶⁷ V. anche ZHANG MINGQI, *Zhonghua Renmin Gongheguo minfa zongze de zhiding* [La compilazione della Parte generale del Codice Civile della RPC], in *Zhongguo faxue*, II, 2017, 5-24.

tradizione giuridica cinese dall'esperienza tedesca». Si auspica «un approccio più liberale e pragmatico» con la debita considerazione di altre esperienze positive, compresa quella del *common law*; la terza scuola, fondata da un altro luminare, il Professore Wang Liming, tende a promuovere un punto di incontro tra le prime due, con un obiettivo più ambizioso. Riconoscendo valida la recezione del modello tedesco, si ritengono tuttavia necessarie modifiche strutturali tali da riflettere le caratteristiche tipicamente cinesi indirizzate allo sviluppo di un diritto che abbia un impatto rilevante a livello internazionale, addirittura maggiore del BGB e del *Code Napoleon*. Il giurista richiede con veemenza una più accorta riflessione sul tema della salvaguardia dei diritti della personalità; la quarta scuola, nata dal dibattito incentrato sul modello del BGB, si muove in tutt'altra direzione al seguito del Professore Xu Guodong. Denominando il diverso approccio il “nuovo umanesimo” in opposizione alla tradizione tedesca incentrata sul diritto della proprietà, teorizza un approccio improntato sullo stile di codificazione francese «con preminenza sui diritti della persona e sui rapporti giuridici»⁶⁸.

Osservazioni e riflessioni molto interessanti sono riservate dal Professore Zhang Xianchu al tema della decodificazione inserita nell'attuale contesto di globalità: «Nel più recente periodo, l'orientamento globale e in particolar modo europeo è quello della decodificazione, dibattuto anche dagli esperti cinesi»⁶⁹, classificati nella nostra prima rassegna nel novero dei giuristi “conservatori e tradizionalisti”, in aperto dissenso nei confronti dei “codificatori progressisti”. In tale ottica la Repubblica Popolare Cinese avrebbe dovuto abbandonare il progetto di codificazione. In un certo senso è prevalsa la posizione di Jiang Ping e della sua scuola impegnata nella stesura della bozza che molto più umilmente sostenevano che il nuovo codice civile non dovesse essere grande e completo, ritenendo che un codice senza struttura

⁶⁸ Assemblea Popolare Nazionale, *Spiegazione sulla “Bozza della Parte Generale del Diritto civile”*, 5 luglio 2016, disponibile *on line* al sito: <http://www.gov.cn/xinwen/2017-03/09/content_5175399.htm#1> (ultimo accesso 10.02.2020).

Per un approfondimento sui temi più dibattuti dalle diverse scuole di pensiero, v. CHEN XIAOJUN, *Minshi falü xingwei xiaoli zhi lifa yanjiu* [Ricerca legislativa sulla validità del negozio giuridico civile], in *Faxuejia*, V, 2016, 99-178; ZHAO YU, “*Falü xingwei*” he “*minshi falü xingwei*” gainian de jueze [La scelta tra il concetto di “negozio giuridico” e il concetto di “negozio giuridico civile”], in *Zhongguo Jianchaguan*, I, 2017, 07-08; XUE JUN, *Lun kehexiao falü xingwei chexiao quan xingshi de fangfa - yi Zhongguo Minfadian bianzuan wei beijing de fenxi* [Sull'esercizio dell'azione revocatoria. Analisi della compilazione del Codice Civile cinese in materia], in *Faxuejia*, VI, 2016, 45-57.

⁶⁹ V. anche TANG YING, *Guanyu minfa zongze cao'an de xiugai yijian* [Suggerimenti in merito alla revisione della Bozza della Parte generale del Codice civile], in *Faxue luntan - xingzheng yufa*, 3, 2017, 101-105.

potesse essere più rispondente alle esigenze della Cina⁷⁰. Si cita l'intervento del giurista italiano Natalino Irti, quale sostenitore della decodificazione che, nel 2005, durante una conferenza sul tema a Shanghai suggerì ai cinesi di adottare un codice con ambiti limitati, in linea con i recenti sviluppi della legislazione civile nel mondo. La tendenza della Cina a sviluppare norme dettagliate in leggi settoriali speciali sotto principi generali astratti potrebbe rappresentare un andamento in linea con il suddetto suggerimento⁷¹.

Da tali premesse sono scaturite le nuove norme, 206 in totale che definiranno meglio rispetto alle precedenti i diritti degli individui e delle organizzazioni.

La ricostruzione prima eseguita su tempi, cause, modi della comunicazione instauratasi tra realtà così lontane ha reso consapevoli della necessità di un esatto riconoscimento delle formule classificatorie, dottrinali e legali in uso nelle rispettive normative, per procedere al confronto e all'accertamento dell'applicazione costante di una precisa *ratio decidendi*. Si è anche ben consapevoli che il confronto necessariamente eseguito sulla scala di una micro-comparazione, rappresenta solo un anello, sia pure solido, della catena di trasmissione e può costituire un punto di partenza per affrontare analisi di ben altre proporzioni. Del resto, è personale, maturata convinzione, sia scienza o metodo, una disciplina comparata, quale che sia il settore: anatomia, letteratura, linguistica, diritto, non pronuncia sentenze e non emette risultati definitivi, ma lascia sempre aperto il confronto alla ricerca che, in quanto tale, al passo con i tempi e con il progresso, mette in movimento ciò che già si è trovato, risultati, tesi, ipotesi, travasandoli nel nuovo e nell'inesplorato.

Al di là della spontanea enfasi, si tratta di una profonda convinzione maturata nel corso della mia formazione al seguito delle indicazioni dei primi illustri Maestri, cito per tutti Crespi Reghizzi, Sacco e Schipani.

In realtà in questo paragrafo, e così nei seguenti, si persegue e si perseguirà l'intento di dare giusto risalto alla *forma mentis*, al particolare punto di vista donde parte e ove approda il giurista cinese alle prese con una scienza nuova, la scienza giuridica da cui scaturisce la dottrina contemporanea del diritto civile della Cina.

⁷⁰ V. anche ZHANG SUHUA, *Minfa zongze cao'an (San shen gao) de jinbu yu buzhu* [I progressi e i limiti della Bozza della Parte generale del Codice civile. Terza versione], in *Dongfang faxue*, II, 2017, 56-71.

⁷¹ N. IRTI, *La Cina verso l'unità di un codice civile*, disponibile on line al sito: <https://www.corriere.it/opinioni/17_gennaio_31/cina-l-unita-un-codice-civile-31b22dce-e705-11e6-b669-c1011b4a3bf2.shtml> (ultimo accesso 10.02.2020).

Come si avverte, si è chiamato in causa un esponente di primo piano, Jiang Ping, della generazione che ha promosso la fioritura del diritto cinese a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso. Si è rilevato, e ancora più emergerà nell'illustrare gli accesi e diversi contributi di una dottrina sempre più sicura e organizzata, l'orientamento a costruire dialoghi e confronti con gli ordinamenti stranieri. Intanto, in questa apertura, spazio consistente è stato dato alla convinzione ben radicata e diffusa della dottrina cinese contemporanea più accreditata sull'appartenenza del diritto civile cinese alla famiglia romanistica, per cui il modello romanista è considerato universalmente «patrimonio dell'umanità», del tutto confacente alla civiltà giuridica della Cina⁷². Nel caso specifico, per quello e per quanto attiene al diritto dei contratti.

3. Individuazione e impiego delle fonti nel diritto cinese contemporaneo

Il problema di carattere sistemologico dell'assetto teorico delle fonti è di recente acquisizione e va occupando spazi consistenti, in virtù di un convinto adeguamento culturale agli orientamenti della ricerca giuridica straniera⁷³. Nel quadro del rinnovamento politico, sociale ed economico della RPC, alla luce delle impellenti esigenze di riordino di tutta la materia giuridica, la terza sessione della IX Assemblea Popolare Nazionale, il 15 marzo 2000 adottava la *Legge sulla legislazione* (*Lifa fa* 立法法) in vigore dal 1° luglio del 2000 emendata il 15 marzo 2015 in vigore dal medesimo giorno.

Facendo capo ai principi enunciati nella Costituzione del 1982 la *Legge* stabiliva, per la prima volta in modo chiaro e dettagliato, la gerarchia delle fonti, indicandone competenze, modalità di emanazione e procedimenti di interpretazione legislativa: Costituzione, leggi, regolamenti amministrativi (*xingzheng fagui* 行政法规) emanati dal Consiglio degli Affari di Stato; provvedimenti amministrativi (*xingzheng guizhang* 行政规章) quali atti emanati dai ministeri, commissioni e dipartimenti del Consiglio degli Affari di Stato; regolamenti locali (*difang fagui* 地方法规) emanati dalle assemblee popolari locali e dai rispettivi comitati permanenti; provvedimenti amministrativi locali (*difang xingzheng guizhang* 地方行政规章) quali atti emanati dai governi e dipartimenti amministrativi locali; regolamenti autonomi e

⁷² XU GUODONG, *La base romanistica della parte generale del Codice Civile cinese*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 2016, 47-72.

⁷³ Per una lettura in chiave storica delle fonti del diritto in Cina, cfr. ZHANG WENXIAN (a cura di), *Fali xue* [Teoria del diritto], 3ª ed., Beijing, 2007, 37-41. Sul tema, v. G. AJANI, *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, in *Studi di diritto comparato*, diretti da M. Cappelletti, Milano, 1985.

regolamenti speciali (*zizhi tiaoli he danxing tiaoli* 自治条例和单行条例), emanati dalle assemblee popolari e dai rispettivi comitati permanenti delle zone autonome a tutti i livelli; provvedimenti autonomi (*zizhi guizhang* 自治规章), quali atti del potere legislativo esercitato dai governi autonomi; regolamenti delle zone economiche speciali (*jingji tequ fagui* 经济特区法规); interpretazioni giuridiche (*sifa jieshi* 司法解释) della Corte Suprema del Popolo e della Procura Suprema del Popolo⁷⁴; *Legge fondamentale di Hong Kong (Xianggang jiben fa* 香港基本法); *Legge fondamentale di Macao (Aomen jiben fa* 澳门基本法); trattati internazionali⁷⁵.

Impresa ardua quella di risalire alle fonti, ai documenti originari dai quali si possano ricavare testimonianze e dati relativi ai diversi settori della storia e, per quanto riguarda il diritto, ricostruire l'insieme dei fatti e degli atti riconosciuti idonei a creare, modificare ed estinguere le norme di un ordinamento giuridico.

L'individuazione delle fonti del diritto cinese, sia pur limitatamente alla contemporaneità (ché altrimenti saremmo qui a presentare un trattato) risulta, per chi si accinga a penetrare nell'universo

⁷⁴ Cfr. *Risoluzione riguardo al rafforzamento dell'attività di interpretazione della legge* (*Guanyu jiaqiang falü jieshi gongzuo de jueyi* 关于加强法律解释工作的决议) pubblicata il 6 ottobre 1981 dal Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale, tuttora vigente, in cui l'art. 2 specifica che l'interpretazione delle leggi utilizzate nei processi da parte della Corte Suprema del Popolo e della Procura Suprema del Popolo spetta unicamente a tali organi; nel caso in cui l'interpretazione della Corte Suprema del Popolo o della Procura Suprema del Popolo siano tra loro in contrasto, il Comitato Permanente formula una nuova interpretazione o decide quali delle due interpretazioni adottare. Gli interventi della Corte Suprema del Popolo, secondo quanto dispone l'art. 5 delle Disposizioni della Corte Suprema del Popolo sull'interpretazione giudiziaria (*Zuigao Renmin Fayuan guanyu sifa jieshi gongzuo de guiding*), del 2007, n. 12, in vigore dal 9 marzo 2007, sono equiparati a fonti normative: «Le interpretazioni giudiziarie emesse dalla Corte Suprema del Popolo hanno forza di legge». Sull'argomento v. LIU NANPING, *Judicial interpretation in China*, Hong Kong 1997, 91-94. Sul tema, di recente, L. FORMICHELLA, *La riforma giudiziaria in Cina e il ruolo della Suprema Corte Popolare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39, 2018, 1-20.

⁷⁵ L'inserimento tra parentesi del corrispondente termine cinese vale, come in precedenza, quale indicazione della scelta del traduttore.

Sul problema della traduzione delle espressioni linguistiche che esprimono concetti giuridici, v. R. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, IV edizione, Torino 1990, 27-44. Sulla difficoltà e complessità di traduzione del linguaggio giuridico cinese, v. J. ESCARRA, *Sources du droit positif actuel de la Chine*, in *Les sources du droit positif*, Fascicule I, Orient (1929), Opera Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae, Berlin, 76-77.

Di particolare interesse, riguardo allo studio del diritto da una prospettiva linguistica, sono gli atti del convegno tenutosi a Trento il 30 novembre 2007 presso la Facoltà di Giurisprudenza, in E. IORATTI FERRARI (a cura di), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova, 2008. Inoltre, v. D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, Clevedon, 2004.

giuridico cinese, un impegno di studio e di ricerca condotto con metodo e pervicacia⁷⁶.

Si tratta, innanzitutto, di riordinare il materiale sparso nelle tumultuose vicende politiche della RPC, a partire dalla fondazione della Repubblica nel 1949, e di riconoscere, cronologicamente, le diverse derivazioni delle teorie del diritto che la civiltà giuridica cinese ha inevitabilmente mescolato con le proprie tradizioni più radicate. Risulta, pertanto, arduo identificare, tuttora, i limiti e le relazioni del diritto positivo cinese.

Del resto, il problema di una sistemazione teorica, non solo delle fonti, ma di tutto quanto riguarda il diritto, è di recente acquisizione da parte degli studiosi della materia e va occupando spazi sempre più congrui anche in vista di un adeguamento della scienza giuridica cinese a quella internazionale e alla cultura storicistica occidentale.

Oltre a tali fonti principali, il diritto cinese contemporaneo contempla una categoria minore, tutt'altro che trascurabile, quella delle pratiche internazionali che intervengono nei rapporti tra la Cina e il resto del mondo. In realtà, non si tratta di ambiti propriamente disciplinati dalla legge dello Stato cinese o da accordi internazionali ma di obblighi previsti, all'interno delle leggi statali, da riferimenti specifici circa l'efficacia legislativa, ad esempio il riferimento all'art. 142, comma 2 e 3 dei *Principi generali del diritto civile*⁷⁷.

Interessanti acquisizioni e assimilazioni proprie del formante dottrinario sono esposte da Wei Zhenying che chiarisce, con il procedimento descrittivo tutto cinese in genere poco propenso a seguire un filo logico-storico-concettuale, come per fonte del diritto (*fayuan* 法源) si deve intendere «ciò che genera il diritto in funzione del rapporto esistente tra diritto e società», individuando una macrocategoria di quattro fonti: diritto positivo, consuetudine, precedente giudiziario, principi del diritto. Questi ultimi, in particolare, sono definiti anche «ragioni naturali (*ziran daoli* 自然道理) del diritto»⁷⁸ occupando una posizione di primo piano per la particolare

⁷⁶ Cfr. P. KELLER, *Sources of Order in Chinese Law*, in P. KELLER (a cura di), *Chinese Law and Legal Theory*, London, 2001, 239 ss.: «Il disordine cronico della legislazione cinese è dovuto al sistema giuridico del paese [...]. Le numerose leggi e regolamenti che formano la legislazione cinese non hanno sufficiente unità per essere considerate quale corpo coerente di leggi. È ancora particolarmente difficoltoso identificare i limiti e le relazioni del diritto positivo cinese».

⁷⁷ Riguardo al nuovo diritto internazionale privato della Cina si veda: R. CAVALIERI, P. FRANZINA (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese*, vol. I, Milano, 2012.

⁷⁸ WEI ZHENYING, *Minfa* [Diritto civile], Beijing, 2000, 13-16.

funzione integrativa laddove la legge non disponga, bene inteso nello spirito della legislazione. Diversamente, secondo Wang Liming le fonti del diritto sarebbero concepite sulla base del loro contenuto: «Le fonti sono le ragioni, le cause [...] che generano le norme giuridiche o i fondamenti da cui derivano. Dal punto di vista dell'amministrazione della giustizia sono le regole su cui si basano i giudizi»⁷⁹.

A dimostrazione che la problematica qui esposta riveste rilevante importanza e interessa settori sempre più ampi del diritto cinese, si segnala la soluzione proposta da Wang Quanxing⁸⁰ e Guo Jie⁸¹. Entrambi concordano sulla sistemazione delle fonti in due macro categorie: documenti normativi (*guifan wenjian* 规范性文件) e documenti quasi normativi (*zhun guifan xing wenjian* 准规范性文件). Caratteristiche della prima: documenti normativi formulati da organi statali in testi scritti e redatti secondo determinate procedure. All'interno, la gerarchia delle seguenti fonti: costituzione, legge, regolamenti amministrativi, norme emanate da ministeri e da dipartimenti del Consiglio degli Affari di Stato (*bumen guizhang* 部门规章); regolamenti locali (*difangxing fagui* 地方性法规); provvedimenti locali (*difangxing guizhang* 地方性规章); documenti di diritto internazionale (*guoji falü wenjian* 国际法律文件). Caratteristiche della seconda: documenti quasi normativi che comprendono le direttive politiche e gli standard.

Relativamente all'impiego di tali fonti, si impongono sulle altre, cronologicamente individuate dalla fondazione della RPC, tre linee di riferimento: i) un sistema di fonti, proveniente dalla teoria del diritto di legalità socialista, che si rinviene nel Programma Comune della Conferenza Politico Consultiva del Popolo Cinese del 1949, nella Costituzione del 1954 ed in quella del 1982; ii) un diverso sistema di fonti teorizzato dalla corrente radicale della RPC tra il 1958 e il 1978 che è contenuto nelle Costituzioni del 1975 e del 1978; iii) il sistema attuale, proteso a interpretare le norme giuridiche proprie di un ordinamento socialista alla luce di riferimenti giuridico-culturali propri del sistema occidentale⁸².

⁷⁹ WANG LIMING, *Minfa zongze yanjiu* [Ricerca sui principi del diritto civile], Beijing, 2003, 55.

⁸⁰ V. GUO JIE, *Laodongfa yu shehui baozhang fa* [Diritto del lavoro e della previdenza sociale], Beijing, 2008, 53-56.

⁸¹ V. WANG QUANXING *Laodongfa - di san ban* [Diritto del lavoro], 3ª ed., Beijing, 2008, 25-28. Di interesse il recente scritto di ZHAI YUANJIAN, *Quadro generale sulle fonti del diritto privato in Cina*, in *Diritto e Società*, IV, 2014, 805-831.

⁸² Cfr. F.R. ANTONELLI, *La legge sulla legislazione ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, in *Mondo cinese*, 119, 2004, 23-36.

4. Il diritto dei contratti nella Repubblica Popolare Cinese

L'assetto della materia veniva a delinearsi a partire dagli anni '80 del secolo scorso, attraversati da fasi politiche ed economiche determinanti per il destino del paese, in virtù delle scelte di apertura al resto del mondo in campo politico, economico e commerciale⁸³. Infatti, con l'adozione della politica di riforma e di apertura (*gaigekaifang* 改革开放), avviata sin dal 1978, l'economia cinese mutava il suo assetto.

Tale politica voluta da Deng Xiaoping, succeduto a Mao, si concretizzava nelle quattro modernizzazioni (*si ge xiandaihua* 四个现代化): agricoltura, industria, difesa nazionale, settore tecnologico-scientifico⁸⁴. Il sistema economico veniva scosso in quei tempi da un programma di riforme in

⁸³ Riguardo alla fase antecedente e in un certo senso propedeutica alla politica di apertura e di riforma v. R. LOMBARDI, *I piani di sviluppo dell'economia cinese nei rapporti col commercio estero*, in *Convegno sugli scambi con la Cina*, Atti (Milano, 8-9 giugno 1957), Roma, 1957, 21-29; v. anche L. MOCCIA, *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, cit., 187-253; J. CHESNEAUX, *La Cina contemporanea*, Bari, 1963, 533-538. Per provvisorie conclusioni T. CHEEK, *Vivere le riforme. La Cina dal 1989*, Torino, 2008, 119: «L'esperienza della riforma non è affatto uniforme, né nella Cina nel suo complesso, né all'interno di una singola comunità. In larga misura, le reazioni ai suoi effetti si possono suddividere, semplicemente, in risposte dei vincitori e risposte dei perdenti»; cfr. anche J.A.G. ROBERTS, *Storia della Cina. La politica, la realtà sociale, la cultura, l'economia dall'antichità ai nostri giorni*, Roma, 2002, 594. Di interesse i documenti indicati da R. BERTINELLI, in *Verso lo Stato di diritto in Cina*, cit., 31-32: *Decisione sulla riforma del sistema economico del 20 ottobre 1984*, a cura del Comitato Centrale del PCC in cui si traccia la linea di una strategia generale di politica economica; *Rapporto sull'attuale situazione economica e sulla riforma del sistema economico* del 27 marzo 1985, presentato dal premier Zhao Ziyang, alla terza sessione della VI legislatura dell'Assemblea Popolare Nazionale.

Ragguagli particolari, sostenuti da valutazioni critiche ad opera di autori cinesi, in WANG MENGKUI (a cura di), *China's Economic Transformation Over 20 Years*, Beijing, 2000; CHI FULIN (a cura di), *China's Economic Reform at the Turn of the Century*, Beijing, 2000; CHI FULIN, *China. The New Stage of Reform*, Beijing, 2004. Per contributi di autori italiani v. E. COLLOTTI PISCHEL, *Cina oggi. Dalla vittoria di Mao alla tragedia di Tian'anmen*, Bari, 1991, 62-111; S. CHIARLONE, A. AMIGHINI, *L'economia della Cina*, Roma, 2007; di autori francesi cfr. M.C. BERGÈRE, *Les tribulations du capitalisme en Chine au XX siècle*, in *La Chine aujourd'hui*, Paris, 2003, 197.

⁸⁴ E.J. HOBBSAWM, *Il secolo breve 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, trad. it. di B. Lotti, Milano 1995, 537, che così descrive la politica di Deng Xiaoping: «la chiave per acquisire la modernizzazione è lo sviluppo della scienza e della tecnologia [...]. I discorsi vuoti non porteranno il nostro programma di modernizzazione da nessuna parte: dobbiamo acquisire il sapere scientifico e il personale qualificato [...]. Ora sembra che la Cina sia indietro di almeno vent'anni rispetto ai paesi sviluppati per quanto riguarda la scienza, la tecnologia e l'istruzione».

cui, pur nulla rinnegando dell'impianto socialista, si valutava un graduale passaggio da un'economia pianificata, rigorosamente statalista, a una progettazione più aperta e competitiva sui mercati e si affrontava, come prioritario, il problema dello sviluppo delle forze produttive da allineare dialetticamente al mercato⁸⁵. In tal senso l'economia cinese si apriva in modo convinto al mondo esterno attraverso l'accettazione di fattori motivazionali inerenti l'economia di mercato e l'apertura del paese ai capitali stranieri. Tuttavia la crescita economica fondata su tali premesse non risolse problemi strutturali, quali il carente grado di produttività delle aziende statali, il crescente tasso di disoccupazione in vasti strati della popolazione, l'instabilità del mercato monetario e del sistema creditizio⁸⁶. In tale contesto acquistava precisa rilevanza il ruolo assegnato al contratto, la cui nozione inizialmente accolta quale contratto economico (*jingji hetong* 经济合同), veniva gradatamente liberata dai vincoli della pianificazione e adeguata all'economia di mercato.

Anche per il diritto dei contratti la dottrina cinese ha ritenuto utile indicare i percorsi connessi con le vicende storiche e fissarne le fasi determinanti, evidentemente coincidenti con le scansioni cronologiche del rinnovamento dell'ordinamento giuridico⁸⁷. Si individuano generalmente quattro fasi:

⁸⁵ Cfr. YANG LIXIN, *Hetongfa zongze*, I [Principi generali del diritto dei contratti, vol. I], Beijing, 1999, 2-4; MA JUNJU, YU YANMAN, *Minfa yuan lun* [Teoria fondamentale di diritto civile], Beijing, 2005; HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], 3ª ed., Beijing, 2011, 30. Sulla specificità del modello cinese di costruzione del socialismo, v. R. GARAUDY, *La questione cinese*, Roma 1968, 11-85 e 196-199; CHIH-YU SHIH, *China's Socialist Law under Reform: The Class Nature Reconsidered*, in *The American Journal of Comparative Law*, 44/4, Autumn 1996, 627-646.

Sullo specifico ruolo della legge durante tale periodo di transizione e sulla necessaria tipicità del rapporto diritto-economia, v. TONG ROU WENJI BIANJI WEIYUANHUI (Commissione redazionale per la raccolta degli scritti di Tong Rou), *Tong Rou wenji* [Raccolta degli scritti di Tong Rou], Beijing, 1996, 228-230; WANG SHUMAO, *China's Open Policy and Economic Legislation*, in *Diritto commerciale e arbitrato in Cina tra continuità e riforma*, Milano, 1999, 33-45; XIN CHUNYING, FANG GANG, *The Role of Law and Legal Institutions in China's Economic Development, 1978-1995*, Beijing, 2000, 82: «It is for sure that there is a correlation between changes in legal system and changes in economic development. China is not an exception. The questions are which leads and which lags, however». Si v. anche G. CRESPI REGHIZZI, *Il diritto cinese fra tradizione e riforma*, cit., 38-44.

⁸⁶ Cfr. H. SCHIMDT-GLINTZER, *La Cina contemporanea. Dalle guerre dell'oppio a oggi*, Roma, 2002, 102-108.

⁸⁷ La prima provvisoria regolamentazione della materia è delineata dalle seguenti fonti: *Procedure provvisorie sulla conclusione di contratti tra organi statali, imprese pubbliche e cooperative* (*Jiguan guoying qiye hezuoshe qianding hetong qiyue zhanxing banfa* 机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法), emanate il 27 settembre 1950 dalla Commissione per la finanza e l'economia dell'Amministrazione degli Affari (*Zhengwuyuan caizheng jingji weiyuanhui*); *Decisione riguardo al sistema di amministrazione sulle modifiche dal punto di vista*

- 1950-1956: periodo di elaborazione di un nuovo sistema giuridico sull'esempio dell'URSS; produzione e scambi delle merci si svolgono secondo i progetti politici del Partito Comunista Cinese;
- 1957-1966: periodo del nichilismo giuridico e disorientamento politico, periodo confuso del diritto dei contratti;
- 1966-1976: periodo della Rivoluzione culturale;
- dal 1976 a oggi: nuova fase storica di risistemazione del diritto dei contratti, dal vincolo della pianificazione all'economia di mercato⁸⁸.

Semplificando, si è proposta un'ulteriore suddivisione in tre fasi.

- 1949-1978: assenza del diritto dei contratti;
- 1979-1998: periodo del rinascimento;
- dal 1999 ad oggi: periodo della fioritura⁸⁹.

Si riportano, di seguito, gli interventi normativi che hanno portato alla nuova normativa dei contratti in Cina.

4.1 *Il "Tripode" e i Principi generali del diritto civile*

Le prime fonti legislative in materia contrattuale venivano accorpate nelle tre leggi del c.d. "Tripode" (*Sanzudingli* 三足鼎立)⁹⁰: *Legge sul contratto economico della Repubblica Popolare Cinese* del 1981, emendata nel 1993; *Legge sul contratto economico concernente interessi stranieri*⁹¹ del 1985; *Legge sui contratti di tecnologia* del 1987. La dottrina del tempo sintetizzava: «I contratti economici costituiscono sia un importante mezzo per realizzare l'esecuzione del piano statale, sia un importante fondamento e un necessario complemento per elaborare il piano. I contratti economici devono garantire l'esecuzione del piano statale»⁹².

del commercio e della finanza delle campagne per l'adeguamento alle cooperative popolari (*Guanyu shiying renmin gongshehua de xingshi gaijin nongcun caizheng maoyi guanli tizhi de jueding* 关于适应人民公社化的形势改进农村财政贸易管理体制的决定), emanata il 20 dicembre 1958 dal Consiglio degli Affari del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese.

⁸⁸ Cfr. CUI JIANYUAN (a cura di), *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Beijing, 2007, 9-10.

⁸⁹ Cfr. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 30. Si v. anche WANG JIAFU ET AL., *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Beijing, 1986, 141-147.

⁹⁰ Riguardo all'utilizzo del termine "Tripode", LIANG HUIXING (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jiqi zhongyao caogao jieshao* [Presentazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese e delle relative bozze più importanti], Beijing, 1999, 3: «il termine sta a significare che le tre leggi esistenti riguardo al contenuto, agli articoli dei singoli testi e allo spirito fondamentale sono diverse».

⁹¹ Per il testo della legge in versione bilingue, inglese e cinese, cfr. *China's Foreign Economic Legislation*, cit., vol. IV, 97-105.

⁹² Cfr. GUOWUYUAN JINGJI FAGUI YANJIU ZHONGXIN BANGONGSHI (Ufficio del Centro di

Antecedentemente all'avvento del Tripode tutta la normativa in materia contrattuale era regolamentata da fonti di diritto amministrativo nelle quali è difficile trovare una definizione di contratto economico, ridotto a mero strumento di attuazione del piano e della volontà amministrativa, sottratto all'autonomia delle parti.

L'interpretazione e l'esecuzione del contratto erano considerate questioni prettamente amministrative, e le controversie gestite e risolte dall'organo sovrintendente; solo in mancanza di una risoluzione era possibile ricorrere al tribunale popolare.

Il modello economico su cui si innestava la normativa dei contratti era quello sovietico, e i principali testi di riferimento erano i manuali di giurisprudenza dell'Unione Sovietica.

La *Legge sul contratto economico della Repubblica Popolare Cinese* (*Zhonghua Renmin Gongheguo jingji hetongfa* 中华人民共和国合同法) del 1981 rispondeva a tre intenti: proteggere i legittimi diritti e interessi delle parti, art. 1; accogliere una concezione di contratto economico moderatamente costruita sugli interessi dei contraenti; superare la concezione di contratto economico quale semplice atto amministrativo⁹³. Si procedeva, quindi, a una prima sistemazione razionale della materia attraverso disposizioni generali. L'art. 2 forniva la definizione di contratto economico (*jingji hetong* 经济合同): «Il contratto economico è un accordo tra persone giuridiche allo scopo di realizzare alcuni obiettivi economici e definire i rispettivi diritti e doveri»⁹⁴; l'art. 5 costituiva il principio informatore e la chiave interpretativa di tutto il testo normativo: «Nel concludere un contratto economico le parti

ricerca sulle normative economiche del Consiglio degli Affari di Stato), *Zhonghua Renmin Gongheguo jingji hetongfa tiaowen shiyi* [Spiegazione degli articoli della Legge sui contratti economici della Repubblica Popolare Cinese], Beijing, 1982, 3.

⁹³ H. LECLERCQ, *Introduction au droit chinois des contrats*, cit., 12: «En effet le différends en matière d'interprétation et d'exécution des contrats économiques étaient considérés jusqu'aux réformes de 1978 comme des questions purement administratives».

⁹⁴ Sulla nozione di contratto economico e sulla sua derivazione dall'Unione Sovietica, cfr. WANG LIMING, GUO MINGRUI, FANG LIUFANG, *Minfa xin lun (Xia)* [Nuova teoria del diritto civile, vol. II], Beijing, 1988, 347. Sul contratto economico negli ordinamenti socialisti v. G. AJANI, *Contratto economico nei Paesi socialisti*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, 258-261.

Riguardo alla nozione di persona giuridica (*faren*) questa sarà successivamente fissata dall'art. 36 dei *Principi generali del diritto civile* del 1986; sull'argomento v. FU TINGMEI, *Legal Person in China: Essence and Limits*, in *The American Journal of Comparative Law*, 41, 1993, 261-297; 261: «As little as a decade ago "legal person" or *faren* was a strange concept to the great majority of lawyers». In lingua cinese, v. LI JINGZHUAN, ZHANG YUN, *Faren leixing de lifa moshi yanjiu yu jiejian* [Ricerca sui diversi modelli legislativi dei tipi di persona giuridica], in *Xueshu tansuo* [Academic Exploration], VI, 2002, 53-57.

devono concretizzare il principio di equità (*pingdeng* 平等), di reciproco vantaggio (*huli* 互利) e di equilibrio delle prestazioni (*dengjia you chang* 等价有偿)⁹⁵; l'art. 11 imponeva la conformità dei contratti al piano statale, sia pur distinti in contratti sottoposti alla pianificazione imperativa (*zhilingxing jihua* 指令性计划) e quelli sottoposti alla pianificazione indicativa (*zhidaoxing jihua* 指导性计划)⁹⁶. Occorre rilevare che tali premesse miravano soprattutto all'adozione di norme a carattere imperativo e a limitare la funzione del contratto economico a strumento di esecuzione del piano.

In seguito, e precisamente nel 1993, l'intero testo normativo veniva emendato con effetto retroattivo al 1° luglio 1982, con una riduzione degli articoli da cinquantasette a quarantasette; si fissava inoltre un diverso ambito di applicazione: «Ai contratti conclusi per realizzare determinati fini economici e precisare diritti e doveri dei contraenti tra persone giuridiche, altre organizzazioni economiche, imprenditori individuali e imprese agricole familiari, tutti considerati in posizione paritaria», art. 2; si limitava il ruolo attribuito al piano imperativo stabilito dall'art. 26 che, con l'emendamento, stralciava il riferimento al piano statale quale causa di modifica e di risoluzione del contratto.

Diversamente informata la seconda legge del Tripode, *Legge sul contratto economico concernente interessi stranieri della Repubblica Popolare Cinese* (*Zhonghua Renmin Gongheguo shewai jingji hetongfa* 中华人民共和国合同法)⁹⁷, promulgata il 21 marzo, in vigore dal 1° luglio 1985, il cui fine era quello di «proteggere i diritti e gli interessi legittimi delle parti dei contratti economici con l'estero, promuovere lo sviluppo delle relazioni economiche della Cina con l'estero», art. 1. Dato l'ambito di applicazione nei rapporti contrattuali tra imprese o altre organizzazioni economiche della RPC e imprese o individui stranieri, art. 2, la struttura normativa era volutamente meno rigida, individuando, in certa misura, la libertà contrattuale dei soggetti contraenti, art. 5, e riconoscendo valenza giuridica ai trattati internazionali ai quali la RPC aveva aderito, art. 6.

⁹⁵ Riguardo al termine “*pingdeng*” v. XIN CHUNYING, LI LIN, FENG JUN, *Zhongguo shehui kexue yuan faxue yanjiu suo falü cidian bianweihui bian* [Law Dictionary, 法律辞典 Falü cidian, Concise Edition], Beijing, 2003, 473: «Più soggetti dal punto di vista politico, economico, culturale *et cetera* hanno la medesima posizione e vengono considerati uguali».

⁹⁶ La dottrina, nel classificare i tipi di contratto, distingueva tra quelli conformi al piano e non conformi (*jihua hetong he fei jihua hetong*), cfr. WANG LIMING, GUO MINGRUI, FANG LIUFANG, *Minfa xin lun* (Xia) [Nuova teoria del diritto civile, vol. II], cit., 360.

⁹⁷ Per una prima analisi della Legge, v. ZHANG YUQING, JAMES S. MCLEAN, *China's Foreign Economic Contract Law: Its Significance and Analysis*, in *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 8/1, 120, 1987, disponibile on line al sito: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol8/iss1/9>> (ultimo accesso 10.02.2020).

Il diritto cinese si apriva formalmente ai soggetti e ai modelli stranieri, operando un rinvio diretto agli usi internazionali (*guoji guanli* 国际惯例) e alle convenzioni ratificate dalla Cina, le cui disposizioni avrebbero prevalso, nel caso in cui la normativa contrattuale nazionale fosse stata in contrasto con quanto disposto dalle convenzioni, a eccezione delle norme accettate con riserva dalla RPC, art. 6⁹⁸.

La terza legge del Tripode, la *Legge sui contratti di tecnologia della Repubblica Popolare Cinese* (*Zhonghua Renmin Gongheguo jishu hetongfa* 中华人民共和国合同法), composta da sette capitoli, in cinquantacinque articoli, promulgata il 23 giugno 1987 e in vigore dal 1° novembre 1987, proprio in quanto normativa specifica, non faceva alcuna menzione del contratto economico⁹⁹.

Maturata la convinzione, nell'ambito della dottrina, dell'urgenza di provvedere a un nuovo criterio organizzativo del diritto civile, si procedeva a una ristrutturazione tale da risultare, agli occhi di un giurista della nostra tradizione, un'abbozzata forma di codice. Il 12 aprile 1986 venivano promulgati i *Principi generali del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese* (*Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Tongze* 中华人民共和国民法通则), approvati dalla quarta sessione della VI Assemblea Popolare Nazionale, in vigore dal 1° gennaio 1987. Mutuando dalla Costituzione del 1982 le più importanti prescrizioni riguardo alle libertà e ai doveri del cittadino, i *Principi* hanno occupato una posizione di privilegio nel cammino che la Cina ha intrapreso in direzione dello Stato di diritto (*fazhi* 法治)¹⁰⁰.

Si ritiene opportuna una sintetica digressione. Ben chiaro e ricorrente nella letteratura occidentale e ancor più nel dibattito ideologico e nella prassi socio-politica, il concetto di "Stato di diritto" va vagliato in questo contesto nei suoi specifici significati ricavati dalla elaborazione meno e più recente della dottrina cinese. In realtà l'uso dell'espressione non è risultato frequente né in generale né in posizione di rilievo nelle diverse rassegne fin qui svolte e commentate.

⁹⁸ Cfr. H. LECLERCQ, *Introduction au droit chinois des contrats*, cit., 80-81.

⁹⁹ Il testo normativo era completato dal *Regolamento provvisorio sull'amministrazione dei contratti di tecnologia* (*Jishu hetong guanli zanxing guiding*) approvato dal Consiglio degli Affari di Stato il 27 febbraio 1988, promulgato il 21 marzo 1988 e dal *Regolamento attuativo della Legge sui contratti di tecnologia* (*Jishu hetongfa shishi tiaoli*) approvato dal Consiglio degli Affari di Stato il 15 febbraio 1989, in vigore dalla medesima data.

¹⁰⁰ I. CASTELLUCCI, *Chinese Law: A New Hybrid*, in E. CASHIN RITAINE, S.P. DONLAN, M. SYCHOLD (a cura di), *Comparative Law and Hybrid Legal Traditions*, 67, Zurich-Basel-Geneva, 2009, 75-96; L. MOCCIA, *The Idea of "Law" in China*, in *European Journal of Sinology*, 6, 2015, 9-55.

Nel Dizionario giuridico *Falü cidian* 法律辞典 il concetto è valutato nelle sue duplici fondamentali implicazioni, sul piano teorico oggettivamente messo in pratica e su quello paradigmatico, per cui soggettivamente si crea un archetipo, e sulle relative conseguenze. Interessante la descrizione del rapporto tra *rule of law* e *rule of men*, alla luce della situazione storica vissuta dalla Cina in epoche antitetiche. Si traduce direttamente dal testo: «Per *rule of law* si intende sia una teoria di *governance*, sia un modello, un piano, un principio in opposizione a quello di *rule of men*. In quanto teoria di *governance*, *rule of law* esige quale fattore – condizione chiave – per lo sviluppo della prosperità di uno Stato e per la stabilità politica un valido sistema giuridico piuttosto che un leader più o meno saggio. Aristotele sosteneva che “il sistema di governo secondo la legge è superiore a quello organizzato dall’uomo”, per le seguenti ragioni: i) essendo il diritto concepito da una pluralità di persone, la decisione può considerarsi più affidabile della decisione del singolo; ii) essendo inevitabile che l’essere umano agisca in base ai sentimenti, un sistema di *rule of men* genera facilmente condizioni di parzialità; iii) pertanto la realizzazione di un sistema di *rule of law* può contrastare ogni sopraffazione e privilegio; iv) infine, la legge ha la peculiarità della stabilità e continuità al passo con gli avvenimenti storici, non in dipendenza dai cambiamenti politici, quale la permanenza dei leader. Durante il periodo delle Primavere e degli Autunni degli Stati Combattenti i legisti, i quali reclamavano la necessità di un sistema di governo secondo la legge, ritenevano che la causa del disordine e del declino non dipendesse dal sovrano ma dall’esistenza o meno e dalla qualità del diritto e del sistema. [...] La *rule of men* consiste in effetti in un archetipo di governo in cui riconoscimenti e punizioni provengono dalle volontà del sovrano. Ne risultano inevitabilmente riconoscimenti differenti per il medesimo merito e pene differenti per il medesimo crimine. [...] La seconda sessione della IX Assemblea Popolare Nazionale della Repubblica Popolare Cinese nel 1999 ha aggiunto un nuovo paragrafo all’art. 5 della Costituzione: la Repubblica Popolare Cinese amministra il paese nel rispetto del diritto, costruisce uno Stato socialista governato dalla legge»¹⁰¹.

Una precisa e convinta posizione spiccatamente, se non esclusivamente, ideologica ha esposto recentemente Zhang Wenxian. Sul punto, il riferimento costituito dalla locuzione “Stato di diritto” «in Cina si riferisce ad uno Stato socialista»¹⁰². Il percorso esplicativo del concetto potrebbe definirsi tautologico: lungi dall’intento di proporne la genesi, lo svolgimento e la

¹⁰¹ Cfr. XIN CHUNYING, LI LIN, FENG JUN, *Law Dictionary, Concise Edition*, cit., 148.

¹⁰² Cfr. ZHANG WENXIAN (a cura di), *Fali xue* [Teoria del diritto], cit., 91.

maturazione, Zhang Wenxian ravvisa il punto di partenza e punto di arrivo nell'ideologia del progetto politico del Partito Comunista Cinese "moderno", intendendo evidentemente il Partito della "nuova fase storica" in cui si è provveduto, come si è detto, anche alla risistemazione del diritto dei contratti.

Si traduce fedelmente dal testo l'indicazione del punto primo circa l'essenza di un tale tipo di Stato: «i) Lo Stato di diritto costituisce una modalità della politica del Partito Comunista Cinese moderno», quindi gli altri punti: «ii) l'introduzione del socialismo democratico richiede alla radice l'attuazione dello Stato di diritto [...]; iii) l'economia socialista di mercato oggettivamente richiede l'attuazione dello Stato di diritto [...]; iv) la civiltà spirituale del socialismo di per sé richiede il pensiero dello Stato di diritto [...]; v) un paese armonioso richiede uno Stato di diritto [...]; vi) il socialismo, sia per quanto riguarda l'incremento degli investimenti stranieri sia per quanto riguarda l'apertura verso l'estero, richiede lo Stato di diritto [...]; vii) solo l'attuazione dello Stato di diritto può tutelare il diritto delle persone e realizzarne il valore della dignità»¹⁰³.

Risalta il riferimento alla necessità oggettiva dell'attuazione dello Stato di diritto per la transizione dalla rigida pianificazione economica all'economia socialista di mercato che la *Legge* ha inteso garantire. Si riconosce anche la valorizzazione dei contenuti, sui contratti del 1999, di cui si parlerà a breve, e in questi si rinvencono – oggettivamente – i valori comuni a tutte le genti, qualunque sia l'ideologia su cui poggia l'impianto dello Stato. Le conclusioni sono significative dell'attenzione del giurista verso la situazione politica della Cina e gli effetti prodotti e riproducibili nei diversi processi di riformismo: «Al fine di tutelare la democrazia è necessario avviare un processo di giuridicizzazione del potere e di rafforzamento della normativa, in modo che questa non venga modificata con l'alternarsi della dirigenza»¹⁰⁴.

A completamento va dato giusto e forte risalto all'intervento politico del 23 ottobre 2014 nel documento ufficiale, prima esaminato e tradotto per quanto attinente alla codificazione: *Decisione del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese concernente una serie di importanti questioni per promuovere in modo completo il governo del paese secondo la legge* (*Zhonggong zhongyang guanyu quanmian tuijin yifa zhiguo ruogan zhongda wenti de jue ding* 中国中

¹⁰³ Cfr. *ivi*, 91-92.

¹⁰⁴ *Ibid.* Sull'avvio di un nuovo percorso giuridico della Cina cfr. J.P. CABESTAN, *La Chine à la recherche d'un 'Etat de droit' (dossier de La Documentation Française), (Is China Ruled by Law? - A Documentary Survey)*, in *Problèmes politiques et sociaux*, 555, 1987, 1-36; XIN CHUNYING, FANG GANG, *The Role of Law and Legal Institutions in China's Economic Development, 1978-1995*, cit., 83; H. PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, 2005, 165-226.

央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定), adottata dalla quarta sessione plenaria del XVIII Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese: «i) costruire il sistema dello Stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi [...]; ii) perfezionare la Costituzione quale base del sistema giuridico socialista con caratteristiche cinesi rafforzandone la vigenza [...]; iii) promuovere una profonda riforma amministrativa [...]; iv) garantire la giustizia e l'affidabilità del sistema giudiziario [...]; v) avvalorare il concetto di Stato di diritto presso l'intera popolazione, promuovere la costruzione del socialismo fondato sullo Stato di diritto [...]; vi) istituire un gruppo di lavoro e di ricerca sullo Stato di diritto [...]; vii) consolidare il ruolo-guida del Partito nella promozione dello Stato di diritto»¹⁰⁵.

Proseguendo l'esposizione su avviata, nei *Principi generali* sono fissati 156 articoli di legge, vigenti almeno sino al varo completo del Codice civile, articoli che tuttora concorrono o talora contrastano con la normativa in corso¹⁰⁶.

Nelle norme relative all'atto giuridico (*falü xingwei* 法律行为) rientra il contratto (*hetong* 合同), non più contratto economico (*jingji hetong* 经济合同)¹⁰⁷. Particolare importanza riveste tuttora, in un'ottica di ricostruzione storica, il Capitolo Quarto *Dell'atto giuridico civile e della rappresentanza*, Sezione Prima, *Dell'atto giuridico civile*, artt. 54-62, applicabili anche alla determinazione degli effetti del contratto; le disposizioni degli artt. 55 e 56 del capitolo completano la normativa del Tripode, con una integrazione

¹⁰⁵ Testo disponibile *on line* al sito: <<http://politics.people.com.cn/n/2014/1029/c1001-25926893.html>> (ultimo accesso 10.02.2020).

¹⁰⁶ Questa realtà porta a rilevare una peculiarità del diritto cinese tradizionale: principi generali, regole fissate in leggi specifiche, regolamenti locali e decisioni delle corti di continuo si sono accumulate e intersecate. Occorre tener presente anche il riferimento a fonti indirette, quali le direttive politiche del Partito Comunista Cinese. In una prospettiva sovranazionale cfr. ZHU YIKUN, *Zhongguo Minfa - China's Civil Law*, cit., 6, che rileva l'importanza dell'art. 142, comma 2 e 3 dei *Principi generali del diritto civile*: «Ove la legge o i regolamenti in materia civilistica della Repubblica Popolare Cinese siano differenti dalle clausole dei trattati che la Repubblica Popolare Cinese ha firmato o a cui ha aderito, si applica quanto disposto dai trattati internazionali eccezion fatta per quelle clausole che la Repubblica Popolare Cinese ha accettato con riserva. Quando non esista indicazione né nella legge civile cinese, né nei trattati firmati o sottoscritti dalla Repubblica Popolare Cinese, si applicano gli usi internazionali».

¹⁰⁷ Sul negozio giuridico cfr. KOU ZHIXIN, *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], Xi'an, 1989, 144; GUO MINGRUI, *Minfa* [Diritto civile], Beijing, 2003, 94-99: «si deve distinguere il negozio giuridico civile (*minshi falü xingwei*), art. 54 dei Principi generali del diritto civile dal negozio civile (*minshi xingwei*), artt. 58 e 59, il primo quale atto compiuto dal cittadino o dalla persona giuridica per costituire, modificare o estinguere i diritti e i doveri civili in base alla legge; il secondo quale atto del soggetto civile posto in essere allo scopo di raggiungere un risultato giuridico civile ponendo la manifestazione di volontà quale condizione necessaria».

di non poco conto: nell'art. 55 si stabiliscono le condizioni di validità del contratto; nell'art. 56 si fissa il principio di libertà della forma.

Nel Capitolo Quinto *Dei diritti civili*, Sezione Seconda *Delle obbligazioni*, l'art. 85 definisce il contratto¹⁰⁸:

«合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护»

«Il contratto è l'accordo tra le parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico civile. Il contratto concluso in base alla legge è da questa protetto».

Nel Capitolo Sesto *Della responsabilità civile*, Sezione Seconda, l'art. 106, comma 1, seguito dagli artt. 101-116, tratta della responsabilità nella violazione del contratto:

«公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任»

«Il cittadino o la persona giuridica che viola un contratto, ovvero non adempie i suoi obblighi, ne assume la responsabilità civile»¹⁰⁹.

Prima di tracciare le fasi successive dell'*iter* normativo si pone in risalto l'emendamento che nel 1993 l'Assemblea Popolare Nazionale apportava alla Costituzione, modificando il dettato dell'art. 15:

«Lo Stato attua un'economia pianificata, sulla base della proprietà pubblica socialista [...]»¹¹⁰ (国家在社会主义公有制基础上实行计划经)

con:

«Lo Stato pratica un'economia socialista di mercato [...]» (国家实行社会主义市场经济)¹¹¹.

¹⁰⁸ Per la valutazione complessiva del contratto nel diritto cinese, v. *infra*, 66-74.

¹⁰⁹ Cfr. R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di diritto in Cina*, cit., 124.

¹¹⁰ Costituzione del 1982.

¹¹¹ Sull'economia socialista di mercato v. *Zhonggong zhongyang guanyu jianli shehuizhuyi shichang jingji tizhi ruogan wenti de jue ding* (Decisione del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese su alcune questioni relative alla costituzione del sistema economico di socialismo di mercato) approvata dalla terza sessione Plenaria del XIV Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese (*Zhongguo gongchandang dishi si jie zhongyang weiyuanhui disanci*

Si intendeva, dunque, riconoscere una politica economica di attenuazione del rigore del sistema socialista, in virtù delle urgenti esigenze di apertura e modernizzazione degli scambi commerciali nazionali e internazionali. Né devono essere trascurate ragioni di carattere tecnico che, sollecitando ulteriormente un radicale ripensamento dell'intera materia del diritto dei contratti, proponevano alcune priorità: circoscrivere il ruolo delle norme imperative; disciplinare la proposta e l'accettazione; circoscrivere i casi di nullità del contratto e ampliare quelli di annullabilità. In tale contesto il Tripode, non più rispondente alle nuove esigenze del mercato, veniva interamente messo in discussione¹¹².

4.2 La Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese

Tra il 1995 e il 1999 iniziava una lunga e articolata fase di gestazione, che si ritiene importante qui ripercorrere, nel rispetto del metodo di analisi finora seguito, durante la quale gruppi di studiosi e di esperti operavano in tre tempi successivi presentando progetti talora corrispondenti, talora divergenti, denominati *Shinigao* 试拟稿, *Zhenqiu yijian gao* 征求意见稿, *Cao'an* 草案, da considerarsi quali lavori preparatori¹¹³.

quanti huiyi 1993.11.14 *tongguo*), il 14 novembre 1993. Nel punto 2 del paragrafo 1 della Decisione è fornita la definizione di sistema di economia socialista di mercato: «Il sistema di economia socialista di mercato consiste nel costruire un mercato in cui le risorse sono distribuite sotto il controllo macroeconomico dello Stato». Sull'argomento, interessanti, fra le prime riflessioni, quelle in M. MIRANDA, *Lo sviluppo dell'economia di mercato in Cina*, in *Mondo cinese*, 86, 1994, 15-29.

¹¹² Cfr. QUANGUO RENDA CHANGWEIHUI FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI, (WANG SHENGMING, LIANG HUIXING, YANG MINGKUN, DU TAO) (Ufficio di diritto civile della Commissione legislativa del Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jiqi zhongyao caogao jieshao* [Presentazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese e delle relative bozze più importanti], Beijing, 2000, 3.

¹¹³ Tutti i progetti, in lingua cinese, sono raccolti nel volume *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jiqi zhongyao caogao jieshao* [Presentazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese e delle relative bozze più importanti], cit., rispettivamente alle pagine 15, 112 e 172. Per un primo commento a ridosso dell'entrata in vigore della nuova legge v. WU ZHIZHONG, *Xin hetongfa de zhongyao gaijin jiqi buzhu* [Migliorie e carenze della nuova legge sui contratti], in *Zhongnan caijing daxue xuebao* [Journal of South-Central University for Politics and Law], 6, 1999, 52-57.

Sulla tecnica legislativa in Cina v. ISSALYS P., QI XUEFENG, *Le processus législatif et la technique législative en Chine*, in *Le Cahiers de droit*, 37/3, 1996, 653-705; in lingua cinese GENG LIN, *Lun woguo hetongfa de guifan bianzuan jishu* [Tecnica redazionale della Legge sui contratti], in *Renda falü pinglun* [Ren Min University Law Review], 1, 2010, 27-54.

Il primo progetto (gennaio 1995), redatto esclusivamente da giuristi cinesi, dal titolo *Jianyi Cao'an* 建议草案 è conosciuto come “Prima Bozza”. Esso prevedeva 34 capitoli e comprendeva 528 articoli, così suddivisi: *Disposizioni generali*, 9 capitoli, artt. 1-164; *Disposizioni specifiche*, 24 capitoli, artt. 165-525; *Disposizioni supplementari*, Capitolo XXXIV, artt. 526-528.

La *Jianyi Cao'an*, nell'ottobre 1995, andava incontro a modifiche e diveniva la *Shinigao*, di 30 capitoli in totale, suddivisi in: 7 capitoli di *Disposizioni generali*; 22 capitoli di *Disposizioni specifiche*; un capitolo di *Disposizioni supplementari*. La *Shinigao* fu emendata nel giugno del 1996 a seguito di un'intensa attività di ricerca e un dibattito piuttosto acceso. Di 28 capitoli (7 di *Disposizioni generali* e 21 di *Disposizioni specifiche*) e 379 articoli, il testo fu ridotto di 152 articoli rispetto alla Prima Bozza.

Sulla base della *Shinigao*, nel maggio 1997, venne formulato il testo della *Zhenqiu yijian gao*. Pur conservando la suddivisione in *Disposizioni generali* e *Disposizioni specifiche*, la *Zhenqiu yijian gao* presentava una struttura meno complessa con la riduzione del numero degli articoli a 390.

L'ultima fase di gestazione della *Legge sui contratti* è costituita dall'ultima bozza, la *Cao'an*, per la quale furono previste diverse versioni, seguendo l'impostazione della precedente. Fu emanata per la prima volta l'8 agosto 1998 e aperta a pubblici commenti.

La *Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese* fu approvata definitivamente, il 15 marzo 1999. Nel corso del medesimo anno la dottrina esprimeva immediatamente il proprio consenso ricco di contributi e di rilievi. Jiang Ping si assumeva, in un certo senso, il ruolo di referente di primo piano con interventi molto precisi sull'importanza dell'operazione teleologica concepita dal legislatore: ricomporre in una struttura unitaria non solo il Tripode, ma tante altre leggi non coordinate. Il giurista riconosceva anche fondamentali aspetti positivi relativamente al riformismo in corso nel diritto civile cinese contemporaneo: «la Cina ha fatto grandi progressi nelle riforme e nelle aperture all'esterno, nella cooperazione con il commercio estero, nella promozione degli investimenti esteri in Cina, nella risoluzione ragionevole delle controversie in materia di contratti concernenti interessi stranieri»¹¹⁴.

Altro elemento rilevante, una maggiore fluidità del sistema economico: «La Cina, nel periodo di trasformazione del sistema economico dal vecchio al nuovo, ha disciplinato i comportamenti nelle operazioni di mercato, ad esempio circa l'impiego di risorse, circa i monopoli o la concessione di prestiti [...], introducendo un regolamento efficace volto a tutelare i legittimi

¹¹⁴ JIANG PING, *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jingjie - qianyan* [Interpretazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese: prefazione], Beijing, 1999, 1-3: 2.

diritti ed interessi degli attori presenti sul mercato»¹¹⁵.

La puntuale descrizione dei principi fondamentali su cui si innestano contenuti e valori della *Legge* rendeva chiaro il punto di vista di un giurista cinese d'avanguardia, ormai completamente edotto su un metodo critico più aperto, per far emergere lucidamente prerogative e novità: «Dal punto di vista dell'ideologia-guida, tale Legge riflette principalmente le caratteristiche del contratto stesso, dà piena espressione all'autonomia delle parti e, come presupposto della legalità e della morale sociale, garantisce che le parti godano pienamente della libertà contrattuale. [...] Dal punto di vista dell'orientamento dei valori, tale Legge prende in considerazione l'efficienza economica e la giustizia sociale, la convenienza e la sicurezza nel commercio e, dal momento che pone l'attenzione sui vantaggi derivanti dall'aumento dell'efficienza, promuove lo sviluppo della produttività; inoltre, pone particolare attenzione alla tutela dell'interesse pubblico e dei consumatori, preserva l'ordine e l'etica dell'economia di mercato».

È dunque, si deduce e si conclude, la scelta del paradigma unitario, un salto di qualità per il perfezionamento della legislazione in materia civilistica e per la conduzione di un sistema economico di successo.

Significativa, in epoca successiva, la sintesi di Han Shiyuan: «La promulgazione della Legge sui contratti ha simboleggiato l'ingresso del diritto cinese dei contratti in una nuova epoca: quella della fioritura del diritto cinese dei contratti»¹¹⁶. A tale nuova epoca ne è seguita, secondo quanto programmato dal nuovo corso politico ed elaborato dalla dottrina, una ulteriore nuovissima che ha contemplato all'interno del Codice Civile cinese un primo libro dedicato al contratto, tra i cinque previsti a completamento del progetto, entro l'anno 2020.

5. *Nozione e definizione di contratto come hetong 合同 nel diritto cinese moderno e contemporaneo*

Nel processo di ammodernamento avviato dalla Cina agli inizi del secolo scorso, precedentemente qui ripercorso, ogni tipo di recezione selettiva del diritto romano, rivendicato con sicurezza dai più noti giuristi cinesi, perveniva attraverso gli studi giuridici del Giappone¹¹⁷. Dal canto suo il

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 34.

¹¹⁷ Sul tema, di recente, HUANG MEILING, *Yanbicheng Roma* (言必称罗马): *I fondamenti*

Giappone, primo fra tutti i paesi dell'Estremo Oriente, aveva concepito l'elaborazione di un proprio codice sulle tracce del *Corpus* giustiniano rivisitato dalla Pandettistica tedesca del XIX secolo. La nozione e definizione di contratto (*Vertrag*), modellate sullo schema del negozio giuridico, venivano allora riproposte in termini attuali con il riconoscimento dell'intervento della volontà dei contraenti nella dichiarazione negoziale¹¹⁸.

Occorre, come primo punto, affrontare un problema terminologico per quel che riguarda le caratteristiche radicali e radicate della lingua cinese¹¹⁹. Infatti, l'insegnamento confuciano mai rimosso impone di chiamare tutte le cose con il loro nome e il nome per il confucianesimo svolge anche la funzione di richiamare un complesso di regole e di dati socio-culturali. Tale teoria, che contraddistingueva l'antico diritto cinese, persiste nel moderno e nel contemporaneo, ed è questo un tipico caso di metabolizzazione di un flusso giuridico in una società contraddistinta da elementi socio-culturali diversi da quelli di origine¹²⁰.

romanistici del diritto civile cinese, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, 110, 2016, 241-252.

¹¹⁸ F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, 2ª ed., Milano, 1967: «è merito della Pandettistica di aver intuito per prima la sintesi dei due elementi strutturali del negozio, la volontà creatrice del privato e lo scopo pratico che l'ordinamento giuridico riconosce e attua».

¹¹⁹ Sul tema, cfr. S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, 110, 2016, 253-292.

¹²⁰ Cfr. A. CHENG, *Storia del pensiero cinese, volume I: Dalle origini allo «studio del Mistero»*, Bologna, 2000, 68, in cui si rileva la teoria confuciana del *zheng ming* (正名) che opera la cosiddetta «rettifica dei nomi», al fine di ridare ai nomi il loro originario valore esplicativo, ristabilendo così le funzioni che sono proprie di ogni ruolo sociale rettammente inteso: «Che il sovrano agisca da sovrano, il Ministro da Ministro, il padre da padre, il figlio da figlio» (*Dialoghi* XII, 11); «se i nomi non sono corretti, non si possono fare discorsi coerenti. Se il linguaggio è incoerente, gli affari di governo non si possono gestire. Se questi sono trascurati, i riti e la musica non possono fiorire. Se i riti e la musica sono trascurati, le pene ed i castighi non possono essere giusti. Se i castighi sono ingiusti, il popolo non sa più come muoversi. Ecco perché l'uomo di valore usa soltanto nomi che implicano discorsi coerenti, e parla soltanto di cose che può mettere in pratica. Ecco perché l'uomo di valore è prudente in quello che dice» (*Dialoghi* XIII, 3). V. H. PATRICK GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo, la sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011, 503. Cfr. M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001, 60-79: 61: «Ciascun sistema tende alla stabilità e quindi il flusso giuridico viene alla fine o respinto o metabolizzato. [...] La nozione stessa di metabolizzazione comporta che la ricomposizione dell'equilibrio avvenga trasformando il flusso. Più precisamente, dato che il flusso è solo il dato come percepito, l'equilibrio si ricomponne passando dalla percezione all'azione, e cioè alla modificazione della realtà effettuale del sistema nel quale la percezione è avvenuta». L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto. Raccolta di saggi*, Milano, 2016. Di particolare interesse il

Sul tavolo di lavoro tre i dizionari giuridici monolingue cinesi aperti sulle voci *hetong*, *qiyue*, *contractus*¹²¹. Diversi gli immediati intralci, tra tutti il metodo risolutivo tutto cinese di fare chiarezza tra i distinguo, metodo certo esauriente per il particolare procedimento logico attraverso cui si approda alla sintesi. Nel dovuto rispetto per l'impostazione di questo lavoro, si è ritenuto opportuno non sorvolare su quello che può considerarsi un vero problema terminologico: la duplice presenza di due lemmi *qiyue* 契约 ed *hetong* 合同 quali significanti della nozione di contratto.

Per una definitiva, adeguata soluzione, innanzitutto l'ausilio dei dizionari in cui gli autori, pur trascurando completamente l'esegesi lessicale di entrambi i termini, hanno fornito diverse spiegazioni sulle differenze e sulla complementarità del loro uso, allargando lo sguardo sulle altre esperienze giuridiche note e seguite dal diritto cinese anche nel passato. Per chiarire ulteriormente e avvalorare le conclusioni, si è proceduto a una rassegna dei più recenti studi giuridici in materia di contratto, a cura della più nuova generazione di giuristi cinesi tuttora occupati nella concertazione di un vero e proprio *corpus* giuridico cinese in cui includere la *Legge sui contratti*. Nel dizionario del 2000, *Jingbian faxue cidian* 精编法学辞典 (Dizionario giuridico essenziale), la definizione del termine *qiyue* è la seguente: «Atto giuridico (*falü xingwei* 法律行为) il cui elemento essenziale è costituito dalla manifestazione di volontà di due o più parti». Il termine può intendersi in senso ampio o stretto: il primo include il vincolo formale reale, il vincolo formale del matrimonio, nonché il consenso (*heyi* 合意) delle parti allo scopo di modificarne i diritti, ma esclude dal contenuto il vincolo formale di credito; il secondo include solamente il vincolo formale di credito.

La differenza tra *qiyue* vincolo formale ed *hetong* contratto, dall'attenta lettura, traduzione e interpretazione del testo in questione, è così dedotta: il vincolo formale presuppone una contrapposizione antitetica tra diritti e doveri delle parti, ad esempio vendere e comprare, prestare e restituire; nel contratto, diversamente, si ha una convergenza fra diritti e doveri delle parti, una sorta di *conventio* derivante dall'autonomia delle parti nel definire il contenuto contrattuale. Del resto nel sistema normativo cinese, il termine *qiyue* si usava comunemente prima della Rivoluzione, sostituito poi completamente da *hetong*. In definitiva, la dottrina risolve il distinguo

Capitolo ottavo, *L'idea di diritto in Cina: sguardo storico-comparativo sullo sfondo della teoria dei sistemi giuridici comparati*, 197-260.

¹²¹ ZENG QINGMIN (a cura di), *Jingbian faxue cidian* [Dizionario giuridico essenziale], Shanghai, 2000; HUANG FENG (a cura di), *Luoma fa cidian* [Dizionario di diritto romano], Beijing, 2002; FALÜ CIDIAN BIANWEIHUI (a cura di) (Commissione redazionale del dizionario giuridico), *Falü cidian* [Dizionario giuridico], Beijing, 2004.

riconoscendo in entrambi i termini il medesimo contenuto. Sul medesimo dizionario la voce *hetong* è maggiormente illustrata nel significato, nei contenuti e nel porsi in essere nelle realtà socio-economiche che interessano la Cina: «Definito anche “*qiyue*”. È un accordo o promessa fissata dai cittadini in base alla loro concorde volontà che ha vincolo legale per le parti al fine di stabilire, modificare o estinguere una relazione di diritti e doveri in ambito civile». In altre parole, si pongono le basi per creare un’obbligazione.

Al centro dell’enunciazione, con un accenno di tipo comparativo al contratto concepito dal diritto romano, si chiariscono con evidente intento celebrativo i principi basilari del contratto socialista, «costituiti dalla volontà, dalla parità e dall’uguaglianza». Si riporta la traduzione integrale del passo: «In Occidente nel diritto romano esisteva una completa regolamentazione del contratto che aveva preso avvio da un’economia di tipo capitalistico. La società capitalistica ritiene che la libertà contrattuale costituisca il principio base del rapporto contrattuale». In sostanza, il dizionario esprime una valutazione estremamente positiva del concetto che il diritto civile cinese riserva al contratto quale efficace strumento per realizzare all’interno del paese un adeguato sviluppo dell’economia, sia per soddisfare le esigenze culturali del popolo, sia per ampliare e favorire nei rapporti con l’estero gli scambi delle conquiste tecnologiche. Infine si ripete, precisando, in che cosa consista il contratto negli ordinamenti continentali ai quali, è implicitamente chiaro, si è allineata la normativa cinese: un atto stipulato dalle parti che manifestano la medesima volontà, dapprima con una determinata proposta cui segue l’accettazione. Se entrambe le parti concordano con gli elementi essenziali del contratto – oggetto, quantità e qualità dell’oggetto, prezzo o compenso, termine di adempimento, responsabilità per inadempimento *et cetera* – si procede alla conclusione¹²².

Nel più recente dizionario, l’unico termine equivalente al nostro di contratto è *hetong*, la cui specificazione ripetendo la precedente del dizionario del 2000 «definito anche *qiyue*», intende fornire una sintesi delle precedenti distinzioni e assimilazioni tra i due termini. Interessante la panoramica sul concetto di contratto: «Il diritto romano, il diritto anglosassone, il diritto francese, il diritto austriaco, il diritto giapponese, il diritto svizzero utilizzano la nozione di contratto in senso stretto», cioè quella che induce a ritenere il contratto un accordo il cui contenuto può creare diritti e doveri; «Il Codice Civile tedesco e il diritto della Cina antica utilizzano la nozione di contratto in senso ampio», cioè quella che porta a intendere il contratto un accordo

¹²² Cfr. ZENG QINGMIN (a cura di), *Jingbian faxue cidian* [Dizionario giuridico dettagliato], Shanghai, 2000, 395.

il cui scopo è di creare effetti in base al diritto privato. Degna di nota la conclusione: «In generale, sembra che il diritto cinese riconosca la nozione di contratto in senso ampio, ma in realtà, il contratto come indicato nella legislazione civile adotta la nozione in senso stretto, cioè indica solamente il contratto quale fonte di diritti e doveri»¹²³.

Si ritiene opportuno un intervento chiarificatore, onde dissipare dubbi ed equivoci sulle contraddizioni che sembrano emergere dalla rapida sintesi qui compiuta sul concetto di contratto fornito dai dizionari. In realtà il diritto cinese dei contratti adotta e utilizza l'accezione di contratto concepito in entrambi i sensi: in senso ampio nei *Principi generali del diritto civile*; in senso stretto nelle singole leggi che in tempi passati disciplinavano la materia sino all'attuale Legge unitaria.

Sul dizionario latino-cinese *The Lexicon of Roman Law* la voce *contractus* è tradotta con *qiyue*, e il termine *consensus* è reso con *heyi tongyi* 合意同意 = la comune volontà raggiunta dalle parti, la base dell'accordo, l'elemento soggettivo fondamentale¹²⁴.

La ricostruzione storico-ideologica della genesi, dell'evoluzione e della definizione, infine dell'equivalenza dei concetti di *qiyue* ed *hetong* nel diritto civile cinese ha rappresentato uno dei risultati raggiunti dalla dottrina cinese con alto grado di attendibilità.

Negli anni '70 del secolo scorso il noto giurista Shi Shangkuan¹²⁵ già argomentava ampiamente sulla prima accezione del termine giuridico più antico *qiyue*, considerandolo un atto giuridico, un vincolo formale equivalente ai termini occidentali *Vertrag*, *contrat*, *contract*. Dato come punto di partenza della nozione e definizione di contratto, se ne segue la confluenza, attraverso l'evoluzione storica, nel termine *hetong* con relativo significato di accordo: «Il vincolo formale consente, attraverso lo scambio concorde di due manifestazioni di volontà, la conclusione di un atto giuridico. Dal momento che offerta e accettazione convergono si conclude un vincolo formale detto atto bilaterale (*zweiseitiges Geschäft*, *bilateral act*, *act bilateral*). [...] Oltre alla convergente manifestazione di volontà delle

¹²³ Cfr. FALŪ CIDIAN BIANWEIHUI (a cura di) (Commissione redazionale del dizionario giuridico), *Falü cidian* [Dizionario giuridico], Beijing, 2004, 289-290.

¹²⁴ Cfr. HUANG FENG (a cura di), *Luoma fa cidian* [Dizionario di diritto romano], Beijing, 2002, 71.

¹²⁵ Cfr. SHI SHANGKUAN, *Minfa zonglun* [Teoria generale del diritto civile], Beijing, 2000, 309-311; il testo pubblicato in prima edizione nel 1960 è considerato un classico del diritto civile cinese.

parti, deve verificarsi la consegna del bene (vincolo formale reale, *yaowu qiyue* 要物契约)¹²⁶, la conclusione in forma scritta (atto formale, *yaoshi xingwei* 要式行为), oppure il rispetto di determinate formalità (*yishi* 仪式) (art. 982 Codice civile del 1930)¹²⁷. Le manifestazioni di volontà convergono sul contenuto principale oggettivo (*keguan* 客观), se convergono soggettivamente (*zhuguan* 主观), convergono consapevolmente sul contenuto. Se le manifestazioni di volontà non sono conformi il vincolo formale non è concluso. Nel vincolo formale le manifestazioni di volontà hanno una posizione contrapposta, caratteristica diversa dall'atto contrattuale, in cui le manifestazioni di volontà procedono parallelamente. Questa caratteristica differenzia il contratto dall'accordo. Tuttavia le manifestazioni di volontà delle parti coincidono, pertanto accordo (*hetong*) e vincolo formale (*qiyue*) coincidono.

Caratteristica del Codice Civile francese è che il vincolo formale produce solamente una relazione di credito e debito, relazione che deve essere bilaterale. Nel nostro codice civile e in quello tedesco negli atti bilaterali ci sono due atti unilaterali contrapposti che permettono la conclusione dell'accordo»¹²⁸.

Ci sembrano significativi alcuni rilievi. Nell'esporre le definizioni e i concetti espliciti e impliciti dei due termini, l'autore non ha inteso curare l'aspetto esegetico, preferendo indicarne la consistenza e il funzionamento e fornire concise informazioni sull'utilizzo nel quadro normativo. Si deve precisare, a scanso di equivoci, che la traduzione ha richiesto l'interpretazione della specifica parola e del senso del passo; è il caso del lemma cinese *duili* 对立 alla lettera tradotto "contrapposto", ma che vuole esprimere una duplice concorde posizione: da una parte c'è chi dà, dall'altra chi prende, dietro preliminare accordo.

Un'altra considerazione va riferita al possibile riconoscimento di una polisemia sintomatica sia del termine *qiyue* sia di *hetong*, termini giuridici inseparabili dagli atti giuridici, così come risultano nelle rispettive definizioni e qualificazioni: *qiyue* = vincolo formale che comporta la conclusione di un atto giuridico; *hetong* = accordo, atto contrattuale. Infine, è interessante, ma non precisa e approfondita, la veloce comparazione tra la caratteristica della bilateralità del vincolo formale del *Code Napoléon*, e quella degli atti

¹²⁶ Tale terminologia è utilizzata a Taiwan; diversamente nella Repubblica Popolare Cinese l'espressione "vincolo reale" è tradotta *wuquan qiyue*.

¹²⁷ Il riferimento è al Codice Civile di Taiwan.

¹²⁸ SHI SHANGKUAN, *Minfa zonglun* [Teoria generale del diritto civile], cit., 310.

bilaterali in cui ci sono due atti unilaterali contrapposti.

Negli altri testi il procedimento ricostruttivo è complessivamente identico, e anche l'enunciazione di concetti e di nozioni è conforme. In genere si insiste sulle due diverse definizioni: *qiyue* vincolo formale, *hetong* contratto ma anche sull'utilizzo indistinto dei due termini nei documenti normativi.

Li Youyi¹²⁹ fornisce i seguenti particolari: «la differenza tra i due termini consiste nella forma, dal momento che il contratto *hetong* può essere concluso in qualsiasi forma, il vincolo formale *qiyue* solo nella forma scritta; il contratto perfeziona un negozio giuridico, il vincolo formale un atto giuridico. E comunque, nell'utilizzo non vi sono differenze [...]». Nei Principi generali del diritto civile la definizione di contratto comprende sia la nozione di contratto che quella di vincolo formale del Codice civile tradizionale»¹³⁰.

Sulle caratteristiche del contratto, si indicano tre punti fondamentali: «Il contratto è l'accordo in cui le parti liberamente si consultano, è un negozio giuridico tra due o più parti»¹³¹. Punti fondamentali: principio di libertà; coincidenza della manifestazione di volontà tra le parti; posizione paritaria delle parti. In definitiva, il contratto determina una relazione giuridica civile.

Si fornisce, poi, una definizione unitaria che fonde le due accezioni di *hetong* e *qiyue*: «Il contratto è un accordo il cui scopo è quello di produrre conseguenze giuridiche, vale a dire produrre, modificare o estinguere una relazione tra diritti e doveri civili (*minshi quanli yiwu guanxi* 民事权利义务关系). [...] Nel nostro paese se le manifestazioni di volontà coincidono ha luogo un contratto civile (*minshi hetong* 民事合同); generalmente noi non distinguiamo tra contratti reali (*wuquan hetong* 无权合同) e contratti obbligatori (*zhaiquan hetong* 债权债务合同)»¹³².

Tratto distintivo del testo di Kou Zhixin¹³³ è la concentrazione sul significato e sulle caratteristiche proprie dell'atto giuridico civile, così come è definito e sancito nell'art. 54 dei *Principi generali del diritto civile*:

«民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为»

«L'atto giuridico civile è l'atto lecito (*hefa xingwei* 合法行为) com-

¹²⁹ LI YOUYI, *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], Beijing, 1988, 288-289.

¹³⁰ *Ivi*, 289.

¹³¹ *Ivi*, 288-289.

¹³² WANG LIMING, GUO MINGRUI, FANG LIUFANG, *Minfa xin lun (Xia)* [Nuova teoria del diritto civile, vol. II], cit., 346.

¹³³ Cfr. KOU ZHIXIN, *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], cit., 144-154.

piuto dal cittadino o dalla persona giuridica per costituire, modificare o estinguere i diritti e i doveri».

Sulle caratteristiche fondamentali dell'atto giuridico si indica: lo scopo è produrre conseguenze giuridiche; elemento fondamentale deve considerarsi la manifestazione di volontà, e ben inteso, la corrispondenza esatta tra manifestazione e contenuto della volontà.

Pubblicato nel 1999, a ridosso dell'emanazione della Legge unitaria, il testo di Yang Lixin è dedicato esclusivamente all'interpretazione e acquisita, pertanto, nel contesto della dottrina, una sua valenza referenziale¹³⁴. Nel ribadire l'equivalenza contratto-*hetong* e vincolo formale-*qiyue*, si fa riferimento ai codici occidentali: art. 1101 del Codice Civile francese; § 305 del BGB; art. 1321 del Codice Civile italiano.

Sulla definizione di *hetong*: «La definizione di contratto in generale si distingue in senso ampio e in senso stretto. Il contratto di lavoro, in generale, è definito anche come un contratto civile, un accordo per costituire, modificare, estinguere un rapporto giuridico civile, definizione mutuata dal Codice Civile tedesco»¹³⁵. Molto concentrati i riferimenti all'impiego della definizione e della nozione di contratto nella normativa attuale: «L'art. 85 dei Principi generali del diritto civile ha utilizzato la nozione di contratto in generale. La Legge unitaria ha accolto la definizione di contratto civile solo nell'ultima bozza. La nozione di contratto della Legge unitaria si uniforma a quanto stabilito nei Principi generali del diritto civile»¹³⁶.

Sulle caratteristiche del contratto quattro i punti essenziali: ha origine da un atto giuridico bilaterale; è concluso attraverso la manifestazione di volontà; obbligazioni e crediti sono omologhi; si richiede la libera volontà delle parti.

Ripercorrere le tappe della dottrina giuridica cinese nel momento storico della ripresa degli studi e dell'intento riformista e considerarne la disciplina attinente alla nostra indagine ha consentito di constatare come i testi più recenti, pur convergendo con i più antichi nella definizione e nella descrizione delle caratteristiche, risultano più attenti a risalire alla genesi della nozione e del concetto di contratto, a riservare spazi a confronti, e a dar risalto ad aspetti evolutivi.

¹³⁴ YANG LIXIN, *Hetongfa zongze*, I [Principi generali del diritto dei contratti, vol. I], cit., 11-12.

¹³⁵ WANG LIMING, GUO MINGRUI, FANG LIUFANG, *Minfa xin lun (Xia)* [Nuova teoria del diritto civile, vol. II], cit., 343.

¹³⁶ *Ibid.*

Interessante per la specificità delle argomentazioni la consultazione dell'accurata ricerca di Chen Xiaojun¹³⁷. La studiosa ritiene indispensabili preliminari chiarimenti per evitare equivoci e procedere speditamente nelle enunciazioni: i) il contratto preso in esame non ha nulla in comune con le normative fissate dal diritto del lavoro o dal diritto amministrativo ed è concepito unicamente come contratto civile; ii) il termine “*hetong*” utilizzato nell’art. 85 dei *Principi generali del diritto civile* va inteso come “*consensus*”¹³⁸; iii) la Legge unitaria ha adottato la nozione di contratto in senso ampio.

Si esplicita, quindi, la natura giuridica del contratto in tre punti: «i) il contratto è un tipo di atto giuridico. Elemento essenziale è la dichiarazione della volontà il cui contenuto produce effetti giuridici distinti dagli effetti prodotti dal fatto giuridico; ii) il contratto è un tipo di atto giuridico che richiede la concorde volontà di due o più parti. Per la costituzione di un contratto occorrono due o più parti contrattuali che devono dichiarare reciprocamente la propria volontà e raggiungere un accordo, il *consensus*; iii) il contratto è un atto giuridico per costituire, modificare o estinguere un rapporto obbligatorio»¹³⁹. In chiusura un cenno sull’uso dei due termini cinesi fornisce una puntualizzazione in merito alla distinzione e offre nuovi chiarimenti: «In lingua cinese sono impiegati due termini: *hetong*, accordo, contratto; *qiyue*, vincolo formale. È necessario distinguerne il significato semantico e l’utilizzo: *hetong* è termine del linguaggio giuridico del cinese moderno, *qiyue* quello della Cina antica. Secondo lo *Shuowen Jiezi*, il dizionario analitico dei caratteri¹⁴⁰, il termine *yue* significa accordo formale, un modo di registrare una relazione giuridica. Alcuni dati storici disponibili di recente riferiscono di un relativo sviluppo dell’accordo formale nella dinastia Zhou e nel periodo delle Primavere e degli Autunni [...]. In definitiva, il contratto è concepito come un tipo di atto giuridico costituito tra le parti, il cui consenso è imprescindibile. La nozione di contratto tra l’altro si determina e si approfondisce nel processo di formazione dello stesso e nella dinamica maturazione della relazione contrattuale»¹⁴¹.

¹³⁷ V. CHEN XIAOJUN (a cura di), *Hetongfa xue* [Diritto dei contratti], Beijing, 2003, 39-41. Si noti come l’Autrice esprima il distacco dalla nuova nozione di contratto rispetto a quanto valeva prima nel diritto civile cinese.

¹³⁸ Il termine è tradotto in lingua cinese con 合意, *heyi*.

¹³⁹ *Ivi*, 40-41.

¹⁴⁰ *Shuowen Jiezi* (说文解字) è uno dei primi dizionari largamente diffuso in Cina all’inizio del II secolo d.C., sotto la dinastia Han. Il testo, disponibile *on line* al sito: <<http://ctext.org/shuo-wen-jie-zi>> (ultimo accesso 10.02.2020), comprende l’analisi della struttura del carattere e introduce l’ordine degli ideogrammi basato sui *radicali*.

¹⁴¹ *Ivi*, 41.

5.1 *Segue: contributi della dottrina*

A completamento della rassegna che guida il ricercatore occidentale a inserirsi con maggiore competenza nei metodi, modalità e tempi della ricerca giuridica cinese, si indicano i più attuali e autorevoli testi della dottrina, per fornire una sintesi aggiornata sugli studi concernenti valutazione e interpretazioni sia dei *Principi generali del diritto civile* sia del diritto dei contratti. È interessante rilevare come, rispetto agli studi più antichi, i giuristi più recenti si avvalgano di un più sicuro e più organico procedimento descrittivo e interpretativo, nonché di un'esposizione più aperta e completa su aspetti particolarmente ambigui.

Una descrizione molto precisa delle caratteristiche del contratto secondo Ma Junju e Yu Yanman è così schematizzata: «i) il contratto è un tipo di atto giuridico. È un atto il cui elemento essenziale consiste nella dichiarazione di volontà, pertanto è espressione della dichiarazione della volontà delle parti coinvolte che vogliono costituire, modificare ed estinguere i propri diritti e doveri; il contenuto di tale relazione è, dunque, determinato dalla stessa dichiarazione. ii) Il contratto è un atto giuridico bilaterale o multilaterale, è costituito dalla dichiarazione del consenso della volontà di due o più soggetti che si trovano in una posizione di uguaglianza e di libera volontà. Pertanto per dar vita ad un contratto è necessario che due o più parti manifestino una pari dichiarazione di volontà e raggiungano il consenso»¹⁴².

Per comprendere pienamente le valutazioni che i giuristi cinesi compiono per offrire una sintetica ed efficace ricostruzione storica della nozione di contratto, si riepilogano tre momenti evolutivi di elaborazione: «Il concetto di obbligazione, così come è attualmente concepito, deriva dal diritto romano. L'obbligazione secondo il diritto romano ha il significato di una sorta di catena, si riferisce a una relazione giuridica vincolante finalizzata all'adempimento [...]. Il diritto cinese antico identificava il concetto di debito con quello di responsabilità senza riconoscerne l'obbligazione, il debito non sorgeva da atto illecito e da ingiusto arricchimento. I debiti spesso si riferivano esclusivamente a debiti di carattere pecuniario [...]; il diritto cinese contemporaneo ha fissato un concetto di debito identico a quello del sistema continentale, secondo quanto previsto dall'art. 84 dei Principi generali del diritto civile¹⁴³ [...]. La relazione contrattuale è un tipo di relazione civile

¹⁴² MA JUNJU, YU YANMAN, *Minfa yuan lun* [Teoria fondamentale di diritto civile], cit., 512-513.

¹⁴³ R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di Diritto in Cina*, cit., art. 84: «L'obbligazione è un rapporto tra le parti che ha per oggetto specifici diritti e obblighi, che nasce da un contratto

e, come le altre relazioni civili, consiste di tre elementi: soggetto, oggetto, contenuto. i) I soggetti della relazione contrattuale, conosciuti anche come parti del contratto, includono il creditore ed il debitore [...]. Nelle relazioni contrattuali entrambe le parti possono essere costituite da più di una persona. I soggetti sono determinati ed in base alle regole giuridiche o alle disposizioni contrattuali possono trasferire a terzi i propri diritti e doveri; ii) l'oggetto (*biaodi* 标的) della relazione contrattuale si riferisce agli scopi delle parti del contratto; iii) il contenuto della relazione contrattuale si riferisce ai diritti e ai doveri che le parti del contratto assumono»¹⁴⁴.

Emerge uno spunto dogmatico in quello che abbiamo letto: il diritto cinese non circoscrive l'ambito dell'efficacia contrattuale a una nozione stretta di rapporto giuridico inter-soggettivo, di cui il contratto è la fonte, ma introduce il concetto di una relazione contrattuale che nasce dai diritti e dai doveri direttamente o indirettamente insorgenti dal contratto.

Marcata attenzione merita la dissertazione di Mo Zhang, il cui pregio consiste nel considerare l'argomento non avulso, anzi strettamente collegato con l'intera esperienza giuridica vissuta dalla Cina in momenti cruciali della sua travagliata storia sino all'attuale situazione politica ed economica posta, come è, al centro della scena internazionale¹⁴⁵. Utile, come sempre, l'abitudine di un'attenta lettura della prefazione di ogni testo consultato; in questa l'autore presenta e recensisce la propria opera, consentendo di focalizzare punti sostanziali del diritto cinese rivisitati storicamente, tra l'altro, con molta oggettività. Così l'*incipit*: «Questo libro intende fornire una visione d'insieme del sistema giuridico cinese attraverso il diritto dei contratti per almeno due ragioni. [...] Il contratto è il campo attraverso cui si attua l'ordinamento economico di base e generalmente vengono realizzate le transazioni di affari della Cina. È anche il campo in cui è testata l'effettività del sistema giuridico del paese»¹⁴⁶.

o da un provvedimento di legge. La persona che gode dei diritti è il creditore, colui che ha la responsabilità dell'obbligazione è l'obbligato.

Il creditore ha il diritto di esigere che l'obbligato esegua la prestazione in base alle clausole contrattuali o in base al provvedimento di legge».

¹⁴⁴ MA JUNJU, YU YANMAN, *Minfa yuan lun* [Teoria fondamentale di diritto civile], cit., 513.

¹⁴⁵ MO ZHANG, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Brill Academic Publishers, 2006 (2ª ed. 2019).

¹⁴⁶ MO ZHANG, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, cit., 25-26. Nel rilevare che l'opera già citata è scritta in inglese, si evidenzia il ruolo attuale del Professore Zhang presso la Temple University Beasley School of Law, esperto delle tematiche inerenti il *common law*.

L'altro motivo chiama in causa la giurisprudenza: «il diritto dei contratti è una delle frontiere di stretta sorveglianza degli affari internazionali che spesso richiedono l'intervento dei tribunali popolari, in processi relativi agli stranieri quali parti o ad elementi stranieri»¹⁴⁷. Efficace la parte teorica; questa è in effetti la rilevante novità della maggior parte delle ultime pubblicazioni della dottrina, sia a carattere formativo che informativo.

Ci sovviene, a questo punto, il monito della dottrina meno recente rilevato in precedenza, ci riferiamo ad esempio al Professore Jiang Ping, sulle carenze della ricerca giuridica cinese troppo occupata nella osservanza della pratica a scapito della teoria. Mo Zhang, pertanto, indica quale “punto focale del libro” la rassegna delle teorie che si sono sviluppate in Cina in materia di contratto, quindi richiama il passaggio alla pratica in cui la materia del contratto è coinvolta. Naturalmente, tutta l'impostazione tende alla confluenza di ogni rilievo nella sostanziale elaborazione della normativa sul contratto del diritto cinese definita nella ancora attuale Legge unitaria del 1999. Nella preliminare trattazione terminologica è messa in evidenza l'opinione di alcuni studiosi, contrapposta alle altre prima riferite, sulla precedenza dell'uso del termine *hetong* = contratto, che risalirebbe a 2000 anni fa nell'antica Cina, poi sostituito da *qiyue* = vincolo formale. In quei tempi, è dato da precisare, senza tuttavia risalire alle fonti, il contratto non era un vincolo formale “*qiyue*”, piuttosto veniva «utilizzato come un marchio o un simbolo che provava l'esistenza del *qiyue* tra le parti»¹⁴⁸. Nella Cina moderna il termine *hetong* si utilizza dopo gli anni '70 del secolo scorso sulla scia della rinascita dello spirito del diritto romano in Cina e dell'introduzione della letteratura occidentale sul contratto. Attualmente, è un dato di fatto unanimemente condiviso, non vi è differenza alcuna tra i due termini.

Relativamente alla definizione del concetto di contratto anche qui non si sfugge all'ambiguità: «non è mai stato chiaramente definito il concetto di *qiyue*, vincolo formale che una volta stretto implicava una relazione giuridica sotto la quale sorgeva un'obbligazione»¹⁴⁹. E infatti, si afferma come ineccepibile nozione del diritto cinese, il contratto ha in sé il concetto di *obligatio* recepito dal diritto romano tradizionale. Questa l'enunciazione: «Come è noto il concetto di *obligatio* del diritto romano tradizionale rappresenta una particolare relazione giuridica in cui una persona si obbliga nei confronti di un'altra»¹⁵⁰.

¹⁴⁷ *Ivi*, 31.

¹⁴⁸ *Ivi*, 27.

¹⁴⁹ *Ivi*, 28.

¹⁵⁰ *Ivi*, 29.

Uno spazio consistente è riservato al persistere delle matrici confuciane mai del tutto rimosse nonostante il tortuoso percorso ideologico della civiltà cinese. Sotto questo profilo, Mo Zhang inserendo cause e modalità in un momento opportuno, quello dell'influenza della *civil law* durante la dinastia *Qing* e della elaborazione delle prime bozze di un codice civile cinese, offre preziosi chiarimenti per cogliere pienamente alcune prerogative esclusive della normativa cinese, pur allineata nella recezione del sistema romanistico. Si riportano i punti salienti: «In più di duemila anni di storia in Cina le regole del *qiyue*, pur differenti da dinastia a dinastia, avevano tre caratteristiche comuni. In primo luogo tali regole, sotto il profilo formale, si presentavano come costumi o usi comuni, tuttavia vincolanti come vere e proprie disposizioni; in secondo luogo, avevano natura patriarcale e si concentravano sull'obbligazione, senza specificare i diritti delle parti. [...]; per ultimo, la punizione per la violazione del contratto o dell'obbligazione era severa come previsto dal diritto penale. In senso ampio, una delle maggiori caratteristiche dell'ordinamento cinese tradizionale consisteva nella struttura monolitica dell'ordinamento dove norme civili e norme penali erano combinate assieme»¹⁵¹.

L'autore evidenzia anche il dibattito sempre vivo tra gli studiosi cinesi circa la diffusa convinzione che la spina dorsale dell'intero ordinamento cinese antico sia consistito nel diritto penale. L'obbligazione contrattuale era vincolante in quanto le parti erano moralmente vincolate dalla promessa, secondo l'adagio confuciano “La promessa una volta fatta vale più di mille once di oro”. Dalla tradizione alla modernità la propulsione decisa e irreversibile è impressa dall'incontro tra Oriente e Occidente in Cina durante la dinastia *Qing* come si è diffusamente ricostruito descrivendone tempi e modalità nel paragrafo sulla comunicazione¹⁵². Cogliendo la rapidità con cui si producono i primi effetti di tale incontro in campo giuridico, si sintetizzano gli eventi in una pagina.

A noi interessa molto, giunti a questo primo ragguardevole traguardo del diritto cinese moderno, anche se l'argomento è già stato trattato, ripercorrere con l'autorevole sostegno del giurista cinese le fasi di elaborazione del primo Codice Civile cinese del 1931 con l'indicazione di forme e contenuti. Si conferma la struttura della prima bozza del 1925 composta da cinque libri essenzialmente basata sul modello tedesco, di cui le prime tre erano state redatte con i contributi di giuristi giapponesi. Seguendo la bozza del 1925 i

¹⁵¹ *Ivi*, 28-30.

¹⁵² *Ivi*, 28.

redattori definirono il Codice Civile della Repubblica Cinese nel 1931 e in questo si promulgò la prima normativa dell'obbligazione, rubricata *Obligatio*, in quattro capitoli e 521 articoli. Si rileva, ed è importante, che in questo Codice emergono, aggiungendosi alle influenze di origine tedesca e giapponese, numerosi innesti provenienti da altri codici dei maggiori paesi europei. Cinque i libri del Codice del 1931: Principi generali, *Obligatio*, Diritti reali, Famiglia, Successioni. Tra le fonti che causano l'*obligatio* è citato il *qiyue* non l'*hetong*; secondo l'art. 153 il *qiyue* si determina quando le parti hanno dichiarato espressamente o tacitamente la concorde intenzione, e tuttavia non si definisce né il termine né la natura di *qiyue*¹⁵³; «Il contratto è concluso quando le parti hanno reciprocamente dichiarato espressamente o tacitamente la loro comune volontà. Se le parti si accordano su tutti gli elementi essenziali del contratto anche se non hanno espresso la loro volontà sugli elementi non essenziali, il contratto si considera concluso. Rispetto ai su menzionati elementi non essenziali in assenza di accordo, la Corte li stabilirà secondo la natura dell'affare».

Il Codice del 1931, abolito nel 1949 dalla Repubblica Popolare Cinese, non ha tuttavia soppresso il formante dottrinario ereditato dalla civilistica occidentale. Una tappa fondamentale fu segnata negli anni '50 allorché l'ordinamento cinese accolse pienamente il modello dell'Unione Sovietica etichettato come diritto socialista, storicamente influenzato nella allora attiva circolazione dei modelli anche dal *Code Napoleon*¹⁵⁴.

¹⁵³ Fatto salvo quanto già in precedenza rilevato su questo termine, la mancata definizione è, evidentemente, dovuto al fatto che si tratta di una parola ormai cristallizzata nella tradizione giuridica cinese, in quanto tale, di immediata percezione nella coscienza sociale del Paese.

¹⁵⁴ G. CRESPI REGHIZZI, *Prefazione*, in R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, 3ª ed., Milano, 2001, 17-18: «Di fatto, fino alla svolta del 1978, e specialmente a partire dal 1958, cioè dal cosiddetto Grande Balzo in avanti, la Rpc ha sempre mostrato un atteggiamento antiformalistico e sostanzialmente antilegalistico, nel quale il nichilismo giuridico marxista, la dottrina e la pratica maoista hanno moltiplicato gli effetti della prevalente concezione filosofica tradizionale, così esasperando l'amministrazione elastica ed arbitraria del potere, *legibus solutum*. Le ricette socialiste della proprietà statale, delle imprese pubbliche e della pianificazione economica accentrata e vincolante, del divieto dell'iniziativa privata e di libera impresa, del monopolio statale del commercio estero e del rifiuto di ogni investimento diretto straniero, dell'autarchia economica e dell'avversione a qualsiasi indebitamento verso l'estero e, in generale, della subordinazione dello Stato al partito (di fatto) unico e del diritto alla filosofia politica dominante (il marxleninismo nell'interpretazione e nella pratica attuativa maoista), non hanno risparmiato la nuova Cina».

Riguardo al dibattito teorico sul contratto, insolitamente distinto in diverse categorie comprensive di settori apparentemente indipendenti ma finalizzate al medesimo scopo, vale la pena seguire le argomentazioni svolte per la prima volta da angolazioni culturali e mentali diverse. Il diritto dei contratti trova spazi teorici adeguati nella RPC, come ben sappiamo nei famosi anni '80 del secolo scorso, impegnando con urgenza dottrina, ricerca, legislatore. Quattro le diverse teorie: la teoria del mezzo economico; la teoria del negozio giuridico; la teoria dell'accordo (*agreement theory*); la teoria dello scambio¹⁵⁵.

La teoria del contratto quale mezzo economico è pienamente allineata al modello dell'Unione Sovietica, secondo cui il contratto è lo strumento economico impiegato dallo Stato per gestire e facilitare le attività economiche. Il contratto è pertanto definito contratto economico in cui le parti sono soltanto persone giuridiche e il cui scopo consiste nell'affrontare e soddisfare i bisogni della produzione assecondando ogni operazione di affari imposta dalla pianificazione dello Stato; in sostanza è il mezzo di attuazione del piano statale. Questa teoria ha influenzato le prime delle due leggi del Tripode, del 1981 e del 1985.

Una posizione di primo piano, prevalente sulle altre, è attribuita alla teoria del negozio giuridico che accentua la definizione di contratto quale tipo di negozio giuridico la cui forma riflette la relazione di transazione tra le parti. L'esecuzione dell'atto civile richiede che tale atto sia basato sul *consensus* delle parti. In tale teoria si riconosce, ma senza alcuna enfasi, l'influenza del diritto romano. Qui è dato di constatare la distanza presa nei confronti delle convinzioni romanistiche di altri studiosi che abbiamo riportato in attinenza agli argomenti. Infatti, il laconico riconoscimento dell'influenza del diritto romano sull'unica teoria alla quale si dà atto di aver fissato i tre elementi fondamentali radicati nel contratto, non solo non è storicizzato, ma nemmeno valorizzato quale contributo all'evoluzione dell'enunciazione teorica e delle caratteristiche pratiche del contratto della RPC.

Non si sono consultati altri lavori del Professore Mo Zhang, quindi non è opportuno entrare in merito alle ragioni del procedimento descrittivo e delle posizioni ideologiche dello stesso. Può soltanto supporre che lo studioso impegnato in un ruolo particolare di docente all'estero e nella specializzazione di altre ricerche, dia per scontate le convinzioni dei suoi colleghi, ma soprattutto che non

¹⁵⁵ Cfr. MO ZHANG, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, cit., 31-34. Sul tema, da un'angolazione di ricerca comparatistica, cfr. A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato. Vol. II: Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino, 2005, 125-153.

intenda inserirsi in dibattiti particolarmente laboriosi e controversi. Intanto è precisata la consistenza dei tre elementi del contratto della normativa definitiva: il contratto è creato da un mutuo atto delle parti; il contratto rappresenta il *consensus* delle parti; il contratto è la causa per il verificarsi dell'obbligazione. Pertanto il contratto è un atto giuridico che crea obbligazioni tra le parti, e il diritto del contratto è il diritto che regola e fa valere tale atto.

La terza teoria, *agreement theory*, riguarda l'accordo e fa leva sull'incontro della volontà delle parti. L'ultima, la teoria dello scambio, valuta il contratto sul piano pratico per cui il contratto sostiene la realizzazione delle transazioni economiche nella società, fissando le regole che consentono lo scambio di merci o di prodotti in modo ordinato. Tale teoria è messa in discussione: «non sembra dire che cosa sia il contratto e per cosa sia, sembra tuttavia promuovere un concetto di scambio volontario nel mercato e sottolineare la funzione del contratto»¹⁵⁶.

Il progetto di questa composita trattazione approda alla descrizione critica della Legge unitaria e alla segnalazione delle caratteristiche giuridiche. Secondo l'autore, la Legge unitaria non accoglie «in modo univoco nessuna delle precedenti teorie, ma afferma la posizione combinatoria della teoria dell'atto civile e della teoria dell'accordo. La Legge unitaria fissa chiaramente che il contratto è un accordo che ha lo scopo di dar vita ad una relazione civile contenente diritti e doveri contrattuali»¹⁵⁷. In particolare si considera l'art. 2 della Legge unitaria che ha corrispondenza con la definizione di cui all'art. 85 dei *Principi generali*. Sulle caratteristiche: il contratto è un atto giuridico posto in essere da persone fisiche, giuridiche o da altre organizzazioni; il contratto ha lo scopo di creare, modificare o estinguere i diritti e i crediti; il contratto è un accordo che esprime la volontà delle parti. Si sottolinea l'essenza della dottrina dell'atto civile secondo cui il contratto è un'attività delle parti per esprimere la loro volontà per benefici economici e civili, attività che deve perseguire uno scopo lecito.

In relazione all'espressione di volontà delle parti nel processo di formazione del contratto risulta indispensabile il raggiunto incontro delle volontà. Al giudice è affidato il compito di pronunciarsi sulla base di essenziali requisiti: la conformità dell'espressione di volontà, il *consensus* tra le parti, ma la richiesta fondamentale perché un contratto sia vincolante è lo "scopo lecito"; è anche fondamentale nella definizione dello stesso concetto di contratto la considerazione dell'uguaglianza delle posizioni delle parti.

¹⁵⁶ *Ivi*, 34.

¹⁵⁷ *Ivi*, 34-35.

Alcune considerazioni conclusive riflettono l'intento dell'autore di chiarire l'ottica e le proiezioni della propria indagine. In un certo senso si ha l'impressione che intenda rispondere alle perplessità cui si è accennato a proposito della sua posizione ideologica nei confronti del dibattito giuridico sempre attivo nel suo paese di origine. Ad esempio, sorprende l'affermazione che riportiamo integralmente soprattutto perché il chiarimento, almeno per quel che ci riguarda, risulta parziale: «non sorprende che il concetto di contratto utilizzato nella Legge unitaria abbia una chiara indicazione nella tradizione di *civil law*. La nozione di base concepisce il contratto quale reciproco atto delle parti; manifestazione della volontà delle parti; fonte dell'obbligazione. Parzialmente a causa di questa tradizione la Legge unitaria esplicitamente definisce il contratto quale accordo»¹⁵⁸.

L'elaborazione della Legge unitaria deve essere unanimemente riconosciuta, questa la tesi centrale, quale apprezzabile sforzo di riformismo giuridico nel graduale e accorto passaggio da un'economia pianificata a un'economia socialista di mercato.

Alla fine, un cenno sulle opinioni della dottrina relativa alla differenza tra *civil law* e *common law* che si ritiene opportuno riferire per completezza di informazioni. È interessante notare, avverte l'autore, che il contratto di diritto americano è classificato da una parte delle dottrina cinese «una promessa o una serie di promesse»¹⁵⁹. Diversi studiosi cinesi, infatti, sostengono che la sostanziale differenza tra *civil law* e *common law* nella teoria del contratto consista nel fatto che nella prima esso sia basato sull'accordo, nella seconda sulla promessa. La differenza tra i due sistemi si reputa sostanziale dal punto di vista ermeneutico: «In Cina lo studio del contratto consiste nel definire il modo in cui l'accordo è posto in essere. Per gli studiosi del diritto cinese dei contratti, la promessa non è un atto reciproco e non necessita di assenso. Negli Stati Uniti il diritto dei contratti si concentra sulle cause per le quali una promessa o un insieme di promesse dovrebbe essere vincolante, in Cina il diritto dei contratti ricerca che cosa dovrebbe costituire un accordo e in che modo essere vincolante»¹⁶⁰.

Infine, l'intervento sempre incisivo di Han Shiyuan¹⁶¹ stralciato da un suo ultimo lavoro. La puntuale analisi iniziale sulle differenze e coincidenze dei termini usati per determinare le caratteristiche del contratto risale ai periodi storici del diverso utilizzo. Si conferma come tramandato da docu-

¹⁵⁸ *Ivi*, 35.

¹⁵⁹ *Ivi*, 39.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Cfr. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 9-10.

menti storici, che in Cina sin dalla dinastia degli *Zhou* occidentali nel periodo delle primavere e degli autunni era già molto diffuso il *qiyue* come sistema giuridico, mentre il contratto era soltanto un segno (*biaoji* 标记) di verifica (*yanzheng* 验证). La vera differenza, a parere dello studioso, consisteva nel fatto che il vincolo formale era un modello di atto personale, mentre il contratto un modello di associazione (*tuanti fa* 团体法). Per entrare nel concreto dei nostri tempi interessa costatare che solo nel primo Codice civile del 1931 si tramandava la distinzione e solo nel suo valore teorico. A chiarimento si cita l'esempio dell'art. 330, comma 2 della Legge unitaria riguardo al contratto per lo sviluppo di tecnologia in cui sono previsti due diversi tipi contrattuali, il contratto di mandato e il contratto di collaborazione allo sviluppo, il primo da considerare un atto di vincolo formale (*qiyue xingwei* 契约行为), il secondo un atto contrattuale (*hetong xingwei* 合同行为); ma la Legge unitaria vanifica tale distinzione. Tra l'altro, si espongono le ragioni storiche delle problematiche linguistiche e concettuali, a partire dal 1949, anno dell'ascesa al potere del Partito Comunista e della fondazione della nuova Cina che coinvolgeva anche la semantica cinese, la scrittura (*wenzi* 文字) e la terminologia (*yongyu* 用语). Popolare in quel tempo, attesta lo studioso, l'espressione "Nella nuova società si deve utilizzare la nuova lingua" sicché il termine contratto (*hetong*) gradualmente sostituisce vincolo formale (*qiyue*), tuttavia ancora usato nel territorio di Taiwan.

La conclusione logica di tante argomentazioni, anche sottili, riflette le convinzioni dell'autore evidentemente propenso a considerare superata la *quaestio*: stando al significato letterale dei due termini, *qiyue*, vincolo formale risulta più preciso di *hetong*, contratto, ma si è dimostrata ingenua la proposta di qualche parte della dottrina di una ricostituzione terminologica, per cui l'ultima normativa sul contratto si sarebbe dovuta denominare Legge sui vincoli formali della RPC¹⁶².

¹⁶² Cfr. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 10.

Capitolo Secondo

La nozione di contratto fra diritto romano e diritto cinese

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La nozione romana. D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad edictum*): il contratto secondo Labeone – 3. La nozione romana. D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad edictum*): il contratto come *conventio* in Sesto Pedio – 4. La nozione romana. D. 2.14.7.pr.-2 (Ulp. 4 *ad edictum*): il contratto sinallagmatico secondo Tizio Aristone – 5. La nozione romana. Gai 3.88-89: il sistema gaiano dei contratti. Conclusioni – 6. Il contratto nei codici francese e tedesco. Conclusioni in merito all'art. 2 della *Legge sui contratti della RPC*

1. Introduzione

Soltanto alla luce della precedente disamina si può presentare ora l'art. 2 della Legge unitaria:

«本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定»

«Ai fini di questa legge, per contratto si intende l'accordo per costituire, modificare od estinguere rapporti civili di tipo obbligatorio tra persone fisiche, persone giuridiche od altre organizzazioni, con qualità di soggetti paritari.

Agli accordi relativi ai rapporti di stato civile quali matrimonio, adozione, tutela ed altri, si applicano le disposizioni di altre leggi».

In queste due disposizioni, l'importanza e la 'centralità' delle quali è di immediata percezione, viene espressa la nozione di contratto (*hetong*) accolta nel diritto cinese. Dopo averne analizzato, nel paragrafo precedente, i legami con la tradizione e la storia della Cina, occorre affrontare un'ultima riflessione: come tale nozione si inserisce nel sistema giuridico romanistico. Ho ritenuto sufficiente a tale scopo limitare l'attenzione a tre esperienze del sistema romanistico: il diritto romano, la codificazione francese e l'esperienza tedesca.

2. La nozione romana. D. 50.16.19 (Ulp. 11 ad edictum): il contratto secondo Labeone

La letteratura sul contratto nel diritto romano è amplissima ed esulerebbe dai fini della presente ricerca fornire un resoconto completo del dibattito sulla nozione romana (o sulle nozioni romane) di contratto. Sembra opportuno soffermarci, piuttosto, sui dati ricavabili da alcune fonti, fra le più studiate¹⁶³.

Seguendo un ordine approssimativamente cronologico¹⁶⁴, possiamo cominciare con una testimonianza notissima, relativa al giurista augusteo Labeone, riportata da Ulpiano:

D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad edictum*) - «Labeone, nel libro primo del < suo commento all'editto > del pretore urbano fornisce la definizione che alcune cose 'sono compiute con un atto', alcune 'sono compiute col *gestum*', altre 'si contraggono': e certamente 'atto' è un termine generale, sia che qualcosa sia compiuto con le parole, sia con la consegna della cosa, come nella *stipulatio* o nella *numeratio*; il 'contratto' invece indica l'obbligazione reciproca, ciò che i Greci chiamano *synallagma*, come la compravendita, la locazione, la società; il '*gestum*' significa un affare compiuto senza parole»¹⁶⁵.

Il Lenel pensava che il brano di Ulpiano, proveniente dal libro undicesimo del suo commento *ad edictum* e attualmente inserito nel titolo dei Digesti *De verborum significatione*, in origine facesse parte del commento alla promessa edittale relativa all'*actio quod metus causa* («*quod metus causa gestum*

¹⁶³ Punto di riferimento per questo paragrafo è la limpida sintesi in G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 25-36.

¹⁶⁴ Per lo stato delle fonti in epoche antecedenti a Labeone, qui basti il rinvio a A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in Id. (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 90-92.

¹⁶⁵ D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad edictum*): «*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*» (ed. Mommsen-Krüger). Per la bibliografia ricchissima su tale frammento: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971, 37-39 n. 1; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Annali dell'Università di Palermo*, 37, 1983, 6-9, n. 3; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, 58-61; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 218-220, n. 34. La traduzione italiana del testo latino è mia.

erit, ratum non habebo)¹⁶⁶ ed esponesse in particolare la parola *'gestum'*. Non è chiaro, invece, il contesto originario del discorso di Labeone ivi citato e proveniente dal libro primo del suo commento all'editto del pretore urbano¹⁶⁷.

Cominciamo con una breve osservazione sul termine *'contratto'*¹⁶⁸. Il termine deriva dal verbo *'contrahere'*, che secondo dottrina autorevole richiama l'immagine dello *'stringere'* un vincolo, da cui l'idea del *'contrarre una obbligazione'*¹⁶⁹.

Secondo la stragrande maggioranza della dottrina romanistica il termine *'contratto'*, che Labeone afferma avere un corrispondente greco indicato col termine *synallagma*, nel passo qui in esame fornirebbe una «definizione del rapporto contrattuale in termini di obbligazione reciprocamente gravante sui soggetti contraenti (questo sarebbe il senso dell'espressione *ultra citroque obligatio*)»¹⁷⁰, quindi il *"rapporto"* nascente da una fonte di obbligazioni dette, appunto, *sinallagmatiche*¹⁷¹, come nel caso dei contratti di compravendita, locazione e società. Facciamo alcuni esempi tratti dalle principali dottrine che hanno affrontato tale testo.

¹⁶⁶ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, Lipsiae, 1889, col. 462; O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª rist. 3ª ed., Leipzig, 1927, 110. Cfr. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 10.

¹⁶⁷ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, cit., col. 502. Cfr., ad esempio, R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 160-182, che pensa che Labeone stesse commentando l'editto *'de pactis conventis'* e quindi in sede di esame delle convenzioni atipiche (ivi ragguaglio su altre ipotesi). L'opinione maggioritaria è nel senso che anche Labeone stesse commentando la clausola editale in tema di *metus*: cfr. E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, 2011, 35, n. 55.

¹⁶⁸ In lingua latina di uso giuridico, accanto al verbo *'contrahere'* si hanno il sostantivo *'contractus'* (4ª declinazione, con genitivo in *-us*), normalmente accompagnato da un genitivo (esempio *contractus rei*), e il participio neutro *'contractum'* come formula ellittica di *'quid contractum'*. Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Torino, 1963, 31; cfr. A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in ID. (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 114.

¹⁶⁹ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 30-31. Secondo il Pugliese, tuttavia, uno dei contesti più antichi in campo giuridico è nel sintagma *'lites contractae'*, indicante la sottoposizione di una lite o delle liti ad un giudice compiuta da entrambe le parti: G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, cit., 25-26.

¹⁷⁰ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 6.

¹⁷¹ Cfr. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 6, che nella nota già qui citata indica la vastissima letteratura. In realtà, oltre al problema relativo a che cosa i greci intendessero con il termine *synallagma*, bisogna intendersi anche sul concetto di *'contratto sinallagmatico'*. Nella romanistica è dato riscontrare una certa oscillazione. Si va, per esempio, da una generica nozione di contratto a prestazioni reciproche (ad esempio già in De Francisci) a una precisa di atto bilaterale (Santoro). Qui, sulla base del filone maggioritario, intenderò per *sinallagma* il contratto da cui nascono obbligazioni per entrambi o per tutti i contraenti.

Il De Francisci, in una monografia ormai classica, affrontò il problema in sede di ricostruzione del sistema classico delle fonti delle obbligazioni, nell'ambito più ampio della sua ricostruzione delle origini dei contratti innominati¹⁷². Partendo dal presupposto che la teoria romana classica delle fonti delle obbligazioni è quella descritta in Gai 3.88, ossia che ogni obbligazione discendesse da contratto o da delitto, l'autore si poneva il problema di stabilire come si fosse sviluppata la dottrina bizantina sul contratto che ricomprendeva i contratti innominati. Per meglio illustrare il percorso concettuale del De Francisci, riassumiamo nel modo seguente il suo pensiero.

Da un lato, in epoca bizantina emerge una suddivisione delle obbligazioni basata sulla quadripartizione (fondata a sua volta sulla distinzione fra azioni civili e azioni *in factum*): *ex contractu*, *ex delicto*, *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*; dall'altro, in epoca classica, la bipartizione gaiana includeva nel contratto esclusivamente negozi fondati sul diritto civile. I bizantini consideravano l'*actio praescriptis verbis*, a tutela dei contratti innominati (le figure non tipizzate di negozi che seguivano i quattro schemi causali *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*), un'azione civile e quindi inserivano queste figure fra i contratti, e non nelle obbligazioni *quasi ex contractu*. Nel sistema contrattuale classico, invece, conoscendosi la categoria civilistica delle *obligationes re contractae*, tali figure non sarebbero state considerate *contractus*. Di qui, l'esigenza di spiegare la differenza fra sistema classico e sistema bizantino.

Seguendo il Bonfante, l'autore fissava il concetto romano classico di contratto come l'insieme dei «negozi obbligatori riconosciuti dal *ius civile* che esigono l'accordo delle parti»¹⁷³, dopo aver ipotizzato che l'elemento del consenso fosse arrivato in ogni caso in un momento successivo all'originario *contrahere obligationem* indipendente dal consenso. Il De Francisci si proponeva, allora, di chiarire alla luce dell'evoluzione interna al diritto classico i seguenti due punti: «che per il *contractus* si richiede il riconoscimento del *ius civile*, che già i giuristi classici nel *contractus* rintracciano l'elemento dell'accordo, della *conventio*»¹⁷⁴.

Bisogna sottolineare che l'importanza data al consenso nella ricostruzione della categoria romana del contratto dipendeva dal confronto con la nozione presente nel codice civile vigente all'epoca in cui l'autore scriveva (che è la stessa nozione del codice attuale). Infatti, nel nostro sistema è proprio il

¹⁷² P. DE FRANCISCI, Συναλλάγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. II, Pavia, 1916, 313-343.

¹⁷³ *Ivi*, 328.

¹⁷⁴ *Ibid.*

consenso, come base dell'autonomia privata, che fornisce al contratto il carattere di negozio giuridico bilaterale con cui si producono gli effetti più svariati, non solo obbligatori. Invece, per l'esperienza romana del primo periodo classico, si presupponeva uno stretto legame fra contratto e obbligazione. A questo punto il De Francisci avanzava l'ipotesi che all'inizio del principato si fossero affermate due concezioni diverse: da un lato i Sabiniani, che intendevano per *contractus* il *negotium contractum*, cioè l'instaurazione di un rapporto d'affari fra due soggetti, da cui sorgeva il vincolo obbligatorio. Questa nozione sottolineava il fatto obbiettivo, lasciando da parte l'elemento consensuale; dall'altro Labeone, per il quale il *contractus* sarebbe stato limitato ai contratti consensuali bilaterali (D. 50.16.19). Sulla scia di quest'ultimo, i Proculiani avrebbero esteso la nozione labeoniana di *contractus*, nel senso che avrebbero concepito l'idea di contratto comprendente tutti i negozi produttivi di obbligazioni e nascenti dal *ius civile*, delimitando però l'area dell'*obligatio re contracta* in modo, più preciso e ristretto, da lasciar fuori sia figure protette da azione onoraria (deposito, comodato, pegno) sia quelle figure che vennero ad essere tutelate con l'*actio praescriptis verbis* e che invece presso l'opposta scuola, con la sua concezione ampia, avrebbero avuto maggiore accoglienza nel sistema civile.

La teoria gaiana delle obbligazioni *ex contractu* (Gai 3.89 ss.), in questa visione attenta agli sviluppi storici, non sarebbe altro che la vittoria della corrente proculiana su quella sabiniana¹⁷⁵.

In conclusione, il De Francisci identificava nella testimonianza di Labeone la prima tappa di una evoluzione del concetto di contratto, nei modi qui sopra accennati. Riguardo specificamente a D. 50.16.19, l'autore riteneva che Labeone commentasse la rubrica editale *Quod metus causa gestum erit* e operasse una delimitazione di concetti, contrapponendo ai termini *gestum* e *gerere* la definizione di *agere* e *contrahere*¹⁷⁶, e concludeva: «Per Labeone pertanto il *contrahere* si ha soltanto allorquando si abbia il nascer di obbligazione da ambedue le parti, il che avviene in tre dei contratti consensuali»¹⁷⁷. Si tratterebbe di un concetto che accomunerebbe Labeone ad altri giuristi repubblicani, mentre Ulpiano lo avrebbe ricordato come un dato di puro valore storico. Infine, De Francisci non riteneva genuino il paragone con il greco συνάλλαγμα¹⁷⁸.

¹⁷⁵ *Ivi*, 330.

¹⁷⁶ *Ivi*, 333.

¹⁷⁷ *Ivi*, 337.

¹⁷⁸ *Ivi*, 332-343. Nelle fonti greche non è attestato un significato del termine corrispondente alla labeoniana *ultra citroque obligatio*. Cfr., per tutti, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 49, n. 3.

La ricerca del De Francisci, oltre che rappresentativa del filone maggioritario che attribuisce a Labeone una nozione di contratto come negozio bilaterale fonte di obbligazioni reciproche, mi pare importante per il legame che viene instaurato fra il giurista augusteo e gli sviluppi successivi, attraverso la visuale storico-evolutiva che, attraverso l'ipotesi di una diversità di elaborazioni fra le contrapposte correnti dei Sabiniani e dei Proculiani, unisce questa prima testimonianza a Gaio e, poi, alla dottrina dei contratti innominati.

Più di recente si sono avute molte altre voci autorevoli, fra le quali si segnala quella di Filippo Gallo, che in un corso universitario dedicato al nostro tema ha, come il De Francisci, tentato di leggere la testimonianza ulpiana-labeoniana in chiave di evoluzione storica del *contrahere* romano. Questo autore ha, dapprima, individuato una fase anteriore all'emergere della categoria contrattuale, cioè la fase repubblicana fino al giurista Q. Mucio, in cui la tipicità contrattuale non era ancora affermata e in cui il pretore avrebbe dato tutela in via di azione, e non solo in via di eccezione come in epoca successiva, ai *pacta conventa*. Si immagina un sistema delle obbligazioni del tutto diverso da quello classico; in tale sistema l'area poi coperta dai contratti consensuali e dalle figure tipiche sarebbe stata occupata da una tutela pretoria dei patti (editto *de pactis conventis*) sia di contenuto positivo che negativo.

Il ruolo di Quinto Mucio sarebbe consistito nel collegare il *contrahere* all'idea del *solvere* rapporti obbligatori (cfr. D. 46.3.80: «Come ciascun rapporto è stato contratto, parimenti anche deve essere sciolto» = *prout quidque contractum est, id et solvi debet*), segnando il passaggio a un'epoca nuova, in cui si sarebbe verificato «il definitivo superamento, sul piano rappresentativo, dell'antica visuale legata al legame materiale. *Contrahere* esprime il carattere giuridico del vincolo; prepara – se non contiene già *in nuce* – l'idea del rapporto»¹⁷⁹. In altre parole, Gallo intende dire che Q. Mucio avrebbe segnato il passaggio a una nuova epoca, quella in cui il vincolo obbligatorio cominciava ad essere concepito in termini di vincolo giuridico invece che materiale.

L'avvento delle leggi augustee *iudiciorum privatorum*, dopo gli spunti di Quinto Mucio, avrebbe riformato il sistema nel senso di introdurre figure contrattuali tipiche che tolsero spazio ai patti di contenuto positivo, rimanendo in vigore l'editto *de pactis* solo per la tutela in via di eccezione

¹⁷⁹ F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, vol. I, Torino, 1992, 55.

dei patti a contenuto negativo¹⁸⁰. Ed è in questo contesto che Gallo inserisce il *contrahere* labeoniano.

Affermatasi con Quinto Mucio l'idea del *contrahere* per indicare la corrispondenza fra lo stringere e lo sciogliere un vincolo di carattere obbligatorio, Labeone avrebbe compiuto un'operazione in chiave di opposizione al principato augusteo, sul piano dello strumentario giuridico. Filippo Gallo ritiene che la nozione labeoniana di contratto, in contrapposizione con l'opposta scuola giuridica di Caio Ateio Capitone, rientri in un atteggiamento di difesa della libertà negoziale e della discrezionalità del pretore rispetto al potere politico e, ancora, di contrasto alla tendenza (con le leggi giudiziarie sopra ricordate) alla tipicizzazione delle figure negoziali¹⁸¹.

Della complessa e articolata esegesi compiuta dall'autore riguardo alla testimonianza ulpiana sul *contrahere* labeoniano in D. 50.16.19¹⁸², è qui sufficiente ricapitolare i dati salienti. Gallo valorizza in Labeone la figura di giurista abile nelle operazioni diairetiche proprie della dialettica antica. Giunge così a ipotizzare che Labeone avesse inserito nel primo libro del suo commento editale un elenco di definizioni di termini significativi contenuti nell'editto pretorio¹⁸³, fra le quali era compresa quella relativa al termine *gerere*. Nel testo originario si sarebbe trattato non tanto di delimitare i concetti di *agere*, *gerere* e *contrahere*, quanto piuttosto assumere il verbo *gerere* (o il termine *gestum*) a *definiendum* di una *partitio*, operazione diairetica consistente nel definire un elemento scomponendolo delle sue parti¹⁸⁴, in cui il *gerere* veniva ripartito in *quaedam aguntur* e *quaedam contrahuntur*¹⁸⁵. Si veniva a determinare, così, nell'ambito del '*gerere*' nel significato ampio

¹⁸⁰ F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. I, cit., 21-70. L'autore concludeva in tal modo la sua ricostruzione del periodo anteriore a Labeone: «prima dell'individuazione del significato tecnico di *contrahere*, legato alla costituzione di rapporti obbligatori, non esisteva una categoria corrispondente a quella contrattuale. La sfera di tale costituzione era coperta da figure tipiche formali [...]. A lato di tali figure tipiche formali nonché del fatto della consegna e della restituzione della cosa per costituire e sciogliere rapporti obbligatori, si lasciava notevole spazio, per gli stessi fini, al consensualismo sussunto nella categoria dei *pacta conventa*» (*ivi*, 68).

¹⁸¹ F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. I, cit., 72-82.

¹⁸² *Ivi*, 82-159.

¹⁸³ *Ivi*, 126-127.

¹⁸⁴ La *partitio* scomponeva il *definiendum* in parti disomogenee, a differenza della *divisio* che scomponeva in *species* omogenee un *genus*. Il testo originario di D. 50.16.19 avrebbe contenuto una *partitio*: cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. I, cit., 128.

¹⁸⁵ Cfr. la proposta di ricostruzione del testo ulpiano depurato dei riferimenti *quaedam* "*gerantur*" e *gestum re significare sine verbis factam*, che sarebbero manipolazioni giustiniane: *ivi*, 108 e 149.

riscontrabile nelle clausole edittali relative al *metus*¹⁸⁶, l'ambito 'generale' dell'*agere-actus* inteso come tutta l'area dell'agire umano, sia *verbis* o con le parole, sia *re* o con i comportamenti. Gallo ha cura di specificare che, nelle relazioni giuridiche, quest'area copre le manifestazioni di volontà¹⁸⁷.

L'altro versante della *partitio* era la definizione di 'contratto'. Secondo l'autore che stiamo esaminando, il *contractus* (sostantivo, che Gallo ritiene fosse il segno definito, preferibilmente al participio *contractum*¹⁸⁸) identificato con l'*ultra citroque obligatio*, significava l'atto obbligante piuttosto che il rapporto¹⁸⁹; *ultra citroque* alluderebbe, poi, alla «duplicità e reciprocità del vincolo obbligatorio, nascente a carico dell'una e dell'altra parte»¹⁹⁰; in tale richiamo alla corrispettività delle obbligazioni (atto obbligante produttivo di obbligazioni corrispettive), gli esempi addotti della compravendita, della locazione e della società avrebbero carattere non tassativo ma esemplificativo, in quanto la nozione labeoniana era estesa, a parere dell'autore, anche alle convenzioni atipiche e ai contratti con corrispettività imperfetta, come il mandato¹⁹¹.

L'autore così conclude: «L'analisi condotta della definizione di *contractus* consente di fissare due punti di rilievo:

- il *contractus* è l'atto obbligante reciprocamente; in presenza di prestazioni corrispettive, che si giustificano l'una con l'altra, il consenso delle parti è da solo vincolante;
- i contratti consensuali pienamente corrispettivi (*emptio-ventitio*, la *locatio-condictio*, la *societas*) sono i modelli del *contractus*; essi non esauriscono la categoria»¹⁹².

Se la maggior parte degli autori, seppur in vario modo, è concorde nel ritenere che Labeone abbia costruito una teoria del contratto bilateralmente obbligatorio, non manca chi si discosta da questa interpretazione.

¹⁸⁶ Gallo ipotizza, coerentemente con la sua esegesi, che sia in Labeone sia in Ulpiano il riferimento al *gerere* fosse strumentale all'interpretazione delle clausole edittali, soprattutto quelle relative al *metus*, ove il termine ricorreva. In queste clausole, il verbo indicava «la stragrande maggioranza degli atti posti in essere *metus causa* (e come tali, viziati), vale a dire tutti quelli compiuti, come si fa normalmente, con manifestazione espressa di volontà» (*ivi*, 95). L'identificazione del *gestum* con la *res sine verbis facta*, nozione evidentemente più ristretta, sarebbe opera dei giustinianei.

¹⁸⁷ *Ivi*, 145.

¹⁸⁸ *Ivi*, 150.

¹⁸⁹ *Ivi*, 152.

¹⁹⁰ *Ivi*, 153.

¹⁹¹ *Ivi*, 157-158.

¹⁹² *Ivi*, 159. Su questo ordine di idee mi pare si ponga anche il Cannata, nello scritto citato qui di seguito, fra gli autori della dottrina maggioritaria in tema di contratto labeoniano.

Nella vastissima letteratura, segnaliamo: G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 48-52, di cui è importante la nota 3 a p. 49 in merito al richiamo al greco *synallagma* e che parla apertamente di contratto bilaterale con sufficienza del consenso per creare il vincolo; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 37-98, che insiste sulla bilateralità del rapporto e ha una visione del tutto opposta a quella del Grosso sul ruolo del *consensus*; B. ALBANESE, 'Agere', 'gerere' e 'contrahere' in D. 50.16.19. *Congetture su una definizione di Labeone*, in SDHI, 38, 1972, 189-246, che ritiene la testimonianza ulpiana su Labeone incompleta e suppone che nel contesto originario il giurista augusteo commentasse la parte dell'editto relativa al *ius domum revocandi*, privilegio processuale dei cittadini romani viventi in provincia di poter essere ivi giudicati se fossero stati convenuti a Roma. Da queste considerazioni l'autore suppone che la testimonianza abbia un ruolo marginale nella storia del contratto romano; G. GROSSO, *Problemi sistematici del diritto romano. Cose-contratti*, Torino, 1974, 149-150, con maggiore accentuazione dell'idea che Labeone intendesse circoscrivere, nell'ambito delle fonti delle obbligazioni, appunto l'area della bilateralità; ID., *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)*, vol. I, Roma, 1976, 139-148; M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)*, vol. II, Roma, 1977, 253, n. 711; ID., *Obbligazioni (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, Milano, 1979, 40, n. 264; G. MELILLO, *Il contratto bilaterale romano. Contrahere e pacisci fra il primo e il terzo secolo. Lezioni*, 2ª ed., Napoli, 1986, 17-19, 104-106 e 125-145, che, bisogna precisare, rigetta la teoria minoritaria del Santoro ma anche la categoria del contratto bilaterale, circoscrivendo il concetto labeoniano di contratto ai soli contratti consensuali, nel senso che in esso l'*ultra citroque obligatio* esprimerebbe «il corrispondersi di due situazioni di 'comportamento vincolato', in quanto le sfere giuridiche di due soggetti si siano incontrate e reciprocamente limitate attraverso un 'determinare insieme' (*contrahere*)» (ivi, 140); M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 66; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, vol. II, Napoli, 1990, 214-220, il quale, oltre a mantenersi nella linea interpretativa della bilateralità del contratto, fa propria la distinzione pandettistica fra *synallagma* genetico e *synallagma* funzionale; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, 2001, 774-775, n. 63.5.1, con posizioni avvicinabili a quelle del Melillo; G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, cit., 26; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 113-129; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in

A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 141-151; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 190, secondo cui le fonti porterebbero a dedurre «che Labeone diede la definizione del contratto come categoria generale e che lo stesso giurista impiegò nelle proprie soluzioni casistiche un'azione contrattuale generale, da lui stesso indicata come *actio in factum civilis* e dai giuristi successivi più sovente denominata *actio praescriptis verbis*».

Delle opinioni minoritarie¹⁹³ particolare attenzione ha ricevuto quella di Raimondo Santoro. Quest'ultimo studioso, in un saggio ampio e oggetto di attenzione da parte della dottrina, ha sostenuto che la testimonianza ulpiana su ciò che Labeone considerava contratto andrebbe interpretata spostando la nostra attenzione dalla prospettiva del rapporto a quella dell'atto negoziale: in sostanza, Labeone avrebbe chiamato *contractus* il negozio giuridico bilaterale basato sul consenso, inteso quindi come 'convenzione' e non come tentativo di categorizzare le figure di contratti a efficacia obbligatoria bilaterale¹⁹⁴. L'espressione *ultra citroque obligatio* viene in tale contesto collegata alle fonti nelle quali *obligatio* significa l'atto costitutivo di un rapporto obbligatorio, e non il rapporto¹⁹⁵.

Il Santoro nota come le testimonianze più antiche del termine *obligatio* siano quella labeoniana che stiamo esaminando e D. 2.14.1.3, il celebre frammento di Ulpiano che attesta la dottrina del contratto del giurista classico Sesto Pedio¹⁹⁶. E ne deduce che originariamente la parola doveva essere

¹⁹³ La scarsa schiera di studiosi che dissentono dall'opinione dominante è brevemente ricordata in R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 24-27.

¹⁹⁴ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., già dalle prime pagine. Cfr. A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 116.

¹⁹⁵ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 14-17.

¹⁹⁶ D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad edictum*): «La parola convenzione è <di significato> generale, pertinente a tutto ciò su cui consentono coloro che compiono atti tra loro per contrarre un negozio o transigerlo: infatti, come sono detti convenire coloro che da luoghi diversi si raccolgono e pervengono in uno stesso luogo, così <sono detti convenire> anche coloro che da intenti diversi consentono in uno stesso <oggetto>, cioè convergono in uno stesso parere. A tal punto poi è <di significato> generale la parola 'convenzione' che, come elegantemente afferma Pedio, è nullo il contratto, nullo l'atto <bilaterale> obbligatorio che non abbia in sé una convenzione, un accordo, sia che si effettui attraverso la consegna di una cosa, sia che si effettui attraverso la pronuncia di determinate parole: infatti anche la stipulazione, che si effettua attraverso la pronuncia di determinate parole, se manca il consenso, è nulla» («*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur*

usata, in ambiente giuridico, nel significato di atto costitutivo di obbligazione¹⁹⁷. Impostata in tal modo l'interpretazione del frammento ulpiano su Labeone, l'autore si domanda: «Ma che cosa si doveva indicare affermando che a quell'atto fonte di obbligazione che è il contratto collaborano tutte e due le parti, se non il carattere convenzionale del negozio? E, posto che come componente del contratto si sia individuata la *conventio*, la definizione di D. 50.16.19 non rappresenta forse il potenziale riconoscimento di figure contrattuali atipiche, fondate appunto sulla *conventio*?»¹⁹⁸.

Possiamo subito fare un'osservazione. Anche in questa autorevole voce, come in quelle già esaminate di Pietro De Francisci e Filippo Gallo, vi è uno sforzo interpretativo tendente a collegare la definizione labeoniana di contratto con altre fonti fondamentali per ricostruire l'evoluzione storica della dogmatica contrattuale romana. Si viene così a delineare una linea di sviluppo dal *synallagma* labeoniano alla *conventio* di Sesto Pedio, fino alla teoria dei contratti atipici che vedremo elaborata in Aristone.

Ad ogni modo, il Santoro corrobora la propria tesi con una serie di rilievi di carattere filologico sul significato di '*ultra citroque*'¹⁹⁹, sul significato di *contrahere*²⁰⁰ e sul termine *synallagma*²⁰¹. Affrontata, poi, la questione della genuinità del testo di D. 50.16.19²⁰², egli cerca conferma, nel secondo capitolo della sua indagine, dall'analisi di altre testimonianze su Labeone, comprese quelle che si riferiscono a fattispecie di convenzioni atipiche²⁰³, e perviene alla conclusione che il giurista augusteo, attraverso la valorizzazione del consenso e dello strumento processuale dell'*agere praescriptis verbis* – su cui torneremo – designasse anche le figure atipiche di contratto, anche unilaterali, e non i contratti bilaterali²⁰⁴.

Possiamo, così, tirare le fila dell'esame dell'importante testimonianza sul-

qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est». La traduzione italiana è tratta da 'Iustiniani Digesta sive Pandectae'. Testo e traduzione, a cura di S. SCHIPANI, vol. I, Milano, 2005, 185, dove è evidentemente accolta l'esegesi della parola *obligationem* fornita dal Santoro.

¹⁹⁷ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 20.

¹⁹⁸ *Ivi*, 23.

¹⁹⁹ *Ivi*, 29-31.

²⁰⁰ *Ivi*, 31-35.

²⁰¹ *Ivi*, 35-39.

²⁰² *Ivi*, 48-59.

²⁰³ *Ivi*, 60-146.

²⁰⁴ *Ivi*, 146-150.

la nozione labeoniana di contratto. La maggior parte della dottrina vede in D. 50.16.19 l'elaborazione di una figura contrattuale fondata sulla reciprocità delle prestazioni, da sola idonea a fondare il vincolo, a differenza delle altre fattispecie di negozi obbligatori (*re, verbis, litteris*), per le quali è la forma a entrare in gioco ai fini della nascita dell'obbligazione²⁰⁵. Tale principio non impedì che si venissero a consolidare schemi tipizzati – tutelati con apposite azioni – di contratti consensuali bilaterali. È il caso di compravendita, locazione conduzione e società. Il mandato era caratterizzato da bilateralità imperfetta. Per altre figure in cui rilevasse una reciprocità di obbligazioni, Labeone ricorse, come risulta dalle fonti su casi di negoziazioni non perfettamente inquadrabili negli schemi sopra indicati, all'azione detta *praescriptis verbis*, per garantirne tutela e, contemporaneamente, per ricondurle al concetto di 'contratto' da lui elaborato.

La dottrina minoritaria, qui rappresentata dal noto studio del Santoro, enfatizza l'elemento dell'accordo piuttosto che quello della reciprocità delle obbligazioni. In ogni caso, entrambi gli orientamenti pervengono a delineare un percorso storico che unisce l'idea labeoniana di contratto a quelle, che analizzeremo, di Pedio e Aristone.

3. *La nozione romana. D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad edictum): il contratto come conventio in Sesto Pedio*

Sesto Pedio, giurista collocabile all'incirca nella seconda metà del I sec. d.C.²⁰⁶, fu autore di un importante commento all'editto²⁰⁷, di cui a

²⁰⁵ Cfr. F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, cit., 150: «Labeone percepì che la corrispettività delle prestazioni è da sola sufficiente a rendere vincolante l'accordo. Coerentemente costruì il *contractum* come categoria aperta. Si hanno figure consolidate (il giureconsulto cita, quali esempi, la compravendita, la locazione conduzione e la società), ma si riconosce, al di là di esse, l'accordo di ogni prestazione e controprestazione, purché portanti i consueti requisiti. Il mezzo per farlo valere, al di fuori delle figure tipiche, dotate di apposite azioni, è individuato nell'*actio praescriptis verbis*».

²⁰⁶ Cfr. C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l'editto*, Milano, 2005, 2, n. 2. La collocazione biografica di Pedio al I sec. d.C. non è pacifica: cfr. G. MELILLO, *Il contratto bilaterale romano. Contrahere e pacisci fra il primo e il terzo secolo. Lezioni*, cit., 146, n. 397. A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, 12^a ed., Napoli, 1998, 493 aderisce all'opinione maggioritaria, come facciamo noi in questa sede, e colloca il giurista in questione fra i contemporanei di Cassio e Proculo, quindi in pieno I sec. d.C.

²⁰⁷ C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l'editto*, cit., VI, che sottolinea il fatto che i *libri ad edictum* di Pedio, collocandosi cronologicamente tra il I e il II secolo, sono per noi una testimonianza preziosa del contenuto dell'editto pretorio come esso si presentava

noi sono pervenute soltanto citazioni indirette attraverso i commentari dei giuristi severiani Paolo e Ulpiano²⁰⁸. La più celebre di queste citazioni riguarda la dottrina sulla *conventio* nei contratti:

D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad edictum*) - «La parola convenzione è <di significato> generale, pertinente a tutto ciò su cui consentono coloro che compiono atti tra loro per contrarre un negozio o transigerlo: infatti, come sono detti convenire coloro che da luoghi diversi si raccolgono e pervengono in uno stesso luogo, così <sono detti convenire> anche coloro che da intenti diversi consentono in uno stesso <oggetto>, cioè convergono in uno stesso parere. A tal punto poi è <di significato> generale la parola ‘convenzione’ che, come elegantemente afferma Pedio, è nullo il contratto, nullo l’atto <bilaterale> obbligatorio che non abbia in sé una convenzione, un accordo, sia che si effettui attraverso la consegna di una cosa, sia che si effettui attraverso la pronuncia di determinate parole: infatti anche la stipulazione, che si effettua attraverso la pronuncia di determinate parole, se manca il consenso, è nulla»²⁰⁹.

Possiamo subito notare che questa testimonianza è il più importante precedente storico e dogmatico relativo al consenso come elemento essenziale del contratto, il requisito cardine della materia, presente in tutte le codificazioni contemporanee²¹⁰.

Il Lenel supponeva che il testo di Pedio citato da Ulpiano provenisse dalla parte dell’antico commento editale che riguardava l’editto *de pactis*, quindi che la *sedes materiae* fosse la stessa che attualmente, nei Digesti, ospita tale testimonianza²¹¹. In nota precisava, tuttavia, che le testimonianze pediane erano state collocate nell’ordine dell’editto giuliano, ma si poteva dubitare che l’editto che Pedio commentò avesse la stessa struttura²¹².

«immediatamente prima della sistemazione giuliana», cioè prima che l’editto si cristallizzasse nella forma definitiva data ad esso da Salvio Giuliano sotto l’imperatore Adriano.

²⁰⁸ C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l’editto*, cit., III.

²⁰⁹ Per l’opera da cui è tratta la traduzione e per il testo latino, cfr. *supra* n. 196. Per la copiosa bibliografia relativa a questo frammento: R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 188-191, n. 80; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l’editto*, cit., 518-520, n. 48.

²¹⁰ Cfr. C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l’editto*, cit., 526.

²¹¹ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, cit., col. 1 e nota 2.

²¹² Attorno a queste osservazioni del Lenel Cristina Giachi ha avanzato l’ipotesi alternativa che, presupponendo appartenente a Pedio anche l’esemplificazione della *stipulatio* contenuta nelle ultime righe del frammento, il giurista degli inizi del principato potesse aver espresso le sue idee in tema di *conventio* quando commentava le clausole editali sulle stipulazioni pretorie: cfr. C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l’editto*, cit., 520-525.

Sul significato di questo frammento, di cui qui non discuteremo i problemi di genuinità²¹³, la vastissima letteratura ha manifestato una grande varietà di punti di vista²¹⁴. In questa sede ci si limita all'analisi di alcuni contributi significativi, concentrando l'attenzione sulla rilevanza del testo per il tema contrattuale.

Da questo punto di vista, il discorso può cominciare da una nota ricerca di Giorgio La Pira²¹⁵, il quale sostenne che D. 2.14.1.3 attesterebbe l'uso da parte del giurista romano dell'interpretazione analogica come strumento di elaborazione scientifica del diritto. Nel caso del frammento in esame il procedimento analogico sarebbe consistito nell'individuare, secondo il metodo che ebbe Quinto Mucio come maestro, un *genus* comune a più *species*. A parere di La Pira, Pedio considerò le diverse specie di fonti delle obbligazioni convenzionali – *re verbis litteris consensu*, ancora disunte in Labeone (D. 50.16.19) – per unificarle sotto il comune elemento della *conventio*, cioè del consenso²¹⁶. In tal modo, il giurista avrebbe unificato non soltanto le diver-

²¹³ La letteratura recente tende a riconoscere la genuinità del testo. Diversamente in quella meno recente. Conviene qui ricordare l'autore di cui ci siamo avvalsi nell'analisi del frammento di Labeone-Ulpiano, cioè Pietro De Francisci. L'illustre romanista tendeva a ritenere alterata dai bizantini, nella parte finale, la testimonianza Ulpiana sul pensiero di Pedio. Ciò per le seguenti ragioni: Ulpiano avrebbe commentato la rubrica editale *De pactis et conventionibus* e i giustinianeî si sarebbero avvalsi maggiormente di Ulpiano per questa parte dei Digesti. Il commento di Ulpiano, usato in questa sede della compilazione giustiniana, esordiva con una definizione di *pactum* per poi passare alla definizione di *conventio*. *Pactum* avrebbe indicato in modo tecnico il patto con funzione liberatoria detto *pactum de non petendo* e facente parte del diritto pretorio; *conventio* avrebbe invece designato in modo vago «le pattuizioni concrete contenute nei contratti», cioè «pattuzioni, clausole, *leges* particolari». Anche Pedio, nel suo commento, avrebbe espresso il medesimo pensiero: «Pedio poteva ben dire, che in ogni contratto esistono delle *conventiones*»; sia Pedio che Ulpiano, in definitiva, avrebbero indicato con 'convenzione' le diverse clausole dei contratti, e non il consenso. Lo stravolgimento del significato, in sé assai circoscritto, che De Francisci attribuisce al termine *conventio* nel diritto classico, sarebbe dovuto a come i Bizantini leggevano il frammento in esame, nel senso che solo allora sarebbe emerso il concetto di accordo come categoria generale. Pertanto, questo autore attribuiva ai giustinianeî e non ai classici quella esaltazione dell'accordo che ora la romanistica tende a far risalire allo stesso Pedio: cfr. P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. II, cit., 476-484.

²¹⁴ C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l'editto*, cit., 525, n. 59. Un recente orientamento sulle diverse tesi si trova in L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 340-359.

²¹⁵ G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 45, 1938, 293-297.

²¹⁶ *Ivi*, 295.

se figure di negozio giuridico bilaterale fonte di obbligazione (e, aggiunge l'illustre romanista, forse anche fonte di effetti reali), ma avrebbe unificato anche le due sfere del diritto pretorio, di cui il *pactum conventum* era categoria, e del diritto civile, perché individuò nel consenso l'elemento comune sia ai patti che ai negozi obbligatori del *ius civile*. La conseguenza di ciò sarebbe stata importante per l'interpretazione dei negozi bilaterali obbligatori del *ius civile*: «Se questi negozi e le obbligazioni che ne derivano hanno il loro fondamento ultimo nell'accordo delle parti, è verso questo accordo che deve rivolgersi l'interpretazione dei giuristi e dei giudici»²¹⁷.

Con Pedio, in definitiva, sarebbe maturato il principio per cui le forme negoziali si ponevano a servizio della effettiva volontà delle parti. La conclusione cui perviene La Pira è la seguente: se i negozi formali devono essere interpretati secondo la volontà delle parti e se, in mancanza di questa volontà, gli stessi devono essere considerati inefficaci, si ha una nozione di contratto che è, in sostanza, assimilabile a quella moderna. Per Giorgio La Pira la definizione pediana della *conventio* o *pactum* equivale alla definizione moderna di contratto²¹⁸.

Sulla scia di La Pira si poneva Giuseppe Grosso, il quale contrapponeva la bilateralità oggettiva e in senso stretto del contratto come concepito da Labeone alla bilateralità soggettiva cui Pedio avrebbe dato risalto nell'atto del *contrahere*, così ampliando la nozione ad abbracciare non solo i contratti consensuali a obbligazioni reciproche, ma tutti i negozi bilaterali, anche quelli dai quali nasceva un rapporto unilaterale *re, verbis, litteris*²¹⁹.

²¹⁷ *Ivi*, 296.

²¹⁸ *Ivi*, 297. Cfr. L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 341-344, che proprio in riferimento al pensiero di La Pira sottolinea: «Pedio, quindi, e non già Labeone, è alla base di quel processo storico che condurrà "alla definizione moderna di contratto"» (*ivi*, 343).

²¹⁹ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 53-58. L'autore scriveva: «Labeone, lo stesso concetto del *contractum*, lo fa poggiare sulla bilateralità obbiettiva del complesso di rapporti che si contrae; Pedio, abbracciando un campo più vasto, dà risalto alla bilateralità subbiettiva dell'atto del *contrahere*, valutata nell'incontro dei voleri, l'*in unum consentire*, la *conventio*» (*ivi*, 54). Ma, al termine di una riflessione caratterizzata dall'equilibrio per cui è noto il suo libro, ammoniva: «nel riferimento ai contratti, se la enunciazione di Pedio ha un notevole significato e valore nel pensiero classico, essa però anzitutto va individuata nel suo scopo e nel carattere che presenta, formulata com'è nel senso di mostrare l'elemento convenzionale insito in tutti i contratti, non già di far consistere senz'altro il contratto in una convenzione [...]. Restano dunque gli elementi specifici con cui operano i Romani, resta il valore dello *obligari re, verbis, litteris*, resta la valutazione obbiettiva di questi, della forma o della causa, resta la constatazione che *contractus* più che l'accordo designa il vincolo, il substrato obbiettivo di questo, il *negotium contrahere*» (*ivi*, 57).

Se vogliamo, con il Grosso la lettura della testimonianza di Pedio è più attenuata rispetto a quella di Giorgio La Pira, in quanto ci troveremmo di fronte a una semplice sfumatura dogmatica tendente a evidenziare ed esaltare l'elemento del consenso, ma pur sempre nell'alveo dell'esperienza concreta di età classica, in cui il vincolo obbligatorio da atto lecito viene osservato nei singoli negozi e si parla di *re, verbis, litteris, consensu contrahere obligationem*, piuttosto che elaborare un concetto generale di accordo con cui due o più parti regolano i reciproci rapporti. Saremmo, cioè ancora lontani dalla moderna concezione del contratto, ma ancora nel quadro degli elementi con cui opera la giurisprudenza attestata poi da Gaio²²⁰.

Il Santoro²²¹ vede uno stretto collegamento fra la testimonianza labeoniana in D. 50.16.19 e il frammento ulpiano relativo a Pedio. A parere di tale studioso, infatti, nella frase *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* vi sarebbe un parallelo con le categorie del contratto (*contractum*) e dell'agere (*obligationem*) analizzate da Labeone²²². Pedio impiegherebbe il termine '*obligatio*' nel significato originario di 'atto obbligatorio'²²³, come in Labeone. Alla domanda sul senso della presa di posizione di Pedio rispetto a Labeone, l'autore risponde che, avendo quest'ultimo connesso la categoria del *contrahere* con il semplice consenso, confinando le figure negoziali che si concludono *re* o *verbis* nel più generico *agere*, poteva indursi l'illazione che tali figure non fossero convenzioni. Pedio avrebbe, allora, rivendicato il carattere convenzionale di ogni contratto²²⁴.

²²⁰ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 55. Posizioni non distanti possono essere considerate: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 125-138, che considera Pedio un momento decisivo dell'orientamento che Gaio farà proprio in *Gai* 3.88-3.91; G. MELILLO, *Il contratto bilaterale romano. Contrahere e pacisci fra il primo e il terzo secolo. Lezioni*, cit., 146-147; G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989, 3-4; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 74, il quale poi sottolinea come solo con Teofilo (Theoph. *paraphr.* 3.13.2) si perviene alla definizione di contratto (obbligatorio) come convenzione – quindi superando il principio di tipicità – e come soltanto dalle costituzioni giustiniane il 'contratto' implica effetti anche reali.

²²¹ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 187-206.

²²² Uno dei nodi fondamentali delle diverse interpretazioni di D. 2.14.1.3 sta proprio nel modo di intendere i termini *contractus* e *obligatio*: per la dottrina prevalente si tratterebbe di un'endiadi indicante il contratto da cui scaturisce l'obbligazione; altri autori, invece, costruiscono la propria esegesi sul presupposto che i due termini facciano riferimento a entità diverse, in particolare ai due termini della distinzione labeoniana di *actum* e *contractum*.

²²³ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 199.

²²⁴ *Ivi*, 206. Non molto distante l'interpretazione del passo sulla *conventio* in Pedio-Ulpiano in C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l'editto*, cit., 526-530.

Senza ulteriormente prolungarsi sulle varie interpretazioni della *conventio* in Pedio-Ulpiano D. 2.14.1.3, conviene a questo punto fornire una valutazione conclusiva circa la nozione di contratto emergente dalle testimonianze relative a Labeone e Pedio.

Altri esempi di autorevole dottrina: per G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, cit., 27, già prima di Gaio «la larga nozione di *contractus* da lui presupposta era stata ridimensionata verso la fine del I sec. [...] l'affermazione di Pedio – seguita, a quanto pare, da parecchi giuristi successivi, venne a mettere in crisi la vasta e generica nozione di contratto presupposta da Gaio ed ereditata probabilmente dai suoi maestri sabiniani, senza con ciò implicare adesione alla definizione di Labeone»; in A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, cit., 102, la citazione ulpiana di Pedio, in cui *contractus* e *obligatio* avrebbero valore endiadico, proverebbe l'uso sempre più esteso del termine 'contratto', ben oltre la delimitazione che aveva compiuto Labeone e «a ricomprendere figure di negozi obbligatori disparati»; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, cit., 152-153, che sottolinea come il frammento possa avere senso solo dando alla coppia *contractus/obligatio* valore di endiadi, ritiene che mentre Labeone contrapponeva al contratto (come negozio reciprocamente obbligante fondato sul consenso), come categoria aperta, l'altra categoria dell'atto giuridico, Pedio ricomprendeva nel 'contratto' una serie di negozi, specialmente la *stipulatio*, da Labeone inclusi nell'ambito dell'atto giuridico. In tal modo, emergeva la bilateralità soggettiva presente anche nei contratti caratterizzati da unilateralità oggettiva come la *stipulatio*.

Per Filippo Gallo, questo indirizzo preso dalla giurisprudenza romana dopo Labeone e attraverso Pedio deve essere considerato come un avvicinamento parziale alla teoria contrattuale labeoniana, partendo da una posizione più arretrata rispetto al maestro di età augustea. Se Labeone aveva avviato una elaborazione nella linea della bilateralità oggettiva, l'elaborazione successiva della nozione di contratto «venne portata avanti nella linea della bilateralità soggettiva, con la conseguenza che ancora nel nostro codice civile vigente lo stesso viene definito come "accordo"»; infine, una recente presa di posizione che si allontana dal filone maggioritario è quella di L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 344-359, che analogamente a Santoro pensa che Pedio deve aver preso spunto dalle due categorie labeoniane di *actum* (contratti *verbis* e contratti *re*) e *contractum* (contratti sinallagmatici consensuali), pertanto nega che *contractus/obligatio* costituisca una endiadi. Pedio avrebbe 'rimodulato' in senso restrittivo l'area coperta dal *contractum* di Labeone, ponendosi due obiettivi: il primo sarebbe stato quello di portare alla luce il dato 'immanente' alla classificazione labeoniana, cioè che sia nell'*agere verbis* o *re*, sia nel

consensu contrahere dovesse riscontrarsi l'esistenza di una convenzione; il secondo movente per Pedio sarebbe, e in ciò l'opinione del Garofalo si differenzia da quella del Santoro, quello di arginare l'effetto distruttivo della sistematica *actum/contractum* propria di Labeone sulla categoria di negozi che, nella classificazione labeoniana, rientravano nell'*agere re*: infatti, individuare una serie di contratti, che sulla base del solo accordo vincolassero ciascuna parte al compimento di una prestazione, sarebbe equivalso a privare di utilità la categoria delle obbligazioni *re*. Allora, Pedio avrebbe delimitato la nozione labeoniana di contratto, salvando così la classe dei negozi detti *agere re* (mutuo, comodato, deposito, pegno), nel momento in cui circoscriveva il 'contratto' ai casi ove il vincolo delle parti al compimento di una prestazione fosse protetto da azioni edittali (locazione-conduzione, compravendita, società) oppure dall'azione generale *praescriptis verbis*.

Aderendo alla dottrina maggioritaria, si ritiene che con Labeone si afferma una nozione stretta e tecnica di 'contratto' inteso come negozio produttivo di obbligazioni reciproche sulla base del semplice accordo. Questa nozione, aperta e capace di ulteriori sviluppi, si fondava su due elementi: l'accordo e la bilateralità così detta oggettiva.

Nel *dictum Pedii*, a prescindere dalle diverse interpretazioni sopra discusse, la *conventio* è lo strumento utilizzato per raccordare fra loro tutti i casi di atto lecito produttivo di obbligazioni. Alcuni autori tendono a vedere nella testimonianza le radici della moderna concezione del contratto come accordo bilaterale; altri restringono la portata della testimonianza. Basti pensare alla prospettiva assai equilibrata di Giuseppe Grosso, che nella esaltazione dell'elemento consensuale di Pedio non vede il superamento degli «elementi specifici con cui operano i Romani», ovvero il valore del *re, verbis, litteris contrahere obligationem* e la valutazione obbiettiva di tali elementi. Con ciò arriviamo al nucleo centrale della problematica contrattuale nel diritto romano classico, che ci accingiamo ad affrontare attraverso la testimonianza del giurista Gaio.

4. *La nozione romana. D. 2.14.7.pr.-2 (Ulp. 4 ad edictum): il contratto sinallagmatico secondo Tizio Aristone*

Prima di trattare la teoria contrattuale gaiana, dobbiamo occuparci brevemente del passo celeberrimo sulla nozione di *synallagma* fornita dal giurista Aristone, amico di Plinio il Giovane e allievo di Cassio²²⁵. Si trat-

²²⁵ Cfr. per tutti A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, cit., 493. Tizio Aristone scrisse delle *notae* ai *posteriores* di Labeone e ai *libri iuris civilis* di Sabino e Cassio.

ta, come noto, di un passaggio obbligato per coloro che si occupano della teoria romana dei contratti c.d. innominati²²⁶. Noi ci atterremo al criterio, che ci siamo dati, di affrontare il testo esclusivamente ai fini della presente ricerca sulla nozione di contratto nel diritto romano, dovendo astenerci dall'analisi di tutti i profili dogmatici sollevati dalla fonte in questione ed emergenti da una letteratura altrettanto sterminata quanto quella relativa al *dictum Pedii*²²⁷.

D. 2.14.7.pr.-2 (Ulp. 4 *ad edictum*) - «*pr.* Alcune convenzioni <concluse> secondo il diritto delle genti, alcune generano azioni, altre eccezioni. 1. Quelle che generano azioni, non mantengono il loro nome <di convenzione>, ma passano ad assumere il nome tipico di un contratto: come compravendita, locazione-conduzione, società, comodato, deposito, ed altri simili contratti. 2. Ma anche se quello che si è compiuto non perfezioni uno o altro contratto, e tuttavia sussista una causa, Aristone elegantemente rispose a Celso che vi è obbligazione. Come se per esempio ti ho dato una cosa affinché me ne dessi un'altra, ho dato affinché tu faccia qualcosa: questo rappresenta un sinallagma, e da qui nasce un'obbligazione civile. E perciò

²²⁶ È noto che tale denominazione proviene dalle stesse fonti bizantine: cfr. P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. I, Pavia, 1913, 5, n. 1; P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. II, cit., 519, n. 1; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 164. La prima testimonianza documentaria dell'uso dell'espressione ἀνώνυμον συνάλλαγμα è in PSI (Papiri della Società Italiana) 55 lin. 59: cfr. G. FALCONE, «ΑΝΩΝΥΜΟΝ ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ» e anonimo antecessor di PSI.55, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, 4/fasc. 6, 2001, 513-529. Si tratta di un indice, cioè un commento fatto in sede di lezione da un professore contemporaneo alla compilazione del *Corpus Iuris*, alla serie di frammenti da 4.3 a 7.7 del titolo *De pactis* dei Digesti, fra i quali vi è anche il brano relativo al contratto sinallagmatico secondo Aristone.

²²⁷ Il passo relativo ad Aristone è in D. 2.14.7.2, sebbene converrà considerare anche il pr. e il § 1 del frammento, per esigenze di contestualizzazione del contenuto. La letteratura sul passo è indicata, ad esempio, da: R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 208-210, n. 116; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 777, n. 63.7; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 218-220, n. 34; R. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 223-224, n. 2, che integra la sua precedente bibliografia, sopra citata. Una rivisitazione generale, relativamente recente, della materia dei contratti innominati è in L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007. T. DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., 285 e nn. 12-13, sottolinea come si tratti di uno dei brani dei Digesti fra i più discussi in assoluto.

reputo che Giuliano sia stato correttamente ripreso da Mauriciano su questo esempio: ti ho dato Stico affinché manometta Panfilo; lo hai manomesso; Stico è stato oggetto di evizione. Giuliano scrive che da parte del pretore si debba concedere un'azione modellata sul fatto; Mauriciano afferma <invece> che è sufficiente un'azione civile di oggetto indeterminato [*actio civilis incerti*] cioè di quelle che iniziano descrivendo il rapporto [*azioni praescriptis verbis*]: vi è infatti un contratto, ciò che Aristone qualifica sinallagma, da cui nasce quest'azione»²²⁸.

Cominciamo con brevi notazioni esegetiche. Ulpiano commentava, così come per il frammento analizzato nel paragrafo precedente, la rubrica editale *De pactis et conventionibus*²²⁹. I commissari di Giustiniano, come già visto per D. 2.14.1.3, collocarono questi squarci del commento ulpiano nella stessa *sedes materiae*. Da D. 2.14.1.4²³⁰ apprendiamo che Ulpiano, commentando il *verbum generale* 'conventio', precisava come la maggior parte delle convenzioni venga, per così dire, assorbita nell'ordinamento nel momento in cui esse assumono una propria denominazione di figura negoziale tipica. Da D. 2.14.5²³¹ sappiamo che Ulpiano successivamente parlava delle tre specie di convenzioni: quelle *ex causa publica*, quelle *ex causa privata legitima* e quelle *ex causa privata iuris gentium*. Nel brano, poi, che è oggetto del nostro esame

²²⁸ D. 2.14.7.pr.-2 (Ulp. 4 *ad edictum*): «pr. *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*. 1. *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*. 2. *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*». La traduzione italiana è tratta da *Iustiniani Digesta sive Pandectae*. Testo e traduzione, a cura di S. SCHIPANI, vol. I, cit., 187.

²²⁹ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, cit., col. 432.

²³⁰ D. 2.14.1.4 (Ulp. 4 *ad edictum*): «Per la maggior parte però le convenzioni assumono un'altra denominazione: come nella compera, nella locazione, nel pegno o nella stipulazione» («*Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*»).

²³¹ D. 2.14.5 (Ulp. 4 *ad edictum*): «Vi sono poi tre specie di convenzioni: infatti o vengono fatte per causa pubblica, o per una causa privata: per una causa privata o secondo la legge o secondo il diritto delle genti. Convenzione pubblica è quella che viene fatta per la pace, ogni qualvolta i comandanti della guerra raggiungono qualche accordo» («*Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur*»).

e in cui Ulpiano richiamava la nozione di *synallagma* attribuita ad Aristone, il discorso del giurista severiano era attinente alle convenzioni avvenute per causa privata e secondo il *ius gentium*, distinte in convenzioni che generano azioni e convenzioni tutelate solo con *exceptiones* (il pr. del frammento).

Il paragrafo 1 del frammento è di fondamentale importanza per comprendere il senso del discorso di Ulpiano. Egli ci dice ivi, in sostanza, che le convenzioni per le quali, attraverso il diritto promanante da leggi (*ius legitimum*) oppure attraverso il *ius gentium*, viene concessa un'azione, passano ad assumere il nome proprio di una figura negoziale tipica. Dagli esempi fatti (compravendita, locazione-conduzione, società, comodato, deposito) siamo indotti a ritenere che Ulpiano si ricollegasse direttamente – come d'altra parte è ragionevole pensare visto che il passo in esame costituisce il proseguimento di D. 2.14.1.3 – al pensiero attribuito a Pedio in tema di contratto; e che quindi si fondasse sul discorso di Pedio, piuttosto che su quello di Labeone, nell'introdurre alla problematica dei contratti innominati.

Continua, infatti, Ulpiano, nel paragrafo 2 del frammento D.2.14.7, ricordando l'opinione del giurista Tizio Aristone²³², che è quella che più qui ci interessa, riguardo ai casi in cui una convenzione non rientri in uno schema tipico, ma esista una causa meritevole di protezione giuridica (*subsistat tamen causa*). Aristone parlava in questi casi di *synallagma* e riteneva sussistere una obbligazione. La dottrina, sulla base degli esempi fatti, esemplifica le cause contrattuali protette, ancorché non tipiche, attraverso gli schemi: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*²³³ e nei casi nei quali una delle parti abbia adempiuto alla propria prestazione secondo quanto convenuto. Aristone definiva 'sinallagma' questi contratti, dove la *conventio* nel significato fissato da Pedio si accompagnava a una causa meritevole. Lo strumento processuale per proteggere tali pattuizioni era l'azione *praescriptis verbis*, che abbiamo già visto valorizzata in campo contrattuale da Labeone²³⁴. Si tratta,

²³² O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, cit., col. 61, non era in grado di collocare palinogeneticamente la citazione ulpiana dei Aristone: non sappiamo né da quale opera è tratta la teoria dell'allievo di Cassio, né la relativa sede della materia. Cfr. per esempio, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 142-143, che ipotizza che nel contesto originario Aristone, in sede di responso teorico a Celso, esponesse ampiamente le teorie contrattualistiche di Labeone. Indirettamente l'autore, poi, mostra di ritenere che l'opinione di Aristone derivi dai suoi *Digesta*, che vengono datati all'epoca del principato di Traiano.

²³³ Cfr. D. 19.5.5 (Paul. 5 *quaestionum*).

²³⁴ Per il primo inquadramento della problematica del contratto secondo Aristone: G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, cit., 13-13. Si veda anche, per intendere precisamente la portata dell'*actio praescriptis verbis* come azione per ottenere l'adempimento invece che per ripetere quanto dato con la prestazione già eseguita (*condictio*), V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli, 1987, 315-320.

ora, di vedere brevemente in quale relazione la dottrina ponga la teoria di Aristone con quella di Labeone.

Il De Francisci, facendo il punto delle conoscenze e delle discussioni sull'*actio praescriptis verbis* fino all'epoca della sua nota monografia²³⁵, arrivava alla seguente conclusione di una vasta esegesi: in diritto classico le figure negoziali rientranti nella categoria dei contratti innominati venivano tutelate o mediante l'azione del negozio tipico al quale la figura concreta veniva di volta in volta ricondotta²³⁶, oppure prescindendo dall'assimilazione a un contratto tipico e concedendo la *condictio*, oppure infine mediante una *actio in factum*. Pertanto, negava la classicità dell'*actio praescriptis verbis* e ne attribuiva l'origine alle scuole orientali postclassiche²³⁷.

In questo contesto, l'ipotesi esegetica avanzata nel secondo volume dal grande studioso – sulla scia della sua tesi, sopra ricordata, circa l'esistenza di una teoria sabiniana del contratto come negozio giuridico da cui nasce obbligazione e di una teoria proculiana per cui non tutte le *obligationes re* erano considerate contratto, ma solo quelle protette da azione civile – era che i bizantini avessero spezzato le categorie classiche delle obbligazioni *re, verbis, litteris, consensu contractae*, estendendo il concetto di contratto anche a negozi tutelati con azioni onorarie; a quel punto per essi sarebbe stato facile costruire la categoria dei contratti innominati. Infatti, supponendo che il problema posto da Celso ad Aristone in D. 2.14.7.2 fosse se una negoziazione del tipo *do ut des, do ut facias (datio ob rem)* rientrasse nel concetto di contratto proprio dei sabiniani (sorgere

²³⁵ P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. I, cit., 5-83.

²³⁶ Si tratta, in particolare, dei casi relativi alla permuta e al contratto di *aestimatum*. Per la permuta (caso di schema *do ut des*), da Gai 3.141, D. 18.1.1.1 e D. 19.4.1 sappiamo della nota controversia fra Sabiniani e Proculiani: i primi assimilavano la permuta alla vendita, così aprendo a una tutela processuale attraverso le azioni da compravendita oppure, più in generale per tutte le convenzioni atipiche, attraverso una *actio in factum*; i Proculiani, sulla scia di Labeone, avrebbero concepito la soluzione dell'*actio civilis incerti* o *actio praescriptis verbis*, che poi ebbe la meglio. Cfr. P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. I, cit., 105-156. Nell'*aestimatum* (schema *do ut des*) ci troviamo di fronte a una convenzione per cui una parte metteva a disposizione una cosa, di cui era stimato il prezzo, a un'altra perché entro un certo tempo la vendesse e facesse avere al concedente l'equivalente del prezzo stimato, oppure la restituisse. Dalle fonti si ha traccia delle discussioni se ricondurre la figura nel contratto di mandato o di locazione. Ma sappiamo che il pretore concesse un'*actio in factum*, oltre ad essere attestata l'azione *praescriptis verbis*. Cfr. P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. I, cit., 85-103.

²³⁷ *Ivi*, 329-345.

di una *obligatio re* e concessione della *condictio* quale azione civile), oppure costituisse una *obligatio re* nel senso proculiano, ma non un contratto, il De Francisci pensava che Aristone avesse risposto aderendo alla dottrina sabiniana, quindi considerando la fattispecie come un contratto e suggerendo come strumento a tutela di queste fattispecie l'*actio empti* (o la *condictio*). I bizantini avrebbero rimaneggiato il passo ulpiano, per costruire la figura del contratto innominato, al fine di includere nella nuova nozione di contratto anche figure non rientranti nei negozi nominati come il deposito, il comodato o il pegno. Per far ciò, sarebbe bastato ai compilatori di Giustiniano vedere nel dibattito Celso-Aristone una teoria della *conventio* (*synallagma*) in cui, eseguita la prestazione da una parte, nasce una obbligazione a carico dell'altra tutelata dall'azione generale *praescriptis verbis*, che altro non sarebbe se non una degenerazione della classica *condictio*²³⁸.

Giuseppe Grosso definiva la teoria di Aristone come una «ardita estensione»²³⁹ della bilateralità oggettiva di Labeone. Partendo dall'elemento consensuale, non sufficiente nei casi di *do ut des*, *do ut facias* vista la mancanza di un tipico contratto, Aristone afferma il sorgere di un'obbligazione ove *subsit causa*, ossia ove una parte abbia adempiuto la sua prestazione, sorgendo a suo favore un'*actio civilis*. La bilateralità oggettiva, da sola sufficiente nel caso dei tipici contratti consensuali, verrebbe valorizzata da Aristone come *in vicem negotium gerere*, che «sulla base della prestazione di una parte, del realizzarsi della causa, verrebbe ad avere forza di *contractus*, a formare in generale un *συνάλλαγμα*, verrebbe cioè a produrre obbligazione al di là dei tipici *contractus* individuati col loro nome»²⁴⁰.

Grosso, nell'espone la teoria dei contratti innominati, faceva sostanzialmente risalire già ad Aristone il nucleo originario di «un principio generale secondo il quale, se due persone si accordano su una prestazione e una controprestazione e una compia la sua prestazione, sorge per l'altra parte

²³⁸ Cfr. *ivi*, vol. II, cit., 361-401 e 498-520.

²³⁹ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 51.

²⁴⁰ *Ibid.* Nella pagina successiva, l'autore precisava: «Sebbene l'obbligazione sorga da una parte sola, perché l'altra ha già compiuto una prestazione, non si avrebbe direttamente il concetto dello obbligare un altro attraverso il proprio atto (come nei casi di *obligatio re contracta*), ma sempre una bilateralità, una reciproca direzione del *negotium*, in cui, correlativamente alla bilateralità obbiettiva, emergerebbe quella soggettiva della convenzione, accordo tra le parti poste direttamente sullo stesso piano». Ivi, in nota, osservava: «Labeone resta nell'ambito del sistema contrattuale romano [...]; Aristone presenta dunque uno sviluppo sulla base di una valutazione sostanziale dello scambio di prestazioni, in cui emerge direttamente la posizione di parità delle parti nella convenzione».

l'obbligo della controprestazione (D. 2, 14, 7, 2; D. 19, 5, 5 pr.)»²⁴¹. Il principio si sarebbe sviluppato nelle fonti di fronte all'esistenza di singoli contratti nominati e al di là di essi. Anche rispetto al De Francisci, che egli citava espressamente, il Grosso segnalava il consolidarsi dell'opinione dominante in un senso radicale, cioè nel senso di attribuire ai bizantini l'elaborazione del concetto di contratto sinallagmatico, come emerge da D. 2.14.7.2, e l'elaborazione di un'azione generale detta, per lo più, *actio praescriptis verbis*; il regime classico essendo caratterizzato, al contrario, da applicazioni concrete della *condictio*, da dispute sull'inquadramento di fattispecie atipiche dentro uno schema contrattuale nominato e dalla concessione caso per caso di un'*actio in factum*²⁴².

Di fronte alla dottrina allora dominante, la presa di posizione del maestro torinese rappresentò un'importante inversione di tendenza: «forse da molti si è esagerato nel voler fare tabula rasa per diritto classico. Nella giurisprudenza classica c'è in proposito un fermento, ci sono spunti, sia pure non seguiti, e sviluppati solo dai bizantini»²⁴³. Ammettendo che il punto di partenza in diritto classico fosse costituito da sforzi di estendere l'applicazione della *condictio* e dell'*actio doli*, nonché dalla ricerca se le singole ipotesi che si presentavano potessero farsi rientrare in uno schema contrattuale tipico (come le teorie sulla permuta), Grosso arrivava ad affermare: «non ci pare che si possa senz'altro bandire come del tutto spurio il tentativo costruttivo di Aristone riferito in D. 2, 14, 7, 2»²⁴⁴. Il tentativo di Aristone, che avrebbe cercato di valorizzare l'azione *in factum civilis* labeoniana di D. 19.5.1.1, non avrebbe tuttavia avuto tutta la fortuna che vorrebbero far vedere le fonti manipolate dai giustiniane. Ad ogni modo, sebbene anche il romanista torinese attribuisse ai bizantini l'elaborazione di un'azione generale per l'adempimento contrattuale al di là dei singoli tipi contrattuali, con questo autore la teoria di Aristone non veniva tuttavia privata della sua genuinità.

Grazie all'autorevolezza di posizioni come quella di Giuseppe Grosso (e non solo quella), la sostanziale genuinità della notizia ulpiana sul concetto di contratto sinallagmatico in Aristone già nel 1971, quando Aldo Schiavone pubblicava il suo libro sulle logiche dei giuristi romani, era ormai incontestata²⁴⁵.

²⁴¹ *Ivi*, 164.

²⁴² *Ivi*, 166.

²⁴³ *Ivi*, 166.

²⁴⁴ *Ivi*, 168.

²⁴⁵ A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 140, n. 188. Cfr. T. DALLA MASARA, *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., 282, n. 2, che fa partire la svolta da uno studio del Benhöf del 1965.

Aldo Schiavone ha proposto una diversa nozione della ‘causa’²⁴⁶ che per-mise ad Aristone di qualificare come ‘contratti’ le figure atipiche da lui consi-derate. La causa sarebbe la struttura oggettiva, e non l’avvenuto adempimento di una prestazione, caratterizzante il meccanismo labeoniano del *synallagma*²⁴⁷. La valorizzazione della causa così intesa sarebbe alla base del riconoscimento della contrattualità. Tuttavia, la questione da approfondire, si sottolinea, è se «il recupero aristoniano della teoria di Labeone»²⁴⁸ sia fondato su una com-pleta adesione a questa nella prospettiva proculiana o, piuttosto, se esso poggi sul concetto pediano di consenso, in modo da spostare, in linea con la scuola sabiniana, una nozione di contratto limitata ai negozi del *ius gentium* e alle figure tipiche²⁴⁹.

Avendo notato come l’opinione di Aristone venga ricordata all’inter-no dell’orizzonte problematico connesso con il riconoscimento dei *nova negotia*²⁵⁰, Schiavone afferma che «l’elemento che permette di qualificare queste figure come *contractus* è l’individuazione della loro struttura ogget-tiva (*causa*) nel meccanismo del *συνάλλαγμα*»²⁵¹ – vale a dire il «campo speculativo labeoniano» – e, tuttavia, ritiene che il giurista traiano sia stato guidato da una convinzione più ‘di tipo pediano’ che rigorosamente labeo-niana/proculiana: con ciò l’autore intende dire che Aristone avrebbe utiliz-zato la struttura causale *synallagmatica* per individuare, nell’insieme ampio dei negozi considerati *contractus*, solo alcuni atti. Sarebbe evidente che Aristone avrebbe, pertanto, valorizzato sia la nozione di *conventio* pediana, sia il *synallagma* labeoniano per attrarre i *nova negotia* nell’alveo del concet-to ampio di contratto proprio della tradizione sabiniano-cassiana²⁵².

Dell’ampia esegesi del frammento in esame svolta da Raimondo San-toro²⁵³, è doveroso in questa sede ricordare, specialmente, l’analisi attenta e approfondita del termine ‘causa’. Per tale autore, le chiavi per intendere il significato originario del passo di Ulpiano contenente il complesso discorso sui *nova negotia* e articolato attraverso il richiamo delle due coppie di giuristi anteriori – Celso/Aristone e Giuliano/Mauriciano – stanno nei termini *res* (nella traduzione italiana corrispondente a «quello che si è compiuto»), *causa* e *synallagma*.

²⁴⁶ Cfr. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 214.

²⁴⁷ A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 142.

²⁴⁸ *Ivi*, 143.

²⁴⁹ *Ivi*, 143.

²⁵⁰ *Ivi*, 141.

²⁵¹ *Ivi*, 142.

²⁵² *Ivi*, 144-145.

²⁵³ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 207-284.

La maggiore attenzione dello studioso è dedicata proprio al modo di intendere l'espressione «tuttavia sussista una causa» («*subsist tamen causa*») nella prima parte del testo di D. 2.14.7.2, quando Ulpiano, dopo aver ricordato nel § 1 le convenzioni che 'passano' (*transeunt*) a configurare una figura contrattuale tipica, affronta il tema delle convenzioni atipiche e afferma, richiamando il responso dato a Celso da Aristone, che un affare (*res*) non inquadrabile in un contratto nominato è tuttavia costitutivo di obbligazione qualora sussista, appunto, una 'causa'. Con il Grosso, abbiamo visto quella che è l'interpretazione dominante del termine *causa*, nel senso di 'prestazione' o 'dazione'²⁵⁴. Diversamente, il Santoro, con il supporto della lettura coordinata di numerose fonti collegate con la nostra²⁵⁵, propone che il termine venga inteso ad indicare «la funzione che attribuisce alla convenzione un effetto obbligatorio»²⁵⁶, vale a dire lo scopo negoziale perseguito dalle parti²⁵⁷.

Successivamente²⁵⁸, l'autore sostiene che, nonostante si possa escludere che il significato attribuito da Aristone stesso²⁵⁹ al termine 'causa' sia quello di controprestazione, sarebbe erroneo dedurre da ciò che per il giurista traiano la semplice *conventio* fosse da sola sufficiente a dar luogo a un rapporto obbligatorio sanzionato da azione; e che anche per Aristone «la concessione dell'azione doveva presupporre il compimento di una attribuzione patrimoniale da parte di almeno uno dei contraenti»²⁶⁰. Sarebbe questo il senso della parola *res* posta all'inizio del discorso ulpiano nel § 2 di D. 2.14.7²⁶¹.

²⁵⁴ Così R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 222.

²⁵⁵ *Ivi*, 224-274.

²⁵⁶ *Ivi*, 227.

²⁵⁷ Cfr., ad esempio, *ivi*, 262. D'altra parte l'autore, con buon fondamento, richiama più volte il § 3 del frammento ulpiano, in cui si fornisce un esempio concreto di ciò che si intende per causa. D. 2.14.7.3: «Se sia stata fatta una promessa affinché non venga commesso un delitto, da tale convenzione non sorge alcuna obbligazione» («*Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione*»; trad. Schipani, cit.). Chiaramente, in questo esempio di convenzione l'assenza di causa rilevante sta proprio nello scopo non meritevole di protezione giuridica. Sull'esegesi nel termine 'causa', cfr. T. DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., 304, n. 63.

²⁵⁸ *Ivi*, 274-277.

²⁵⁹ Evidentemente, a parere del Santoro, i tre termini attorno ai quali egli costruisce la sua esegesi sono da ritenersi parte integrante il discorso originale di Aristone (così anche il termine *obligatio*: cfr. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 275).

²⁶⁰ *Ivi*, 274.

²⁶¹ *Ivi*, 276, l'autore raccorda la sua esegesi di *res* con il significato complessivo della nozione di contratto secondo Aristone: *res* sarebbe «la convenzione che si è manifestata in un fatto (negli esempi, il *dare*) volto a realizzare uno scopo (*ut dares; ut facias*) sul quale anche l'altra parte è d'accordo». Se riformuliamo liberamente tale concetto, possiamo dire che per Aristone,

Per quanto concerne il termine '*synallagma*', il Santoro ritiene che nel passo in esame si rinvenga lo stesso significato che egli attribuisce al medesimo termine contenuto nella citazione di Labeone in D. 50.16.19. Saremmo di fronte cioè all'uso della parola quale sinonimo di 'atto obbligatorio' e non nel senso di vincolo bilaterale. L'autore argomenta dal fatto che il brano tratta del problema dell'azionabilità delle *conventiones iuris gentium* che non sono riconducibili a un *nomen* editale, e tale azionabilità è ivi accordata «se la *res* (vale a dire la *datio* in cui la *conventio* si innesta) si fonda su una *causa* negoziale, dando luogo ad un atto obbligatorio»²⁶². Si tratterebbe di *conventiones* produttive di obbligazioni.

Nel frammento non sarebbe contenuto, pertanto, alcun riferimento all'idea della bilateralità (cioè del senso che la parola *synallagma* avrebbe secondo la dottrina maggioritaria non condivisa dal Santoro), e che il richiamo al *synallagma* indichi piuttosto la *conventio* obbligatoria sarebbe confermato dal fatto che Ulpiano, nel riferire la critica di Mauriciano a Giuliano – che nelle fattispecie negoziali innominate concedeva un'azione *in factum* invece che civile – ricorda come il primo giurista ritenesse sussistere in questi casi un *contractus*, identificato con il *synallagma* di Aristone. Una tale identificazione fra *synallagma* e contratto da parte di Ulpiano si giustificerebbe solo dando al primo termine il significato di atto di volontà obbligatorio, per Ulpiano non implicando la parola 'contratto' l'idea della bilateralità²⁶³.

Per questo studioso l'esegesi di D. 2.14.7.2 serve, evidentemente, a corroborare l'altra da lui proposta, relativamente a D. 50.16.19²⁶⁴. Si può, allora, concludere che per Santoro il concetto di contratto nel giurista traiano non differisce da quello labeoniano, ma ne rappresenta un «ripercorrere la via battuta dal pensiero di Labeone»²⁶⁵ e uno sviluppo, in termini di tutela di figure contrattuali non tipiche, dovuto alla «possibilità aperta dalla definizione labeoniana del contratto in termini di convenzione obbligatoria»²⁶⁶.

al di fuori dei contratti nominati, sarebbe da considerarsi 'contratto' – come figura generale protetta da azione – quel particolare accordo, detto 'sinallagma', su una causa negoziale che ha dato luogo ad una attribuzione patrimoniale.

²⁶² *Ivi*, 278.

²⁶³ *Ivi*, 277-281.

²⁶⁴ Cfr. *ivi*, 281-284.

²⁶⁵ *Ivi*, 283.

²⁶⁶ *Ivi*, 284. È il caso di riprodurre, in chiusura dell'analisi della lunga e diffusa ricerca del Santoro, la sua proposta di traduzione della prima parte del frammento, fornita a p. 218: «Anche se l'affare non può ricondursi sotto un *nomen* editale di contratto, Aristone dà questo responso a Celso: che, purché vi sia una *causa*, vi è un atto che crea obbligazione, ad esempio l'atto del '*do ut des*'; del '*do ut facias*': questo è un συνάλλαγμα e da esso nasce un'azione civile».

Della letteratura qui selezionata per la riflessione sul contratto secondo Aristone e successiva al saggio del Santoro non è in questa sede necessaria una disanima puntuale²⁶⁷, essendo per noi sufficiente richiamare gli sviluppi più interessanti nell'ottica della ricostruzione storica dell'evoluzione romana del sistema contrattuale. In tal senso, si devono ricordare due nuove interpretazioni del concetto di 'causa' in D. 2.14.7.2.

La prima è quella del Cannata, il quale parte dall'assunto che Labeone introdusse un'azione contrattuale generale (per la tutela delle convenzioni atipiche), rispetto alla quale la sequenza di testi ulpiane data dai frammenti 5 e 7 di D. 2.14 avrebbe avuto, per l'uso che ne fecero i giustinianeî, un effetto fuorviante, al punto da indurre la critica interpolazionistica a credere che l'azione contrattuale generale di Labeone fosse una costruzione dei bizantini²⁶⁸. Poiché nel passo che stiamo esaminando, e insieme nel brano di Paolo in D. 19.5.5.pr., si trattava sì dell'azione contrattuale generale, ma in contesti dove la questione affrontata era quella della tutelabilità di *dationes ob rem*, si sarebbe avuta la conseguenza che, fin dai glossatori, gli interpreti eleborarono il concetto di contratto innominato come schema della 'prestazione eseguita in vista di controprestazione'²⁶⁹.

²⁶⁷ Cfr. G. MELILLO, *Il contratto bilaterale romano. Contrahere e pacisci fra il primo e il terzo secolo*. Lezioni, cit., 177-182; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 70 e 71, n. 91, che prende atto dell'orientamento attuale tendente a riconoscere che già i giuristi classici configurassero un'azione in adempimento (*actio praescriptis verbis*); A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 777, n. 63.7, e 948-957, per il quale Aristone fu il primo ad avanzare «la tesi della estensione della tutela civilistica anche alle *conventiones sine nomine*, in quanto aventi la stessa natura di συνάλλαγμα dei contratti del *ius civile*»; A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, cit., 98-99, che ritiene che Aristone, dopo i timidi tentativi di Labeone per superare la tipicità contrattuale, abbia proposto la *condictio incerti* e la sussistenza dell'obbligazione civile per i casi di pattuizioni con una causa complessivamente intesa come obbligo di una controprestazione al fine di riequilibrare una prestazione già effettuata contestualmente alla convenzione. Questo autore, giustamente, parla di una teorizzazione da parte di Ulpiano (in riferimento alla catena di testi in D. 2.14.1-7) delle *conventiones iuris gentium* e di una collocazione in esse del fenomeno contrattuale come sottocategoria; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 136-137, che riconferma quanto poco fa esposto. Resta solo da rendere esplicito che per Burdese l'azione proposta da Labeone per le convenzioni atipiche (*actio praescriptis verbis*) appartiene al diritto pretorio ed è diversa dalla *condictio* civilistica voluta da Aristone (fra l'altro, in un campo di applicazione maggiore di quello labeoniano); F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, cit., 153-157; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, cit., 189-218; R. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, cit., 223-277, ribadendo le sue idee sul significato di 'causa'; T. DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., 281-335.

²⁶⁸ C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, cit., 190-193.

²⁶⁹ *Ivi*, 200.

Questo autore, anche sulla base della sua personale visione della struttura dell'azione contrattuale generale (*actio praescriptis verbis*)²⁷⁰, ritiene che invece questa azione fosse sussidiaria rispetto alle azioni contrattuali tipiche e sanzionasse gli accordi contrattuali in generale, fin dai tempi di Labeone²⁷¹. La nozione labeoniana di contratto (D. 50.16.19) non corrisponderebbe con quella delle due contrapposte tesi, da noi esaminate, del sinallagma come atto fonte di obbligazioni reciproche (dottrina maggioritaria) oppure come negozio bilaterale (Santoro), ma implicherebbe piuttosto l'idea di un «accordo relativo ad un affare che le parti considerano interessante per entrambe, sicché nel concluderlo esse si impegnano l'una verso l'altra a quanto necessario fare per realizzarlo»²⁷². In definitiva, per il Cannata il sinallagma labeoniano non riguardava le dichiarazioni delle parti, bensì il loro atteggiamento, che guardava ad un affare di commercio che interessava entrambi²⁷³.

La differenza fra Labeone e Aristone sarebbe stata in ciò, che mentre il primo avrebbe tutelato con l'azione contrattuale generale convenzioni atipiche comprendenti anche l'area di negoziazioni a titolo gratuito, Aristone avrebbe introdotto un nuovo concetto di 'causa', a esprimere l'idea del negozio non gratuito sotteso a una convenzione atipica²⁷⁴; nella sostanza presso quest'ultimo giurista, come attestano le discussioni con Celso e fra Mauriciano e Giuliano, il termine 'causa' avrebbe un impiego posto in rapporto speciale con il problema delle *datationes ob rem*. Emerge, così un'interpretazione delle principali fonti sul contratto secondo la quale, se i contratti innominati sarebbero stati oggetto di tutela con una azione generale già a partire da Labeone, con Aristone questa tutela verrebbe a focalizzarsi sulle negoziazioni a carattere non gratuito.

Dal contributo di Tommaso Dalla Massara, per concludere, traiamo la conferma che l'elemento essenziale per comprendere la nozione di contratto elaborata da Aristone sia il termine 'causa'. Tale autore sostiene che, mentre Ulpiano nella catena di testi di cui il nostro fa parte argomentava attorno al termine *conventio*, Aristone poneva la sua attenzione attorno ai profili dell'affare (*res*) e della causa²⁷⁵. Il brano in esame è posto al centro

²⁷⁰ *Ivi*, 200-202.

²⁷¹ *Ivi*, 203.

²⁷² *Ivi*, 203-204.

²⁷³ *Ivi*, 204. L'altro *citroque obligatio* diviene allora un atto d'impegno reciproco per la realizzazione di un affare che interessa entrambe le parti.

²⁷⁴ *Ivi*, 213-215.

²⁷⁵ T. DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., 287.

dell'evoluzione del concetto romano di contratto, nel senso che fra i diversi apporti della giurisprudenza romana (Labeone, Pedio, Aristone Ulpiano) quello di Aristone avrebbe la maggiore rilevanza in termini 'teorici' astratti piuttosto che casuistico-concreti²⁷⁶.

Il punto nodale della sua esegesi va individuato nella tesi per cui Aristone distinguerebbe il significato del termine *contractus* da quello di 'sinallagma'²⁷⁷. Se la questione pratica affrontata da Aristone era quella della tutela delle convenzioni atipiche, il giurista traiano sarebbe pervenuto al riconoscimento in esse della natura di contratto attraverso alcuni passaggi. Da un lato, la necessità di individuare una causa, intesa come funzione economica capace di giustificare patrimonialmente l'affare²⁷⁸. Ne viene confermata l'idea, a cui qui noi abbiamo aderito, già proposta ad esempio dal Santoro che nega il significato, tradizionale nella dottrina, di causa come prestazione o *datio*.

Dall'altro, il 'sinallagma' si riallaccerebbe all'idea labeoniana di reciprocità di obbligazioni, che Aristone avrebbe spostato dal piano del vincolo al piano delle prestazioni al fine di indicare la struttura giuridica attraverso cui dare concreta realizzazione alla causa negoziale²⁷⁹. In particolare, συνάλλαγμα indicherebbe il vincolo tra le prestazioni, *do ut des-do ut facias*, delle parti. In sintesi, il concetto di causa servirebbe ad Aristone per evidenziare la funzione meritevole di tutela, in modo da qualificare l'operazione (atipica) attuata dalle parti come contratto e concedere l'azione civile; il concetto di sinallagma (labeoniano) verrebbe valorizzato per indicare, in modo precettivo o imperativo²⁸⁰, la struttura.

In conclusione, la novità di Aristone sarebbe consistita nel costruire un'idea generale di contratto, con metodo deduttivo e non induttivo che parte dai singoli casi; tale metodo sarebbe stato funzionale alla tutela dei contratti innominati. Labeone, invece, avrebbe aperto a tale tutela procedendo analogicamente dalle figure tipiche, attraverso la base della *ultra citroque obligatio* tipizzata nei contratti consensuali già riconosciuti nell'editto. La *datio*, nello schema di Aristone, avrebbe rilevato come necessità che una prestazione sia stata già compiuta, nulla togliendo all'elemento della causa inteso come funzione²⁸¹.

²⁷⁶ *Ivi*, 290.

²⁷⁷ *Ivi*, 297-302.

²⁷⁸ *Ivi*, 303-309.

²⁷⁹ *Ivi*, 309-315.

²⁸⁰ Cfr. *ivi*, 331 le osservazioni dell'autore sul sintagma *ut puta*, che non avrebbe mero valore esemplificativo, ma appunto imperativo.

²⁸¹ *Ivi*, 320: «Il συνάλλαγμα consiste nel vincolo di scambio tra prestazioni. Traspare sullo sfondo l'idea dell'*ultra citroque* labeoniano, però qui non si tratta di reciprocità tra

Il Dalla Massara chiude la sua esegesi sostenendo che, mentre nell'area dei contratti tipici l'elemento essenziale individuato dalla giurisprudenza classica era la *conventio*, nel campo dei contratti atipici il consenso non sarebbe stato da solo sufficiente, ma si sarebbe posto un collegamento fra il contratto e il requisito essenziale della causa²⁸². L'accenno conclusivo dell'autore è rivolto allo sdoppiamento di prospettive che si verrebbe a configurare leggendo i testi di Ulpiano che raccontano la storia dell'elaborazione giurisprudenziale del contratto: nel campo dei contratti tipici, la lezione di Pedio orienterebbe un'idea generale del contratto nominato attorno al concetto di convenzione; nel campo delle convenzioni atipiche, tuttavia, avrebbe trovato applicabilità, ancora ai tempi di Ulpiano, il modello di Aristone fondato sulla causa e sul sinallagma²⁸³.

5. La nozione romana. Gai 3.88-89: il sistema gaiano dei contratti. Conclusioni

Fin qui abbiamo cercato di ripercorrere le tracce dell'elaborazione romana del '*contrahere*'²⁸⁴. In Labeone si riscontra la nozione ristretta dell'*ultra citroque obligatio*, dei negozi produttivi di obbligazioni reciproche come ambito entro il quale la categoria del *contrahere/contractum* è limitata in confronto con quella dell'*agere/actum*. Sesto Pedio aveva evidenziato l'elemento del consenso presente sia nel contratto in senso labeoniano, sia nei negozi obbligatori che Labeone ricomprendeva nella categoria dell'*agere*. Aristone, poi, proponeva una nozione generale di contratto sinallagmatico come schema per dare tutela alle convenzioni atipiche.

Condensando il percorso fin qui svolto, si potrebbe dire che dalle fonti analizzate sono emerse due concezioni capaci di ampi sviluppi nell'ambito della teoria moderna del contratto. La prima è quella del sinallagma in Labeone e Aristone, che avrà esito nelle discipline codicistiche apposite-

obbligazioni: lo scambio avviene tra prestazioni, sempre intese in senso lato. In particolare, occorre che una prestazione sia stata già compiuta, affinché risulti fondata la pretesa alla controprestazione».

²⁸² *Ivi*, 332-335.

²⁸³ *Ivi*, 335.

²⁸⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 66-67, che contrappone il tentativo di Labeone di costruire una terminologia di riferimento per l'attività negoziale (*agere, contrahere, gerere* in D. 50.16.19) alla classificazione delle obbligazioni in Gai 3.88; queste due testimonianze sarebbero le fonti di due diverse nozioni di contratto; la prima non avrebbe grande seguito nella giurisprudenza romana, mentre la seconda sarebbe la nozione prevalente.

mente dedicate alla corresponsività. L'altra è quella della *conventio*, che da Pedio in poi darà luogo a un lungo percorso dottrinale nell'elaborazione dell'idea del contratto come accordo e come espressione più significativa dell'autonomia negoziale.

Tuttavia, il discorso sul contratto nel diritto romano non può prescindere da una riflessione su un'altra concezione, di cui la fonte principale, notissima, è rappresentata dal giurista Gaio:

Gai 3.88-89 - «88. Ora passiamo alle obbligazioni. La cui partizione maggiore le divide in due specie: ogni obbligazione, infatti, nasce da contratto o da delitto. 89. Vediamo prima quelle che nascono da contratto. Di queste ci sono quattro generi: l'obbligazione invero si contrae mediante cosa, o parole, o scritti, o consenso»²⁸⁵.

Gai 3.91 - «Anche colui che ha ricevuto l'indebito da chi ha pagato per errore, si obbliga mediante cosa. Infatti gli si può intimare *SE RISULTI CHE DEBBA DARE*, come se avesse ricevuto un mutuo. Onde ritengono alcuni che il pupillo o la donna, cui sia stato per errore dato l'indebito senza l'autorizzazione del tutore, non siano tenuti per l'intimazione come non lo sono per la dazione a mutuo. Ma questa specie di obbligazione non sembra aver base in un contratto, poiché chi dà con l'intento di pagare, più che contrarre un negozio lo vuole sciogliere»²⁸⁶.

D. 44.7.1.pr. (Gai 2 *aureorum*) - «Le obbligazioni nascono, o da contratto, o da misfatto, o, secondo specifiche norme, da cause di diversa struttura»²⁸⁷.

Siamo di fronte ai brani che attestano la sistemazione gaiana delle fonti

²⁸⁵ Gai 3.88-89: «88. *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. 89. Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*». La traduzione italiana è tratta da E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. A, *Testi*, Milano, 1986, 86.

²⁸⁶ Gai 3.91: «*Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*». Trad. it. Nardi, cit., 87.

²⁸⁷ D. 44.7.1.pr. (Gai 2 *aureorum*): «*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*». Trad. it. Nardi, cit., 160.

delle obbligazioni²⁸⁸. Nelle *Institutiones* Gaio presenta una bipartizione, di carattere generalissimo, fra obbligazioni nascenti da ‘contratto’ e obbligazioni nascenti da delitto. Si tratta della nota sistemazione gaiana delle fonti delle obbligazioni. Sul punto la dottrina osserva come tale ‘divisione’ implichi una nozione amplissima di ‘contratto’, tale da ricomprendere tutte le figure negoziali che non siano delitti²⁸⁹. Possiamo dire, col Ferrini, che in questo passo emerge il concetto di contratto come atto giuridico fonte di obbligazione²⁹⁰.

Subito dopo, in Gai 3.89, leggiamo un tentativo di definizione, in positivo, di ciò che è ‘contratto’: Gaio elenca le quattro categorie delle obbligazioni da contratto, cioè le *obligationes re, verbis, litteris e consensu*. È stato autorevolmente notato, e in questa sede seguiamo tale dottrina, che in queste quattro categorie – che indicano i negozi che producono obbligazioni, rispettivamente, attraverso la consegna di una cosa come nel mutuo, attraverso la pronuncia di parole solenni come nella *stipulatio*, attraverso la scrittura come nel *nomen transcripticium* e attraverso il semplice consenso comunque

²⁸⁸ Sull’argomento, cfr.: fondamentale, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 1-109; si sono considerati, poi: E. BETTI, *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non classicità della denominazione «quasi ex contractu obligatio»*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, 25, 1912, 65-88; P. DE FRANCISCI, Συναλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. II, cit., 361-401; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1948, 337-348, n. 1; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4^a ed. curata e integrata da G. GROSSO, Milano, 1953, 507-513 e 547-558 (le utilissime note di Grosso); F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. dell’ed. inglese 1951, Barcellona, 1960, 445-452; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 125-162; M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, cit., 196-221, per un approfondimento sulle operazioni diairetiche compiute da Gaio nei passi in esame; Id., *Obbligazioni (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 38-44; G. MELILLO, *Il contratto bilaterale romano. Contrahere e pacisci fra il primo e il terzo secolo. Lezioni*, cit., 40-48; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 291-295; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 66-69; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 771-779; G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, cit., 26-30 (sintesi chiara); A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, cit., 103; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 368-378.

²⁸⁹ Ad esempio, C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit., 553; F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., 446-447, dove però si precisa che la concezione ampia di contratto sarebbe estranea ai giuristi classici, mentre Gai 3.91 sarebbe interpolato; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 10; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 66.

²⁹⁰ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit., 507. Diversa era l’impostazione del Perozzi che, con il suo saggio sulle obbligazioni romane, rappresenta una tappa fondamentale dell’argomento, avendo stimolato tanti approfondimenti successivi. Il Perozzi riteneva, a differenza di altra interpretazione che tra poco vedremo, che la bipartizione gaiana fosse molto antica e che da essa si ricavasse una nozione di contratto equivalente ad ‘affare’: S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 338-348, nella n. 1.

manifestato come nella compravendita – è da individuare una sistemazione più antica della bipartizione fra obbligazioni da contratto e da delitto²⁹¹ (quest'ultima appartiene probabilmente allo stesso Gaio); e tale sistemazione più antica rappresenta il risultato della formazione della categoria del *contractus* a partire dai singoli tipi di negozi costitutivi di obbligazioni e «attraverso raggruppamenti diversi sulla base dell'elemento obbligatorio, cui segue un'enunciazione generale, per la quale si forgia il sostantivo *contractus*, categoria che conserva il carattere della tipicità, resta cioè costituita da un complesso di figure tipiche»²⁹².

Viene, con ciò, ricostruito un processo storico in cui dalle singole figure concrete del *contrahere obligationem/contrahere negotium*, procedendo per raggruppamenti, si giunse a classificarle in base ai modi di nascita del vincolo, *re verbis litteris consensu*, e, infine, a raccoglierle tutte sotto il sostantivo astratto *contractus*. Ora, il Grosso notava come «le quattro categorie di *obligationes ex contractu* non esauriscono tutte le *obligationes* che non nascono *ex delicto*»²⁹³. Il maestro torinese intendeva far riferimento al fatto che nelle quattro categorie di obbligazioni da contratto il sostrato è fornito non da tutti gli atti leciti a effetto obbligatorio, ma solo da figure negoziali concretamente individuate e accomunate dall'idea del *contrahere negotium*.

Scriva il Grosso: «il concetto del *negotium* che *contrahitur* fra le parti segna un ambito delimitato tra le stesse fonti delle obbligazioni»²⁹⁴. Da un lato, dalla quadripartizione dei contratti emerge non tanto l'idea della convenzione, quanto quella del vincolo che si stringe fra due parti che adottano una forma negoziale e attuano una causa; dall'altro la quadripartizione stessa distacca dal resto della categoria delle obbligazioni da atto lecito un nucleo più ristretto che è quello delle obbligazioni che si stringono fra le parti, a differenza, ad esempio, da casi come il legato obbligatorio o la *negotiorum gestio*. Nel caso delle quattro categorie di Gai 3.89 il contratto coincide, per usare una teoria della dogmatica moderna, con il 'negozio giuridico bilaterale'²⁹⁵.

²⁹¹ Diversamente, come detto, in S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 350, dove la bipartizione sembra essere ascritta all'epoca iniziale dello sviluppo delle obbligazioni romane.

²⁹² G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 6.

²⁹³ *Ivi*, 5.

²⁹⁴ *Ivi*, 33. A conclusione non dissimile era pervenuto già il De Francisci, il quale però inquadrava la differente portata della nozione di contratto fra Gai 3.88 e Gai 3.89 nella sua ipotesi, sopra ricordata, di diverse concezioni delle *obligationes re contractae* circolanti nelle due scuole sabiniana e proculiana: P. DE FRANCISCI, Σύνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. II, cit., 371-401.

²⁹⁵ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 34. Cfr. G. MELILLO, *Il contratto bilaterale*

La dottrina ha focalizzato il problema storico-dogmatico della non corrispondenza fra il concetto di contratto come fonte di obbligazioni in Gai 3.88 e quello di contratto come negozio bilaterale in Gai 3.89 attraverso lo studio di uno dei passi esegeticamente più tormentati delle Istituzioni gaiane: Gai 3.91, il famoso brano, di carattere pratico e dogmatico²⁹⁶, sulle conseguenze della *solutio indebiti* eseguita nei confronti di un pupillo o una donna *sine tutoris auctoritate*²⁹⁷.

Entriamo nel dettaglio. Nel § 88 del libro III, Gaio ci presenta una bipartizione, data in questa sede come esaustiva delle fonti delle obbligazioni: quelle da contratto e quelle da delitto. Nel § 89 il giurista adrianeo si concentra sulle obbligazioni da contratto e le suddivide in quattro categorie: *re, verbis, litteris e consensu obligationem contrahere*. Con il § 90²⁹⁸ egli avvia l'esposizione delle obbligazioni *re contractae*, descrivendo il contratto di mutuo, che sembra essere la figura modello della categoria. A questo punto, nel § 91 che qui interessa, Gaio introduce un altro caso di *obligatio re*, cioè il pagamento dell'indebito. In un primo momento si dice, infatti, che anche colui che ha ricevuto l'indebito è obbligato nello stesso modo, poiché contro di lui è esperibile l'azione di ripetizione per intimazione (*condictio*) come se avesse ricevuto a mutuo.

romano. *Contrahere e pacisci fra il primo e il terzo secolo. Lezioni*, cit., 44.

²⁹⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Obbligazioni (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 43 e n. 279.

²⁹⁷ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 34, che parla di Gai 3.91 in termini di un «innesto di una elaborazione positiva del concetto del *contractus* sulla pura e semplice sovrapposizione alla quadripartizione primitiva». Con ciò, egli attribuisce alla riflessione gaiana sul pagamento dell'indebito il ruolo di collegamento fra 'contratto' e volere negoziale, determinando così l'oscillazione concettuale rispetto alla bipartizione *obligationes ex contractu-obligationes ex delicto* che Gaio stesso, poco prima, aveva formulato: qui il contratto integra una nozione ampia, comprensiva di tutto ciò che non è delitto; subito dopo, questa stessa nozione entra in crisi nel momento in cui il pagamento dell'indebito è considerato fonte di obbligazione, ma non 'contratto', in quanto «chi dà con l'intento di pagare, più che contrarre un negozio lo vuole sciogliere».

²⁹⁸ Gai 3.90: «L'obbligazione si contrae mediante cosa, ad esempio, dando a mutuo. La dazione a mutuo propriamente riguarda le cose che valgono per peso, numero o misura, quali il denaro contante, il vino, l'olio, il frumento, il rame, l'argento, l'oro. Queste cose, contandole misurandole o pesandole, le diamo perché diventino di chi le riceve, e ci vengano un giorno restituite, non le stesse, bensì altre della stessa natura. Per questo è chiamato mutuo, perché quel che così da me ti è dato, diventa da mio tuo» («*Re contrahitur obligatio velut mutui datione. <Mutui autem datio> proprie in his fere rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*»). Trad. it. Nardi, cit., 86-87.

Fin qui saremmo di fronte a un ulteriore esempio di *obligatio re contracta*, e il discorso gaiano non presenterebbe alcuna difficoltà. Senonché Gaio aggiunge un rilievo pratico e insieme dogmatico, quando ricorda che, conseguentemente all'equiparazione del mutuo e della *solutio indebiti* sul piano delle fonti delle obbligazioni, per alcuni (*quidam*) le conseguenze sia dell'uno che dell'altra sarebbero le stesse, quando la dazione di denaro è compiuta a favore di un pupillo o di una donna, ma senza l'autorizzazione del tutore («Onde ritengono alcuni che il pupillo o la donna, cui sia stato per errore dato l'indebito senza l'autorizzazione del tutore, non siano tenuti per l'intimazione come non lo sono per la dazione a mutuo»). Per questa schiera di giuristi, che Gaio chiama *quidam*, la mancanza di autorizzazione del tutore è ostacolo alla nascita del vincolo in entrambi i casi.

Il *contrahere obligationem* (compreso il caso dell'obbligazione sorta in capo a chi riceve un pagamento non dovuto) da parte di impuberi o di donne puberi e *sui iuris* necessitava, in diritto classico, di una dichiarazione integrativa da parte di un tutore²⁹⁹, l'*auctoritas* appunto, in mancanza della quale non poteva sorgere in capo a queste persone il vincolo obbligatorio, salva la possibilità per l'altro contraente di avere tutela – anche *iure praetorio*, cioè con strumenti diversi dalla *condictio indebiti* civilistica – nei limiti dell'arricchimento che ne derivava al pupillo o alla donna³⁰⁰.

²⁹⁹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 499, n. 2, e 502.

³⁰⁰ Cfr. *ivi*, 413 e 499, n. 2. Per il caso del pupillo, la questione era se l'arricchimento che conseguiva a seguito dell'operazione avvenuta *sine tutoris auctoritate* potesse essere contrastato con mezzi civili oppure pretori. Da Gai 2.84 sappiamo che, ad esempio, il pagamento ad estinzione di un debito, fatto a un pupillo senza l'intervento del tutore, non era idoneo ad estinguere il debito, ma il denaro diveniva del pupillo: (Gai 2.84) «Per cui se un debitore paghi il debito ad un pupillo, fa diventare il denaro del pupillo, ma lui non si libera, perché il pupillo senza l'autorizzazione del tutore non può sciogliere alcuna obbligazione, in quanto non gli è consentita l'alienazione di cosa alcuna senza l'autorizzazione del tutore; tuttavia, se di quel denaro s'è arricchito e ancora chiedi il pagamento, può essere rimosso con l'eccezione di dolo malvagio» («*Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est; sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoverti potest*»; trad. it. Nardi). Non si poteva ripetere civilmente il pagamento inefficace sebbene dovuto, ma il pretore bloccava ogni azione contro il debitore non liberato grazie all'eccezione di dolo. Il criterio orientatore circa i casi nei quali era necessaria l'*auctoritas* del tutore ce lo suggerisce lo stesso Gaio nel brano immediatamente precedente (Gai 2.83): l'autorizzazione era necessaria per ogni atto che non rendesse *melior* la *condictio* del pupillo, e non serviva quando il pupillo compisse atti idonei a *facere meliorem condicionem suam*. Nel caso del pagamento dell'indebito senza autorizzazione del tutore, i *quidam* applicavano questa stessa regola: ritenevano necessaria l'*auctoritas* proprio perché da tale atto nasceva

Ora, il ricevere un pagamento non dovuto da parte di questi soggetti, la cui capacità di agire era limitata, faceva sorgere l'obbligo (civile) della restituzione quando il pagamento stesso fosse avvenuto *tutore auctore*. In mancanza di autorizzazione, al contrario, i *quidam* negavano il sorgere dell'*obligatio re contracta*.

La dottrina è concorde nel ritenere che fra i *quidam* vi fosse Salvio Giuliano. Vi sono infatti nei Digesti degli spunti di questo grande giurista³⁰¹, dai quali è possibile ricavare che egli, in base a una nozione ampia di *contrahere negotium*, quindi una nozione ampia di 'contratto' fino a ricomprendere la *solutio indebiti*, negava il sorgere del vincolo obbligatorio, e con ciò l'assoggettabilità ad azione di ripetizione (*condictio*), per il caso di pagamento compiuto a minori o donne senza l'autorizzazione del tutore. Giuliano, in definitiva, considerava necessaria tale autorizzazione per l'attività del *contrahere* e, sembrerebbe, negava effetti obbligatori (conseguentemente, l'esperibilità di una azione civile) ove non vi fosse un *negotium contractum*.

È evidente che, allora, la mancanza di *auctoritas tutoris* impediva, per questo giurista, sia la conclusione del contratto sia il sorgere dell'obbligazione³⁰².

l'obbligazione di restituzione perseguibile con la *condictio indebiti*, e pertanto in mancanza negavano l'obbligazione, intesa come *obligatio re contracta*, e negavano la *condictio* contro il pupillo: cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 35-36.

³⁰¹ D. 12.6.33 (Iul. 39 *digestorum*): «Se io avessi edificato in una tua area e tu prendessi possesso dell'edificio, non avrà luogo l'azione <di ripetizione> per intimazione, dal momento che non si sarebbe contratto tra di noi alcun negozio; infatti, colui che abbia pagato una somma non dovuta, per questo solo mette in essere una certa forma di negozio, mentre il proprietario, quando occupa un edificio costruito da altri su una sua area, non contrae alcun negozio» («*Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit*»). D. 26.8.13 (Iul. 21 *digestorum*): «Gli impuberi, con l'autorizzazione del tutore, si obbligano anche se tacciano: infatti, quando abbiano ricevuto del denaro a mutuo, sebbene nulla dicano, sono tenuti in forza dell'autorizzazione interposta dal tutore. Pertanto, anche se a queste persone sia stato pagato del denaro non dovuto, sebbene abbiano taciuto, è sufficiente l'autorizzazione interposta dal tutore, perché siano tenuti con l'azione <di ripetizione> per intimazione» («*Impuberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant: nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. Quare et si non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut conditione teneantur*»). La traduzione italiana è quella citata a cura di Schipani.

³⁰² Cfr. E. BETTI, *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non classicità della denominazione «quasi ex contractu obligatio»*, cit., 68-69, nel senso, appunto, della corrispondenza in Giuliano fra essere obbligati, essere tenuti con la *condictio* civile e *negotium contrahere*; P. DE FRANCISCI, Συναλλάγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. II, cit., 387-391, che collega Giuliano e più in generale i *quidam* con la teoria contrattuale

Non così per Gaio. Dopo aver ricordato i *quidam*, infatti, egli introduce la sua riflessione: «Ma questa specie di obbligazione non sembra aver base in un contratto, poiché chi dà con l'intento di pagare, più che contrarre un negozio lo vuole sciogliere».

Gaio afferma che nel caso di una *solutio indebiti* vi è sì un'obbligazione, ma non un contratto, poiché l'intento di pagare denota la volontà di sciogliere un vincolo piuttosto che contrarre. La riflessione, come ben rilevato dalla dottrina, ha carattere sia dogmatico che pratico. Nell'ambito della categoria delle obbligazioni che sorgono *re*, cioè con la dazione di una cosa³⁰³, si individua un'area più ampia e una più ristretta. Quella più ampia abbracciava il pagamento dell'indebito, una fattispecie che, secondo Gaio, generava un obbligo di restituzione (e, quindi, una responsabilità da *condictio*) in chi ricevesse il pagamento a prescindere dall'*auctoritas tutoris*, poiché in essa non era riscontrabile un contratto.

L'area più ristretta era quella delle figure contrattuali, come il mutuo. È stato esattamente osservato che Gaio individua il *contractus* «come atto tipicamente volto all'assunzione di un'obbligazione»³⁰⁴, con la conseguenza che soltanto in caso di contratti egli ammetteva la necessità di *auctoritas tutoris*. Mentre in Giuliano fra mutuo e *indebiti solutio* vi era una perfetta analogia, e le due situazioni erano parimenti generatrici di obbligazione, in Gai 3.91 si passa a una diversa concezione del *contrahere*: non più semplicemente *obligationem contrahere*, ma «individuazione del *negotium* che sia rivolto alla creazione del vincolo, inteso come *negotium contrahere*»³⁰⁵.

In Gaio si viene così a delimitare un'area più ristretta del *contrahere*, in cui si fa spazio l'elemento soggettivo dell'intento delle parti. Come è stato autorevolmente osservato, anche se Gaio «introduce una valutazione dell'atto, del *negotium* che si compie, in rapporto allo scopo, al volere che si

dei Sabiniani, mentre Gaio in questo caso si sarebbe staccato da loro per aderire alla tesi dei Proculiani, che «ammettevano bensì il nascere dell'*obligatio re*, ma escludevano il *contractus*»; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 342 (il testo della lunga nota che inizia da p. 337), per il quale entrambi i giuristi, Gaio e Giuliano, avrebbero condiviso la stessa nozione contrattuale, ma avrebbero avuto disaccordo sul problema se nel caso della *condictio indebiti* si abbia o meno un *contractus*; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 159-161, che attribuisce alla categoria unitaria del *negotium contractum* giuliana la funzione di ricomprendere in essa ogni tipo di rapporto fonte di obbligazioni previsto dall'ordinamento, e diverso da quelli *ex delicto*; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 68, n. 65.

³⁰³ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 75-78.

³⁰⁴ M. TALAMANCA, *Obbligazioni (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 43.

³⁰⁵ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 37.

esprime»³⁰⁶, nel maestro di scuola dell'età di Antonino Pio non si ha certo un'esaltazione assoluta della *conventio*, come invece in Pedio, ma si rimane tuttavia legati all'elemento obbiettivo del vincolo che le parti intendono far nascere, cioè alla «visione immediata dell'elemento obbligante»³⁰⁷. Quel che è importante notare è il fatto che, in tal modo, l'area del *contractus*, nella nozione ampia delimitata in Gai 3.88, era destinata a scindersi già nelle stesse Istituzioni con la riflessione sugli effetti del pagamento dell'indebito ricevuto da un pupillo o una donna *sine tutoris auctoritate*. Dall'insieme delle fonti delle obbligazioni da atto lecito emergeva una categoria positiva e ristretta del *negotium contrahere*, con conseguente relegazione di alcune figure, come la *solutio indebiti*, al di fuori della categoria del contratto.

Diviene per noi naturale, a questo punto, considerare ragionevole la dottrina meno risalente che vede nella tripartizione delle fonti delle obbligazioni – contratto, delitto e 'cause di diversa natura' – che proviene dalle *Res cottidianae* o *Aurea* di Gaio in D. 44.7.1.pr. come uno sviluppo genuino, a cui lo stesso giurista fu indotto dalla riflessione compiuta nel brano 3.91 delle sue Istituzioni³⁰⁸.

Nella lezione gaiana, in conclusione, il contratto corrisponde alla sostanza che la scienza giuridica contemporanea inquadra nella nozione di 'negozio giuridico bilaterale'³⁰⁹.

Ma il nostro compito non è ancora terminato. Quale rapporto intercorre fra le fonti gaiane appena analizzate e le teorie contrattuali di Labeone, Pedio e Aristone?

Ci sembra insuperata la visione d'insieme offerta da Giuseppe Grosso. Il romanista torinese sosteneva che la concezione del contratto come negozio giuridico bilaterale, espressa da Gaio e scaturita dalla visione concreta delle singole fattispecie confluite nella quadripartizione *re verbis litteris contractu*, trovò il suo approfondimento e perfezionamento in Sesto Pedio, senza peraltro che neppure con quest'ultimo giurista si arrivasse a definire

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 41. Poco dopo aggiunge: «L'elemento della bilateralità è insito nell'atto stesso, nella partecipazione delle due parti, nel fatto che tra esse *negotium contrahitur*» (*ivi*, 43). Non dissimili, ci sembrano, le considerazioni in M. TALAMANCA, *Obbligazioni (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 43, n. 278; cfr. ID., *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 67 (significativa la n. 62, p. 68).

³⁰⁸ Cfr., ad esempio, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 15-18; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 43, n. 278; ID., *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 68, n. 67.

³⁰⁹ Cfr. *ivi*, 75: «Per i romani, il *contractus* è il *contrahere obligationem*, sul piano effettuale la efficacia del *contractus* si svolge esclusivamente sul piano obbligatorio».

il contratto come accordo. E accanto a questo filone, si scorgerebbero nelle fonti altri indirizzi che si intersecano fra loro. Alla nozione di contratto ristretta da Labeone al campo della reciprocità dei vincoli fra loro interdipendenti (sinallagma), alla quale poi si aggancia Aristone, si contrappone quella assai ampia di Giuliano, che costruisce una teoria dei contratti *re* attorno a una visione estesa della sfera di applicazione della *condictio*³¹⁰.

Rimane l'indicazione conclusiva del risultato principale dell'indagine qui condotta sul contratto nel diritto romano. Pur nella pluralità di visioni che le fonti romane ci offrono, e nonostante le tracce di divergenze di opinioni stratificate nel tempo, spicca comunque un dato che distingue nettamente la teoria contrattuale romana da quella moderna: tutte le diverse concezioni sono accomunate dal fatto che il contratto romano classico, nei limiti degli indirizzi sopra analizzati, non oltrepassò la sfera dei rapporti e degli effetti obbligatori³¹¹.

6. *Il contratto nei codici francese e tedesco. Conclusioni in merito all'art. 2 della Legge sui contratti della RPC*

Il Codice Civile francese del 1804, art. 1101, definiva il contratto come «una convenzione attraverso la quale una o più persone si obbligano, nei

³¹⁰ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 59-66. Già in C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4ª ed. curata e integrata da G. GROSSO, cit. [1953], 547-555 (che d'altra parte attingeva alla prima edizione de *Il sistema romano dei contratti*) le prospettive sullo sviluppo storico delle dottrine romane sul contratto erano delineate. Il Grosso ribadì le sue idee negli scritti successivi. Si veda, ad esempio, G. GROSSO, *Contractus e συνάλλαγμα nei giuristi romani*, ora in ID., *Scritti storico giuridici*, t. III, Torino, 2001, 776-784. Abbiamo visto come in alcuni autori (Betti, De Francisci) l'evoluzione del sistema contrattuale avrebbe risentito delle contrapposte visioni delle scuole Sabiniana e Proculiana. Similmente, ma in epoca più recente, si è pensato a Gaio come espressione di una «posizione di studi alternativa» rispetto a Labeone: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., 125; G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, cit., 29 parla espressamente di «adesione (magari inconsapevole) di Gaio al pensiero di Pedio»; per fare ancora un esempio, con diversa impostazione L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, cit., 368-378, descrive l'elaborazione gaiana del *contrahere* in termini di tentativo di unificazione delle due categorie dell'*agere* e del *contrahere* in Labeone.

³¹¹ Per la specificità della categoria dei contratti reali, analizzata con riguardo sia al diritto romano e alla tradizione romanistica sia alla *Legge cinese sui contratti*, recentemente, per tutti A. SACCOCCIO, *L'eredità del sistema romano dei contratti reali: tra diritto italiano e Legge cinese sui contratti*, in R. CARDILLI, L. FORMICHELLA ET AL. (a cura di), *Chang'An e Roma. Eurasia e Via della Seta. Diritto, società, economia. Atti del II Seminario Internazionale "Sistema giuridico ed economia per la nuova Via della Seta"* (Roma, 11-13 settembre 2017), Milano, 2019, 443-510.

confronti di una o più controparti, a dare, a fare o non fare qualcosa»³¹². L'art. 1102 definiva il contratto 'sinallagmatico' o 'bilaterale': «Il contratto è sinallagmatico o bilaterale quando i contraenti si obbligano reciprocamente l'uno nei confronti dell'altro»³¹³. Infine, l'art. 1103 era dedicato al contratto 'unilaterale', cioè quello in cui «una o più persone sono obbligate nei confronti di una o più controparti, senza che da parte di queste ultime vi sia impegno»³¹⁴.

Nel sistema francese il contratto si configura come la principale fonte delle obbligazioni³¹⁵. Nella formulazione originaria del *Code Napoléon*, esso appare come un negozio atto a costituire obbligazioni, mentre il testo attuale dell'art. 1101 ha espressamente esteso gli effetti, pur sempre obbligatori, del contratto alla modificazione, trasmissione ed estinzione del rapporto³¹⁶. L'effetto reale, in particolare il trasferimento della proprietà, nella versione originaria del *Code* era connesso con l'obbligo di dare, con l'obbligazione del donante o del venditore, ma non direttamente con il contratto³¹⁷. Il ruolo centrale del contratto come fonte di obbligazioni, distinto dal più generale concetto di *convention*, è una derivazione dalla tradizione del diritto romano filtrata attraverso le opere di Domat e Pothier.

³¹² *Code civil* (1804), art. 1101: «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose». Il testo in vigore al 28 marzo 2019 recita: «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».

³¹³ *Code civil* (1804), art. 1102: «Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres».

³¹⁴ *Code civil* (1804), art. 1103: «Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement». Il Codice attualmente in vigore (28 marzo 2019) riunisce le due figure del contratto sinallagmatico e di quello unilaterale nell'art. 1106: «Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci».

³¹⁵ Per tutti, G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Des obligations*, 2ª ed., in *Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. XI, t. I, Paris, 1900, 3.

³¹⁶ Cfr. G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, 138.

³¹⁷ Cfr. G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, cit., 138. Si vedano, rispettivamente, gli artt. 1138, 938 e 1583 *Cod. Nap.* (da intendere nel senso che alla volontà delle parti si aggiunge la volontà della legge che produce l'effetto traslativo) nella versione del 1804. Si deve, tuttavia, avvertire che, in seguito alla Riforma del diritto dei contratti del 10 febbraio 2016 (*Ordonnance* n. 2016/131) il sistema è stato profondamente innovato. Recita, infatti, il comma 1 del recente art. 1196: «Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat».

G. Baudry-Lacantinerie e L. Barde notavano che nel *Cod. Nap.* per 'contratto', sulla scia di Domat e Pothier, si doveva intendere una specie particolare di convenzione, quella costitutiva dell'obbligazione, mentre per i negozi con effetti modificativi e estintivi valeva la designazione generica di 'convenzione': «d'après Pothier et Domat, les expressions *convention* et *contrat* ne sont pas synonyme. Toute convention, en effet, ne constitue pas un contrat. Cette dernière dénomination est réservée aux conventions qui ont pour but de produire des obligations. Elle ne s'applique donc pas à celles qui sont faites en vue d'éteindre ou de modifier des engagements [...]. Ainsi, d'après le Code Civil, comme d'après Pothier et Domat, le *contrat* n'est qu'une espèce particulière de convention, celle qui est faite en vue de créer quelque obligation. Les accords de volontés qui interviennent pour anéantir ou modifier des engagements devraient être désignée exclusivement sous la denomination générique de *conventions*»³¹⁸.

Sul ruolo di Jean Domat (1625-1696) e di Robert Joseph Pothier (1699-1772), quali precedenti storici sia del contenuto sia della sistematica del *Code Napoléon*, sono fondamentali le pagine di Giovanni Tarello: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 157-189. In questa sede possiamo limitarci a ricordare che Jean Domat, in *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694), compì lo sforzo, nel quadro di un tentativo di sistemazione unitaria e razionale di tutto il diritto vigente con metodo logico-deduttivo, di riordinare il diritto privato (e, quindi, il diritto romano applicato) in uno schema di diritto naturale conforme ai canoni del razionalismo seicentesco. Per Domat, anzi, il diritto privato naturale venne ad identificarsi nel diritto romano inteso come "deposito storico di scienza e di ragione"³¹⁹. Il diritto romano, inteso nel modo sopradetto, veniva riordinato in un sistema geometrico, scientifico e razionale. Domat parlava di una nuova "cartografia del diritto" definita con metodo deduttivo. In essa, il diritto privato romano riceveva la seguente sistemazione: 1) regole di diritto, 2) persone, 3) obbligazioni (il contratto, in base ai dati delle fonti romane, costituiva la fonte principale) e 4) successioni. Non vi era uno spazio specifico per la proprietà e i diritti reali. Si trattava di uno schema non nuovo, se pensiamo a Leibniz, in cui l'ordine delle materie era ispirato da criteri puramente razionalistici e astratti.

Con Pothier, autore delle celebri *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae* (1748-1752), si ha un secondo sforzo di risistemazione. Questa volta, tuttavia, si tornava alla tradizione e si adottava l'ordine delle materie che era rinvenibile nelle Istituzioni di Gaio e

³¹⁸ G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Des obligations*, cit., 5.

³¹⁹ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, cit., 172.

Giustiniano: 1) persone, 2) cose (obbligazioni e successioni) e 3) azioni. Tale ordine sarà, poi, adottato dal Codice del 1804, che del Pothier riprende anche la sistematica data alle obbligazioni (R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, 2 voll., Paris-Orléans, 1761-1764). Nell'edizione parigina del 1805 del *Traité*, così viene definito il contratto: «L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle *contrat*»³²⁰.

Mi pare si possa fin da ora affermare che l'esperienza francese della codificazione non ha esercitato un influsso diretto sulla nozione di contratto nel comma 1 dell'art. 2 Legge unitaria cinese. Si deve, piuttosto, osservare che quest'ultima attinge, bensì, alla nozione romana di contratto come fonte di obbligazione, ma essa viene poi filtrata, sovrapponendovi i richiami ai diversi momenti della costituzione, modificazione ed estinzione di rapporti, secondo uno schema che non è certamente quello del codice francese.

Il Codice Civile tedesco (BGB) del 18 agosto 1896 non forniva una definizione di contratto (*Vertrag*). È noto che, sulla scia della tradizione pandettistica, il BGB si apriva con un primo libro dedicato alla parte generale sul diritto delle persone, delle cose, degli atti e negozi giuridici, dei termini e della prescrizione. Ebbene, nel Libro I § 145 (il testo oggi in vigore è ancora quello della versione originale del 18 dicembre 1896) si legge: «Chi propone ad un'altra parte la conclusione di un contratto è vincolato da quella proposta, eccetto che egli abbia escluso tale vincolo»³²¹.

È da tale disposizione che la dottrina ricostruisce la nozione di contratto nel diritto tedesco³²² come negozio giuridico bilaterale o plurilaterale derivante dall'incontro di volontà (*conventio*) di almeno due parti. Sulla categoria germanica del *Vertrag* ha esercitato un influsso decisivo la dottrina pandettistica del negozio giuridico. Per ricostruire brevemente tale

³²⁰ R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle édition, où l'on indiqué les changements faits par le Code civil etc., tt. 1-2, Paris, 1805, 4.

³²¹ BGB § 145 (*Bindung an der Antrag*) «Wer einem Anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, sei es denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat».

³²² Ad esempio O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 31. Aufl., München, 1972, 113-123 (uno dei più noti commenti al Codice tedesco, continuamente rielaborato da una pluralità di autori), dove a p. 113 è data la seguente definizione: «Sono contratti i negozi giuridici plurilaterali (non sempre bilaterali!) nei quali l'effetto giuridico deve essere prodotto attraverso concordanti dichiarazioni di volontà provenienti da più soggetti giuridici; in tal caso le dichiarazioni di volontà si fondono nella c.d. comune volontà contrattuale» («Verträge sind die mehrseitigen [nicht immer zweiseitige] Willenserklärungen [vgl. §§ 116-144] mehrerer Rechtssubjekte hervorgebracht werden soll; die Willenserklärungen vereinigen sich dabei zu dem gemeinschaftlichen sog. Vertragswillen»).

dottrina possiamo risalire al Savigny. Nel *Sistema del diritto romano attuale* (1840-1849), il grande esponente della Scuola storica tedesca – egli, maestro del Puchta, adottò il sistema delle Pandette come base della costruzione di una scienza di diritto privato, poi sviluppatasi nella Pandettistica e sfociante nel BGB tedesco – trattava del contratto come sviluppo della esposizione relativa ai rapporti giuridici³²³. In essa venivano dapprima affrontati i fatti giuridici, per passare poi alla teoria delle dichiarazioni di volontà (*Willenserklärungen*) e, quindi, del negozio giuridico. Savigny, in tale contesto, individuava nel contratto la più importante e più completa forma di dichiarazione di volontà³²⁴.

Nel suo sforzo di definizione, egli sceglieva la compravendita come esempio di riferimento per l'analisi del concetto³²⁵. Partiva dalla considerazione che, in un contratto, due (es. compravendita) o più persone (es. società) hanno espresso una identica volontà diretta a instaurare un rapporto giuridico. Ma osservava subito che ciò non è sufficiente a definire il contratto, in quanto, ad esempio, anche i membri di un collegio giudicante, dopo la discussione di un caso esaminato, si accordano allo scopo di fissare il contenuto del giudizio, che è un 'rapporto giuridico'³²⁶. Attraverso

³²³ K.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. III, Berlin, 1840, 307-321. È stato sottolineato che questa grande opera del Savigny ruota attorno a tre concetti fondamentali: 1) il rapporto giuridico (*Rechtsverhältnis*) è l'aspetto legato alla realtà sociale, un relazione fra più persone regolata dal diritto; 2) l'istituto giuridico (*Rechtsinstitut*), inteso come unificazione concettuale di più rapporti giuridici per opera della scienza giuridica, attraverso un procedimento induttivo; 3) il sistema (*System*), cioè l'intima connessione fra gli istituti giuridici che fa del diritto positivo un organismo vivente. Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 246-259.

³²⁴ K.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. III, cit., 307, dove, ricapitolando il percorso concettuale dai fatti agli atti giuridici, fino alle dichiarazioni di volontà, affermava: «Per questa via facciamo un passo avanti, in cui cerchiamo di definire l'essenza del contratto, il quale fra tutte le forme di dichiarazione di volontà è la più importante e più completa» («Wir gehen auf diesem Wege einen Schritt weiter, indem wir das Wesen des Vertrags zu bestimmen suchen, welcher unter allen Arten der Willenserklärung die wichtigste und umfassendste ist»).

³²⁵ *Ivi*, 308.

³²⁶ *Ivi*, 309. Egli osservava: «Quando i membri di un tribunale, dopo lungo dibattito, si accordano su un giudizio, si ritrovano tutti gli elementi di un contratto, e anche lo scopo della decisione è un rapporto giuridico, e tuttavia non può ammettersi un contratto. La ragione sta nel fatto che il rapporto giuridico è loro estraneo, e non loro proprio, come nel caso della compravendita» («Wenn die Mitglieder eines Gerichtshof, nach langen Debatten, über ein Urteil sich einigen, so finden sich alle bisher angegebene Merkmale, auch ein Rechtsverhältnis ist Zweck des Beschlusses, und dennoch ist kein Vertrag anzunehmen. Der Grund liegt darin, daß das Rechtsverhältnis ihnen fremd, nicht wie bei dem Kaufcontract ihr eigenes ist»).

tale metodo induttivo, il Savigny giungeva alla definizione di contratto: «È contratto l'unione di più volontà in una concorde dichiarazione negoziale, attraverso la quale viene regolato il loro rapporto giuridico»³²⁷.

Per Savigny la nozione di contratto, così definita, rappresentava una singolarità del sistema delle dichiarazioni negoziali, un'applicazione unica e distinta del concetto di negozio. L'elemento di distinzione stava in ciò, che in questo caso più volontà si fondono in una sola dichiarazione, mentre in generale le manifestazioni di volontà negoziale possono provenire anche da un solo soggetto. Con un ultimo avvertimento: per 'rapporto giuridico' oggetto del contratto poteva intendersi un concetto ampio, comprensivo dei rapporti di diritto internazionale, di diritto pubblico e di diritto privato³²⁸.

La nozione così ampia di 'rapporto giuridico' spiega perché in Savigny, nel momento in cui l'analisi si concentra nel contratto di diritto privato³²⁹, si affaccino le diverse specie dei contratti obbligatori – aventi a oggetto sia la costituzione che l'estinzione di una obbligazione – e dei contratti costitutivi di diritti reali, come la *traditio*, le servitù prediali, l'enfiteusi³³⁰. Infine, veniva a questo punto fatto cenno anche ai contratti di diritto familiare³³¹.

Possiamo limitarci all'osservazione conclusiva dell'analisi della nozione di contratto nel *Sistema* del Savigny: sulla categoria del contratto, a differenza di quanto era avvenuto nell'esperienza che portò al Codice civile francese, esercitò una forza attrattiva preponderante la dottrina 'savigniana' del negozio giuridico, come dichiarazione di volontà capace di produrre effetti giuridici e nel cui ambito il contratto assume la posizione privilegiata data dalla plurilateralità soggettiva e dalla efficacia estesa ai 'rapporti giuridici'³³².

³²⁷ *Ivi*, 309: «Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden».

³²⁸ *Ivi*, 309-310. A quel punto l'autore presentava brevi osservazioni sui contratti di diritto internazionale e pubblico, ma subito dopo (*ivi*, 312) l'attenzione tornava a concentrarsi sul contratto di diritto privato.

³²⁹ *Ivi*, 312.

³³⁰ *Ivi*, 312-313. *Ivi* compare la definizione di 'contratti reali' (*dingliche Verträge*).

³³¹ *Ivi*, 313-314.

³³² Ulteriori interessanti riflessioni, sul rapporto fra volontà e dichiarazione in Savigny, si possono rinvenire in M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980, 265-300. Per ulteriori fondamentali osservazioni sulle tensioni interne, i conflitti e le contraddizioni della Scuola storica, fra la linea di politica del diritto tendente a conciliare il diritto dei giuristi (*Juristenrecht*) col diritto del popolo (*Volksrecht*) – come il Savigny – e la linea radicale di coloro che, a partire dal Puchta, primo allievo del Savigny, propugnavano da un lato, contro la recezione del diritto romano, un diritto nazionale codificato e, dall'altro, ne cercavano una sistemazione assiomatico-deduttiva con influenze provenienti dal

In riferimento all'eredità giusnaturalistica della Scuola storica, Franz Wieacker³³³ ha indicato i seguenti risultati: *a)* il sistema delle Pandette «che, applicato per la prima volta dichiaratamente da Hugo e Heise, fu poi ripreso da Savigny e rimase determinante per la Pandettistica del secolo XIX e per i codici da questa apprestati»³³⁴; *b)* il metodo per ricavare sistema e concetti e per operare deduzioni logiche dal quel sistema e quei concetti, metodo ispirato dal razionalismo del Wolff; *c)* la circostanza «che i concetti basilari impiegati dalla Pandettistica, e che ancor oggi indubitabilmente costituiscono gli elementi portanti del sistema civilistico, siano tutti derivati non dall'*Usus modernus* ma dalle sistematiche del giusnaturalismo laico»³³⁵; *d)* dal Giusnaturalismo e, soprattutto, dall'etica (*Critica della ragion pratica*) di Kant la Scuola storica avrebbe derivato anche l'idea della missione morale del diritto, intesa kantianamente come «etica formale del dovere e della libertà dedotta dal riconoscimento dell'autonomia morale della persona»³³⁶.

Appare evidente che l'autorevole romanista tedesco vedeva nella struttura del BGB il risultato di un processo di costruzione di un sistema giuridico completo e privo di lacune (c.d. Positivismo giuridico) attraverso il filtro della tradizione giusnaturalista, della Scuola storica e della Pandettistica. Illuminanti le pagine dedicate al Savigny³³⁷, in cui si ricostruisce, fra l'altro, l'influenza della dottrina kantiana del diritto sui concetti dogmatici più importanti della Pandettistica, come quello del diritto soggettivo come sfera di libertà individuale e quello del negozio giuridico. Attorno a tali concetti verrà attuato il programma di Savigny per la costruzione di una scienza del diritto che fosse la combinazione di una trattazione sistematico-filosofica della tradizione del diritto privato (esaltando soprattutto le origini romane e il diritto giustiniano a scapito del diritto comune) e al contempo storica. Lo sforzo di costruzione di una tale, nuova scienza giuridica, anche

Giusnaturalismo, si veda: F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Milano, 1980, 78-102, che afferma: «La conseguenza di questi conflitti fu la singolare sovrapposizione romantico-nazionale contro il diritto romano alle aspirazioni democratico-nazionali del Thibaut verso un codice comune per l'intera nazione» (*ivi*, 89); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 259-270, in cui a p. 263, riassumendo la vicenda del sopravvento preso all'interno della Scuola storica dal Puchta (il quale a fronte del metodo induttivo di Savigny adottò un metodo logico-deduttivo tendente a costruire dogmi astratti da un contesto sociale di riferimento), si afferma: «Assistiamo ad una sorta di 'consolidazione' di un "sistema" standardizzato del diritto privato in cui confluiscono molti elementi della più pura tradizione giusnaturalista, ancora vivi nel primo Hugo delle *Institutionen* del 1789 e ricomposti da Georg Arnold Heise (1778-1851)».

³³³ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, cit., 39-43.

³³⁴ *Ivi*, 39.

³³⁵ *Ivi*, 41.

³³⁶ *Ivi*, 42.

³³⁷ *Ivi*, 53-78.

come base di unità nazionale della Germania, spiega, per Franz Wieacker, la nota polemica fra lui e il Thibaut sulla codificazione, fino a concludere che «la storia del XIX secolo ha dato ragione sia a Thibaut che a Savigny, a ciascuno nella parte migliore del suo pensiero: a Thibaut nella sua affermazione dell'esigenza di un codice comune quale garanzia di libertà e di unità nazionale; a Savigny nella sua previsione che soltanto attraverso un rinnovamento della scienza del diritto, cioè attraverso la costituzione di una cultura scientifica, la Germania potesse un giorno divenire matura per un tale codice»³³⁸. La presente considerazione giustifica, a mio parere, la scelta da me compiuta di affrontare il discorso sul contratto nel BGB con l'ausilio dei due poli rappresentati da un lato dal Savigny e, dall'altro, dal Windscheid, che fece parte della prima commissione per la preparazione del BGB.

L'altro estremo dell'analisi del concetto di contratto nel BGB è Windscheid³³⁹. Questo grande esponente della Pandettistica raccolse l'eredità di chi, il Puchta (1798-1846), aveva in seno alla Scuola storica una visione capovolta rispetto all'impostazione storica del Savigny, portandola alle estreme conseguenze di un sistema assiomatico che partiva dalla massima valorizzazione dell'individuo e della sua volontà³⁴⁰. E rappresenta il culmine dell'indirizzo razionalista e positivista della Pandettistica tedesca³⁴¹.

Nel suo *Lehrbuch des Pandektenrechts*³⁴² Windscheid, come Savigny, prende le mosse dalla dottrina del negozio giuridico. Dopo aver trattato delle fonti del diritto, dei diritti in generale e dei soggetti, nella parte relativa al negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*)³⁴³ – inteso qui come «dichiarazione

³³⁸ *Ivi*, 74.

³³⁹ Su Windscheid: F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, cit., 144-150; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 268-270, ove si legge: «La sua fama salì tanto che alle sue 'Pandette' venne attribuito quasi valore normativo in sede giudiziaria e gli meritò la designazione a compilatore del primo 'Progetto' del Codice Civile per l'Impero germanico. Questo, successivamente rielaborato, mantenne gran parte dell'impronta primitiva, sicché la sua entrata in vigore, il 1° gennaio 1900, concluderà in bellezza il fenomeno, divenuto pressoché irripetibile nel mondo contemporaneo, di una dottrina – la Pandettistica – che tiene luogo del legislatore».

³⁴⁰ Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 264-266.

³⁴¹ *Ivi*, 267-268, evidenzia come sotto il nome di Pandettistica vada ricompresa una schiera diversificata di autori che parte dal razionalismo filosofico di fine '700 e arriva fino a Windscheid.

³⁴² Qui facciamo uso della sesta edizione (1887): B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 voll., 6. verb. und. verm. Aufl., Frankfurt a.M., 1887, ma l'opera conobbe in tutto sette edizioni.

³⁴³ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, cit., Libro II, cap. 3 sulla costituzione, estinzione e modificazione dei diritti, dove i negozi giuridici ricevono una collocazione

privata di volontà, diretta alla produzione di un effetto giuridico»³⁴⁴ e ulteriormente qualificato come avente sempre il fine ultimo della costituzione, estinzione e modificazione di un 'diritto'³⁴⁵ – afferma che la più importante distinzione della categoria è quella fra negozi unilaterali e bilaterali. E, precisando che il negozio bilaterale ha la denominazione corrente di 'contratto', aggiunge: «Il contratto trova applicazione nell'intero campo del diritto, non solo nel diritto delle obbligazioni»³⁴⁶.

La generalizzazione dell'efficacia del contratto, dovuta all'identificazione di esso con il negozio giuridico bilaterale, apre la strada all'elaborazione della dicotomia fra contratto a effetti obbligatori e contratto a effetti reali.

Nella parte relativa al diritto delle obbligazioni, Windscheid colloca poi la definizione di contratto 'obbligatorio': «Come ogni contratto, il contratto obbligatorio consiste nella fusione di due dichiarazioni di volontà»³⁴⁷. La dichiarazione della parte che conclude un contratto è diretta al fatto che essa vuole obbligarsi ad una prestazione, mentre la dichiarazione dell'altra parte è diretta al fatto che essa recepisce tale volontà di obbligarsi e la fa propria – detto in altre parole, che per essa deve nascere un diritto di credito relativo alla prestazione che l'altra parte dichiara di voler fare oggetto di obbligazione. È indifferente quale fra queste due dichiarazioni di volontà preceda l'altra»³⁴⁸.

di primo piano, come principale strumento per la produzione di effetti giuridici.

³⁴⁴ *Ivi*, 186; cfr. p. 188.

³⁴⁵ *Ivi*, 188-189: «Il negozio giuridico è una dichiarazione privata di volontà. Il fine ultimo del negozio giuridico è sempre la costituzione, l'estinzione e la modificazione di un diritto (o di un complesso di diritti)» («Das Rechtsgeschäft ist Privatwillenserklärung. Das letzte Ziel der Rechtsgeschäfte ist immer die Entstehung, der Untergang und die Veränderung eines Rechts [oder eines Komplexes von Rechten]»). Si noti che, dove Savigny parlava di 'rapporto giuridico', Windscheid parla di 'diritto', formulazione più astratta: cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 264: «Il Savigny veramente aveva cercato di superare in parte l'astrattezza delle impostazioni consueta, mettendo al centro del suo *Sistema* il concetto di 'rapporto giuridico', inteso quale dato fattuale, in luogo di quello assai più vago di 'diritto soggettivo'».

³⁴⁶ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, cit., 190: «Der Vertrag findet seine Anwendung auf dem gesamten Rechtsgebiet, nicht bloß im Obligationenrecht».

³⁴⁷ Nella parte relativa al negozio giuridico, l'autore aveva dichiarato: «Il contratto non è un mero accordo di volontà, ma fusione di volontà» («Der Vertrag ist nicht bloße Willensübereinstimmung, er ist Willensvereinigung»); cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, cit., 190, n. 2, a commento dei nomi romani di contratto *pactio* e *conventio*.

³⁴⁸ *Ivi*, vol. II, cit., 175-177: «Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen Vertragsschließenden ist darauf gerichtet, daß er zu einer Leistung verpflichtet sein wolle, die des andern

Possiamo ora tornare al commento del § 145 BGB e, brevemente, affermare che sulla nozione di contratto nel diritto tedesco si è riversata tutta l'evoluzione di pensiero sviluppato dalla Pandettistica in merito al negozio giuridico. Da un lato, una concezione di contratto frutto della massima astrazione, come negozio bilaterale in cui due (dichiarazioni di) volontà si fondono in un comune intento, diretto alla costituzione e modificazione di diritti. Dall'altro, la formazione di una dicotomia, quella dei contratti a effetti obbligatori e dei contratti a effetti reali.

I contratti obbligatori sono maggiormente agganciati alla tradizione del diritto romano e, in tale quadro, si 'scindono' dal contratto a effetto reale attraverso l'esempio del contratto di compravendita, sulla scia del Savigny. Infatti, il § 433 sul contratto di vendita, nel testo originale, faceva sorgere da tale figura esclusivamente obbligazioni: quelle del venditore a consegnare la cosa e a procurare la proprietà al compratore; e quella del compratore a pagare il prezzo e a ricevere la cosa comprata³⁴⁹. L'effetto traslativo, poi, viene affidato dal § 929 a un accordo tra le parti sulla consegna, vale a dire un ulteriore contratto a effetti reali³⁵⁰.

Vertragschließenden darauf, daß er diesen Verpflichtungswillen ergreife – ohne Bild ausgedrückt: daß für ihn auf die Leistung, zu welcher der andere Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, ein Vorderungsrecht entstanden sein solle. Welche von diesen beiden Willenserklärungen vorhergeht, ist gleichgültig».

³⁴⁹ BGB § 433 (testo 1896): «Attraverso il contratto di compravendita il venditore di una cosa si obbliga a consegnare la cosa al compratore e di procurargli la proprietà della cosa. Il venditore di un diritto si obbliga a procurare al compratore il diritto e, se il diritto autorizza a possedere una cosa, a consegnargli la cosa.

Il compratore è obbligato a pagare al venditore il prezzo concordato e a ricevere la cosa comprata» («Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übernehmen und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitze einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.

Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen»).

Nel testo attuale è scomparsa la disposizione sulla vendita di un diritto, ora sostituita con l'obbligo del venditore di consegnare una cosa libera da vizi materiali o giuridici.

³⁵⁰ BGB § 929: «Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessario che il proprietario consegni la cosa all'acquirente e che entrambi siano d'accordo che la proprietà debba essere trasferita. Se l'acquirente ha il possesso della cosa, è sufficiente l'accordo sul trasferimento di proprietà» («Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums»). La dottrina segnala che, nel caso di beni immobili, il meccanismo di trasferimento della proprietà attraverso un contratto a effetti reali sia lo stesso, ma viene accompagnato dall'atto di intavolazione: cfr.

Possiamo ora concludere il percorso qui intrapreso di fornire una valutazione della nozione cinese di contratto in rapporto al sistema giuridico romanistico. A livello di definizione del contratto, la Cina ha, con il comma 1 dell'art. 2 Legge unitaria, compiuto una scelta di fedeltà al concetto tipicamente romano di atto negoziale che è fonte di obbligazione. D'altra parte, con il comma 2 del medesimo articolo, l'ordinamento cinese ha – a mio parere parzialmente, cioè nei limiti dell'area di figure contrattuali delimitata da questa seconda parte della norma cinese in esame – accolto lo sviluppo, dovuto principalmente alla dottrina pandettistica, in base al quale, elevato il negozio giuridico al massimo grado di elaborazione e assorbito il contratto all'interno di tale teoria, il contratto stesso si è 'scisso' nella dicotomia, divenuta patrimonio di pensiero della civilistica, fra contratto a effetti obbligatori e contratto a effetto reali.

BGB § 873; O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 865-866 e 868-870; G. MONATERI, R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, cit., 139. Si sottolinea che, mentre il contratto obbligatorio è causale, quello a effetto reale è astratto.

Capitolo Terzo

La Legge sui contratti della RPC

SOMMARIO: 1. Le *Disposizioni generali* (*yiban guiding* 一般规定) della *Legge sui contratti*. Contributi della dottrina – 1.1 Le *Disposizioni generali* quali principi fondamentali (*jiben yuanze* 基本原则) – 1.2 Finalità della Legge – 1.3 Nozione di contratto – 1.4 Parti del contratto – 1.5 Principio di libertà – 1.6 Principio di equità – 1.7 Principio di buona fede – 1.7.1 La buona fede nel diritto romano – 1.8 Principio di liceità – 1.9 Forza vincolante del contratto – 2. Le *Disposizioni fondamentali* (*jiben guiding* 基本规定) del Codice Civile della RPC – 3. Contenuto del contratto ed effetti giuridici. Art. 12 della Legge unitaria – 3.1 Nozione e funzione del contenuto. Percorsi della dottrina – 3.2 Segue: percorsi della dottrina. I doveri contrattuali – 3.3 Segue: percorsi della dottrina. Gli elementi del contratto – 3.4 Manifesta iniquità determinata da una parte. Contenuto della fattispecie – 4. Forma del contratto. Evoluzione del dato normativo fino all'art. 10 della Legge unitaria – 4.1 Forma del contratto. Segue: percorsi del legislatore e della dottrina – 4.2 Forma del contratto. Segue: la Legge unitaria – 4.3 Segue: contributi e rilievi della dottrina – 4.4 Segue: l'approvazione e registrazione del contratto – 5. Sui contratti elettronici

1. *Le Disposizioni generali* (*yiban guiding* 一般规定) *della Legge sui contratti. Contributi della dottrina*

La *Legge sui contratti della RPC* (*Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa* 中华人民共和国合同法), cosiddetta Legge unitaria, emanata il 15 marzo 1999, entrava in vigore il 1° ottobre, giorno del cinquantesimo anniversario della fondazione della Repubblica Popolare Cinese:

第四百二十八条: «本法自 1999 年 10 月 1 日起施行, 《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国技术合同法》同时废止»

Art. 428: «Questa legge entra in vigore il 1° ottobre 1999. *La Legge sui contratti economici della Repubblica Popolare Cinese*, la *Legge sui contratti economici concernenti interessi stranieri della Repubblica Popolare Cinese*, la *Legge sui contratti di tecnologia della Repubblica Popolare Cinese* sono contestualmente abrogate».

Concepita ed elaborata da accademici cinesi e giudici della Corte Suprema del Popolo, e per la prima volta sottratta all'esclusivo condizionamento della burocrazia e dell'apparato statale, la Legge unitaria è improntata a una struttura che segue il modello della suddivisione in norme cogenti, norme dispositive e suppletive nei singoli capitoli.

Nella sua complessità la struttura del testo risulta solidamente costruita, suddivisa in due parti, generale e speciale, in cui sono distribuiti 428 articoli in 23 capitoli. La parte speciale, in 16 capitoli, è riservata ai diversi tipi contrattuali³⁵¹.

Fa da introduzione il Capitolo primo *Disposizioni generali* (*Yiban guiding* 一般规定), in cui sono contenuti i principi fondamentali della Legge, proposto come momento teorico in cui trasmettere la *ratio iuris*, l'intento della Legge identificato con l'interesse da essa tutelato, dunque non una mera selezione, per ragioni di priorità, di disposizioni specifiche, ma costante e fermo punto di riferimento cui ricorrere per il rispetto e l'adempimento delle finalità ivi dichiarate e per le possibili interpretazioni dottrinali e logiche dell'intero testo³⁵².

³⁵¹ I tipi contrattuali sono i seguenti: contratto di compravendita (Capitolo IX, articoli 130-175); contratto di fornitura e uso di elettricità, acqua, gas, riscaldamento (Capitolo X, articoli 176-184); contratto di donazione (Capitolo XI, articoli 185-195); contratto di mutuo di denaro (Capitolo XII, articoli 196-211); contratto di locazione (Capitolo XIII, articoli 212-236); contratto di locazione finanziaria (Capitolo XIV, articoli 237-250); contratto d'appalto (Capitolo XV, articoli 252-268); contratto di costruzione (Capitolo XVI, articoli 269-287); contratto di trasporto (Capitolo XVII, articoli 288-321); contratto di tecnologia (Capitolo XVIII, articoli 322-364); contratto di deposito (Capitolo XIX, articoli 365-380); contratto di deposito in magazzini (Capitolo XX, articoli 381-395); contratto di mandato (Capitolo XXI, articoli 396-413); contratto di commissione (Capitolo XXII, articoli 414-423); contratto di mediazione (Capitolo XXIII, articoli 424-427).

³⁵² Tali disposizioni sono «alla base di una serie di regole, che vengono poi analiticamente fissate, e delle quali sono criterio interpretativo», in S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 147; ID., *Diritto romano in Cina - XXI Secolo*, cit.; v. da ultimo R. CARDILLI, *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, in *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Roma, 2010, 153-171.

Riguardo alla definizione di principi e principi fondamentali, ZHU YIKUN, *Zhongguo Minfa - China's Civil Law*, Beijing, 2003, 7: «As the law of law the principles give reasons, purpose and direction to specific rules. They not only provide norms for civil legislation, code of conduct for civil subjects and courts, but also offer remedies for legal loopholes. It is generally accepted that there are four basic principles in civil law [...] equality, party's autonomy, honesty and good faith, no abuse of rights»; FU JUNWEI, *Modern European and Chinese Contract Law: A Comparative Study of Party Autonomy*, The Netherlands, 2011, 37-38: «Fundamental principles are abstraction from all the rules, and are the leading

Impressionanti gli effetti nel campo della ricerca, stimolata come non mai nel passato alla divulgazione delle nuove prospettive in materia contrattuale, alla interpretazione e alla competizione teorica. Numerosi e notevoli gli interventi della dottrina sempre più aggiornata e incisiva nel valutare positivamente, e a ben ragione, la portata dei traguardi raggiunti e il superamento delle contraddizioni. Sono tracciate le linee-guida in fase di elaborazione: unificazione del diritto contrattuale, integrazione delle lacune, introduzione di nuovi tipi contrattuali, incremento del commercio e promozione delle attività del mercato cinese in campo internazionale, anche in vista dell'ambito ingresso della Cina nella WTO nel 2001.

Un primo interessante dibattito di notevole spessore interpretativo impegna la dottrina sui propositi insiti nella enunciazione degli otto articoli delle *Disposizioni generali*. Alla domanda: che senso ha, quale il significato di una simile introduzione, quale la connessione con il testo della *Legge*, una risposta pienamente esaustiva è offerta dalla giurista Chen Xiaojun in una lunga e dettagliata dissertazione *Il senso delle Disposizioni generali della Legge sui contratti*, esplicitiva come solo poteva un'interprete esperta della terminologia e delle pretese del legislatore appartenente alla propria cultura. Questi i passi più salienti: «Ciascun paese la cui legislazione in materia contrattuale prevede disposizioni generali del diritto contrattuale, dispone oggetto e principi della legislazione sui contratti, contenuti della conclusione, adempimento, cessazione del contratto, responsabilità per violazione *et cetera* [...]. Pertanto, le disposizioni generali sono l'anima e il fondamento della Legge sui contratti, conferiscono espressione all'ideologia, alle caratteristiche, alle disposizioni fondamentali del diritto contrattuale. Il loro significato si riflette all'interno del sistema dei contratti nei seguenti punti: i) hanno istituito il principio di libera volontà contrattuale e quello relativo

principles for the whole of contract law. Not only do they represent the essence and spirit of the law, but they are also the guiding principles for the drafting, interpreting, implementing and studying of the law. These principles, in practice, could serve to guide or inform, or even act as the legal basis for the resolution of various contractual disputes [...]. The following elements characterize fundamental principles in the CLC: (1) not only do the fundamental principles guide the rules of implementation, but also they can reflect the spirit as well as value orientation of contract law. They are determined by social and economic life, and guide all stages of contract. (2) They are uncertain, because they do not refer to the concrete rights and obligations of parties, with the effect that contractual parties cannot predict the precise consequences that these principles will have on their rights. (3) They are mandatory rules, so contractual parties cannot exclude their application in contracts. Fundamental principles are part of mandatory statutory law that provides legitimacy to the judgment of a court. (4) They serve for the interpretation of the law and may apply to specific cases where the law fails to govern specific rules».

all'incoraggiamento del commercio e hanno promosso lo sviluppo di un'economia di mercato»³⁵³.

Si rileva che questo punto contiene il principio inespresso, ma insito come fondamentale, quale principio informatore cui è ispirata la stessa struttura della Legge unitaria. La studiosa si sofferma con un commento ampio e preciso che tocca, con esempi *ad hoc*, tutto l'ordinamento. Proseguendo: «ii) Hanno modificato la normativa del diritto dei contratti realizzandone l'integrazione con le regole relative agli scambi di mercato [...] hanno sintetizzato la formazione di una funzione specifica di controllo; tale tipo di modello legislativo che comprende *Disposizioni generali-Disposizioni specifiche* è comunemente accolto nel diritto dei contratti di ogni paese del mondo»³⁵⁴.

A questo punto si sottolineano gli effetti giuridici e le novità positive della Legge unitaria nei confronti delle lacune e delle approssimazioni delle precedenti leggi del c.d. Tripode. Risalta, soprattutto all'interno del commento, l'analisi rivolta a raccordare la nuova tecnica legislativa cinese con i principi relativi agli scambi commerciali riconosciuti nel diritto dei contratti in tutto il mondo.

Il punto iii) assume il ruolo di sintesi: «Concepite sulla base delle fasi sequenziali del contratto, le *Disposizioni generali* hanno contribuito a rafforzare le possibilità applicative del diritto dei contratti»³⁵⁵.

1.1 Le Disposizioni generali *quali principi fondamentali* (jiben yuanze 基本原则)

Le *Disposizioni generali* sono enunciate in otto articoli, riconosciuti dalla dottrina quali principi fondamentali (*jiben yuanze*)³⁵⁶. È possibile collegare le Disposizioni, ma con un ben diverso e più maturo approccio teorico e strutturale, con l'impostazione già adottata in Cina nei *Principi generali del diritto civile* del 1986 e nella *Legge sulla garanzia delle obbligazioni*³⁵⁷ del 30 giugno 1995, ed è nella giusta direzione considerarle

³⁵³ CHEN XIAOJUN (a cura di), *Hetongfa xue* [Diritto dei contratti], cit., 22.

³⁵⁴ *Ivi*, 23.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], Beijing, 2002, 134.

³⁵⁷ La *Legge sulla garanzia delle obbligazioni della RPC* nell'art. 3 approva i medesimi principi con le medesime priorità, cfr. A. PETRUCCI, *La Legge sulla garanzia delle obbligazioni della Repubblica Popolare Cinese*, in *Riv. dir. comm. int.*, IV, 1996, 873-879.

premessa indispensabile per la lettura e l'interpretazione dell'intero testo della *Legge*.

Per il giurista Xu Guodong il termine cinese *yuanze* rimanda al latino "*principium*" «"inizio" per indicare di volta in volta l'"atto o il fatto di iniziare", la parte iniziale di alcunché»³⁵⁸. La terminologia intenzionalmente adottata esprime l'esigenza, già fatta propria dai codici europei, di garantire un raccordo con il *ius Romanum* e i suoi sviluppi³⁵⁹. Il legislatore cinese concorda sulla natura dei "principi fondamentali" da intendersi come poli giuridici di un determinato ordinamento, contestualmente partecipe dei valori comuni di altri ordinamenti: l'autodeterminazione, l'autonomia contrattuale, l'equivalenza nei contratti sinallagmatici, l'affidamento e la buona fede.

Sulla valutazione del ruolo che i principi espressi nelle *Disposizioni generali* del Capitolo primo svolgono in relazione a tutti gli articoli compresi negli altri ventitré capitoli della Legge unitaria, la dottrina si è impegnata ad affrontare interrogativi e perplessità, anche in considerazione dell'esigenza di un raffronto tra questi principi e gli altri già enunciati come propri del diritto civile.

Premesso che tali principi «costituiscono l'ideologia-guida e le norme giuridiche fondamentali che permeano l'intero sistema dei contratti»³⁶⁰, e tuttavia sono strettamente correlati agli altri principi fondamentali del diritto civile, si devono riconoscere determinate differenze. Nelle nuove teorie generali sulla Legge unitaria correlazioni e distinzioni vengono vagliate e precisate da Wang Liming e Cui Jianyuan³⁶¹. Pienamente condivisibile una basilare deduzione: «Essendo la Legge sui contratti una parte costitutiva del diritto civile e la condotta contrattuale nient'altro che una forma specifica di condotta civile, i principi fondamentali del diritto civile sono criteri che guidano anche la legislazione, la giustizia e la condotta in materia contrattuale. Si può affermare che principi quali la posizione paritaria dei soggetti, la libera volontà, l'equità, l'equo compenso, la

³⁵⁸ XU GUODONG, *Minfa jiben yuanze jieshi - chengxin yuanze de lishi, shiwu, fali yanjiu* [Spiegazione dei principi fondamentali del diritto civile: ricerca su storia e aspetti pratici del principio di buona fede; *ratio* dei principi fondamentali del diritto civile], Beijing, 2013, 8.

³⁵⁹ Cfr. S. CHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, cit., 61.

³⁶⁰ XU GUODONG, *Minfa jiben yuanze jieshi - chengxin yuanze de lishi, shiwu, fali yanjiu* [Spiegazione dei principi fondamentali del diritto civile: ricerca su storia e aspetti pratici del principio di buona fede; *ratio* dei principi fondamentali del diritto civile], cit., 8.

³⁶¹ WANG LIMING, CUI JIANYUAN, *Hetongfa xin lun - zongze* [Nuova teoria del diritto dei contratti. Parte generale], Beijing, 2000, 97 e 99.

tutela giuridica di diritti e interessi civili, la liceità, il rispetto della morale e dell'interesse pubblico vengono applicati direttamente alle relazioni commerciali [...]. Si può notare che i principi fondamentali del diritto civile e i principi fondamentali della Legge sui contratti sono in un rapporto di genere a specie»³⁶².

Anche sul distinguo tra principi fondamentali del diritto civile e i principi fondamentali della *Legge sui contratti* si deve logicamente riconoscere che non è possibile ridurre a principi fondamentali del diritto civile i principi appartenenti esclusivamente alla *Legge sui contratti*, ad esempio per tutti il principio inespresso, ma emergente dal complesso delle disposizioni, relativo all'incoraggiamento del commercio, finalizzato alla promozione degli scambi commerciali e applicabile esclusivamente in ambito contrattuale.

Determinate caratteristiche dei principi sono tracciate da osservatori diretti della disciplina contrattuale in modo schematico nei seguenti quattro punti: «i) indeterminatezza; ii) carattere di norme fondamentali; iii) ruolo guida; iv) forza coercitiva. L'indeterminatezza sta ad indicare che i principi fondamentali della Legge sui contratti sono norme generali che non prevedono la definizione di una fattispecie concreta [...]. Il carattere di norme fondamentali sta ad indicare che i principi fondamentali della Legge riflettono i valori di libertà, giustizia, efficacia *et cetera* e la formulazione, applicazione, interpretazione delle norme, e la ricerca scientifica relativa alla Legge sui contratti hanno una "guida ideologica" ed il proprio orientamento nei principi desumibili nelle Disposizioni. Il ruolo di guida consiste nel coordinare e bilanciare la totalità dei rapporti contrattuali e nel condurli in maniera sicura, garantita ed ordinata. La forza coercitiva sta ad indicare che le parti hanno l'obbligo di osservare i principi fondamentali della Legge sui contratti né possono rifiutarsi di applicarli»³⁶³.

Occorre precisare, onde evitare equivoci e obiezioni circa apparenti contraddizioni tra il primo e il quarto punto, che gli studiosi usano il termine *bu queding xing* (不确定性) corrispondente al vocabolo italiano "indeterminatezza" per insistere sul concetto di astrazione insito nell'espressione *jiben yuanze*, principi fondamentali che come tali non intendono definire concretamente una fattispecie, ma ai quali tuttavia le parti sono obbligate o devono attenersi.

³⁶² *Ivi*, 97; CUI JIANYUAN, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 16.

³⁶³ GUO MINGRUI, ZHANG PINGHUA, *Hetongfa xue anli jiaocheng*, [Raccolta di casi giuridici in ambito contrattuale], Beijing, 2003, 7.

Sulla elaborazione dei principi quale quadro complessivo delle finalità della Legge unitaria si è autorevolmente affermato che essi rappresentano «un punto di riferimento da cui partire per determinare, interpretare, mettere in pratica le disposizioni ed approfondirne i contenuti [...] offrendo regole astratte di comportamento per le attività commerciali»³⁶⁴.

La dottrina è concorde nel ritenere la Legge unitaria ottimamente strutturata e ricca di significati che sembrano trascendere i limiti del proprio campo e ciò è confermato da Han Shiyuan, in un intervento, il più recente, molto articolato e approfondito, che può considerarsi una sintesi dei giudizi su riferiti.

Sul significato di principi spicca la posizione ideologica legata ad echi di matrice confuciana attualmente rivalutati nella revisione critica delle teorie giuridiche in cui prevalgono severe concezioni etico-religiose: «Il principio del contratto è sacro ed inviolabile»³⁶⁵. Tale lapidaria affermazione traccia l'impronta da dare allo svolgersi, in astratto e in concreto, del concetto e della prassi del contratto, che interessa interamente la vita associata dell'umanità. Sul piano pragmatico: «il contratto è uno strumento, un mezzo per lo svolgimento di attività commerciali, la cui sacralità consiste nella garanzia di realizzare gli obiettivi pattuiti e quindi costituisce il requisito essenziale per l'esatta conformità al principio di buona fede, ritenuto basilare ed etico per eccellenza»³⁶⁶.

Attento a connettere sempre la parte con il tutto, Han Shiyuan ha, dunque, inteso ponderare i principi elencati nella Legge unitaria con un valore ben più profondo non cristallizzato nella Legge. Sulla valutazione e sulla funzione propria dei principi fondamentali, lo studioso parte dall'origine per svolgerne con ordine e consequenzialità il percorso in tre tempi:

³⁶⁴ WANG LIMING, FANG SHAO KUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Beijing, 2002, 24.

³⁶⁵ V. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 5-6. L'attenta lettura, come d'abitudine per tutti i testi, della prefazione mi è parsa molto eloquente ed esemplare del modo in cui un docente di diritto, nonché noto giurista cinese organizza e offre la propria cultura e le proprie competenze. L'autore, sperando in un numero sempre maggiori di lettori dichiara che il testo è rivolto a studenti universitari «alle prime armi e ai principianti», quindi espone le ragioni della terza ristampa: i) l'emergere di nuove interpretazioni di leggi, regolamenti, interpretazioni giudiziali; ii) i nuovi modelli prodotti dalla pratica giuridica e le nuove problematiche; iii) i progressi da lui compiuti nella ricerca e nello studio; iv) l'acquisizione di nuovo materiale. Pertanto ritiene che «questa ristampa è completa; non importa se in quanto al contenuto o alla forma; certo è che rispetto alle precedenti edizioni i progressi sono notevoli». Singolare la conclusione: «Nel testo inevitabilmente emergono errori ed omissioni, e come di consueto invito la vecchia generazione di studiosi e le menti illustri di ogni estrazione a muovere commenti critici».

³⁶⁶ *Ibid.*

i) dalla regola al principio; ii) distinzione tra principi concreti e principi fondamentali; iii) impiego dei principi fondamentali della Legge sui contratti. Precise le argomentazioni per dimostrare il passaggio dalla regola al principio: «Dalla legislazione scritta deriva la norma, si indicano condotta e relazioni sociali in senso giuridico. Tuttavia, poiché la società è in continuo mutamento e la capacità del legislatore è limitata, le situazioni in cui le norme specifiche si rivelano non del tutto sufficienti sono inevitabili facendo emergere i limiti della legge scritta [...]. La legge è affiancata dai principi. Nelle circostanze che rientrano nella norma concreta, i principi non sono necessari. Nelle circostanze in cui manca una norma concreta, si integrano gli obiettivi normativi del legislatore in base ai principi: la giustizia stabilisce ciò che si deve osservare nella fattispecie; in questo modo si sviluppa il suddetto ruolo ideale della norma»³⁶⁷.

L'autore distingue fra principi concreti e principi fondamentali: «I principi della Legge sui contratti sono criteri che si applicano in determinati ambiti oppure all'intera disciplina contrattuale, e in base a queste due aree di applicazione possono essere distinti in "principi concreti" e "principi fondamentali". I primi, ad esempio il principio di esatto adempimento del contratto e il principio di responsabilità per eventuali violazioni. I secondi, ad esempio il principio di libertà [...]. La Legge sui contratti è una parte costitutiva del diritto civile; i principi fondamentali della legge civile sono, dunque, anche i principi della Legge sui contratti»³⁶⁸.

Sull'impiego dei principi fondamentali della Legge sui contratti si ribadiscono i quattro punti essenziali: i) quale criterio per la legislazione in materia di contratti; ii) quale criterio di interpretazione per preservare la giustizia contrattuale; iii) come basi per l'interpretazione, la valutazione e il rimedio contrattuale; iv) con funzione di norma e di guida per il corretto esercizio dei diritti e per l'assunzione degli obblighi di adempimento.

In definitiva i principi risultano essere «norme con forza coercitiva che le parti hanno l'obbligo di rispettare e applicare; qualora le parti ne rifiutino l'applicazione, l'accordo è considerato privo di validità»³⁶⁹.

1.2 *Finalità della Legge unitaria*

Risulta evidente, è dato di concludere, l'intento prioritario del legislatore di indicare l'impostazione teleologica della Legge unitaria: gli otto

³⁶⁷ *Ivi*, 34-35.

³⁶⁸ *Ivi*, 35.

³⁶⁹ *Ibid.*

articoli in cui sono formulati i principi fondamentali costituiscono il nuovo telaio giuridico tessuto all'interno del diritto civile cinese, molto rappresentativo anche all'estero, del nuovo corso intrapreso dalla Cina in vista del suo ingresso nel mercato globale. A conferma, il dettato dell'art. 1:

«为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法»

«Questa legge è finalizzata a tutelare i legittimi diritti e interessi delle parti del contratto, a salvaguardare l'ordine economico-sociale ed a promuovere la costruzione della modernizzazione socialista».

La parte del contratto (*hetong dangshiren* 合同当事人), superando le specificazioni del Tripode, diventa soggetto della relazione contrattuale, in cui rientra la tutela degli interessi di ordine economico-sociale rivolti alla modernizzazione socialista³⁷⁰. Il ruolo che la legge, la Legge unitaria, nello specifico, assume in funzione della modernizzazione socialista è precisato da Jiang Ping: «La legge è al primario servizio della costruzione del paese orientata verso l'economia e verso la modernizzazione socialista [...]. La Legge unitaria è la legge principale che deve sostenere lo Stato in questo compito fondamentale operando in favore della modernizzazione socialista»³⁷¹.

Da una sua angolazione Yang Lixin evidenzia come per la realizzazione di tale peculiarità occorra necessariamente l'intervento della giurisprudenza: «Dal punto di vista della giurisprudenza, tale requisito costituisce un criterio in cui è necessario applicare la normativa di legge nei processi e negli arbitrati concernenti casi di dispute contrattuali [...]. Ogni condotta processuale o arbitrale che si discosti o violi l'intento della Legge sui contratti provoca un danno alla legge, ai legittimi diritti e interessi delle parti, all'ordine economico-sociale e alla modernizzazione socialista. La norma dell'art. 1 è [...] un requisito verso il giudice. Solo attraverso il comune impegno del legislatore, del giudice e delle parti, è possibile realizzare pienamente l'obiettivo della Legge sui contratti»³⁷².

In questa interpretazione si distinguono le competenze: al legislatore compete l'enunciazione dei requisiti, al giudice e alle parti l'attuazione degli stessi per la piena realizzazione delle finalità conformi a

³⁷⁰ JIANG PING, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Spiegazione dettagliata sul diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Appendice con articoli], Beijing, 1999, 1.

³⁷¹ *Ivi*, 2.

³⁷² YANG LIXIN, *Hetongfa zongze*, I [Principi generali del diritto dei contratti, vol. I], cit., 9.

un piano di riforme per l'ammodernamento dell'assetto economico-ideologico di stampo socialista del paese.

In effetti, l'art. 1, così come è enunciato, ponendo in primo piano i tre requisiti necessari per raggiungere le finalità della *Legge*, intende sostenere un dato di fatto di massima portata: il cammino della Cina verso l'apertura alle leggi del mercato internazionale non intende disconoscere l'impianto ideologico-politico su cui si regge lo Stato. Piuttosto, si avverte, se un ammodernamento deve esserci, questo deve essere improntato ai dettami socialisti. La costruzione della modernizzazione socialista da realizzare, intanto come primo obiettivo in materia contrattuale, si effettua nella conservazione dello *status quo ante*, pur nel superamento dei condizionamenti imposti dal radicale integralismo ideologico-politico del passato. Ecco emergere, in relazione ai fini appena esposti, la veste peculiare che l'autonomia negoziale viene ad assumere nell'ordinamento cinese attraverso la figura, su cui noi già abbiamo richiamato l'attenzione, di relazione contrattuale.

1.3 *Nozione di contratto*

Il raggiungimento delle finalità della *Legge sui contratti* è affidato alle due categorie indicate nell'art. 2. Tale disposizione rappresenta, nei modi visti nel Capitolo secondo, una colonna portante del diritto cinese dei contratti; in essa si rinvencono le due nozioni di contratto accolte nel sistema:

«Ai fini di questa legge, per contratto si intende l'accordo per costituire, modificare od estinguere rapporti civili di tipo obbligatorio tra persone fisiche, persone giuridiche od altre organizzazioni, con qualità di soggetti paritari.

Agli accordi relativi ai rapporti di stato civile quali matrimonio, adozione, tutela ed altri, si applicano le disposizioni di altre leggi».

Voce unica utilizzata è quella di *hetong*, termine che consente un'articolata classificazione dei contratti³⁷³: nominati e innominati, formali e non formali, unilaterali e plurilaterali *et cetera*. Wang Liming per chiarire il differente impiego tra *hetong*, il contratto della Legge unitaria e *hetong*, il contratto nei rapporti di stato civile disciplinati dal diritto civile cinese, adduce esempi e apposite esplicazioni: «In Cina gli accordi relativi ai rapporti di tipo personale quali il matrimonio, l'adozione, la tutela non appartengono ai rapporti di scambio e non possono essere regolati come tali sulla base della Legge sui contratti [...]. Secondo la tradizionale concezione e coscienza giuridica

³⁷³ *Supra* pp. 75-124 per un commento in prospettiva di raffronto con il sistema giuridico romanistico.

del nostro paese, l'istituto del matrimonio non è mai stato considerato alla stregua di un rapporto contrattuale. Personalmente ritengo che i rapporti coniugali siano principalmente rapporti di tipo personale tra soggetti paritari, i quali non devono essere regolati dalla disciplina dei contratti. Tuttavia, nell'ambito dei rapporti coniugali sono compresi anche accordi relativi all'eredità e all'allevamento della prole, accordi di separazione dei beni e altri contratti che includono la separazione patrimoniale; tali rapporti non sono differenti nella loro natura dai comuni contratti civili: in essi vengono difatti applicati i principi di uguaglianza, di libera volontà, *et cetera*. Riguardo alla conclusione, all'adempimento, alla modifica, alla rescissione e alla responsabilità per violazione di tali contratti, è necessario applicare le disposizioni della Legge sui contratti. Riguardo agli accordi relativi alle questioni patrimoniali tra coniugi, la situazione è la seguente: attualmente, numerosi studiosi ritengono che i contratti di tipo personale esclusi dal comma 2 dell'art. 2 della Legge sui contratti siano solamente contratti di tipo personale a contenuto non patrimoniale, mentre gli accordi relativi alle questioni patrimoniali tra coniugi hanno natura di rapporto patrimoniale e appartengono all'ambito della disciplina della Legge sui contratti; tuttavia ad essi si deve applicare in via prioritaria la Legge sul matrimonio e le altre relative leggi specifiche; qualora leggi specifiche in materia non siano state formulate, si possono applicare la Legge sui contratti e i Principi Generali del diritto civile. Io ritengo che questo punto di vista sia condivisibile»³⁷⁴.

Emerge, dunque, che la Legge unitaria e i *Principi generali del diritto civile*, pur rappresentando una disciplina specifica della relazione contrattuale, mentre i rapporti a carattere non patrimoniale sono oggetto di leggi speciali, tuttavia, in mancanza di una normativa espressa non limitano il loro ambito di efficacia ai soli rapporti patrimoniali. Così, essi costituiscono un interessante momento di raccordo fra il nuovo diritto dei contratti e il resto dell'ordinamento civilistico cinese.

Sul raffronto tra i due commi dell'art. 2, tra le due nozioni di *hetong* Han Shiyuan rileva che «la Legge sui contratti non ha adottato una nozione di contratto in senso stretto ma in senso ampio che, oltre al contratto di obbligazione, può anche includere i contratti reali e altri contratti. Solo in quest'ottica i limiti posti dal comma 2 dell'art. 2 assumono un senso nel rendere esplicita l'esclusione dei contratti di carattere personale dall'ambito della Legge sui contratti»³⁷⁵.

³⁷⁴ WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], cit., 58.

³⁷⁵ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 5-6. Si precisa che in

1.4 *Parti del contratto*

第三条: «合同当事人的法律地位平等, 一方不得将自己的意志强加给另一方»

Art. 3: «Le parti del contratto hanno una posizione giuridica paritaria. Una parte non può imporre la propria volontà all'altra».

Al criterio interpretativo teleologico: «l'articolo assume una duplice finalità: evita che una delle parti abbia una posizione privilegiata; evita che soggetti esterni ai contraenti influenzino l'attività giuridica»³⁷⁶, si affianca l'interpretazione letterale e logica della norma: «Nel rapporto contrattuale, dal momento che entrambe le parti hanno una medesima posizione, ogni parte ha il diritto di decidere autonomamente, nel senso che una parte non deve imporre la propria volontà all'altra; pertanto anche se fra le parti non esiste un rapporto paritario, ad esempio, il rapporto tra il datore di lavoro e il lavoratore, tra padre e figlio, in un rapporto contrattuale le parti hanno la medesima posizione giuridica. Qualora la parte sia una persona fisica o giuridica, oppure una società statale o privata oppure di nazionalità cinese o straniera, si applicano le medesime norme in base al principio di uguaglianza. La Legge unitaria ricorre a tale principio per soddisfare la richiesta del mercato globale e per uniformarsi al mercato internazionale»³⁷⁷.

Un'altra lettura del suddetto principio, la più attuale, punta sull'esplicito e progredito criterio informatore della Legge unitaria, di escludere qualsiasi forma di discriminazione nel rapporto contrattuale: «Nel diritto dei contratti le manifestazioni concrete del principio sono le seguenti: i) la qualifica per partecipare alla stipula di un contratto, per le persone fisiche, esclude ogni distinzione tra uomo e donna, giovani ed anziani, altre discriminazioni basate sulla nazionalità o sulla posizione sociale; ii) in un rapporto contrattuale non

questa sede ci si occuperà, evidentemente, del contratto di cui al comma 1. Per i rapporti fra questa che è la nozione in senso stretto di contratto di obbligazione e la tradizione romanistica si veda quanto già esposto *supra* nell'ultimo paragrafo del capitolo precedente.
³⁷⁶ JIANG PING, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Spiegazione dettagliata sul diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Appendice con articoli], cit., 4.

³⁷⁷ SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], Beijing, 1999, 58-59; MO ZHANG, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, cit., 59: «The fact is that although the parties may enter into a contract voluntarily, some interventions by the government often occur and the parties are still subject to certain unpredictable restraints. Therefore, many believe that to successfully defend against the unfair government interference, the parties right to the freedom of contract must be constantly emphasized and further respected».

possono essere trasposti i ruoli subalterni propri delle relazioni sociali, ad esempio tra sottoposto e superiore, governato e governante»³⁷⁸.

1.5 *Principio di libertà*

第四条: «当事人依法享有自愿订立合同的权利, 任何单位和个人不得非法干预»

Art. 4: «In base alla Legge le parti godono del diritto di porre in essere un contratto secondo la propria volontà; nessuna unità di lavoro e nessun individuo può interferire in modo illecito».

Riferiamo le garanzie implicite in tale principio: la volontà di stipulare il contratto, di scegliere la controparte, di decidere il contenuto del contratto, di scegliere la forma del contratto, di modificare o di sciogliere il contratto; quindi le considerazioni e i rilievi sulle incongruenze del medesimo: «La libera concorrenza dell'economia si basa sul principio di libertà contrattuale da cui deriva il miracolo economico. Tuttavia non si devono sottovalutare alcune conseguenze negative che hanno richiesto un incisivo intervento da parte dello Stato, quali: i) l'eccessivo utilizzo di contratti stipulati per moduli e formulari [...]; ii) l'intervento dell'apparato legislativo statale sulla libertà contrattuale [...]; iii) l'istituzione di organi amministrativi per il controllo, la regolamentazione e la gestione dei contratti [...]; iv) il ripetuto ricorso al contratto collettivo di lavoro»³⁷⁹.

Relativamente alle incongruenze: «La libertà contrattuale riguarda l'uguaglianza relativa alla posizione giuridica delle parti, ma trascura la rispettiva posizione economica; la libertà contrattuale rispetta il diritto delle parti di scegliere liberamente, ma trascura le eventuali situazioni di costrizione nella stipula del contratto; la libertà contrattuale riguarda l'uguaglianza formale, ma trascura l'uguaglianza sostanziale»³⁸⁰. Le modalità della realizzazione di tale principio possono e devono chiarirsi attraverso uno sguardo esteso al sistema complessivo della normativa³⁸¹. Il principio di libertà si concretizza

³⁷⁸ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 36.

³⁷⁹ *Ivi*, 37.

³⁸⁰ Cfr. SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 61-64.

³⁸¹ Con riferimento ai singoli articoli della Legge unitaria, cfr. N. KORNET, *Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of Forms and Standard Form Contracts*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 14.1, May 2010, disponibile on line al sito: <<http://www.ejcl.org/141/art141-1.pdf>> (ultimo accesso 10.02.2020).

nei seguenti aspetti previsti dai diversi articoli della Legge unitaria, ciascuno dei quali viene a proposito citato: nel momento della stipulazione la Legge, art. 4, richiede il massimo rispetto del diritto delle parti di stipulare il contratto con alcune eccezioni, ad esempio l'art. 38

«国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的, 有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同»

«Qualora lo Stato, per necessità, ordini l'esecuzione di compiti obbligatori o acquisti di merci per proprio conto, le persone giuridiche o le altre organizzazioni interessate devono concludere il contratto in conformità ai diritti e ai doveri stabiliti dalle leggi e dai regolamenti amministrativi pertinenti»

che stabilisce una serie di casi che limitano la libertà di stipulare il contratto; nella determinazione dell'efficacia del contratto, l'art. 52 stabilisce che solo la legge e i regolamenti amministrativi costituiscono criterio per giudicare la nullità del contratto:

«有下列情形之一的, 合同无效: (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同, 损害国家利益; (二) 恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益; (三) 以合法形式掩盖非法目的; (四) 损害社会公共利益; (五) 违反法律、行政法规的强制性规定»

«È nullo il contratto in presenza di una delle seguenti circostanze: 1) se è stato concluso con dolo o violenza da parte di uno dei contraenti, a danno dell'interesse dello Stato; 2) se si è realizzato un accordo collusivo danneggiando l'interesse dello Stato, della collettività o di terzi; 3) se si cela, utilizzando una forma legale, uno scopo *contra legem*; 4) se si danneggia l'interesse pubblico; 5) se si violano disposizioni a carattere vincolante di leggi o regolamenti amministrativi»³⁸².

Gli articoli da 47 a 59 della *Legge sui contratti della RPC* disciplinano la nullità e l'efficacia dell'annullamento del contratto. Gli

³⁸² Riguardo alla concezione di libertà e ai limiti posti alla libertà contrattuale in Cina, MO ZHANG, *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, cit., 59: «Unlike in western countries, freedom in China is not considered as the right that inheres in citizens, rather it is deemed as a special privilege granted by the ruling authority. Put differently, the freedom if any, is not inherent but given. Consequently, the extent to which people may enjoy freedom would very much depend on the of government».

articoli 47 e 48 disciplinano una forma di annullamento/revoca (duplicità di sensi presenti nel termine *chexiao*) in difetto di capacità di agire o di vizi o mancanza di rappresentanza. Gli articoli 52 e 53 prevedono in special modo le ipotesi di nullità. L'articolo 54 contiene la disciplina del diritto all'annullamento (testualmente definito "diritto di annullare"), mentre l'articolo seguente è dedicato alla prescrizione di tale diritto di annullare (=diritto di richiedere al Tribunale l'annullamento) il contratto. È particolarmente interessante notare che la legge cinese divide in due gruppi i vizi del volere: il dolo e la violenza da parte di uno dei contraenti a danno dell'interesse dello Stato (dolo e violenza qualificati, art. 52); errore grave e dolo/violenza non qualificati (art. 54). Nel primo caso si dispone la nullità, nel secondo la conseguenza è il diritto di annullare. Si tratta di una disciplina snella rispetto agli attuali codici occidentali. Tuttavia, l'essenza della distinzione fra nullità e annullamento viene accolta anche nella legge cinese. Direi, allora, che il legame con la tradizione del sistema giuridico romanistico è mantenuto anche sotto questo profilo dell'invalidità del contratto.

Vale la pena, pertanto, ricordare qui brevemente le ragioni e le radici storiche della distinzione fra nullità e annullabilità dei contratti e dei negozi giuridici, più in generale. Essa dipende dalla 'traduzione' dogmatica, compiuta dalla Pandettistica ottocentesca, delle indicazioni provenienti dalle fonti romane in materia di vizi dei negozi giuridici. Nel sistema del *ius civile* classico, un negozio era *nullus* (con grande varietà di termini equivalenti: *nullius momenti*, *nullum esse*, *inutile esse*, *nihil agi*, etc.) nel senso di inesistente per mancanza di tutti i requisiti essenziali alla sua efficacia. Altrimenti il negozio era valido. Si affiancava, però, l'insieme di mezzi del *ius honorarium* aventi lo scopo di *corrigere ius civile* (*exceptiones*, *restitutiones in integrum*, etc.), per mezzo dei quali il pretore, per ragioni di equità, paralizzava gli effetti di un negozio pienamente valido ed efficace sul piano del *ius civile*. Si parla in letteratura di nullità *ipso iure* e di invalidità *ope exceptionis*.

La dottrina ha segnalato come l'idea dell'annullabilità, sconosciuta ai romani, si sia formata a partire dai giuristi medievali sulla base delle riflessioni sulla dialettica fra *ius civile* e *ius honorarium*. È stata segnalata, ad esempio, la glossa *contra tabulas* a I. 3.9.3: *sed quare datur suis contra tabulas, cum ipso iure nullum sit testamentum?* [...] *Respondeo: duas habet vias: unam de iure civili, per quam potest dicere nullum, aliam de iure praetorio, per quam non dicit nullum, sed annullandum: cum nec fieri, nec desinere possit heres de iure praetorio*. I medievali interpretano la nullità-inesistenza del diritto civile come effetto dichiarativo o *ius dicendi nullum*; e l'annullabilità come annullamento *ex post facto*, dove nelle fonti romane interveniva una paralizzazione con mezzi pretori (*ope exceptionis*) degli effetti di un negozio *iure civili* valido. Il

passaggio definitivo alla dogmatica dei codici contemporanei spettò alla Pandettistica. Facciamo l'esempio del Windscheid. In B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, cit., 246-249 è formulata espressamente, nell'ambito della teoria dell'invalidità negoziale, la contrapposizione fra nullità (*Nichtigkeit*) e annullabilità (*Anfechtbarkeit*). La prima è espressamente assimilata all'inesistenza³⁸³; l'annullabilità viene qualificata come produzione di un effetto giuridico che è inidoneo a produrre o a mantenere la trasformazione della realtà di fatto progettata attraverso il negozio giuridico³⁸⁴. A sua volta, l'inidoneità a mantenere lo stato di fatto voluto mediante il negozio è concepita in due modi: o come inefficacia in sé (*kraftlos*) dell'effetto giuridico che dovrebbe derivare dal negozio. Si fa in questo caso l'esempio delle *exceptiones* (*doli, quod metus causa, Sc.i Macedoniani, Sc.i Velleiani*) quali meccanismi per paralizzare l'efficacia del negozio³⁸⁵; oppure come possibilità di rimuovere gli effetti del negozio – annullamento in senso stretto – posta nelle mani del soggetto a vantaggio/svantaggio del quale l'effetto si è effettivamente prodotto, attivando appositi mezzi processuali. Si fanno gli esempi della *in integrum restitutio, bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi testamenti, actio doli* e *actio quod metus causa*³⁸⁶. Si conclude precisando che, mentre la nullità non richiede alcuna attività per farla valere, l'annullabilità necessita dell'iniziativa di parte³⁸⁷.

La Legge unitaria non ha conferito a un organo amministrativo il potere di determinare la nullità del contratto, al fine di evitare che tale organo utilizzi il suo potere per intervenire sulla libertà contrattuale delle parti; riguardo al contenuto del contratto, le parti possono liberamente fissarlo, art. 12:

«合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

（一）当事人的名称或者姓名和住所（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同»

³⁸³ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, cit., 246 e 247, n. 2.

³⁸⁴ *Ivi*, 247.

³⁸⁵ *Ivi*, 248, n. 3.

³⁸⁶ *Ibid.*, nn. 4 e 5.

³⁸⁷ *Ivi*, 249. Su tutta la problematica cfr., per tutti, E. BETTI, *Diritto romano*, vol. I, Padova, 1935, 327, n. 1; L. RAGGI, *La «restitutio in integrum» nella «cognitio extra ordinem»*, Milano, 1965, 242-250; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 98; M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, 101-102, 1998-1999, 10-39.

«Il contenuto del contratto è concordato dalle parti e include generalmente i seguenti elementi³⁸⁸: 1) denominazione o nome e cognome e domicilio delle parti; 2) oggetto; 3) quantità; 4) qualità; 5) prezzo o remunerazione; 6) termine, luogo e modalità di esecuzione del contratto; 7) responsabilità in caso di inadempimento; 8) metodi di risoluzione delle controversie.

Le parti possono concludere un contratto prendendo come riferimento i testi modello dei vari tipi di contratto».

Se il contratto necessita di integrazione, l'art. 61

«合同生效后, 当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的, 可以协议补充; 不能达成补充协议的, 按照合同有关条款或者交易习惯确定»

«Se le parti non hanno raggiunto un accordo in ordine alla qualità, al prezzo o alla remunerazione, al luogo di adempimento *et cetera* o lo hanno fatto in maniera non chiara, dopo che il contratto ha acquistato efficacia, possono accordarsi sulle relative integrazioni; se non è possibile raggiungere un accordo in ordine alle integrazioni del contratto, queste sono definite sulla base delle clausole contrattuali pertinenti o degli usi commerciali»

attribuisce alle parti ampia libertà di integrazione, a differenza di altri ordinamenti giuridici, dove l'integrazione è, principalmente, compito del giudice.

Riguardo alla forma del contratto, l'art. 10 stabilisce che le parti possono liberamente scegliere la forma del contratto, scritta, orale o altre forme, salvo che la forma sia imposta dalla legge attraverso una norma imperativa. Riguardo alla modifica del contratto, l'art. 77

«当事人协商一致, 可以变更合同。
法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的, 依照其规定»

«Il contratto può essere modificato se le parti, dopo essersi consultate, giungono ad un accordo.

Quando la legge o i regolamenti amministrativi stabiliscono che per modificare un contratto si devono seguire procedure di approvazione, di registrazione *et cetera*, si procede secondo quanto da essi previsto»,

stabilisce che le parti possono modificare il contratto attraverso la consultazione; l'art. 93 che prevede:

³⁸⁸ Letteralmente il significato del termine (条款) *tiaokuan* è “clausola”.

«当事人协商一致，可以解除合同。
当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同»

«Le parti possono risolvere il contratto, qualora in seguito a consultazione lo abbiano unanimemente convenuto.

Le parti possono fissare, di comune accordo, le condizioni in base alle quali una di esse può risolvere il contratto. Qualora si verificino tali condizioni, la parte legittimata può risolvere il contratto»³⁸⁹,

dispone che le parti possono raggiungere un accordo risolutivo del contratto oppure fissare condizioni risolutive.

Il primo comma di tale disposizione prevede la possibilità di convenzioni per sciogliere il vincolo contrattuale. Esso va collegato al primo comma dell'art. 77, citato poc'anzi, che dispone in merito ad accordi per modificare il contenuto di un contratto. Queste previsioni si ricollegano alla tradizione romanistica del c.d. *contrarius consensus*, un meccanismo di estinzione degli obblighi derivanti da contratto consensuale o attraverso una manifestazione di volontà eguale e contraria a quella che ha costituito l'atto (c.d. *contrarius actus*), oppure attraverso un patto aggiunto successivo alla conclusione del contratto (c.d. *pactum ex intervallo*). Come esempio della prima impostazione, mi pare si possa riportare D. 46.3.80 (Pomp. 4 *ad Quintum Mucium*): «Come ciascun rapporto è stato contratto, parimenti anche deve essere risolto [...] Egualmente, quando è stata contratta una compera o una vendita o una locazione, poiché questi rapporti possono essere contratti con il solo consenso, anche con un consenso contrario possono essere risolti»³⁹⁰. Credo che sia questo lo

³⁸⁹ Mi pare evidente, nei due ultimi articoli della Legge cinese sui contratti qui citati, l'eco di un noto frammento dei Digesti, D. 2.14.7.6 (Ulp. 4 *ad edictum*), su cui cfr. M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. IV, Padova, 2003, 73-87, e quanto mi accingo a osservare in questa sede in tema di *contrarius consensus*.

³⁹⁰ D. 46.3.80 (Pomp. 4 *ad Quintum Mucium*): «*Prout quidque contractum est, et solvi debet [...] aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi debet*»; la traduzione italiana è stata tratta da A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1992, 54. Sulla fonte romana appena citata, cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 181-187; P. CERAMI, «Risoluzione del contratto (diritto romano)», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milano, 1989, 1279-1285; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. I, cit., 24-38 e 54-56, seppur analizzi il passo nella visuale del sorgere dell'idea di contratto

schema a cui è ispirato l'art. 1372, comma 1, del Codice Civile italiano, nonostante quanto si osserverà tra poco (art. 1372, comma 1 c.c.: «Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge»).

Come esempio della seconda impostazione si veda D. 2.14.7.6 (Ulp. 4 *ad edictum*): «Le pattuizioni fatte successivamente <che fondano eccezione>, le quali appartengono al contratto stesso, sono poi incluse nei giudizi di buona fede a tal punto che, nella compravendita, in caso di esecuzione non ancora intervenuta, è indiscusso che si può recedere da essa, e così pure negli altri contratti di buona fede [...]»³⁹¹. In questo secondo esempio si ha lo schema di un patto aggiunto a un contratto consensuale, tutelato, come noto, da giudizio di buona fede; il patto ha a oggetto lo scioglimento del vincolo e fa parte della categoria dei *pacta adiecta ex intervallo*, cioè patti aggiunti successivamente al contratto (l'altra categoria essendo quella dei *pacta adiecta ex continenti*, contestuali al negozio: cfr. D. 2.14.7.5). La fonte in esame ci dice che l'effetto risolutivo del vincolo, a seguito di un simile patto aggiunto, è possibile solo *re nondum secuta* (o *re adhuc integra*), ossia quando non si è ancora data esecuzione alle prestazioni pattuite nel contratto.

Per comprendere il testo occorre avere presenti le linee fondamentali del regime dei patti aggiuntivi ai contratti nel diritto romano. Abbiamo già visto, nel Capitolo secondo della presente ricerca, che il diritto romano fu fortemente legato a un principio di tipicità delle figure contrattuali. Si poneva, così, il problema delle convenzioni che non appartenessero ai tipi delle quattro categorie *re verbis litteris consensu*, oppure che non integrassero una negoziazione classificabile come contratto innominato nella nozione di Aristone. Si trattava, cioè, delle convenzioni intervenute *cum nulla subest causa*, cioè senza che avessero una causa giustificativa, nel senso visto quando abbiamo analizzato la teoria contrattuale di Aristone. Per questo tipo di patti, il diritto romano si atteneva al principio che *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (cfr. D. 2.14.7.5), cioè che, non essendo paragonabili ai contratti, non fondassero azioni ma solo eccezioni processuali; di conseguenza non erano fonti di obbligazione. Si soleva tuttavia distinguere fra *pacta ex intervallo* e *pacta in*

come vincolo giuridico, piuttosto che nella visuale dello scioglimento del vincolo per *contrarius actus*; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., 54-61 e 205-208, nn. 68-97, che analizza il passo come esempio del procedimento di astrazione applicato da Quinto Mucio al *ius civile*; recentemente, R. MARINI, *Contrarius consensus*, San Giuliano Milanese, 2017, 52-70.

³⁹¹ D. 2.14.7.6 (Ulp. 4 *ad edictum*): «*Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione [...]*» (trad. it. Schipani).

continenti (o *ex continenti*). I primi, essendo successivi al contratto, integravano il contenuto contrattuale solo *ex parte rei*, cioè giovarono per via di eccezione al convenuto con l'azione contrattuale; i secondi avevano uno speciale regime nel caso di contratti tutelati con *bonae fidei iudicia*. Infatti, una clausola accessoria e contestuale al contratto consensuale era 'inerente' al giudizio di buona fede (D. 2.14.7.5: «*pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*») ed era tutelata in via di azione, non solo in via di eccezione, grazie alla possibilità, attribuita al giudice dal *iudicium bonae fidei*, di tenere conto delle clausole compatibili con il contenuto del contratto³⁹².

I patti aggiunti *ex intervallo* erano anch'essi inerenti al giudizio di buona fede, ma solo in via di eccezione³⁹³. La 'inerenza' al giudizio di buona fede comportava la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, senza necessità di una apposita *exceptio*³⁹⁴. Dal paragrafo 5 di D. 2.14.7 si evince che questa rilevanza solo in via d'eccezione dei *pacta ex intervallo* riguardava le pattuizioni intervenute non solo successivamente al contratto, ma anche per apportare novità rispetto ad aspetti estranei al contenuto tipico del contratto stesso³⁹⁵.

Ora, il brano iniziale di D. 2.14.7.6, sopra riportato, ci dice che l'effetto di risoluzione del contratto era un risultato raggiungibile con *exceptiones postea factae, quae eodem sunt contractu* di cui si afferma l'inerenza al giudizio di buona fede – in particolare quello della compravendita – in un contesto in cui si deduce che saremmo di fronte a una deviazione dalla regola che i patti *ex intervallo* generano solo eccezione. Infatti, da parte della dottrina si ritiene che l'espressione *exceptiones postea factae, quae eodem sunt contractu* alluderebbe a pattuizioni successive al contratto ('*exceptiones*' significherebbe

³⁹² D. 2.14.7.5 (Ulp. 4 *ad edictum*): «*ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est in ingressu contractus facta sunt*»; cfr. M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 73, n. 115.

³⁹³ Cfr. D. 2.14.7.5: «*solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis: sed hoc sic accipiendus est, ut si quidem ex continentibus pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt*».

³⁹⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 73, n. 112. Per questi aspetti è in questa sede sufficiente il rinvio a B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', in *Annali del Seminario Giuridico della Regia Università di Palermo*, 7, 1918, 22-34; G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia* [1927-1928], ora in Id., *Scritti storico giuridici*, t. III, cit., 1-73; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 106-109 e 178-186; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 72-73; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., 66-73.

³⁹⁵ D. 2.14.7.5: «*[...] si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum [...]*». Sul significato di '*extra naturam contractus*', per tutti, cfr. R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., 130-131, n. 410.

‘*pacta*’) e concernenti il contenuto tipico del contratto. In questo senso, si sarebbe trattato di un patto aggiunto *ex intervallo* ed efficace anche in via di azione, poiché riguardante gli elementi essenziali del tipo contrattuale. Sarebbe questo il significato dell’espressione *exceptiones postea factae, quae eodem sunt contractu*, dove la clausola *quae eodem sunt contractu* indicherebbe la *natura contractus* o «funzione socio-economica tipica della figura contrattuale» (Talamanca). Ma su questi problemi non vi è accordo in dottrina³⁹⁶. Non essendo qui necessario ricostruire tutti i profili del regime classico del *contrarius consensus*, rinvio alla letteratura citata. Qui occorre richiamare quanto è stato segnalato circa la differenza fra il meccanismo romano del *contrarius consensus*, che avveniva entro certi limiti e nel rispetto del requisito della *res adhuc integra*, e il modello affermatosi nei codici contemporanei, dove si è concepita la figura di un autonomo contratto eliminativo³⁹⁷.

Riguardo alla responsabilità per inadempimento l’art. 107 stabilisce che le parti possono liberamente scegliere il modo di risarcire il danno:

«当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任»

«Se una parte non adempie le obbligazioni derivanti dal contratto o adempie in maniera non conforme a quanto convenuto, è responsabile dell’inadempimento e deve continuare ad adempiere, adottare rimedi riparatori o risarcire i danni *et cetera*».

Sulla relatività del principio di libertà, l’art. 4 stabilisce che la libertà è fissata entro l’ambito della legge e dei regolamenti amministrativi. I casi in cui lo Stato è chiamato a intervenire sono così previsti e risolti: il principio di buona fede conferisce al giudice la funzione di valutare in modo equo gli interessi fra le parti e di interpretare e recuperare gli effetti del contratto; gli artt. 39, 40, 41 e 53 limitano l’ambito di utilizzazione dei contratti per moduli o formulari, e degli elementi che escludono l’assunzione di responsabilità³⁹⁸:

³⁹⁶ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 182-186; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, cit., 70, n. 210; recentemente, R. MARINI, *Contrarius consensus*, cit., 125-134.

³⁹⁷ Cfr. *ivi*, 167-191.

³⁹⁸ Per un ampio riferimento al principio di libertà contrattuale nel sistema romano-germanico, v. S. SCHIPANI, *La nuova legge sul contratto*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, cit., 148 e 149: «la libertà contrattuale costituisce un principio del nostro sistema giuridico, ed è essenziale espressione della più generale autonomia negoziale,

第三十九条: «采用格式条款订立合同的, 提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务, 并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款, 按照对方的要求, 对该条款予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定, 并在订立合同时未与对方协商的条款»

Art. 39: «Qualora il contratto venga posto in essere mediante l'adozione di condizioni generali di contratto, la parte che le predispone deve, nel fissare i diritti e gli obblighi delle parti, attenersi al principio di equità; deve inoltre, adottando modalità ragionevoli, sottoporre all'attenzione dell'altra parte le clausole relative all'esclusione o alla limitazione della responsabilità e, su richiesta della controparte, spiegare le clausole stesse».

Si intendono per condizioni generali di contratto, quelle clausole predisposte anticipatamente per una utilizzazione ripetuta e non negoziate con la controparte al momento della conclusione del contratto».

第四十条: «格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的, 或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的, 该条款无效»

Art. 40: «Le clausole sono nulle, se le condizioni generali di contratto rientrano nei casi regolati dagli articoli 52 e 53 di questa legge o la parte che le ha predisposte si esima dalle proprie responsabilità, aggravi la responsabilità della controparte, escluda i diritti principali della stessa».

第四十一条: «对格式条款的理解发生争议的, 应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的, 应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的, 应当采用非格式条款»

Art. 41: «Qualora la comprensione delle condizioni generali di contratto sia controversa, queste si interpretano secondo il senso comune. Quando esistono due o più interpretazioni delle condizioni suddette,

che, a sua volta, è connessa alla libertà di iniziativa economica privata. La libertà di iniziativa economica privata è però subordinata all'utilità sociale e non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, e di conseguenza non può svolgersi in contrasto con l'utilità comune, e in questo quadro si colloca la funzione sociale del contratto».

le clausole devono essere interpretate a sfavore della parte che le ha predisposte. Ove le clausole delle condizioni generali di contratto siano incompatibili con clausole aggiunte, si adottano queste ultime».

第五十三条: «合同中的下列免责条款无效: (一) 造成对方人身伤害的; (二) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的»

Art. 53: «Sono nulle le clausole di esonero della responsabilità nei seguenti casi: 1) se è arrecato danno alla persona della controparte; 2) se con dolo o colpa grave è arrecato danno ai beni di proprietà della controparte».

Evidentemente il legislatore, in virtù degli accordi internazionali, in previsione dell'ingresso della Cina nella WTO e in linea con l'uniformazione del diritto già in atto, aveva inteso, a suo tempo, provvedere a un apparato normativo finalizzato a regolamentare il mercato interno relativamente alla concorrenza, all'abuso di posizione dominante, agli accordi di monopolio e alla concentrazione³⁹⁹.

I testi più recenti intervengono sull'art. 4, puntualizzando sul termine usato per la definizione e le funzioni proprie del principio di libertà.

Sulla definizione Ma Junju e Yu Yanman forniscono tale interpretazione: «L'espressione principio di libertà indica quel principio secondo il quale il soggetto, nello svolgimento di attività civili, può manifestare la propria volontà e il proprio comportamento in modo libero, indipendente ed autonomo. Il soggetto, dunque, può manifestare la propria autentica volontà al fine di costituire, modificare ed estinguere un rapporto giuridico, ed è un principio strettamente collegato al principio di parità di posizione delle parti»⁴⁰⁰. Relativamente alle finalità, egli ricorda come in Cina il diritto civile ha fissato il principio di libertà al fine di conferire autonomia e libera volontà a produttori e commercianti, favorire lo sviluppo della personalità e della dignità dei soggetti, incentivare l'entusiasmo, l'iniziativa e la creatività, evitare comportamenti caratterizzati da frode o da minaccia, garantire il funzionamento dei meccanismi del mercato.

³⁹⁹ CHI FULIN, *China's Economic Reform at the Turn of the Century*, cit., 2-13; N. KORNET, *Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of Forms and Standard Form Contracts*, cit., 10-13; E. TOTI, *La nuova disciplina delle intese anticoncorrenziali relative ai prezzi*, in *Mondo cinese*, 145, 2011, 169-174.

⁴⁰⁰ MA JUNJU, YU YANMAN, *Minfa yuan lun* [Teoria fondamentale di diritto civile], cit., 37-38.

Ancor più puntualizzante l'intervento di Han Shiyuan: «Sebbene nell'art. 4 non sia direttamente utilizzata l'espressione "libertà contrattuale", in genere si ritiene equivalente all'espressione "manifestazione della volontà". Tale principio ha già prodotto i propri effetti nella definizione di *hetong* della Legge unitaria rispetto alle tre precedenti leggi sul contratto aumentando il numero delle norme dispositive rispetto alle imperative. Il tribunale popolare, cui è affidato il compito di interpretare la legge, deve innanzi tutto perseguire il principio di libertà contrattuale, pertanto porre in primo piano il rispetto della volontà delle parti, sia nel caso in cui il contratto sia considerato valido o invalido. Nel caso in cui sorgano dubbi sul contenuto del contratto deve essere manifesto se vi sia o meno l'accordo tra le parti; se tale accordo non vi è, sarà preferibile la stipula di un accordo integrativo tra le parti; solo nel caso in cui l'accordo non sia possibile, si ricorre alla legge»⁴⁰¹.

1.6 *Principio di equità*

第五条: «当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务».

Art. 5: «Le parti, nello stabilire i diritti e gli obblighi di ciascuno, devono attenersi al principio di equità».

L'articolo introduce in maniera incisiva il principio di equità che intende essere principio-guida nella fase formativa ed esecutiva dell'accordo, la cui applicazione non deve considerarsi circoscritta a una eventuale integrazione delegata all'autorità giudiziaria. Si fissa il criterio dell'equilibrio contrattuale, quindi della tutela degli interessi delle parti in relazione all'economia dell'affare⁴⁰².

⁴⁰¹ Cfr. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 38-39.

⁴⁰² Sul tema cfr. V.H. LI, *The Legal System of the People's Republic of China and Problems of Equity*, in RALPH A. NEWMAN (a cura di), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Brussels, 1973, 519-538. Tale scritto, ricco di spunti interessanti, ben descrive, a grandi linee, l'ordinamento cinese; al problema dell'equità è riservato il IV paragrafo, p. 538: «This is too preliminary an effort to try to identify specific principles of fairness and equity in China. One general principle, however, is quite apparent: something is fair which the immediate people concerned think is fair». In una lettura di sistema, S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico*, cit., 149: «questo principio si traduce prevalentemente nel complesso di regole scaturenti dalla corrispettività [...] questa, considerata come tendenziale equivalenza delle obbligazioni, sembra il meccanismo attraverso cui l'equità si attua nel modo più nitido»; E. TOTI, *Il principio di equità nel diritto della Repubblica Popolare Cinese*, in *BRICS: una nuova geografia economica?*, Milano, 2016, 189-203.

I giuristi Shen Weixing, Ma Junju⁴⁰³ e Chen Xiaojun interpretavano tale principio quale fondamento della coscienza e della giustizia sociale, con riferimento agli usi propri degli scambi commerciali, al sistema di valori generalmente acquisiti e alla percezione di ciò che per le parti è giusto o ingiusto. In particolare Chen Xiaojun operava una distinzione tra equità quale criterio di soluzione delle controversie ed equità quale criterio di valutazione: «Nell'economia di mercato, l'equità quale criterio di soluzione delle controversie può essere definita e spiegata chiaramente anche con esempi pratici mentre quale criterio di valutazione è difficilmente determinabile. Causa prima di tale difficoltà nell'economia di mercato [...] consiste nell'impossibilità di fissare uno standard di equità concreto ed oggettivo [...]. Nel quadro della necessità di realizzare un'economia di mercato efficiente, parte della dottrina, appellandosi all'efficienza, chiama in causa l'equità quale principio peculiare pertinente all'economia di mercato. Ma così inteso il principio si propone quale frutto della necessità di rendere efficiente il mercato medesimo, applicato alla stregua di un principio di legge, ignorando in un certo qual modo quel concetto di equità che è insito nella legge stessa»⁴⁰⁴. Tale impostazione trascurerebbe, conclude la giurista, la finalità del principio proprio della legge, quella che essa deve perseguire in ogni caso una giustizia basata sull'equità.

Xu Guodong chiarisce: «Lo scambio è tra beni dello stesso valore. Se non si ottiene un equivalente, il tempo di lavoro impiegato è sottovalutato [...]. Secondo la legge fondamentale degli scambi commerciali – la legge del valore – il valore di una merce è determinato dal tempo di lavoro necessario per produrla e lo scambio si realizza in base al valore: il principio di equità e di equo compenso sono così i requisiti stessi della teoria del valore [...]. Qualora gli scambi perdano il loro carattere di equità, i rapporti economici vengono distorti; alla legge del valore non più applicabile si sostituisce la legge della giungla»⁴⁰⁵.

Sull'argomento, in lingua cinese, v. SHEN QINGZHONG, *Xianshi gongping minshi xingwei de guiding bi da li xiao* [Vantaggi e svantaggi riguardo alla normativa sul negozio giuridico carente di equità], in *Faxue* [Legal Science Monthly], VIII, 1993, 28-30.

⁴⁰³ Cfr. SHEN WEIXING, *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], Beijing, 2003, 36; MA JUNJU, *Minfa yuan lun - di er ban* [Studi sull'origine del diritto civile, 2ª ed.], Beijing, 2005, 38-39. Della medesima impostazione anche dottrina meno recente. Cfr. WEI ZHENGYING, *Minfa* [Diritto civile], cit., 26.

⁴⁰⁴ CHEN XIAOJUN (a cura di), *Hetongfa xue* [Diritto dei contratti], cit., 29 e 30.

⁴⁰⁵ XU GUODONG, *Minfa jibenyuanze jieshi - chengwen fa juxian xing zhi kefu* [Spiegazione dei principi fondamentali del diritto civile: superamento dei limiti della normativa vigente], Beijing, 2001, 66.

Infine Han Shiyuan entra in merito agli effetti che nella pratica produce l'osservanza di tale principio sia sul piano generale del diritto civile, sia su quello particolare delle relazioni commerciali. Dimostrazione del principio di equità contrattuale nel diritto cinese: «La giustizia del contratto sta a significare la giustizia nella parità, in particolar modo nei contratti bilaterali (*shuangwu hetong* 双务合同) e si focalizza sulla parità di valore tra la prestazione del debitore (*geifu* 给付) e quella del creditore (*duidai geifu* 对待给付). Esiste parità tra il valore dello stipendio percepito ed il lavoro che viene offerto in cambio, ma anche tra il prezzo che si paga per una determinata merce ed il valore della stessa merce acquistata? A causa dei numerosi elementi che influenzano questo campo, qui manca una metro oggettivo di valutazione. Nel diritto civile si utilizza il principio di equità da un punto di vista soggettivo, cioè spetta ai contraenti apprezzare come soddisfacente la misura di corrispettivo tra il prezzo della merce e la merce stessa, ma la legge non si occupa della oggettiva parità di tali valori, né può modificare e valutare il contenuto del contratto in base ad una propria valutazione»⁴⁰⁶. La *Legge* si è espressa per casi particolari, ad esempio per i contratti stipulati in situazioni di minaccia, di frode o di pericolo, e in contrasto quindi con la reale volontà delle parti; in tali casi il tribunale popolare deve avvalersi del principio di equità oggettiva. Qualora il contratto difetti di equità, le parti possono chiedere al tribunale popolare o all'arbitro la modifica o l'annullamento del contratto già stipulato, art. 54 della *Legge unitaria*.

Un aspetto importante del principio di equità è costituito dalla proporzione nella ripartizione dei rischi tra le parti. Nella *Legge sui contratti* si è stabilito che il rischio si distribuisca in base al principio della “consegna della merce”, art. 142:

«标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外»

«Il rischio di danneggiamento o perimento del bene prima della sua consegna è a carico del venditore, mentre è a carico del compratore dopo la consegna, salvo che la legge disponga diversamente o le parti abbiano altrimenti convenuto».

È opportuno, a questo punto, fare una riflessione. L'applicazione alla norma in esame del principio di equità ha prodotto un parziale

⁴⁰⁶ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 39-40.

distacco dalle regole del diritto romano classico in materia di rischio contrattuale nella compravendita. Così come recita l'art. 142 della *Legge sui contratti*, il rischio contrattuale per il perimento della cosa dopo la conclusione della compravendita è equamente distribuito fra venditore e compratore in base al momento della consegna della cosa. Prima della consegna il *periculum* spetta al venditore; dopo la consegna il compratore si fa carico dei rischi. Bisogna considerare che, stando all'art. 135 della *Legge sui contratti*, la compravendita ha inizialmente effetti soltanto obbligatori, mentre il trasferimento della proprietà avviene al momento della consegna del bene. Si può dire che, sul piano degli effetti dell'atto, il contratto di compravendita nel diritto cinese è fedele al modello romano classico dell'efficacia obbligatoria dell'*emptio venditio*.

Bisogna allora verificare se anche il regime del *periculum* sia conforme alle corrispondenti regole romane, precisando che la soluzione adottata dall'art. 142 segue quella del BGB⁴⁰⁷. La dottrina moderna del rischio del perimento della cosa venduta è quella secondo cui *res perit domino*, ossia secondo cui il perimento per caso fortuito o forza maggiore ricade sull'attuale proprietario o possessore della cosa, con conseguente passaggio del rischio dal venditore al compratore non prima della consegna della cosa (la teoria del passaggio del rischio a partire dalla consegna, d'altra parte, aveva base nelle fonti: cfr. ad esempio D. 18.5.5.2 di Giuliano). In base a queste considerazioni, si può dire che anche il diritto cinese segua lo schema *res perit domino*, conforme del resto ai sistemi inglese, francese e, come visto, germanico⁴⁰⁸.

Complesso è, invece, il problema del regime del *periculum rei venditae* nel diritto romano. Sull'argomento si sono formati due filoni principali della dottrina romanistica. Un filone minoritario, risalente a Carlo Arnò⁴⁰⁹, sosteneva la tesi secondo cui nel diritto classico il rischio gravasse sul venditore fino al momento della consegna della cosa (*periculum venditoris*). Tale dottrina fu sviluppata in particolare da Franz Haymann⁴¹⁰, che contestò la genuinità di una serie di fonti che limitavano al dolo e alla colpa la responsabilità del venditore per il perimento della cosa venduta *ante traditionem*. In particolare, l'autore partiva dall'esegesi di D. 19.1.54.pr. (Lab.

⁴⁰⁷ BGB § 446 «Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über», cioè «Con la consegna della cosa venduta il pericolo del perimento e del deterioramento per caso fortuito passa al compratore».

⁴⁰⁸ Cfr. F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945, 31.

⁴⁰⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, 449 e n. 1519.

⁴¹⁰ F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 40, 1919, 254-273.

2 *pithanon*), di cui riteneva tribonianismo tutta la parte finale del frammento, dove Paolo nel commentare questo brano dei *Pithanà* di Labeone limitava a dolo e colpa la responsabilità del venditore per la rottura di una gamba verificatasi al servo venduto per un'opera svolta su ordine del venditore stesso. Con ciò il caso rimaneva circoscritto, infatti, dentro la regola del *periculum emptoris*, mentre allargando la responsabilità del venditore alla custodia si ricaverebbe l'opposto criterio del *periculum venditoris*. Evidentemente, seguendo questo filone, tra la disciplina dell'art. 142 e il regime romano di epoca classica non vi sarebbero, allora, sostanziali differenze. Senonché la dottrina maggioritaria è dell'avviso che nel periodo classico vigesse il principio del *periculum emptoris* anche *ante traditionem*. Su questo regime R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 290, ha segnalato che «we are dealing with a deviation from *res perit domino*». Ed ecco, quindi, emergere la distanza fra la tradizione romana e l'attuale disciplina cinese. Ora, tornando al diritto romano, occorre precisare che qui il principio del *periculum emptoris* anche *ante traditionem* era affermato ogni volta che il negozio fosse configurabile come *emptio perfecta*. Con quest'ultima espressione si intende, essenzialmente, che ci si trovi di fronte ad un negozio in cui «entrambe le prestazioni siano determinate in modo tale da essere immediatamente eseguibili»⁴¹¹.

Facciamo un esempio. Nella prima parte di D. 18.6.8.pr. (Paul. 33 *ad edictum*) si legge:

«È necessario sapere quando la vendita sia perfetta: allora sapremo, infatti, su chi gravi il rischio e pericolo. Perfezionata la vendita, il rischio e pericolo grava, infatti, sul compratore. La vendita è perfetta, se ciò che sia stato venduto risulti nella sua identità, qualità e quantità, se il prezzo sia determinato, e se la vendita stessa sia pura. Se, invece, la cosa sia stata venduta sotto condizione, se la condizione stessa viene, invero, a mancare, non c'è nessuna vendita, come accade altresì per la stipulazione; se la condizione si sia avverata, Proculo ed Ottaviano affermano che il rischio e pericolo gravi sul compratore; e lo stesso Pomponio approva nel libro nono»⁴¹².

⁴¹¹ M. TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, cit., 454, n. 1568.

⁴¹² D. 18.6.8.pr. (Paul. 33 *ad edictum*): («Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptio periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavianus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat») (trad. it. a cura di Schipani).

Da questo frammento emerge abbastanza chiaramente che cosa i giuristi romani intendessero quando parlavano di *emptio perfecta*. Infatti, una volta che la cosa sia stata determinata esattamente, oppure individuata e misurata nella quantità in caso di vendita di cose generiche, e il prezzo sia stato fissato, la compravendita era considerata *perfecta* e da quel momento il rischio era considerato a carico del compratore. Altra ipotesi fatta nel testo è quella della vendita condizionale, una volta avveratasi la condizione. Per la verità questo è un testo tormentato, di cui la dottrina, pur essendo generalmente concorde nel credere che il tenore attuale è risultato di consistenti tagli e rimaneggiamenti, fornisce interpretazioni molto discordanti. F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, cit., 32, non dubitava della regola dell'*emptio perfecta*, quale momento del passaggio del rischio al compratore. Per V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, vol. II, cit., 257-266, la teoria della *perfectio emptionis* sarebbe postclassica, fatta salva la classicità del criterio del *periculum emptoris* sin dal momento della conclusione del contratto.

Si deve a Mario Talamanca⁴¹³ l'ipotesi che l'oscillazione fra fonti che affermano il *periculum emptoris* dalla semplice conclusione del contratto e fonti che accennano alla *perfectio emptionis* sia dovuta ad una divergenza fra le due scuole, rispettivamente proculiana e sabiniana. Proprio per questo autore il rimaneggiamento della prima parte di D. 18.6.8.pr. avrebbe comportato la soppressione di un resoconto con cui Paolo avrebbe esposto la contrapposizione fra l'opinione di Proculo e Ottaviano, ivi citati, e quella dei sabiniani. I primi avrebbero addossato al compratore il rischio contrattuale già alla conclusione del contratto, anche *pendente condicione*; i secondi avrebbero sostenuto la teoria dell'*emptio perfecta*⁴¹⁴. Al Talamanca si deve, più in generale, l'ipotesi che il regime del rischio contrattuale abbia avuto un'evoluzione storica, della quale resterebbe traccia nelle contraddizioni emergenti dalle fonti: da una fase iniziale in cui la giurisprudenza romana avrebbe applicato il criterio *periculum venditoris* si sarebbe poi passati alla fase classica e postclassica di prevalenza del canone *periculum est emptoris*. Ad ogni modo, per noi in questa sede è rilevante sottolineare, con l'opinione dominante, come il diritto romano classico conoscesse la regola del rischio a carico del compratore a prescindere dalla consegna. Da qui la distanza, riguardo a questo problema specifico, fra diritto romano e diritto cinese attuale, che ha preferito seguire la strada già seguita dal BGB germanico, forse sulla spinta di considerazioni equitative⁴¹⁵.

⁴¹³ M. TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, cit., 454-455.

⁴¹⁴ *Ivi*, 454 e n. 1574, e 457, n. 1597 (critica all'esegesi di Arangio-Ruiz).

⁴¹⁵ Per la problematica del *periculum* nel diritto romano della compravendita, mi limito a segnalare ancora: C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4ª ed. curata e integrata da G. GROSSO,

La Legge unitaria ha opportunamente revisionato tali profili, nel rispetto del concetto di giustizia del contratto riguardo una ragionevole distribuzione delle responsabilità, fissando regole più eque circa l'assunzione della medesima.

Occorre, in definitiva, considerare fondamentali per il diritto dei contratti, due principi: la libertà e la giustizia contrattuale, principi che per essere efficaci nella pratica devono coesistere. Infatti solo in tal caso lo Stato, anziché interpretare un ruolo passivo è direttamente chiamato in causa nella definizione e interpretazione della legge corrispondendo ad un'ottica di interazione tra i due principi per un'efficace ripercussione nella pratica.

1.7 Principio di buona fede

第六条: «当人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则»

Art. 6: «Le parti, nell'esercitare i diritti e nell'adempiere agli obblighi, devono attenersi al principio di buona fede»⁴¹⁶.

La buona fede, quale criterio di valutazione del comportamento delle parti, è chiamata in causa dal momento antecedente alla conclusione del contratto sino alla fase successiva all'adempimento, artt. 42, 60, 92, e nella stessa interpretazione del contratto, art. 125:

第四十二条: «当事人在订立合同过程中有下列情形之一, 给对方造成损失的, 应当承担损害赔偿责任: (一) 假借订立合同, 恶意进行磋商; (二) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况; (三) 有其他违背诚实信用原则的行为»

cit., 565; G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale in diritto romano* [1962], ora in ID., *Scritti giuridici*, disponibile on line al sito: <<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/index.html?rivistadirittoromano/scrittiprovera.html>> (ultimo accesso 10.02.2020); R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, cit., 281-292; M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum «Aktionenrechtlichen Denken» im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000, che in un'ampia monografia ha cercato di rivisitare l'intera materia, spostando però la prospettiva dal criterio *res perit domino* alla visuale del rischio processuale; M. MIGLIETTA, *Emblematic Cases of «Logical Conflict» between «Quaestio» and «Responsum» in the «Digesta» of Publius Alfenus Varo*, in F. ZUCCOTTI, M.A. FENOCCHIO (a cura di), *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giuranti*, Milano, 2018, 223-230, che, visto il taglio particolare ivi dato al problema, si cita qui per l'ampia bibliografia nelle note.

⁴¹⁶ Sulla buona fede nella *Legge sui contratti*, v. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 40-44.

Art. 42: «È tenuta al risarcimento dei danni la parte che, nel corso della formazione del contratto, causa una perdita alla controparte in presenza di una delle seguenti circostanze: 1) conduce trattative in mala fede simulando di concludere il contratto; 2) deliberatamente nasconde fatti importanti relativi alla conclusione del contratto o fornisce false informazioni in merito; 3) compie altri atti che violino il principio di buona fede».

第六十条: «当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则, 根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务»

Art. 60: «Le parti devono adempiere integralmente alle proprie obbligazioni secondo quanto convenuto.
Le parti devono, attenendosi al principio di buona fede, adempiere agli obblighi di avviso, assistenza, segretezza *et cetera* in base alla natura, allo scopo del contratto e agli usi commerciali».

第九十二条: «合同的权利义务终止后, 当事人应当遵循诚实信用原则, 根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务»

Art. 92: «Dopo l'estinzione dei diritti e delle obbligazioni del contratto, le parti devono attenersi al principio di buona fede e adempiere agli obblighi di avviso, assistenza, riservatezza *et cetera*, conformemente agli usi commerciali».

第一百二十五条: «当事人对合同条款的理解有争议的, 应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则, 确定该条款的真实意思。
合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的, 对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的, 应当根据合同的目的予以解释»

Art. 125: «In caso di controversia sull'interpretazione delle clausole del contratto, il loro reale significato è determinato sulla base della terminologia usata nel contratto, delle altre clausole ad esso attinenti, dello scopo del contratto, degli usi commerciali e del principio di buona fede. Qualora il testo del contratto utilizzi due o più lingue e ne sia stabilita la pari efficacia, le parole e le espressioni sono considerate come aventi identico significato. Se i testi usano una terminologia non uniforme essi devono essere interpretati in base allo scopo del contratto».

In particolare, la buona fede ha un ambito di operatività che comprende diverse fasi. Durante la stipulazione, momento in cui entrambe le parti hanno i doveri: i) di lealtà riguardo alla qualità del prodotto o riguardo al potere di adempimento *et cetera*; ii) di sincerità e corretta informazione; iii) di reciproca collaborazione, di non utilizzare la propria posizione di vantaggio; iv) di “mantenimento delle promesse” (espressione che può essere ricondotta alla nostra “fedeltà alla parola data”). Dopo la stipulazione e prima dell’adempimento, allorché le parti hanno il dovere di perseguire il principio di buona fede e di predisporre quanto necessario per il successivo adempimento. Durante l’adempimento, allorché le parti, oltre ad adempiere ai propri doveri, devono assolvere anche alcuni doveri complementari: comunicare le modalità d’uso del prodotto, facilitare la controparte al proprio adempimento.

Il principio di buona fede prevale nel caso in cui il contenuto non sia ben chiaro: riguardo all’oggetto, se in merito non è altrimenti stabilito, il venditore deve consegnare un oggetto di media qualità; riguardo al tempo di adempimento, se non viene meglio precisato, le parti devono consultarsi per lasciare alla controparte il tempo necessario e giusto; riguardo al luogo di adempimento, se il contratto non lo determina in modo specifico, le parti possono, in base alla propria consultazione, decidere un luogo ragionevole; riguardo al modo di adempimento, in mancanza di più precise indicazioni, le parti devono scegliere il modo più adeguato per adempiere; riguardo al prezzo, se non è esattamente fissato, si considera un prezzo variabile, nel senso che entrambe le parti possono stabilire un prezzo ragionevole dopo la conclusione del contratto, quale il prezzo di mercato al momento della consegna delle merci. Nello svolgimento del rapporto contrattuale, la buona fede ha un suo ruolo allorché le parti possono, nel caso in cui la situazione subisca cambiamenti, modificare e risolvere il contratto attraverso consultazione o allorché, nel caso in cui l’inadempimento di una parte non abbia prodotto un danno grave, le parti non devono chiedere lo scioglimento del contratto. Infine, dopo l’estinzione del contratto, è in base ad essa che le parti, non avendo più doveri contrattuali, hanno l’obbligo di assumere doveri complementari, quali il dovere di mantenere il segreto *et cetera*⁴¹⁷.

Sul significato di tale principio si ricorre all’interpretazione coinvolgente e convincente di Han Shiyuan che, come per altri principi, risalendo alla tradizione confuciana pone in primo piano il fattore umano nella sua eticità. Premesso che la buona fede costituisce nel diritto civile moderno un principio fondamentale per esercitare il potere di adempiere agli obbli-

⁴¹⁷ Cfr. WANG LIMING, FANG SHAOKUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 30-34.

ghi, il giurista invita a valutarne gli effetti: «ha creato un ordine morale nelle attività economiche di mercato [...]; inoltre induce le parti coinvolte in attività commerciali a mantenere i propri impegni, ad essere onesti, a non ingannare, a non perseguire i propri interessi con l'intento di danneggiare interessi altrui; ha, dunque, creato parametri etici per commercianti e lavoratori onesti. In definitiva sotto questo aspetto la legge si eleva a valore morale»⁴¹⁸. L'evoluzione di tale principio emerge sotto due profili: «i) l'ampliamento del suo ambito di applicazione; ii) l'incremento della sua efficacia. Infatti, rientra in ogni campo di attività compreso quello del contratto, ed il suo effetto si realizza pienamente dal momento in cui la normativa lo ha modificato da principio generale a criterio interpretativo: si impedisce alle parti di accordarsi per eluderlo mentre il tribunale popolare può applicarlo direttamente. Per natura, il principio di buona fede equivale all'etica di mercato stabilita dalla legge indicando un codice di comportamento delle parti. La Legge unitaria non solo ne stabilisce la centralità, ma la esplicita in numerosi articoli, ad esempio gli artt. 42, 43⁴¹⁹, 60 comma 2, 92 *et cetera*»⁴²⁰.

Xu Guodong rileva una duplicità di posizioni nella dottrina – sostenitori e non – rispetto alla distinzione tra natura etica e natura giuridica della buona fede: «I primi ritengono che i due tipi di buona fede abbiano le seguenti differenze: i) l'origine. La buona fede di natura etica ha origine nel confucianesimo ed è propria della cultura cinese. La buona fede di natura giuridica ha origine nelle regole sugli scambi commerciali nel diritto romano, pertanto, possiede carattere di universalità. ii) Il contenuto. La buona fede di natura etica si applica nei rapporti tra persone che si conoscono, la seconda nei rapporti tra estranei. iii) La funzione. La buona fede di natura etica costituisce solamente un criterio di condotta, la buona fede di natura giuridica è un criterio di giudizio. iv) L'ambito di applicazione. La prima non è garantita in nessun paese in forma coercitiva, la seconda lo è. I non sostenitori, al contrario, ritengono che la distinzione tra natura etica e natura giuridica della buona fede non abbia motivo di esistere in quanto la buona fede unisce in sé sia l'ambito etico, sia l'ambito giuridico,

⁴¹⁸ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 41.

⁴¹⁹ Art. 43: «Le parti non possono rivelare né utilizzare indebitamente le informazioni riservate, di cui vengano a conoscenza nel corso della formazione del contratto, relative alle rispettive attività commerciali, indipendentemente dalla conclusione o meno di quest'ultimo. È tenuta al risarcimento dei danni la parte che, rivelando o usando in maniera indebita tali informazioni riservate, cagioni una perdita alla controparte».

⁴²⁰ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 41.

con duplice funzione nell'osservanza sia della morale che della legge»⁴²¹.

Si tratta, evidentemente, di un dibattito ideologico tra conservatori legati alla tradizione e indotti a risalire alla matrice confuciana, propria di una civiltà giuridica prettamente orientale; e progressisti convinti dei flussi e dei prestiti rinvenuti nel proprio diritto mutuati dal *ius gentium*. Oggetto di tale sottile controversia è un principio dettato dalla legge, finalizzato all'esatto adempimento della stessa; pertanto, qualunque ne sia la genesi, non si può che richiederne il rispetto e l'osservanza anche in virtù di una "superiore autorità" impersonata dalla legge morale. Come si è prima rilevato per altri principi, anche per la buona fede, si trascende l'ambito strettamente giuridico per assumere significato di "imperativo categorico", universalmente valido in ogni angolo del mondo sia per l'individuo nella vita privata che per il cittadino nella vita associata.

1.7.1 *La buona fede nel diritto romano*

Sembra opportuno, a questo punto, vista l'importanza dell'argomento, fare un confronto con l'esperienza romana, dove l'operatività della *bona fides* in senso oggettivo⁴²² rappresentò uno dei momenti più rilevanti dello sviluppo storico del *ius civile* e *honorarium*.

Diciamo subito che si riscontra una differenza notevole fra il diritto moderno e il diritto romano: mentre, come abbiamo appena visto nella disciplina cinese relativa alla buona fede, quest'ultima assurge a criterio generale di comportamento nelle fasi delle trattative, della conclusione ed esecuzione del contratto, nonché a criterio generale di interpretazione delle clausole contrattuali, a Roma l'ambito di operatività della buona fede era più ristretto, essendo limitato ad alcune figure contrattuali tipiche, quelle assistite da tutela giudiziale mediante i così detti *iudicia bonae fidei*, cioè azioni fondate sulla clausola «oportere ex fide bona»⁴²³.

⁴²¹ XU GUODONG, *Minfa jiben yuanze jieshi - chengxin yuanze de lishi, shiwu, fali yanjiu* [Spiegazione dei principi fondamentali del diritto civile: ricerca su storia e aspetti pratici del principio di buona fede; *ratio* dei principi fondamentali del diritto civile], cit., 80-81.

⁴²² Cfr. M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., 13-17.

⁴²³ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., 42-52. A p. 60 l'autore parla esplicitamente del «carattere 'settoriale' dell'operatività della buona fede oggettiva nell'ordinamento romano per quanto riguarda il sistema contrattuale». Elenchi dei *iudicia bonae fidei* si rinvencono in Gai 4.62 e in I. 4.6.28. Un elenco può essere considerato anche Cic. *De off.* 3.17.70, su cui cfr. L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, 167-183, che ricorda come l'espressione '*fides*

Per meglio precisare il senso di questa affermazione, dobbiamo preliminarmente fare cenno al problema delle origini dei *bonae fidei iudicia*.

Prendiamo in considerazione un testo celebre del *De officiis* di Cicerone:

Cic. *De off.* 3.70 - «Quanto peso quelle parole: A PATTO CHE IO NON SIA PRESO E DEFRAUDATO PER COLPA TUA E DELLA FIDUCIA POSTA IN TE! Come auree quelle altre: SI DEVE AGIRE BENE E SENZA FRODE COME TRA ONESTI! Ma la grossa questione è intendersi su che siano gli “onesti” e l’“agir bene”. Il pontefice massimo Q. Scevola diceva che grandissima importanza hanno tutti gli *arbitria* cui si aggiunga la clausola *EX FIDE BONA* e pensava che il concetto della *bona fides* aveva una immensa estensione, riguardando le tutele, le società, i depositi fiduciari, le procure, le compre-vendite, gli appalti, le locazioni, nel che consiste appunto la vita sociale; in questi rapporti, specialmente in quanto nella maggior parte di essi si hanno azioni <dirette e> contrarie, un vero giudice deve stabilire che cosa ciascuno debba ‘prestare’ a ciascun altro»⁴²⁴.

Di questo celebre brano⁴²⁵ ci interessa soprattutto la seconda parte, ma la prima ci fornisce lo spunto per fare i cenni, qui limitati a quelli strettamente necessari ai fini dell’esposizione, sulle origini delle azioni di buona fede.

Il contesto del discorso ciceroniano, in cui si colloca il passo in esame, concerneva il rapporto fra utile e onesto che era oggetto di dibattito in seno

bona ricorra nella letteratura latina esclusivamente in contesti riguardanti la formula processuale dei giudizi di buona fede (ma *contra* si veda R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (seconda parte)*, in Id. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. IV, Napoli, 2011, 107, n. 27); e A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., 68-73.

⁴²⁴ Cic. *De off.* 3.70: «*Nam quanti verba illa VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIM! Quam illa aurea VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAVDATIONE. Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*». La traduzione italiana è una libera rielaborazione di quella contenuta nel vol. I delle *Opere politiche e filosofiche di M. Tullio Cicerone*, a cura di L. FERRERO e N. ZORZETTI, Torino, 1995, 797-799, da cui mi sono distanziato soprattutto nel rendere in italiano i termini e le espressioni giuridiche. Una traduzione adattata alla dimensione giuridica è, ad esempio, quella di R. FIORI, *Bonus vir. Politica, filosofia, retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011, 334.

⁴²⁵ Un’ampia bibliografia sul passo ciceroniano si trova in R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, 2ª ed., Torino, 2010, 29-30, n. 55; si vedano inoltre i rinvii in J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, 374, n. 962.

alle scuole filosofiche⁴²⁶. L'Arpinate inseriva nel dibattito l'esempio fornito dall'esperienza giuridica romana. Arrivava a questo attraverso la considerazione della dimensione 'sociale' dei concetti di utile e di onesto. Ad esempio, egli ricordava che «non solo dalla natura, cioè dal *ius gentium*, ma anche dalle leggi dei popoli, da cui nelle singole *civitates* è tenuto insieme lo stato, è stato stabilito nello stesso modo ciò, che non sia lecito il nuocere ad altri nel perseguire il proprio vantaggio. Questo, infatti, è ciò che le leggi si propongono, che le leggi vogliono: che sia incolume l'unione fra i cittadini»⁴²⁷. In tal modo, il rapporto fra utile e onesto è risolto da Cicerone spostando l'attenzione dal piano filosofico al piano giuridico-sociale, esaltando cioè il dovere di non nuocere ad altri come limite al perseguimento dell'utile nella sfera dei rapporti intersoggettivi.

La soluzione ciceroniana significava, così, l'esaltazione di «un 'modello' romano, che emerso nella prassi giuridica, dando vita ad un dovere giuridicamente sanzionato, veniva ad arricchire le prospettive più schiettamente filosofiche»⁴²⁸. Il modello romano era descritto attraverso un'esemplificazione di casi tratti dall'esperienza giuridica⁴²⁹, e in questa esemplificazione si colloca, nel passo in esame, il riferimento alla clausola *VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIM*, sulla cui natura la dottrina è divisa in una pluralità di opinioni⁴³⁰. Sia che si tratti di *verba solemnia* da pronunciarsi in sede di una antica *legis actio*, sia che si tratti di un formulario appartenente ad un contesto negoziale, ad ogni modo si tratta di una clausola che serviva a garantire colui che la pronunciava da raggiri della controparte.

L'accento alla *fides* contenuto nella clausola ricordata da Cicerone ci permette una, seppur minima, notazione storica.

Lo studio ormai classico di Luigi Lombardi sullo sviluppo storico che condusse all'emergere dei giudizi di buona fede nel processo formulare romano⁴³¹ ha indagato i valori del termine '*fides*' sia in contesti letterari (in

⁴²⁶ Cfr. Cic. *De off.* 3.7 e 3.11 ss.; R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 31.

⁴²⁷ Cic. *De off.* 3.23: «*Nec vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. Hoc enim spectant leges, hoc volunt, incolumem esse civium coniunctionem*».

⁴²⁸ R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 32.

⁴²⁹ Secondo R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 31, il criterio guida dell'esemplificazione sarebbe «l'emersione di una regola giuridica nell'esperienza giudiziaria romana secondo la quale *tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mandacium* (Cic. *De off.* III, 15, 62)».

⁴³⁰ Cfr. R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 32, n. 60.

⁴³¹ L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., *passim*.

particolare Plauto)⁴³², sia in istituti giuridici⁴³³; da esso è emerso, a prescindere in questa sede dalla rassegna dettagliata dei dati filologici, il carattere ‘correlativo’ del lemma, nel senso che alla qualità di un soggetto, che ha *fides* in quanto dotato di ‘onorabilità’, si accompagna un atto di ‘fiducia’ di altri. Sul piano giuridico, tale correlatività si traduce nella coppia: *fides* potere discrezionale-*fides* assoggettamento, intesa come corrispondenza tra una situazione di potere inscindibile da un atto di assoggettamento o abbandono; oppure come correlazione fra una situazione potestativa connessa con un ‘darsi in pegno’ o un atto di tipo promissorio⁴³⁴.

L'autore individuava una stretta connessione fra le coppie correlative di significati del termine *fides* in ambito giuridico e i rapporti obbligatori primitivi. La *fides* come atto di assoggettamento in garanzia e il correlativo potere della persona cui ci si assoggettava bene si realizzerebbero nella situazione di potere del creditore primitivo sul *nexus*⁴³⁵. Dal superamento della fase in cui

⁴³² *Ivi*, 22-40.

⁴³³ *Ivi*, 47-131.

⁴³⁴ L'autore, in due capitoli, aveva esaminato fonti relative ad una serie di istituti giuridici, fra i quali: il *venire in fidem* e la *deditio* nei rapporti internazionali; i rapporti di clientela; la *fides* nella tutela; il potere del creditore nel *nexus*; la *fides* e il potere di *imperium*. In questi casi la *fides* avrebbe indicato una proprietà (un attributo potestativo-protettivo) di un soggetto in situazione di potere. In altri casi, invece, essa avrebbe caratterizzato gli atti di tipo promissorio e sarebbe da ricondurre ai contesti in cui la parola copre l'area semantica indicante il rispetto della parola data. Sarebbe questo il campo a cui si richiamano gli studiosi interessati alla *bona fides* di elaborazione muciana, e cioè: la *fides* nel *Sc. de Bacchanalibus*; le promesse unilaterali; il giuramento; il *foedus*. E viene accertata l'antichità dell'uso di '*fides*' ad indicare l'atto promissorio e di garanzia. Da notare che la struttura della *stipulatio* di epoca storica rivelerebbe l'originario legame fra il fornire garanzia e un atto di assoggettamento (come unico modo possibile in età arcaica di offrire garanzia). Dal campo giuridico, l'autore dunque ha ricavato i due significati fondamentali di *fides* come potere e di *fides* come promessa. Nella pagina di sintesi dei risultati della ricerca filologica (*ivi*, 139) l'autore osserva: se dai testi letterari è emersa una correlazione fra una *fides* intesa come 'onorabilità' o virtù di un soggetto e una corrispondente fiducia da parte degli altri, la ricerca nei contesti giuridici ha fatto emergere «da un lato, un potere che non può scindersi dal presupposto di un atto di abbandono e di assoggettamento; dall'altro, un atto di impegno che sembra discendere da un atto di darsi-in-pegno nella forma di un assoggettamento». Alla correlazione individuata in ambito filologico viene a contrapporsi la correlazione negli usi giuridici fra *fides*-assoggettamento e *fides*-potere discrezionale (ad esempio: il potere del patrono, il potere del creditore sui *nexi*).

⁴³⁵ L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 141: «Se c'è infatti un dato che le ricostruzioni della c.d. obbligazione originaria sembrano aver messo in luce, è il suo carattere di vincolo già realizzato di sottomissione personale al 'creditore', di fronte al significato successivo, che è in parte ancora il nostro, di obbligo avente per oggetto un comportamento precisamente determinato [...] Ora la *fides* promissoria primaria ci è apparsa

l'atto di assoggettamento era reale (unità originaria della *fides*) si sarebbe sviluppato un concetto di *fides* come atto che garantisce pur senza vero e proprio assoggettamento, separando così l'atto dal potere. Sarebbe questo lo sviluppo originario delle forme promissorie romane (*promissio*, *stipulatio*, etc.), con l'emergere del valore impegnativo (valore di *fides*) della parola⁴³⁶.

Giunto a questo punto, il Lombardi analizzava una serie di passi ciceroniani, fra i quali anche Cic. *De off.* 3.70. L'ipotesi dell'autore era quella secondo cui nell'elenco muciano-ciceroniano degli *arbitria bonae fidei* si conservi la traccia della bipartizione della *fides* antica in *fides* come potere e *fides* come promessa⁴³⁷. Nel brano del *De officiis* ciceroniano, che contiene insieme ad altri brani l'elenco degli *arbitria bonae fidei* attribuito a Quinto Mucio Scevola, si possono, infatti, distinguere due gruppi: da un lato le azioni dalle quali conseguiva l'infamia (*actio tutelae*, *actio societatis*, *actio mandati*, *actio fiduciae*); dall'altro le azioni derivanti dai contratti consensuali di compravendita e di locazione⁴³⁸. I rapporti relativi al primo gruppo sarebbero ricollegabili alla *fides* come potere; i rapporti relativi ai due contratti consensuali di compravendita e locazione rivelerebbero la loro affinità strutturale con la *fides* generata da uno scambio di promesse⁴³⁹. E per il primo gruppo di rapporti, comportanti l'infamia, sarebbe preferibile pensare ad una base sostanziale scaturente dalla *fides*-potere, e non dalla *bona fides*⁴⁴⁰.

Ricostruito in tal modo il ruolo della *fides* sul piano 'sostanziale' e nella sua fondamentale duplicità di valori semantici, l'autore rivolgeva la sua

come discendente da un atto di autoassoggettamento in garanzia cui possiamo ormai ben mettere a fronte quel potere, grave ma non illimitato, che aveva il 'creditore' (sarebbe meno esatto dire l'obbligante) sul *nexus*: in questa antichissima forma di rapporto obbligatorio troveremmo così realizzata la nostra coppia correlativa: l'atto e il potere sarebbero entrambi *fides*, e *dare fidem* equivarrebbe a *se dare in fidem* poiché non si saprebbe più se ciò che si dà, dando *fidem*, sia l'atto vincolante oppure il potere sopra sé stessi (o sopra cosa propria) istituito o riconosciuto dall'atto».

⁴³⁶ *Ivi*, 142-145.

⁴³⁷ Cfr. ad esempio *ivi*, 165 e 174.

⁴³⁸ *Ivi*, 165-168.

⁴³⁹ *Ivi*, 174-176.

⁴⁴⁰ *Ivi*, 178: «In tutti i rapporti finora esaminati, ma specialmente nel primo gruppo, abbiamo constatato la presenza della *fides* 'tout court', una *fides* che dà — essa, con la sua polivalenza — ragione di una diversa fisionomia sociale (e poi anche ufficiale e giuridica) dei rapporti stessi. In particolare, non è alla *fides bona* — comune a tutta la categoria — che risale l'infamia; non è alla *fides bona* che risalgono i (diversi) criteri di responsabilità; non è, in una parola, alla *fides bona* che risale la intima natura di quei rapporti sul piano sostanziale. Essi sono scaturiti dalla *fides* e questa, anche moralizzata, conserva in sé le tracce della duplice radice strutturale».

riflessione sulla uniformità nella formula ‘*ex fide bona*’, che in opposizione alla diversità riscontrata nella *fides* fungerebbe da elemento unificatore della categoria dei giudizi di buona fede⁴⁴¹.

Sulla rilevata diversità di funzione fra *fides* e *bona fides* Luigi Lombardi fondava la sua ipotesi fondamentale: la *bona fides* come concetto giuridico e come creazione processuale dell’esperienza giuridica romana⁴⁴².

Se la *fides* come «principio degli obblighi sul piano sostanziale dei rapporti»⁴⁴³ non era riconducibile ad un valore semantico unitario, la funzione unificatrice dei *iudicia bonae fidei* sarebbe spettata ad un concetto nuovo, appartenente ad una dimensione diversa e nuova rispetto alla dimensione sostanziale. Tale dimensione sarebbe quella propriamente processuale.

Sul piano processuale si richiedeva, secondo il Lombardi, un concetto dal contenuto oggettivo e tipico, non suscettibile delle diverse interpretazioni della *fides*. Un tale concetto oggettivo sarebbe stato rinvenuto, in sede di prassi giuridica, nella *fides bona* intesa come *fides* del *bonus vir*⁴⁴⁴. L’autore perveniva ad ipotizzare che, il concetto di *bona fides* fosse strumentale a determinare, nell’ambito dei rapporti intersoggettivi e spostando l’attenzione dal piano morale proprio dei filosofi a quello giuridico, ciò che si possa «volta per volta pretendere coattivamente dall’interessato»⁴⁴⁵; e conseguentemente a fornire un modello ‘conoscitivo’ per il giudice che deve valutare il comportamento delle parti⁴⁴⁶. Considerato che la formula ‘*ex fide bona*’ ricorre esclusivamente in contesti relativi ai giudizi di buona fede, e osservato che Quinto Mucio fu autore di una elaborazione dei *bonae fidei iudicia*,

⁴⁴¹ *Ivi*, 178-179.

⁴⁴² *Ivi*, 179.

⁴⁴³ *Ivi*, 180.

⁴⁴⁴ *Ivi*, 180-181. Sulla portata e sul significato di ‘*bonus vir*’, cfr.: *ivi*, 181, n. 40, secondo il quale l’espressione farebbe riferimento ad un’idea di uomo onesto, di galantuomo; inoltre, R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel De officiis di Cicerone*, cit., in particolare pp. 333-350, dove, al termine di una lettura esegetica del *De officiis*, si raggiunge il risultato di identificare nel *bonus vir* «chi sa come comportarsi, ossia colui che ha la virtù della *prudencia* – pur se in modo imperfetto e ‘medio’, non essendo un *sapiens*» (*ivi*, 342). Si tratta, cioè, dell’uomo in grado di fornire un modello di comportamento, in quanto portatore di un ‘dover sapere’ che lo rende capace di giovare a chi può giovare e non nuocere se non a chi gli ha arrecato offesa (cfr. Cic. *De off.* 3.76).

⁴⁴⁵ L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 182. Sembra che Cicerone facesse lo sforzo di trasportare sul piano giuridico e sociale la discussione filosofico-morale sul giusto rapporto fra utile e onesto, con ciò evitando il rischio di esagerare l’elemento filosofico nel considerare la buona fede e focalizzando la questione su ciò che, in nome della buona fede, possa pretendersi coattivamente (non moralmente) da un soggetto.

⁴⁴⁶ *Ivi*, 183.

isolando diaireticamente il concetto, ma che la giurisprudenza quella formula dovette trovarla nella prassi⁴⁴⁷, il Lombardi concludeva che la clausola *ex fide bona* deve farsi risalire ad arbitrati privati, dove le parti affidavano all'arbitro di determinare i rispettivi obblighi non già secondo diritto, ma secondo un modello di comportamento ispirato alla *fides* del *bonus vir*⁴⁴⁸.

Con tali conclusioni l'autore era portato logicamente a confutare l'opinione che la buona fede avesse la funzione di fondamento della pretesa fatta valere con il *bonae fidei iudicium*, e non di 'misura' (o di parametro di valutazione del comportamento dell'interessato): insomma, l'*oportere* della formula avrebbe la propria fonte non nel *ius civile*, ma nella stessa buona fede. E così anche a confutare l'altra opinione (M. Kaser), secondo cui si avrebbero diverse fasi, da un'iniziale funzione di fondamento dell'*oportere* a quella della recezione nel *ius civile* dei *bonae fidei iudicia*, in cui la buona fede diverrebbe solo 'misura'⁴⁴⁹.

Per il Lombardi la storia dei giudizi di buona fede era, a questo punto, ricostruibile nei termini seguenti: vi dovette essere una fase in cui, in ambienti 'privatistici' i rapporti intersoggettivi erano regolati dalla *fides*, che imponeva dei comportamenti e permetteva il «buon funzionamento della vita preconfittuale»⁴⁵⁰. Nel caso in cui sorgessero dei conflitti, le parti si sarebbero potute rivolgere ad un arbitro, incaricato di stabilire *quidquid ob eam rem dare facere oporteret ex fide bona*. In tale incarico la *fides bona* indicherebbe un modello di comportamento, quello che ci si deve aspettare da un *bonus vir*, che lo stesso arbitro avrebbe contribuito a determinare⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ *Ivi*, 180-181.

⁴⁴⁸ *Ivi*, 183, dove si afferma anche: «A un magistrato non viene spontaneamente il pensiero di creare formule di quel genere; e neppure – lo abbiamo visto – a un giurista. E se, infine, la tipicità (che non è, ricordiamolo, oggettività astratta) della *f.b.* si spiega come originata da un conflitto interindividuale, non dovrà, questo conflitto privatistico pensarsi impostato nella forma di un arbitrato, dove appunto anche la funzione valutativa messa in luce viene ad inquadrarsi perfettamente?».

⁴⁴⁹ Cfr. L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 184-190 e nn. 50-51; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 313-314; R. FIORI, 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei 'iudicia bonae fidei', in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 101-102, 1997-1998, 165-197. Quest'ultimo autore (*ivi*, 174), nel valutare criticamente le diverse dottrine – per le quali pertanto facciamo rinvio a tale contributo – che ipotizzano una 'recezione' dei *iudicia bonae fidei* nel *ius civile*, attribuisce alla *bona fides* la duplice funzione di fondare l'obbligazione e di determinarne i limiti in misura più ampia rispetto a quanto dovuto in base ad azioni di stretto diritto, con ciò ponendosi in posizione diametralmente opposta a quella del Lombardi.

⁴⁵⁰ L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 190.

⁴⁵¹ Con ciò il Lombardi intendeva lasciar chiaro che la *bona fides* non poteva svolgere la funzione di fondamento della pretesa, in quanto egli solo dopo la sua decisione avrebbe

Sarebbe poi seguita la fase della recezione pretoria dei *iudicia bonae fidei*, trasformando la loro efficacia da 'paragiuridica' a giuridica⁴⁵² e, infine, il passaggio dei giudizi di buona fede nel *ius civile* avrebbe sostituito il *ius* all'*imperium* come fondamento delle pretese⁴⁵³.

Questa che abbiamo appena esaminato è una fra le tante ipotesi in merito all'origine dei *iudicia bonae fidei*. E non serve in questa sede fare una rassegna di tutte le diverse ipotesi avanzate in dottrina⁴⁵⁴. A noi interessava, infatti, dare una spiegazione storica del fatto che la buona fede in diritto romano opera nell'ambito di un numero limitato di figure negoziali. Tornando al brano ciceroniano da cui siamo partiti (*De off.* 3.70), da esso ricaviamo che fra le figure negoziali tutelate con giudizi di buona fede vi erano, oltre ad alcune fattispecie civilistiche di risalente tradizione, come la fiducia e la tutela, i quattro contratti consensuali diffusi nei commerci internazionali (compravendita, locazione, società, mandato; compravendita e locazione costituivano le figure paradigmatiche di sinallagma); e apprendiamo che Quinto Mucio dovette avere un ruolo importante nella elaborazione della categoria dei *iudicia bonae fidei*⁴⁵⁵.

Veniamo così, alla parte del brano di Cic. *De off.* 3.70 che ci offre lo spunto per delineare il ruolo della buona fede nel diritto romano, specialmente contrattuale. Quinto Mucio, il giurista che nel I sec. a.C. scrisse diciotto libri attraverso i quali il diritto civile fu organizzato *generatim*, fino ad assumere

determinato la norma per l'autoregolamento di interessi posto dalle parti, sulla base di un modello tipico, cioè il *bonus vir*: L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., 191.

⁴⁵² Ivi, 192: «Ora non direi che questa recezione possa aver mutato la funzione della *b.f.*; essa ha solo trasformato l'efficacia dei suoi dettami da 'paragiuridica' in giuridica sostituendo – come fondamento di quell'efficacia – l'*imperium* al compromesso delle parti».

⁴⁵³ Ivi, 193.

⁴⁵⁴ Cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., 40-46, la cui autorevole ricostruzione è imperniata attorno all'ipotesi di una origine policentrica (nell'ambito dei commerci internazionali e all'interno della società romana), attorno al valore della *bona fides* come rispetto della parola data e attorno ad una dialettica fra la tipicità del sistema contrattuale romano e l'emergere del principio consensualistico per alcune figure contrattuali tutelate con i *bonae fidei iudicia* (cfr., tuttavia, *ivi*, 113-114, dove le origini storiche della *bona fides* – si noti, diversamente dai relativi *iudicia* – vengono individuate esclusivamente nei rapporti con gli stranieri); e R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (seconda parte)*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. IV, cit., 99-111, che nega un originario significato di *bona fides* come rispetto della parola data e attribuisce la genesi della *bona fides* al *ius civile-ius gentium*, escludendo pertanto una fase pretoria.

⁴⁵⁵ Cfr. R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 30, che parla di un 'modello' muciano di *bona fides*.

la veste di scienza giuridica⁴⁵⁶, sottolineò due aspetti della *bona fides*, stando alla testimonianza ciceroniana⁴⁵⁷. Da un lato, egli riteneva che il *nomen bonae fidei manare latissime*, vale a dire abbracciasse tutto il complesso di rapporti giuridici che compongono la vita sociale⁴⁵⁸. Tale annotazione muciana ci sembra di notevole interesse. Mi pare, infatti, che si possa dire che Quinto Mucio ricollegasse la categoria della buona fede a tutti i negozi *quibus vitae societas continetur*. Questo cenno ciceroniano al pensiero muciano ci porta ad affermare che, nonostante la più limitata area di applicazione della buona fede nell'ambito della contrattualità romana e rispetto alla generale rilevanza di essa nel diritto contrattuale, la nozione era comunque rapportata dal grande giurista repubblicano alla 'normalità' delle relazioni giuridico-sociali⁴⁵⁹.

Dall'altro lato, la parte finale del brano ci suggerisce quale era la principale funzione attribuita alla buona fede dal giurista del I sec. a. C.: all'epoca in cui egli sistemava diaireticamente⁴⁶⁰ i giudizi di buona fede, le relative formule attribuivano al giudice del processo formulare il 'compito' di determinare in base al criterio della *bona fides* il contenuto concreto degli obblighi delle parti negoziali⁴⁶¹. Se questo dei giudizi di buona fede è uno snodo

⁴⁵⁶ D. 1.2.2.41 (Pomp. *libro singulari enchiridii*): «Quinto Mucio, figlio di Publio, Pontefice massimo, per primo costituì il diritto civile in una disposizione ordinata per generi, facendone redazione in diciotto libri» («*Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo*»; trad. Schipani).

⁴⁵⁷ In J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, cit., 374-375, l'elaborazione muciana sulla *bona fides* sarebbe il risultato sia della stesura dell'editto per la promagistratura che Quinto Mucio rivestì in Asia, sia della sua attività di rispondente e avrebbe il carattere di una speculazione collocabile fra etica e diritto (il commento a Cic. *De off.* 3.17.70 è di Emanuele Stolfi).

⁴⁵⁸ Cfr. R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 38. Sulla *summa vis* attribuita da Quinto Mucio al *nomen bonae fidei*, cfr. J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, cit., 375-376.

⁴⁵⁹ Si confrontino, tuttavia, le osservazioni in C. BEDUSCHI, *I profili giudiziali della fides*, in L. PEPPE (a cura di), *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova, 2008, 31-32, che ricollega il fatto che «i *iudicia bonae fidei* fossero applicati solo a rapporti ben definiti e socialmente riconosciuti» alla impostazione 'rivoluzionaria' del *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, nel senso che mentre nelle altre azioni il pretore predeterminava la rilevanza giuridica dei fatti allegati dall'attore, nei giudizi di buona fede si apriva uno spazio nuovo di valutazione demandato interamente al *iudex* sul presupposto della *bona fides*.

⁴⁶⁰ Cfr. M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)*, tomo II, cit., 20-188. Per quanto riguarda specificamente Quinto Mucio, si vedano le pp. 211-213, dove si ipotizza una portata ristretta e 'atomizzante' dell'attività diairetica muciana.

⁴⁶¹ Riguardo alla frase: *in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*, cfr. R. CARDILLI, *Bona fides*

fondamentale, dal punto di vista della genesi della nozione e dal punto di vista funzionale, altri aspetti devono essere, seppur in questa sede soltanto brevemente, segnalati⁴⁶².

tra storia e sistema, cit., 41: «si accentua il momento della statuizione giudiziale, come il momento ineliminabile per tradurre in concrete valutazioni della condotta delle parti la indeterminatezza di concetti carichi di valore etico-giuridico come *bonus vir*, *bene agi*, *quidquid dare facere oportere ex fide bona*.

Fondamentale, mi sembra, la prospettiva di integrazione del contenuto del vincolo giuridico fra le parti, il quale non è esclusivamente delimitato dal loro voluto, ma da tutto ciò che in base alla buona fede si può ritenere che una parte debba all'altra, tenendo conto delle circostanze concrete nelle quali il rapporto trova esplicazione». Si pongono diversi problemi. Uno concerne l'interpretazione di *magni esse iudicis statuere*, su cui rinvio a R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel De officiis di Cicerone*, cit., 336, n. 205; inoltre, J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, cit., 378. Un secondo problema è dato da tutto l'inciso *praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria*, su cui si discute se debba intendersi o meno in senso tecnico il riferimento ai *iudicia contraria*. E la dottrina nega giustamente la tecnicità dell'espressione, poiché questa si riferisce alle azioni che venivano concesse dal pretore a chi aveva il ruolo di obbligato ma dal negozio potevano sorgere obbligazioni eventuali a carico del creditore: ad esempio, nel caso del deposito, alla pretesa principale dell'attore (dal deposito sorge un'obbligazione in capo al depositario), fatta valere con *actio depositi directa*, poteva essere contrapposta l'eventuale pretesa del depositario (rimborso spese sostenute dal depositario, risarcimento dei danni provocati dalla cosa depositata, ecc.), fatta valere con azione prevista dal pretore per le obbligazioni eventuali del depositante, detta appunto *iudicium depositi contrarium*. Ma l'elenco 'muciano' dei *iudicia bonae fidei*, non comprende solo figure negoziali simili al deposito, come il mandato, ma anche figure con obbligazioni reciproche (compravendita e locazione) che danno origine ad autonome azioni delle controparti. Pertanto, Cicerone con l'espressione *iudicia contraria* intenderebbe, in modo atecnico, la possibilità per le parti di far valere le reciproche obbligazioni con autonome azioni: cfr. B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', in *Annali del Seminario Giuridico della Regia Università di Palermo*, 7, 1918, 152-161; R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 40, n. 74. Cfr. anche J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, cit., 378-379, che opportunamente accosta all'ipotesi di azioni autonome, come nei contratti sinallmatici, anche l'ipotesi di controprete del convenuto da far valere nello stesso giudizio.

⁴⁶² Si traslascia volutamente, in questa sede, l'analisi dettagliata degli effetti del rinvio alla buona fede nei relativi *iudicia*, anche perché diffusamente trattati nella manualistica e nella letteratura. Per fare degli esempi, pensiamo alla c.d. inerenza dei *nuda pacta*, alla rilevanza del dolo e della violenza indipendentemente dall'inserimento nella formula di una apposita *exceptio*, agli effetti in tema di compensazione e di frutti. Per tutti questi aspetti rinvio a: B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', cit., *passim*; G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia* [1927-1928], cit., 32-72, del quale è nota la tesi che l'inerenza delle *exceptiones* ai *bonae fidei iudicia* sia un principio affermatosi in età postclassica; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 178-186; diffusamente, M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., 190-256; A. METRO, 'Exceptio doli' e 'iudicia bonae fidei', in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φύλα*.

Se il nucleo fondamentale attorno al quale occorre aggirarsi, per comprendere il ruolo della buona fede nel diritto contrattuale romano, è quello della clausola *ex fide bona* inserita dal magistrato nelle formule processuali poste a difesa di una serie eterogenea di rapporti, ma tutti di forte rilevanza sociale, e se da tale nucleo ricaviamo che da tale clausola era dato al giudice di una controversia contrattuale il compito di precisare i doveri delle parti nel rapporto, determinando concretamente quali fossero i loro doveri reciproci, bisogna segnalare che, negli ultimi decenni, la dottrina si è divisa sul punto se la dicitura *'fides bona'* costituisse o meno una 'formula vuota', da riempire di volta in volta in base ai valori correnti in un determinato momento storico.

Secondo un' autorevole dottrina, infatti, la buona fede, secondo il meccanismo processuale sopra indicato, permetteva ai giuristi di dare operatività a valori storicamente variabili e non predeterminati. Tale schema sarebbe stato, pertanto, riempito nei contenuti dalla sensibilità del singolo giurista che si sarebbe fatto interprete dei valori imperanti nella società del suo tempo. Lo dimostrerebbe proprio il brano di Cic. *De off.* 3.70 da noi qui esaminato: Cicerone, dopo aver dato, fra i casi dati dal modello romano di soluzione del rapporto fra utile e onesto, oltre l'esempio della clausola *VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIM*, anche l'esempio dei *concepta verba* dell'*actio fiduciae* (*UT INTER BONOS BENE AGIER OPRTET ET SINE FRAUDATIONE*), segnalava poi il dubbio *sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est*⁴⁶³.

Mario Talamanca traeva argomento principalmente da D. 16.3.13. pr. (Tryph. 9 *disputationum*)⁴⁶⁴. In questo brano sarebbe la buona fede a

Scritti per Gennaro Franciosi, vol. III, Napoli, 2007, 1731-1753; R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (seconda parte)*, cit., 126-145.

⁴⁶³ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., 4-6.

⁴⁶⁴ D. 16.3.13.pr. (Tryph. 9 *disputationum*): «La buona fede, che si esige nei contratti, richiede una somma equità. Ma dobbiamo noi valutarla secondo il mero diritto delle genti, oppure secondo i precetti civili e pretori? Ad esempio, se un accusato in un giudizio capitale depositò presso di te cento, fu <condannato> e deportato e i suoi beni confiscati, le cose <da lui> depositate si devono restituire a lui oppure devolvere alla cassa pubblica? Se guardiamo al solo diritto naturale e delle genti, si devono restituire a colui che diede; se guardiamo al diritto civile e all'ordinamento legale, si devono piuttosto devolvere alla cassa pubblica: infatti, uno che abbia pubblicamente demeritato deve anche soffrire l'indigenza, affinché sia d'esempio deterrente per gli altri onde <evitino> di commettere delitti» (*«Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti*

imporre la considerazione dell'*aequitas* nel regolare il rapporto⁴⁶⁵. Altra dottrina ha contestato l'interpretazione del sintagma *fides bona* come formula vuota (*Leerformel*). Da un altro brano del *De officiis ciceroniano* (Cic. *De off.* 3.67) si è ritenuto di trarre argomento per affermare, infatti, che la buona fede costituisse uno schema tecnico per garantire il bilanciamento e l'equilibrio contrattuale e che tale schema rappresentasse un'istanza interpretativa tale da indurre il giurista a ricavare ulteriori regole giuridiche dalla considerazione della 'realtà cose'⁴⁶⁶. Per noi è sufficiente affermare, in questa sede, che la buona fede nel sistema romano di età classica, attraverso il richiamo ad esso inserito nella formula dell'azione processuale, operava quale meccanismo tecnico per tenere alcuni importanti rapporti giuridici, fra i quali quelli derivanti da contratti consensuali, entro i binari di regole di correttezza e di equilibrio fra le parti individuate in base alle circostanze concrete che spettava al giudice di valutare.

Intesa in tal modo, e questo è il secondo aspetto che merita segnalare, la buona fede assumeva particolare rilievo nei rapporti fra soggetti fra loro uniti da vincolo sinallagmatico. Facciamo un esempio.

Gai 3.137 - «Parimenti, in questi contratti [= *consensu obligationes*; cfr. Gai 3.135] uno si obbliga con un altro su quello che è necessario che l'uno presti all'altro *ex bono et aequo* [...]»⁴⁶⁷.

D. 19.1.50 (Lab. 4 *posteriorum a Iavoleno epitomatorum*) - «La buona fede non tollera che, quando un compratore, per il beneficio di una qualche legge, abbia cessato di dovere il denaro del prezzo della cosa vendutagli, prima che la cosa <stessa> gli sia stata consegnata, il venditore sia costretto a consegnarla e a privarsi della sua cosa. Invece, una volta trasferito il possesso, accade che il venditore si troverebbe egualmente privo della sua cosa, dal momento che a lui, che rivendichi la cosa, il compratore potrebbe opporre l'eccezione

reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet». Trad. it. di Schipani).

⁴⁶⁵ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., 297-302.

⁴⁶⁶ R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (seconda parte)*, cit., 126- 127 e 241-242.

⁴⁶⁷ Gai 3.137: «*Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur*».

di cosa venduta e consegnata e non sarebbe come se colui che rivendichi non l'avesse né venduta né consegnata»⁴⁶⁸.

Il passo di Gaio è stato richiamato dal Grosso come esempio di sinallagma c.d. genetico, ovvero di contratto che determina il sorgere di reciproche obbligazioni e azioni⁴⁶⁹. Ivi il riferimento al *bonum et aequum*, così come il riferimento espresso alla buona fede in Gai 3.155⁴⁷⁰, indica che già al momento del sorgere dei reciproci obblighi la *fides bona* si pone come misura di essi.

Il passo di Labeone si divide in due parti. La prima parte è considerata dalla dottrina come esempio di sinallagma c.d. funzionale⁴⁷¹, ossia di collegamento fra le due obbligazioni reciproche, tale che il venir meno di una senza adempimento fa venir meno anche l'altra (sinallagma condizionale) oppure tale che l'azione per l'adempimento da parte di uno dei contraenti implica aver già adempiuto alla propria prestazione dovuta o offrirne contestualmente l'adempimento (sinallagma funzionale in senso stretto).

Nella prima parte Labeone poneva il caso di una vendita in cui, prima della consegna, il sopraggiungere di un beneficio di legge⁴⁷² avesse fatto

⁴⁶⁸ D. 19.1.50: «*Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur et re sua care-ret. possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequè amitteret, utpote cum petenti eam rem <emptor exceptionem rei venditae ac traditae opponere possit nec perinde sit quasi eam rem> petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset*» (trad. italiana a cura di Schipani). Il testo è ritenuto comunemente dalla dottrina mutilo e viene integrato attraverso la proposta ricostruttiva del Mommsen *emptor-eam rem* (*Digesta, editio maior, ad h.l.*), sulla probabile ipotesi che un amanuense abbia generato una lacuna di testo per meccanico errore consistente nell'aver saltato una intera linea compresa fra le parole '*eam rem*' due volte ripetute: cfr. L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. IV, cit., 333, n. 6. Per l'ampia bibliografia su questo frammento, cfr. M. TALAMANCA, '*Lex*' ed '*interpretatio*' in *Lab. post. a lav. epit. D. 19,1,50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a Filippo Gallo*, vol. II, Padova, 1997, 353-354, n. 1. Si segnala, infine, l'autorevole traduzione in F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. I, cit., 215, n. 144.

⁴⁶⁹ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 203.

⁴⁷⁰ Gai 3.155: «[...] si contrae l'obbligazione da mandato, e reciprocamente saremo vincolati l'uno all'altro in ciò che è necessario che io presti a te e tu presti a me in base a buona fede» («[...] *contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*»).

⁴⁷¹ Su sinallagma genetico e funzionale, per tutti: L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, cit., 332, n. 3.

⁴⁷² Direttamente identificato con un *factum principis* in M. TALAMANCA, «Vendita [diritto romano]», cit., 450, n. 1528.

cessare l'obbligo del compratore di pagare il prezzo. Il giurista si chiedeva quale fosse allora la sorte dell'obbligo del venditore di consegnare la cosa, prospettando la possibilità che il compratore, esentato dal dover pagare il prezzo, esercitasse comunque l'azione contrattuale (*actio empti*) per ottenere la cosa comprata. Ed egli attribuiva proprio alla clausola *ex fide bona* dell'azione contrattuale l'operatività dell'interdipendenza funzionale fra le prestazioni: è sulla base delle regole di correttezza derivanti dal criterio della buona fede che il venditore non è tenuto a consegnare la cosa, una volta venuto meno l'obbligo di pagare il prezzo⁴⁷³.

Diversa la situazione prospettata nella seconda parte del testo, peraltro accorciata e normalmente ricostruita dalla dottrina accogliendo la proposta di integrazione del Mommsen. Stando alla lettura ricavabile dalla ricostruzione mommseniana⁴⁷⁴, possiamo immaginare che il caso esposto da Labeone riguardasse la vendita di una *res Mancipi*, per la quale la semplice consegna della cosa (*traditio*) non fosse idonea a trasferirne la proprietà. Di fronte all'intervento di un'enzione dall'obbligo di pagare il prezzo, stavolta *post traditionem*, il venditore, ancora proprietario della cosa consegnata, avrebbe potuto esercitare una ordinaria rivendica per ottenere la restituzione della cosa. A questo punto, il compratore, come fosse un proprietario bonitario, avrebbe opposto una *exceptio rei venditae ac traditae*, paralizzando la rivendica del venditore.

Questo effetto si sarebbe, secondo Labeone, realizzato *aeque*, che credo sia preferibile intendere come 'equamente', distaccandomi con ciò dalla traduzione italiana che ho tratto da quella curata da Sandro Schipani⁴⁷⁵. Con ciò il giurista intendeva probabilmente dire che, non potendo il venditore esercitare l'*actio venditi* per ottenere il pagamento, visto il beneficio di legge che liberava il compratore dall'obbligo di pagare il prezzo, non

⁴⁷³ Cfr., per tutti, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 210-213; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. I, cit., 214-221, secondo il quale Labeone «si serviva del criterio della buona fede per determinare e tradurre in regole concrete l'interdipendenza tra le contrapposte obbligazioni»; M. TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, cit., 375-376, che parla di «rilevanza del sinallagma funzionale» (cfr. *ivi* anche 455, n. 1575); R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 336-337 e nn. 48-49; M. TALAMANCA, *'Lex' ed 'interpretatio' in Lab. post. a lav. epit. D. 19,1,50*, cit., 355-363 e 375-398, che imposta la soluzione labeoniana in termini di conflitto tra due diversi sistemi normativi (buona fede e *lex*); L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, cit., 333-341.

⁴⁷⁴ Oppure, stando al testo reso dalla *Vulgata*: cfr. M. TALAMANCA, *'Lex' ed 'interpretatio' in Lab. post. a lav. epit. D. 19,1,50*, cit., 357.

⁴⁷⁵ Cfr., in proposito: F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. I, cit., 216, n. 145; L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, cit., 343-344.

sarebbe stato possibile nemmeno che recuperasse la cosa con una azione reale di rivendica, essendo necessaria una «soluzione di compromesso» fra il piano della *bona fides* e il piano della *lex*, per il caso in cui il contratto sinallagmatico fosse giunto in una fase in cui l'obbligazione di consegnare la cosa era stata eseguita⁴⁷⁶. Sembrerebbe che, in questo secondo caso, non vi fosse questione, pertanto, di un equilibrio fra le contrapposte prestazioni da garantire attraverso la buona fede. Come è stato osservato, si sarebbe altrimenti annullata l'applicazione della *lex* di beneficio⁴⁷⁷.

Dunque, la buona fede, nei contratti sinallagmatici in particolare e nel diritto contrattuale romano in generale, aveva la funzione di dare un equilibrio, attraverso la determinazione concreta dei doveri delle parti per mezzo del *iudicium*, alle posizioni dei contraenti⁴⁷⁸.

Rimane da fare un breve accenno ad un ultimo aspetto preso in speciale considerazione dalla romanistica: il rapporto fra buona fede e principio consensualistico⁴⁷⁹. È stato rilevato, infatti, dalla dottrina che attraverso il meccanismo della buona fede, richiamando questa il dovere di rispetto della parola data, aveva trovato sbocco nel sistema romano la categoria delle *obligationes consensu contractae*, o contratti consensuali, ma questo speciale rapporto della *bona fides* con i contratti fondati sul puro consenso non condusse mai alla tutela generalizzata del consenso in sé considerato. Come

⁴⁷⁶ M. TALAMANCA, 'Lex' ed 'interpretatio' in *Lab. post. a Iav. epit. D. 19,1,50*, cit., 398-399: «Se egli [Labeone] avesse, infatti, dato piena applicazione alla reciprocità fra le due prestazioni, ammettendo che il venditore, il quale avesse consegnato il fondo, potesse ottenere – in qualsiasi modo ciò avvenisse – la restituzione del fondo stesso, sarebbe arrivato a svuotare di qualsiasi portata il provvedimento legislativo in questione».

⁴⁷⁷ M. TALAMANCA, 'Lex' ed 'interpretatio' in *Lab. post. a Iav. epit. D. 19,1,50*, cit., 362. Per l'interpretazione della seconda parte di D. 19.1.50, si veda: G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 214-215; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, vol. I, cit., 219-221; M. TALAMANCA, 'Lex' ed 'interpretatio' in *Lab. post. a Iav. epit. D. 19,1,50*, cit., 363-375 e, in modo approfondito, 395-407, dove si rinviene una disamina delle opinioni avanzate in dottrina, e di cui si accolgono le conclusioni; L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, cit., 341-345. Volutamente mi astengo dal trattare, qui, il problema del rapporto fra questa testimonianza labeoniana e il principio *periculum est emptoris*, con cui alcuni ritengono che la soluzione labeoniana sembra contrastare: cfr. per tutti GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 210-215, il quale per la verità vedeva anche nella soluzione della seconda parte del brano una esplicazione della buona fede.

⁴⁷⁸ Richiama diffusamente l'attenzione alla funzione della buona fede quale fattore di equilibrio contrattuale R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (seconda parte)*, cit., *passim*.

⁴⁷⁹ Per questo importante aspetto, cfr.: G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 146-147, n. 6; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., 46-106.

abbiamo già avuto modo di notare, la buona fede rimase un criterio rilevante in un limitato numero di *iudicia* e, fra questi, quelli che davano tutela a figure contrattuali informali e fondate sul semplice accordo si vennero – verso la fine del III sec. a.C. – ad accostare alle altre categorie di *obligatio* scaturente o da una fonte formale (contratti verbali e letterali) o da una *datio* (contratti reali), senza dare l'avvio ad un processo di graduale espansione della rilevanza della volontà negoziale. L'idoneità del puro consenso a fondare il vincolo obbligatorio non sarebbe stata, pertanto, riconosciuta dalla giurisprudenza al di fuori di «una serie di fattispecie in cui operava una funzione socio-economica sentita come tendenzialmente tipica»⁴⁸⁰.

La buona fede, seppur potenzialmente in grado di fornire la base dogmatica ad un processo di espansione del principio consensualistico, non assunse la 'supremazia' su altri valori dell'ordinamento, come la tipicità contrattuale. La regola romana *ex nudo pacto actio non oritur* non è altro che l'espressione della prevalenza del criterio di tipicità contrattuale sulla buona fede come fonte dell'esigenza del rispetto della parola data⁴⁸¹.

Al termine di questa riflessione sulla storia della buona fede, possiamo constatare come la forza espansiva del principio abbia avuto pieno sviluppo solo nei codici contemporanei e nello stesso diritto cinese dei contratti, mentre la giurisprudenza romana fu attenta a mantenere il suo campo di operatività nei limiti di una serie di figure contrattuali aventi causa tipica.

1.8 Principio di liceità

第七条: «当事人订立、履行合同, 应当遵守法律、行政法规, 尊重社会公德, 不得扰乱社会经济秩序, 损害社会公共利益»

Art. 7: «Le parti, nel porre in essere e nell'eseguire un contratto, devono rispettare le leggi e i regolamenti amministrativi; devono rispettare la morale sociale. Non possono turbare l'ordine economico-sociale né danneggiare l'interesse pubblico».

Il termine legge (*falü* 法律) si riferisce alle leggi emanate dall'Assemblea Popolare Nazionale e dal suo Comitato Permanente; per regolamenti amministrativi (*xingzheng fagui* 行政法规) si intendono le disposizioni emanate dal Consiglio degli Affari di Stato e dai dipartimenti statali. La dottrina, nell'indicare l'ordine gerarchico dei limiti imposti alle parti, attribuisce alla

⁴⁸⁰ *Ivi*, 52.

⁴⁸¹ *Ivi*, 73.

morale sociale una posizione di privilegio e, nella consapevolezza della complessità dei contenuti insiti, li interpreta storicamente, in corrispondenza alle diverse e mutate esigenze di costume della società. Sulle finalità del principio, la seguente interpretazione: «L'art. 7 riguarda il principio di liceità (*hefa yuanze* 合法原则) il cui fine è quello di garantire che il contratto stipulato dalle parti corrisponda al pubblico interesse, regoli gli interessi fra le parti, fra le parti e lo Stato e protegga l'attività del commercio. Richiede alle parti, durante la stipulazione e l'adempimento del contratto, l'obbligo di rispettare la legge, i regolamenti amministrativi, l'interesse pubblico e la morale sociale. In una situazione particolare, per motivo di pubblico interesse o di necessità sociale, lo Stato può richiedere ad alcune imprese la stipula di un contratto con lo Stato, né le imprese possono rifiutare tale richiesta»⁴⁸².

Sulla definizione del principio, Han Shiyuan puntualizzandolo quale “principio di ordine pubblico e di buon costume”, ne illustra il significato e il ruolo: «Tale principio attiene all'ordine pubblico e al buon costume dal momento che ne richiede il rispetto in tutte le attività civili. Nel nostro paese la legge non utilizza la definizione di buon costume derivata dall'influenza legislativa sovietica in materia civile [...]. Nei confronti dell'art. 7 dei Principi generali del diritto civile, l'art. 7 della Legge unitaria acquista un contenuto più specifico: rispetto della legge, della morale, dell'ordine pubblico, dell'interesse pubblico. In tal senso, il rispetto della legge si può considerare specifica espressione del rispetto dell'ordine pubblico; rispetto della morale (*gongde* 公德) e dell'ordine pubblico (*gongxu* 公序) si possono considerare specifiche espressioni dell'interesse pubblico»⁴⁸³.

1.9 Forza vincolante del contratto

第八条: «依法成立的合同, 对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务, 不得擅自变更或者解除合同。
依法成立的合同, 受法律保护»

Art. 8: «Il contratto concluso in conformità alla legge ha forza legale vincolante tra le parti. Le parti devono adempiere ai propri obblighi in base a quanto convenuto e non possono unilateralmente modificare o risolvere il contratto.

Il contratto concluso in conformità alla legge è dalla stessa tutelato».

⁴⁸² WANG LIMING, FANG SHAO KUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 34-35.

⁴⁸³ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 42.

Si esplicita la forza vincolante (*falü yueshuli* 法律约束力) del contratto; nel caso di controversie, la risoluzione è affidata al riferimento alle disposizioni relative agli elementi del contratto⁴⁸⁴. Altra interpretazione letterale: «Il principio di forza vincolante si basa sul presupposto che il contratto si concluda a norma di legge [...]. Pertanto, nel momento in cui il contratto si conclude, entrambe le parti sono vincolate; nella situazione in cui il contratto debba modificarsi o sciogliersi, modifica e scioglimento devono compiersi secondo quanto stabilito dalla legge o dal contratto, né la parte può unilateralmente intervenire; se la parte non adempie, o adempie in modo non corretto il dovere contrattuale, se ne assume la responsabilità, salvo i casi stabiliti dalla legge»⁴⁸⁵.

L'ultima lettura del principio intende intervenire direttamente su una valutazione complessiva del ruolo del contratto in seno alla società, riunendo in un *unicum* tutti gli altri principi espressi nei precedenti articoli: «Il contratto è sacro, e la dimostrazione di tale sacralità è il vincolo esistente tra le parti, vincolo derivato da un determinato potere di autorità superiore, la cui natura muta a seconda del luogo e del momento storico. Infatti, nel diritto antico (*gudai fa* 古代法) il potere derivava spesso da principi religiosi o dalle relazioni con la comunità, relazioni di sangue e di territorio; nella società moderna tale potere deriva dalla legge dello Stato»⁴⁸⁶.

Come sempre, Han Shiyuan spazia oltre il vaglio del mero dato giuridico considerandolo un "particolare" inserito in un contesto cui è strettamente relazionato. In questo caso, la mira coglie "la forza vincolante tra le parti", il vincolo che in ogni tipo di contratto inevitabilmente si crea tra le parti ma anche, ed è questa l'interessante e puntuale riflessione, la natura di tale vincolo non resta fisso, immutabile in ogni luogo e tempo, ma muta e si diversifica al passo con i percorsi della storia di una determinata civiltà e in conformità di determinati usi e costumi. In Cina, per l'appunto, al diritto antico basato su principi religiosi e sulla relazione con la comunità è subentrato un concetto di diritto più aperto ed evoluto basato sulla legge dello Stato.

Su un principio fondamentale inespresso, ma emergente dal contesto della Legge unitaria, esauriente l'esplicazione: «Il principio relativo all'inco-

⁴⁸⁴ Cfr. JIANG PING, *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Spiegazione dettagliata sul diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Appendice con articoli], cit., 8-9.

⁴⁸⁵ SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 70-71.

⁴⁸⁶ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 43.

raggiamento del commercio (*guli jiaoyi yuanze* 鼓励交易原则), sebbene non specificato, emerge dall'intero contesto della Legge. Si manifesta nei seguenti aspetti: i) relativamente alla forma del contratto le parti possono utilizzare la forma scritta od altre forme [...]; ii) risulta limitato l'ambito di invalidità del contratto allorché si lascia alle parti disponibilità di modificare alcuni elementi, al fine esplicito di conservare la validità del contratto e promuovere il commercio [...]; iii) l'esistenza della Legge unitaria rende possibile la conoscenza alle parti dei loro diritti e doveri in modo tale da aumentare la percentuale di successo di conclusione dei contratti [...]; iv) il sistema di annullabilità del contratto è temperato dal principio di conservazione del contratto [...]; v) sono circoscritte le ipotesi di scioglimento del contratto nel caso in cui vi sia violazione di una delle parti, si veda ad esempio l'art. 94 della Legge sui contratti⁴⁸⁷.

A conclusione, si pongono in risalto essenziali finalità: i motivi per cui la Legge unitaria ha inteso far emergere dall'intero contesto il principio della promozione del commercio riguardano lo sviluppo dell'economia, l'efficace utilizzazione delle risorse economiche per la redistribuzione della ricchezza, e soprattutto la concorrenza con il mercato internazionale⁴⁸⁸.

2. Le Disposizioni fondamentali (jiben guiding 基本规定) del Codice Civile della RPC

Come già anticipato, la *Parte generale* (*Minfa zongze* 民法总则), artt. 1-208, del primo Codice Civile cinese, è stata promulgata il 17 marzo 2017 dalla quinta sessione della XII Assemblea Popolare Nazionale ed è entrata in vigore il 1° ottobre 2017⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 71-72.

⁴⁸⁸ Cfr. WANG LIMING, FANG SHAO KUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 35. Riguardo a un'ulteriore finalità del principio, FU JUNWEI, *Modern European and Chinese Contract Law: A Comparative Study of Party Autonomy*, cit., 52: «to protect the freedom of contract. Promoting business transactions is consistent with the wills of the parties, and it encourages people to negotiate freely for the contract according to their wills [...]». Si veda anche LI LING, *China's New Contract Law: Guarantee for the Healthy Development of its Market Economy*, in *Comparative Analysis on the Chinese Contract Law*, Berlin, 2003, 1-4.

⁴⁸⁹ Su questa parte recente del Codice Civile cinese, cfr. M. TIMOTEO, *La Parte generale del Codice civile cinese fra modelli importati e modelli locali*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39, 2018, 245-258.

Il raggiungimento di un simile traguardo si è tracciato all'inizio, nel Capitolo primo, in una ricostruzione storica attenta a valutare epoche, scelte politiche ed economiche, culturali e giuridiche⁴⁹⁰. Si è concepita la premessa in cui racchiudere gli elementi prevalenti che legge e dottrina hanno dovuto, devono e dovranno privilegiare per la stabilità di un universo così complesso e nello stesso tempo totalizzante come quello della Cina nella veste di Repubblica Popolare retta dal Partito Comunista.

A questo punto si ritiene utile aggiungere un approfondimento sulle *Disposizioni fondamentali* di tale *Parte generale* del Codice. L'art. 1 delle *Disposizioni fondamentali* (*jiben guiding* 基本规定) espone le finalità:

«为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法»

«La presente legge, in conformità alla Costituzione, ha la finalità di tutelare i legittimi diritti ed interessi dei soggetti di diritto civile, regolare i rapporti di diritto civile, mantenere l'ordine economico-sociale, soddisfare le esigenze del socialismo con caratteristiche cinesi».

Posto a confronto con l'art. 1 dei *Principi generali del diritto civile*, 1986 e della Legge unitaria, 1999, sulle finalità complessive della normativa emanata nel passato in ognuno dei due precedenti *corpora* ancora in vigore, si deduce che il *corpus* unitario del Codice non mette in discussione scelte ormai acquisite ma accorpandole in un *unicum* adegua il nuovo corso legislativo alle esigenze imposte dallo sviluppo economico e dalle implementazioni delle attività civili, operando arricchimenti e integrazioni relativamente a principi fondamentali. Pertanto, restano confermate e consolidate considerazioni, interpretazioni, quindi i contributi della dottrina, sia per quanto riguarda il linguaggio giuridico, sia i contenuti, fermo restando la specificità del diritto dei contratti.

Del resto, i *Principi generali del diritto civile* e la Legge unitaria, in particolar modo, sono da considerarsi spazi giuridici ben significativi per l'elaborazione teorica e le convinzioni legislative sulla struttura del primo codice di diritto civile della RPC, come si dimostra in tutto il corso di questo lavoro.

Predisposta dalla stessa Assemblea Popolare Nazionale il 15 luglio 2016, la *Spiegazione della "Bozza" della Parte generale del Codice Civile della Re-*

⁴⁹⁰ Vedi *supra*.

pubblica Popolare Cinese (*Zhonghua Renmin Gongheguo minfa zongze* “cao’an” *de shuoming* 中华人民共和国民法总则 “草案”的说明) costituisce un valido sostegno per rispondere agli interrogativi più o meno espliciti sulle particolarità insite nella promulgazione del Codice nella sua completezza⁴⁹¹.

Una prima, rapida traduzione di parti essenziali del testo fornisce un sondaggio a proposito delle *Disposizioni fondamentali*, da cui emerge la continuità con quanto affermato nel passato: «[...] rappresentano i principi basilari che i soggetti di diritto civile devono osservare nelle attività civili e che gli organi giudiziari devono osservare nell’attività giudiziaria. Sulla base dei Principi il nuovo progetto di codice si adegua alle esigenze dettate dallo sviluppo economico e a quelle di implementazione delle attività civili, operando arricchimenti e integrazioni».

Segue l’elenco dei principi che rivestendo un ruolo primario politico-economico ed etico, sono da riconoscersi imprescindibili per il vivere in una società organizzata e onesta; di ognuno di essi è spiegata sinteticamente la funzione. Si sono scelti, ad esempio, quattro principi, di cui si riporta la traduzione e una sorta di confronto con gli stessi fissati nei *Principi generali* e nella Legge unitaria: il principio di uguaglianza, di libera volontà, di equità, di buona fede.

Il principio di uguaglianza tra le parti corrisponde all’art. 3 dei *Principi generali* e della Legge unitaria e all’art. 4 del Codice civile, rispettivamente così espressi:

«当事人在民事活动中的地位平等»

«Nelle attività civili le parti hanno posizione paritaria».

«合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方»

«Le parti del contratto hanno posizione giuridica paritaria. Una parte non può imporre la propria volontà all’altra».

⁴⁹¹ Il testo originale in lingua cinese della *Spiegazione* è disponibile *on line* al sito: <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm> (ultimo accesso 10.02.2020).

«民事主体在民事活动中的法律地位一律平等»

«I soggetti di diritto civile hanno posizione giuridica paritaria nello svolgimento di attività inerenti il diritto civile».

La *Spiegazione della Bozza*: «Il principio di uguaglianza tra le parti stabilisce che i soggetti civili devono trovarsi in una posizione giuridica paritaria. Tale principio, sostegno dei rapporti giuridici civili, ha una funzione diversa da quella dei rapporti giuridici amministrativi e penali, soprattutto risponde alle oggettive esigenze richieste dallo sviluppo dell'economia socialista di mercato»⁴⁹².

Il principio di libertà è fissato nell'art. 4 dei *Principi generali* e della Legge unitaria, nell'art. 5 del Codice civile:

«民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则»

«Le attività civili devono attenersi ai principi di libertà, di equità, di equo compenso e di buona fede».

«当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预»

«In base alla legge le parti godono del diritto di porre in essere un contratto secondo la propria volontà; nessuna unità di lavoro e nessun individuo può interferire in modo illecito».

«民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系»

«I soggetti di diritto civile nel porre in essere attività inerenti al diritto civile devono osservare il principio di libertà nel costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici di diritto civile, secondo le proprie intenzioni»⁴⁹³.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ Ho volutamente lasciato un margine di imprecisione nel tradurre il lemma cinese 自愿 *ziyuan*, che ho reso con 'libertà' e 'secondo la propria volontà', avvertendo il lettore che siamo di fronte ad un campo semantico che copre ciò che noi giuridicamente indichiamo come 'consenso'.

La *Spiegazione della Bozza* insiste sulla essenzialità della funzione del principio, la cui prerogativa risiede nel fatto che «il soggetto civile è pienamente coinvolto nelle attività civili per sua volontà, assumendone le relative conseguenze in termini giuridici».

Il principio di equità è fissato nell'art. 5 della Legge unitaria e nell'art. 6 del Codice Civile:

«当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务»

«Le parti, nello stabilire i diritti e gli obblighi di ciascuna, devono attenersi al principio di equità».

«民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务»

«I soggetti di diritto civile, nel porre in essere attività inerenti il diritto civile, devono osservare il principio di equità determinando ragionevolmente i diritti e gli obblighi di ogni parte».

La *Spiegazione della Bozza*, parafrasando: «stabilendosi che tale principio deve essere osservato nelle attività civili e definendosi razionalmente diritti e doveri di ciascuna parte coinvolta, il principio stesso riflette i valori fondamentali della giustizia e ne disciplina la condotta»⁴⁹⁴.

Il principio di buona fede è fissato nell'art. 6 della Legge unitaria e nell'art. 7 del Codice Civile:

«当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则»

«Le parti, nell'esercitare i diritti e nell'adempiere agli obblighi, devono attenersi al principio di buona fede».

«民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺»

«I soggetti di diritto civile nel porre in essere attività di diritto civile, devono osservare il principio di buona fede, agire con onestà e mantenere i propri impegni».

⁴⁹⁴ Cfr. E. TOTI, *Il principio di equità nel diritto della Repubblica Popolare Cinese*, in *BRICS: una nuova geografia economica?*, cit., 189-203.

La *Spiegazione della Bozza* rileva il ruolo fondamentale che «tale principio riveste per la costruzione di una società basata sull'onestà, per la regolamentazione dell'ordine economico, e come valore-guida del buon costume»⁴⁹⁵.

Il confronto sopra eseguito mette in luce la distanza temporale intercorsa nella formulazione della normativa soprattutto tra *Principi generali* e Codice Civile, 1986-2017, laddove la Legge unitaria, pur nella sua specificità, costituisce valido intermezzo. Dalla sua angolazione la Bozza spiega, dopo una breve parafrasi di ogni principio, la consistenza del contenuto in termini facilmente assimilabili, adeguati ad un pubblico eterogeneo. Si deve, infatti, tener presente che la classe dirigente del nuovo corso politico avviato nel 2012 si è impegnata come mai nel passato per il più ampio coinvolgimento dell'opinione pubblica, promuovendo incontri e dibattiti tra esperti e non, politici e non, sollecitando opinioni e suggerimenti utili all'elaborazione del Codice. Anche più che mai rilevanti i contributi della dottrina, considerati i progressi della ricerca giuridica cinese segnalati nelle precedenti rassegne, e ulteriormente da considerare il dialogo mai interrotto con la ricerca storica e comparatistica dell'Occidente e di ogni altra civiltà giuridica del mondo.

Sulla promulgazione del Codice civile, pertanto, la dottrina attraverso i dibattiti proposti in ambienti accademici o politici, comunque riservati agli addetti ai lavori, ne ha sostenuto complessivamente tutto il procedimento, così come si è svolto e finora concluso, nei tempi e nei modi consoni alle esigenze politiche della RPC.

Attenzione particolare si è rivolta alle norme che finora non erano mai state inserite a livello di disposizioni generali del diritto civile, fissate negli artt. 9 e 10; l'art. 9 introduce il «principio verde», l'art. 10 consente per casi specifici, in assenza di norme apposite, l'applicazione della consuetudine:

«民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护环境»

«Qualsiasi attività di diritto civile condotta da soggetti di diritto civile deve favorire la conservazione delle risorse e tutela dell'ambiente ecologico».

«处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗».

⁴⁹⁵ V. *Spiegazione*, disponibile *on line* al sito: <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm> (ultimo accesso 10.02.2020).

«Ogni controversia di diritto civile deve essere risolta in conformità alla legge; in mancanza di disposizioni pertinenti stabilite dalla legge, può essere applicato il diritto consuetudinario, ma non devono essere violati l'ordine pubblico e il buon costume».

L'inserimento dell'art. 9 tra le *Disposizioni fondamentali* ha il valore autentico di principio dal momento che ingloba significativamente la rinnovata *Legge sulla tutela dell'ambiente*, in vigore dal 15 marzo 2015, e altre normative sparse nei *Principi generali del diritto civile* in concorso con quelle sulla responsabilità civile⁴⁹⁶.

Sull'introduzione dei due principi si ritiene utile riferire i rilievi di un esponente politico di spicco, Shen Deyong⁴⁹⁷: «Nel processo di codificazione civile si è dovuto affrontare l'emergente problema dell'antagonismo tra "persona" e "proprietà", e quindi la difficile situazione del rapporto uomo-risorse naturali. Il Codice Civile, attraverso un approccio sistematico riconosce la carenza, l'esauribilità di risorse naturali, ed allenta la tensione tra i due elementi promuovendo l'armonia tra uomo e natura e praticando un tipo di sviluppo sostenibile».

In sostanza Shen Deyong concorda con l'introduzione all'interno del Codice Civile dell'idea di sviluppo sostenibile, l'unica che consente di riconoscere in misura equa il valore «ecologico delle risorse naturali e l'attribuzione degli interessi della persona»⁴⁹⁸.

Analoga attenzione e consenso Shen Deyong riserva all'inclusione del diritto consuetudinario nel Codice civile, segnalando innanzitutto le ragioni delle problematiche affrontate dal legislatore, di natura territoriale ed etnica: «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»⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Art. 80, 81, 89, 93, 119, 123 e 124 PGDC; nella *Legge penale* (刑法 *Xingfa*), si individuano venticinque diverse fattispecie di reato suddivise in quattro sezioni: Capitolo VI, Sezione VI, *Compromissione della protezione dell'ambiente e delle risorse*; Capitolo VI, Sezione V, *Reati contro la salute pubblica*; Capitolo III, *Reati contro l'ordine dell'economia socialista di mercato*; Capitolo IX, *Inadempimento dei doveri*.

⁴⁹⁷ SHEN DEYONG, Vicesegretario del Comitato del Partito Popolare della Corte del Popolo (livello ministeriale), *Zhonghua Renmin Gongheguo minfa zongze tiaowen lijie yu shiyong, I* [Principi generali del Codice Civile della RPC. Interpretazione degli articoli e utilizzo], Beijing, 2017, 148-150, disponibile *on line* al sito: <<http://www.chinalawtranslate.com/en/shen-deyong-talks-evidence/>> (ultimo accesso 10.02.2020).

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ivi*, 164.

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 civile. Per assumere decisamente quest'ottica nel Codice Civile cinese legislatore e sostenitori della codificazione si sono addossati la responsabilità di individuare le diverse molteplici condizioni che determinano la 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 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».

Shen Deyong ricorre all'autorità di Wang Liming per indicare gli elementi che in Cina determinano la consuetudine: «(i) la durata nel tempo, la reiterazione, la certezza intrinseca di essa [...]; la caratteristica di regole di comportamento»; inoltre definisce la consistenza del diritto consuetudinario: «è formato da consuetudini applicate in maniera reiterata per lungo periodo [...], sicché occorre osservare la regola secondo cui “la prova spetta a chi afferma” ovvero l'onere della prova: le parti che reclamano tale diritto devono provare l'esistenza del medesimo».

Shen Deyong insiste sul comma: «a patto che le norme consuetudinarie non violino ordine pubblico e buon costume», secondo una nostra interpretazione 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»⁵⁰⁰. Infatti, il nuovo corso politico, come è stato ampiamente riferito da organi di stampa e mezzi di comunicazione, si è mostrato molto sensibile ai fattori etici.

Shen Deyong riferisce le puntualizzazioni del giurista Shi Shangkuan: «si ritiene che per ordine pubblico deve 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

⁵⁰⁰ *Ivi*, 165.

che violi tali regole non solo è in conflitto con i principi etici, ma reca danni all'ordine stabilito dalla legge, pertanto non dovrebbe essere riconosciuta in alcun paese»⁵⁰¹.

A considerazioni e affermazioni di questo tenore si ritiene non dover aggiungere altro. Esula dai fini del presente lavoro compiere ulteriori approfondimenti sulla dottrina più accreditata in merito a questa prima fase del varo del Codice civile. Per quel che riguarda la Legge unitaria si può solo prevederne l'inserimento nel Codice, considerato anche che è stata la prima legge a concepire l'unificazione con le altre dello stesso settore e a gettare un ponte verso il primo *corpus* di diritto civile.

3. *Contenuto del contratto ed effetti giuridici. Art. 12 della Legge unitaria*

Gli effetti giuridici che il contenuto del contratto (*hetong neirong* 合同内容) deve e può produrre hanno costituito nella legislazione della RPC un costante punto di riferimento. Già nel 1981 la prima legge del Tripode, nell'art. 4, decretava: «La conclusione del contratto economico deve rispettare la legge dello Stato e corrispondere a quanto richiesto dalla politica e dalla pianificazione statale. Ogni unità e persona fisica non può utilizzare il contratto per attività illecite, né perturbare l'ordine economico, arrecare grave danno ai piani dello Stato, pregiudicare l'interesse pubblico, cercare di ottenere guadagni illeciti»⁵⁰².

Nell'art. 7 n. 1 e n. 4, tra le ipotesi di cause di nullità riferite al contenuto, si annoveravano quelle derivate «dai contratti economici che violano la legge, la politica e i piani dello Stato [...] gli interessi dello Stato e l'interesse pubblico»⁵⁰³. Si riconosceva, pertanto, la tendenza a concretizzare il sistema di economia pianificata patrocinato dalla politica riformista. Di lì

⁵⁰¹ *Ibid.* Non è possibile in questa sede aprire una finestra sul diritto consuetudinario e il suo rapporto con la legge nella tradizione romanistica. Mi limito a citare, per l'esperienza romana, due lavori di fondamentale importanza: G. LOMBARDI, *Sul titolo 'quae sit longa consuetudo' nel codice giustiniano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Romae, 18, 1952, 21-28; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993.

⁵⁰² Si riporta il testo in lingua cinese dell'art. 4 della *Legge* del 1981: «订立经济合同，必须遵守国家的法律，必须符合国家和计划的要求。任何单位和个人不得利用合同进行违法活动，扰乱经济秩序，破坏国家计划，损害国家利益和社会公共利益，牟取非法收入».

⁵⁰³ «一、违反法律和国家政策、计划的合同；四、违反国家利益或社会公共利益的经济合同».

a poco, nel mutato contesto politico, si rispondeva all'appello della generazione più giovane di giuristi favorevoli all'autonomia del diritto privato ed al principio di libertà contrattuale, nella previsione che la realtà economica avrebbe sempre più sollecitato l'attenuazione del controllo dello Stato nell'interesse dell'economia nazionale; le seguenti due leggi del Tripode escludevano dall'art. 4 di quella precedente la seguente disposizione: «deve conformarsi a quanto richiesto dalla politica e dai piani statali».

I successivi interventi proseguivano in tale direzione. La *Shinigao*, conosciuta come "Seconda Bozza"⁵⁰⁴ del 1995 conteneva proposte sulla validità del contenuto nei seguenti articoli a parere dall'art. 3: «Le parti nell'ambito stabilito dalla legge hanno la libertà contrattuale e nessun organo, organizzazione o individuo può interferire illegalmente»; art. 7: «Il contenuto e lo scopo del contratto non possono violare l'ordine pubblico (*gonggong zhixu* 公共秩序) o il buon costume (*shanliang fengsu* 善良风俗)⁵⁰⁵; art. 34: «I contratti che violano le norme imperative o proibitive sono nulli. Sono inoltre nulle le clausole del contratto che escludono la responsabilità nei seguenti casi: i) dolo (*guyi* 故意) o colpa grave (*zhongda guoshi* 重大过失); ii) ferimento di una persona; iii) responsabilità di cui la *Legge sulla tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori* proibisce l'esenzione⁵⁰⁶; iv) altre responsabilità che violano l'ordine pubblico ed il buon costume».

La *Zhengqiu yijiangao*, nel 1997, ricercando una sintesi e richiamandosi agli artt. 6 e 7 dei *Principi generali del diritto civile*, nell'art. 6 dettava: «Le parti nel porre in essere e nell'adempire al contratto devono rispettare la legge ed i regolamenti amministrativi, devono rispettare la morale sociale (*shehui gongde* 社会公德), non possono turbare l'ordine economico-sociale (*shehui jingji zhixu* 社会经济秩序) né danneggiare l'interesse pubblico della società (*shehui gonggong liyi* 社会公共利益)».

La *Cao'an* nel 1998 si uniformava a tali soluzioni, ponendo tuttavia in risalto nell'art. 52 il proposito di sottrarre l'effetto giuridico al controllo

⁵⁰⁴ Per le diverse bozze della Legge unitaria, vedi pp. 56-58.

⁵⁰⁵ I termini ordine pubblico (*gonggong zhixu*) e buon costume (*shanliang fengsu*) negli articoli successivi del testo sono accorpati in un unico termine: *gongxu liangsu* 公序良俗.

⁵⁰⁶ Il 25 ottobre 2013, nell'ambito della quinta sessione della XII Assemblea Popolare Nazionale, è stata approvata la *Decisione sulla revisione della Legge sulla tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori* che per la prima volta pone in essere una consistente modifica del precedente testo, adottato nel 1993. La versione emendata della *Legge* è entrata in vigore il 15 marzo 2014 intervenendo in modo particolare nell'ambito dei profili di tutela connessi all'*e-commerce*, in considerazione dell'enorme sviluppo nella RPC delle transazioni commerciali realizzate *on line*. Sull'argomento v. F. PANZA, HU JUNHONG, *Il nuovo diritto dei consumatori in Cina*, Napoli, 2015.

della politica di pianificazione, ed eliminando dalle cause di nullità l'ipotesi in cui «si viola la gestione pianificata dello Stato». Nella fase di assetto definitivo della normativa il legislatore teneva in debito conto i contributi più validi delle bozze, confermando gli artt. 6 della *Zhengqiu yijiangao* e 7 della *Shinigao* e i numeri 3, 4 e 5 dell'art. 52 della *Cao'an* nell'art. 52 della Legge unitaria.

Sull'oggetto (*biaodi* 标的) del contratto, in quanto contenuto essenziale dello stesso, si valuta l'effettiva consistenza qualitativa e quantitativa. Nella prima legge del Tripode, art. 12, l'oggetto, quale elemento principale del contratto, si identificava in: beni, servizi, progetti immobiliari *et cetera*; gli artt. 17-25 concernevano i contratti tipici di compravendita, di appalto di costruzioni, di appalto, di trasporto di merci, di fornitura, di deposito, di locazione di beni, di mutuo di denaro e di assicurazione sui beni per ciascuno dei quali si indicava la determinatezza e non la possibilità. Anche le due successive leggi del Tripode non prendevano in considerazione la possibilità dell'oggetto.

D'altra parte la progettazione si occupava dell'oggetto del contratto fornendo precisazioni diverse. La *Shinigao* sui requisiti necessari alla produzione degli effetti del contratto sosteneva, art. 31 numero 4: «L'oggetto del contratto deve essere determinato e possibile»; nell'art. 35: «È nullo il contratto il cui oggetto non può ancora essere determinato al momento dell'adempimento»; nell'art. 36: «È nullo il contratto il cui oggetto è impossibile dall'inizio; qualora l'impossibilità possa essere eliminata e le parti al momento della formazione del contratto ritenevano che il contratto potesse essere adempiuto, il contratto è valido (*you xiao* 有效). Qualora solo una parte dell'oggetto del contratto sia impossibile, la rimanente parte è valida». Si tratta di un'interessante figura di contratto putativo, esempio paradigmatico dello spirito pragmatico della Cina.

La *Zhengqiu yijian gao* e la *Cao'an* nella revisione critica di tali proposte, ritenevano non idonee le disposizioni sulle condizioni necessarie di validità del contratto, cioè quelle della indeterminatezza e della impossibilità dell'oggetto; l'impossibilità dell'oggetto veniva disciplinata nelle regole attinenti alla proposta del contratto, e soltanto in qualità di elemento principale.

La Legge unitaria non prescrive una specifica disciplina riguardo alla determinatezza dell'oggetto, ma le disposizioni relative alla proposta e al contenuto ne prevedono implicitamente i requisiti giuridici, esattamente nell'art. 14:

«要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：（一）内容具体确定；（二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束»

«La proposta è la dichiarazione di volontà con la quale si manifesta il desiderio di porre in essere un contratto con altri. La dichiarazione predetta deve rispettare le seguenti regole: 1) il contenuto del contratto deve essere concreto e determinato; 2) nella dichiarazione si deve chiaramente esprimere che il proponente dopo l'accettazione del destinatario della proposta, ne resta vincolato».

La legge in vigore ha, dunque, escluso di dover disciplinare la possibilità dell'oggetto, nella convinzione che l'oggetto costituisca di per sé elemento necessario per la validità del contratto. Non si può non rilevare il difetto di metodo e una generale propensione a soluzioni pragmatiche; il problema relativo alla possibilità dell'oggetto è ancora oggi affidato alla giurisprudenza.

Autorevole dottrina ha così giustificato i motivi che hanno indotto il legislatore a non disciplinare la possibilità dell'oggetto: «L'attuale legislazione e la pratica giudiziaria del nostro paese non considerano l'impossibilità dell'inadempimento quale forma di violazione dell'accordo, ma in caso di adempimento possibile, questo è disciplinato secondo le regole relative al dolo, al grave fraintendimento e all'esonero della responsabilità per forza maggiore; soprattutto è molto difficile distinguere l'inadempimento originario da quello successivo»; inoltre «se si dichiara la nullità di tutti i casi di inadempimento originario, l'ambito della nullità sarebbe troppo ampio, con eventuali svantaggiose conseguenze anche per la parte non colpevole»⁵⁰⁷.

3.1 *Nozione e funzione del contenuto. Percorsi della dottrina*

Fonte diretta cui attingere per accertare la nozione di contenuto del contratto, quindi la funzione nell'ambito dell'intera normativa, si ritengono, secondo il consueto procedimento, i testi pubblicati ad uso dei dipartimenti di giurisprudenza delle università della RPC, a partire dai tempi in cui si fissavano le prime norme sul contratto economico nelle leggi del Tripode sino alla Legge unitaria. Tali testi, rivisitati in ordine cronologico, inducono a prendere in considerazione il progressivo sviluppo e la complessiva maturazione della dottrina che via via approda, attraverso una più sicura impostazione metodologica, alla concettualizzazione e alla valutazione delle possibili implicazioni interpretative. A ridosso delle leggi

⁵⁰⁷ WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], cit., 631.

del Tripode nel 1988, in due manuali di maggiore diffusione noti giuristi chiosavano gli articoli relativi al contenuto del contratto.

Nel primo Li Youyi distingueva la natura del contenuto e gli elementi ivi compresi: «Se il contratto è considerato un rapporto giuridico civile (*minshi falü guanxi* 民事法律关系), il contenuto indica i diritti di cui godono ed i doveri che assumono le parti; se il contratto è considerato un documento, il contenuto indica tutti gli elementi. Queste due definizioni sono tra loro collegate: le parti godono dei diritti ed assumono i doveri secondo quanto è stabilito dagli elementi del contratto [...]. Il contenuto del contratto comprende elementi essenziali (*zhuyao tiaokuan* 主要条款) ed elementi ordinari (*putong tiaokuan* 普通条款). Gli elementi essenziali sono gli elementi che il contratto possiede necessariamente, anche indicati come necessari (*biyao* 必要). Se mancano questi elementi il contratto non può concludersi. Gli elementi essenziali si dividono in elementi: i) fissati dalla legge; ii) richiesti dalla natura del contratto; iii) richiesti dalle parti come essenziali per arrivare ad un accordo»⁵⁰⁸.

Valutato l'art. 12 della prima legge del Tripode, si costatava come la maggior parte dei contratti dovessero possedere gli elementi essenziali: oggetto, quantità e qualità, prezzo o remunerazione, tempo, luogo e modo di adempimento, sui quali era necessario che le parti si accordassero per la conclusione del contratto. Per tutti gli altri elementi, definiti ordinari⁵⁰⁹, denominati anche elementi generali (*yiban tiaokuan* 一般条款), non era necessario l'accordo delle parti affinché questi divenissero contenuto del contratto, né influenzavano la conclusione del medesimo.

Si riferiscono direttamente i più significativi contributi: «Se il contratto è considerato un rapporto giuridico (*falü guanxi* 法律关系), il suo contenuto naturalmente indica i diritti (*quanli* 权利) e i doveri (*yiwu* 义务) delle due parti. Se consideriamo il contratto un fatto giuridico (*falü shishi* 法律事实), il suo contenuto indica il contenuto della manifestazione di volontà che realizzano le parti [...]. Se consideriamo il contratto quale documento, il contenuto fissa gli elementi [del contratto]. Queste tre definizioni sono tra loro collegate; gli elementi del contratto sono la manifestazione delle condizioni del contratto, base e modo con cui le parti determinano i diritti ed i doveri [...]. Il contenuto del contratto, in

⁵⁰⁸ LI YOUYI, *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], cit., 315.

⁵⁰⁹ Dal prosieguo della trattazione risulterà evidente che per 'elementi ordinari', a loro volta suddivisi in generali e accidentali, la dottrina cinese intende, all'incirca, quelli che nel sistema giuridico romanistico sono chiamati elementi naturali (*naturalia negotii*) ed elementi accidentali.

base ai suoi effetti, in funzione della conclusione dello stesso, può essere suddiviso in elementi essenziali (*zhuyao tiaokuan*) ed elementi ordinari (*putong tiaokuan*). Solamente quando le parti hanno manifestato la medesima volontà sugli elementi essenziali, il contratto può concludersi [...]. Pertanto gli elementi essenziali del contratto possono anche definirsi quali elementi per la conclusione del contratto [...] il legislatore di ogni paese li fissa in modo diverso; ad esempio negli ordinamenti dei paesi capitalisti, in genere, non vengono definiti specificatamente gli elementi essenziali del contratto. Si veda, ad esempio il § 154 del BGB»⁵¹⁰.

Alla luce delle diverse posizioni della dottrina, alcuni autori illustravano gli artt. 9 e 12 della prima legge del Tripode: «L'art. 9 della Legge sui contratti economici stabilisce che un contratto economico è concluso quando le due parti, secondo la legge, hanno raggiunto l'accordo sugli elementi essenziali». Sull'art. 12 riferivano l'interpretazione secondo cui gli elementi essenziali risultavano essere il contenuto principale in sé, quindi il nucleo del contratto, con la seguente confutazione: «Questa impostazione ha un evidente errore, dal momento che confonde gli elementi essenziali del contratto con gli elementi che non sono tali; [...]. Noi riteniamo che il vero significato del comma 1 dell'art. 12 della *Legge sul contratto economico* sia [...] il contratto economico deve avere i seguenti elementi [...]; il vero significato del comma 2: [...] gli elementi che [il contratto] deve necessariamente possedere sono gli elementi stabiliti dalla legge, dalla natura del contratto economico, richiesti dalle parti»⁵¹¹. La Legge unitaria accoglierà tale obiezione.

Sugli elementi ordinari del contratto, gli autori procedevano in distinzioni più articolate, tra due tipi: elementi generali (*tongchang tiaokuan* 通常条款), quelli che il contratto doveva normalmente possedere, ed elementi accidentali (*ou'er tiaokuan* 偶尔条款), che non potevano diventare contenuto del contratto, salvo accordo tra le parti; due anche le tipologie degli elementi, secondo la loro natura: «i) elementi che le parti, attraverso un accordo, possono aggiungere o eliminare; ad esempio relativamente alla garanzia per difetti della compravendita, le parti possono fissare nel contratto di non essere responsabili per i difetti [...]; ii) elementi che le parti non possono eliminare attraverso l'accordo; sono questi gli elementi che necessariamente diventano contenuto del contratto. In quanto agli

⁵¹⁰ WANG LIMING, GUO MINGRUI, FANG LIUFANG, *Minfa xin lun (Xia)* [Nuova teoria del diritto civile, vol. II], cit., 386.

⁵¹¹ *Ivi*, 387-388.

elementi accidentali, questi indicano quegli elementi che, per diventare contenuto del contratto, necessitano di un accordo delle parti»⁵¹². Anche gli elementi accidentali costituivano un contenuto importante del contratto, pur non influenzandone la conclusione, sulla quale le parti potevano continuare ad accordarsi⁵¹³.

A partire dal 1997, emanata la Legge unitaria, dal 1999 in poi, circolano nell'ambito accademico opere di vario spessore, a conferma dell'importanza, già più volte rilevata, che la materia contrattuale riveste nel nuovo corso politico-economico intrapreso dalla Cina. Gli studiosi svolgono un'attenta disamina della normativa vigente, sottolineandone le novità e fornendo tutte le possibili interpretazioni degli articoli di legge; in alcuni offrono un'articolata e utile rassegna critica delle diverse posizioni, sia in merito al contratto in quanto tale, sia in merito ai singoli elementi di cui per norma e per natura esso è composto.

Nella *Spiegazione dettagliata*, secondo la stessa definizione di Jiang Ping, interessa il commento dell'art. 12 della Legge unitaria, relazionato all'art. 12 del Tripode su illustrato⁵¹⁴: «Questo articolo riguarda gli elementi del contratto. Gli elementi del contratto, cioè il contenuto (*neirong* 内容) del contratto, stabiliscono specificatamente i diritti ed i doveri delle parti». L'autore, con criterio interpretativo sistematico e storico, evidenzia le novità della normativa vigente rispetto alla prima legge del Tripode, che distingueva in maniera categorica elementi principali ed elementi ordinari, e una certa continuità con le due leggi successive del Tripode, che avevano superato tale distinzione, soffermandosi sull'espressione introduttiva all'elenco degli elementi: *yiban baokuo yixia tiaokuan* 一般包括以下条款, che letteralmente significa "include generalmente i seguenti elementi". Tale espressione, difatti, presuppone che non esista più una distinzione tra elementi essenziali, *zhuyao* 主要, ed elementi ordinari *putong* 普通.

⁵¹² *Ivi*, 386 e 388.

⁵¹³ *Ivi*, 390 e 391. Sui tipi degli elementi del contratto gli studiosi hanno formulato distinzioni da diversi punti di vista. Tra questi, la classificazione più importante è quella tra elementi principali e non necessari (*feibiyao* 非必要) definiti anche come elementi generali (*yiban tiaokuan* 一般条款) oppure elementi ordinari (*putong tiaokuan* 普通条款); elementi sostanziali (*shiti tiaokuan* 实体条款) ed elementi per risolvere le controversie (*jiejue zhengyi* 解决争议); elementi espressi (*biaoshi tiaokuan* 表示条款) ed elementi impliciti (*moshi tiaokuan* 默示条款); elementi relativi all'inadempimento, elementi relativi all'esonero della responsabilità, elementi relativi all'assunzione del rischio *et cetera*. Cfr. WANG LIMING, FANG SHAO KUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 93-94.

⁵¹⁴ V. JIANG PING *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Spiegazione dettagliata sul diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Appendice con articoli], cit., 12-13.

L'autore rileva che «da una parte è difficile determinare un criterio per identificare i due tipi di elementi; dall'altra, stabilire gli elementi essenziali ha creato limiti non necessari alla conclusione del contratto, comportando, nella pratica giudiziaria, una enorme difficoltà per verificare se il contratto sia o meno concluso»⁵¹⁵.

Di seguito, si segnalano altri contributi degli stessi anni. Alla luce dell'impostazione del titolo del trattato *Conclusione e validità del contratto* (*Hetong de dingli yu xiaoli* 合同的订立与效力), Su Haopeng vaglia gli articoli della Legge unitaria relativi al contenuto⁵¹⁶. Confermata la funzione del contenuto riconosciuta precedentemente, vengono identificate e ripartite le caratteristiche dei diritti (*zhaiquan* 债权) e dei doveri (*zhaiwu* 债务) all'interno del medesimo: «Tali diritti hanno le seguenti caratteristiche: i) il diritto che deriva dal contratto consiste nel diritto del creditore nei confronti del debitore di richiedere un determinato comportamento. Il creditore, prima che il debitore esegua la prestazione, non può direttamente disporre dei beni del contratto, e non può direttamente disporre della prestazione del debitore; al fine di realizzare il suo scopo, può solamente richiedere al debitore la prestazione. ii) Il diritto che deriva dal contratto consiste nel diritto di ricevere la prestazione [...]. iii) Il diritto che deriva dal contratto è un diritto relativo, cioè ha di norma effetto vincolante tra il creditore ed il debitore: il creditore può chiedere la prestazione solamente al debitore, non ha diritto di richiederla ad altri»⁵¹⁷. Su questo terzo punto si rileva: «Nell'attuale normativa sui contratti, il carattere dei diritti relativi è mutato, in quanto se in un contratto ci sono terze persone che possono adempiere, il creditore ha diritto di richiedere la prestazione ai terzi [...] il diritto di credito che deriva dal contratto comprende i seguenti poteri: i) di richiedere l'adempimento [...]; ii) di accettare l'adempimento da parte del debitore [...]; iii) di richiedere la protezione del diritto di credito [...]; iv) di richiedere provvedimenti»⁵¹⁸.

Sui doveri, si procede alla distinzione tra: doveri complementari (*fusui yiwu* 附随义务), per i quali si rimanda all'art. 60, comma 2 della Legge unitaria:

«当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务»

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ Cfr. SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 19, 21, 23 e 24, 103.

⁵¹⁷ *Ivi*, 18-19.

⁵¹⁸ *Ivi*, 19.

«Le parti devono, attenendosi al principio di buona fede, adempiere ai doveri di avviso, assistenza, segretezza *et cetera* in base alla natura, allo scopo del contratto e agli usi commerciali»;

doveri che non sono tali (*buzhenzheng yiwu* 不真正义务), per i quali si rimanda all'art. 119 della Legge unitaria:

«当事人一方违约后, 对方应当采取适当措施防止损失的扩大; 没有采取适当措施致使损失扩大的, 不得就扩大的损失要求赔偿。
当事人因防止损失扩大而支出的合理费用, 由违约方承担»

«Dopo che una delle parti è risultata inadempiente, l'altra deve adottare le misure idonee per evitare l'aggravarsi delle perdite. Qualora, a causa della mancata adozione di idonee misure, le perdite si siano aggravate, non è possibile chiedere il risarcimento per le ulteriori perdite subite. Le spese di ragionevole entità sostenute per prevenire l'aggravarsi del danno sono a carico della parte inadempiente»;

e, infine, doveri successivi al contratto (*hou hetong yiwu* 后合同义务), per i quali si rimanda agli artt. 282 e 350:

«因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的, 承包人应当承担损害赔偿责任»

«Se per fatto dell'appaltatore, durante un periodo ragionevole di uso dell'opera, si verificano danni a persone o beni, l'appaltatore è responsabile del risarcimento dei danni».

«技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限, 对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分, 承担保密义务»

«In un contratto di trasferimento di tecnologia, il cessionario deve, nei limiti e nel termine convenuto, assumere l'obbligo di segretezza relativamente a quella parte segreta della tecnologia fornita dal cedente, non ancora divulgata».

Di seguito, l'autore segnala la finalità del dovere contrattuale, così come è concepita nella Legge unitaria: «Il dovere contrattuale è il dovere della parte di adempiere necessariamente; se non adempie, assume la responsabilità per inadempimento. La nostra Legge sui contratti, art. 107, stabilisce tale principio:

«当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定

的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任»

«Se una parte non adempie le obbligazioni derivanti dal contratto o le adempie in maniera non conforme a quanto convenuto, è responsabile dell'inadempimento e deve continuare ad adempiere, adottare rimedi riparatori o risarcire i danni *et cetera*»;

[...] ha collegato il dovere contrattuale alla responsabilità per inadempimento al fine di garantire il diritto del creditore»⁵¹⁹.

Significativa la sintesi sulla consistenza del contenuto in seno alla struttura del contratto, in funzione delle fonti eterogenee del medesimo; serrato il confronto tra la normativa più antica e quella vigente con la valutazione del graduale perfezionamento. Questi i passi: «Chi determina gli elementi del contratto: la legge o le parti? Gli elementi del contratto indicano il contenuto del contratto sul quale le parti si sono accordate circa la determinazione dei diritti e dei doveri. Nel nostro paese, la precedente *Legge sul contratto economico* [la prima del Tripode] divideva gli elementi in essenziali ed ordinari; richiedeva, inoltre, che ogni tipo di contratto dovesse necessariamente possedere gli elementi principali [...]. Questa distinzione presentava aspetti negativi: da un lato era difficile definire il parametro per distinguere i due elementi, dall'altro si fissavano limiti non necessari alla validità del contratto, rendendo in pratica più difficile giudicare se un contratto fosse o meno concluso, oppure valido.

Su tali riserve la nuova legge sui contratti elimina la distinzione tra elementi essenziali e ordinari. Rispetto alla precedente Legge [*Legge sul contratto economico della RPC*], l'art. 12 della Legge unitaria,

«合同的内容由当事人约定，一般包括以下条：（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。
当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同»

«Il contenuto del contratto è concordato dalle parti e include generalmente i seguenti elementi:

1) denominazione o nome e cognome e domicilio delle parti; 2) oggetto; 3) quantità; 4) qualità; 5) prezzo o remunerazione; 6) termine, luogo e modalità di esecuzione del contratto; 7) responsabilità in caso di inadempimento; 8) metodi di risoluzione delle controversie.

Le parti possono concludere un contratto prendendo come riferi-

⁵¹⁹ SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 27.

mento i testi modello dei vari tipi di contratto»,

non intervenendo direttamente per richiedere che ogni contratto contenga gli elementi essenziali, realizza il principio di libertà; d'altra parte fissa un principio fondamentale, per cui il contenuto del contratto è stabilito dalle parti, cioè le parti liberamente si consultano per definire i rispettivi diritti e doveri [...]. Gli elementi indicati nell'art. 12 hanno una funzione meramente esemplificativa, a carattere non imperativo. In realtà, se il contratto concluso dalle due parti è carente degli elementi indicati dall'articolo, ciò non influenza la conclusione e la validità del contratto»⁵²⁰.

Interessante il confronto di tali conclusioni con l'approfondita analisi svolta da Yang Lixin⁵²¹ in cui vengono riordinati gli elementi del contratto considerati "forma di manifestazione del contenuto". Nel sottolineare le caratteristiche del contenuto proposte negli artt. 12, 52, 61 e 62 della Legge unitaria, si risale all'art. 58 dei *Principi generali del diritto civile*⁵²².

L'autore intende offrire un quadro d'insieme chiaro e ordinato di tutte le disposizioni relative ai vizi del contenuto di un negozio giuridico, elencandone quattro caratteristiche e rimarcando la necessaria separazione dell'oggetto e della quantità dagli altri elementi del contenuto: «i) il contenuto principale del contratto deve essere determinato [...] se l'oggetto e la quantità non sono determinati, il contratto non può totalmente produrre la sua efficacia; mentre, se altri elementi del contratto non sono determinati, ad eccezione dell'oggetto e della quantità, il contenuto può determinarsi

⁵²⁰ SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 103-104.

⁵²¹ YANG LIXIN, *Hetongfa zongze*, I [Principi generali del diritto dei contratti, vol. I], cit., 133-135.

⁵²² 第五十八条 下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的（六）经济合同违反国家指令性计划的；（七）以合法形式掩盖非法目的的。无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

Art. 58: Sono nulli i seguenti atti civili: 1) quelli compiuti da persone senza capacità di agire; 2) quelli compiuti da persone con limitata capacità di agire che secondo la legge non possono essere compiuti autonomamente; 3) quelli compiuti con frode o costrizione di una parte, o al fine di trarre vantaggio da una situazione precaria, violando il reale interesse dell'altra parte; 4) se si è realizzato un accordo collusivo danneggiando l'interesse dello Stato, della collettività o di terzi; 5) quelli che violano la legge e gli interessi pubblici della società; 6) quei contratti economici che violano le indicazioni della pianificazione obbligatoria; 7) quelli che pur avendo forma legittima perseguono fini illegali.

Gli atti civili nulli non hanno alcun effetto vincolante dal momento che sono posti in essere.

come stabilito dagli artt. 61 e 62 della Legge sui contratti⁵²³ [...]; ii) il contenuto del contratto deve essere possibile; se non è realizzabile, il contratto si considera nullo (*wuxiao* 无效) [...]; iii) il contenuto del contratto deve essere lecito [...] non deve violare la legge e i regolamenti amministrativi a carattere imperativo; non si richiede il parere delle parti che sono obbligate a seguire queste disposizioni di legge [...]; iv), il contenuto del contratto deve conformarsi all'ordine pubblico. L'art. 58, comma 5 dei Principi generali del diritto civile e l'art. 52, comma 4 della Legge unitaria stabiliscono che è nullo il contratto che danneggia l'interesse pubblico [...]. Il diritto civile

⁵²³ 第六十二条 «当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

(一) 质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

(二) 价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

(三) 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

(四) 履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

(五) 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

(六) 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担».

«Se le parti hanno convenuto in maniera non precisa il contenuto relativo al contratto, e quest'ultimo non può neppure essere determinato sulla base dell'articolo 61 di questa legge, si applicano le seguenti disposizioni:

1) se la qualità richiesta non è definita chiaramente, si applicano i parametri fissati dallo Stato o quelli dei vari settori commerciali; in mancanza di tali parametri si seguono quelli ordinari oppure quelli specifici, conformi al fine proprio del contratto;

2) se il prezzo o la remunerazione non sono definiti chiaramente, si applica il prezzo di mercato del luogo di esecuzione praticato al momento in cui il contratto è stato concluso; qualora, in base alla legge, si debba applicare il prezzo fissato o indicato dal Governo, ci si conforma a questo;

3) se il luogo di esecuzione non è definito chiaramente e l'adempimento consiste nella dazione di una somma di denaro, questo si esegue nel luogo in cui si trova la parte che deve ricevere il pagamento; in caso di consegna di immobili il luogo di esecuzione è quello in cui è situato l'immobile; in caso di altro oggetto, la prestazione è eseguita nel luogo in cui si trova la parte che deve adempiere all'obbligazione;

4) se il termine di esecuzione non è definito chiaramente, il debitore può adempiere in qualsiasi momento; anche il creditore può richiedere l'adempimento in qualsiasi momento, ma deve concedere al debitore il periodo di tempo necessario per la predisposizione all'adempimento;

5) se le modalità di esecuzione non sono definite chiaramente, si applica il metodo che risulta utile alla realizzazione dello scopo del contratto;

6) se l'onere delle spese di esecuzione non è attribuito in maniera chiara, questo è a carico del debitore».

riconosce il principio di autonomia della manifestazione (*yisi zizhi yuanze* 意思自知原则), la Legge unitaria riconosce [anche] il principio di volontarietà (*ziyuan yuanze* 自愿原则) oppure di libertà (*ziyou yuanze* 自由原则), intesa non come libertà assoluta, ma entro certi limiti: purché non vengano ostacolati lo sviluppo del paese e l'ordine pubblico, alle parti è consentito di consultarsi liberamente e di formare il contratto. Il contratto che danneggia l'interesse pubblico è da ritenersi nullo»⁵²⁴.

3.2 *Segue: percorsi della dottrina. I doveri contrattuali*

Un'organica sistemazione delle posizioni della dottrina cinese è offerta da Cui Jianyuan nel suo testo per l'insegnamento⁵²⁵. Numerose e dense le pagine sul contenuto e sugli elementi del contratto in una esposizione essenziale e di sintesi: «In primo luogo sulle caratteristiche degli elementi del contratto, la dottrina indica che gli elementi del contratto devono avere le seguenti caratteristiche: completezza, convenzionalità, modificabilità, chiarezza. Gli elementi del contratto devono essere compresi nella loro interezza; l'interezza comprende sia l'accordo originario sia la successiva modifica, sia la lingua utilizzata nel contratto, sia le formule e i grafici collegati. Gli elementi del contratto possono essere modificati con il comune accordo delle due parti. Infine gli elementi del contratto devono essere specifici (*juti* 具体), determinati e chiari»⁵²⁶.

Nelle pagine che seguono, riguardo alla specificità degli elementi del contratto, sono raggruppate le diverse classificazioni già operate dalla dottrina; tra tutte, risulta una novità, quella relativa agli elementi espressi e agli elementi taciti: «Gli elementi espressi sono tutti gli elementi, quali la scrittura, la lingua *et cetera*, con cui le parti manifestano l'accordo [...]. Gli elementi taciti sono quegli elementi che non sono stati fissati esplicitamente dalle parti nel contratto, ma si deducono dalla legge, dagli usi commerciali o dal comportamento delle parti; il contratto deve avere questi elementi [...]. Per decidere quali siano gli elementi taciti, la dottrina ha stabilito quattro modi: i) dagli elementi espressi si deducono gli elementi taciti; ii) dal comportamento reiterato delle parti si deducono gli elementi taciti; iii) certi usi

⁵²⁴ YANG LIXIN, *Hetongfa zongze*, I [Principi generali del diritto dei contratti, vol. I], cit., 133-135.

⁵²⁵ Cfr. CUI JIANYUAN (a cura di), *Hetongfa - jiaoxue cankaoshu* [Diritto dei contratti. Libro consigliato per l'insegnamento], Beijing, 1999, 168-173.

⁵²⁶ Si veda anche YANG SHENGKUN, *Hetongfa shang de moshi tiaokuan zhidu yanjiu* [Ricerca sul sistema degli elementi impliciti nella Legge sui contratti], in *Beifang faxue* [Northern Legal Science], II, 2010, 132.

o abitudini commerciali alcune volte possono diventare elementi taciti; iv) alcune regole legali possono introdurre elementi taciti.

Relativamente al rapporto tra elementi espressi ed elementi taciti, la dottrina indica che nella situazione in cui nel contratto ci siano sia gli elementi espressi sia gli elementi taciti, gli elementi taciti sono di complemento al contratto»⁵²⁷.

Sull'elemento relativo all'esonero e alla limitazione della responsabilità: «La clausola del contratto indica che le parti si accordano per limitare o escludere la responsabilità contrattuale. Tale clausola, frutto dell'accordo tra le parti, deve essere chiara ed espresa; riguardo a tale elemento la legge richiede rigide condizioni di validità»⁵²⁸.

Degne di ogni attenzione per gli approfondimenti su tutta la materia, le opere a cura di Wang Liming, anche in collaborazione con altri noti giuristi, come questa, la prima su cui si riferisce⁵²⁹. Nel riproporre tutto il percorso della dottrina sulla disciplina del contratto, per altro già esaminato in testi precedenti, la trattazione sul contenuto del contratto costituisce un nodo centrale. *In primis*, l'indicazione dei quattro principali poteri contrattuali: «1) Il potere di richiedere la prestazione. Il creditore ha il diritto di richiedere al debitore di porre o non porre in essere un determinato comportamento, secondo quanto stabilito dalla legge o dal contratto; ad esempio, il diritto di richiedere al debitore o di consegnare il bene oppure di offrire un determinato lavoro *et cetera*, secondo quanto stabilito dal contratto [...]. 2) Il potere di conservazione del diritto di credito [...]. 3) Il diritto di richiedere la protezione del diritto di credito [...]. 4) Il potere di disporre: il creditore ha il potere di disporre del proprio credito, ad esempio il creditore ha il diritto di trasferire il suo credito a terzi; ha il diritto di rinunciare al suo credito; ha il diritto di compensare il debito *et cetera* [...]. Il diritto che deriva dal contratto è un tipo di diritto patrimoniale che non ha carattere personale. Pertanto le parti hanno il diritto di disporre del diritto del contratto. Questo corrisponde al principio di autonomia del diritto civile. Per quel che riguarda il dovere contrattuale, un tipo di dovere civile, questo è un dovere fissato dalla legge e dal contratto [...]. Costituisce il comportamento che il debitore deve assumere ed integrato dai doveri complementari, secondo il principio di buona fede, quali il dovere di prestare attenzione e cura, di essere sincero, *et cetera*. Il

⁵²⁷ CUI JIANYUAN (a cura di), *Hetongfa - jiaoxue cankaoshu* [Diritto dei contratti. Libro consigliato per l'insegnamento], cit., 171-172.

⁵²⁸ WANG LIMING, FANG SHAOKUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 97-98.

⁵²⁹ *Ivi*, 81-91.

dovere contrattuale è anche base e premessa della responsabilità allorché si viola il dovere contrattuale»⁵³⁰. Gli autori rinviano anche all'art. 106, comma 1 dei *Principi generali del diritto civile*:

«公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任»

«Il cittadino o la persona giuridica che viola un contratto, ovvero non adempie gli altri obblighi, se ne assume la responsabilità civile».

Sono, quindi, individuati i tipi di dovere contrattuale, partendo dalla distinzione tra doveri convenzionali (*yueding yiwu* 约定义务) e doveri legali (*fading yiwu* 法定义务): «Lo sviluppo dell'attuale legislazione in materia contrattuale dimostra che la molteplicità dei doveri contrattuali ha modificato la nozione di inadempimento. Secondo i punti di vista, i doveri contrattuali possono essere diversamente classificati: doveri convenzionali sono quelli che le parti stabiliscono nel contratto attraverso l'accordo; doveri legali sono quelli fissati dalla legge e dai regolamenti amministrativi»⁵³¹.

Si confrontano due posizioni: quella tradizionale, secondo cui il contratto è il risultato della convergente manifestazione di volontà delle parti; quella attuale, secondo cui, dalla rappresentazione della pluralità dei doveri contrattuali si evince che le regole legali possono diventare contenuto del contratto, a patto che le parti non abbiano fissato o non abbiano fissato chiaramente gli elementi del contratto.

I doveri legali si avvalgono di due tipi di sotto-classificazioni: doveri legali fissati dalla legge e dai regolamenti amministrativi per porre o non porre in essere un determinato comportamento; doveri complementari (*fusui yiwu* 附随义务) che derivano dal principio di buona fede. Riguardo a tali sottoclassificazioni si veda per il primo tipo, i doveri legali, l'interpretazione degli artt. 118 e 119 della Legge unitaria:

«当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明»

«Se una parte per causa di forza maggiore non può adempiere al contratto, deve darne immediato avviso all'altra in modo tale da

⁵³⁰ *Ivi*, 82-83.

⁵³¹ *Ivi*, 84.

ridurre le eventuali perdite e deve inoltre fornirne la prova entro un limite di tempo ragionevole»;

«当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。
当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担»

«Dopo che una delle parti è risultata inadempiente, l'altra deve adottare le misure idonee per evitare l'aggravarsi delle perdite. Qualora, a causa della mancata adozione di idonee misure, le perdite si siano aggravate, non è possibile chiedere il risarcimento per le ulteriori perdite subite. Le spese di ragionevole entità sostenute per prevenire l'aggravarsi del danno sono a carico della parte inadempiente».

La categoria dei doveri legali – stando almeno a come essa è elaborata in questa parte del trattato di Wang Liming, Fang Shaokun e Wang Yi – non mette in discussione la necessità di distinguere tra norme di legge imperative (*falü qiangzhixing guiding* 法律强制性规定) che richiedono obbligatoriamente, senza alcuna condizione, il rispetto dalle parti, diventando in tal modo direttamente contenuto del contratto, e norme di legge dispositive (*falü renyixing guiding* 法律任意性规定) che, pur regolando il rapporto tra le parti, le lasciano libere di disciplinarlo diversamente⁵³². Queste ultime possono diventare contenuto del contratto qualora le parti non abbiano fissato un particolare accordo, situazione prevista, ad esempio, dall'art. 220 della Legge unitaria

«出租人应当履行租赁物的维修义务，但当事人另有约定的除外»

«Il locatore deve adempiere all'obbligo di manutenzione del bene locato, salvo che le parti abbiano diversamente convenuto»,

o qualora la legge colmi una lacuna del contratto.

Relativamente al secondo tipo, i doveri complementari (*fusui yiwu*), dall'art. 60 della Legge unitaria

⁵³² Riguardo alla presenza di norme imperative nella Legge unitaria, v. JI CHENG, *Dui wo guo hetongfa shang qiangzhixing guiding de leixing fenxi* [Analisi sulla tipologia delle norme imperative della Legge sui contratti del nostro paese], in *Beifang faxue* [Northern Legal Science], IV, 2012, 45.

«当事人应当按照约定全面履行自己的义务。
当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务»

«Le parti devono adempiere integralmente alle proprie obbligazioni secondo quanto convenuto.

Le parti devono, attenendosi al principio di buona fede, adempiere ai doveri di avviso, assistenza, segretezza *et cetera* in base alla natura, allo scopo del contratto e agli usi commerciali»

si deduce che i doveri derivanti dal principio di buona fede, dalla natura e dallo scopo del contratto, o dagli usi commerciali, quali il dovere di informazione, di assistenza, di riservatezza *et cetera*, non possono essere elusi attraverso un accordo tra le parti.

Considerati gli artt. 36 e 94 della Legge unitaria, l'art. 36 relativo all'adozione della forma scritta del contratto

«法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立»

«Qualora la legge o i regolamenti amministrativi stabiliscano o le parti concordino l'adozione della forma scritta per porre in essere un contratto, sebbene poi essa non venga adottata dalle parti, il contratto è concluso quando una di esse ha già adempiuto all'obbligazione principale e l'altra ha accettato l'adempimento»,

e l'art. 94 relativo alla risoluzione (*jiechu*) del contratto

«有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形»

«Le parti possono risolvere il contratto in presenza di una delle seguenti circostanze: 1) se, per causa di forza maggiore, non è possibile realizzare lo scopo del contratto; 2) se, prima della scadenza del termine di adempimento, uno dei contraenti espressamente dichiara o manifesta tramite un proprio comportamento che non intende adempiere all'obbligazione principale; 3) se una delle parti ritarda l'adempimento dell'obbligazione principale e, nonostante sia stata intimata, non

adempie entro un termine ragionevole; 4) se una delle parti ritarda l'adempimento dell'obbligazione o compie altre attività in violazione degli accordi, tali da rendere irrealizzabile lo scopo del contratto; 5) per altre circostanze stabilite dalla legge»,

gli autori espongono la propria convinzione sulla classificazione dei doveri principali e doveri secondari (*ciyao yiwu* 次要义务): i doveri principali indicano i doveri inerenti alla natura del contratto; i doveri secondari sono quelli fissati dalla volontà delle parti; inoltre avvertono che per numerosi doveri, che vi sia stato o meno l'accordo delle parti è ininfluyente, ma qualora i doveri secondari vengano ritenuti doveri principali dalle parti, i secondari possono considerarsi principali.

Appare evidente che, a questo punto dell'elaborazione della teoria dei doveri contrattuali in Wang Liming, Fang Shaokun e Wang Yi, la distinzione fra norme imperative e norme dispositive viene, a mio parere, relativizzata e subisce un'attenuazione.

La funzione di entrambi i doveri è così precisata: «Se nel contratto non è fissato il dovere principale, ed inoltre la legge non dispone di alcuna norma per intervenire, il contratto non può concludersi. Se nel contratto non è fissato un dovere secondario, le parti possono continuare a consultarsi senza influenzare la conclusione del contratto»⁵³³.

Particolareggiata l'indicazione di alcuni caratteri specifici, sia dei doveri principali che di quelli secondari: i primi si determinano in funzione del contratto e sono collegati allo scopo concordato tra le parti; i secondari, la cui mancanza non influenza la conclusione del contratto né lo scopo concordato tra le parti, fungono da ulteriore garanzia per i contraenti.

Ampie argomentazioni sono espone sulle diverse classificazioni insite nei diversi tipi contrattuali, con l'indicazione delle caratteristiche del dovere della prestazione principale, dovere che in primo luogo si impone come necessario e intrinseco alla natura del contratto, sicché, venendo esso meno, il contratto non può concludersi; in secondo luogo può essere stabilito dalla legge, dalle parti, oppure essere determinato dalla natura del contratto. Si citano gli artt. 130 e 212 della Legge unitaria: nell'art. 130 è fissato il dovere della prestazione principale del contratto di compravendita:

⁵³³ WANG LIMING, FANG SHAOKUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 87-88.

«买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同»

«La compravendita è il contratto con cui il venditore trasferisce la proprietà di un bene al compratore e il compratore paga il prezzo»;

nell'art. 212 è fissato il dovere della prestazione principale del contratto di locazione:

«租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同»

«Il contratto di locazione è il contratto con cui il locatore consegna il bene da locare al conduttore affinché lo usi e ne tragga profitto, a fronte del pagamento di un determinato canone».

Per quanto riguarda i doveri complementari, restando valide le argomentazioni su espresse circa la nozione di dovere contrattuale, si formulano i seguenti rilievi: «i doveri complementari indicano i doveri che nascono tra le parti in base al principio di buona fede, in base alla natura (*xingzhi* 性质) del contratto, in base allo scopo e agli usi commerciali, ad esempio il dovere di informazione, di assistenza, di riservatezza *et cetera* [...] doveri che completano il 'dovere'⁵³⁴ della prestazione principale»⁵³⁵. Interessanti le considerazioni sui doveri espressi (*mingshi yiwu* 明示义务) e sui doveri impliciti (*moshi yiwu* 默示义务): sui doveri espressi «che indicano i doveri che le parti hanno fissato con forma scritta o forma orale», e sui doveri impliciti «che derivano dalla natura del contratto e dagli usi commerciali»⁵³⁶.

Sui doveri impliciti propri degli usi commerciali, si rimanda agli artt. 61 e 125 della Legge unitaria:

«合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定»

«Se le parti non hanno raggiunto un accordo in ordine alla qualità,

⁵³⁴ Secondo le nostre categorie concettuali, qui si dovrebbe usare il termine 'obbligo', ma si è preferito lasciare al lettore la possibilità di rendersi conto della diversa mentalità del giurista cinese, che proprio in materia di doveri contrattuali manifesta notevoli peculiarità legate all'orizzonte linguistico-culturale cinese.

⁵³⁵ WANG LIMING, FANG SHAOKUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 88-89.

⁵³⁶ *Ivi*, 90.

al prezzo o alla remunerazione, al luogo di adempimento *et cetera* o lo hanno fatto in maniera non chiara, dopo che il contratto ha acquistato efficacia, possono accordarsi sulle relative integrazioni; se non è possibile raggiungere un accordo in ordine alle integrazioni del contratto, queste sono definite sulla base delle clausole contrattuali pertinenti o degli usi commerciali»

«当事人对合同条款的理解有争议的, 应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则, 确定该条款的真实意思。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的, 对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的, 应当根据合同的目的予以解释»

«In caso di controversia sull'interpretazione delle clausole del contratto, il loro reale significato è determinato sulla base della terminologia usata nel contratto, delle altre clausole ad essa attinenti, dello scopo del contratto, degli usi commerciali e del principio di buona fede. Qualora il testo di un contratto utilizzi due o più lingue e ne sia stabilita la pari efficacia, le parole e le espressioni sono considerate come aventi identico significato. Se i testi usano una terminologia non uniforme essi devono essere interpretati in base allo scopo del contratto».

A chiarimento di tali argomentazioni si riportano esempi tratti dalla realtà dei rapporti commerciali: «Secondo gli usi commerciali, prima si abita in albergo, poi si paga, prima si mangia, poi si paga. Un altro esempio: se entrambe le parti hanno abitudine di compravendere sabbia, generalmente usano il camion di marca Dong Feng per misurare la sabbia. Se le parti non hanno specificato l'unità di misura per la sabbia, secondo quanto disposto dal contratto, deve essere utilizzata quale unità di misura il camion di marca Dong Feng. Certamente, in base alla natura del contratto e agli usi commerciali, i doveri impliciti devono essere determinati con oggettività; ad esempio gli usi commerciali devono essere provati (*juzheng* 举证) da entrambe le parti, ed il giudice deve anche esaminare se tali usi commerciali siano oggettivi e ragionevoli; diversamente, non possono essere considerati validi per determinare i doveri impliciti»⁵³⁷.

Infine, sul 'dovere' di eseguire la prestazione (*geifu yiwu* 给付义务) e sul 'dovere' di ricevere la prestazione (*shouling yiwu* 受领义务): «Il dovere

⁵³⁷ WANG LIMING, FANG SHAOKUN, WANG YI, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 91.

della prestazione, che può definirsi anche dovere di adempimento, indica i doveri fissati dalle parti, sul porre o non porre in essere un determinato comportamento»⁵³⁸. Sono indicati i due aspetti del dovere di ricevere la prestazione: il dovere di ricevere senza indugio; il dovere di assistenza da parte del creditore nei confronti del debitore durante la prestazione. Una determinata convinzione è espressa sia sulla definizione, sia sugli aspetti del dovere di ricevere la prestazione: «Noi riteniamo che nei confronti del creditore, il ricevere [la prestazione] sia un dovere, non un diritto; diversamente, il creditore potrebbe arbitrariamente disporre di questo diritto e rifiutare la prestazione del debitore, ma ciò non sarebbe giusto»⁵³⁹.

3.3 Segue: percorsi della dottrina. Gli elementi del contratto

Sugli elementi del contratto, della loro nozione e classificazione, risulta, rispetto ai testi precedentemente consultati, una diversa impostazione della rassegna di tutto il materiale relativo al contenuto del contratto, secondo cui gli elementi scaturiscono dai diritti e doveri fissati dalle parti, e non viceversa. Sono prescritti i seguenti requisiti: «Nel contratto gli elementi devono essere chiari, definiti, completi, non contraddittori; se non sono chiari, oppure sono lacunosi, si rende necessaria l'interpretazione del contratto. Le parti per garantire il corretto adempimento del contratto e per evitare controversie, oppure per risolverle, devono, in genere, in base ai diversi bisogni, fissarne gli elementi con la loro diversa funzione e posizione. In senso stretto si può dire che non c'è correlazione tra la mancanza degli elementi del contratto e l'efficacia dello stesso, salvo che le parti lo abbiano fissato chiaramente [...]. Se le parti non hanno raggiunto un particolare accordo, in genere, se nel contratto manca un determinato elemento o una serie di elementi, ciò non ne influenza l'efficacia»⁵⁴⁰. Si formulano, in base alla funzione e alla posizione degli elementi del contratto, classificazioni già esposte nei testi precedenti, con i medesimi richiami alla Legge unitaria e consolidate esemplificazioni⁵⁴¹.

In una seconda sua monografia Wang Liming, perseguendo un intento, si direbbe, filologico, riordina gli argomenti trattati per offrire un quadro

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ivi*, 92.

⁵⁴⁰ *Ivi*, 93.

⁵⁴¹ Per una più recente sistemazione degli elementi del contratto in due sole categorie, elementi espliciti e taciti; elementi principali e non principali v. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 119-120.

di più facile fruizione⁵⁴². Un'avvertenza preliminare concerne le ripetizioni di definizioni e di concetti, di confutazioni e di distinguo cui ci si è trovati di fronte inevitabilmente, considerato che l'autore è approdato a questo ultimo lavoro sfruttando precedenti esperienze e maturando convinzioni già espresse, svolgendole in un'ottica nuova. Il tema del contenuto del contratto è sviluppato nella sua specificità con una precisa inquadratura in quattro sezioni: Prima *Descrizione del contenuto del contratto*; Seconda *Classificazione degli elementi del contratto*; Terza *Diritti contrattuali*; Quarta, *Doveri contrattuali*.

Sulla descrizione del contenuto, rilievi diversi e nuovi chiarimenti riguardano la stretta connessione tra diritti e doveri che l'attuale normativa fa derivare da fonti eterogenee: «la Legge unitaria stabilisce una serie di articoli a carattere dispositivo per colmare le eventuali lacune del contratto, ed una serie di doveri a carattere coercitivo, definiti doveri legali. In particolare la Legge unitaria ha fissato il principio di buona fede da cui derivano una serie di doveri complementari (*fusui yiwu*) che le parti devono obbligatoriamente assumere, quali il dovere di informazione e di assistenza *et cetera* [...]; elementi del contratto e i diritti e doveri contrattuali non sono rigidamente corrispondenti»⁵⁴³. In tal senso, il contenuto del contratto risulta essere il prodotto della medesima volontà delle parti e, nel caso in cui queste non siano chiare e determinate, subentra l'interpretazione del giudice per determinare, a norma di legge, il contenuto del contratto.

Si procede, pertanto, alla classificazione degli elementi, fermando l'attenzione sugli elementi espressi e taciti che qui si individuano con maggiore precisione: espressi vengono definiti quelli fissati dalle parti in forma scritta o orale; sugli elementi taciti intervengono diverse delucidazioni. Riconosciuti come sono dall'autore una particolare nozione propria del diritto anglo-americano, essi risultano equivalenti nel diritto cinese, ad elementi non stabiliti nel contratto che il giudice, nel caso di controversie, può ritenere fissati dalle parti in base al principio di interpretazione contemplato nel comma 2 dell'art. 60:

«当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务»

«Le parti devono, attenendosi al principio di buona fede, adempiere

⁵⁴² Cfr. WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], cit., 347-378.

⁵⁴³ Sul punto anche GUO MINGRUI, FANG SHAOKUN, *Xin hetongfa yuanli* [Teoria del nuovo diritto dei contratti], Beijing, 2000, 129.

ai doveri di avviso, assistenza, segretezza *et cetera* in base alla natura, allo scopo del contratto e agli usi commerciali»

e negli artt. 61, 62 e 125 della Legge unitaria.

In sostanza questa revisione valorizza le prerogative pragmatiche ed utilitaristiche della legge della RPC, nella particolare situazione in cui si dovesse riconoscere la presenza di elementi taciti determinati in base o allo scopo e alla natura del contratto o agli usi commerciali⁵⁴⁴. Si riferiscono gli esempi: nel contratto di appalto (*chenglan hetong* 承揽合同) l'appaltatore ha il dovere di offrire un determinato risultato; nel contratto di mandato (*weituo hetong* 委托合同) il mandatario ha il dovere di compiere il massimo sforzo; nel contratto di trasporto (*yunshu hetong* 运输合同), il vettore, secondo la natura del contratto, assume il dovere di trasportare i clienti in un determinato posto, garantendo loro la sicurezza. Gli usi commerciali esigono che, in un dato periodo, in un dato territorio oppure in un dato settore o in un dato tipo di commercio, le persone assumano un comportamento che non violi l'ordine pubblico e il buon costume. In questa direzione si collocano gli artt. 61 e 125 della Legge unitaria. In definitiva «la determinazione del contenuto del contratto costituisce premessa di base per adempiere al contratto [...] gli elementi del contratto costituiscono una forma di manifestazione del contenuto del contratto e le forme sono varie; il contenuto, manifestato attraverso la forma, ha un significato sostanziale [...] il contenuto del contratto è costituito dall'accordo delle parti [...], cioè dal consenso tra le parti [...] il contenuto del contratto è costituito dai diritti e doveri del contratto»⁵⁴⁵.

Novità e posizioni positive sono così ben tracciate da Jiang Ping: «Sui

⁵⁴⁴ Riguardo agli *implied terms*, G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, 2ª ed., Milano, 2001, 116-118: «le dichiarazioni orali o scritte, le quali formano l'accordo contrattuale sono sorrette dalla presunzione generale che esse completino puntualmente il regolamento del rapporto (di scambio) posto in essere. Ma non sempre le parti sono così attente, competenti e preveggenti da avvalorare questa presunzione. Vi sono infatti circostanze per le quali si impone la necessità che lo stesso regolamento venga integrato da regolazioni non concordate dai contraenti eppure vincolanti la loro azione al pari di quelle esplicitamente convenute. Si tratta, appunto, del fenomeno – non estraneo alla nostra disciplina contrattuale – della c.d. «integrazione del contratto», ricorrendo la quale il relativo contenuto accentua di certo la sua complessità: i patti espressamente convenuti formano gli «*express terms*», mentre le statuizioni che entrano a far parte oggettivamente nel regolamento contrattuale costituiscono gli «*implied terms*», o «clausole implicite» [...]. Ma la loro maggiore e più caratteristica qualificazione dipende dalla rispettiva derivazione o fonte di inserimento nel contenuto contrattuale, potendo questo essere la legge, o un uso o la stessa ragionevolezza condizionata, in un'ottica conservativa del contratto, da una necessità ermeneutica relativa ad un suo determinato vuoto regolamentare»; si v. anche H. COLLINS, *The Law of Contract*, London, 2003, 238-246.

⁵⁴⁵ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 242.

contenuti della Legge, rilevo quanto segue: ha stabilito i principi fondamentali del commercio tipici dell'economia di mercato [...]; per la prima volta ha previsto tutti i procedimenti di formazione del contratto, le modalità relative all'*e-commerce* e alle nuove forme contrattuali; ha introdotto le condizioni contrattuali, la responsabilità oggettiva, l'interpretazione del contratto; ha rinnovato gli aspetti dell'efficacia, dell'adempimento e della responsabilità per violazione; ha previsto norme dettagliate per i dieci tipi contrattuali più frequentemente utilizzati»⁵⁴⁶.

Evidente elemento decisivo, il contenuto del contratto ha richiesto la più profonda attenzione del legislatore e la particolare esplorazione della ricerca i cui contributi si sono prima illustrati e vagliati. Emergono, chiaramente, posizioni positive sulle soluzioni raggiunte nel colmare lacune e inadeguatezze della normativa precedente, soprattutto nel precisare i principi cui le parti devono attenersi perché il contenuto risponda ai requisiti di legge e costituisca di per sé premessa per la conclusione del contratto.

Dalle prime normative all'art. 12 della Legge unitaria si può notare un'evoluzione del legislatore e della dottrina che parte da un'iniziale assimilazione massiccia della dogmatica pandettistica in materia di elementi del contratto fino a raggiungere una matura consapevolezza della funzionalità dei concetti rispetto alla realtà giuridica della Cina attuale. Si approda, così, ad una originale caratterizzazione del contenuto del contratto, quale qui esposta e centrata sull'art. 12, in cui, fra l'altro, è forse lecito affermare che si stempera persino la distinzione tra tipicità e atipicità contrattuale.

L'altro versante da segnalare di questo percorso è l'ampia nozione di dovere contrattuale che con il pragmatismo più volte rilevato si affianca per esigenze attuali alla più tradizionale categoria di obbligazione.

3.4 *Manifesta iniquità determinata da una parte. Contenuto della fattispecie*

L'insorgenza della manifesta iniquità (*xianshi gongping* 显失公平) del contenuto e la valutazione della avvenuta costituzione del contratto hanno impegnato la dottrina del diritto civile cinese ancor prima che fossero emanati i *Principi generali* del 1986. Il problema era stato introdotto dalla bozza in questi termini: «Costituisce manifesta iniquità l'abuso della posizione sfavorevole altrui», problema affrontato con diversa impostazione nella stesura successiva dei Principi che distingueva fra l'abuso della posizione sfavorevole

⁵⁴⁶ JIANG PING, *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jingjie - qianyan* [Interpretazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese: prefazione], cit., 1-3: 3.

altrui, figura delineata, fra altre, nell'art. 58 n. 3 quale motivo di nullità, e la manifesta iniquità, art. 59 n. 2 quale motivo di annullabilità dell'atto civile.

La soluzione riscuoteva consensi pressoché unanimi, ritenendosi la manifesta iniquità un concetto astratto, relativo a particolari rapporti di distribuzione di diritti e di obblighi tra le parti, non sempre valutabili sullo stesso piano in eventuali contesti diversi. L'art. 59 dei Principi

«下列民事行为，一方有权请求人民法院或仲裁机关予以变更或者撤销：（一）行为人对行为内容有重大误解的；（二）显失公平的。
被撤销的民事行为从行为开始起无效»

«Ogni parte ha il diritto di richiedere al Tribunale popolare o alle istituzioni arbitrali di modificare o annullare i seguenti atti civili: 1) quelli in cui il soggetto ha frainteso in modo sostanziale il contenuto dell'atto; 2) quelli che sono manifestamente iniqui.
I negozi civili che sono stati annullati non hanno effetto dal momento in cui sono stati posti in essere»

tuttora vigente, dispone che sono modificabili o annullabili i contratti manifestamente iniqui. La materia, sotto il profilo applicativo, è peraltro complicata dall'art. 72 delle Opinioni della Corte Suprema del Popolo⁵⁴⁷:

«一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平»

«Se una parte, trovandosi in una posizione di vantaggio o approfittando dell'inesperienza della controparte, determina che il contratto contenga un assetto di diritti ed obblighi che lede il principio di equità ed il sinnallagma, il contratto può essere riconosciuto manifestamente iniquo»

che, invece, torna a trattare congiuntamente le due fattispecie e resta riferimento normativo ancora vigente. D'altro canto, la dottrina ha osservato come, da un punto di vista generale, la disciplina distinta negli artt. 58 e

⁵⁴⁷ *Opinioni della Corte Suprema del Popolo in merito ad alcune questioni concernenti l'attuazione dei Principi generali del diritto civile della Repubblica Popolare cinese (Zuigao Renmin fayuan guanyu guanche zhixing Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Tongze ruogan wenti de yijian)*, emanate il 26 gennaio 1988, in vigore dal 2 aprile 1988, parzialmente abrogate dalla *Decisione sull'abrogazione di alcune interpretazioni giudiziali emanate alla fine del 2007 (VII Gruppo)* (Zuigao Renmin fayuan guanyu feizhi 2007 niandi yiqian fabu de youguan sifa jieshi (di qi pi) de jue ding), emanata il 18 dicembre 2008 e in vigore dal 24 dicembre del medesimo anno.

59 dei *Principi generali*⁵⁴⁸, mutuata dalla *Legge jugoslava sulle obbligazioni* (*Nansilafu zhaiwu guanxi fa* 南斯拉夫债务关系法) sarebbe «scientificamente razionale»⁵⁴⁹, dal momento che non tutti i casi di manifesta iniquità sono causati dall'abuso della posizione sfavorevole altrui, ma anche da contingenze esterne, e nel caso in cui intervenga la malafede dell'agente ad approfittare della posizione sfavorevole altrui, è evidente che il grado di colpa nell'ambito della manifesta iniquità è più grave. Di qui l'affermazione che la disciplina separata dei *Principi generali* «ha una certa ragione di esistere»⁵⁵⁰.

Nel corso dell'elaborazione della Legge unitaria si individuavano i motivi per cui i casi di manifesta iniquità, sia quella non accompagnata da malafede di un contraente, sia quella determinata da una parte, sono speculari e assumono un ruolo di primo piano nella prassi contrattuale: allorché la manifesta iniquità sia considerata isolatamente, senza risalire alle cause, si è nell'impossibilità di distinguere la stessa manifesta iniquità dagli altri atti che comportano l'oggettiva conseguenza dello squilibrio degli interessi tra le parti quali il dolo, la violenza, l'abuso della posizione sfavorevole altrui, il grave fraintendimento; in tal caso, inoltre, l'ambito di applicazione si

⁵⁴⁸ Si riporta, di seguito, il testo in lingua cinese dell'art. 58:

«下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）经济合同违反国家指令性计划的；（七）以合法形式掩盖非法目的的。无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

Art. 58: Sono nulli i seguenti atti civili:

1) quelli compiuti da persone senza capacità di agire civilmente; 2) quelli compiuti da persone con limitata capacità di agire civilmente che non possono essere compiuti secondo legge; 3) quelli compiuti con frode o costrizione di una parte, o al fine di trarre vantaggio da una situazione precaria, violando il reale interesse dall'altra parte; 4) quelli che in modo premeditato violano gli interessi dello Stato, delle organizzazioni collettive o di una terza persona; 5) quelli che violano la legge e gli interessi pubblici della società; 6) quei contratti economici che violano le indicazioni della pianificazione obbligatoria; 7) quelli che pur avendo forma legittima perseguono fini illegali.

I negozi giuridici nulli non hanno alcun effetto vincolante dal momento che sono posti in essere.

⁵⁴⁹ Cfr. LIANG HUIXING, *Zhongguo minfa jingjifa zhu wenti* [Questioni sul diritto cinese civile e dell'economia], Beijing, 1991, 213.

⁵⁵⁰ WANG JIAFU (a cura di), *Zhongguo minfaxue - Minfa zhaiquan* [Diritto civile cinese. Obbligazioni civili], Beijing, 1994, 327. Si veda anche TONG ROU, *Zhongguo minfaxue - Minfa zongze* [Studio sul diritto civile cinese. Principi generali del diritto civile], Beijing, 2008, 234; l'autore nel valutare positivamente il distinguo operato dal legislatore, classificando il venir meno del principio di equità in una categoria separata, sottolinea la necessità che si verifichi una condizione oggettiva per attuare la fattispecie.

esponde a dismisura, provocando l'invalidità di molti contratti validi e ostacolando l'ordine e la sicurezza degli scambi. Le valutazioni appena ricordate trovano riscontro nella pratica corrente internazionale e nella realtà cinese, di fronte al conflitto tra il sistema della manifesta iniquità e il principio della libertà contrattuale⁵⁵¹. Nonostante ciò, prevaleva l'orientamento secondo cui unica condizione necessaria per la determinazione della manifesta iniquità è l'accertamento dello squilibrio fra le parti⁵⁵².

In generale, si ritenevano fattori predominanti il risultato dell'atto manifestamente iniquo e la piena tutela dei diritti e dei legittimi interessi della parte lesa, anche nel caso in cui questa non potesse addurre ulteriori prove; si prediligeva, quindi, la salvaguardia di principi fondamentali, quali l'equità e l'equilibrio delle prestazioni (*dengjia you chang* 等价有偿).

In sintesi, per disciplinare il sistema della manifesta iniquità si richiedeva il verificarsi di presupposti oggettivi della fattispecie e si avanzava la convinzione che vi fosse spazio sufficiente perché la disciplina della manifesta iniquità si esprimesse autonomamente⁵⁵³.

Emergeva, dunque, la necessità di limitare e definire le condizioni di applicazione della manifesta iniquità con una netta distinzione dalle ipotesi di dolo o di violenza.

Di certo, un problema non secondario circa il contenuto del contratto manifestamente iniquo era rappresentato dalle modalità di salvaguardia degli interessi della parte lesa. Tenuto conto delle varie tesi, obiezioni, proposte, la Legge unitaria nell'art. 54

«下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。
一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院

⁵⁵¹ Cfr. YU YANMAN, *Hetong chexiao quan de xianzhi yu paichu wenti yanjiu* [Ricerca sul problema della limitazione ed esclusione del diritto di annullamento del contratto], in *Minshang Faxue* [Studies in Law and Business], III, 2001, 22-33: 25.

⁵⁵² Sull'argomento, di recente, cfr. CHENG SHUNZENG, *Lun qingshi biangeng zhidu yu woguo hetongfa tixi zhi qibie* [Sulla corrispondenza tra il sistema di mutamento delle circostanze e il sistema cinese della Legge sui contratti], in *Falü shiyong* [Journal of Law Application], VI, 2012, disponibile *on line* al sito: <[http://pkulaw.cn/\(S\(pvgj1x45wuwnwm5555df4e55\)\)/fulltext_form.aspx?Gid=335616902&Db=art](http://pkulaw.cn/(S(pvgj1x45wuwnwm5555df4e55))/fulltext_form.aspx?Gid=335616902&Db=art)> (ultimo accesso 10.02.2020).

⁵⁵³ Cfr. BEIJING DAXUE FALÜXI MINFA JIAOYANSHI (Dipartimento di diritto civile della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pechino), *Guanyu tongyi hetongfa cao'an de xiugai jianyi* [Suggerimenti per le modifiche alle bozze sull'unificazione delle leggi sui contratti], in *Zhongwai faxue* [Peking University Law Journal], I, 1999, 48.

或者仲裁机构变更或者撤销。
当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销»

«La parte ha il diritto di richiedere al tribunale popolare o ad un organismo arbitrale, di modificare o annullare i seguenti contratti:

1) quelli la cui formazione è stata determinata da errore grave; 2) quelli che, al momento della formazione, risultavano manifestamente iniqui. Se una parte usando dolo, violenza o approfittando della posizione sfavorevole dell'altra⁵⁵⁴, ha posto in essere un contratto violando le reali intenzioni di quest'ultima, la parte danneggiata ha il diritto di chiedere al tribunale popolare o ad un organismo arbitrale di modificare o annullare il contratto.

Se le parti richiedono la modifica del contratto, il tribunale popolare o l'organismo arbitrale non può annullarlo»,

riconosce il diritto della parte lesa al ricorso al tribunale popolare o ad un organo arbitrale affinché si modifichino o si annullino i contratti manifestamente iniqui.

Nella considerazione dell'applicazione delle regole sia i teorici che il legislatore sostenevano che la manifesta iniquità dovesse essere distinta dai normali rischi commerciali, allorché questa esista nel momento in cui si forma il contratto, e il danno sia grave anziché lievemente iniquo⁵⁵⁵. Sul punto si riferisce l'intervento di Han Shiyuan: «l'esistenza della sola condizione oggettiva trascura lo stato soggettivo delle parti pur facilitate, sotto il profilo probatorio, a dimostrare lo squilibrio contrattuale. Tale impostazione adottata dal legislatore cinese garantisce, tuttavia, il principio di equilibrio delle prestazioni (*dengjia you chang*) e di equità (*gongping* 公平)»⁵⁵⁶.

La dottrina meno recente già evidenziava consistenti rilievi sulla decisione adottata dal legislatore di appellarsi unicamente all'art. 59 dei *Principi generali* regolando la manifesta iniquità quale causa

⁵⁵⁴ Come si può notare, seppur l'ipotesi di abuso della posizione sfavorevole altrui rimanga distinta dalla mera manifesta iniquità, per entrambe la conseguenza è ora la possibilità di modificare o annullare il contratto. Come abbiamo sopra visto, nei Principi, diversamente, l'abuso della posizione sfavorevole è una causa di nullità.

⁵⁵⁵ Cfr. QUANGUO RENDA FAGONGWEI YANJIUSHI BIANXIEZU (Gruppo redazionale dell'Ufficio di ricerca della Commissione legislativa del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa shiyi* [Spiegazione sulla Legge dei contratti della Repubblica Popolare Cinese], 98; LIANG HUIXING, *Zhongguo minfa jingjifa zhu wenti* [Questioni sul diritto cinese civile e dell'economia], cit., 213.

⁵⁵⁶ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 200. Per un approfondimento sul principio di equità, v. E. TOTI, *Il principio di equità nel diritto della Repubblica Popolare Cinese*, in *BRICS: una nuova geografia economica?*, cit., 189-203.

di annullabilità senza altra aggiunta: emerge ancora la necessità di definire rigorosamente le condizioni di applicazione della manifesta iniquità con una netta distinzione dalle ipotesi di dolo e violenza (quali vizi del volere). Si ritiene sia questo il modo per concretizzare l'equità delle transazioni e per favorire inequivocabilmente la sicurezza degli scambi, la libertà e la loro efficacia.

Si dovrebbe, pertanto, provvedere a fissare con chiarezza criteri di valutazione delle condizioni necessarie della manifesta iniquità in modo da evitare nella pratica un'interpretazione arbitraria della regola. Nell'attualità la dottrina che, occorre rilevare, risulta più impegnata sotto il profilo comparatistico, conferma pienamente l'impostazione critica qui concepita⁵⁵⁷.

Indicazioni nel senso di tenere distinta dai vizi del consenso l'iniquità contrattuale derivano, d'altra parte, dalla tradizione. Il diritto italiano, ad esempio, disciplina autonomamente la rescissione del contratto agli articoli 1447 e 1448 del Codice Civile. Ivi il venir meno degli effetti di un contratto, da cui derivi l'assunzione di obbligazioni inique a causa di un pericolo attuale di danno grave alla persona (art. 1447) oppure da cui derivi una sproporzione fra le prestazioni dovute dalle parti, che sia dipesa dallo stato di bisogno di una di esse e tale sproporzione ecceda la metà del valore della prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata (art. 1448, c.d. *laesio enormis*)⁵⁵⁸, è tenuto distinto dall'annullabilità dovuta ai vizi del consenso⁵⁵⁹. La ragione di ciò è nelle radici romanistiche dell'istituto.

Una costituzione dell'imperatore Diocleziano del 285 d.C., nello stato testuale che ci è reso dalla compilazione Giustiniana, recita:

C. 4.44.2 - «GLI IMPERATORI DIOCLEZIANO E MASSIMIANO AUGUSTI AD AURELIO LUPO. Se tu o tuo padre avete venduto a prezzo minore una cosa di prezzo maggiore, è umano che tu, restituendo il prezzo ai compratori, riceva indietro il fondo venduto, intervenendo l'autorità del giudice, oppure che tu, se lo avrà scelto il compratore, riceva quello che manca al giusto prezzo. Sembra poi che il prezzo sia minore, se non sia stata pagata neppure la metà del prezzo vero. PUBBLICATA IL 28 OTTOBRE NELL'ANNO IN CUI ERANO CONSOLI DIOCLEZIANO AUGUSTO PER LA SECONDA VOLTA E ARISTOBULO [285 D.C.]»⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Cfr. LI YONGJUN, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Beijing, 2004, 355-356.

⁵⁵⁸ L'ipotesi di cui all'art. 1447 sul contratto concluso in stato di necessità attiene alla persona, mentre quella di cui all'art. 1448 attiene al patrimonio: cfr. B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il codice civile. Commentario. Artt. 1447-1452*, Milano, 2000, 22.

⁵⁵⁹ Chiara la distinzione in B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., 1-6.

⁵⁶⁰ C. 4.44.2: «*IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. AURELIO LUPO. Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest*

La dottrina è pressoché unanime nel ritenere il testo nella redazione attuale opera dei giustinianeî e comunque non genuino⁵⁶¹. Ad ogni modo, un tale Aurelio Lupo si era rivolto alla cancelleria imperiale per segnalare che un fondo (così sembra dal brusco salto con cui l'iniziale riferimento ad una *res* diviene riferimento ad un fondo) era stato alienato (forse con una vendita conclusa dal padre⁵⁶²) ad un prezzo minore di quello *iustum*. La cancelleria rispose legittimando l'autore del libello ad avvalersi in sede giurisdizionale di una regola di *humanitas*: dimostrando che il prezzo era minore, poteva riottenere il fondo venduto, dietro la restituzione del prezzo ricevuto, ripristinando così la situazione giuridica anteriore alla vendita. Tale risultato sarebbe stato possibile dimostrando che il prezzo effettivamente corrisposto fosse minore della metà del prezzo 'vero' (*laesio ultra dimidium*). Tale schema corrisponde a quello di una *restitutio in integrum*, i cui effetti erano qualificati come *rescindere* (come accade anche per la rubrica del titolo a cui appartiene la costituzione in esame (*De rescindenda venditione*)⁵⁶³. Proprio tale ispirazione storico-dogmatica dell'istituto, rappresentata dal *rescindere* come ripristino della situazione anteriore all'atto viziato di iniquità, giustifica, in definitiva, l'autonomia della fattispecie rispetto ai casi di vizio del consenso. Non è necessario qui, poi, esaminare le diverse teorie sulla portata originaria del rescritto, secondo gli autori che ritengono non genuina la regola come appare nel testo giustiniano⁵⁶⁴.

iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. PP. v K. NOV. DIOCLETIANO A. II ET ARISTOBULO CONSS.» (tratta dall'ed. Mommsen-Krüger del C.I.C.). S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* [1923], ora in *Id., Scritti di diritto romano II (1913-1924)*, Napoli, 1957, 373, supposeva l'interpolazione della parola *iudicis* e proponeva la correzione <*rektoris provinciae*> [*iudicis*], ma l'ipotesi che il testo attuale sia giustiniano non depone a favore di questa proposta: cfr. R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 145, n. 18. La dottrina affianca normalmente a questo rescritto anche C. 4.44.8 del 293, ma in questa sede è sufficiente trattare del primo provvedimento.

⁵⁶¹ Cfr., per tutti, S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, cit., 353; B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., 7, n. 14; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 887, n. 77.3.2; R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 137-138, n. 2, si distacca dall'opinione prevalente e considera la redazione giustiniana di rescritti originariamente molto più lunghi come il risultato di tagli volti a conservare la parte dispositiva del testo, senza quindi con ciò alterare la regola giuridica del rescritto originario; A. GREBIENIOW, *La laesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *Revue Internationale de Droits de l'Antiquité*, 61, 2014, 196, n. 4.

⁵⁶² Cfr. R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 142.

⁵⁶³ La dottrina è solita evidenziare il legame della fattispecie con la *restitutio in integrum*: ad es. S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, cit., 373; R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 145.

⁵⁶⁴ Per esempio il Solazzi (*l.c.*) riteneva che il rescritto originale prescrivesse che la vendita fosse rescindibile in caso di prezzo minore determinato da dolo del compratore.

Rimane un'ultima osservazione in merito alla regola alternativa contenuta in C. 4.44.2: la possibilità che, in alternativa alla rescissione del negozio, venga ristabilito l'equilibrio fra le parti attraverso la scelta del compratore di corrispondere al venditore quanto manca del giusto prezzo. Si tratta di un principio di conservazione e di stabilità del vincolo contrattuale, su cui ha rivolto il proprio interesse la dottrina più recente⁵⁶⁵.

4. *Forma del contratto. Evoluzione del dato normativo fino all'art. 10 della Legge unitaria*

La forma, secondo Aristotele principio di organizzazione e di unità di ogni essere⁵⁶⁶, è nella pratica norma di opportuno comportamento; nella definizione della dottrina del diritto civile cinese "condizione formale del comportamento contrattuale" ed è identificata dalla stessa nella "manifestazione della volontà". Ne consegue il ruolo della forma del contratto, funzionale al contenuto, e non solo, essendone la messa in atto⁵⁶⁷.

Le prime indicazioni sulla forma del contratto venivano date nelle leggi del Tripode: la *Legge sul contratto economico* del 1981, art. 3, prevedeva l'obbligo della forma scritta per il contratto, ad eccezione del contratto «ad esecuzione immediata»; la *Legge sul contratto economico concernente interessi stranieri* del 1985, art. 7, prescriveva la forma scritta e la firma delle parti quali condizione necessarie per la conclusione del contratto; la *Legge sui contratti di tecnologia* del 1987, art. 9, imponeva la forma scritta per la conclusione, modificazione e rescissione del contratto.

In seguito, i *Principi generali del diritto civile*, nel Capitolo quarto, art. 56, con riferimento più ampio al tema, si esprimevano:

«民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定»

«L'atto giuridico civile può avere forma scritta, orale o altre forme. Se la legge stabilisce che debba essere adottata una forma particolare, deve seguirsi tale disposizione»⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Cfr. le ricerche sopra citate di Cardilli e di Grebieniow.

⁵⁶⁶ ARIST., *Metaph.* 7. 1032b.

⁵⁶⁷ Per dei primi rilievi, cfr. E. TOTI, *La forma del contratto nel diritto della Repubblica Popolare Cinese*, in *Giust. Civ.*, I, 2008, 49-65.

⁵⁶⁸ La disposizione esplicita l'orientamento del legislatore verso il principio di libertà della forma. Per le *Opinioni* della Corte Suprema del Popolo sui *Principi generali del diritto civile*

Nella fase di progettazione della normativa vigente i redattori delle tre bozze, nel contesto delle relative problematiche, ponevano in risalto il ruolo della forma in funzione delle finalità espresse nei principi informativi e tese a garantire la validità, l'agevolazione e la sicurezza degli scambi. I redattori della prima bozza (*Shinigao*), ispirandosi al principio della libertà contrattuale, ponevano l'accento su determinati rilievi: «Occorre riflettere appieno l'autonomia della volontà delle parti, garantendone la piena libertà contrattuale, senza alcun intervento degli organi amministrativi e delle altre organizzazioni [...]. Se non sussiste una giusta causa rilevante (*zhongda de zhengdang liyou* 重大的正当理由) non si può limitare la libertà contrattuale delle parti [...] occorre prendere in considerazione l'agevolazione e la sicurezza degli scambi»⁵⁶⁹.

Per ovviare al rigore implicito nelle prime due leggi del Tripode, nel Capitolo secondo, art. 24 di questa prima bozza, relativamente alla conclusione del contratto si proponeva: «Il contratto può avere forma orale, scritta, oppure altre forme concordate dalle parti. Se le leggi e i regolamenti stabiliscono diversamente, si deve seguire quanto da questi stabilito».

In linea con tale criterio, ma con un'impostazione più dettagliata, i compilatori della seconda bozza (*Zhengqiu yijian gao*) entravano nel merito, individuando determinati tipi di contratto con obbligo della forma scritta. Nel Capitolo secondo art. 7, relativamente alla formazione del contratto, si legge: «Il contratto può avere forma scritta, orale o altre forme. I contratti economici commerciali concernenti interessi stranieri, i contratti di trasferimento e di locazione (*zujie* 租借) di immobili ed i contratti per i quali la legge richiede la forma scritta, devono adottarla»; nel Capitolo terzo art. 28, relativamente agli effetti del contratto: «Relativamente ai contratti per i quali la legge richiede forma scritta, se le parti non la adottano ma hanno già adempiuto all'obbligazione, il contratto si considera valido. Per i contratti conclusi in forma scritta, se le parti non hanno apposto la firma o il sigillo ma hanno già adempiuto all'obbligazione, il contratto si considera efficace».

In conformità con i precedenti, nel progetto della terza bozza (*Cao'an*),

(2 aprile 1988), relativamente alla forma, v. artt. 65 e 66.

⁵⁶⁹ LIANG HUIXING (a cura di), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jiqi zhongyao caogao jieshao* [Presentazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese e delle relative bozze più importanti], cit., 6.

Per un atteggiamento indulgente verso i contratti economici conclusi in forma orale v. CHENG YIGUANG, *Koutou jingji hetong xiaoli tantao* [Studio degli effetti dei contratti economici in forma orale], in *Faxue pinglun* [Law Review], IV, 1995, 74; YANG JUN, *Lun bu he yu fadeng xingshi de hetong xiaoli* [Efficacia del contratto non conforme alla forma legale], in *Zhengfa luncong* [Journal of Political Science Law], II, 1996, 21.

si fornivano ulteriori indicazioni nel Capitolo secondo, art. 10: «Il contratto di trasferimento di immobili deve avere forma scritta. I contratti concernenti interessi stranieri e i contratti in cui il prezzo o la remunerazione supera i 100.000 *yuan*, salvo che siano a conclusione immediata (*jishi qingjie* 及时清结), devono avere forma scritta. Se la legge o i regolamenti stabiliscono che deve essere adottata la forma scritta, si deve seguire quanto da questi stabilito. Per gli altri contratti le parti possono adottare la forma orale o le altre forme previste per la formazione del contratto».

Nell'imminenza del varo della normativa definitiva si proponeva l'applicazione della forma scritta ai soli contratti commerciali, in modo da favorire la uniformazione del contratto, la riduzione delle liti e la loro soluzione, con i seguenti rilevi: «Osservando la legislazione straniera sui contratti, non sono pochi i paesi che hanno stabilito che sia la legge a prevedere quando il contratto debba avere forma scritta»⁵⁷⁰.

Altra dottrina rilevava come «una necessaria applicazione delle norme imperative relativamente alla forma del contratto, corrisponde sia alla necessità di uniformare gli scambi nella prima fase dell'economia socialista di mercato, sia alle abitudini commerciali del paese formatesi negli anni, favorendo inoltre la soluzione delle liti. Nel medesimo tempo costituisce un valido prestito l'esperienza maturata dal contatto con il diritto dei contratti dei paesi sviluppati»⁵⁷¹.

Infine, si osservava: «occorre partire dalla necessità di realizzare un'applicazione standardizzata dei contratti, convincendo le parti ad adottare la forma scritta per evitare i problemi inerenti i contratti che hanno forma orale [...] sia per favorire la riduzione delle liti e la loro soluzione, sia per incoraggiare gli scambi»⁵⁷².

⁵⁷⁰ SUN LIHAI (a cura di), QUANGUO RENDA FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI (Ufficio di diritto civile della Commissione legislativa dell'Assemblea Popolare Nazionale), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa. Lifa ziliao xuan* [Diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Raccolta del materiale legislativo], 13: Rapporto della Commissione legislativa dell'Assemblea Popolare Nazionale sullo stato delle modifiche delle bozze della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese (*Quanguo renda falü weiyuanhui guanyu Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa (cao'an) xiugai qingkuang de huibao*), documento esaminato dalla sesta sessione del Comitato Permanente della IX Assemblea Popolare Nazionale Cinese il 21 dicembre 1998, Beijing, 1999.

⁵⁷¹ SHI SHAOXIA, *Dui woguo hetong lifa ruogan zhengyi wenti de tantao* [Ricerca sulle questioni dibattute della legislazione sui contratti del nostro paese], in *Fazhi yu shehui fazhan* [Law and Social Development], vol. II, 1998, 62-63.

⁵⁷² SUN LIHAI (a cura di), QUANGUO RENDA FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI, *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa. Lifa ziliao xuan* [Diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Raccolta del materiale legislativo], cit., 44-45: Parte quarta

Il testo definitivo operava una significativa modifica strutturale rispetto ai tre progetti, collocando il requisito della forma nel Capitolo secondo, art. 10, relativo alla formazione del contratto:

«当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式»

«Le parti possono porre in essere un contratto in forma scritta, orale o in altre forme. Laddove la legge e i regolamenti amministrativi stabiliscano di adottare la forma scritta, deve essere utilizzata tale forma. Qualora le parti si accordino per adottare la forma scritta, tale forma deve essere utilizzata».

Per quanto attiene alla conclusione del contratto, gli artt. 36 e 37 della Legge unitaria,

«法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立»

«Qualora la legge o i regolamenti amministrativi stabiliscano o le parti concordino l'adozione della forma scritta per porre in essere un contratto, sebbene poi essa non venga adottata dalle parti, il contratto è concluso quando una di esse ha già adempiuto all'obbligazione principale e l'altra ha accettato l'adempimento».

«采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立»

«Il contratto, che deve essere posto in forma scritta, si considera già concluso prima dell'apposizione della firma o del sigillo quando una delle parti ha già adempiuto all'obbligazione principale e l'altra ha accettato l'adempimento»,

accogliendo le disposizioni degli artt. 45 e 46 della *Cao'an*, aggiungevano “quando l'altra parte ha accettato l'adempimento”; nell'art. 36, la condizione risulta necessaria per la conclusione del contratto che, sebbene non stipulato in forma scritta, secondo quanto richiesto dalla legge, dai regolamenti

della bozza della Legge sui contratti (*Hetong de dingli - hetongfa (cao'an) jieshao zhi si*).

amministrativi, o concordato dalle parti, sia stato già eseguito⁵⁷³; l'art. 37, a sua volta, disciplinando l'ipotesi del contratto da porsi in essere in forma scritta, lo considera già concluso prima dell'apposizione della firma o del sigillo⁵⁷⁴, quando una delle parti ha già proceduto all'adempimento dell'obbligazione principale, e l'altra ha accettato.

4.1 *Forma del contratto. Segue: percorsi del legislatore e della dottrina*

Ancor più che per gli altri argomenti pertinenti la materia contrattuale, per questo relativo alla forma, ci si avvarrà di fonti dirette di valutazione per seguire il reale percorso, da un lato logico e operativo del legislatore, dall'altro teorico e deduttivo dello studioso, nel processo evolutivo della normativa sulla forma.

La lettura, la traduzione e l'interpretazione di saggi, manuali, monografie, tutte opere a cura, come già evidenziato, di docenti universitari e di studiosi tra i più noti nell'ambito dell'accademia e della ricerca giuridica della RPC, ha indotto a considerazioni e convinzioni sull'atteggiamento culturale, sia del legislatore che del giurista cinese. Se il legislatore ha fatto emergere una linea-guida fondamentalmente pragmatica, dal canto suo lo studioso, almeno in tempi meno recenti, lungi dall'inoltrarsi in disquisizioni teoriche su formalismo o informalismo, o sul dibattito circa la matrice ideologica del principio di libertà della forma, si è mosso, come per altri aspetti, nello stesso ambito pragmatico e utilitaristico, nel vaglio di quali fini, strumenti e accorgimenti si siano perseguiti e di quali le conseguenze. Si procede, secondo il metodo adottato, con la presentazione in ordine cronologico dei testi scelti, metodo che consente di seguire il percorso dinamico della dottrina verso contributi sempre più significativi ed efficaci per una progressiva e più razionale sistemazione della materia.

A ridosso del Tripode si fornivano chiarimenti sulla definizione e sul ruolo della forma: «La forma del contratto è condizione formale (*xingshi yaojian* 形式要件) del comportamento contrattuale; non solo ha la funzione di manifestare il contenuto del contratto, ma riguarda anche la conclusione e

⁵⁷³ Sull'art. 36 della Legge unitaria cfr. ZHANG HU, WANG SHUANG, *Hetongfa: hetong he hetongshu* [Diritto dei contratti: contratto e contratto scritto], in *Beijing keji daxue xuebao* [Journal of University of Science and Technology Beijing], IV, 1999, 30-35: 33-35.

⁵⁷⁴ Sul "sigillo" si riporta il seguente rilievo: «Relativamente al sigillo, solamente quello apposto dalle società ha valore legale, non quello apposto dalle persone fisiche per le quali è necessaria la firma delle medesime», in WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], cit., 475-477.

la validità del rapporto contrattuale. Se la legge stabilisce che sia adottata una determinata forma e le parti non la adottano, il contratto è nullo (*wuxiao* 无效); se una delle parti ha chiesto che sia necessario adottare una determinata forma e tale forma non è adottata, il contratto non può concludersi»⁵⁷⁵.

Identificate le proprietà della forma del contratto, gli autori si soffermano sul termine usato dal legislatore nell'art. 3 della *Legge sul contratto economico* del 1981, il termine *yingdang* 应当 che corrisponde al nostro “deve” e indica l'imposizione della forma scritta. Benché non vi sia menzione nella suddetta Legge delle conseguenze che deriverebbero in caso di mancata adozione di tale forma, a loro parere, una logica conclusione vorrebbe l'invalidità del contratto: se la Legge stabilisce che *yingdang* = “deve” essere adottata la forma scritta e le parti non la adottano, il contratto è invalido.

Per indicare l'imposizione esiste un termine più appropriato: *bixu* 必须 = “è necessario”, “è d'obbligo”: «solo in presenza di questo termine che impone l'adozione della forma determinata, la mancanza della stessa determinerebbe la violazione di una norma imperativa e la conseguente invalidità del contratto, secondo quanto dispone l'art. 7, comma 1, punto 1 della Legge sul contratto economico: “Sono nulli (*wuxiao*) i contratti che violano la legge, la politica e i piani statali”»⁵⁷⁶.

L'interpretazione procede con una maggiore sensibilità verso la volontà delle parti contraenti e una maggiore attenzione alla stabilità dell'ordine economico, intendendo comprimere la forma a mera funzione probatoria, la cui mancata adozione in nessun modo potrebbe causare l'invalidità del contratto. A questa prima interpretazione sulle conseguenze della mancata adozione di una determinata forma prevista dalla legge per cui: «Qualora le parti non rispettino la forma scritta, la mancata adozione ha rilevanza soltanto sul piano della prova, non quale causa di invalidità del contratto», si contrappone quella per cui «Qualora la legge richiede una determinata forma, le parti necessariamente la devono adottare; se non la adottano, il contratto è nullo»⁵⁷⁷.

Emanati i *Principi generali del diritto civile* con riferimento all'art. 56 sul requisito della forma, si fissava la distinzione tra forma convenzionale e forma legale, riservando alla prima la prerogativa di non produrre la nullità in mancanza della sua adozione⁵⁷⁸.

Sull'argomento, con particolare attenzione alla funzione della forma

⁵⁷⁵ Cfr. WANG LIMING, GUO MINGRUI, FANG LIUFANG, *Minfa xinlun*, II [Nuova teoria del diritto civile, vol. II], cit., 396.

⁵⁷⁶ «下列经济合同为无效：一、违反法律和行政法规的合同».

⁵⁷⁷ LI YOUYI, *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], cit., 318.

⁵⁷⁸ Art. 56: «L'atto giuridico può avere forma scritta, orale o altra forma. Quando una particolare forma è prevista dalla legge, deve avere la forma richiesta».

legale, si riportano le seguenti ipotesi: «i) se la forma legale ha una funzione probatoria e le parti non la adottano, a patto che ci siano altre prove dell'esistenza del contratto, il contratto non può ritenersi nullo; ii) se la forma legale è condizione di conclusione del contratto e le parti non la adottano il contratto non è concluso; iii) se la forma legale è condizione per produrre efficacia, qualora le parti non la adottino, il contratto, sebbene si consideri concluso, non produce effetti; iv) se la forma legale ha funzione di opponibilità verso i terzi e le parti non la adottano, il contratto può concludersi e produrre effetti, ma non può essere opposto a terzi.

Riguardo alla forma convenzionale, il giudizio relativo alle conseguenze della mancata adozione dell'atto notarile o dell'apposizione del visto al contratto è più marcato rispetto alle conseguenze della mancata adozione di ogni altra formalità: «se le parti hanno stabilito l'adozione dell'atto notarile o del visto e questi non sono adottati, il contratto non produce effetti. Ma se una delle parti ha già adempiuto e l'altra ha accettato, il contratto produce effetti dal momento in cui è stato adempiuto»⁵⁷⁹.

4.2 *Forma del contratto. Segue: la Legge unitaria*

Pubblicata nel 1999 la Legge unitaria, ribadita la distinzione tra forma legale e forma convenzionale, si esprimono chiarimenti e puntualizzazioni: «le parti possono, nei limiti del rispetto delle norme imperative, liberamente scegliere la forma del contratto. La forma convenzionale è scelta attraverso l'accordo delle parti [...] la forma legale è fissata da norme imperative di legge e le parti non possono modificarla [...]. Le parti possono conferire alla forma convenzionale diversi effetti legali: condizione di conclusione del contratto, prova della conclusione del contratto. Se le parti stabiliscono che sia necessario adottare una determinata forma e non la adottano, si verificano conseguenze legali che, sebbene non disciplinate chiaramente dalla Legge unitaria, possono dedursi dalla correlazione tra i singoli articoli»⁵⁸⁰. Dalla lettura contestuale degli artt. 10 e 36 della Legge unitaria, dedotto dall'art. 10, comma 2, il riferimento alla sola forma scritta, lo studioso ritiene concretizzata la fattispecie dell'art. 32

«当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立»

⁵⁷⁹ Cfr. KONG XIANGJUN, *Minshangfa xin wenti yu panjie yanjiu* [Ricerca su nuove questioni in materia di diritto civile e commerciale], Beijing, 1996, 147.

⁵⁸⁰ SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 86.

«Se le parti pongono in essere un contratto per iscritto, il contratto è concluso quando entrambe vi hanno apposto la loro firma o il loro sigillo»,

per cui il contratto è concluso quando entrambe le parti hanno apposto la firma o il sigillo. Sono contemporaneamente chiamati in causa gli artt. 36 e 37, le cui disposizioni assumono funzioni di mero ausilio⁵⁸¹: rispettivamente, il primo, per sanare la patologia creata dalla mancata apposizione della firma o del sigillo necessari ad esplicitare la forma scritta; il secondo, l'art. 37, per creare un'ipotesi alternativa all'apposizione della firma o del sigillo.

Per quanto concerne la forma legale, ben distinta, seppure alternativa alla convenzionale, si confermano posizioni già note: «La forma legale è quella fissata dalle norme imperative e le parti non possono a piacere modificarla [...]. Nel disciplinare la forma legale, il sistema legislativo prevede quattro diversi effetti: i) effetto probatorio, per cui la mancata adozione della forma legale non causa la nullità (*wuxiao*) del contratto; ii) considerazione della forma quale condizione di conclusione del contratto, per cui la mancata adozione della forma legale comporta la mancata conclusione del contratto e l'impossibilità di produzione di effetti giuridici; iii) considerazione della forma quale condizione di produzione degli effetti, per cui la mancata adozione della forma legale, sebbene il contratto sia concluso, non produce effetti; iv) mero effetto di opponibilità, allorché il contratto, sebbene sia concluso e produca effetti, non è opponibile a terzi»⁵⁸². A questo punto, il rilievo sull'incompletezza della normativa attuale: «Riguardo alla nostra legge sul contratto e ad altre leggi, il nostro paese non ha considerato compiutamente il contratto che non adotta la forma legale come non concluso o invalido; di conseguenza in base alle diverse richieste della legge si determinano diversi effetti legali»⁵⁸³.

Al di là delle posizioni teoriche, già nelle prime pagine del capitolo in cui è affrontato il problema sul requisito della forma emerge la convinzione che, per quanto riguarda la conclusione del contratto, occorra far capo al principio del consenso tra le parti: «Innanzitutto, prendiamo in considerazione il principio della regola base per la conclusione del contratto secondo cui solo se le parti manifestano concordemente la loro volontà, il contratto può con-

⁵⁸¹ Art. 37 «Il contratto, che deve essere posto in forma scritta, si considera già concluso prima dell'apposizione della firma o del sigillo quando una delle parti ha già adempiuto all'obbligazione principale e l'altra ha accettato l'adempimento».

⁵⁸² SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 86-87.

⁵⁸³ *Ivi*, 87

cludersi»⁵⁸⁴. Sotto tale aspetto, si riconsiderano gli artt. 10, comma 2 e 36 della Legge unitaria con il richiamo ai termini usati: se la legge stabilisce che deve essere adottata la forma scritta, la forma del contratto diviene condizione di conclusione del medesimo. La regola utilizza il termine “dovere” (*yingdang*), per cui appartiene all’ambito delle norme imperative, ed è perciò necessario che le parti la rispettino, altrimenti il contratto non può concludersi. Tuttavia, se il contratto non adotta la forma legale, ma una delle parti ha già adempiuto l’obbligazione principale e la controparte accetta, il contratto può ancora concludersi. Questa regola completa e modifica il principio su esposto.

Se consideriamo come regola generale che la forma legale è condizione di conclusione del contratto, e si ritiene che, se essa non è adottata, il contratto non possa concludersi, la manifestazione di volontà delle parti non assume alcun rilievo. Per questo motivo, la *Legge*, nell’art. 36, considera il contratto come già concluso nel caso in cui, sebbene non sia stata adottata la forma legale, una delle parti abbia tuttavia già adempiuto l’obbligazione principale, e l’altra abbia già accettato.

L’argomento entra nel dettaglio con una prima breve distinzione tra forma orale e forma scritta, quindi con l’indicazione di diversi aggiornati tipi di forma scritta: accordo scritto, lettera, fax, telegramma, e-mail e scambio di dati elettronici. Sono indicati anche i documenti che possono dimostrare la conclusione del contratto: biglietto dell’autobus, dell’aereo, scontrino *et cetera*, la cui funzione è limitata alla dimostrazione dell’esistenza di un rapporto contrattuale.

Si aggiunge una precisa esposizione delle modalità particolari (*teshu* 特殊) connesse alla forma scritta che influenzano l’efficacia del contratto: l’atto notarile, la verifica, l’approvazione e la registrazione. Di esse si illustrano le rispettive funzioni: «L’atto notarile indica che le parti o la legge stabiliscono che attraverso tale forma si verifica la veridicità (*zhenshi* 真实) e la liceità del contenuto del contratto [...]. Generalmente, il nostro paese utilizza il principio di libertà riguardo all’atto notarile contenente il contratto; quindi, le parti decidono liberamente se adottarlo o meno. Ma, se la legge stabilisce che il contratto deve adottare la forma dell’atto notarile, allora le parti devono recarsi dal notaio.

Sull’effetto legale dell’atto notarile, in relazione alla conclusione o all’efficacia del contratto, l’attuale legge del nostro paese generalmente non si pronuncia in modo chiaro. La funzione dell’atto notarile è, principalmente, quella di provare la veridicità e/o la liceità del contenuto del contratto: il suo maggior valore si manifesta nella sua forza probatoria, né

⁵⁸⁴ *Ibid.*

l'atto notarile influenza la conclusione o l'efficacia del contratto.

Diversamente, se la legge oppure le parti hanno stabilito che l'atto notarile debba essere adottato, la mancata adozione comporta l'inefficacia del contratto.

La 'verifica' indica che le parti, oppure la legge stabiliscono che il contratto deve essere consegnato ad un organo competente perché ne verifichi la veridicità e la liceità. Tale verifica è un mezzo amministrativo attraverso il quale lo Stato controlla e gestisce i contratti; soltanto l'organo statale può effettuare tale verifica, la cui funzione, come quella dell'atto notarile consiste nella forza probatoria, né la verifica influenza la conclusione e l'efficacia del contratto.

La 'approvazione' indica che, per un certo tipo di contratto, è necessaria per legge l'approvazione di un organo statale [...]. Se la legge stabilisce che è necessaria l'approvazione e tale forma non è adottata, il contratto non può produrre effetti.

La 'registrazione' si ha quando la legge stabilisce che il contratto deve essere consegnato ad un organo statale per essere registrato [...]. La registrazione ha due tipi di effetti legali: primo, l'efficacia della registrazione, cioè il contratto può produrre effetti legali solo dopo la registrazione; secondo, l'effetto dell'opposizione della registrazione, cioè senza la forma della registrazione il contratto non può essere opposto a terzi. Riguardo a quali effetti si creino, questi si possono stabilire in base a specifici tipi di contratto»⁵⁸⁵.

A queste si aggiungono altre forme, tra cui la forma tacita e la forma digitale: «La forma tacita è quella in cui le parti non utilizzano direttamente il linguaggio o la forma scritta per manifestare la propria volontà, la quale d'altra parte si manifesta attraverso un determinato comportamento o l'assenza dello stesso; se quel determinato comportamento non si manifesta e non è possibile comprendere la volontà delle parti in modo diretto, è necessario allora l'intervento della legge o delle parti secondo cui l'assenza di tale comportamento può produrre effetti legali.

La forma digitale rappresenta la manifestazione del contenuto del contratto attraverso videocamera, registratore *et cetera* [...]. Se il contratto adotta tale forma, per attestarne la veridicità, occorre la presenza di almeno due testimoni estranei. Solo così il contratto può considerarsi concluso e valido»⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ *Ivi*, 99.

⁵⁸⁶ *Ivi*, 100-101. In riferimento alla forma scritta, con un'impostazione possibilista, v. CUI JIANYUAN (a cura di), *Hetongfu* [Diritto dei contratti], cit., 78: «l'atto notarile, il visto, la registrazione, l'esame e l'approvazione appartengono alla categoria della forma scritta del contratto. La legge vigente del nostro paese alcune volte li considera condizioni di conclusione, altre volte condizioni di efficacia del contratto. La dottrina più recente

4.3 *Segue: contributi e rilievi della dottrina*

Nella considerazione dei contributi più incisivi, debito spazio merita il trattato, già peraltro menzionato, di Wang Liming. Già la lettura della prefazione si è rivelata estremamente interessante e chiarificatrice: non solo veniamo informati, meglio che da qualunque altra fonte, dall'autore stesso sulle personali referenze e prerogative, nonché sulla genesi e sull'intento della monografia, ma soprattutto siamo messi in grado di capire al meglio, e in profondità, la cultura da cui è emerso quello che è stato accolto e acclamato come "miracolo economico". Altro che miracolo: questo, che può considerarsi un vero e proprio "manifesto", a leggerlo bene, mette allo scoperto un lungo e mirato lavoro di sottile penetrazione in un mercato mondiale, a dir poco, prevenuto.

Reputo, pertanto, di dover riportare per intero la traduzione che ho cercato di rendere il più possibile fedele al senso della lingua originaria, perché tra tutti gli interessati si rifletta sui lontani punti di partenza teorici e pratici, del cosiddetto miracolo, su quelli di arrivo e sulle proiezioni per il futuro: «Nella storia dell'uomo il contratto riveste una posizione di primo piano: lo stesso libro religioso ritiene che il contratto possa instaurare un rapporto tra l'umano ed il divino. Nella filosofia politica il contratto si pone alla base del potere politico; nella vita economica il contratto si pone alla base del commercio; elementi propri del contratto si ritrovano per quanto riguarda la vita sociale anche nel matrimonio. Nella nostra vita quotidiana, ogni giorno, pratichiamo scambi per produrre reddito, scambi che si manifestano in un contratto. Ogni persona, per trovare spazio nella società, deve utilizzare la forma del contratto per stabilire un rapporto di fiducia reciproca nel commercio.

Si può affermare che la vita dell'uomo è un processo ripetuto di stipu-

sostiene che essendo il contratto un accordo tra le parti, l'atto notarile, il visto, la registrazione, l'esame e approvazione non appartengono alle condizioni di conclusione del contratto ma alla sfera di valutazione degli effetti del contratto». Anche YANG JIANYONG, GU HAIRONG, *Hetong chengli yu hetong shengxiao qufen wenti yanjiu - Jianping hetongfa cao'an youguan guiding* [Ricerca sulla differenza tra la conclusione e l'entrata in vigore del contratto. Commento sulla normativa pertinente delle bozze della Legge sui contratti], in *Hebei faxue* [Hebei Law Science], II, 1999, 68-69; ZHAO XUDONG, *Lun hetong de falü yueshuli yu xiaoli ji hetong de chengli yu shengxiao* [Vincolo, effetti giuridici, conclusione ed entrata in vigore del contratto], in *Zhongguo faxue* [China Legal Science], I, 2000, 80-85; WANG SHANSHAN, *Hetong chengli yu hetong shengxiao* [Conclusione ed entrata in vigore del contratto], in *Yunnan faxue* [Yunnan Law Science], XIII/2, 2000, 50-53. Sulla registrazione, v. LI YONGJUN, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 239.

lazione e di adempimento di un contratto. In particolare, il settore economico è costituito da diverse tipologie di commercio che si riconoscono nella forma del contratto. Perché il contratto sia valido, perché sia semplice stipularlo, e per il suo esatto adempimento, è necessaria un'adeguata normativa, il cui obiettivo è quello di garantire gli interessi dei singoli soggetti. Infatti la maturità di una perfetta prassi contrattuale si riconosce dalla capacità di risolvere al suo interno le controversie sorte.

La nostra dottrina ha fissato quale finalità di una legge fondamentale, quella di sviluppare un'economia di mercato, finalità realizzata dalla Legge sui contratti della RPC, Legge unitaria, emanata il 15 marzo 1999 ed entrata in vigore il 1° ottobre 1999. Questa riveste il compito di proteggere sia il corretto funzionamento del mercato, sia gli interessi legittimi delle parti. Inoltre ha risolto, una volta per tutte, il problema della conflittualità tra le diverse normative del passato riguardanti i tre principali tipi di contratto: il contratto economico, il contratto economico concernente gli interessi stranieri e il contratto di tecnologia [il c.d. Tripode].

La Legge vigente stabilisce regole basilari, correggendo i difetti delle precedenti leggi. Abbandonando l'impostazione dell'economia pianificata e conferendo alle parti piena libertà di scegliere la forma e il contenuto del contratto, essa si riferisce ad un'economia di mercato; richiede, tuttavia, alle parti di adottare il principio di buona fede durante tutto lo svolgersi del commercio. È una legge, la nostra, che, partita dalla realtà del nostro paese, ha mutuato elementi dall'esperienza degli altri ordinamenti stranieri, incorporandola con la pratica della politica economica attuata in questi ultimi anni dal nostro paese. Possiamo, pertanto, affermare che la normativa sui contratti è in continuo perfezionamento, e il nostro diritto civile è giunto ad una fase di maturazione.

È vero tuttavia che il lavoro di ricerca non è ancora terminato: la nostra dottrina deve impegnarsi nella ricerca di una metodologia che ci consenta di integrare la legislazione cinese in materia con quella internazionale, considerata la globalizzazione dell'economia, considerato anche e soprattutto il peso considerevole che la nostra economia, con la sua imponente crescita di questi ultimi anni, ha esercitato sul mercato mondiale. Sono intervenuti problemi e si sono presentate situazioni economiche che, non previste, evidentemente la Legge sui contratti non ha potuto disciplinare. Si deve, dunque, registrare un fenomeno da tenere in grande considerazione: mentre la società è in continuo progresso, la Legge è ferma al tempo della sua emanazione, creando un divario tra Legge e vita reale. Dal momento che la felicità del popolo dipende dalla riduzione di tale divario, è compito degli studiosi cercare le soluzioni. Attualmente

siamo impegnati in un lavoro di vasta portata, quello di redigere un armonico codice civile cinese, integrando tra di loro le diverse leggi, compresa quella sul contratto. In questa fase si dovranno concepire leggi non ancora elaborate dal nostro sistema [...]. La teoria sul diritto dei contratti è molto ampia, con diversi settori che richiedono ricerche profonde e dettagliate.

Attraverso un così lungo periodo di ricerca, negli ultimi anni ho sviluppato un'opinione personale riguardo ai problemi concernenti la teoria del diritto del contratto. Sulla base dei risultati di tale ricerca ho concepito quest'ultima *Ricerca sul diritto dei contratti*, in quattro volumi: i primi due affrontano il problema da un punto di vista generale, gli altri due lo analizzano nel dettaglio. Scopo di tale pubblicazione è quello di mettere a confronto le diverse tesi e le opinioni degli studiosi impegnati negli approfondimenti e nel perfezionamento dell'attuale normativa»⁵⁸⁷.

In queste pagine dell'insigne giurista cinese, come è dato leggere, è apertamente dichiarato il collegamento fra il nuovo diritto cinese dei contratti e la scelta fondamentale dell'economia di mercato, con il definitivo abbandono dell'economia pianificata.

È il caso di parlare di "diritto" dei contratti, perché il nesso fra economia e teoria dei contratti non può essere ridotto ad un problema meramente legislativo, come lucidamente è espresso nella seconda parte di questa prefazione.

Le quattro tappe fondamentali del diritto contrattuale sono riordinate nelle quattro parti dell'opera, tra cui si segnala la Parte Prima dal titolo *Il concetto di contratto e di diritto dei contratti*.

Relativamente alla forma, il discorso è affrontato con un metodo che si riconosce storico-filologico. Nella descrizione della nozione, risalta la preliminare distinzione tra forma intesa in senso ampio (*guangyi* 广义) e forma in senso stretto (*xiayi* 狭义) con gli esempi del loro impiego nella normativa: in senso ampio la forma del contratto comprende ogni modo di manifestazione del contenuto, e anche le forme particolari richieste dalla legge e dal contratto, quindi non solo la forma legale ma anche quella convenzionale. In tal senso, è prevista dall'art. 56 dei *Principi generali del diritto civile* e dal seguente art. 44 della Legge unitaria:

«依法成立的合同，自成立时生效。

⁵⁸⁷ WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], cit., I-V. Sono queste pagine preziose per chi dovrà impegnarsi nella conclusione di questa attività di codificazione.

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定»

«Il contratto concluso in modo conforme alla legge acquista efficacia dal momento della conclusione.

Quando le leggi o i regolamenti amministrativi stabiliscono che, ai fini dell'acquisto dell'efficacia, si devono seguire procedure di approvazione, di registrazione *et cetera*, si procede secondo quanto da essi previsto».

In senso stretto la forma va intesa come “maniera di stipulare”, forma della manifestazione esterna del contenuto. Infatti, in base alla sua natura, il contratto è una forma giuridica che riflette il rapporto commerciale; è anche un rapporto giuridico oppure un rapporto consensuale che può manifestarsi in forma scritta o in forma orale, rappresentando la manifestazione esterna del consenso delle parti sul contenuto del contratto. In tal senso, è prevista dall'art. 10 della Legge unitaria che si pronuncia espressamente sul principio di libertà contrattuale.

Particolarmente interessante lo svolgimento della veloce comparazione tra quello che l'autore definisce diritto tradizionale (*gudaifa* 古代法), il diritto romano antico, e le soluzioni adottate dal diritto cinese contemporaneo: «La legge tradizionale focalizzava l'attenzione sulla forma del contratto, non riguardava il contenuto dello stesso. Se il contratto non adottava una determinata forma voluta dalla legge non poteva concludersi. Il diritto romano antico, *ius civile*, stabiliva che era da considerarsi valido anche quel contratto che dietro minaccia o violenza, aveva adottato una determinata forma. Deduciamo che il diritto romano antico focalizzava l'attenzione soltanto sulla forma del contratto⁵⁸⁸, senza tener conto della reale volontà delle parti, per realizzare due scopi: facilitare l'esibizione della prova in caso di controversie; determinare rigorosamente la forma del contratto.

A seguito dello sviluppo dell'economia capitalista, la libertà contrattuale è divenuta uno dei tre principi fondamentali del diritto civile cinese recente. Come l'economia capitalista concedeva alle parti maggiore libertà di scegliere la forma del contratto, similmente la normativa contemporanea cinese sul contratto fissa quale principio generale quello della libertà contrattuale nella scelta della forma pur con una serie di limiti stabiliti dalla legge. In questo senso una parte della dottrina sostiene che la legge vigente ha adottato come principio generale il principio di libertà della forma; pertanto le previsioni di legge, i regolamenti amministrativi oppure le altre forme, quali registra-

⁵⁸⁸ L'autore si riferisce, evidentemente, alle prime fasi dell'ordinamento giuridico romano.

zione e approvazione, che richiedono l'adozione di una specifica forma del contratto, sono tutte eccezioni a tale principio»⁵⁸⁹.

Non si ritiene sia qui il caso di discutere su tale ricostruzione, o di segnalare le omissioni, dal momento che l'interesse prevalente dell'autore, nel confronto tra passato e presente, risulta quello di dar risalto all'eccessivo formalismo della normativa antica e alla modernità con cui la Cina, adeguandosi anche al diritto degli ordinamenti stranieri, procede su una via di riforme.

Emerge la convinzione personale dello studioso sugli effetti della forma legale: «Ritengo che non dobbiamo considerare la forma legale quale condizione di efficacia del contratto [...]: dopo che le parti abbiano raggiunto un accordo il contratto può dichiararsi concluso, salvo che le stesse non abbiano stabilito con chiarezza che sia necessaria una determinata forma del contratto quale condizione per la conclusione del medesimo [...]. La forma del contratto deve, in linea generale, considerarsi quale prova del contenuto [...]. Tuttavia è evidente che se la legge o i regolamenti amministrativi stabiliscono con chiarezza che una determinata forma è condizione di conclusione o di efficacia, tali norme vanno considerate imperative, per cui se la forma prevista non è adottata, il contratto è nullo».

Consequente, a questo punto, il riferimento alla forma convenzionale: «Ritengo che, riguardo alla validità del contratto, se le parti non adottano la forma convenuta, per prima cosa occorre valutare quanto stabilito nel contratto, cioè se tale forma costituisca o meno un elemento principale del medesimo»⁵⁹⁰.

Relativamente alla forma scritta, riordinate alla luce dell'esperienza maturata in proposito le tesi e le argomentazioni più convincenti, con un rimando all'art. 11 della Legge unitaria

«书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式»

«Per forma scritta si intende quella forma attraverso la quale il testo dell'accordo contrattuale, la lettera o il testo inviato mediante mezzi elettronici di comunicazione (compresi telegrammi, telex, fax, scambi elettronici di dati e messaggi di posta elettronica) *et cetera* possano mostrare concretamente il proprio contenuto»

⁵⁸⁹ *Ivi*, 454-455 e 468-469.

⁵⁹⁰ *Ivi*, 464-465.

si ribadisce la funzione essenzialmente probatoria di tale forma con i tre tipi: accordo contrattuale, lettera e testo inviato mediante mezzi elettronici.

L'autore esprime la sua convinzione personale in tema di forma scritta: «Ritengo che, in linea di massima, non sia necessario stabilire una determinata forma del contratto; la scelta del tipo di forma da adottare deve essere lasciata alle parti, salvo casi particolari e per particolari tipi di contratto: il contratto per la cui natura e contenuto è espressamente richiesta la forma scritta; il contratto per il quale è necessaria la prova e la registrazione e per ottenerle è necessaria la forma scritta; il contratto che riveste un grande interesse per una parte»⁵⁹¹.

Vengono descritti con un'esattezza che merita attenzione i tre tipi di forma scritta: «1. Accordo contrattuale. L'accordo contrattuale indica un documento contenente gli elementi del contratto e completato dal timbro e dalla firma di entrambe le parti; è una tipica forma scritta, con caratteristiche peculiari: deve utilizzare la forma scritta; deve contenere gli elementi del contratto; necessita del timbro oppure della firma delle parti. 2. Lettera. La lettera indicata nella Legge unitaria è diversa dalla lettera comunemente intesa: deve contenere gli elementi del contratto, deve poter dimostrare il rapporto contrattuale ed il contenuto del contratto; va distinta anche dall'accordo contrattuale, perché non necessita del timbro oppure della firma di entrambe le parti. Se su una lettera sono presenti il timbro o la firma di entrambe le parti, essa può diventare un accordo contrattuale. 3. Testo inviato mediante dati elettronici»⁵⁹².

Non si reputa trascurabile la forma orale dato il suo largo impiego nella pratica commerciale. Sono valutate tutte le ipotesi dei casi più ricorrenti. Fra queste, è di particolare interesse l'ipotesi in cui le due parti riconoscono l'esistenza dell'accordo contrattuale, ma sono in disaccordo solo per ciò che concerne qualche elemento del contenuto del contratto. In questa situazione, se le parti sono d'accordo sugli elementi principali del contratto, possiamo considerare il contratto come concluso.

Per quanto riguarda gli elementi secondari, essi possono essere recuperati dopo la conclusione del contratto. Gli artt. 61 e 62 della Legge unitaria stabiliscono precisamente questo tipo di situazione, e indicano anche il modo per recuperare tali elementi:

«合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定»

⁵⁹¹ *Ivi*, 471.

⁵⁹² *Ivi*, 475-478.

«Se le parti non hanno raggiunto un accordo in ordine alla qualità, al prezzo o alla remunerazione, al luogo di adempimento *et cetera* o lo hanno fatto in maniera non chiara, dopo che il contratto ha acquistato efficacia, possono accordarsi sulle relative integrazioni; se non è possibile raggiungere un accordo in ordine alle integrazioni del contratto, queste sono definite sulla base delle clausole contrattuali pertinenti o degli usi commerciali».

«Quando la parte ha un contratto con contenuto non chiaro, secondo l'articolo 61 della legge, si applicano le seguenti disposizioni: (一) se la qualità richiesta non è definita chiaramente, si applicano i parametri fissati dallo Stato o quelli dei vari settori commerciali; in mancanza di tali parametri si seguono quelli ordinari oppure quelli specifici, conformi al fine proprio del contratto;

(二) se il prezzo o la remunerazione non sono definiti chiaramente, si applica il prezzo di mercato del luogo di esecuzione praticato al momento in cui il contratto è stato concluso; qualora, in base alla legge, si debba applicare il prezzo fissato o indicato dal Governo, ci si conforma a questo; (三) se il luogo di esecuzione non è definito chiaramente e l'adempimento consiste nella dazione di una somma di denaro, questo si esegue nel luogo in cui si trova la parte che deve ricevere il pagamento; in caso di consegna di immobili il luogo di esecuzione è quello in cui è situato l'immobile; in caso di altro oggetto, la prestazione è eseguita nel luogo in cui si trova la parte che deve adempiere all'obbligazione; (四) se il termine di esecuzione non è definito chiaramente, il debitore può adempiere in qualsiasi momento; anche il creditore può richiedere l'adempimento in qualsiasi momento, ma deve concedere al debitore il periodo di tempo necessario per la predisposizione all'adempimento; (五) se le modalità di

esecuzione non sono definite chiaramente, si applica il metodo che risulta utile alla realizzazione dello scopo del contratto; 6) se l'onere delle spese di esecuzione non è attribuito in maniera chiara, questo è a carico del debitore».

Se tutte e due le parti riconoscono l'esistenza dell'accordo contrattuale, ma sono ancora in discussione gli elementi principali, non possiamo considerare il contratto concluso.

Relativamente alle "altre forme", così genericamente indicate sempre dall'art. 10 della Legge unitaria, l'autore identifica solo quella che in un certo senso può valere quale dichiarazione indiretta, di grande utilizzo nella vita quotidiana: «Ad esempio, nel caso in cui dopo la scadenza del contratto di locazione, il locatore accetti ancora il canone dal locatario, possiamo dedurre che il contratto d'affitto sia prorogato, anche senza l'esistenza di un contratto in forma scritta od orale»⁵⁹³.

4.4 *Segue: l'approvazione e registrazione del contratto*

Infine, fra gli aspetti della disciplina in materia di forma contrattuale trattata negli studi di Wang Liming è opportuno in questa sede dedicare particolare attenzione ad un problema abbastanza delicato, perché sorto in seguito all'emanazione della Legge unitaria, quello relativo alla "approvazione e registrazione" del contratto: la Legge unitaria, infatti, non stabilisce l'efficacia o meno della registrazione, per cui occorre ricorrere all'art. 9 delle Interpretazioni sulla Legge unitaria, adottate dalla Corte Suprema del Popolo nel 1999. L'articolo dispone che, se la registrazione e l'approvazione sono condizione necessaria, secondo quanto fissato dalla legge o dai regolamenti amministrativi, e se le parti non adottano tale forma prima dell'udienza di primo grado, la Corte può dichiarare il contratto invalido.

Per quanto riguarda nello specifico l'approvazione, si tratta di una specificità del sistema cinese dei contratti e consiste in un giudizio sull'efficacia o meno del comportamento legale, e anche quale strumento utilizzato dallo Stato per intervenire nella relazione contrattuale.

Ci troviamo di fronte, chiaramente, ad uno strumento attraverso il quale, per determinate materie, lo Stato esercita la propria prerogativa nel campo dell'indirizzo generale dell'economia. Dal punto di vista dogmatico ciò si traduce in una compressione di

⁵⁹³ WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], cit., 47-473 e 480.

quella che in termini occidentali chiamiamo autonomia negoziale e ci si fa avanti un possibile esempio, nella sua concreta portata, della nozione, più volte segnalata, di relazione contrattuale. Ovviamente altri esempi potrebbero farsi in relazione alle parti contrattuali.

Si puntualizza anche la distinzione tra approvazione e registrazione: la registrazione riguarda il trasferimento del possesso di beni, ma non influenza l'efficacia del contratto; da essa deriva solo l'inefficacia del trasferimento del possesso; l'approvazione è uno strumento che lo Stato utilizza per verificare se il rapporto legale sia valido o meno. Salvo i casi in cui la legge abbia stabilito particolari previsioni, l'approvazione deve essere considerata come un elemento del contratto. Senza approvazione il contratto non può essere valido. Ma le relative disposizioni della Legge unitaria vengono valutate nel senso che alle parti si permette di "sanare" la mancata registrazione e approvazione nel caso in cui, a prestazioni avvenute, si arrivi ad una controversia giudiziale e una parte chieda la dichiarazione di invalidità. Questa sorta di sanatoria non è ovviamente permessa se comporta danni verso terzi e se non viene rispettata la volontà delle parti.

Una chiara sintesi delle prevalenti posizioni teoriche su riferite è esposta da Han Shiyuan, con l'intento di individuare e colmare lacune emergenti. Nella eventualità che la forma imposta non venga rispettata, si deducono tali conseguenze da quanto disposto dall'art. 10, comma 2 della Legge unitaria: i) il contratto non può considerarsi concluso, ad eccezione di quanto stabilito dall'art. 36 della Legge unitaria; ii) il contratto può definirsi inefficace secondo quanto stabilito dall'art. 44, comma 2 della Legge unitaria in cui la forma contrattuale diventa condizione necessaria; iii) l'art. 215 della Legge unitaria si propone come esempio di determinate conseguenze per la mancata adozione della forma scritta prevista dal tipo di contratto:

«租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁»

«Qualora la durata della locazione sia superiore ai sei mesi, si deve adottare la forma scritta. Qualora le parti non la adottino, il contratto di locazione si considera a tempo indeterminato»;

iv) la mancata adozione della forma contrattuale richiesta è sanata dal comportamento delle parti, secondo quanto stabilito dall'art. 37 della Legge unitaria⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ V. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 116-117, 120-121.

Si conferma, in definitiva, sia da parte del legislatore che della dottrina, cautela e propensione all'osservanza di un principio informatore della Legge unitaria, fondamentale anche se non espresso, che vuole la salvaguardia del contratto, limitando l'ambito di invalidità onde promuovere il commercio e lo sviluppo economico.

5. *Sui contratti elettronici*

La normativa della Legge unitaria sul requisito della forma, si è contestualmente occupata dei contratti elettronici.

I redattori della *Shinigao* già per primi nel gennaio del 1995 sollecitavano un approfondimento delle problematiche del mercato, intuendo la necessità di inserire nella normativa sulla forma il nuovo ed emergente contratto elettronico, ritenendolo compatibile con la forma scritta e precisando nell'art. 28 che per forma scritta devono intendersi «tutti i modi capaci di conservare le informazioni che possano essere copiate tangibilmente»; precisazione riconosciuta anche dalla *Zhengqiu yijiangao* e dalla *Cao'an*, nella convinzione di dover proteggere e incoraggiare il commercio elettronico⁵⁹⁵.

In conformità ai nuovi impulsi, nella Legge unitaria si è inteso fissare una regola di principio, in attesa di successive conferme, sulla base di una più lunga e provata esperienza. Pertanto, l'art. 11 della Legge, con preciso riferimento ai contratti elettronici, così si esprime:

«书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式»

«Per forma scritta si intende quella forma attraverso la quale il testo dell'accordo contrattuale, la lettera, o il testo inviato mediante mezzi elettronici di comunicazione (compresi telegrammi, telex, fax, scambi elettronici di dati e messaggi di posta elettronica) *et cetera*, possano mostrare concretamente il proprio contenuto».

Ricaviamo alcune informazioni dettagliate a proposito di tale forma da

⁵⁹⁵ Cfr. SUN LIHAI (a cura di), QUANGUO RENDA FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI, *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa. Lifu ziliao xuan* [Diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Raccolta del materiale legislativo], cit., 144-145: Dare importanza all'influenza della nuova tecnologia sulla legislazione del nostro paese (*Ying zhongshi xin jishu de yingyong dui woguo lifu de yingxiang*).

Su Haopeng: «I dati elettronici comprendono due tipi: la e-mail e lo scambio di dati elettronici; la e-mail è simile alla lettera, ma la sua spedizione avviene attraverso il sistema informatico; lo scambio di dati elettronici, chiamato anche EDI è un sistema che utilizza una forma standard internazionale per ordinare, spedire, emettere ricevute, e per molti altri tipi di procedura⁵⁹⁶.

Anche Wang Liming, trattando della forma scritta, fa un preciso richiamo ai dati elettronici: «A seguito della globalizzazione economica e dello sviluppo della tecnica, le forme scritte come la lettera e l'accordo contrattuale non sono più sufficienti per stipulare un contratto [...]. L'art. 11 della Legge unitaria riconosce i dati elettronici, uniformandosi alla disciplina fissata dalla Commissione legislativa sull'import-export internazionale dell'ONU nella Legge modello sul commercio elettronico del 1996, art. 6 [...] quale forma scritta»⁵⁹⁷.

A tal proposito, si segnala la specifica normativa varata con la *Legge sulla firma elettronica della Repubblica Popolare Cinese (Zhonghua Renmin Gongheguo dianzi qianming fa 中华人民共和国电子签名法)*, approvata dal Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale il 28 agosto 2004, in vigore dal 1° aprile 2005 emendata da ultimo il 23 aprile 2019. La *Legge* stabilisce che per firma elettronica si intende «il corpo di dati, in forma elettronica, contenuto o allegato ad un messaggio dati, al fine di identificare l'identità del firmatario e certificarne la paternità in merito al contenuto. Il messaggio dati, come specificato nella presente legge, è definito quale messaggio creato, inviato, ricevuto o memorizzato nella forma elettronica, ottica, magnetica od in altre forme», art. 2. Alla firma elettronica, qualora affidabile, è riconosciuta la medesima validità della firma scritta o del sigillo, art. 14.

Si riportano di seguito alcuni significativi articoli della *Legge*:

第四条: «能够有形地表现所载内容, 并可以随时调取查用的数据电文, 视为符合法律、法规要求的书面形式»

Art. 4: « I messaggi di dati che possono esprimere in modo tangibile il contenuto in essi contenuto e che possono essere ritirati, controllati e utilizzati in qualsiasi momento, sono considerati conformi alla forma scritta richiesta dalle leggi e dai regolamenti».

⁵⁹⁶ SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 93.

⁵⁹⁷ WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], 477. Sul tema v. WENDY YAN, *The Electronic Signatures Law: China's First National E-Commerce Legislation*, in *China Law and Practice*, october 2004, disponibile on line al sito: <<http://www.chinalawandpractice.com/sites/clp/2004/10/01/the-electronic-signatures-law-chinas-first-national-e-commerce-legislation/>> (ultimo accesso 10.02.2020).

第七条: «数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用»。

Art. 7: «Un messaggio dati, usato come prova, non può essere rifiutato semplicemente perché creato, inviato, ricevuto o memorizzato nella forma elettronica, ottica o magnetica od in altre forme»

第八条: «审查数据电文作为证据的真实性, 应当考虑以下因素: (一) 生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性; (二) 保持内容完整性方法的可靠性; (三) 用以鉴别发件人方法的可靠性; (四) 其他相关因素»。

Art. 8: «Qualora si effettui l'esame della veridicità di un messaggio elettronico usato quale prova, devono essere presi in considerazione i seguenti fattori: i) l'affidabilità dei mezzi utilizzati per la generazione, la memorizzazione o la trasmissione del messaggio dati; ii) l'affidabilità dei mezzi utilizzati per il mantenimento dell'integrità del contenuto; iii) l'affidabilità dei mezzi per l'identificazione del mittente; iv) altri fattori correlati».

Con specifico riguardo all'*e-commerce*, una puntuale descrizione del fenomeno è nella Comunicazione n. 8 (2001) del Ministero del commercio: «L'*e-commerce* è un settore emergente basato sull'applicazione di informazioni tecnologiche e sulle domande di sviluppo economico che gioca un importante ruolo guidando la società verso uno sviluppo globale e sostenibile. L'*e-commerce* appartiene ad un'era di rapido sviluppo in Cina e la standardizzazione dell'*e-commerce* è di grande importanza al fine di facilitare la promozione di un modello di crescita economica per promuovere lo sviluppo economico e sociale»⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ *Shangwubu fabu «Disanfang dianzi shangwu jiaoyi pingtai fuwu guifan»*, Comunicazione n. 8 [2011] del Ministero del commercio inerente le norme di servizio di piattaforme per le transazioni *e-commerce* di terze parti (*Announcement No.8 [2011] of Ministry of Commerce-Service Norms for Third-party E-commerce Transaction Platforms*). Tale Comunicazione è stata modificata dalla Decisione n. 2 [2016] del Ministero del commercio inerente all'abolizione e alla revisione di determinati documenti normativi (*Decision of the Ministry of Commerce [2016] No. 2 on Abolition and Revision of Certain Rules and Normative Documents, Shangwubu ling 2016 nian dierhao – guanyu feizhi he xiugai bufen guizhang he guifangxing wenjian de jue ding*). La Decisione ha abolito il terzo paragrafo dell'art. 5 relativo ai certificati di registrazione delle imprese e alla registrazione fiscale e il primo paragrafo dell'art. 3 sulle registrazioni fiscali.

Il quadro normativo necessita di essere completato, integrato e sistemato a causa della pluralità delle fonti e della vaghezza delle disposizioni. Tale esigenza risulta già evidente da quanto disposto dal XII Piano quinquennale (2011-2015), in cui si afferma la necessità di accrescere in modo significativo il contributo che l'*e-commerce* può offrire all'economia nazionale, al fine di migliorare sensibilmente il livello dei servizi e di attirare in questo segmento di mercato una serie di aziende influenti a livello internazionale.

Che si tratti di una normativa destinata ad essere arricchita e aggiornata, è stato affermato dalla stessa dottrina cinese⁵⁹⁹.

La nuova Legge sull'*e-commerce* (电子商务法) è stata promulgata il 31 agosto 2018 ed è entrata in vigore il 1° gennaio 2019.

⁵⁹⁹ Cfr. QI AIMIN, WAN XUAN, ZHANG SUHUA, *Dianzi hetong de minfa yuanli* [Teoria del diritto civile sui contratti elettronici], Wuhan, 2009, 250-251; anche BEIJING DAXUE FALÜXI MINFA JIAOYANSHI (Dipartimento di diritto civile della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pechino), *Guanyu tongyi hetongfa cao'an de xiugai jianyi* [Suggerimenti per le modifiche alle bozze sull'unificazione delle leggi sui contratti], cit., 44.

Capitolo Quarto

Integrazione e interpretazione del contratto

SOMMARIO: Premessa – 1. Sull'integrazione. Il problema delle lacune contrattuali. Percorsi della dottrina – 2. Definizione e criteri di interpretazione del contratto. Percorsi della dottrina – 2.1 Definizione e criteri di interpretazione del contratto. Segue: percorsi della dottrina – 2.2 Segue: interpretazione e insegnamento giuridico

Premessa

Contenuto e forma del contratto, il primo nella sua dinamicità, la seconda nella sua tipologia, acquistano chiarezza e completezza alla luce di un'operazione ermeneutica. È nota la gradualità del procedimento ermeneutico, che segue un determinato ordine: accertamento dei fatti, interpretazione, rilievo di un preciso significato sia sul piano del fatto che su quello del diritto. Innanzitutto, acquista una sua valenza la nozione di interpretazione intesa come accertamento del significato giuridicamente rilevante dell'accordo contrattuale, quindi del contenuto sostanziale del contratto. Si constata come il diritto contrattuale di ogni ordinamento non prescinda dal momento logico-ermeneutico richiesto da particolari norme di legge e conclusivo dell'accordo contrattuale.

Introdotta per la prima volta in Cina nel corso della elaborazione della Legge unitaria e divenuto valore critico di costante riferimento della ricerca, il principio ermeneutico assume la funzione in primo luogo di individuare e colmare le lacune della normativa precedente, Tripode e *Principi generali*, in secondo luogo di sottoporre alla discrezionalità del giudice e degli organi arbitrali tutta una serie di modalità di intervento nei casi di controversie sul contenuto del contratto, infine di contenere la libertà del giudice nell'interpretazione. Sotto questo aspetto la Legge unitaria ha formulato diverse e numerose disposizioni sistematicamente valutate dalla dottrina. Precisi i quesiti affrontati: integrazione delle lacune; soggetti, criteri, oggetto, regole dell'interpretazione.

1. *Sull'integrazione. Il problema delle lacune contrattuali. Percorsi della dottrina*

I vari aspetti del problema sono affrontati da Cui Jianyuan con il chiarimento circa le lacune contrattuali: «La lacuna del contratto è la mancanza di elementi del contratto che dovrebbero essere stabiliti e che, diversamente, non sono presenti nel contenuto»⁶⁰⁰. Si indicano le cause che producono la lacuna: le parti non hanno fissato uno degli elementi necessari del contratto; le parti decidono di determinare un elemento del contratto successivamente alla sua conclusione; una parte degli elementi del contratto viene considerata non valida, perché in violazione dell'ordine o dell'interesse pubblico. Per le suddette lacune si propongono le seguenti regole integrative: la consultazione delle parti, la norma dispositiva, gli usi commerciali, il ricorso agli artt. 62 e 63 della Legge unitaria:

«当事人就有关合同约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担»。

«Se le parti hanno convenuto in maniera non chiara il contenuto relativo al contratto, e quest'ultimo non può neppure essere determinato sulla base dell'articolo 61 di questa legge, si applicano le seguenti disposizioni: 1) se la qualità richiesta non è definita chiaramente, si applicano i parametri fissati dallo Stato o quelli dei vari settori commerciali; in mancanza di tali parametri si seguono quelli ordinari oppure quelli specifici, conformi al fine proprio del contratto; 2) se il prezzo o la remunerazione non sono definiti chiaramente, si applica il prezzo di mercato del luogo di esecuzione praticato al momento in cui il contratto è stato concluso; qualora, in base alla legge, si debba applicare

⁶⁰⁰ CUI JIANYUAN (a cura di), *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 334-335.

il prezzo fissato o indicato dal Governo, ci si conforma a questo; 3) se il luogo di esecuzione non è definito chiaramente e l'adempimento consiste nella dazione di una somma di denaro, questo si esegue nel luogo in cui si trova la parte che deve ricevere il pagamento; in caso di consegna di immobili il luogo di esecuzione è quello in cui è situato l'immobile; in caso di altro oggetto, la prestazione è eseguita nel luogo in cui si trova la parte che deve adempiere all'obbligazione; 4) se il termine di esecuzione non è definito chiaramente, il debitore può adempiere in qualsiasi momento; anche il creditore può richiedere l'adempimento in qualsiasi momento, ma deve concedere al debitore il periodo di tempo necessario per la predisposizione all'adempimento; 5) se le modalità di esecuzione non sono definite chiaramente, si applica il metodo che risulta utile alla realizzazione dello scopo del contratto; 6) se l'onere delle spese di esecuzione non è attribuito in maniera chiara, questo è a carico del debitore».

«执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行».

«Se il prezzo fissato o indicato dal Governo, applicato nel contratto, viene rideterminato dal Governo, prima della scadenza del termine per la consegna convenuto nel contratto, il prezzo sarà calcolato con riferimento al tempo della consegna. Se il bene subisce un ritardo nella consegna, durante il quale il prezzo è aumentato, si applica il prezzo originario; se al contrario il prezzo è diminuito si applica il prezzo nuovo. Se vi è ritardo nel ritiro del bene o vi è ritardo nel pagamento, e nel frattempo il prezzo è aumentato, si applica il nuovo prezzo; se al contrario il prezzo è diminuito si applica quello originario».

Del resto, si sottolinea che, quando integrare le lacune del contratto fuori dalle ipotesi di cui all'art. 61 della Legge unitaria comporta il prescindere dalla volontà delle parti, non è necessario accertare la vera volontà delle parti, ma è sufficiente ipotizzarla, tenendo conto che l'integrazione deve comunque corrispondere all'interesse delle parti, nel rispetto del ruolo primario della buona fede quale fonte di integrazione del contratto.

In questa disciplina sorge il problema del rapporto tra norme non imperative (o dispositive) e integrazione; esso è discusso da Su Haopeng con una serie di ipotesi e di soluzioni: se la legge non ha previsto norme dispositive, si dovrà ricorrere all'interpretazione integrativa; se vi siano norme dispositive, queste dovranno utilizzarsi.

Nei seguenti casi l'interpretazione integrativa potrà essere utilizzata prima delle norme non imperative: qualora le parti abbiano stipulato un contratto tipico ma con alcune peculiarità, occorre utilizzare l'interpretazione integrativa onde garantire i reali interessi delle parti; qualora si tratti di contratto atipico o innominato, occorre colmare la lacuna attraverso l'interpretazione integrativa⁶⁰¹.

Sulle competenze del giudice nello svolgimento dell'attività integrativa, si precisa che egli può «perfezionare il contratto già esistente senza sostituirsi alle parti e, di conseguenza, senza dar vita ad un nuovo contratto»⁶⁰².

In particolare, secondo Chen Xiaojun, in mancanza di ogni altro criterio, si dovrebbe ricorrere a quelli noti di interpretazione: storico, oggettivo o secondo buona fede. A proposito delle norme non imperative, si segnala che il loro utilizzo non richiede che le parti ne siano a conoscenza, dal momento che esse operano *ope legis*. Si citano gli articoli della Legge unitaria relativi a tali norme: 61, 62, 139, 141, 145, 156, 160, 178, 179, 205 *et cetera*⁶⁰³.

Per un efficace compendio su tutta la problematica affrontata nel corso degli anni, sui punti nodali e sulle soluzioni avanzate pressoché all'unanimità dalla dottrina si ricorre al sostegno di Han Shiyuan⁶⁰⁴. Innanzitutto, si nota la distinzione netta tra la mancanza di clausole fondamentali e la nozione di lacuna contrattuale: «qualora manchino clausole fondamentali, quali la definizione del soggetto o dell'oggetto del contratto, il contratto deve considerarsi nullo o senza effetto. Il contratto che presenta lacune deve essere corretto per poter essere valido, ed integrato secondo le modalità descritte negli artt. 61 e 62 della Legge unitaria»⁶⁰⁵.

In realtà l'interpretazione contrattuale, secondo tali rilievi, registra solo due modalità: il recupero attraverso l'interpretazione contestuale e il recupero attraverso il riferimento alla prassi e alle consuetudini commerciali. Ancor più interessante l'indagine sull'attività di "interpretazione contrattuale per l'integrazione del contenuto", indagine svolta sul metodo da seguire perché siano colmate le lacune. Si chiarisce che cosa significhi nella pratica tale attività: a contratto già stipulato, allorché non siano definiti tra le parti accordi riguardo

⁶⁰¹ Cfr. SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 317.

⁶⁰² WANG LIMING, CUI JIANYUAN, *Hetongfa xin lun - zongze* [Nuova teoria del diritto dei contratti. Parte generale], cit., 488.

⁶⁰³ CHEN XIAOJUN (a cura di), *Hetongfa xue* [Diritto dei contratti], cit., 150-152.

⁶⁰⁴ V. HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 707-712.

⁶⁰⁵ *Ivi*, 707.

qualità, prezzo, remunerazione, luogo di adempimento, o tali accordi non risultino ben chiari, sicché non sia possibile risolvere il problema attraverso l'interpretazione classica del contratto né trovare un accordo tra le parti, art. 61 Legge unitaria, allora soltanto in questo caso il recupero di ciò che manca al contratto è affidato al tribunale popolare o all'organo arbitrale. È questa l'attività definita "interpretazione contrattuale per integrazione del contenuto", che mette in causa una questione di metodo su determinate sequenze: innanzitutto ipotizzare la volontà interna delle parti, cioè ipotizzare una ragionevole volontà desunta dalle consuetudini commerciali. Le ipotesi devono essere formulate sul principio di buona fede che, a sua volta, deve tener conto della prassi esistente in commercio, nell'intento di trovare un equilibrio tra gli interessi delle parti. Lo scopo di tale attività è essenzialmente quello di integrare il contenuto del contratto, non di aggiungere altri contenuti. Per questi motivi, affinché l'autonomia delle parti non sia violata occorre ricorrere a tale operazione solo in casi indispensabili.

Il giudice, nel momento in cui è chiamato a dirimere un contenzioso tra le parti, ha il compito di stabilire per prima cosa il contenuto del contratto, quindi di valutare i punti di contenzioso. Ciò risponde a quanto stabilito dall'art. 125 della Legge unitaria:

«当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。
合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释»。

«In caso di controversia sull'interpretazione delle clausole del contratto, il loro reale significato è determinato sulla base della terminologia usata nel contratto, delle altre clausole ad essa attinenti, dello scopo del contratto, degli usi commerciali e del principio di buona fede. Qualora il testo di un contratto utilizzi due o più lingue e ne sia stabilita la pari efficacia, le parole e le espressioni sono considerate come aventi identico significato. Se i testi usano una terminologia non uniforme essi devono essere interpretati in base allo scopo del contratto»,

mentre l'art. 61 della stessa si esprime per quanto concerne l'aggiunta di eventuali integrazioni. Sul dubbio, per altro già avanzato, relativo al rischio che l'intervento del giudice sia in contrasto con lo spirito di autonomia delle parti garantito dal diritto privato, questo può dissiparsi applicando alla lettera l'art. 61 della Legge unitaria:

«合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定»。

«Se le parti non hanno raggiunto un accordo in ordine alla qualità, al prezzo o alla remunerazione, al luogo di adempimento *et cetera* o lo hanno fatto in maniera non chiara, dopo che il contratto ha acquistato efficacia, possono accordarsi sulle relative integrazioni; se non è possibile raggiungere un accordo in ordine alle integrazioni del contratto, queste sono definite sulla base delle clausole contrattuali pertinenti o degli usi commerciali».

La rassegna qui svolta ha posto in grado di cogliere appieno fondamentali criteri di intervento sull'integrazione del contratto: alle parti è concesso il loro libero accordo, in virtù del principio di libertà contrattuale, fermo restando che il contratto sia già concluso, cioè che medesima sia la volontà delle parti sugli elementi principali; nel caso in cui le parti non raggiungano il previsto accordo occorre l'intervento del giudice che è tenuto ad attenersi agli usi commerciali; nel caso in cui i precedenti criteri siano inefficaci occorre richiedere l'applicazione degli artt. 61, 62 e 63 della Legge unitaria. Inoltre, qualora si verifichi una contraddizione tra gli usi commerciali e gli artt. 62 e 63, prevalgono gli usi commerciali, altrimenti in riferimento all'art. 125 della Legge, il giudice dovrà operare secondo buona fede.

2. Definizione e criteri di interpretazione del contratto. Percorsi della dottrina

Definizione e criteri di interpretazione occupano uno spazio considerevole nella contrattualistica cinese, a partire dal 1988, a ridosso delle prime leggi sul contratto e, con sempre maggiori approfondimenti, dopo la emanazione della Legge unitaria sino a tempi recentissimi.

Una visione d'insieme dei numerosi testi consultati induce a nodali considerazioni: l'interpretazione è concepita quale momento imprescindibile, con un suo particolare e fondamentale ruolo della pratica commerciale; problemi e questioni di vario spessore vengono via via affrontati con un'analisi allargata alle soluzioni adottate dagli ordinamenti stranieri, tedesco, francese e dal sistema anglosassone.

Come per tutti gli altri quesiti già affrontati, sin dal 1988 si accende il dibattito con le diverse argomentazioni dei noti autorevoli esperti, ad iniziare con le nuove teorie esposte da Wang Liming, Guo Mingrui, Fang Liufang.

Per costoro, confrontate le posizioni dei “paesi capitalisti” con le proprie, l’interpretazione deve, secondo una prima opinione, muoversi in due direzioni, quella “della volontà interna delle parti” e l’altra “della volontà manifestata all’esterno dalle parti”. Osservano che la prima fa prevalere il principio di libertà contrattuale, per cui l’interpretazione deve necessariamente “scoprire la vera volontà che le parti volevano manifestare”, un principio osservato nei paesi continentali. Si riportano quali esempi: l’art. 1188 del Codice Civile francese e il § 133 del BGB, rilevando tuttavia che il BGB, con il § 157, intende provvedere anche all’interpretazione della volontà manifestata all’esterno dalle parti, perché più idoneo criterio alla garanzia del commercio e alla protezione dei terzi. Si tratta, dunque, del distinguo tra i due essenziali criteri, soggettivo e oggettivo, che l’ordinamento cinese correttamente utilizza: il primo, come principio; il secondo, come ausilio⁶⁰⁶. In seguito, la Legge unitaria fisserà il principio di interpretazione come punto di riferimento di tutta la normativa del contratto, sollecitando la dottrina a contributi più consistenti e insistenti soprattutto sul criterio di interpretazione.

Diversi ed estesi i chiarimenti esposti da Cui Jianyuan⁶⁰⁷: stabilendo che l’interpretazione del contratto deve riconoscersi nell’analisi e nella spiegazione del suo contenuto e degli altri documenti ad esso relativi, l’autore individua gli aspetti da cui non è possibile prescindere, il soggetto e l’oggetto dell’interpretazione del contratto. Rispetto al primo in senso ampio, chiunque può essere idoneo all’interpretazione: le parti coinvolte e, nel caso di controversie, i giudici, l’arbitro, i testimoni e le associazioni a tutela dei consumatori; in senso stretto, i soggetti possono essere soltanto il giudice e gli organi arbitrali. In genere, l’interpretazione del soggetto inteso in senso ampio è considerata d’ausilio a quella adottata dal giudice o dagli organi arbitrali, cui va attribuito valore legale; con una tesi possibilista si confuta tale convinzione, ritenendo che debba attribuirsi valore legale anche all’interpretazione ‘ausiliaria’⁶⁰⁸.

Relativamente all’oggetto dell’interpretazione, ovviamente diverso a seconda del tipo di contratto, si indicano: le parole non chiare o contraddittorie; la vera volontà delle parti; gli elementi mancanti; il contenuto non conforme alla legge. I criteri sono dedotti dall’art. 125 della Legge unitaria⁶⁰⁹.

La dottrina⁶¹⁰ così distingue e definisce i criteri: i) il criterio letterale in-

⁶⁰⁶ WANG LIMING, GUO MINGRUI, FANG LIUFANG, *Minfa xin lun (Xia)* [Nuova teoria del diritto civile, vol. II], cit., 393.

⁶⁰⁷ V. CUI JIANYUAN (a cura di), *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 344-373.

⁶⁰⁸ *Ivi*, 351-352.

⁶⁰⁹ *Ivi*, 353.

⁶¹⁰ Cfr. gli autori cinesi citati nelle note che seguono.

duce a prendere in considerazione il significato della singola parola utilizzata, quello vigente al momento della stipula del contratto; ii) il criterio sistematico consiste nell'interpretazione di tutti gli elementi del contratto, nella reciproca connessione all'interno dell'intero contenuto, che è da ritenersi onnicomprensivo nei casi più diversi⁶¹¹; iii) il criterio teleologico valuta il fine nelle due possibili fondamentali caratteristiche: scopo astratto e scopo concreto; il primo inteso quale aspettativa delle parti nel dare assetto ai propri interessi, il secondo quale scopo concreto e conclusivo che le parti intendono realizzare. Nei confronti degli altri criteri, il teleologico assume una maggiore valenza sul piano pratico: se l'interpretazione sistematica o quella in base agli usi commerciali sono divergenti da quella teleologica prevale quest'ultima; iv) l'interpretazione secondo gli usi commerciali utilizza quale parametro il reiterato comportamento delle parti in determinati tempi, in determinati territori e a determinate condizioni. Il principio assai diffuso nell'attività commerciale internazionale è, infatti, adottato dagli artt. 1191 e 1192 del Codice Civile francese e dal § 157 del BGB⁶¹². Si segnalano le due condizioni che consentono l'utilizzo di tale parametro: l'effettiva esistenza dell'uso commerciale deve essere provata dalla parte che lo richiede; l'uso deve essere conforme alle norme imperative. L'uso commerciale, allorché conosciuto dalle parti, prevale sulle norme derogabili. Ma, allorché non conosciuto, prevalgono quest'ultime: in tal senso si esprimono gli artt. 60, 61 e 62 della Legge unitaria.

Sull'applicazione dell'uso commerciale si impone la distinzione tra uso generale e uso particolare, il primo utilizzato in tutto il paese o in tutto il settore dell'attività commerciale, il secondo operante in un determinato territorio o settore tra un determinato gruppo di persone. Al problema su quale dei due usi debba essere applicato, la dottrina risponde con tre diverse soluzioni: i) applicazione dell'uso commerciale particolare nel caso in cui una parte, a conoscenza di tale uso, al momento della stipula del contratto

⁶¹¹ V. art. 1189 Code civil: «Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci»; art. 1363 Cod. civ. it.

⁶¹² §157 BGB: «I contratti devono essere interpretati come richiesto dalla buona fede nel rispetto degli usi del traffico», in *Codice civile tedesco*, trad. e presentazione a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

Art. 1159 Code civil: «Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé».

Art. 1160 Code civil: «On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées».

o successivamente, ne dia comunicazione all'altra e questa sia consenziente; ii) applicazione dell'uso commerciale particolare qualora, pur non avendo una parte conoscenza di tale uso, datane comunicazione all'altra, questa possa tuttavia normalmente venirne a conoscenza; iii) applicazione dell'uso commerciale generale nel caso in cui la parte non possa venirne a conoscenza.

Sui punti fin qui esaminati sono tracciate le linee-guida della ricerca più recente impegnata nel riassetto e nell'aggiornamento della materia. Su Haopeng interviene decisamente sulla definizione di interpretazione, nella convinzione che si debba innanzitutto precisare se l'operazione che accerta il significato giuridicamente rilevante dell'accordo contrattuale sia da intendersi in senso ampio o in senso stretto: la prima comprende l'interpretazione delle parole, degli elementi del contratto e l'integrazione dello stesso; la seconda la sola interpretazione delle parole e degli elementi del contratto. Da tale necessaria precisazione l'autore prende le mosse per descrivere l'impiego dell'interpretazione in senso ampio nella Legge unitaria. Passi salienti riguardano il criterio di interpretazione letterale e di buona fede: si sostiene che l'interpretazione del contratto esige in prima istanza il metodo dell'interpretazione letterale che ricerca il significato della parola per scoprire la reale volontà delle parti. All'interessante quesito, ossia a quale fonte interpretativa attenersi, la risposta privilegia le parti e, in secondo luogo, in caso di disaccordo, l'intervento di un terzo.

Il criterio di interpretazione secondo buona fede, previsto come ultimo dall'art. 125 della Legge unitaria, è considerato come il più idoneo ad individuare equamente i diritti e i doveri dei contraenti a garanzia della parte più debole, ad esempio il consumatore⁶¹³.

Sul soggetto e sull'oggetto dell'interpretazione si concentra l'intervento di Wang Liming e Cui Jianyuan per puntualizzare tesi precedenti.

A proposito del soggetto, nella valutazione delle diverse e opposte opinioni, secondo cui in senso ampio l'interpretazione del contratto consiste nella spiegazione del contenuto, oppure in senso stretto nella decifrazione disposta dal tribunale popolare o da altro organo arbitrale, gli autori esprimono una convinzione lontana da ogni possibilismo del diritto civile cinese: «la vera interpretazione è unicamente quella che proviene dal tribunale popolare o dagli organi arbitrali coinvolti»⁶¹⁴.

In questo senso l'interpretazione rappresenta lo strumento a disposizione del tribunale o dell'organo arbitrale per determinare correttamente e a norma

⁶¹³ Cfr. SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 320.

⁶¹⁴ WANG LIMING, CUI JIANYUAN, *Hetongfa xin lun - zongze* [Nuova teoria del diritto dei contratti. Parte generale], cit., 472.

di legge il contenuto del contratto, ed è l'unico tipo di interpretazione vincolante. A proposito dell'oggetto, se ne ribadisce la diversità in funzione delle patologie rinvenute nel contratto: parole ed espressioni non chiare, contraddizioni all'interno del contratto, manifestazione della volontà delle parti non corrispondente a quella reale, lacune contrattuali, contenuto non conforme a disposizioni di legge, inoltre gli elementi ausiliari, le abitudini e gli usi commerciali, altri documenti scritti od orali, i comportamenti delle parti *et cetera*.

Nell'altra, a noi molto nota monografia⁶¹⁵, Wang Liming propone al primo posto la definizione di interpretazione con più articolate argomentazioni: l'interpretazione è quel processo attraverso il quale il giudice o l'arbitro fornisce una spiegazione specifica del contenuto, dal momento che di per sé l'interpretazione esige, a norma di legge, tutta una serie di principi e modalità per determinare i diritti e i doveri delle parti. Nel tracciare le due fasi del processo – verifica sulla conclusione, vale a dire sull'efficacia o meno del contratto, e determinazione del contenuto – si evidenziano concordanze e divergenze della dottrina.

Sulla verifica si concorda, in linea di massima, che l'interpretazione debba intervenire a contratto già concluso; in caso contrario, si prevede l'intervento del giudice o dell'arbitro a garanzia del rispetto del principio generale posto a salvaguardare e incoraggiare il commercio.

Sulla determinazione del contenuto si riferiscono due diverse posizioni teoriche: la prima ritiene indispensabile l'applicazione delle disposizioni dell'art. 125, comma 1 e comma 2 della Legge unitaria, applicazione necessaria allorché sorga una controversia tra le parti su un singolo elemento del contratto; la seconda, non meno autorevole, considera non necessaria tale applicazione qualora si accerti che la controversia è generata da un interesse particolare delle parti, ad esempio il disaccordo sull'interpretazione del numero dei giorni comprensivi di una settimana lavorativa, se cinque o sette.

Rispetto alle tesi precedentemente avanzate, pienamente confermate sui soggetti dell'interpretazione del contratto, può proporsi la seguente sintesi: il contratto è, in ogni caso, frutto della volontà delle parti, né il giudice può sostituirsi ad essa. Sui criteri di interpretazione, elencati nel noto ordine, il primo rilievo riguarda il criterio dell'interpretazione letterale, per il quale si rimanda all'art. 41 della Legge unitaria, rimarcando l'opportunità che tale operazione sia compiuta da "persona ragionevole" che potrebbe riconoscersi nell'equivalente noto concetto del diritto romano del "*bonus pater familias*".

⁶¹⁵ V. WANG LIMING, *Hetongfa yanjiu*, I [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], cit., 409-415.

Sul secondo criterio, quello dell'interpretazione teleologica, si deduce ad esempio che, nel caso in cui vi sia un dubbio sulla validità o invalidità, l'interpretazione deve propendere per la prima, in funzione dello scopo astratto del contratto. Sono suggerite indicazioni di metodo, volte alla salvaguardia e all'incremento del commercio, tra le più mirate, e a carattere essenzialmente pragmatico: scopo di cui tener conto deve essere quello stabilito al momento della stipula del contratto; nel caso in cui lo scopo non risulti ben chiaro è possibile tener conto dello scopo già manifestato all'esterno da una parte, del quale l'altra parte avrebbe potuto essere a conoscenza.

Anche per il terzo criterio, quello dell'interpretazione sistematica, adibito all'accertamento di tutti i documenti relativi agli elementi del contratto, vengono di seguito indicate regole specifiche: i) se nella stipula del contratto le parti utilizzano più lingue, tutte possiedono la medesima forza ed efficacia (art. 125 Legge unitaria); ii) se le parti aggiungono nel contratto elementi particolari, questi prevalgono su quelli generali; iii) se sopraggiungono elementi scritti a mano, questi prevalgono su quelli già stampati; iv) se nel contratto sono presenti numeri arabi e numeri scritti a lettere ed esiste contraddizione, prevale il numero scritto a lettere perché più difficilmente modificabile; v) se nel contratto esistono più elementi che manifestano un medesimo significato, si deve utilizzare l'elemento più chiaro.

Quarto e ultimo, il criterio di interpretazione secondo buona fede è concepito come *ultima ratio* cui ricorrere nel caso in cui tutti gli altri criteri risultino non utilizzabili, in riferimento agli artt. 60 e 125 della Legge unitaria. È un criterio questo, si osserva, che, pur valendo come principio astratto, interpreta elementi insiti nella realtà contrattuale: posto alla fine dell'attività ermeneutica, esso è di esclusiva pertinenza del giudice che è chiamato a mantenere l'equilibrio tra gli interessi contrapposti delle parti, le quali, a loro volta, sono tenute all'osservanza dell'esito⁶¹⁶.

Si apprezzano e si riconoscono in pieno i meriti del legislatore cinese nell'elaborare una normativa metodica ed esaustiva: la Legge unitaria ha, per la prima volta, disciplinato il sistema di interpretazione del contratto, non solo recuperando il vuoto legislativo relativo all'interpretazione, ma anche offrendo ai tribunali e agli organi arbitrali il principio-base di interpretazione, per risolvere numerose controversie.

2.1 *Definizione e criteri di interpretazione del contratto. Segue: percorsi della dottrina*

Sulla necessità dell'interpretazione del contratto esiste una nota ricerca

⁶¹⁶ *Ivi*, 435, 440, 444 e 445.

dal carattere innovativo di Chen Xiaojun⁶¹⁷, in cui alle prevalenti argomentazioni teoriche si sostituisce un'analisi pragmatica e paradigmatica, basata sul quotidiano della realtà cinese.

L'inconfutabilità di tale posizione è dimostrata attraverso un semplice esempio: il sig. A e il sig. B, parti di un contratto, si trovano nel bel mezzo di una controversia sull'estinzione di un debito, a causa dell'ambiguità del documento da loro sottoscritto, ambiguità scaturita dalla natura della lingua cinese. Si sottolinea quest'ultimo problema: «Nel nostro paese, la pluralità di significati di un medesimo ideogramma può facilmente trarre in inganno nella sua decifrazione in un determinato diverso contesto»⁶¹⁸, per cui l'attività ermeneutica è chiamata in Cina ad assolvere comunque e dovunque una reale funzione primaria.

Si indicano particolari aspetti relativi all'oggetto dell'interpretazione e si esprimono tesi e risoluzioni su ognuno di questi sulla conclusione del contratto, sull'efficacia, sul tipo del contratto, sull'interpretazione degli elementi taciti. Infine si sostiene che il contratto debba considerarsi concluso a condizione che vi sia la proposta e l'accettazione, vi siano due o più parti contrattuali e la volontà delle parti sugli elementi del contratto sia la medesima.

Sulla validità, si sostiene che il contratto debba considerarsi valido a condizione che sia concluso a norma di legge, i soggetti abbiano la capacità di stipulare il contratto, i rappresentanti abbiano i legittimi poteri per stipulare il contratto, le parti abbiano manifestato la reale volontà e il contenuto del contratto non violi la legge.

Sul tipo di contratto, si sostiene che questo debba essere individuato attraverso l'interpretazione, nel momento fondamentale dell'attività ermeneutica, quello dell'esatta decifrazione delle parole. Sugli elementi taciti si sostiene che questi possano e debbano dedursi dagli elementi espliciti e dal comportamento delle parti per i seguenti motivi: gli elementi taciti sono necessari alla formazione del contratto; senza la deduzione degli elementi taciti il contratto non può realizzare pienamente il proprio scopo; gli elementi taciti possono derivare dagli usi commerciali di ogni settore o dagli usi acquisiti tra le parti. La deduzione di tali elementi è, in ogni caso, affidata al giudice⁶¹⁹.

Si segnalano le più recenti pubblicazioni della dottrina, per verificare la continuità del dibattito, per indicare superamenti e precisazioni nei confronti di precedenti posizioni teoriche e, in un certo senso, per rilevare punti

⁶¹⁷ V. CHEN XIAOJUN (a cura di), *Hetongfa xue* [Diritto dei contratti], cit., 188-189.

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 699-700: «L'interpretazione contrattuale ha lo scopo di cercare l'autentica volontà delle parti».

di approdo. Su questo momento fondamentale della prassi e della teoria del diritto dei contratti si concentra la speculazione di Li Yongjun che, esposte le tesi di scuole di pensiero divergenti, sostiene dialetticamente le proprie convinzioni. Alle domande dettagliate e concrete: «Che cosa è l'oggetto dell'interpretazione contrattuale? Riguarda tutti gli articoli del contenuto del contratto oppure gli articoli in cui si presentano incomprensioni? [...] Se le parti non manifestano contrasti nell'esprimere le clausole del contratto, quale l'utilità di interpretarle?», la seguente testuale risposta: «Ritengo che oggetto dell'interpretazione contrattuale riguardi soltanto gli articoli in cui possa esservi pericolo di controversia [...]. Certamente anche gli altri articoli possono essere utilizzati come riferimento per l'interpretazione contrattuale, ma non ne costituiscono l'oggetto. Qualora si permetta al giudice di interpretare anche gli articoli che non manifestano controversie, si configura un abuso di potere dal momento che gli si consente di sostituirsi alle parti nel determinare il contratto»⁶²⁰.

Dall'analisi dell'oggetto dell'interpretazione si evincono due distinte modalità: la prima relativa all'interpretazione degli articoli da sottoporre all'esame di un giudice, la seconda relativa alla possibilità di integrazione di eventuali lacune.

Questi sarebbero gli scopi dell'interpretazione: chiarire e precisare la manifestazione della volontà delle parti, qualora risulti ambigua in conformità a quanto stabilito dal diritto civile; integrare il contenuto per colmarne le lacune⁶²¹.

In ultimo, sull'argomento, la trattazione di Han Shiyuan, a ben ragione considerata attualmente la più accreditata, si presenta con un solido impianto teso a porre un punto fermo alle varie questioni giuridiche e a sgomberare il campo da ulteriori supposizioni. Precisazioni di sicuro rilievo partono dallo scopo dell'interpretazione: acclarato che sia quello di «identificare l'autentica volontà delle parti come fissato nel § 133 del BGB, nell'art. 98 del Codice Civile di Taiwan e nell'art. 125, comma 1 della Legge unitaria»⁶²², subentra il problema del parametro da utilizzare per identificarla. Si rimettono in discussione le antitetiche posizioni della dottrina sulle modalità da adottare: la soggettiva, relativa all'intenzione interna delle parti, e l'oggettiva, relativa alla manifestazione esterna posta in essere.

⁶²⁰ Cfr. LI YONGJUN, *Hetongfa* [Diritto dei contratti], cit., 472-473, ove si circoscrive l'attività ermeneutica soltanto agli articoli oggetto di controversia, onde limitare l'attività di intervento sul contenuto contrattuale.

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 699.

In riferimento al comma 1 dell'art. 125 della Legge unitaria, si evidenziano due aspetti che emergono dall'espressione "determinare il reale significato" delle clausole contrattuali: «il primo, dare al reale significato la giusta enfasi; il secondo, stabilire con chiarezza il reale significato delle clausole contrattuali»⁶²³.

Qui il sottile distinguo: «Nell'interpretazione contrattuale lo scopo non è tanto quello di comprendere la vera volontà di chi manifesta le intenzioni contrattuali, ma di identificare il significato recepito dalla controparte [...]. Solo se sussiste l'accordo di entrambe le parti tale volontà può assumere significato definitivo al fine di valutarne gli interessi. Pertanto, per autentica volontà si intende quella manifestata, non la volontà interna non manifestata. Infatti, l'art. 125 della Legge unitaria stabilisce che per vera volontà deve intendersi non solo la volontà di una parte ma quella di entrambe le parti»⁶²⁴.

Il giurista tocca, dunque, uno dei nodi centrali del problema del *contrahere negotium*⁶²⁵, la cui prerogativa essenziale si ritiene dal diritto cinese consistere in prevalenza nel *consensus*⁶²⁶.

Gli interventi di Han Shiyuan sull'interpretazione, sviluppati in modo diversamente articolato nelle tre successive edizioni – 2004, 2008, 2011 – dello stesso testo, sono da valutare attentamente, e non solo per gli argomenti specifici di forte rilievo, ma anche per coglierne appieno gli elementi di tensione che essi introducono nell'ambiente accademico cinese, potenzialmente idonei a sfociare in accese polemiche tra le divergenti scuole di pensiero⁶²⁷.

Partendo dal particolare, lo studioso propone «una teoria dell'interpretazione civilistica» come categoria a sé, diversa per le proprie funzioni dalla

⁶²³ *Ivi*, 700.

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ L'uso in questa sede dell'espressione *contrahere negotium* è consapevolmente provocatorio per richiamare l'attenzione del lettore sul fatto che la nozione cinese di contratto, come abbiamo visto *supra* pp. 77 ss. è diversa da quella del diritto civile italiano e corrisponde maggiormente a quella romanistica di fonte di obbligazione a carattere consensuale. D'altra parte, sarebbe troppo stretto in questo luogo parlare semplicemente di *contrahere obligationem*. Mi pare, tuttavia, interessante notare come da un lato la scienza giuridica cinese presuppone, dietro la figura del contratto, l'esistenza di un effettivo accordo delle parti e, dall'altro come nelle fonti romane l'espressione *contrahere negotium* tenda a ricorrere in ipotesi nelle quali il giurista romano si trovi ad esaminare se una figura contrattuale sia accompagnata dall'effettivo consenso delle parti sostanziali. Es: D. 46. 3. 35 (Alf. 2 dig. a Paul. ep.); D. 12.1.32 (Cel. 5 dig.); D. 12. 6. 33 (Iul. 39 dig.); D. 44. 7. 57 (Pomp. 36 ad Quintum Mucium) e così via. Per gli altri passi cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, t. I, Berolini, 1903, col.1004.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ A proposito si veda quanto prima osservato in HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., prefazioni edizione 2008 e 2011.

«teoria della legislazione»: la prima, infatti, si sviluppa attraverso l'interpretazione sia della normativa in vigore che di quella in fase di elaborazione o di revisione; la seconda ruota intorno a progetti su schemi normativi, al fine di «guidare e influenzare la pratica della legislazione civile».

Dall'indispensabile punto di partenza, le fasi del procedimento di interpretazione: i) puntuale ricognizione delle basi su cui poggia il diritto civile cinese; ii) approfondita conoscenza del sistema giuridico civilistico in atto in Cina, quindi della normativa attuale nei diversi settori; iii) verifica se la normativa vigente sia in grado di garantire al giudice l'applicazione della norma per ogni caso particolare; iv) mirato intervento della dottrina sullo specifico vuoto legislativo.

Per ogni singolo problema, e questo è il suggerimento conclusivo, occorre non perdere mai di vista il contesto complessivo. Al di là di quanto da lui segnalato sulla differenza fondamentale tra le due teorie, della interpretazione e della legislazione, Han Shiyuan esorta la dottrina ad una maggiore libertà, sì che lo studioso possa «spaziare, sviluppare idee senza restrizioni, a patto che siano ragionevoli e giustificabili [...]»; ognuno può esprimere la propria opinione, senza necessariamente insistere su una visione condivisa, un pensiero comune»⁶²⁸.

Va da sé, questo è il mio partecipe intervento, frutto di esperienza, che le suddette precise indicazioni sono preziose e costruttive per chiunque si cimenti sul terreno piuttosto impervio di una trattazione al riguardo. Qui tuttavia interessano altre conclusioni del giurista che, prescindendo dalle argomentazioni più attinenti al tema, si riferiscono all'intero contesto con inusitato accento polemico. A proposito della esigenza di maggiore libertà, come sopra affermato, è dato di rilevare che Han Shiyuan in genere disapprova la tendenza della dottrina cinese all'uniformità, alla conformità al modello, ad un modello straniero, quasi intenda provocare gli studiosi ad un impegno più originale⁶²⁹.

2.2 *Segue: interpretazione e insegnamento giuridico*

Nel concludere i suoi contributi sull'interpretazione, il discorso di Han Shiyuan si sofferma sulla formazione giuridica attuale in Cina che egli giudica piuttosto carente a partire dall'insegnamento: «se gli insegnanti sono confusi, gli studenti sono confusi e, influenzati dalla loro confusione, diffi-

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ *Ibid.*

cilmente diverranno esperti di legge qualificati»⁶³⁰.

Anche l'accademico cinese è preoccupato, percepisce errori e responsabilità della sua generazione nella modalità della formazione di quella futura e mette in guardia severamente: «se la maggior parte di coloro che educano alla formazione giuridica nel nostro paese è costituita da “teorici sulla carta”, allora la stessa formazione è in serio pericolo»⁶³¹. L'accento polemico è direttamente indirizzato ai cattivi maestri che, lungi dal sentirsi parte in causa, preferiscono sferrare critiche generiche nei confronti della legislazione cinese, «preferiscono dire che il diritto cinese non va bene, non esiste, o che è carente, non paragonabile al diritto straniero»⁶³².

È questa la causa, si avverte, della contestazione dei giovani universitari che «puntano il dito contro il potere dello Stato, con fare di veemenza»⁶³³, e anche dello scarso rispetto verso «il metodo di apprendimento della legge [...] il cui percorso deve iniziare dalla teoria dell'interpretazione»⁶³⁴. Pertanto il tema dell'interpretazione torna al centro, divenendo il punto focale di tutta la legislazione sul contratto, e non solo sul contratto.

Su tale conclusione si concorda perfettamente, anche perché si constata che il procedimento seguito per strutturare interamente questo mio lavoro coincide pienamente con la metodologia descritta nel dettaglio dal giurista cinese. Infatti, proprio nell'ambito di un'intelligente operazione ermeneutica, è possibile individuare e assegnare ruoli e funzioni ad ogni esperto di legge, secondo le rispettive competenze: al legislatore di fissare la legge, al giurista di intervenire con i contributi della dottrina, al giudice di garantire l'applicazione della legge. Questi ruoli risultano evidentemente distinti, ma prevedibilmente correlati in un sillogismo *sui generis* tra *ius*, *prudentia* e *iurisprudentia*.

Appare opportuno concludere il capitolo con una valutazione complessiva. Dal punto di vista legislativo, integrazione e interpretazione del contratto ruotano attorno a due momenti fondamentali. Da un lato, la mancanza di accordo riguardante alcuni elementi del contratto, nonostante che il contratto ha acquisito efficacia (art. 62 della Legge unitaria): su questo punto la dottrina tende concordemente a salvaguardare la volontà delle parti come fonte primaria in ordine alle integrazioni necessarie al contratto. Divergenze nella dottrina emergono solo se il procedimento di integrazione o interpretazione sugli

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ *Ibid.*

elementi contrattuali per i quali è mancato l'accordo si rende necessaria a prescindere dalla volontà delle parti.

Da un altro lato, l'insorgere di una controversia in base all'art. 125 della Legge unitaria sulla interpretazione delle clausole contrattuali. Come abbiamo visto, in questo campo il dibattito della dottrina è articolato e ampio. Si segnala la particolare attenzione con la quale gli studiosi distinguono fra soggetti e oggetto dell'interpretazione. Infine, l'art. 62 della Legge unitaria pone il caso in cui il contenuto di un contratto presenti lacune non colmabili con il criterio della volontà delle parti ex. art. 61, indicando legislativamente i principali criteri di determinazione del contenuto lacunoso. Il principio che accomuna legislatore e dottrina è un principio di economia e di salvaguardia della sicurezza dei commerci: la volontà contrattuale deve essere, ove possibile, salvata massimizzando l'efficacia del contratto.

Capitolo Quinto

Invalidità del contratto

SOMMARIO: Premessa – 1. Nullità del contratto – 2. Sulla violazione dell'interesse pubblico: cause di nullità del contratto. Contributi della dottrina – 3. Sull'annullabilità del contratto. Percorsi della dottrina

Premessa

Il percorso fin qui svolto può essere opportunatamente avviato alla conclusione con l'esame della teoria dell'invalidità del contratto nella legislazione e nella dottrina della Cina attuale.

Capitolo conclusivo, dunque questo, riservato alla disciplina dei casi di invalidità del contratto, dalle prime disposizioni sino alle definitive della Legge unitaria, con un rilievo da tener costantemente presente: nella sua interezza e complessità la Legge sui contratti della RPC è “naturalmente” finalizzata alla validità di ogni contratto (principio di conservazione), soprattutto per quel che riguarda l'interesse pubblico, la salvaguardia dei beni dello Stato e la promozione del commercio. Si tratta in realtà del principio fondamentale, inespresso nelle *Disposizioni generali*, ma emergente dallo spirito che impronta tutti gli altri principi.

Si è prevista una sintetica rassegna critica sui due aspetti precipui dell'invalidità del contratto: nullità e annullabilità, sintetica e spedita anche perché la stessa dottrina sino all'attualità non va molto oltre l'esplicazione degli articoli di legge e la considerazione dei progressi raggiunti nelle modalità elaborate dalla legislazione vigente. In ogni paragrafo è riservato adeguato spazio a rilievi, contributi e interpretazioni che la dottrina ha via via espresso nei diversi tempi delle fasi legislative.

1. Nullità del contratto

La disciplina dei casi di invalidità del contratto⁶³⁵ nella prima legge del Tripode mirava a rilevare e sanzionare i soli casi di determinati contratti economici nell'art. 7: «Sono nulli i seguenti contratti economici: i) i contratti che violano la legge, la politica ed i piani statali; ii) i contratti firmati e conclusi con dolo, minaccia *et cetera*; iii) i contratti firmati e conclusi dal rappresentante che ha ecceduto i limiti del mandato oppure i contratti firmati e conclusi in nome del rappresentante con se stesso oppure con altre persone che lui rappresenta; iv) i contratti economici che violano gli interessi dello Stato oppure l'interesse pubblico. I contratti economici nulli non hanno forza legale vincolante dal momento della conclusione. Se la nullità di una parte del contratto economico non influenza gli effetti della restante parte, questa rimane valida. Il diritto di conferma del contratto economico nullo appartiene all'organo amministrativo in materia contrattuale (*hetong guanli jiguan* 合同管理机关) o al tribunale popolare».

I *Principi generali* del 1986 accanto ai suddetti casi di nullità, per la prima volta nell'art. 59 prevedevano, e tuttora prevedono, casi di annullabilità; nell'art. 60, comma 1, fissano la regola relativa alla nullità parziale dell'atto civile, per cui qualora solo una parte del negozio risulti nulla, senza influenzare gli effetti delle altre parti, queste continuano ad essere valide:

第五十条: «下列民事行为, 一方有权请求人民法院或仲裁机关予以变更或者撤销: (一) 行为人对行为内容有重大误解的; (二) 显失公平的。
被撤销的民事行为从行为开始起无效»

Art. 59: «Ogni parte ha il diritto di richiedere al tribunale popolare o alle istituzioni arbitrali di modificare o annullare i seguenti atti civili: 1) quelli in cui il soggetto ha frainteso in modo sostanziale il contenuto dell'atto; 2) quelli che sono manifestamente iniqui. I negozi civili che sono stati annullati sono nulli dal momento in cui sono stati posti in essere».

第六十条: «民事行为部分无效, 不影响其他部分的效力的, 其他部分仍然有效»

⁶³⁵ Per quanto concerne i legami fra le conoscenze attuali in tema di invalidità negoziale nel diritto romano e la legislazione cinese in materia, rinvio alle mie osservazioni *supra* pp. 138-140.

Art. 60: «Ove una parte dell'atto civile sia nulla, ma ciò non influenzi la validità delle altre parti, queste rimangono valide».

Messo in moto il meccanismo della ricerca, nella delicata fase di elaborazione legislativa su questo problema di importanza straordinaria, si distinguono tesi in netta contrapposizione, frutto di precisi schieramenti ideologici che rendono difficile e tutt'altro che lineare il cammino verso una normativa definitiva. Infatti, si misurano le pressioni degli organi amministrativi, favorevoli al mantenimento di un ampio controllo sul diritto dei contratti, sulle aperture della più moderna scuola di diritto, avviata ad una visione più liberale e progressista dell'intero ordinamento.

La più giovane generazione di giuristi operanti tra il XX e il XXI secolo condannava severamente le disposizioni del Tripode sull'invalidità del contratto, ritenute «prodotto dell'arretratezza della legislazione, dell'incapacità della legge di regolamentare la società, e in genere dell'arretratezza del pensiero giuridico»⁶³⁶, quindi non più compatibili con le iniziative e le attese del nuovo programma economico della RPC: «Le regole relative alla nullità del contratto, stabilite dalle tre precedenti leggi e dai Principi generali del diritto civile presentano un ambito troppo ampio, prestando eccessiva attenzione all'assetto degli scambi e trascurandone l'incoraggiamento. La legge definitiva sui contratti dovrebbe, soprattutto, disciplinare in modo rigoroso le condizioni di nullità del contratto»⁶³⁷.

⁶³⁶ CUI JIANYUAN (a cura di), *Xin hetongfa yuanli yu anli pingxi*, I [Fondamenti della nuova Legge sui contratti e analisi dei casi, vol. I], Jilin, 1999, 167. Si v. anche *Quanguo renda falü weiyuanhui guanyu Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa (Cao'an) youguan wenti de shuoming* [Spiegazione della Commissione legislativa dell'Assemblea Popolare Nazionale Cinese su alcuni problemi relativi alla bozza della Legge sui contratti], documento esaminato dalla quinta sessione del Comitato Permanente della IX Assemblea Popolare Cinese il 22 ottobre 1988 (*1988 nian 10 yue 22 ri jiujié quanguo renda changweihui diwuci huiyi*). Sul miglioramento del sistema di nullità dei contratti economici v. GUO YUYUAN, *Wanshan jingji hetong wuxiao zhidu de ruogan sikao* [Rilievi riguardo al perfezionamento del sistema di nullità dei contratti economici], in *Faxue* [Legal Science Monthly], XI, 1992, 43-45. Sull'argomento v. anche CHOU JINGRONG, *Shi lun wuxiao hetong* [Sulla nullità del contratto], in *Zhengfa luntan - Zhongguo zhengfa daxue xue bao* [Tribune of Political Science and Law. Journal of China University of Political Science and Law], V, 1992, 48-63; WANG WEIGUO, *Lun hetong wuxiao zhidu* [Il contratto nullo], in *Faxue yuanyiu* [Chinese Journal of Law], III, 1995, 11-24; WANG LIMING, *Lun lixing buneng* [Adempimento impossibile], in *Fashang yanjiu - Zhongnan zhengfa xueyuan xuebao* [Studies in Law and Business], III, 1995, 33.

⁶³⁷ YANG LIXIN, ZHANG SHAOFENG, *Guanyu zhiding tongyi hetongfa zhong de jige wenti*

La progettazione della disciplina sull'invalidità rispecchiava in modo non approssimativo le tendenze ideologiche e l'evoluzione della cultura e della sensibilità giuridica cinese in contatto ormai aperto con il resto del mondo.

La *Shinigao*, nel Capitolo terzo relativo agli *Effetti del contratto*, distingueva in sezioni le regole riguardanti il *Contratto nullo*, Sezione Seconda, le *Modifiche degli effetti del contratto*, Sezione Terza, il *Contratto annullabile*, Sezione Quarta.

La *Zhengqiu yijian gao* e la *Cao'an* proponevano una disciplina meno complessa e più duttile, riconosciuta come segno del progresso che l'ordinamento cinese si accingeva a compiere: «La pluralità relativa agli effetti del contratto riflette la ricchezza e la complessità della vita sociale ed il rafforzamento della capacità della legge di regolamentare la società, dimostrando il progresso giuridico»⁶³⁸. Prendeva intanto corpo l'idea della nullità parziale, effetto già contemplato nell'art. 60 dei *Principi generali*.

La Legge unitaria nell'art. 56

«无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效»。

«Un contratto nullo o che è stato annullato perde la sua forza legale vincolante dall'inizio. Se una parte soltanto del contratto è nulla ma ciò non influenzi la validità delle altre parti, queste rimangono valide»

ribadisce il concetto che la nullità parziale del contratto non può influire sull'efficacia che esso ha per le altre parti; nell'art. 57, poi, stabilisce che la nullità, l'annullamento o l'estinzione del contratto non influiscono sulla validità delle clausole relative alla disciplina di risoluzione delle controversie la cui esistenza è indipendente dal resto del contratto:

«合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力»。

«La nullità, l'annullamento o l'estinzione del contratto non influiscono sulla validità delle clausole relative alla disciplina di risoluzione delle controversie, la cui esistenza è indipendente dal resto del contratto».

[Questioni sul diritto cinese civile e dell'economia], in *Hebei faxue* [Hebei Law Science], III, 1996, 12-13; SHI HONG, *Lun hetong xiaoli de youguan wenti* [Alcune questioni sugli effetti del contratto], in *Falü kexue* [Science of Law], V, 1997, 67-72.

⁶³⁸ CUI JIANYUAN (a cura di), *Xin hetongfa yuanli yu anli pingxi*, I [Fondamenti della nuova Legge sui contratti e analisi dei casi, vol. I], cit., 123.

Interessa notare come tali articoli, applicabili anche ai rapporti contrattuali tra cinesi e stranieri, riproducano le disposizioni della terza legge del Tripode, il cui obiettivo era già, nel 1985, quello di fornire garanzia alle parti, perché risolvessero secondo la propria volontà le controversie contrattuali.

La normativa vigente disciplina i casi di invalidità negli artt. 52, 56, 57 e 58 che circoscrivono l'ambito della nullità con una maggiore attenzione alla salvaguardia dell'efficacia degli scambi commerciali e al reale interesse delle parti:

第五十二条: «有下列情形之一的, 合同无效: (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同, 损害家利益; (二) 恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益; (三) 以合法形式掩盖非法目的; (四) 损害社会公共利益; (五) 违反法律、行政法规的强制性规定»。

Art. 52: «È nullo il contratto in presenza di una delle seguenti circostanze: 1) se è stato concluso con dolo o violenza da parte di uno dei contraenti, a danno dell'interesse dello Stato; 2) se si è realizzato un accordo collusivo danneggiando l'interesse dello Stato, della collettività o di terzi; 3) se si cela, utilizzando una forma legale, uno scopo *contra legem*; 4) se si danneggia l'interesse pubblico; 5) se si violano disposizioni a carattere vincolante di leggi o regolamenti amministrativi».

第五十八条: «合同无效或者被撤销后, 因该合同取得的财产, 应当予以返还; 不能返还或者没有必要返还的, 应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失, 双方都有过错的, 应当各自承担相应的责任»。

Art. 58: «I beni acquistati in base ad un contratto, che è stato dichiarato nullo o è stato annullato, devono essere restituiti; quando non è possibile o non è necessaria la restituzione, se ne deve rimborsare il valore. La parte alla quale è da attribuire la colpa o il dolo⁶³⁹ deve risarcire all'altra la perdita subita. Se la colpa o il dolo è da attribuire ad entrambe le parti, queste devono assumersi ciascuna le relative responsabilità».

Come può vedersi dall'art. 52, la Legge unitaria circoscrive i casi di nullità a quei vizi contrattuali che investono direttamente o indirettamente l'interesse pubblico. L'art. 58 della Legge unitaria disciplina gli effetti dell'invalidità.

⁶³⁹ Il termine 过错 *guocuo* è usato per indicare i due criteri di imputabilità.

La dottrina trae estreme conseguenze: se il contratto è nullo, lo è «originariamente e naturalmente», perciò non sarebbe necessario un procedimento o un provvedimento che ne determini la nullità, e nemmeno che le parti dichiarino reciprocamente la nullità del contratto⁶⁴⁰.

Conclusivo e sinottico, nello stile ben collaudato proprio del giurista cinese, il contributo teorico circa la condizione, la conduzione e le caratteristiche di invalidità del contratto nella esplicazione di Han Shiyuan, in cui si rilevano anche le corrispondenze con le soluzioni adottate dal diritto tedesco. Si riportano, infatti, accanto all'ideogramma cinese i corrispondenti termini tedeschi. Punto di partenza, il significato semantico: «La nullità del contratto (*Nichtigkeit*), da un punto di vista giuridico, indica una condizione prodotta dal mancato reciproco accordo tra le parti, per motivi non dipendenti da una qualsiasi condizione di improduttività di effetti; la fattispecie di invalidità è disciplinata dalla normativa che la riguarda (e non stabilita dalle parti) e produce effetti giuridici relativi alla responsabilità del risarcimento del danno (art. 58 Legge unitaria)»⁶⁴¹.

Sulle caratteristiche della nullità Han Shiyuan concorda con quelle inizialmente indicate dalla dottrina; *ab origine, ex officio* cui aggiunge la retroattività. Sulla invalidità *ab origine* «condizione di improduttività di effetti (*dauernd unwirksam*)», nulla da eccepire su quanto da altri rilevato.

Sulla invalidità *ex officio*, si recepiscono consistenti osservazioni da tenere in debito conto. Siffatta l'interpretazione: «La nullità può essere fatta valere da chiunque abbia interesse, può essere rilevata d'ufficio dal giudice, né esige un procedimento che faccia perdere effetti al contratto. Qualora le parti siano in disaccordo circa la validità del contratto, hanno la facoltà di appellarsi a un giudice per l'accertamento e la declaratoria di nullità, ma la decisione ha l'unico effetto di rendere pubblica l'invalidità⁶⁴² [...] il tribunale in base ai propri poteri e alle funzioni deve riconoscere la nullità dell'accordo. La nullità di un contratto non si verifica solo tra le parti, ma, in linea di principio, è opponibile a terzi (quindi invalidità assoluta) [...]. Al fine di rilevare la nullità del contratto, le parti, oltre a presentare al giudice suddetta istanza, in sede di udienza o mediazione possono sollevare eccezione di nullità»⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Cfr. WANG JIAFU (a cura di), *Zhongguo minfaxue - Minfa zhaiquan* [Diritto civile cinese. Obbligazioni civili], cit., 331; WANG LIMING, CUI JIANYUAN, *Hetongfa xin lun - zongze* [Nuova teoria del diritto dei contratti. Parte generale], cit., 261-266.

⁶⁴¹ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 168.

⁶⁴² Concetto che corrisponde da noi a quello della efficacia dichiarativa e non costitutiva della sentenza di nullità.

⁶⁴³ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 168.

Anche su tale interpretazione, è una personale osservazione, non risulta una soluzione tassativa, sicché è chiamata in causa la facoltà delle parti in un eventuale disaccordo di appellarsi al giudice per l'accertamento e la declaratoria di nullità, con l'unico effetto di rendere pubblica l'invalidità.

Tra i molti e diversi problemi collaterali o conseguenti si impone il quesito: a quale organo compete stabilire quando e perché un determinato contratto deve dichiararsi definitivamente nullo e non può essere eseguito?

Alle tesi autorevoli più antiche, secondo cui il diritto di dichiarare nullo il contratto compete all'organo amministrativo dei contratti (*hetong guanli jiguan* 合同管理机关) e al tribunale popolare⁶⁴⁴, si opponevano decisamente le convinzioni più innovative di quella parte della dottrina impegnata nel dimostrare l'esigenza del superamento delle vecchie regole con le seguenti argomentazioni:

i) è opportuno che le liti relative alla validità del contratto siano risolte dalle parti attraverso la consultazione; solo qualora questa non abbia esito, il giudizio sulla validità del contratto compete all'organo giuridico;

ii) se il diritto di dichiarare la nullità del contratto spettasse all'Amministrazione Statale per l'Industria e il Commercio (*Guojia gongshang xingzheng guanli jiguan* 国家工商行政管理机关), si determinerebbe un'interferenza tra il rapporto giuridico amministrativo e il rapporto giuridico civile;

iii) occorre tener presente che il diritto dell'Amministrazione statale per l'Industria e il Commercio di intervenire sugli effetti del contratto è antitetico alla riforma delle funzioni governative.

Ancora più ferme le controproposte provenienti dai dipartimenti dell'Amministrazione Statale per l'Industria e il Commercio, tradizionali serbatoi del potere di gestione dei contratti interessati a mantenere lo *status quo ante*⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ WANG JIAFU (a cura di), *Zhongguo minfaxue - Minfa zhaiquan* [Diritto civile cinese. Obbligazioni civili], cit., 331. Evidentemente questa dottrina era ancora legata alla disciplina della prima legge del Tripode.

⁶⁴⁵ Cfr. WANG YUNWU, *Shi lun woguo jingji hetong guanli zhidu jiqi gaige yu wanshan* [Disquisizione sul sistema amministrativo dei contratti economici del nostro paese, le riforme e il perfezionamento], in *Tianfu xinlun* [Tianfu New Idea], 1996, 50; JIANG PING, CHENG HEHONG, SHEN WEIXING, *Lun xin hetongfa zhong de hetong ziyou yuanze yu chengshi xinyong yuanze* [Principio di libertà contrattuale, principio di buona fede e affidabilità nella nuova normativa contrattuale], in *Zhengfa luntan* [Tribune of Political Science and Law], I, 1999, 15-23; 20; CHENG HEHONG, *Lun xin hetongfa zhong de hetong xiaoli* [Effetti del contratto nella nuova normativa dei contratti], in *Beijing keji daxue xuebao* [Journal of University of Science and Technology Beijing], IV, 1999, 28-32; SUN LIHAI (a cura di), QUANGUO RENDA FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI, *Zhonghua*

Il dibattito, va tenuto presente, si svolgeva in un'epoca in cui gli studi di giurisprudenza e di economia nella RPC si rapportavano e confrontavano con quelli continentali, mentre si faceva strada una netta opposizione all'eccessiva ingerenza degli organi amministrativi statali e locali nell'attività contrattuale dei privati, innanzitutto perché: «Gli stranieri non riescono a comprendere quale sia il compito di supervisione dell'Amministrazione Statale per l'Industria e il Commercio, che potrebbe esercitare un'influenza negativa sulle attività economiche internazionali»⁶⁴⁶.

Interveniva anche una questione di principio, secondo una recente interpretazione, a sostegno della tesi che la regola relativa alla gestione dei contratti fosse lesiva del principio di libertà contrattuale, poiché gli «effetti del contratto non possono essere influenzati da interventi non appropriati degli organi amministrativi di Governo»⁶⁴⁷. Altre soluzioni suggerivano di prevedere una supervisione successiva di carattere ricognitivo.

Contrassegnato da accesa polemica, l'approdo alla disposizione definitiva non avveniva senza compromessi: il legislatore era spinto a chiudere i conti con il sistema di economia pianificata dando prova del riconoscimento della libertà contrattuale e proteggendo i legittimi diritti e interessi delle parti⁶⁴⁸.

L'art. 127 della Legge unitaria, nell'intento di contemperare interpretazioni ed esigenze diverse e divergenti, detta la norma definitiva:

«工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规的规定，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任».

Renmin Gongheguo hetongfa. Lifa ziliao xuan [Diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Raccolta del materiale legislativo], cit., 11.

⁶⁴⁶ Cfr. SUN LIHAI (a cura di), QUANGUO RENDA FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI (Ufficio di diritto civile della Commissione legislativa del Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa. Lifa ziliao xuan* [Diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Raccolta del materiale legislativo], cit., 33; Bollettino sulla ricerca compiuta dal Presidente dell'Assemblea Popolare Nazionale Li Peng a Pechino sul lavoro legislativo relativo alla Legge sui contratti (*Li Peng weiyuanzhang zai Beijing jinxing hetongfa lifa diaoyan qingkuan jianbao*).

⁶⁴⁷ JIANG PING, CHENG HEHONG, SHEN WEIXING, *Lun xin hetongfa zhong de hetong ziyou yuanze yu chengshi xinyong yuanze* [Principio di libertà contrattuale, principio di buona fede e affidabilità nella nuova normativa contrattuale], cit., 15-19; CHENG HEHONG, *Lun xin hetongfa zhong de hetong xiaoli* [Effetti del contratto nella nuova normativa dei contratti], cit., 28.

⁶⁴⁸ Cfr. LIANG HUIXING, *Hetongfa de chenggong yu buzhu (Shang)* [Successi e alcune carenze della Legge sui contratti, vol. I], in *Zhongwai faxue* [Peking University Law Journal], VI, 1999, 20.

«I dipartimenti di gestione dell'amministrazione per l'industria e per il commercio e gli altri dipartimenti amministrativi preposti sono responsabili, nell'ambito delle rispettive competenze, in base a quanto stabilito dalla legge e dai regolamenti amministrativi, della supervisione e dell'adozione di provvedimenti relativi agli illeciti compiuti attraverso contratti a danno dello Stato e dell'interesse pubblico. Qualora risulti integrata una fattispecie di reato, si deve accertare la responsabilità penale».

La soluzione di compromesso, in conclusione, sta nel fatto che, da un lato, la supervisione degli uffici di controllo amministrativo è mantenuta, ma, dall'altro, essa è limitata all'indagine se il contratto sotto supervisione abbia effetti a danno dello Stato e dell'interesse pubblico.

Sulla terza caratteristica, la retroattività, rilevante il suggerimento di Han Shiyuan di far prevalere il profilo sostanziale del contratto su quello formale, proponendo la fattispecie del rapporto contrattuale di fatto per la risoluzione della fattispecie complessa che si configura nei casi di contratti di natura continuativa: «L'invalidità è improduttiva *ab origine* per quanto riguarda la compravendita, la donazione e altri contratti temporanei; opera *ex nunc* per quanto riguarda i contratti di lavoro, partnership agreement, e altri contratti di natura continuativa: viene a prodursi una fattispecie ad effetti giuridici complessi. Al fine di evitare un risarcimento dovuto ad arricchimento ingiustificato non conforme alle disposizioni di legge e di causare danni a terzi coinvolti nel rapporto giuridico, nel caso di contratti di natura continuativa la dottrina si esprime proponendo il cosiddetto "rapporto contrattuale di fatto" a cui dedica particolare attenzione»⁶⁴⁹.

2. Sulla violazione dell'interesse pubblico: cause di nullità del contratto. Contributi della dottrina

Nel paragrafo dedicato alla determinazione della manifesta iniquità del contenuto⁶⁵⁰ si sono definiti i limiti imposti alla libera attività delle parti. Entriamo ora nello specifico delle norme relative alla violazione di legge.

Risulta opportuna una preliminare precisazione semantica sul vocabolo 法 (*fa*), per il significato che assume nelle varie fasi della

⁶⁴⁹ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], cit., 168.

⁶⁵⁰ Cfr. *supra* pp. 207-214.

normativa. La dottrina arrivava a riconoscere: «in Cina, nella situazione di carenza della ricerca sulle fonti, sotto il termine “legge” sono state inserite una pluralità di fonti a carattere non legislativo, senza specificare le diverse caratteristiche del termine “法” (fa)»⁶⁵¹. Che il tema avrebbe appassionato e impegnato la dottrina e la ricerca non era da dubitare: concordare su che cosa si dovesse intendere per “法” richiedeva una sostanziale verifica di concetti, forme e contenuti non esclusivi della problematica contrattuale. Il concetto di *fa* rappresenta, infatti, un momento di assoluto rilievo nella storia del diritto cinese capace di rinnovarsi per accogliere una nuova sensibilità, racchiudendo in sé sia la dimensione di ciò che noi intendiamo con legge in senso formale, sia la dimensione di ciò che noi intendiamo con legge in senso materiale.

Sul carattere delle norme di legge, intanto, la dottrina segnalava il distinguo tra regole dispositive e regole imperative: «la maggior parte delle norme stabilite dalla Legge sui contratti sono dispositive»⁶⁵² con la seguente precisazione: «da un lato le regole imperative riguardano gli interessi generali dello Stato, l'ordine sociale, la sicurezza degli scambi sul mercato e riguardano gli interessi dei terzi al fine di limitare la libera volontà delle parti [...] dall'altro le regole dispositive mirano a completare l'accordo delle parti o si utilizzano quale criterio per interpretare la volontà delle parti. Nel diritto civile cinese il concetto di violazione di legge come uno dei motivi in grado di influenzare gli effetti del contratto può essere spiegato come violazione delle regole imperative»⁶⁵³.

La nullità del contratto causata dal contenuto che viola la legge era presa in considerazione dalla progettazione: la *Shinigao* nell'art. 3 richiede che le parti formassero il contratto «nell'ambito stabilito dalla legge nel rispetto del loro diritto alla non interferenza sul principio di libertà»; nell'art. 34 limitava la nullità alle cause di violazione «delle regole imperative o proibitive (*jinzhi xing* 禁止性)»⁶⁵⁴.

La *Zhengqiu yijiangao* nell'art. 32 relativo ai casi di nullità prodotti dal

⁶⁵¹ ZHANG GU, *Lüe lun hetong xingwei de xiaoli - Dianping hetongfa di san zhang* [Cenni sull'efficacia dell'atto contrattuale. Commento al Capitolo terzo della Legge sui contratti], in *Zhongwai faxue* [Peking University Law Journal], XII/2, 2000, 199.

⁶⁵² LIANG HUIXING, *Zhongguo minfa jingjifa zhu wenti* [Questioni sul diritto cinese civile e dell'economia], cit., 167.

⁶⁵³ WANG JIAFU (a cura di), *Zhongguo minfaxue - Minfa zhaiquan* [Diritto civile cinese. Obbligazioni civili], cit., 355-356.

⁶⁵⁴ WANG LIMING, *Tongyi hetongfa zhiding zhong de ruogan yinan wenti tantao (Xia)* [Ricerca su alcune questioni complesse durante la redazione della Legge unitaria sui contratti, vol. 2], in *Zhengfa luntan*, IV, 1996, 46-61: 53.

contenuto illecito sostituiva alla «violazione delle regole imperative o proibitive» la «violazione di leggi e regolamenti amministrativi e della gestione pianificata dello Stato (*Guojia jihua guanli* 国家计划管理)».

Infine la *Cao'an* riconosceva, come la *Shinigao*, quale base legale per giudicare la nullità del contratto soltanto le «norme imperative delle leggi e dei regolamenti amministrativi».

Nella normativa vigente, l'ambito della violazione di legge, circoscritto a legge e regolamenti amministrativi è sostenuto e chiarito dalla dottrina: «Le problematiche relative al diritto cinese devono essere fondamentalmente disciplinate dalla legge, ma tenendo conto della situazione del nostro paese, alcuni casi hanno bisogno di essere disciplinati oltre che dalla legge anche dai regolamenti amministrativi del Consiglio degli Affari di Stato»⁶⁵⁵. Meriterebbe di essere accolta l'acuta obiezione che i regolamenti amministrativi in quanto tali rientrano nel termine "legge" inteso in senso ampio⁶⁵⁶.

La violazione dell'interesse pubblico costituisce altra causa di nullità. Il divieto di violazione dell'interesse pubblico è un principio fissato già dalla Costituzione del 1954, art. 100: «I cittadini della Repubblica Popolare Cinese devono rispettare la Costituzione e le leggi, mantenere i segreti di Stato, prendersi cura della proprietà pubblica, rispettare i regolamenti di lavoro, rispettare l'ordine pubblico e la morale pubblica».

Confermato nella Costituzione del 1982 (art. 54: «I cittadini della Repubblica Popolare Cinese hanno il dovere di tutelare la sicurezza, il buon nome e gli interessi della patria, e non devono commettere atti che danneggino la sicurezza, il buon nome e gli interessi della patria»), il dettato è rimasto valido nel Tripode e successivamente nei *Principi generali*, art. 58 n. 5:

«违反法律或者社会公共利益的»

«quelli che violano la legge o gli interessi pubblici della società».

⁶⁵⁵ GU ANGRAN, *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jianghua* [Discorsi sul diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese], Beijing, 1999, 29. Riguardo al ruolo e alla funzione dei regolamenti amministrativi v. FU JUNWEI, *Modern European and Chinese Contract Law. A Comparative Study of Party Autonomy*, cit., 147; W. CHENGUANG, Z. XIANCHU (a cura di), *Introduction to Chinese Law*, Hong Kong-Singapore, 1997, 18-19.

⁶⁵⁶ Cfr. LI KAIGUO, *Dui hetongfa zhengqiu yijiangao ruogan wenti de kanfa he xiugai jianyi* [Osservazioni sulle delle questioni da sollecitare per la bozza della Legge sul diritto dei contratti e suggerimenti per le modifiche], in *Xiandai faxue* [Modern Law Science], VI, 1998, 56.

Anche nel corso dei lavori preliminari alla Legge unitaria, la violazione veniva riconsiderata quale causa di nullità: la *Shinigao* riteneva più corretta una formulazione meno generica quale la «violazione dell'ordine pubblico e del buon costume» ricavata dal diritto civile di Taiwan; al contrario le altre due bozze e la Legge unitaria confermavano alla lettera il riferimento alla «violazione degli interessi pubblici della società», rimandando, in merito alla nullità, alla disposizione dei *Principi generali*.

La dottrina, in genere, ha ritenuto di scarso rilievo ai fini del contenuto disquisire sul dettaglio della formulazione, nella giusta considerazione che quello di «interessi pubblici della società» è un concetto astratto riferibile ad ogni fondamento politico: ordine sociale, criterio morale, costume e usi della vita sociale di uno Stato. Si è osservato: la sua valenza è simile a quella dell'«ordine pubblico e del buon costume» presenti nelle legislazioni straniere⁶⁵⁷; nel diritto civile cinese, la formula «interessi pubblici della società» indica un concetto di più ampio ambito che include ordine pubblico e buon costume e si concretizza nelle seguenti forme: atti che danneggiano l'ordine pubblico dello Stato, che danneggiano relazioni familiari, che violano la morale sessuale, il gioco d'azzardo, atti che violano i diritti umani e l'altrui dignità, che limitano la libertà economica, la concorrenza leale, che violano la tutela dei consumatori e quella dei lavoratori⁶⁵⁸.

In sintesi, si è indotti a costatare come il divieto di violazione degli interessi pubblici della società quale condizione necessaria per l'efficacia del contratto, da un lato costituisca una disposizione a salvaguardia dell'intero sistema del diritto dei contratti, dall'altro sia posto a tutela della morale pubblica e della società⁶⁵⁹.

3. Sull'annullabilità del contratto. Percorsi della dottrina

Per indicare in che cosa consista l'annullabilità del contratto, quali caratteri debba assumere all'interno della disciplina dell'invalidità si sono presi in considerazione, secondo il consueto procedimento, i diversi contributi delle più progredite scuole di diritto, a partire dalla fine degli anni '80 sino ai

⁶⁵⁷ Cfr. WANG JIAFU (a cura di), *Zhongguo minfaxue - Minfa zhaiquan* [Diritto civile cinese. Obbligazioni civili], cit., 323.

⁶⁵⁸ Cfr. LIANG HUIXING, *Shichang jingji yu gongxu liangsu yuanze - Minshangfa lun cong. I* [Economia di mercato e i principi per mantenere l'ordine pubblico e il buon costume. Serie di libri del diritto civile e del diritto commerciale, vol. I], Beijing, 1994, 56-58.

⁶⁵⁹ Cfr. WANG LIMING, CUI JIANYUAN, *Hetongfa xin lun - zongze* [Nuova teoria del diritto dei contratti. Parte generale], cit., 248.

nostri giorni. Una prima indicazione: «i contratti annullabili non sono uguali né ai contratti nulli, né ai contratti validi [...] il loro carattere è quello di atti ad effetti indeterminati»⁶⁶⁰; ne segue un'altra, più completa: gli atti civili annullabili devono considerarsi atti «con effetti non completi, che hanno forza vincolante solamente verso la parte senza diritto di annullamento»⁶⁶¹; infine, su questa stessa linea la dottrina fornisce un'ulteriore precisazione: «il contratto annullabile è sostanzialmente ad effetti indeterminati, ma si presume valido dal momento della sua conclusione»⁶⁶².

Una diversa chiave di lettura, tra le più autorevoli, riferendosi anche all'art. 59 dei *Principi generali del diritto civile*, punta l'attenzione sul momento preciso da cui far decorrere l'effetto di annullabilità: gli atti annullabili sono validi «prima» di essere annullati, rilevando che in tal senso si è espressa in materia la giurisprudenza tedesca e che, dal punto di vista pratico, si ottiene un risultato ottimale per la sicurezza degli scambi⁶⁶³.

Altra questione, di non scarsa portata, si è sollevata a proposito del soggetto legittimato ad esercitare il diritto di annullabilità. Se ne ripercorre l'evoluzione a livello normativo, come sempre in successione cronologica.

Principi generali del diritto civile, art. 59:

«一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销»

«La parte ha il diritto di richiedere al tribunale popolare o all'organo arbitrale di modificare o annullare».

⁶⁶⁰ LIANG HUIXING, *Zhongguo minfa jingjifa zhu wenti* [Questioni sul diritto cinese civile e dell'economia], cit., 209; ZHU LIN, *Minshi zhaqi zhidu zhi yanjiu* [Ricerca nel sistema civile attuale riguardo al raggio], in *Minshangfa lun cong* [Serie libri di diritto civile e di diritto commerciale], IX, 1998, 515; YU YANMAN, *Hetong chexiao quan de xianzhi yu paichu wenti yanjiu* [Ricerca sul problema della limitazione ed esclusione del diritto di annullamento del contratto], cit., 22-23; LIANG HUIXING, *Wei shengxiao hetong bianxi* [Analisi del contratto non ancora in vigore], in *Minshangfa luncong* [Serie libri di diritto civile e di diritto commerciale], XX, 2001, Hong Kong, 394-398.

⁶⁶¹ LIANG HUIXING, *Minfa zonglun* [Teoria generale del diritto civile], Beijing, 1996, 194.

⁶⁶² LI XIAOXUA, ZHU TIANLIN, *Lun kechexiao hetong de xiaoli* [Efficacia dei contratti annullabili], in *Nanchang daxue xuebao* [Journal of Nanchang University], XXXI, 2000, 59-61: 61. Le motivazioni che hanno spinto l'autore a tale impostazione sono le seguenti: l'efficacia non impedisce l'esercizio di annullare il contratto; il contratto ha forza vincolante; le parti hanno il dovere di preparare l'adempimento.

⁶⁶³ Cfr. ZHANG GU, *Lüe lun hetong xingwei de xiaoli - Dianping hetongfa di san zhang* [Cenni sull'efficacia dell'atto contrattuale. Commento al Capitolo terzo della Legge sui contratti], 201; Cfr. WANG LIMING, CUI JIANYUAN, *Hetongfa xin lun - zongze* [Nuova teoria del diritto dei contratti. Parte generale], cit., 263.

Shinigao, artt. 47-51: «il diritto spetta a colui che subisce il dolo, la violenza, fraintendendo gravemente, si trova nella posizione sfavorevole di cui si abusa».

Zhengqiu yijian gao, art. 35: «è la parte stessa che ha gravemente frainteso o la parte rispetto a quella che ha ricevuto un vantaggio ingiusto nell'ambito di un contratto manifestamente iniquo».

Cao'an, art. 54: «una parte», con riferimento generico, così come nei Principi.

Nel quadro del dibattito sulla norma da definire, prevale l'opinione che il suddetto diritto spetti alla parte danneggiata, e che l'indicazione: «la parte» andrebbe sostituita con l'intera più esplicativa dicitura: «la parte danneggiata o la parte che ha frainteso»⁶⁶⁴. Si rileva che il discorso sull'annullabilità è strettamente connesso a quello svolto sui vizi della volontà.

Si noti come l'ordinamento cinese, avendo compiuto la scelta di ricondurre nella sfera della nullità tutti i vizi che si riflettono sull'interesse pubblico, sia pervenuto all'interessante distinzione tra l'area tradizionale dei vizi della volontà che fa parte della teoria dell'annullabilità e una nuova più specifica area di vizi della volontà che, come visto nel paragrafo precedente, generano, invece, nullità.

Pertanto la Legge unitaria, nell'art. 54, ne segue le proposte, specificando il tipo di danno subito dalla parte, escludendo, però, il vizio di grave fraintendimento. Sarebbe interessante appurare le ragioni dell'esclusione, dal momento che sembra inconcepibile trattarsi di distrazione, tanto più che l'art. 59 dei *Principi generali del diritto civile*, nel citare la parte danneggiata, contempla i casi del contratto manifestamente iniquo, nonché quello del grave fraintendimento.

Sempre in tema del diritto di annullabilità dell'atto civile spettante alle parti, si fa strada l'ipotesi che questo venga riconosciuto per via pattizia, sulla base di quanto stabilito dalla Legge unitaria, art. 54:

⁶⁶⁴ Cfr. SUN LIHAI (a cura di), QUANGUO RENDA FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI (Ufficio di diritto civile della Commissione legislativa del Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa. Lifa ziliao xuan* [Diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Raccolta del materiale legislativo], cit., 120-122: Opinioni dei dipartimenti comorienti locali e centrali e delle unità di insegnamento e di ricerca della legge sulle bozze della Legge sui contratti (*Difang, zhongyang youguan bumen, faxue jiaoxue yanjiu deng danwei dui hetongfa (Cao'an) de yijian*); LI KAIGUO, *Dui hetongfa zhengqiu yijiangao ruogan wenti de kanfa he xiugai jianyi* [Osservazioni sulle delle questioni da sollecitare per la bozza della Legge sul diritto dei contratti e suggerimenti per le modifiche], cit., 56.

«当事人一方有权请求»

«La parte ha il diritto di chiedere».

Un nutrito gruppo di giuristi ha notato la conformità dell'ordinamento cinese con quello del diritto civile francese e sovietico «in cui il diritto di annullamento è sostanzialmente un diritto di azione (*suquan* 诉权) conferito dalla legge [...] spettando al soggetto con diritto di annullamento di avanzarne richiesta al tribunale popolare o all'organo arbitrale»⁶⁶⁵. La disposizione vigente induce a ritenere, secondo gli interpreti, che l'annullabilità debba essere richiesta ad un soggetto terzo dalla parte nel cui interesse la Legge stabilisce la causa di invalidità e che sia a carico della medesima parte il fornire le relative prove al tribunale popolare o all'organo arbitrale⁶⁶⁶.

Altri noti e autorevoli interventi concentrano l'interpretazione sulle sedi proprie in cui esercitare il diritto di annullamento: «Il diritto di annullamento non si esercita necessariamente attraverso l'azione processuale»⁶⁶⁷; «il diritto di annullamento può essere esercitato al di fuori di essa; ciò può dedursi dal suo carattere di diritto potestativo (*xingchengquan* 形成权)»⁶⁶⁸. Pertanto, se la parte con diritto di annullamento ha manifestato la volontà di annullare il contratto, e la controparte non ha espresso parere contrario, si produrrebbe direttamente l'annullamento del contratto; solo in caso di controversie si prevede il ricorso al tribunale popolare o all'organo arbitrale.

Sono evidenti le differenze rispetto al nostro ordinamento in cui, in generale, una causa di annullabilità è nella disponibilità della sola parte nel cui interesse la medesima causa è prevista dalla legge.

Al diritto di annullamento è connessa la fissazione del limite temporale in cui questo debba prodursi. Le *Opinioni sui Principi generali del diritto civile*, art. 73, circoscrivono tale limite «in un anno dalla formazione

⁶⁶⁵ LIANG HUIXING, *Zhongguo minfa jingjifa zhu wenti* [Questioni sul diritto cinese civile e dell'economia], cit., 214; SU HAOPENG, *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], cit., 293; WANG JIAFU (a cura di), *Zhongguo minfaxue - Minfa zhaiquan* [Diritto civile cinese. Obbligazioni civili], cit., 331.

⁶⁶⁶ Cfr. HU KANGSHENG, *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa shiyi* [Spiegazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese], Beijing, 1999, 87.

⁶⁶⁷ WANG LIMING, CUI JIANYUAN, *Hetongfa xin lun - zongze* [Nuova teoria del diritto dei contratti. Parte generale], cit., 266.

⁶⁶⁸ LI KAIGUO, *Dui hetongfa zhengqiu yijiangao ruogan wenti de kanfa he xiugai jianyi* [Osservazioni sulle delle questioni da sollecitare per la bozza della Legge sul diritto dei contratti e suggerimenti per le modifiche], cit., 57.

dell'atto»⁶⁶⁹; la *Cao'an*, art. 55, prescrive il limite di un anno a partire dal giorno in cui si è concluso il contratto.

La Legge unitaria, art. 55, chiarisce:

«有下列情形之一的，撤销权消灭（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权».

«Il diritto di annullare il contratto si prescrive in presenza di una delle seguenti circostanze: i) quando la parte che ha il diritto di chiedere l'annullamento non lo esercita entro un anno dal momento in cui è a conoscenza del motivo di annullamento o avrebbe dovuto esserlo; ii) quando la parte che ha il diritto di chiedere l'annullamento, dopo essere venuta a conoscenza del motivo di annullamento, dichiara esplicitamente o si comporta in maniera da rinunciare a tale diritto».

Anche questo aspetto della disciplina è stato oggetto di esame nello svolgimento dei singoli casi dei vizi della volontà, ad esempio, del grave fraintendimento o della violenza. Qui si evidenzia il decisivo progresso segnato dalla normativa a cura della Legge unitaria in cui si rafforza la posizione dell'avente diritto.

Sull'ultimo punto della rassegna, il rapporto tra l'annullabilità e la modificabilità, si riferiscono in breve le fondamentali decisioni e relative riserve. Le *Opinioni* sui *Principi*, art. 73, comma 1⁶⁷⁰, precisano: «Se le parti richiedono la modifica del contratto, solamente il tribunale popolare può modificarlo; se le parti richiedono l'annullamento del contratto, il tribunale popolare può modificarlo o annullarlo»; la Legge unitaria, art. 54, comma 3, esprime identiche modalità, a dimostrazione dell'intento del legislatore e della gran parte della dottrina di favorire la validità del contratto⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ *Opinioni della Corte Suprema del Popolo in merito ad alcune questioni concernenti l'attuazione dei Principi generali del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese* (Zuigao Renmin fayuan guanyu guanche zhixing Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Tongze ruogan wenti de yijian) emanate il 26 gennaio 1988, in vigore dal 2 aprile 1988, parzialmente abrogate dalla *Decisione sull'abrogazione di alcune interpretazioni giudiziali emanate alla fine del 2007* (VII Gruppo) (Zuigao Renmin fayuan guanyu feizhi 2007 niandi yiqian fabu de youguan sifa jieshi (di qi pi) de jue ding), emanata il 18 dicembre 2008 e in vigore dal 24 dicembre del medesimo anno.

⁶⁷⁰ «对于重大误解或者显失公平的民事行为，当事人请求变更的，人民法院应当予以变更；当事人请求撤销的，人民法院可以酌情予以变更或者撤销».

⁶⁷¹ Art. 54, comma 3: «Se le parti richiedono la modifica del contratto, il Tribunale Popolare o l'organismo arbitrale non può annullarlo». Cfr. CUI JIANYUAN (a cura di), *Xin*

Del resto, in sede del dibattito in vista della promulgazione definitiva, si era osservato che il conferimento al tribunale popolare del diritto di annullare i contratti dei quali è richiesta la modifica, «favorisce la risoluzione delle liti»⁶⁷². Emerge una particolare obiezione: «la regola relativa alla modificabilità stabilita dalla Legge unitaria non è diversa da quella che costringe la controparte ad accettare un nuovo contratto, violando il principio di libertà contrattuale o di possibilità di ‘porre in essere un contratto secondo la propria volontà’»⁶⁷³. In tale riserva si suggerisce l’integrazione della normativa ai fini di un equo riconoscimento del potere della controparte di richiedere l’annullamento.

Nella stessa direzione si rivolgono i suggerimenti espliciti e impliciti di molte linee di pensiero della dottrina nel percorso di riflessione su particolari articoli della Legge che ne costituiscono il nucleo essenziale. A legger bene, su diversi aspetti delle particolari normative che si sono qui analizzate si insinuano sul piano teorico e su quello pragmatico perplessità circa soluzioni sospese e ambigue, che richiedono il ricorso a disposizioni legislative precedenti o ad interpretazioni non completamente definitive. Ci si riferisce ad esempio ad una delle considerazioni più rilevanti: «La Legge sui contratti è un prodotto di dottrina comparatista ed è il risultato del tipico esempio di “recezione del misto”»⁶⁷⁴.

Si è constatato dal tono di fondo della rassegna critica di Han Shiyuan una nota negativa allorché viene segnalata la tendenza della dottrina cinese alla conformità dell’interpretazione. La disapprovazione del giurista si rivolge al metodo della ricerca che la dottrina cinese tende a privilegiare con la recezione dei codici stranieri, una recezione per così dire eclettica e anche utilitaristica che mutua dai codici di tutto il mondo quanto conforme alla propria legislazione⁶⁷⁵. Sarebbe preferibile, è questo il senso, un impegno sempre più maturo per giungere a soluzioni più consone alla mentalità e alle matrici ideologiche del paese.

Anche da altri, diversi e cronologicamente distanti interventi teorici, è possibile dedurre che sarebbe sempre e ovunque auspicabile

hetongfa yuanli yu anli pingxi, I [Fondamenti della nuova Legge sui contratti e analisi dei casi, vol. I], cit., 217-218.

⁶⁷² LI KAIGUO, *Dui hetongfa zhengqiu yijiangao ruogan wenti de kanfa he xiugai jianyi* [Osservazioni sulle delle questioni da sollecitare per la bozza della Legge sul diritto dei contratti e suggerimenti per le modifiche], cit., 57.

⁶⁷³ YU YANMAN, *Hetong chexiao quan de xianzhi yu paichu wenti yanjiu* [Ricerca sul problema della limitazione ed esclusione del diritto di annullamento del contratto], cit., 28.

⁶⁷⁴ HAN SHIYUAN, *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], *Prefazione alla terza edizione*.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

un'accurata revisione finalizzata, senza alcun pregiudizio, ad integrare ove necessario, a colmare le lacune individuate e ad aggiornare e attualizzare, al seguito delle novità e del progresso, la legislazione vigente.

In chiusura, vanno ricordati i meriti della Legge unitaria riconosciuti concordemente come i più consistenti e paradigmatici: per la prima volta l'elaborazione delle proposte legislative è stata accompagnata con perseverante assiduità e metodo scientifico dal lavoro di esperti di alto livello; anche il pubblico, secondo il tipico procedimento cinese di accesso e commento alle bozze, ha partecipato attivamente; per la prima volta nel diritto civile cinese, la *Legge sui contratti* ha compiuto un salto di qualità nella scelta di un paradigma unitario con l'unificazione delle precedenti distinte leggi. Indiscutibilmente, dunque, la *Legge sui contratti della RPC* permane il prodotto più elevato della legislazione cinese in materia civile. Questa giusta convinzione non preclude ogni progettazione di perfettibilità.

Nota conclusiva

Se nella sintetica avvertenza preliminare ho indicato intenti e propositi, nonché difficoltà da affrontare in partenza, nella nota conclusiva è il momento di tracciare il percorso di questa trattazione che ha in realtà richiesto sforzi ben maggiori e impegno molto più prolungato di quelli previsti.

Particolare chiarimento merita il titolo *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, che di per sé ha voluto imprimere un'impronta significativa all'intero svolgimento e alle singole parti.

Le ricostruzioni storico-cronologiche introduttive e le peculiari analisi sulla particolare conformazione dell'assetto giuridico della Repubblica Popolare Cinese hanno sollevato l'esigenza di individuare i diversi ruoli svolti dalla legge e dalla dottrina durante il processo di ammodernamento imposto negli anni '80 dalla c.d. "politica della porta aperta". Risultando in tale processo tutt'altro che paralleli i percorsi della legge in quanto diritto positivo e della dottrina in quanto scienza giuridica, si è inteso riferire con precisione, ovvero con la mentalità e le modalità anche espressive sia del legislatore che del giurista cinese, quando, come e perché i due diversi ambiti abbiano trovato punti fondamentali di incontro e si siano compiutamente sincretizzati.

Con il Capitolo secondo ho cercato di collocare la problematica contrattuale del diritto cinese nell'ambito più ampio del sistema giuridico romanistico. La specificità della materia trattata sta, infatti, nella duplice radice storica del diritto cinese dei contratti. Di qui lo sforzo di fornire un'visione d'insieme della nozione di contratto nel diritto romano, per esaminare l'ispirazione, anche romanistica, del regime contrattuale cinese. D'altra parte, ho ritenuto opportuno aprire delle 'finestre' sul diritto romano anche nel resto della ricerca, ogniquale volta l'analisi della normativa contrattuale cinese si imbattesse in istituti chiave, come la buona fede, il *contrarius consensus* o la rescissione, per fare alcuni esempi.

Qui subentra la parte generale della ricerca con il proposito di chiarire dapprima punti nodali delle più urgenti problematiche che si allargano dal varo di un linguaggio giuridico cinese – tra l'altro tuttora valido – appositamente coniato per il determinato settore legislativo di cui ci si occupa sino alla scelta di principi basilari quali chiavi di lettura e di interpretazione di tutto il diritto civile cinese.

Intanto, nel marasma socio-politico della Cina ante e post Rivoluzione

culturale, più che mai prezioso è il ricorso a scansioni storico-cronologiche per fissare oggettivi momenti di riferimento atti a verificare le manifestazioni di un vero rinnovamento nella sua fase più positiva.

Accertati, dunque, i periodi in seguito definiti in ambito accademico “del rinascimento”, 1979-1989, e “della fioritura”, 1999 sino all’attualità, tutt’altro che casuale la scelta dell’argomento, del titolo e del procedimento espositivo già indicato, ancor più per il contemporaneo accertamento dell’impulso impresso per primo dal settore economico a fermi propositi di progettazione legislativa riformista. Infatti, si riconobbe già negli ultimi decenni del secolo scorso, e come si deduce dalla ricerca gius-sinologica, si riconosce nell’attualità, la centralità dell’interesse della legislazione cinese per le relazioni commerciali, al seguito della progressiva, irrompente entrata della politica economica cinese sul mercato globale.

Pertanto, se nel capitolo iniziale si è dimostrato in quali e quanti tempi e attraverso quali vie si è realizzato in Cina un dialogo con gli ordinamenti e sistemi stranieri, intorno a quegli stessi anni si registra la genesi della dottrina giuridica della Repubblica Popolare Cinese con il riconoscimento dell’importanza del sistema romanistico. Sul diritto dei contratti si rivolgono i proficui contributi della prima generazione di giuristi con i suoi prioritari orientamenti.

A questo punto è subentrato un fattore fondamentale: l’incontro della mia formazione e del progetto iniziale di questo lavoro con la mentalità, il procedimento logico, i punti di vista di tre generazioni di giuristi è stato illuminante. Riportare, riferire, cimentarmi nella valutazione delle tesi più ricorrenti e riconosciute valide dai vari orientamenti dottrinali è il mio contributo all’accertamento della reale evoluzione della Repubblica Popolare Cinese nel campo del diritto civile. Mi rendo conto che tanto spazio riservato a pagine e pagine di argomentazioni tradotte e di rassegne critiche potrebbero creare perplessità, ma – si perdoni l’insistenza – leggerle è l’unico modo per capire in profondità il passato, ma ancor più il presente del “fenomeno” giuridico cinese, e non solo quale miracolo economico.

Il percorso compiuto dall’intervento legislativo per dirimere le questioni più urgenti del diritto dei contratti è descritto puntualmente sino all’approdo significativo e al salto di qualità dal c.d. Tripode alla c.d. Legge unitaria. Sul paradigma unitario, ferme e certe le convinzioni di Jiang Ping che ritengo tra i maestri della scienza giuridica cinese: la Legge unitaria *“ha stabilito i principi fondamentali in conformità al sistema dell’economia socialista di mercato, che si è appena costituito, e, in un momento in cui l’economia è in fase di trasformazione, ha regolamentato, in maniera pressoché completa e concreta, i principi di condotta fondamentali in modo particolarmente lungimirante. Uguaglianza, libera*

volontà, equità, buona fede e altri principi universalmente accettati nei mercati di ogni paese sviluppato ricevono espressione nella Legge sui contratti”.

Il compito del legislatore si evince da un altro puntuale commento di Yang Lixing, che ha trasmesso ai giuristi e ai giudici il compito fondamentale dell'interpretazione: *“Ogni condotta processuale o arbitrale che si discosti o violi l'intento delle Legge sui contratti provocherebbe un danno alla legge, ai legittimi diritti ed interessi delle parti, all'ordine economico sociale e alla modernizzazione socialista. Solo attraverso il comune impegno del legislatore, del giudice e delle parti, è possibile realizzare pienamente l'obiettivo della Legge sui contratti”.*

Si distinguono, pertanto, le competenze: al legislatore spetta l'enunciazione delle regole, mentre al giudice e alle parti spetta la loro corretta applicazione, per il pieno raggiungimento delle finalità delle riforme per l'ammodernamento e il continuo aggiornamento dell'assetto economico del Paese. Da tutta questa complicata, e non sempre del tutto debitamente esplicata esperienza, si è pervenuti al recentissimo significativo traguardo della tanto attesa codificazione. Abbiamo preso e dato contezza della parte generale già deliberata e in corso dal 1° marzo 2018 con illustrazione, confronti e interpretazioni dei principi fondamentali.

Concludo con una considerazione sul significato complessivo della presente ricerca. Il traguardo della Legge unitaria è un punto di arrivo per la Cina, ma anche una porta aperta verso il resto del mondo. Attraverso il costante riferimento ai legami che la disciplina cinese sui contratti vuole stringere con la tradizione romanistica, il lavoro svolto si pone come uno strumento per rendere operativo uno dei fini profondi della legislazione cinese: la creazione di una dimensione giuridica comune fra giuristi di oriente e di occidente. Questi ultimi sono, infatti, sollecitati dalle riforme cinesi in materia contrattuale a lavorare su un comune terreno scientifico per lo sviluppo dei rapporti socio-economici fra paesi finora considerati fra loro distanti.

Non perfetto è certamente tanto lavoro, ma perfettibile e aperto alle suggestioni di una sua prosecuzione attenta alle evoluzioni di una realtà permeabile e in continua trasformazione al passo con i tempi.

A questo punto, reputo come conclusione più pertinente la citazione di due giuristi cinesi.

Da Han Shiyuan: *“Il principio del contratto è sacro ed inviolabile. La dimostrazione della sacralità del contratto è il vincolo esistente tra le parti, vincolo derivato dal potere di una autorità superiore, la cui natura muta a seconda dei tempi e dei luoghi”.*

Da Wang Liming: *“Nella storia dell'uomo il contratto riveste una posizione di primo piano: lo stesso libro religioso induce a ritenere che il contratto*

possa instaurare un rapporto tra l'umano ed il divino [...]. Si può affermare che la vita dell'uomo è un processo ripetuto di stipulazione e di adempimento di un contratto".

Bibliografia

A.A. V.V. (1998), *Minfadian: Jianshe shehuizhuyi fazhi guojia de jichu* [Il codice civile quale base per costruire uno Stato socialista di diritto], in *Falii kexue Xi'an* [Science of Law, Xi'an], III, 3-31.

ASSEMBLEA POPOLARE NAZIONALE, *Spiegazione sulla "Bozza della Parte Generale del Diritto civile"*, 5 Luglio 2016, disponibile on line al sito: <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lftz/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm>.

AJANI G. (1985), *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, in *Studi di diritto comparato*, diretti da Mauro Cappelletti, Giuffrè Editore, Milano.

AJANI G. (1989), *Contratto economico nei Paesi socialisti*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. IV, UTET, Torino.

AJANI G. (2008), *Il modello post-socialista*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO (a cura di), *Sistemi giuridici comparati*, 3^a ed., G. Giappichelli Editore, Torino.

AJANI G., LUTHER J. (a cura di) (2009), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli.

AJANI G., SERAFINO A., TIMOTEO M. (2007), *Diritto dell'Asia Orientale*, diretto da R. SACCO, UTET, Torino.

ALBANESE B. (1972), *'Agerè', 'gerere' e 'contrahere' in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, SDHI 38.

ALBANESE B. (1978), *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo.

ALPA G. (2006), *Principi generali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XIV, 4^a ed, UTET, Torino.

ANTONELLI F.R. (2004), *La legge sulla legislazione ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, in *Mondo cinese*, 119, 23-26.

ARANGIO-RUIZ V. (1987), *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Jovene, Napoli.

ARANGIO-RUIZ V. (1990), *La compravendita nel diritto romano*, vol. II, Jovene, Napoli.

BAUDRY-LACANTINERIE G., BARDE L. (1900), *Des obligations*, 2^a ed., in *Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. XI, t. I, Paris.

BEDUSCHI C. (2008), *I profili giudiziali della fides*, in L. PEPPE (a cura di), *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, CEDAM, Padova.

BEIJING DAXUE FALÜXI MINFA JIAOYANSHI (Dipartimento di diritto civile della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pechino) (1999), *Guanyu*

tongyi hetongfa cao'an de xiugai jianyi [Suggerimenti per le modifiche alle bozze sull'unificazione delle leggi sui contratti], in *Zhongwai faxue* [Peking University Law Journal], I, 48.

BERGÈRE M.C. (2003), *Les tribulations du capitalisme en Chine au XX siècle*, in *La Chine aujourd'hui*, Odile Jacob, Paris.

BERTINELLI R. (1989), *Verso lo stato di diritto in Cina*, Giuffrè, Milano.

BERTUCCIOLI G., MASINI F. (1996), *Italia e Cina*, Laterza, Bari.

BETTI E. (1912), *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non classicità della denominazione «quasi ex contractu obligatio»*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 25.

BETTI E. (1935), *Diritto romano*, vol. I, CEDAM, Padova.

BIONDI B. (1918), *'Iudicia bonae fidei'*, in *Annali del Seminario Giuridico della Regia Università di Palermo* 7.

BRUTTI M. (1980), *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 265-300.

BURDESE A. (2006), *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, CEDAM, Padova.

BURDESE A. (2006), *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, CEDAM, Padova.

CABESTAN J.P. (1987), *La Chine à la recherche d'un 'Etat de droit' (dossier de La Documentation Française)*, in *Is China Ruled by Law? - A Documentary Survey. Problèmes politiques et sociaux*, 555, 1-36.

CALASSO F. (1967), *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, 2ª ed., Giuffrè, Milano.

CALORE E. (2011), *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Giuffrè, Milano.

CANNATA C.A. (2006), *Contratto e causa nel diritto romano*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, CEDAM, Padova.

CAO D. (2004), *Chinese Law: A Language Perspective*, Clevedon, Multilingual Matters.

CARDILLI R. (1995), *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Giuffrè, Milano.

CARDILLI R. (2010), *Bona fides tra storia e sistema*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino.

CARDILLI R. (2010), *Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用*, in *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, ESI, Napoli, 153-171.

CARPINO B. (2000), *La rescissione del contratto*, in P. SCHLESINGER (a

cura di), *Il codice civile. Commentario. Artt. 1447-1452*, Giuffrè, Milano.

CASTELLUCCI I. (2009), *Chinese Law: A New Hybrid*, in E. CASHIN RITAINE, S.P. DONLAN, M. SYCHOLD (a cura di), *Comparative Law and Hybrid Legal Traditions*, 67, The Swiss Institute of Comparative Law Series, Zurich-Basel-Geneva, 75-97.

CASTELLUCCI I. (2012), *Rule of Law and Legal Complexity in the People's Republic of China*, Quaderni del dipartimento, 103, Università di Trento.

CAVALIERI R. (2001), *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, 3^a ed., Franco Angeli, Milano.

CAVALIERI R., FRANZINA P. (2012), *Il nuovo diritto internazionale privato della Repubblica Popolare Cinese*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano.

CERAMI P. (1989), *Risoluzione del contratto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano.

CHEEK T. (2008), *Vivere le riforme. La Cina dal 1989*, EDT, Torino.

CHEN XIAOJUN (2016), *Minshi falü xingwei xiaoli zhi lifa yanjiu* [Ricerca legislativa sulla validità del negozio giuridico civile], in *Faxuejia*, V, 99-178.

CHEN XIAOJUN (a cura di) (2003), *Hetongfa xue* [Diritto dei contratti], Gaodeng jiaoyu chubanshe, Beijing.

CHENG A. (2000), *Storia del pensiero cinese, volume I: Dalle origini allo «studio del Mistero»*, Piccola Biblioteca Einaudi, Bologna.

CHENG HEHONG (1999), *Lun xin hetongfa zhong de hetong xiaoli* [Effetti del contratto nella nuova normativa dei contratti], in *Beijing keji daxue xuebao* [Journal of University of Science and Technology Beijing], IV, 28-32.

CHENG SHUNZENG (2012), *Lunqingshi biangeng zhidu yu woguo hetongfa tixi zhi qihe* [Sulla corrispondenza tra il sistema di mutamento delle circostanze e il sistema cinese della Legge sui contratti], in *Falü shiyong* [Journal of Law Application], VI, disponibile *on line* al sito: <[http://pkulaw.cn/\(S\(pvgj1x45wuwnwm5555df4e55\)\)/fulltext_form.aspx?Gid=335616902&Db=art](http://pkulaw.cn/(S(pvgj1x45wuwnwm5555df4e55))/fulltext_form.aspx?Gid=335616902&Db=art)>.

CHENG YIGUANG (1995), *Koutou jingji hetong xiaoli tantao* [Studio degli effetti dei contratti economici in forma orale], in *Faxue pinglun* [Law Review], IV, 74.

CHESNEAUX J. (1963), *La Cina contemporanea*, Laterza, Bari.

CHI FULIN (2004), *China. The New Stage of Reform*, Foreign Language Press, Beijing.

CHI FULIN (a cura di) (2000), *China's Economic Reform at the Turn of the Century*, Foreign Language Press, Beijing.

CHIARLONE S., AMIGHINI A. (2007), *L'economia della Cina*, Carocci, Roma.

CHIH-YU SHIH (1996), *China's Socialist Law under Reform: The Class Nature Reconsidered*, in *The American Journal of Comparative Law*, 44/4 (Autumn), 627-646.

CHOU JINGRONG (1992), *Shi lun wuxiao hetong* [Sulla nullità del contratto], in *Zhengfa luntan - Zhongguo zhengfa daxue xue bao* [Tribune of Political Science and Law. Journal of China University of Political Science and Law], V, 48-63.

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*, 36, 175-209.

COLANGELO L. (2016), *La ricezione del sistema giuridico romanistico e la relativa produzione di testi in Cina all'inizio del XX secolo: le fonti del diritto romano in due primi manuali in lingua cinese*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 195-217.

COLLINS H. (2003), *The Law of Contract*, LexisNexis, London.

COLLOTTI PISCHEL E. (1991), *Cina oggi. Dalla vittoria di Mao alla tragedia di Tian'anmen*, Laterza, Bari.

CRESPI REGHIZZI G. (1994), *Il diritto cinese fra tradizione e riforma*, in *Relazioni internazionali*, 58/29, 38-44.

CRESPI REGHIZZI G. (2001), *Prefazione* in R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, 3^a ed., Franco Angeli, Milano.

CRISCUOLI G. (2001), *Il contratto nel diritto inglese*, 2^a ed., CEDAM, Padova.

CUI JIANYUAN (a cura di) (1999), *Hetongfa - jiaoxue cankaoshu* [Diritto dei contratti. Libro consigliato per l'insegnamento], Falü chubanshe, Beijing.

CUI JIANYUAN (a cura di) (1999), *Xin hetongfa yuanli yu anli pingxi, I* [Fondamenti della nuova Legge sui contratti e analisi dei casi, vol. I], Jilin daxue chubanshe, Jilin.

CUI JIANYUAN (a cura di) (2007), *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Falü chubanshe, Beijing.

DALLA MASSARA T. (2006), *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, CEDAM, Padova.

DE FRANCISCI P. (1913-1916), *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, voll. I-II, Mattei, Pavia.

DE ZULUETA F. (1945), *The Roman Law of Sale*, Clarendon Press, Oxford.

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, 293-298.

DING MEI (2005), *Introduzione al diritto cinese contemporaneo*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 101-106.

ESCARRA J. (1929), *Sources du droit positif actuel de la Chine*, in *Les sources du droit positif*, Fascicule I, Orient, Opera Academiae Universalis Jurisprudentiae

Comparativae, Berlin, 76-77.

FALCONE G. (2001), «ΑΝΩΝΥΜΟΝ ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ» e anonimo antecessor di PSI.55, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, 4/fasc. 6, 513-529.

FALÜ CIDIAN BIANWEIHUI (Commissione redazionale del dizionario giuridico) (a cura di) (2004), *Falü cidian* [Dizionario giuridico], Falü chubanshe, Beijing.

FEI ANLING (2007), *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, in *Roma e America. Diritto Romano comune*, 23, 111-130.

FERRARY J.L., SCHIAVONE A., STOLFI E. (2018), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, L'Erma di Bretschneider, Roma.

FERRINI C. (1953), *Manuale di Pandette*, 4ª ed. curata e integrata da G. GROSSO, Società Editrice Libreria, Milano.

FIORI R. (2011), Bona fides. *Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (seconda parte)*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. IV, Jovene, Napoli.

FORMICHELLA L. (2016), *Fondamenti romanistici e insegnamento del diritto cinese*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 219-239.

FORMICHELLA L. (2018), *La riforma giudiziaria in Cina e il ruolo della Suprema Corte Popolare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39, 167-184.

FORMICHELLA L., TOTI E. (2002), *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. Legge sui contratti*, vol. I, G. Giappichelli Editore, Torino.

FORMICHELLA L., TERRACINA G., TOTI E. (a cura di) (2005), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino.

FREZZA P. (1949), Ius gentium, in *RIDA*, 2, 259-308.

FU JUNWEI (2011), *Modern European and Chinese Contract Law: A Comparative Study of Party Autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands.

FU TINGMEI (1993), *Legal Person in China: Essence and Limits*, in *The American Journal of Comparative Law*, 41, 261-297.

GALLO F. (1992), *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, vol. I, G. Giappichelli Editore, Torino.

GALLO F. (1993), *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino.

GARAUDY R. (1968), *La questione cinese*, Tindalo, Roma.

GAROFALO L. (2006), *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, CEDAM, Padova.

GENG LIN (2010), *Lun woguo hetongfa de guifan bianzuan jishu* [Tecnica redazionale della Legge sui contratti], in *Renda falü pinglun* [Ren Min University Law Review], 1, 27-54.

GIACHI C. (2005), *Studi su Sesto Pedio. La tradizione e l'editto*, Giuffrè, Milano.

GRADENWITZ O. (1903), *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, t. I, Bero-
lini.

GROSSI P. (1977), *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alter-
native di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano.

GROSSI P. (1988), *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni Fiorentini*, 17, 359-422.

GROSSI P. (1998), *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano.

GROSSI P. (2001), *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano.

GROSSI P. (2015), *Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentis-
simo e sulle sue sollecitazioni)*, in *Quaderni Fiorentini*, 44/2, 1047-1049.

GROSSI P. (2015), *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari.

GROSSO G. (1963), *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., G. Giappichelli
Editore, Torino.

GROSSO G. (1974), *Problemi sistematici del diritto attraverso il diritto roma-
no. Cose-contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino.

GROSSO G. (1976), *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti
delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in *La filosofia greca e il diritto
romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)*, vol. I, Accademia
Nazionale dei Lincei, Roma.

G. GROSSO (2001), *Contractus e συνάλλαγμα nei giuristi romani*, in
ID., *Scritti storico giuridici*, t. III, G. Giappichelli Editore, Torino.

GU ANGRAN (1999), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jianghua*
[Discorsi sul diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese], Falü
chubanshe, Beijing.

GUARINO A. (1990), *L'ordinamento giuridico romano*, 5ª ed., Jovene, Napoli.

GUARINO A. (1994), *Pagine di diritto romano*, vol. IV, Jovene, Napoli.

GUARINO A. (1998), *Storia del diritto romano*, 12ª ed., Jovene, Napoli.

GUARINO A. (2001), *Diritto privato romano*, 12ª ed., Jovene, Napoli.

GUO JIE (2008), *Laodongfa yu shehui baozhang fa* [Diritto del lavoro e
della previdenza sociale], Falü chubanshe, Beijing.

GUO MINGRUI, FANG SHAOKUN (2000), *Xin hetongfa yuanli* [Teoria del
nuovo diritto dei contratti], Zhongguo renmin daxue chubanshe, Beijing.

GUO MINGRUI, ZHANG PINGHUA (2003), *Hetongfa xue anli jiaocheng*, [Rac-
colta di casi giuridici in ambito contrattuale], Zhishi chanquan chubanshe,
Beijing.

GUO MINGRUI (2003), *Minfa* [Diritto civile], Gaodeng jiaoyu chubanshe, Beijing.

GUO YUYUAN (1992), *Wanshan jingji hetong wuxiao zhidu de ruogan sikao* [Rilievi riguardo al perfezionamento del sistema di nullità dei contratti economici], in *Faxue* [Legal Science Monthly], XI, 43-45.

GUOWUYUAN JINGJI FAGUI YANJIU ZHONGXIN BANGONGSHI (1982) (Ufficio del Centro di ricerca sulle normative economiche del Consiglio degli Affari di Stato), *Zhonghua Renmin Gongheguo jingji hetongfa tiaowen shiyi* [Spiegazione degli articoli della Legge sui contratti economici della Repubblica Popolare Cinese], Beijing.

HAN SHIYUAN (2011), *Hetongfa zonglun* [The Law of Contract], 3ª ed., Falü chubanshe, Beijing.

HAYMANN F. (1919), *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 40, 254-273.

HOBBSBAWM E.J. (1995), *Il secolo breve 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, trad. di Brunello Lotti, Collana Storica, Rizzoli, Milano.

HU KANGSHENG (1999), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa shiyi* [Spiegazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese], Falü chubanshe, Beijing.

HUANG FENG (2005), *Un incontro storico tra due grandi tradizioni di cultura giuridica*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 45-48.

HUANG FENG (a cura di) (2002), *Luoma fa cidian* [Dizionario di diritto romano], Falü chubanshe, Beijing.

HUANG MEILING (2016), *Yanbicheng Roma* (言必称罗马): *i fondamenti romanistici del diritto civile cinese*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 241-252.

IORATTI FERRARI E. (a cura di) (2008), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova.

IRTI N. (2017), *La Cina verso l'unità di un codice civile*, disponibile online al sito: <http://www.corriere.it/opinioni/17_gennaio_31/cina-l-unita-un-codice-civile-31b22dce-e705-11e6-b669-c1011b4a3bf2.shtml>.

ISSALYS P., QI XUEFENG (1996), *Le processus législatif et la technique législative en Chine*, in *Le Cahiers de droit*, 37/3, 653-705.

Ji CHENG (2012), *Dui wo guo hetongfa shang qiangzhixing guiding de leixing fenxi* [Analisi sulla tipologia delle norme imperative della Legge sui contratti del nostro paese], in *Beifang faxue* [Northern Legal Science], IV, 45.

JIANG PING, CHENG HEHONG, SHEN WEIXING (1999), *Lun xin hetongfa zhong de hetong ziyou yuanze yu chengshi xinyong yuanze* [Principio di libertà

contrattuale, principio di buona fede ed affidabilità nella nuova normativa contrattuale], in *Zhengfa luntan* [Tribune of Political Science and Law], I, 15-23.

JIANG PING (1999), *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Interpretazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese: prefazione], Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, Beijing.

JIANG PING (2005), *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 3-11.

JIANG PING (2005), *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 49-56.

JIANG PING (2005), *Lo sviluppo della elaborazione del codice civile cinese e le principali controversie di dottrina in merito. Breve nota informativa*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 113-118.

KASER M. (1993), *Ius gentium (Forschungen zum römischen Recht, 40)*, Köln-Weimar-Wien.

KONG XIANGJUN (1996), *Minshangfa xin wenti yu panjie yanjiu* [Ricerca su nuove questioni in materia di diritto civile e commerciale], Beijing.

KORNET N. (2010), *Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of Forms and Standard Form Contracts*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 14/1, disponibile on line al sito: <<http://www.ejcl.org/141/art141-1.pdf>>.

KOU ZHIXIN (1989), *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], Shaanxi kexue jishu chubanshe, Xi'an.

LA PIRA G. (1938), *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 45.

LECLERCQ H. (1994), *Introduction au droit chinois des contrats*, GLN Joly, Paris.

LENEL O. (1889), *Palingenesia iuris civilis*, voll. I-II, Lipsiae.

LENEL O. (1927), *Das edictum perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung*, 3ª rist, 3ª ed., Leipzig.

LI HESHI (2017), *Minfa zongze shi quelì bing wanshang minshi jiben zhidu de jiben falü* [La Parte generale del Codice civile quale legge fondamentale per stabilire e perfezionare la base del sistema civilistico], disponibile on line al sito: <www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/lfgz/lfdt/2017-04/14/content_2019846.htm>.

LI JINGZHUAN, ZHANG YUN (2002), *Faren leixing de lifa moshi yanjiu yu jiejian* [Ricerca sui diversi modelli legislativi dei tipi di persona giuridica],

in *Xueshu tansuo* [Academic exploration], VI, 53-57.

LI KAIGUO (1997), *Minfa Tongze de lishi gongji yu lishi juxian* [Meriti e limiti in chiave storica dei Principi generali del diritto civile], in *Xiandai faxue* [Modern Law Science], vol. IV.

LI KAIGUO (1998), *Dui hetongfa zhengqiu yijiangao ruogan wenti de kanfa he xiugai jianyi* [Osservazioni sulle delle questioni da sollecitare per la bozza della Legge sul diritto dei contratti e suggerimenti per le modifiche], in *Xiandai faxue* [Modern Law Science], vol. VI, 56.

LI LING (2003), *China's New Contract Law: Guarantee for the Healthy Development of its Market Economy*, in *Comparative Analysis on the Chinese Contract Law*, BWV, Berlin, 1-4.

LI V.H. (1973), *The Legal System of the People's Republic of China and Problems of Equity*, in *Ralph A. Newman, Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Brussels, 519-538.

LI XIAOXUA, ZHU TIANLIN (2000), *Lun kehexiao hetong de xiaoli* [Efficacia dei contratti annullabili], in *Nanchang daxue xuebao* [Journal of Nanchang University], XXXI, 59-61.

LI YONGJUN (2004), *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Falü chubanshe, Beijing.

LI YOUYI (1988), *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], Beijing daxue chubanshe, Beijing.

LIANG HUIXING (1991), *Zhongguo minfa jingjifa zhu wenti* [Questioni sul diritto cinese civile e dell'economia], Falü chubanshe, Beijing.

LIANG HUIXING (1994), *Shichang jingji yu gongxu liangsu yuanze - Minshangfa lun cong. I* [Economia di mercato e i principi per mantenere l'ordine pubblico e il buon costume. Serie di libri del diritto civile e del diritto commerciale, vol. I], Falü chubanshe, Beijing.

LIANG HUIXING (1996), *Minfa zonglun* [Teoria generale del diritto civile], Falü chubanshe, Beijing.

LIANG HUIXING (1999), *Hetongfa de chenggong yu buzhu (Shang)* [Successi ed alcune carenze della Legge sui contratti, vol. I], in *Zhongwai faxue* [Peking University Law Journal], VI, 20.

LIANG HUIXING (2001), *Dangqian guanyu minfadian bianzuan de san-tiao silu* [Tre linee di pensiero riguardo l'attuale codificazione del codice civile], in *Lifa yanjiu* [Legislation Research], VI, 2-7.

LIANG HUIXING (2001), *Wei shengxiao hetong bianxi* [Analisi dei contratti non ancora in vigore], in *Minshangfa luncong* [Serie libri di diritto civile e di diritto commerciale], vol. XX, Falü chubanshe, Beijing.

LIANG HUIXING (a cura di) (1999), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jiqi zhongyao caogao jieshao* [Legge sui contratti della Repubblica

Popolare Cinese e presentazione delle bozze più importanti], Beijing.

LIANG HUIXING (2017), *Zhongguo minfa zongze de zhiding* [La formulazione della Parte generale del codice civile cinese], in *Beifang faxue - Bumenfa zhuanlun*, XI/61, 37-45.

LIU NANPING (1997), *Judicial Interpretation in China*, Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong.

LOMBARDI G. (1946), *Ricerche in tema di ius gentium*, Giuffrè, Milano.

LOMBARDI G. (1947), *Sul concetto di ius gentium*, Giuffrè, Milano.

LOMBARDI G. (1952), *Sul titolo 'quae sit longa consuetudo' nel codice giustiniano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 18, Lateran University Press, Roma.

LOMBARDI L. (1961), *Dalla fides alla bona fides*, Giuffrè, Milano.

LOMBARDI R. (1957), *I piani di sviluppo dell'economia cinese nei rapporti col commercio estero*, in *Convegno sugli scambi con la Cina. Atti del Convegno* (Milano, 8-9 Giugno 1957), 21-29.

LUPOI M. (2001), *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

MA JUNJU, YU YANMAN (2005), *Minfa yuan lun* [Teoria fondamentale di diritto civile], Falü chubanshe, Beijing.

MA JUNJU, ZHOU RUIFANG (2001), *Zhiding minfadian de zhidao sixiang jiqi tixi gouxiang* [Idee guida sulla formulazione del codice civile e concezione del sistema], in *Jilin University Journal Social Sciences Edition*, V, 55.

MA JUNJU, *Minfa yuan lun - di er ban* [Studi sull'origine del diritto civile. Seconda edizione] (2005), Falü chubanshe, Beijing.

MARINI R. (2017), *Contrarius consensus*, Wolters Kluwer-CEDAM, San Giuliano Milanese.

MASINI F. (2005), *Continuità e rottura nella storia delle relazioni della Cina nel mondo occidentale: una diversa impostazione storiografica*, in M. SCARPARI, T. LIPPIELLO (a cura di), *Caro Maestro. Scritti in onore di Lionello Lanciotti per l'ottantesimo compleanno*, Cafoscarina, Venezia.

MAZZA M. (2006), *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, Milano.

MELILLO S. (1986), *Il contratto bilaterale romano. Contrahere e pacisci fra il primo e il terzo secolo. Lezioni*, 2ª ed., Liguori, Napoli.

METRO A. (2007), *'Exceptio doli' e 'iudicia bonae fidei'*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, vol. III, Satura Editrice, Napoli.

MIGLIETTA M. (2018), *Emblematic Cases of «Logical Conflict» between «Quaestio» and «Responsum» in the «Digesta» of Publius Alfenus Varo*, in F. ZUCCOTTI, M.A. FENOCCHIO (a cura di), *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*, Ledizioni, Milano.

MI JIAN (2005), *Diritto cinese e diritto romano*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 13-27.

MIRANDA M. (1994), *Lo sviluppo dell'economia di mercato in Cina*, in *Mondo cinese*, 86, 15-29.

MOCCIA L. (2009), *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino.

MOCCIA L. (2012), *The "Dual Paradox" of Modernity in China, from the Point of View of the Chinese Idea of Law*, in *European Journal of Sinology*, 3, 42-107.

MOCCIA L. (2015), *The Idea of "Law" in China*, in *European Journal of Sinology*, 6, 9-55.

MONATERI G., SACCO R. (1989), *Contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. IV, UTET, Torino.

NARDI E. (1986), *Istituzioni di diritto romano*, vol. A, *Testi*, Giuffrè, Milano.

FERRERO L., ZORZETTI N. (a cura di) (1995), *Opere politiche e filosofiche di M. Tullio Cicerone*, vol. I, UTET, Torino.

PALANDT O. (1972), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 31. Aufl., Beck, München.

PANZA F., HU JUNHONG (2015), *Il nuovo diritto dei consumatori in Cina*, ESI, Napoli.

PATRICK GLENN H. (2011), *Tradizioni giuridiche nel mondo, la sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna.

PATTI S. (a cura di) (2005), *Codice civile tedesco*, Giuffrè, Milano.

PAZZAGLINI H. (1991), *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, 76, 49-66.

PENNITZ M. (2000), *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum «Aktionenrechtlichen Denken» im römischen Privatrecht*, Böhlau, Wien-Köln-Weimar.

PEROZZI S. (1948), *Le obbligazioni romane*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Giuffrè, Milano.

PETRUCCI A. (1996), *La Legge sulla garanzia delle obbligazioni della Repubblica Popolare Cinese*, in *Riv. dir. comm. int.*, vol. IV, 873-879.

PIQUET H. (2005), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruyant, Bruxelles.

PORCELLI S. (2016), *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 110, 253-292.

POTHIER R.J. (1761-1764), *Traité des obligations*, 2 voll., Paris-Orléans.

POUND R. (1954), *Roman Law in China*, in *L'Europa ed il diritto romano. St. Koschaker*, vol. I, Giuffrè, Milano, 441-443.

PROVERA G. (1962), *Sul problema del rischio contrattuale in diritto romano*, in ID., *Scritti giuridici*, disponibile on line al sito: <www.ledonline.it/rivistadirittoromano/index.html?/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html>.

PUGLIESE G. (2006), *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, CEDAM, Padova.

QI AIMIN, WAN XUAN, ZHANG SUHUA (2009), *Dianzi hetong de minfa yuanli* [Teoria del diritto civile sui contratti elettronici], Wuhan daxue chubanshe, Wuhan.

QUANGUO RENDA CHANGWEIHUI FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI, (WANG SHENGMING, LIANG HUIXING, YANG MINGKUN, DU TAO) (Ufficio di diritto civile della Commissione legislativa del Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale) (2000), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa jiqi zhongyao caogao jieshao* [Presentazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese e delle relative bozze più importanti], Beijing, Falü chubanshe.

QUANGUO RENDA FAGONGWEI YANJIUSHI BIANXIEZU (Gruppo redazionale dell'Ufficio di ricerca della Commissione legislativa del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale) (1999), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa shiyi* [Spiegazione sulla Legge dei contratti della Repubblica Popolare Cinese], Falü chubanshe, Beijing.

RAGGI L. (1965), *La «restitutio in integrum» nella «cognitio extra ordinem»*, Giuffrè, Milano.

RINELLA A. (2010), *La costituzione economica cinese e dialogo tra sistemi giuridici*, in *La Costituzione economica cinese*, il Mulino, Bologna.

ROBERTS J.A.G. (2002), *Storia della Cina. La politica, la realtà sociale, la cultura, l'economia dall'antichità ai nostri giorni*, Newton Compton, Roma.

SACCO R. (1988), *Cina*, in ID. (a cura di), *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. II, UTET, Torino, 360-365.

SACCO R. (1990), *Introduzione al Diritto Comparato*, IV edizione, G. Giappichelli Editore, Torino.

SACCOCCIO A. (2019), *L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali: tra diritto italiano e Legge cinese sui contratti*, in R. CARDILLI, L. FORMICHELLA ET AL. (a cura di), *Chang'An e Roma. Eurasia e Via della Seta. Diritto, società, economia. Atti del II Seminario Internazionale "Sistema giuridico ed economia per la nuova Via della Seta" (Roma, 11-13 settembre 2017)*, Wolters Kluwer-CEDAM, San Giuliano Milanese.

SANTORO R. (1983), *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Annali dell'Università di Palermo*, 37, Palumbo, Palermo.

SANTORO R. (2006), *La causa delle convenzioni atipiche*, in A. BURDESE

(a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, CEDAM, Padova.

VON SAVIGNY K.F. (1840), *System des heutigen römischen Rechts*, vol. III, Berlin.

SCHIAVONE A. (1971), *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Jovene, Napoli.

SCHIAVONE A. (1992), *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Laterza, Roma-Bari.

SCHIMDT H., GLINTZER (2002), *La Cina contemporanea. Dalle guerre dell'oppio a oggi*, Carocci, Roma.

SCHIPANI S. (1999), *La codificazione del diritto romano comune*, G. Giappichelli Editore, Torino.

SCHIPANI S. (2005), *Il diritto romano in Cina*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 57-68.

SCHIPANI S. (2005), *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 137-159.

SCHIPANI S. (a cura di) (2005), *'Iustiniani Digesta sive Pandectae'. Testo e traduzione*, Giuffrè, Milano.

SCHIPANI S. (2009), *Diritto romano in Cina*, in *XXI Secolo. Norme e idee*, in Treccani.it, disponibile on line al sito: <

SCHIPANI S. (2011), *La Cina e il diritto romano*, in *Mondo cinese*, 145, 95-107.

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.

SCHULZ F. (1960), *Derecho romano clásico*, trad. dell'ed. inglese 1951, Bosch, Barcellona.

SHEN DEYONG (2017), *Zhonghua Renmin Gongheguo minfa zongze tiaowen lijie yu shiyong, I* [Principi generali del Codice Civile della RPC. Interpretazione degli articoli e utilizzo], 148-150, People's Court Press, Beijing, disponibile on line al sito: <

SHEN HUIWEN (2017), *Lun Zhongguo Minfadian bianji de hanyu siwei* [La linea di pensiero del linguaggio cinese nella redazione del Codice Civile cinese], in *Hubei shehui kexue*, 1.

SHEN QINGZHONG (1993), *Xianshi gongping minshi xingwei de guiding bi da li xiao* [Vantaggi e svantaggi riguardo alla normativa sul negozio giuridico carente di equità], in *Faxue* [Legal Science Monthly], VIII, 28-30.

SHEN WEIXING (2003), *Minfaxue* [Studio sul diritto civile], Beijing daxue chubanshe, Beijing.

SHI HONG (1997), *Lun hetong xiaoli de youguan wenti* [Alcune questioni sugli effetti del contratto], in *Falii kexue* [Science of Law], V, 67-72.

SHI SHANGKUAN (2000), *Minfa zonglun* [Teoria generale del diritto civile], Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, Beijing.

SHI SHAOXIA (1998), *Dui woguo hetong lifa ruogan zhengyi wenti de tantao* [Ricerca su alcune questioni della legislazione sui contratti del nostro paese], in *Fazhi yu shehui fazhan* [Law and Social Development], II, 62-63.

SOLAZZI S. (1957), *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* [1923], ora in ID., *Scritti di diritto romano II (1913-1924)*, Jovene, Napoli.

SOMMA A. (2005), *Temi e problemi di diritto comparato. Vol. II: Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, G. Giappichelli Editore, Torino.

SU HAOPENG (1999), *Hetong de dingli yu xiaoli* [Formazione ed effetti del contratto], Zhongguo fazhi chubanshe, Beijing.

SUN LIHAI (a cura di) (1999), QUANGUO RENDA FAZHI GONGZUO WEIYUANHUI MINFASHI (Ufficio di diritto civile della Commissione legislativa dell'Assemblea Popolare Nazionale), *Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa. Lifa ziliao xuan* [Diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese. Raccolta del materiale legislativo] Falü chubanshe, Beijing.

TALAMANCA M. (1977), *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)*, vol. II, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei.

TALAMANCA M. (1979), *Obbligazioni (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano.

TALAMANCA M. (1989), *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. IV, UTET, Torino, 58-61.

TALAMANCA M. (1990), *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano.

TALAMANCA M. (1993), *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano.

TALAMANCA M. (1997), *'Lex' ed 'interpretatio' in Lab. post. a Iav. epit. D. 19,1,50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a Filippo Gallo*, vol. II, Jovene, Padova.

TALAMANCA M. (1998-1999), *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, 101-102, 10-39.

TALAMANCA M. (2003), *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. IV, CEDAM, Padova.

TANG YING (2017), *Guanyu minfa zongze cao'an de xiugai yijian* [Suggerimenti in merito alla revisione della Bozza della Parte generale del codice civile], in *Faxue luntan - xingzheng yufa*, 3, 101-105.

TARELLO G. (1976), *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna.

TERRACINA G. (2008), *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. Legge sui diritti reali*, vol. V, G. Giappichelli Editore, Torino.

TIMOTEO M. (2004), *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, CEDAM, Padova.

TIMOTEO M. (2009), *Un paese due sistemi. Il diritto cinese fra civil law e common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 12, 91-100.

TIMOTEO M. (2017), *La lunga marcia della codificazione civile nella Cina contemporanea*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 35-46.

TIMOTEO M. (2018), *La Parte generale del Codice civile cinese fra modelli importati e modelli locali*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39, 245-258.

TONG ROU (2008), *Zhongguo minfaxue - Minfa zongze* [Studio sul diritto civile cinese. Principi generali del diritto civile], Renmin fayuan chubanshe, Beijing.

TONG ROU WENJI BIANJI WEIYUANHUI (Commissione redazionale per la raccolta degli scritti di Tong Rou) (1996), *Tong Rou wenji* [Raccolta degli scritti di Tong Rou], Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, Beijing.

TOTI E. (2008), *La forma del contratto nel diritto della Repubblica Popolare Cinese*, in *Giust. Civ.*, I, 49-65.

TOTI E. (2011), *La nuova disciplina delle intese anticoncorrenziali relative ai prezzi*, in *Mondo cinese*, 145, 169-174.

TOTI E. (2016), *Il principio di equità nel diritto della Repubblica Popolare Cinese*, in *BRICS: una nuova geografia economica?*, Milano, IPSOA, 189-203.

TOTI E. (2017), *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. Legge sulla tutela dell'ambiente*, vol. VIII, G. Giappichelli Editore, Torino.

TSUNG-FU CHEN (2011), *Transplant of Civil Code in Japan, Taiwan, and China: With the Focus of Legal Evolution*, in *National Taiwan University Law Review*, VI/1, 389-432.

VACCA L. (2003), *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. IV, CEDAM, Padova.

WANG. CHENGUANG, ZHANG XIANCHU (a cura di) (1997), *Introduction to Chinese Law*, Sweet and Maxwell Asia, Hong Kong-Singapore.

WANG JIAFU (a cura di) (1994), *Zhongguo minfaxue - Minfa zhaiquan* [Diritto civile cinese. Obbligazioni civili], Falü chubanshe, Beijing.

WANG JIAFU ET AL. (1986), *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Zhongguo shehui kexue chubanshe, Beijing.

WANG JIAFU (1999), *Zhongguo minfaxue. Minfa zhaiquan* [Diritto civile cinese. Obbligazioni civili], Falü chubanshe, Beijing.

WANG LIMING, FANG SHAO KUN, WANG YI (2002), *Hetongfa* [Diritto dei contratti], Zhongguo renmin daxue chubanshe, Beijing.

WANG LIMING, GUO MINGRUI, FANG LIUFANG (1988), *Minfa xin lun (Xia)* [Nuova teoria del diritto civile, vol. II], Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, Beijing.

WANG LIMING (1995), *Lun lüxing buneng* [Adempimento impossibile], in *Fashang yanjiu - Zhongnan zhengfa xueyuan xuebao* [Studies in Law and Business], III, 33.

WANG LIMING (1996), *Tongyi hetongfa zhiding zhong de ruogan yinan wenti tantao (Xia)* [Ricerca su alcune questioni complesse durante la redazione della Legge unitaria sui contratti, vol. 2], in *Zhengfa luntan*, IV, 46-61.

WANG LIMING (2002), *Hetongfa yanjiu, I* [Ricerca sul diritto dei contratti, vol. I], Zhongguo renmin daxue chubanshe, Beijing.

WANG LIMING (2003), *Minfa zongze yanjiu* [Ricerca sui principi del diritto civile], Zhongguo renmin daxue chubanshe, Beijing.

WANG LIMING (2016), *Guanyu zhiding minfa zongze de jidian sikao* [Alcune riflessioni sulla formulazione dei Principi generali del codice civile], in *Faxuejia*, V, 1-175.

WANG LIMING, CUI JIANYUAN (2000), *Hetongfa xin lun - zongze* [Nuova teoria del diritto dei contratti. Parte generale], Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, Beijing.

WANG MENGKUI (a cura di) (2000), *China's Economic Transformation Over 20 Years*, Foreign Language Press, Beijing.

WANG QUANXING (2008), *Laodongfa - di san ban* [Diritto del lavoro], 3^a ed., Falü chubanshe, Beijing.

WANG SHANSHAN (2000), *Hetong chengli yu hetong shengxiao* [Conclusione ed entrata in vigore del contratto], in *Yunnan faxue* [Yunnan Law Science], XIII, 50-53.

WANG SHUMAO (1999), *China's Open Policy and Economic Legislation*, in *Diritto commerciale e arbitrato in Cina tra continuità e riforma*, Milano, 33-45.

WANG WEIGUO (1995), *Lun hetong wuxiao zhidu* [Il contratto nullo], in *Faxue yuanjiu* [Chinese Journal of Law], III, 11-24.

WANG YUNWU (1996), *Shi lun woguo jingji hetong guanli zhidu jiqi gaige yu wanshan* [Disquisizione sul sistema amministrativo dei contratti

economici del nostro paese, le riforme e il perfezionamento], in *Tianfu xinlun* [Tianfu New Idea], 50.

WEI ZHENYING (2000), *Minfa* [Diritto civile], Beijing daxue chubanshe, Beijing.

WIEACKER F. (1980), *Storia del diritto privato moderno*, voll. I-II, Giuffrè, Milano.

WINDSCHEID B. (1887), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, voll. I-III, 6. verb. und. verm. Aufl., Frankfurt a.M.

WU ZHIZHONG (1999), *Xin hetongfa de zhongyao gaijin jiqi buzhu* [Migliorie e carenze della nuova legge sui contratti], in *Zhongnan caijing daxue xuebao* [Journal of South-Central University for Politics and Law], 6, 52-57.

XIN CHUNYING, FANG GANG (2000), *The Role of Law and Legal Institutions in China's Economic Development, 1978-1995*, Falü chubanshe, Beijing.

XIN CHUNYING, LI LIN, FENG JUN (2003), *Zhongguo shehui kexue yuanyan faxue yanjiu suo falü cidian bianweihui bian* [Law dictionary, Concise edition], Falü chubanshe, Beijing.

XU GUODONG (2001), *Minfa jibenyuanze jieshi - chengwen fa juxian xingzhi kefu* [Spiegazione dei principi fondamentali del diritto civile: superamento dei limiti della normativa vigente], Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, Beijing.

XU GUODONG (2013), *Minfa jibenyuanze jieshi - chengxin yuanze de lishi, shiwu, falü yanjiu* [Spiegazione dei principi fondamentali del diritto civile: ricerca su storia e aspetti pratici del principio di buona fede; ratio dei principi fondamentali del diritto civile], Beijing daxue chubanshe, Beijing.

XU GUODONG (2016), *La base romanistica della parte generale del codice civile cinese*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 47-72.

XU ZHANGRUI (2004), *Shusheng shiye wuxian jiangshan - Guanyu jinshi zhongguo wudai faxuejia jiqi zhiye de yi ge xueshu shi yanjiu* [Lo studio, territorio sconfinato: ricerca accademica sulle cinque generazioni di giuristi nella Cina moderna] in *Qinghua faxue* [Tsinghua Law Journal] 2, disponibile on line al sito: <http://www.360doc.com/content/12/0806/14/747074_228634758.shtml>.

XUE JUN (2016), *Lun kechexiao falü xingwei chexiao quan xingshi de fangfa - yi Zhongguo Minfadian bianzuan wei Beijing de fenxi* [Sull'esercizio dell'azione revocatoria. Analisi della compilazione del Codice Civile cinese in materia], in *Faxuejia*, VI, 45-57.

XUE JUN (2016), *La codificazione del diritto civile cinese e il diritto romano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 110, 73-86.

XUE JUN, *La polemica sulla codificazione del diritto civile cinese*, dispo-

nibile *on line* al sito: <<http://www.romanlaw.cn/sub2-35.htm>>.

YAN WENDY (2004), *The Electronic Signatures Law: China's First National E-Commerce Legislation*, in *China Law and Practice*, disponibile *on line* al sito: <<http://www.chinalawandpractice.com/sites/clp/2004/10/01/the-electronic-signatures-law-chinas-first-national-e-commerce-legislation/>>.

YANG JIANYONG, GU HAIRONG (1999), *Hetong chengli yu hetong shengxiao qufen wenti yanjiu - Jianping hetongfa cao'an youguan guiding* [Ricerca sulla differenza tra la conclusione e l'entrata in vigore del contratto. Commento sulla normativa pertinente delle bozze della Legge sui contratti], in *Hebei faxue* [Hebei Law Science], II, 68-69.

YANG JUN (1996), *Lun buhe yu fading xingshi de hetong xiaoli* [Efficacia del contratto non conforme alla forma legale], in *Zhengfa luncong* [Journal of Political Science Law], II, 12.

YANG LIXIN, ZHANG SHAOFENG (1996), *Guanyu zhiding tongyi hetongfa zhong de jige wenti* [Alcune questioni sulla formulazione della normativa unitaria dei contratti], in *Hebei faxue* [Hebei Law Science], III, 12-13.

YANG LIXIN (1999), *Hetongfa zongze, I* [Principi generali del diritto dei contratti, vol. I], Falü chubanshe, Beijing.

YANG SHENGKUN (2010), *Hetongfa shang de moshi tiaokuan zhidu yanjiu* [Ricerca sul sistema degli elementi impliciti nella Legge sui contratti], in *Beifang faxue* [Northern Legal Science], II, 132.

YANG ZHENSHAN (2005), *La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporaneo*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, G. Giappichelli Editore, Torino.

YU XINGZHONG (1989), *Legal Pragmatism in the People's Republic of China*, in *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 993, disponibile *on line* al sito: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/993>>.

YU YANMAN (2001), *Hetong chexiao quan de xianzhi yu paichu wenti yanjiu* [Ricerca sul problema della limitazione ed esclusione del diritto di annullamento del contratto], in *Minshang Faxue* [Studies in Law and Business], III, 22-33.

ZENG QINGMIN (a cura di) (2000), *Jingbian faxue cidian* [Dizionario giuridico dettagliato], Shanghai cishu chubanshe, Shanghai.

ZENO-ZENCOVICH V. (2017), *Comparative Legal Systems*, RomaTrE-Press, Roma.

ZHAI YUANJIAN (2014), *Quadro generale sulle fonti del diritto privato in Cina*, in *Diritto e Società*, IV, 805-831.

ZHANG GU (2000), *Lüe lun hetong xingwei de xiaoli - Dianping hetongfa di san zhang* [Cenni sull'efficacia dell'atto contrattuale. Commento al Capitolo

terzo della Legge sui contratti], in *Zhongwai faxue* [Peking University Law Journal], XII/2, 199.

ZHANG HU, WANG SHUANG (1999), *Hetongfa - hetong he hetongshu* [Diritto dei contratti. Contratto e contratto scritto], in *Beijing keji daxue xuebao* [Journal of University of Science and Technology Beijing], IV.

ZHANG L. (2007), *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Giuffrè, Milano.

ZHANG LIHONG (2009), *The Latest Developments in the Codification of Chinese Civil Law*, in *Tulane Law Review*, 83/4, 999-1039.

ZHANG MINGQI (2017), «*Zhonghua Renmin Gongheguo minfa zongze de zhiding* [La compilazione della «Parte generale del Codice Civile della RPC»], in *Zhongguo faxue*, II, 5-24.

ZHANG MO (2006) (2^a ed. 2019), *Chinese Contract Law: Theory and Practice*, Brill Academic Publishers.

ZHANG SUHUA (2017), *Minfa zongze cao'an (San shen gao) de jinbu yu buzhu* [I progressi e i limiti della Bozza della Parte generale del Codice civile. Terza versione], in *Dongfang faxue*, II, 56-71.

ZHANG WENXIAN (a cura di) (2007), *Fali xue* [Teoria del diritto], 3^a ed., Gaodeng jiaoyu chubanshe, Beijing.

ZHANG XIANCHU (2016), *The New Round of Civil Law Codification in China*, in *University of Bologna Law Review*, 1/1, 106-137.

ZHAO XUDONG (2000), *Lun hetong de falü yueshuli yu xiaoli ji hetong de chengli yu shengxiao* [Vincolo, effetti giuridici, conclusione ed entrata in vigore del contratto], in *Zhongguo faxue* [China Legal Science], I, 80-85.

ZHAO YU (2017), «*Fali xingwei*» he «*minshi falü xingwei*» gainian de jueze [La scelta tra il concetto di “negozio giuridico” e il concetto di “negozio giuridico civile], in *Zhongguo Jianchaguan*, I, 07-08.

ZHU LIN (1998), *Minshi zhaqi zhidu zhi yanjiu* [Ricerca nel sistema civile attuale riguardo al raggio], in *Minshangfa lun cong* [Serie libri di diritto civile e di diritto commerciale], vol. IX, 515, Falü chubanshe, Beijing.

ZHU YIKUN (2003), *Zhongguo Minfa - China's Civil Law*, Beijing.

ZIMMERMANN R. (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford.

Il volume ha l'intento di fornire un'accurata disamina del diritto dei contratti della Repubblica Popolare Cinese, collocato sia nella storia del diritto cinese sia nel più ampio panorama del sistema giuridico romanistico. Il lavoro si è avvalso di un'ampia bibliografia. Agli studi scientifici in lingua cinese, utilizzati per indagare e comprendere senza alcuna mediazione linguistica la produzione giuridica del legislatore della RPC e le correlate elaborazioni della dottrina cinese, si affianca la principale letteratura romanistica in materia contrattuale. Alla ricostruzione storica del diritto dei contratti in Cina segue la trattazione della nozione cinese di contratto, inserita in un'analisi comparatistica con la tradizione europea: partendo dalla nozione romana di contratto e dai suoi sviluppi, in particolare quelli del diritto francese e germanico, fino a far emergere le diverse radici ed i complessi sostrati storico-giuridici e culturali dei principi fondamentali (*jiben yuanzi*) che informano l'intero testo della Legge sui contratti della RPC. Vengono analizzati, altresì, gli elementi, l'interpretazione, l'integrazione e l'invalidità del contratto attraverso continui rimandi alle dottrine romane concernenti temi nodali del sistema contrattuale, quali, il principio consensualistico, il rischio contrattuale e la buona fede.

Enrico Toti insegna diritto cinese presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre. Ha conseguito un dottorato di ricerca in "Sistema giuridico romanistico. Unificazione del diritto e diritto dell'integrazione"; dal 1997 trascorre lunghi periodi di studio e ricerca presso l'Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza a Pechino ed altri atenei cinesi. L'uso della lingua e la frequenza degli ambienti accademici cinesi gli hanno permesso di acquisire una profonda conoscenza della cultura e della scienza giuridica della RPC. È autore e curatore di pubblicazioni in materia di diritto cinese e autore di traduzioni dal cinese all'italiano delle più importanti leggi della RPC. È *visiting professor* presso l'Università degli Studi Internazionali di Shanghai.