

Scienze Sociali

2011

CATERINA MUGELLI

Indipendenza e professionalità del giudice in Cina

PREMIO TESI DOTTORATO
FIRENZE UNIVERSITY PRESS – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE



PREMIO TESI DI DOTTORATO

- 30 -

PREMIO TESI DI DOTTORATO
Commissione giudicatrice, anno 2011

Luigi Lotti, *Facoltà di Scienze Politiche* (Presidente della Commissione)

Tito Arcchi, *Facoltà di Scienze Matematiche, Fisiche e Naturali*

Paolo Felli, *Facoltà di Architettura*

Michele Arcangelo Feo, *Facoltà di Lettere e Filosofia*

Roberto Genesisio, *Facoltà di Ingegneria*

Mario Pio Marzocchi, *Facoltà di Farmacia*

Salvo Mastellone, *Facoltà di Scienze della Formazione*

Luciano Mecacci, *Facoltà di Psicologia*

Adolfo Pazzagli, *Facoltà di Medicina e Chirurgia*

Mario Giuseppe Rossi, *Facoltà di Lettere e Filosofia*

Salvatore Ruggieri, *Facoltà di Medicina e Chirurgia*

Piero Tani, *Facoltà di Economia*

Franco Scaramuzzi, *Facoltà di Agraria*

Fiorenzo Cesare Ugolini, *Facoltà di Agraria*

Vincenzo Varano, *Facoltà di Giurisprudenza*

Caterina Mugelli

Indipendenza e professionalità del giudice in Cina

Firenze University Press
2012

Indipendenza e professionalità del giudice in Cina /
Caterina Mugelli. – Firenze : Firenze University Press,
2012.

(Premio FUP. Tesi di dottorato ; 30)

<http://digital.casalini.it/9788866553755>

ISBN 978-88-6655-374-8 (print)

ISBN 978-88-6655-375-5 (online)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc
Immagine di copertina:

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul sito-catalogo della casa editrice (<http://www.fupress.com>).

Consiglio editoriale Firenze University Press

G. Nigro (Coordinatore), M.T. Bartoli, M. Boddi, F. Cambi, R. Casalbuoni, C. Ciappei, R. Del Punta, A. Dolfi, V. Fargion, S. Ferrone, M. Garzaniti, P. Guarnieri, G. Mari, M. Marini, M. Verga, A. Zorzi.

© 2012 Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze

Firenze University Press

Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy

<http://www.fupress.com/>

Printed in Italy

A Xinran Wang

Sommario

Indice delle abbreviazioni	XI
Premessa	XIII
Capitolo 1	
L'ordinamento giuridico cinese: in particolare l'organizzazione delle corti e la figura del giudice	1
1. Cenni storici sull'ordinamento giuridico cinese	1
1.1. Premessa	1
1.2. Il diritto cinese autoctono	5
1.3. Il diritto cinese tra fine Ottocento e inizio Novecento: la prima influenza delle potenze occidentali ed il diritto sotto la guida del Partito nazionalista	16
1.4. La 'lunga marcia' ed il diritto sotto la guida di Mao	21
1.5. Tratti salienti del diritto cinese dalla morte di Mao ad oggi	29
2. L'organizzazione giudiziaria cinese	46
2.1. L'odierno sistema delle corti	46
2.2 L'attuale contesto della riforma giuridica cinese	53
3. Profilo storico del concetto di magistratura in Cina	57
3.1. Premessa	57
3.2. Dalla figura del magistrato imperiale al giudice odierno	58
3.3. La magistratura cinese e le sue caratteristiche	64
Capitolo 2	
Il principio di indipendenza del giudice	
Tra accezione occidentale e 'caratteristiche cinesi'	73
1. Significato di indipendenza della magistratura	73
1.1. Premessa	73

1.2. L'accezione nella tradizione giuridica occidentale	78
1.3. Le garanzie occidentali	84
1.4. Indipendenza ed imparzialità della magistratura nella storia del diritto cinese	90
1.5. Il principio di indipendenza nell'attuale contesto cinese	94
1.6. L'accezione cinese	98
2. Le 'garanzie' cinesi	102
2.1. Premessa	102
2.2. Reclutamento, destituzione e durata della carica	103
2.3. Mobilità e finanziamento	107
3. L'indipendenza della magistratura cinese: le principali influenze	112
3.1. Le influenze sull'indipendenza interna	112
3.2. La valutazione individuale del giudice all'interno della corte di appartenenza ed il controllo verticale da parte delle corti gerarchicamente superiori	113
3.3. Il ruolo del Consiglio giudiziario	120
3.4. Le influenze sull'indipendenza esterna	128
3.5. Il ruolo degli organi legislativi	130
3.6. Il ruolo del Partito comunista cinese	133
3.7. L'influenza dei mezzi di comunicazione di massa	143
3.8. L'influenza delle parti e degli organi di governo locale: il <i>guanxi</i> 关系, la corruzione ed il protezionismo locale	150
Capitolo 3	
La professionalità del giudice cinese	
Un confronto tra oriente e occidente	161
1. La professionalità del giudice tra oriente e occidente	161
1.1. Premessa	161
1.2. La prospettiva occidentale	162
2. La formazione dei magistrati in Cina	167
2.1. La storia: l'organizzazione degli esami imperiali e le prime università	167
2.2. Le attuali norme di riferimento e	

Sommario	IX
l'esame nazionale per l'accesso alle professioni legali	175
2.3. Considerazioni ed esempi	180
3. Considerazioni conclusive	188
3.1. Un nuovo ruolo per il giudice cinese?	188
3.2. Elementi di modernizzazione e criticità	197
Bibliografia	205
Glossario	217

Indice delle abbreviazioni

ALP	Assemblea locale del popolo
ANP	Assemblea nazionale del popolo
CP	Comitato Permanente
CS	Consiglio di Stato
CSP	Corte suprema del popolo
LL	Legge sulla legislazione
LM	Legge sulla magistratura
LOCP	Legge organica sulle corti del popolo
LPI	Legge sul pubblico impiego
NU	Nazioni Unite
OMC	Organizzazione mondiale del commercio
PCC	Partito comunista cinese
UIM	Unione internazionale dei magistrati
ZES	Zone economiche speciali

Premessa



Il mondo con l'Europa al centro è l'immagine che sin dalle scuole elementari ho trovato appesa alle pareti della classe, mai conosciuta in maniera approfondita, ma se non altro familiare e inconsciamente punto di partenza della mente quando ci si avvicina ad un paese diverso. La seconda immagine, con l'Asia al centro, è invece quella ritrovata nell'aula dell'Università di Chongqing (megalopoli industriale cinese); ad uno sguardo veloce figura conosciuta, ma diversa e la mente ha impiegato qualche secondo prima di capirne il perché. Nonostante gli avvertimenti ricevuti nei primi passi verso lo studio del diritto cinese, che consigliavano di ridimensionare (per quanto possibile) le categorie occidentali nell'approccio con un contesto così (anche geograficamente) distante, solo adesso mi rendo conto di quanto determinate realtà non siano immediatamente comprensibili senza una conoscenza diretta. Difficile dire quanto di quel mondo lontano sia riuscita ad assorbire in questi anni di studio e soprattutto quanto sia riuscita a rielaborare sotto l'egida della comparazione poiché, forse, molte realtà si comprendono meglio oltre che con lo studio, in un congruo periodo di tempo in cui le nozioni lasciano lo spazio ad una riflessione critica che, per definizione, non può essere immediata.

Il mio incontro con la Cina è avvenuto con l'inizio del dottorato. Per un insieme di coincidenze fortunate mi sono ritrovata subito dopo la laurea ad occuparmi di un paese che ben poco conoscevo non solo dal punto di vista del diritto, ma anche e soprattutto da una prospettiva culturale.

Per quanto l'interesse e la curiosità per mondi diversi dal mio e per le lingue straniere potesse essere forte da tempo, cosa che più di una volta mi ha portato all'estero per motivi di studio, mai mi sarei immaginata di avvicinarmi ad una realtà così lontana.

Come spesso accade quando si comincia a studiare un tema *prima facie* nuovo, si scopre poi che in altre realtà nuovo non è e così ho cominciato a rendermi conto che la Cina era davvero vicina anche in alcune facoltà di giurisprudenza italiane: al di là degli articoli dei quotidiani, che comunque all'improvviso mi parevano più numerosi che in passato, spesso mi accorgevo di convegni, incontri ed iniziative legate alla Cina delle quali non avevo mai sentito parlare. Intenzionata a capire chi si occupava di diritto cinese e soprattutto in che cosa questo consistesse non ho esitato a farmi coinvolgere.

Dopo un percorso universitario che mi aveva portato a conoscere soprattutto la tradizione giuridica occidentale, non trovavo facile inquadrare la Cina; della lettura dei primi manuali in lingua italiana sul diritto dell'Asia orientale mi affascinava soprattutto il diritto cinese autoctono e inevitabilmente la dottrina confuciana, quella ricerca dell'armonia sociale nel rispetto di ruoli e gerarchie, dove il superiore deve, in un certo senso, proteggere ed educare l'inferiore. Del diritto cinese moderno, invece, mi restavano in mente solo dettagli.

In un vortice di informazioni e nella difficoltà di comprendere pienamente l'ordinamento cinese ho iniziato questo lavoro incentrato su quello che potrebbe apparire un tema classico: 'Indipendenza e professionalità del giudice in Cina'. Ho così iniziato ad affrontare la complessità della Cina e della sua storia. Descrivere, capire e commentare il principio dell'indipendenza della magistratura non può però prescindere da una profonda comprensione della realtà nella quale deve essere applicato, dalla conoscenza del ceto dei giuristi, dalle relazioni tra i poteri dello stato, dalla storia del Partito comunista, fattori che ho provato a cogliere nel corso di questi anni di studio.

Altro ostacolo era la lingua; non avevo immaginato quanto potesse essere riduttivo leggere della Cina non in cinese, non aver accesso alla fonte diretta: ho iniziato a studiare il cinese, sapendo che i benefici per la stesura della tesi di dottorato non sarebbero stati significativi, ma anche convinta che avrei compreso meglio la cultura cinese nascosta dietro quei caratteri inizialmente incomprensibili. Ancora oggi la lingua resta un ostacolo, ma da piacevole impegno fiorentino (accompagnato dalle iniziali soddisfazioni quali il riconoscere i primi radicali, il significato di un simbolo per la sua composizione e non per averlo precedentemente memorizzato) è passato ad essere uno strumento utile per farmi capire nella vita di tutti i giorni durante i cinque mesi trascorsi nella municipalità di Chongqing. Lingua e ricerca sono andate di pari passo: migliorare nella lingua significava procedere più speditamente nella ricerca. Il materiale raccolto è stato molto, gli incontri con professori cinesi di diritto decisa-

mente interessanti ed istruttivi; ovviamente un aiuto era necessario e l'aver conosciuto una giovane studentessa volenterosa e capace di parlare l'inglese (circostanza non scontata perlomeno nell'Università di Chongqing) è stato di cruciale importanza. Riuscire ad esprimermi o quantomeno provare a farlo mi ha permesso di apprezzare di più l'esperienza di vita in Cina e anche di capire che molte possono essere le sfaccettature da analizzare. Il mio lavoro attuale non è dunque immune da limiti, ma voglio considerarlo come la prima tappa di un percorso più lungo.

Le difficoltà maggiori, oltre che nella comprensione della struttura politica e sociale, sono arrivate quando dalla *law on the books* aspiravo a descrivere alcune dinamiche del diritto così come praticato oggi in Cina. Quanto mi pareva chiaro è gradualmente diventato difficile da comunicare con efficacia. È nozione comune che la Cina sia un paese vastissimo; ho scoperto che è anche profondamente stratificato. Alla difficoltà di analizzare le differenze nell'applicazione della legge tra campagne e città, tra Est ed Ovest del paese, si aggiunge la complessità di correlare la forza dell'intensità dell'ideologia e dell'influenza disomogenea del potere centrale con il grado di corruzione (più o meno evidente, ma di impossibile quantificazione), di persistenza delle tradizioni ed infine con il livello di professionalità dei giudici.

Sebbene consapevole di tutto questo, ho dato importanza alle norme nazionali, alla Costituzione e alle leggi approvate in tema di magistratura. Sicuramente la *'rule of law socialista'* introdotta nella Costituzione cinese nel 1999 permette decisioni e soluzioni elastiche e flessibili che mettono in crisi chi ricerca in una norma la certezza della sua applicazione, ma è altresì vero che per capire la flessibilità o l'ambivalenza cinese, come talvolta è stata descritta, è necessario comprendere da quale schema le soluzioni cinesi si discostino.

Lo scopo di questo lavoro è dunque quello di definire a livello normativo l'indipendenza e la professionalità del giudice inquadrando i due concetti in un contesto storico e con raffronti con la tradizione giuridica occidentale, al fine di recuperare lo scopo ultimo della funzione giudiziaria: l'imparzialità della decisione.

Questo libro non sarebbe nato senza la collaborazione scientifica ed il supporto di molte persone. Confucio insegna che «In privato un giovane dovrebbe amare i genitori e in pubblico rispettare i superiori, essere coscienzioso e sincero, amare indistintamente e coltivare l'amicizia con chi è dotato di benevolenza. Se poi ha ancora energie, dovrebbe riservarle allo studio» (Confucio, *Dialoghi*, 1.6).

Sono certa di aver in parte disatteso gli insegnamenti confuciani eccedendo con le energie dedicate allo studio, non sempre in maniera costruttiva, ma le parole dei saggi servono anche a migliorarsi e per questo un ringraziamento speciale va al mio

saggio e paziente Maestro, Professor Vincenzo Varano, che mi ha trasmesso un metodo che in questi anni di crescita è stato, tutt'ora è e sono certa che ancora sarà, insegnamento di vita oltre che di scienza. Confucio suggerisce di amare indistintamente e di coltivare l'amicizia, attività che potrei aver trascurato, ma la fortuna di avere una famiglia, amori e amici (categoria nella quale posso serenamente includere anche i colleghi) «dotati di benevolenza» mi permette di ringraziarli tutti quanti con profonda gratitudine per il sostegno, i consigli e l'affetto sincero che non mi hanno mai negato.

Ringrazio anche la FUP e la dott. Flavia Conti in particolare che con la sua pazienza mi ha permesso di concludere un soggiorno di ricerca all'estero aggiornando il mio lavoro ai primi mesi del 2013.

Capitolo 1

L'ordinamento giuridico cinese: in particolare l'organizzazione delle corti e la figura del giudice

1. Cenni storici sull'ordinamento giuridico cinese

1.1. Premessa

Ubi societas ibi ius¹

La storia della Cina è storia ultramillenaria, come bene ricorda lo stesso Preambolo alla vigente Costituzione del 1982². Le radici storiche del paese risalgono infatti al 2205 a.C., data che viene fatta coincidere con la nascita della dinastia Xia (2205-1767 a.C.). Per molti anni infatti, proprio la successione dinastica è stata considerata il miglior strumento per delineare l'evoluzione della Cina e, per quanto non sia l'unico mezzo di analisi adottabile, rimane probabilmente il più efficace anche ai fini di questo lavoro³.

Procedendo dunque per dinastie, la ricchissima dinastia Shang (1766-1122 a.C.) è protagonista di un notevole sviluppo territoriale: a quel periodo risale infatti l'istituzione di nuove città e la preparazione di svariati terreni per fini agricoli; mentre la longeva dinastia Zhou (1122-256 a.C.) connota l'inizio di una 'giustificazione etica' alla base della presa di potere, nonché un'ulteriore espansione geografica ufficializzata con cerimonie rituali, in particolare nel suo primo periodo noto con il nome di dinastia degli Zhou occidentali (1122-771 a.C.). Nella seconda fase Zhou (771-221 a.C.)

¹ Il brocardo è talvolta attribuito a Cicerone, rileva qui il suo significato 'dove vi è una società civile, lì vi è il diritto'.

² La versione inglese dell'attuale Costituzione cinese è disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=3437&lib=law&SearchKeyword=constitution&SearchCKeyword=>> (02/13).

³ È stato notato come talvolta più dinastie abbiano regnato contemporaneamente o come, talaltra, il passaggio da una dinastia ad un'altra più che un segno di cambiamento abbia dimostrato una continuità con il periodo precedente facendo propendere per scansioni temporali diverse. Si veda in proposito l'introduzione di John A.G. Roberts, *Storia della Cina*, il Mulino, Bologna 2013, p. 11 ss.

l'espansione territoriale per quanto considerevole è minata da una crescente instabilità dovuta a pressioni di feudi sempre più indipendenti dal regnante che lo costringono a spostare la capitale ad oriente, evento che ancora determina il nome con il quale il periodo è passato alla storia: dinastia degli Zhou orientali appunto. Proprio l'instabilità portò alla creazione di numerosi piccoli stati indipendenti in continua lotta tra loro. Queste lotte intestine continuarono a proliferare anche nel periodo successivo tanto da far passare quasi duecento anni di storia sotto il nome di 'epoca degli Stati combattenti' (403-221 a.C.). L'arte della guerra divenne, in questa fase della storia cinese, fondamentale. Ogni stato avviò una preparazione militare più rigorosa, nuove armi, armature ed eserciti possono definirsi i protagonisti di questo periodo; lo stato di Qin, tra i tanti a combattere, dimostrò il maggior dinamismo fino ad emergere e compiere la sua ascesa al potere nel 221 a.C.⁴

Sotto la dinastia Qin (221-206 a.C.) fu abolito il sistema 'feudale', che si era andato creando nei periodi precedenti a favore di uno stato centralizzato che continuasse un'amministrazione statale diretta. Questa caratteristica, nonostante periodi anche molto lunghi di tensioni e scontri interni, ha marcato in modo indelebile la cultura politica cinese, impegnata a dibattere sulle forme ideali di suddivisione territoriale e di rapporto tra centro e periferia⁵.

Già in epoca molto antica si è avuta dunque una polarizzazione tra i sostenitori di uno stato centrale forte e chi proponeva varie forme di decentramento amministrativo. Tali teorie continuano ancora oggi ad impegnare studiosi cinesi ed occidentali che interpretano dinamiche giuridiche e sociali proprio attraverso l'interazione tra centro e periferia⁶.

⁴ Cfr. *ivi*, p. 26 ss. Si veda anche M. Szto, *Strengthening the Rule of Virtue and Finding Chinese Law in "Other" Places: Gods, Kin, Guilds, and Gifts*, «Suffolk Transnational Law Review», 35, 2012, pp. 1-30, pp. 8-9.

⁵ Leggi e procedure amministrative prestabilite furono fondamentali per l'ascesa dei Qin che attraverso le stesse furono anche promotori di una divisione territoriale in distretti (县 *xian*) composti da piccoli gruppi di famiglie (da cinque a dieci). John A.G. Roberts, *Storia della Cina*, cit. pp. 42-45. Varie sono le dinastie che meriterebbero di essere citate per l'importanza avuta nella storia cinese. Si ricorda qui la dinastia Han (202 a.C. – 220 d.C.) «così autorevole, sul piano storico e culturale, che i Cinesi, ancora oggi, si autoappellano col nome di quella dinastia», M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Libreria Bonomo, Bologna 2005, p. 10.

⁶ Per osservazioni sul tema si vedano J.H. Chung, *Central-Local Dynamics: Historical Continuities and Institutional Resilience*, in S. Heilmann, E.J. Perry (a cura di), *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London 2011, pp. 297-320 e M. Mazza, *Decentramento e governo locale nella Repubblica popolare cinese*, Giuffrè, Milano 2009.

Le fondamenta culturali dell'Impero cinese comprendono innanzitutto l'idea del così detto 'mandato del cielo', 天命 (*tianming*), in forza del quale il sovrano può regnare e governare a patto che non venga meno ai suoi doveri, evenienza questa che legittimerebbe, attraverso l'insurrezione dei sudditi, la revoca del mandato stesso. La teoria del *tianming* ha permesso quindi di non percepire come un'insanabile rottura il succedersi delle diverse dinastie. In tale visione, era l'Imperatore che, non riuscendo a mantenere l'armonia tra cielo, uomini e terra, legittimava l'insurrezione che avrebbe espresso un nuovo comandante chiamato ad assumere a sua volta il compito di ricercare l'equilibrio nell'Impero⁷.

L'ordine universale, in base a tale visione, dipende dalle azioni degli uomini stessi, più in particolare dalle capacità dell'Imperatore, ovvero del 王 *wang*, il quale deve conoscere le leggi dell'armonia universale e, tramite l'esempio, trasmetterle ai propri sudditi. Infatti, i tre tratti orizzontali del carattere cinese rappresentano, partendo dall'alto, proprio il cielo, gli uomini e la terra, il tratto verticale rappresenta l'Imperatore che deve mantenerli in armonia. Quindi, «the Emperor and his officials were supposed to be themselves vessel of virtue and to rule by virtue»⁸.

Se alla dinastia Qin va il merito di aver unificato il paese, alla dinastia Song, ovvero a partire dal 960 d.C., si riconosce il merito di aver perfezionato quell'apparato amministrativo formalmente centralizzato che avrebbe poi caratterizzato la storia cinese sino alla fine dell'Impero (1911) e che sancì per la Cina la caratteristica di stato unitario⁹.

Nonostante il susseguirsi di dinastie, la longevità dell'Impero celeste ha trasmesso in occidente una correlata idea di immobilità, laddove in oriente proprio tale longevità è vista come segno di importanza, forza e dinamismo, caratteristiche che emergono immediatamente nel significato dei caratteri cinesi utilizzati per indicare il nome del paese stesso: 中国 (*zhongguo*), ovvero 'paese di mezzo'. Infatti, la Cina rap-

⁷ Ancora oggi il termine 革命 (*geming*) che letteralmente significa cambio di investitura, viene utilizzato con il significato di 'rivoluzione', R. Cavalieri, *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, I.S.E.S.A.O., Milano 1996, pp. 7-8; si veda anche R. Cavalieri, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Milano 1999, pp. 26-27. In ogni caso, sebbene non sia storicamente sottovalutato il ruolo svolto dalle qualità personali dell'Imperatore per le sorti della dinastia, la *mala gestio* amministrativa ed economica era certamente determinante per scatenare rivolte atte a rovesciare la dinastia. John A.G. Roberts, *Storia della Cina*, cit. p. 11.

⁸ M. Szto, *Strengthening the Rule of Virtue and Finding Chinese Law in "Other" Places: Gods, Kin, Guilds, and Gifts*, cit., p. 7, si veda anche M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., pp. 10- 11.

⁹ R. Cavalieri, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 81. Modello che fu condiviso dalle ultime quattro dinastie dell'Impero, oltre la citata dinastia Song anche la Yuan (1271- 1368), la Ming (1368- 1644) e la Qing (1644- 1911). Si veda anche John A.G. Roberts, *Storia della Cina*, cit., p. 111.

presentava in Asia il paese centrale per la sua posizione geografica, ma soprattutto, nella frammentata tradizione culturale asiatica, era il paese nel quale si erano sviluppati gli elementi fondanti di una civiltà raffinata e complessa: la scrittura, la filosofia (principalmente quella confuciana) e quelli che, secondo le categorie occidentali, erano gli istituti giuridici di base.

Nella tradizione est-asiatica i cinesi erano conosciuti proprio per la loro capacità di adattarsi, affrontare situazioni diverse e modificarsi in base alle necessità. Esempio importante in questo caso è dato dall'ideogramma che i giapponesi utilizzavano in origine per riferirsi allo società cinese, ovvero il carattere 化 *hua* che letteralmente significava proprio civiltà. Più in particolare l'idea del movimento è trasmessa dall'ideogramma stesso che rappresenta una persona con in mano un mestolo. L'azione di mescolare, di modificare la materia, rappresentava in Asia l'idea di cultura; ed era proprio un'immagine di civiltà avanzata e capace di adattarsi a situazioni diverse quella che la Cina dava di sé ai paesi limitrofi¹⁰.

Comprendere ciò non significa soltanto imparare a scoprire le radici e le ragioni attraverso le quali la società cinese ha creato e sviluppato quella cultura grandiosa e illuminante cui si fa riferimento nel Preambolo dell'attuale Costituzione, ma anche imparare a riconoscere che esistono ancora oggi fattori culturali che continuano ad avere un importante impatto sulle forme di regolamentazione della società cinese¹¹.

L'analisi comparativa consente di sviluppare un esame critico di quei principi ed istituti che in occidente si è abituati a considerare acquisiti: è pertanto necessario affrontare lo studio del diritto cinese con umiltà e apertura mentale come premessa necessaria per capire questa complessa realtà e valutarne pienamente i riflessi sul progresso intellettuale e sociale¹². Per quanto l'affermazione possa apparire banale, non può essere data per scontata.

¹⁰ «[...] si definì uno schema in cui all'Imperatore cinese, nella sua posizione di rappresentante e tutore dell'ordine cosmico, spettava la diffusione della 'cultura' ai 'barbarici' margini della civiltà. Fu quest'idea a fondare il grande prestigio dei modelli istituzionali cinesi e a dar vita ad un sistema di relazioni internazionali tipico dell'area est-asiatica, detto 'tributario'. In base a tale sistema i popoli dei paesi limitrofi inviavano missioni presso l'Imperatore cinese presentando a questi un tributo con cui ne riconoscevano la superiorità; in cambio ai popoli confinanti si concedeva di apprendere ed importare nei propri Paesi i superiori modelli culturali, istituzionali, giuridici cinesi». M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., p. 11.

¹¹ P. Rossi, *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, p. 9-67, p. 16.

¹² Molti studiosi di Cina e di diritto cinese sono oramai concordi con tali premesse: per tutti, si veda W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, p. 495 ss.

1.2. Il diritto cinese autoctono

Colpirne uno per educarne cento¹³

Sebbene questo lavoro voglia analizzare la magistratura cinese in una prospettiva comparata, si rende necessario descrivere lo sviluppo del diritto in Cina in un contesto più generale, ovvero dagli albori dell'Impero fino ad oggi. La circostanza non è di poco rilievo se si pensa che, fino a pochi anni fa, giuristi esperti classificavano la Cina come paese nel quale il diritto aveva un ruolo minore, o addirittura, come paese senza diritto.

È stato infatti notato che nei testi usciti in occidente il diritto cinese veniva sempre relegato in categorie residuali; ad esempio René David, uno dei padri fondatori della comparazione giuridica moderna, il cui manuale di diritto comparato è stato tradotto in svariate lingue, comincia a trattare di diritto cinese con un paragrafo intitolato «rôle mineur du droit» all'interno di un capitolo dedicato ai sistemi filosofici e religiosi estremamente eterogeneo, ossia volto a ricomprendere realtà geograficamente e culturalmente distanti dalla tradizione giuridica occidentale¹⁴. Il ruolo minore del diritto nella società cinese per David è dovuto al fatto che coloro che vivono non preoccupandosi di morale e di società sono barbari e proprio ai barbari e ai «criminali incorreggibili» si rivolge il diritto altrimenti «[i]l popolo cinese vive normalmente al di fuori [dello stesso]»¹⁵.

In realtà qualche secolo prima già Montesquieu, probabilmente più libero da preconcetti e sovrastrutture, aveva trasmesso una visione più realistica del diritto autoctono cinese; pur riconoscendo che formalmente esso si presentava sotto forma di divieto, a ben guardare inglobava uno 'spirito' ed una morale praticati e condivisi in tutta la società¹⁶.

¹³ Il detto compare per la prima volta in un libro dinastico che riguarda la storia cinese dal 206 a.C. al 25 d.C.. Contrariamente a quanto siamo soliti pensare «ha molto più a che vedere con le regole del buon governo confuciano [base fondante della società cinese] che con gli eccessi della rivoluzione»: per approfondimenti si veda S. Stafutti, G. Ajani, *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, Einaudi, Torino 2008, p. 3 ss.

¹⁴ Per ulteriori ed interessanti considerazioni in proposito si veda M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., pp. 2-3; si veda anche T. Ruskola, *Legal Orientalism*, «Michigan Law Review», 101, 2002-2003, pp. 179-234, p. 181 ss.

¹⁵ R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Parigi, Dalloz 2002 (11a ed.), tr. it. a cura di R. Sacco, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova 2004 (5a ed), p. 440.

¹⁶ In proposito si veda la premessa di G. MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, The University of Georgia Press, Athens-London 1996, in particolare p. 2.

Vari possono essere i periodi da ricordare nell'illustrazione del diritto autoctono cinese, dalle leggi della dinastia Zhou, quando ancora non esisteva un Impero centralizzato, fino ai codici imperiali sviluppati sotto le successive dinastie, come sottolinea MacCormack in uno dei libri più utilizzati nell'approccio al diritto tradizionale cinese 'The Spirit of Traditional Chinese Law'¹⁷.

Nell'impossibilità di ripercorrere in questa sede lo sviluppo del diritto tradizionale si può però affermare che di diritto e delle sue dinamiche operative è possibile parlare anche con riferimento alla Cina imperiale.

Come spesso accade, ricostruire la verità storica è impresa ardua, ma, nel caso della Cina, si può forse sostenere che le errate credenze occidentali di un presunto immobilismo cinese e di una società senza diritto possono in parte essere giustificate dal fatto che sono stati i cinesi stessi a non aver considerato centrale l'idea del diritto come scienza. Questa circostanza trova fondamento nel fatto che giurisdizione ed amministrazione non sono mai state profondamente distinte¹⁸. In altri termini, l'amministrazione della giustizia rappresentava solo una delle tante funzioni che il delegato imperiale doveva esercitare al fine di mantenere la società in armonia. La vastità del territorio dell'Impero imponeva dunque un'organizzazione amministrativa con vari livelli di governo locale affidati a funzionari, noti in occidente come mandarini, i quali venivano selezionati attraverso difficilissimi esami imperiali (科举考试 *kejükaoshi*) che niente testavano circa le competenze giuridiche¹⁹.

Tentando di raggruppare le caratteristiche del diritto cinese che sono sopravvissute nel susseguirsi delle varie dinastie, può essere affermato che fino al XVII-XVIII secolo soltanto le questioni criminose più gravi venivano disciplinate per iscritto prevedendo punizioni più o meno dolorose per i colpevoli, mentre le relazioni tra privati rimanevano spesso fuori dalle disposizioni scritte che operavano come strumento nelle mani dello stato centrale e locale per mantenere armonia ed ordine cosmici. Da questo netto carattere di funzionalità del diritto e di operatività verticale discendono due corollari, da un lato un carattere politico, sin dalle origini, del diritto cinese, dall'altro l'assenza di una professione legale, infatti, le varie amministrazioni erano chiamate a rimediare alla rottura della società armoniosa e dunque sempre le stesse avevano la facoltà di decidere se perseguire e punire il colpevole²⁰.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1967, p. 5.

¹⁹ *Ibid.* Si veda anche G. MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, cit., p. 21: «At the most general level, the emperor delegated his executive and judicial, though not his legislative, functions to his officials. They exercised their powers in his name and were accountable to him».

²⁰ D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, cit., p.4 e p. 10.

In questo senso il diritto, o meglio quelle regole che in occidente sono poi state ricondotte all'ambito giuridico, venivano viste come strumento per impedire e limitare condotte antisociali potenzialmente in grado di minare l'unitarietà e la stabilità del paese.

Quanto sopra consente di tracciare le prime linee del diritto cinese a partire dalla scuola dei legisti, 法家 *fajia*, (III secolo a. C.), la cui maggiore elaborazione teorica è rappresentata proprio dall'ideogramma 法 *fa*, volto ad indicare le leggi scritte alle quali il popolo era tenuto a conformarsi²¹. Esse erano emanate soprattutto in relazione a comportamenti criminosi, ovvero per reprimere o correggere quelle azioni atte a minacciare la società e la sua armonia, cosa che ha contribuito a far ritenere che se in Cina di diritto si doveva parlare, lo si doveva fare nei termini del diritto penale²².

La scuola dei legisti si era in parte avvicinata a quei principi che oggi chiamiamo di certezza del diritto, di uguaglianza e di soggezione del giudice alla legge sostenendo la necessità di una applicazione rigorosa della disposizione scritta come regola volta a limitare il potere da applicare in modo imparziale ed uniforme²³. Si anticipa qui che proprio questi caratteri del legismo hanno contribuito fortemente alle basi teoriche ed istituzionali di quello che sarebbe in futuro divenuto un Impero burocratico e centralizzato²⁴.

In contrapposizione a questa visione, la filosofia attribuita alla scuola confuciana (儒家 *rujia*) in particolare a Confucio, che si ritiene abbia vissuto fra il 551 ed il 479 a.C., si è imposta con determinazione principalmente in materia di regole di governo,

²¹ Non è certa l'origine del *fa*, si veda R. Cavalieri, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 29 ss. si veda anche R. Cavalieri, *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., pp. 8-9, ciò che è certo è che ad oggi il significato generalmente attribuito è quello di legge o diritto, il simbolo 法 (*fa*) è utilizzato per indicare i corsi universitari e le varie leggi, ovviamente preceduto dalla materia trattata.

²² In realtà il carattere cinese forse più utilizzato al tempo era 刑 *xing* volto ad indicare la punizione corporea vera e propria, ciononostante l'ideogramma *fa* ha mantenuto nei secoli un maggior rilievo, D. Bodde, *Basic Concepts of Chinese Law: The Genesis and Evolution of Legal Thought in Traditional China*, «Proceedings of the American Philosophical Society», 107, 1963, pp. 375-398, p. 379.

²³ «[...] nel periodo storico della divisione della Cina in molteplici 'regni combattenti' (III secolo a. C.) si divulgò la dottrina dei legisti, i quali insistettero sulla necessità di preregolare mediante prescrizioni legali la condotta dei cittadini e le decisioni dei giudici. La concezione del diritto proposta in Cina in quell'epoca è molto vicina a quella occidentale», R. Sacco, voce *Cina*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, pp. 360-365, p. 361. Tien-His Cheng, *The Development and Reform of Chinese Law*, «Current Legal Problems», 1, 1948, pp. 170-187, pp. 170-171 riporta la strumentalità del diritto nei confronti dell'andamento statale: «No State can be always strong or always weak: those which are strong in the enforcement of law will be strong; those which are weak in the enforcement of law will be weak» e ancora «bad law is better than no law, because it establishes uniformity».

²⁴ R. Cavalieri, *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 11.

di condotta e, più in generale, rapporti tra consociati. Entrambe le linee di pensiero, quella legista e quella confuciana, affondano le loro radici nel regno della dinastia Zhou, ma la loro vera contrapposizione avviene soltanto qualche secolo più tardi, ovvero quando, a partire dal 206 a.C., epoca Han, l'ideologia confuciana penetrerà fino agli strati più profondi della società riuscendo a fungere da collante fra questa e lo stato.

Il confucianesimo infatti è riuscito a svolgere questa fondamentale funzione 'tramandando'²⁵ che la società poteva dirsi ordinata quando le cose corrispondevano al loro nome (c.d. raddrizzamento dei nomi) nel rispetto di precise gerarchie tra consociati (principio gerarchico), all'interno delle quali ciascun individuo era destinatario di una serie di doveri che cambiavano con il mutare dei reciproci rapporti (principio di differenziazione). Si venivano così a creare precise relazioni, che si costituivano nelle forme di organizzazione di base della società, partendo dalla famiglia fino a crescere in gruppi di persone più numerosi, quali clan e villaggi. Bene si comprende come l'individualismo trovasse poco spazio in una società così organizzata all'interno della quale il singolo soggetto aveva importanza in quanto appartenente ad un gruppo²⁶.

Una costruzione fortemente gerarchica della società non deve però far pensare ad un rapporto di mera obbedienza tra il superiore e l'inferiore. Se si pensa che le cinque relazioni basilari del confucianesimo sono: sovrano-suddito; padre-figlio; marito-moglie; fratello maggiore-fratello minore; amico più anziano-amico più giovane è facile comprendere come sia impossibile ed impraticabile ritenere che, ad esempio, un figlio abbia solo doveri nei confronti del padre; più verosimile che vi sia un rapporto di reciprocità; con la differenza, principalmente concettuale, che in questo caso la protezione che un figlio per natura si aspetta dal padre non deve inquadarsi nella categoria dei 'diritti', bensì in quella degli 'obblighi', è infatti il padre che per la posizione occupata ha l'obbligo di proteggere il figlio e questo accade non tanto per soddisfare l'interesse del singolo, ma l'interesse della collettività tutta. Scale gerarchiche e ruoli differenziati si ritrovano in tutta la società per questo i doveri di ogni soggetto variavano sia in base allo status sociale che in base alla posizione occupata all'interno della famiglia; pietà filiale, rispetto per gli anziani e superiori erano valori fondamentali che imponevano comportamenti diversi per soggetti diversi²⁷, comportamenti e valori che ancora oggi si ritrovano nella società cinese.

²⁵ «Nel tramandare senza nulla aggiungere, riponendo tutta la fede e l'amore nell'antichità, oso paragonarmi al venerabile Peng», Confucio, *Dialoghi* (trad. it. e cura di T. Lippiello), Einaudi, Torino 2006, p. 67 (7.1).

²⁶ D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, cit., p. 33 ss.

²⁷ Cfr. *ivi*, p. 19 ss.

La legittimità di questi comportamenti deriva dal fatto che la morale confuciana affonda le sue radici nella mente degli uomini più saggi, nelle loro conoscenze, e che i disordini che si venivano a creare derivavano da una mancata comprensione da parte dell'uomo di queste condotte portatrici di un'etica e di una morale che ancora oggi non solo affascina, ma è condivisa. Le virtù promosse dalla scuola confuciana erano quelle della gentilezza (仁 *ren*), della giustizia (义 *yi*), delle buone maniere (智 *zhi*) racchiuse nei comportamenti rituali (礼 *li*) e nell'onestà (信 *xin*)²⁸.

Le parole attribuite a Confucio sono molto chiare:

La Via dei sovrani dell'antichità era resa maestosa dal conseguimento dell'armonia e tutte le cose, grandi e piccole, dipendevano da essa. Tuttavia vi sono casi in cui non può essere conseguita: quando, pur conoscendone il valore, la si coltiva ma senza avere regolato la propria condotta con l'osservanza delle norme rituali²⁹.

Se si considera quanto sopra come vero, si comprende con facilità che comportamenti analoghi non potevano essere sanzionati nello stesso modo e che dunque il confucianesimo non condivideva l'idea di un principio di uguaglianza davanti a quelle leggi scritte, inutili in una società in cui ciascuno rispettava i doveri derivanti dal suo ruolo all'interno della gerarchia, ma necessarie per reprimere condotte antisociali. Infatti, l'uomo che non era buono per natura, attraverso l'osservanza della morale confuciana, poteva migliorare la sua condizione³⁰.

I rapporti tra soggetti all'interno di un gruppo, in base all'ideologia confuciana, venivano dunque sanciti da regole sociali spesso espresse sotto forma di riti ancestrali, mentre le regole scritte, che potremmo definire giuridiche, avevano rilevanza soltanto nel momento della patologia dell'organizzazione della società, nella rottura e nel compimento di comportamenti idonei a violare il rispetto delle gerarchie ed il ruolo che la società riservava a ciascun soggetto.

²⁸ Si tratta delle cinque virtù attorno alle quali si sviluppa il pensiero di Confucio. Sono concetti che si ritrovano nei 'Quattro Libri' fondamento del suo pensiero (La Grande Dottrina, I Dialoghi, Il Giusto Mezzo ed Il Libro di Mencio).

²⁹ Confucio, *Dialoghi*, cit., p. 7 (1.12). In generale sul tema si veda R. Cavalieri, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit. p. 41 ss. e 91 ss.; G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, Milano 2007, p. 51 ss., L. Moccia, *Il diritto in Cina*, Bollati Boringhieri, Torino 2009, p. 85 ss.

³⁰ «man is by nature good [...], or at least is a rational being capable of learning goodness [...]. It is by inculcating the *li* that society shapes the individual into a socially acceptable human being. The *li* are thus preventive in that they turn the individual away from evil before he has the chance of committing it, whereas law (*fa*) is punitive in that it only comes into action to punish the individual for evil already committed». D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, cit., p. 20.

Dopo aver evidenziato l'importanza di questi comportamenti rituali espressi attraverso regole di vita associativa, si intende come il carattere 礼 *li* rappresenti il fulcro della morale confuciana, tradotto spesso con 'rito', più esplicitamente potrebbe essere definito come «ciò che è conforme all'agire naturale per la realizzazione dell'ordine universale»³¹.

La forza ed il convincimento del confucianesimo assieme ai pregiudizi occidentali furono così forti da tramandare l'idea di una apparente penuria di materiali giuridici; quell'ideale di armonia predicato dalla filosofia confuciana insisteva soprattutto sulla necessità di prevenire l'insorgere delle controversie, piuttosto che dirimerle, in quanto esse stesse rappresentavano eventi disdicevoli atti ancor più a turbare l'armonia sociale³². L'avversione nei confronti delle liti e la volontà di educare il popolo a rifuggerle significava spronare l'uomo a migliorare sé stesso affinché potesse poi migliorare gli altri³³.

Questo non significa che non esistessero autorità chiamate a decidere su controversie; infatti, non sempre la composizione amichevole effettuata davanti alle amministrazioni stragiudiziali, al capo del villaggio, al gruppo, al clan o alla famiglia, nucleo essenziale della società, poteva essere attuata, ed allora si adiva il tribunale di primo grado collocato a livello distrettuale, all'interno del quale la disputa era affidata al magistrato imperiale che preferiva, a sua volta, fare uso di criteri di equità elastici e sensibili alla particolarità del caso concreto, in base a regole e virtù dell'etica confuciana, piuttosto che pervenire ad una decisione basata su disposizioni desumibili da testi di legge. Si tratta qui della nota contrapposizione fra i citati *li* e *le fa*³⁴. La citazione che segue appare illuminante:

³¹ G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 53.

³² In molti casi il semplice fatto di scegliere la 'via legale', magari anche per una pretesa più che fondata, poteva far apparire l'attore come un attentatore alla pace sociale, R. Cavalieri, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 92.

³³ «Nell'esaminare una controversia non sono diverso dagli altri. Sarebbe piuttosto necessario far sì che non ve ne fossero», Confucio, *Dialoghi*, cit., p. 139 (12.13).

³⁴ In realtà limitare il diritto cinese tradizionale alla contrapposizione tra *li* e *fa*, ovvero tra leggi e riti è riduttivo; per una trattazione più completa sulle basi del diritto cinese autoctono si veda R. Sacco, voce *Cina*, cit., p. 360-365; infatti, sono esistiti dei veri e propri codici durante le varie dinastie, ma ciò che è necessario sempre considerare è il fatto che essi rappresentavano sì un corpo di norme messe in atto dal sistema burocratico, ma non nascevano dall'esigenza di tutelare i cittadini, quanto piuttosto da quella di tutelare l'Impero, si veda anche C.W. Jones, *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, in C.S. Hsu (a cura di), *Understanding China's Legal System: Essays in Honor of Jerome A. Cohen*, New York University Press, New York 2003, pp. 7-45, p. 11 ss., W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, cit., p. 521 ss. Più in particolare D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, cit. p. 52 ss

Se si governa con le leggi [*fa*] e si mantiene l'ordine infliggendo punizioni, il popolo cercherà di evitarle ma non proverà alcun senso di vergogna. Ma se si governa con l'eccellenza morale e si mantiene l'ordine mediante l'osservanza delle norme rituali [*li*], allora nel popolo si radicheranno senso di vergogna e disciplina³⁵.

Se ne deduce che il governo dell'uomo, 人治 (*renzhi*), era preferito al governo della legge, 法治 (*fazhi*), poiché i rapporti quotidiani tra privati erano sì regolati, ma da riti e regole sociali molto spesso riferibili all'ortodossia confuciana. Da qui deriva la tradizionale avversione cinese nei confronti dei tribunali e più in generale della risoluzione formale delle controversie. In altri termini, si preferiva essere giudicati da un funzionario imperiale colto ed istruito secondo la morale confuciana piuttosto che da un tecnico del diritto³⁶. E quindi:

Lawsuits would tend to increase, to a frightful amount, if people were not afraid of the tribunals, and if they felt confident of always finding in them ready and perfect justice. As man [...] is apt to delude himself concerning his own interests contents would then be interminable, and the half of the Empire would not suffice to settle the lawsuits of the other half. I desire, therefore, that who have recourse to the tribunals should be treated without any pity, and in such a manner that they shall be disgusted with law, and tremble to appear before a magistrate. In this manner the evil will be cut up by the roots; the good citizens, who may have difficulties among themselves, will settle them like brothers, by referring to the arbitration of some hold man, or the mayor of the commune. As for those who are troublesome, obstinate, and quarrelsome, let them be ruined in the law-courts – that is the justice that is due to them³⁷.

Il discorso sopra citato è attribuito all'Imperatore Kong-Hi (1654-1722), il secondo Imperatore della dinastia Qing. Nelle sue parole i principi dell'ideologia con-

³⁵ Confucio, *Dialoghi*, cit., p. 11 (2.3).

³⁶ Il testo che segue è idoneo ad illustrare quanto esposto: «(il principe) onori gli uomini virtuosi, si avvalga degli uomini più capaci, così che nelle magistrature vi siano persone eminenti per virtù e talento: allora tutti i letterati dell'Impero si rallegreranno e vorranno stabilirsi alla sua corte», Mencio come citato da Pei Cao, *La dottrina confuciana e il "governo dell'uomo": l'umanesimo cinese originario*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano 2002, pp. 739-757, p. 751. Per un approfondimento si veda M. Timoteo, *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Giuffrè, Milano 2007, p. 301-315.

³⁷ T.R. Jernigan, *China in Law and Commerce*, Macmillan, New York-London 1905, pp. 191-192.

fuciana emergono perché strumentali per l'amministrazione statale: nel caso concreto, l'Imperatore vuole evitare un uso spregiudicato e scorretto dei tribunali, apparentemente divenuti mezzo di arricchimento non solo per la parte vincitrice, ma anche per i funzionari imperiali che, sottopagati dal governo centrale, difficilmente e male riuscivano a sopravvivere, tentando dunque di lucrare sulla risoluzione delle controversie³⁸.

Sembrerebbe chiaro un ruolo limitato delle leggi scritte (*fa*) nell'evoluzione dell'ordinamento e della società autoctoni cinesi, in realtà, secondo studi sviluppatasi alla fine del XX secolo che affrontano in maniera più sistematica il ruolo del diritto negli ultimi due secoli dell'Impero celeste, vengono rivisitate due delle maggiori convinzioni che fino a quel momento avevano prevalso sulla storiografia occidentale della Cina: il carattere essenzialmente penale del diritto scritto ed un ruolo principalmente di mediatore del magistrato imperiale³⁹. È infatti vero che i casi più gravi erano generalmente quelli penali, ma è altresì vero che quelli minori, decisi su richiesta di un singolo, riguardavano materie che, in una prospettiva occidentale, rientrerebbero nel diritto civile (famiglia, matrimonio, proprietà della terra). Queste ultime questioni erano definite 'reati minori' nel senso che meno apprezzabile era l'interesse dell'Impero nei loro confronti in quanto non direttamente dannosi per l'armonia sociale. Il fraintendimento nasceva dal fatto che anche le disposizioni *latu sensu* 'civiltiche' erano pur sempre elaborate in termini di proibizioni e punizioni e non come diritti. Mancavano principi generali e dunque 'dall'esempio negativo' (la punizione) si doveva ricavare il 'principio positivo' (il diritto sottostante). A ciò si aggiunga il fatto che la punizione prevista *ex lege* spesso non veniva nemmeno comminata; ciò che più importava alle corti locali era sostenere i diritti impliciti di quelle leggi scritte cristallizzate in vari codici dinastici sotto le varie dinastie⁴⁰. Per ciò che concerne il ruolo di mediatore e di saggio del funzionario locale in realtà si scopre che questi applicava la legge anche nella risoluzione delle materie civili, tanto che a partire dalla fine del Settecento, sotto la vigenza del codice Qing, quasi un terzo delle cause risolte poteva ritenersi di natura civile⁴¹. E dunque:

[a] me pare di non andare troppo lontano dal vero se congetturo che le regole operanti in Cina [...] siano invece regole giuridiche, gestite senza che il potere

³⁸ Cfr. *ivi*, pp. 190-191.

³⁹ P. Paderni, *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo*, «Mondo cinese», 97, 1998, pp. 3-14, p. 4, disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/097/097_pade.htm> (03/13).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

centralizzato se ne interessi. Lo Stato si cura del diritto pubblico [...]. Al resto provvedono i gradini inferiori del tessuto sociale, con regole note a tutti e capaci di indicare una via d'uscita per ogni conflitto d'interessi, e capaci altresì di costringere il contendente riottoso, mediante sanzioni sociali irresistibili, a rispettare la soluzione che è stata elaborata per il suo caso. Secondo la ricostruzione di maniera di cui parlo, il diritto cinese tradizionale non regolerebbe né la famiglia né la società, mentre il diritto penale cinese regolerebbe i reati contro la famiglia e il furto. Se le cose sono così, il diritto penale cinese recepisce e giuridizza regole di famiglia e proprietà tratte da un altro sistema di fonti, cioè da quel diritto consuetudinario che gli occidentali scambiano per una etica filosofica⁴².

Resta comunque vero che, laddove possibile, la risoluzione della disputa era demandata alla mediazione extragiudiziale della comunità o del clan⁴³.

In sintesi, rimane plausibile l'affermazione in base alla quale i concetti attorno ai quali ruotava l'organizzazione della società cinese ai tempi dell'Impero erano i *li* e le *fa*, ovvero quei principi naturali che col tempo vennero anche definiti rispettivamente come riti confuciani e leggi così come appare evidente che l'individuo era maggiormente coinvolto dalle leggi nella misura in cui veniva toccata l'organizzazione dello stato e gli interessi ad essa sottostanti, mancando dunque il concetto di diritto soggettivo così come inteso in occidente⁴⁴.

La differenza più lampante tra oriente ed occidente, secondo alcuni, risiede proprio nell'assenza del concetto di diritto soggettivo e soprattutto nel fatto che anche laddove di diritto in senso soggettivo si poteva parlare, il suo significato mutava costantemente in rapporto alle relazioni nei confronti degli altri soggetti della comunità⁴⁵, ciò che dunque rileva ai fini di questo lavoro è che anche se di legalità si poteva discutere essa non era concepita a tutela dei diritti dei singoli, ma come mezzo coerci-

⁴² R. Sacco, *Il diritto muto*, «Rivista di diritto civile», 26, 1993, pp. 689-702, p. 698.

⁴³ Per approfondimenti sulle 'materie minori e maggiori' nonché sui codici dinastici si vedano G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 62 ss. e M. Timoteo, *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, cit., p. 303.

⁴⁴ R. Peerenboom, *What's Wrong with Chinese Rights: Toward a Theory of Rights with Chinese Characteristics*, «Harvard Human Rights Journal», 6, 1993, pp. 29-57, p. 40.

⁴⁵ Cfr. *ivi*, p. 47, si veda anche Zhiping Liang, *Explicating "Law": A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture*, «Journal of Chinese Law», 3, 1989, pp. 55-91.

tivo del potere centrale per controllare e coordinare l'apparato burocratico e per reprimere i comportamenti criminosi⁴⁶.

Al fine di spiegare tutto ciò, vi è chi ha parlato con riferimento al diritto imperiale di un 'doppio binario di legalità' lungo il quale scorreva il diritto autoctono cinese; da un lato il diritto formale (statale), composto dalle *fa* e sostenuto dall'apparato della giustizia imperiale, dall'altro quello extrastatale basato sui *li*, sostenuto dall'azione di conciliazione-mediazione di coloro che ricoprivano un ruolo autorevole e di responsabilità all'interno del gruppo di appartenenza. In questo senso la giustizia imperiale è stata accostata alla giustizia inglese medioevale secondo la seguente proporzione:

common law : equity = fa (leggi statali): li (riti confuciani-diritto extrastatale)⁴⁷

La proporzione permette di precisare che i riti confuciani, tramandati oralmente per secoli avevano proprio in questa oralità una delle migliori caratteristiche, una oralità che permetteva flessibilità. L'accostamento con quel ramo del diritto inglese sorto per rimediare alla rigidità della *common law* e del sistema dei *writs* può quindi funzionare, ma mentre l'*equity* nasceva come correttivo e non come sistema autonomo ed indipendente⁴⁸, i *li* rappresentavano un sistema 'di diritto' assolutamente autonomo che volentieri avrebbe fatto a meno delle punizioni e del sistema repressivo statale.

Questo non contrasta con quanto sopra enunciato se si pensa al fatto che, sempre nel tardo Impero, si incrementò la pratica di inserire all'interno di un corpo di articoli imm modificabili trasmessi dai codici dinastici anche i *li*, quali adattamenti alle nuove realtà sociali e politiche, tanto che si è parlato di una vera e propria 'confucianizzazione' del *fa*. Dottrina autorevole ha visto la predominanza confuciana nel diritto cinese, ma nella forme elaborate dai legisti, in questo senso si può dire che la forma

⁴⁶ R. Cavalieri, *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., pp. 13-14.

⁴⁷ L. Moccia, *Il diritto in Cina*, cit., pp. 33-34.

⁴⁸ Il diritto inglese che si è sviluppato a partire dalla conquista normanna (1066) si compone di due rami: *common law* ed *equity*. La prima si sviluppa attraverso il così detto sistema dei *writs*, ordini del sovrano che costituivano la chiave per accedere alla giustizia regia; la seconda nasce invece nel XIV secolo per mitigare l'eccessiva formalità della *common law*, si tratta di una giustizia che si appella alla coscienza del Sovrano, che si formalizza nel corso dei secoli all'interno di procedure ed istituti ben definiti, pur rimanendo caratterizzata da una significativa asistematicità. Per un approfondimento si veda V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino 2010 (4a ed.), p. 280-292.

scritta tende a prevalere anche nel diritto cinese autoctono, ma si ‘confucianizza’, ovvero incorpora le teorie confuciane⁴⁹.

Si potrebbe banalmente pensare ad una eticizzazione del diritto, ad una riconciliazione tra quanto percepito come moralmente giusto dalla società e il diritto autoritativo, ma questo non metterebbe in luce alcune problematiche che durante l’Impero sembrano essere state risolte senza particolari problemi dalla saggezza dei magistrati imperiali, ma che, ad oggi, sembrano rappresentare il nucleo delle maggiori incongruenze del sistema cinese, ovvero una lotta continua tra flessibilità (confuciana) e certezza del diritto (legista), tra eguaglianza di tutti davanti alla legge (legista) ed una differenziazione in base al ruolo ricoperto nella società (confuciana).

Di conseguenza, anche se a quanto stabilito dalla scuola legista ci si può riferire a categorie più simili a quelle elaborate dall’occidente, persiste la circostanza in base alla quale la discrezionalità del giudice «veniva estesa in una misura incompatibile con l’esigenza occidentale di certezza del diritto», quindi anche laddove le *fa* venivano prese in considerazione per la risoluzione del caso spesso rappresentavano soltanto un punto di riferimento non vincolante⁵⁰.

La discrezionalità del magistrato, che prima che giudice era l’amministratore di un determinato territorio, risiedeva dunque nel bilanciare la legge con i principi etici contenuti nelle opere del confucianesimo. Non si deve sottovalutare la circostanza che proprio sui testi confuciani venivano preparati gli esami imperiali, i quali, basati, almeno in teoria, su criteri meritocratici, dovevano servire quale accesso all’amministrazione statale in generale. Essi erano uguali per tutti gli amministratori dislocati sul territorio imperiale; quindi la base culturale era la medesima, circostanza che ha portato al consolidarsi di uno dei tratti più caratteristici del sistema, ovvero una poco netta distinzione tra amministrazione e giurisdizione. Nemmeno il tardo Impero conosceva l’idea della separazione dei poteri, anche se i governi centrali e provinciali erano spesso organizzati sulla base di una divisione funzionale degli uffici, questo era dovuto essenzialmente ad esigenze organizzative interne all’amministrazione che talvolta comportavano una sovrapposizione di funzioni. A livello centrale, inoltre, tale separazione non era presente: tutti i poteri dello stato erano concentrati ed i funzionari distrettuali erano responsabili di tutte le attività amministrative, dalla giustizia ai tributi, dalle opere pubbliche all’istruzione⁵¹.

⁴⁹ D. Bodde, *Basic Concepts of Chinese Law: The Genesis and Evolution of Legal Thought in Traditional China*, cit., p. 386 ss.

⁵⁰ M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma 2000, p. 408.

⁵¹ A riprova di ciò vi è la circostanza che tutti i poteri erano nelle mani dell’Imperatore e, da un punto di vista del diritto, l’Imperatore stesso rappresentava l’ultima istanza cui appellarsi, secondo la seguente ge-

1.3. Il diritto cinese tra fine Ottocento e inizio Novecento: la prima influenza delle potenze occidentali ed il diritto sotto la guida del Partito nazionalista

Senza Partito comunista non ci sarebbe la nuova Cina⁵²

Il XIX secolo rappresenta per l'occidente il periodo dell'imperialismo e del colonialismo. Quando l'Impero britannico, desideroso di ampliare i suoi commerci e di occupare nuovi porti, iniziò a commerciare in Cina l'oppio acquistato in India, si ebbero non solo enormi ripercussioni economiche, ma anche sociali, a causa della capillare diffusione di tale droga nel paese⁵³. Questi sono i prodromi delle due guerre dell'oppio (1839-1842 e 1856-1860) che videro schierati in Asia orientale non solo gli inglesi, ma le potenze occidentali in generale. Le guerre si conclusero con la stipula dei così detti trattati ineguali (o diseguali), ovvero accordi internazionali che garantivano privilegi doganali alle potenze straniere, cessioni di territori e, da un punto di vista giuridico, causarono il divieto a giudicare secondo il diritto autoctono ogni persona fisica e giuridica occidentale. Competenti a decidere in tali casi erano i tribunali consolari, all'uopo istituiti, che applicavano il diritto del paese di appartenenza del cittadino straniero ai sensi delle così dette clausole di extraterritorialità⁵⁴.

rarchia giuridico-amministrativa: 1) District; 2) Prefecture; 3a) Provincial Court; 3b) Governor; 4) Board of Punishment; 5) Three High Courts; 6) Emperor, D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, cit., p. 116. «[...] l'enfasi che tale sistema pose sull'educazione letteraria, contribuì alla definitiva fusione della classe dei 'gentiluomini di pennello' confuciani (君子 *junzi*) con quella dei funzionari imperiali (官 *guan*): coloro che esercitavano un servizio pubblico, infatti, appartenevano ormai esattamente alla medesima 'casta' della quale facevano parte anche tutti i funzionari in pensione [...]», R. Cavaliere, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 83.

⁵² Lo slogan è attribuito a Chiang Kai-Shek alla guida del Partito nazionalista dal 1927 al 1949 che fu costretto ad allearsi con il Partito comunista sorto nel 1921, acerrimo nemico, per resistere all'invasione giapponese, nato con questi propositi si è rivelato in un certo senso premonitore, per ulteriori approfondimenti si veda S. Stafutti, G. Ajani, *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 5 ss.

⁵³ Circa le conseguenze sulla criminalità della diffusione della droga nel paese, riscontrabili anche nella Cina odierna, si veda N.P. Ho, *Organized Crime in China. The Chongqing Crackdown*, in J. Garrick (a cura di), *Law and Policy for China's Market Socialism*, Routledge, Oxon-New York 2012, pp. 202-214.

⁵⁴ Si veda in generale H. Herrfahrdt, *La preistoria dei 'patti diseguali' della Cina (1939)*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 1-8 e P.K. Cassel, *Grounds of Judgment. Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, Oxford University Press, Oxford-New York 2012, p. 39 ss. Un esempio di clausola di extraterritorialità è il seguente: «I soggetti cinesi colpevoli di azioni penalmente rilevanti nei confronti di cittadini statunitensi, saranno arrestati e soggetti a sanzioni da parte delle autorità cinesi nel rispetto delle leggi cinesi; mentre i cittadini degli Stati Uniti autori di qualsivoglia crimine sul territorio cinese, saranno soggetti al giudizio e alle sanzioni delle autorità o di altri pubblici funzionari statunitensi appositamente autorizzati, nel rispet-

Le guerre dell'oppio avviarono la fine del millenario Impero celeste che avverrà formalmente nel 1911.

Le clausole di extraterritorialità rappresentano dunque il primo di una serie di segnali che le potenze straniere inviano alla Cina al fine di far capire che la sua struttura organizzativa non aveva una articolazione giuridica sufficiente a permetterle di giudicare casi in cui fosse stato coinvolto un cittadino non cinese. Nemmeno troppo velatamente venne trasmessa alla Cina l'idea che il suo diritto non fosse adeguato; questo perché sembrò che in Cina vi fosse assenza o grande carenza di diritto in senso proprio, ovvero di testi legislativi e di testi di argomento giuridico. Su questo presupposto le potenze occidentali le chiesero di dotarsi di una giurisdizione conforme alle loro pretese di tutela, caratteristiche di uno stato di diritto, poiché ritenevano che la stessa non avesse ancora raggiunto quel livello di cultura giuridica necessario ad una nazione che volesse abbandonare il ruolo di stato secondario⁵⁵.

Solo negli ultimi anni dell'Impero la Cina comprese l'importanza di iniziare una riforma istituzionale e così, nel primo decennio del Novecento, cominciarono i primi esperimenti di cambiamento. L'europeizzazione dell'apparato giudiziario e statale si manifestò come un passaggio obbligato per riconquistare la propria piena sovranità e quindi l'effettiva parità con le potenze occidentali⁵⁶. Attraverso commissioni e vere e proprie 'spedizioni' di studiosi in occidente⁵⁷, la Cina cominciò a considerare i codici

to delle leggi degli Stati Uniti; inoltre al fine di prevenire ogni possibile controversia e malcontento, la giustizia dovrà essere amministrata secondo equità ed imparzialmente in entrambi i casi» Questo l'articolo XXI del trattato sino-americano firmato a Weng-hea il 3 luglio del 1844 è disponibile in C. Denby, *Extraterritoriality in China*, «American Journal of International Law» 18, 1924, pp. 667-675, pp. 670-671. La traduzione italiana è pubblicata in V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 518.

⁵⁵ H. Herrfahrdt, *La preistoria dei 'patti diseguali' della Cina (1939)*, cit., p. 3. A quanto esposto nel testo si aggiunga anche la considerazione che, secondo l'ideologia confuciana, ogni popolo ha un proprio *li*, ossia un ordine etico e sociale. Quindi, le clausole di extraterritorialità, contenute nei trattati diseguali, non suscitarono inizialmente nel popolo cinese quel senso di inadeguatezza (che fu piuttosto percepito dall'osservatore occidentale), bensì la Cina si attendeva dall'ordine etico e sociale dello straniero un ordinamento capace di garantire la pace. Contrariamente alle aspettative cinesi, gli occidentali si presentarono come individui privi di un ordine morale da seguire e particolarmente pericolosi in virtù anche delle loro armi da fuoco. Cfr. *ivi*, pp. 4-6.

⁵⁶ Sul tema si veda M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., p. 65 ss. e M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, cit., p. 407.

⁵⁷ In realtà le commissioni di studio oltre che in Europa e in America si diressero anche in Giappone dove erano già state istituite facoltà di giurisprudenza su modello occidentale e già erano stati adottati codici sempre a matrice occidentale, C.W. Jones, *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, cit., p. 19; M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., p. 66.

che l'Europa aveva elaborato ed a studiare diverse carte costituzionali occidentali⁵⁸. Ne emersero vari progetti di codici sia di diritto sostanziale che processuale, ma nessuno di questi entrò in vigore; i motivi furono diversi, ma in particolare si era diffuso il pensiero che i valori tradizionali cinesi non potessero integrarsi con le tecniche del sapere occidentale che richiedevano di adottare anche principi propri della sua dottrina giuridica per poter funzionare adeguatamente; si affermò l'idea che si sarebbe potuto parlare di diritto solo dopo aver imposto la tecnologia occidentale come base dell'organizzazione sociale⁵⁹.

Si cominciò dunque a smantellare il sistema dalle sue fondamenta.

Se gli esami imperiali fino ad allora avevano rappresentato il meccanismo per la selezione degli amministratori di porzioni di territorio abitate anche da 500.000 persone, nel 1905 l'Impero celeste, nel disperato tentativo di non crollare, decise di abolirli introducendo un sistema universitario sul modello di quello sviluppatosi nell'Europa continentale⁶⁰.

L'evento, per quanto radicale, si sarebbe anche potuto leggere in continuità con la tradizione, d'altra parte, per quanto potessero cambiare oggetto, modalità ed organizzazione, la Cina ripartiva da una meticolosa attenzione e da un profondo studio di quei paesi che erano riusciti a semi-colonizzare il suo territorio. La volontà era quella di comprendere, assimilare e rielaborare modelli di *legal process* diversi da quelli fino ad allora conosciuti, ma nel rispetto della tradizione.

Le vicissitudini storiche portarono però a conseguenze diverse da quelle immaginate: le guerre dell'oppio, ma anche il conflitto con il Giappone (1894-1895)⁶¹, avevano sollevato la necessità di una migliore organizzazione militare del paese. Sia l'abolizione del sistema di esami che la militarizzazione possono essere considerati determinanti per ciò che accadde negli anni seguenti. L'Impero era oramai destinato

⁵⁸ Tra i riformatori non è possibile omettere di nominare Shen Jiaben (1840-1913), funzionario dell'amministrazione Qing di 'grandissima erudizione giuridica' come definito da G. Crespi Reghizzi, *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, «Quaderni fiorentini», 14, 1985, pp. 551-588, p. 552, si veda anche H. Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, Bruxelles 2005, p. 109 ss., P. Rossi, *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, cit., p. 20 ss. Più in particolare l'attenzione nei confronti delle costituzioni fu dovuta in particolar modo all'idea di perpetuare la sopravvivenza dell'Impero; si veda in proposito, J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 69-147.

⁵⁹ P. Rossi, *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, cit., p. 15.

⁶⁰ John A.G. Roberts, *Storia della Cina*, cit., p. 266.

⁶¹ Si tratta della prima guerra sino-giapponese per il controllo della Corea, dalla quale la Cina uscì sconfitta, cfr. *ivi*, p. 252.

a crollare ed il paese si ritrovava senza un sistema efficiente di reclutamento di personale nelle amministrazioni e con un esercito dalle cui fila cominciò ad essere selezionata la futura élite⁶².

È in questa fase storica, talvolta sottovalutata, che la Cina abbandona, o quantomeno mette in secondo piano, una delle sue colonne portanti: la cultura, l'etica e lo studio quale base del sistema, a favore di militari che all'improvviso sembravano i prescelti per l'amministrazione del paese.

Si attribuisce alla dinastia Qing, nel tentativo di sopravvivere, anche la creazione di un sistema di corti più organizzato; sempre nei primi anni del Novecento venne creato sia un organo giurisdizionale supremo al fine di supervisionare ed interpretare le leggi del paese (大理院 *da li yuan*) sia altre corti inferiori dislocate nel territorio. La soluzione di casi civili e penali fu poi ufficialmente sancita in documenti scritti e, per le corti di ogni livello, si stabilirono delle linee guida per i processi⁶³.

Gli sforzi non furono però sufficienti, l'Impero cadde infatti nel 1911 ed il 1° gennaio del 1912 veniva fondata a Nanchino la Repubblica di Cina guidata da Sun Yat-Sen ponendo fine alla dinastia Qing (1644-1911) e dando vita al governo provvisorio della Repubblica presidenziale (ispirata al modello americano). Nella convinzione che il diritto autoctono non potesse condurre ad una modernizzazione del paese, in pochi anni vennero promulgate svariate costituzioni, prima sul modello americano, poi sul modello francese, ovvero con maggiori attribuzioni all'organo legislativo⁶⁴.

La nuova Repubblica guidata dal Partito nazionalista 国民党 (*guomindang*) portò alcune fondamentali novità nell'ordinamento cinese: si affermava che la sovranità apparteneva ai cittadini della Repubblica ai quali erano riconosciuti i diritti politici (tra questi quello di eleggere il futuro Parlamento⁶⁵), il principio di eguaglianza dei cittadini e, per la prima volta, veniva sancita la separazione dei poteri⁶⁶. Nasceva quindi un governo profondamente ispirato alla tradizione giuridica occidentale ed ai

⁶² Cfr. *ivi*, p. 243.

⁶³ Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, Law Press China, Pechino 2004, p. 8, si veda anche D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, cit., p. 113 ss. Importante sottolineare che proprio in questa legge del 1907 sull'organizzazione delle corti si prevedevano qualifiche specifiche per i giudici e si conferiva alla Corte di massima istanza il potere di interpretare la legge, Tien-His Cheng, *The Development and Reform of Chinese Law*, cit., p. 180.

⁶⁴ A. Rinella, *Cina*, il Mulino, Bologna 2006, p. 25; per un excursus sulle costituzioni cinesi del periodo nazionalista si veda J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., p. 69 ss.

⁶⁵ Per maggiori chiarimenti sulle modalità di elezione cfr. *ivi*, p. 81.

⁶⁶ Oltre al potere legislativo, esecutivo e giudiziario Sun Yat-Sen inserisce però i così detti tre principi del popolo, quello di nazionalità, quello di benessere e quello di democrazia, per approfondimenti cfr. *ivi*, pp. 86-88.

suoi modelli, ma allo stesso tempo compromesso sia dall'instabilità istituzionale sia dall'introduzione di formule profondamente diverse da quelle tipiche della tradizione e della cultura cinese; già dalla fine dell'Impero i viaggi verso l'Europa, ma anche verso il già modernizzato Giappone, aiutavano a costruire modelli giuridici diversi, a dialogare, comunicare e conoscere differenti realtà⁶⁷.

Il Partito nazionalista mirava a modernizzare la Cina attraverso l'introduzione di modelli occidentali, ciononostante il loro influsso nelle campagne era pressoché nullo, più penetrante era invece nelle città⁶⁸. Infatti, proprio nelle grandi città i tecnocrati nazionalisti avevano maggior potere; da tali opposte tendenze, una autoctona (nelle campagne) ed un'altra di stampo occidentale (nelle città), non poteva che derivare una profonda debolezza delle istituzioni di governo⁶⁹.

Il quadro politico dell'epoca è segnato da lotte intestine. Con la vittoria del Partito nazionalista nel 1927, Chiang Kai-Shek, noto in Cina con il nome di Jiang Jieshi, instaurò il suo governo ed incoraggiò nuovamente lo studio del diritto occidentale con un articolato processo di codificazione e la stesura di nuovi testi costituzionali permeati anche dal pensiero di Sun Yat-Sen. In particolare furono approvate le così dette Sei leggi (o Sei codici), principalmente ispirate al diritto tedesco, che comprendevano norme di diritto civile e penale sia sostanziale che processuale, una costituzione, che proclamò ufficialmente la preminenza del Partito nazionalista nel governo del paese, una Legge sull'organizzazione dei tribunali che introduceva un ordinamento giudiziario basato sia sul modello francese che su quello tedesco. Le corti, dislocate nel paese sulla base delle circoscrizioni amministrative, erano organizzate su tre livelli: tribunale locale, tribunale alto ed una Corte suprema⁷⁰.

L'impronta marcatamente occidentale non bastò però ad eliminare norme in contrasto con i principi di pubblicità dei dibattimenti e delle decisioni⁷¹. Le Sei leggi non penetrarono mai nel paese anche perché durante il governo del Partito nazionali-

⁶⁷ Chongko Choi, *East Asian Encounters with Western Law and the Emergence of East Asian Jurisprudence*, in M. Tomášek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China- Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 97-108, pp. 98-100.

⁶⁸ M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, cit., p. 420, si veda anche R. Cavalieri, *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 17.

⁶⁹ M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., p. 67.

⁷⁰ Sul tema si veda G. Crespi Reghizzi, *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, cit., p. 551-588.

⁷¹ «...benché in apparenza venga stabilito che il dibattimento dei processi e la pronuncia delle sentenze devono essere pubblici, quando si tratta di danneggiamento dell'ordine pubblico, non è necessario rendere pubblica la decisione del tribunale», cfr. *ivi*, p. 583.

sta il territorio era in realtà controllato da più personaggi, tutti parimenti forti, di regola burocrati, che tra il 1927 ed il 1949 tennero solo simbolicamente il paese unito⁷².

In sintesi, la prima fase repubblicana, dalla caduta dell'Impero Qing nel 1911 fino alla presa del potere da parte del Partito comunista cinese nel 1949, è caratterizzata da una commistione tra uno spirito innovativo, determinato dall'interesse verso modelli giuridici occidentali, ed uno autoctono⁷³.

Le contraddizioni che sul piano organizzativo e politico caratterizzarono l'operato del Partito nazionalista portarono, soprattutto nelle sterminate campagne, all'ascesa del Partito comunista cinese, il quale, fondato nel 1921 riuscirà poi ad appropriarsi stabilmente del potere in tutto il paese.

1.4. La 'lunga marcia' ed il diritto sotto la guida di Mao

Servire il popolo⁷⁴

Nel 1934 Mao Zedong inizia la sua 'lunga marcia' volta a guadagnare alla causa rivoluzionaria il popolo cinese; l'approccio del Partito comunista fu opposto rispetto a quello del Partito nazionalista, Mao infatti cominciò la conquista della Cina proprio dalle campagne, ovvero da quelle zone in cui più debole era la presenza e l'influsso del partito nemico⁷⁵. Dopo alterne vicende tra i nazionalisti di Chiang Kai-Shek ed i comunisti di Mao - da inserirsi nel contesto generale del secondo conflitto mondia-

⁷² Suli Zhu, *Political Parties in China's Judiciary*, «Duke Journal of Comparative & International Law», 17, 2007, pp. 533-560, p. 536, si veda anche G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 180 ss.

⁷³ M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., p. 66-67.

⁷⁴ Il periodo maoista è rappresentato da fasi talmente alterne che innumerevoli potrebbero essere i proverbi per questo paragrafo (soprattutto con riferimento alla Rivoluzione culturale (1966-1976), ma forse questo è quello che ha ancora un suo significato pur essendosi prestato a situazioni decisamente eclettiche, per approfondimenti si veda S. Stafutti, G. Ajani, *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 8 ss.

⁷⁵ Il Partito comunista cinese nasce nel 1921 con l'intento di ribellarsi alla piccola nobiltà che aveva preso il potere sotto la guida del Partito nazionalista, ma alla prima riunione del PCC tenutasi a Shanghai proprio nel 1921 i presenti erano solo cinquanta, la famosa 'lunga marcia' (1934) partì dal Sud e si concluse a Nord, ovvero a Pechino (in cinese 北京 *Beijing*, letteralmente capitale del nord), durante l'aggressione giapponese del 1937 il Partito nazionalista si alleò forzosamente con il PCC per sconfiggere il 'nemico esterno' sebbene né Mao né Chiang Kai-Shek si fidassero l'uno dell'altro, ma l'alleanza forzosa permise al PCC di guadagnare sempre più consensi sul territorio; conclusasi l'aggressione giapponese, nel 1945 il PCC aveva già più di un milione di membri, si veda G. Samarani, *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero ad oggi*, Einaudi, Torino 2008, p. 121 ss.

le⁷⁶, ma anche in quello particolare della seconda aggressione giapponese (1937-1945) - nel 1949 il Partito comunista cinese (PCC) sale al potere fondando la Repubblica popolare cinese (RPC). Nel febbraio dello stesso anno il PCC, prima ancora di fondare ufficialmente la Repubblica nell'ottobre del 1949, decreta l'abrogazione delle Sei leggi del Partito nazionalista e di tutte le altre norme da esso emanate in quanto ritenute «uno strumento reazionario atto a difendere i proprietari fondiari e la classe burocratica e dei *compradores* ed un'arma usata per schiacciare e imbrigliare la popolazione»⁷⁷.

Il PCC è ormai al potere e al Partito nazionalista ed al suo leader, Chiang Kai-Shek, non resta che rifugiarsi sull'isola di Taiwan; anche i Sei codici elaborati in base ad un attento studio del diritto occidentale seguono i loro promotori, circostanza che li rende tutt'oggi in vigore sull'isola, sebbene emendati⁷⁸.

Per legittimare ed affermare la creazione della Repubblica popolare, il 30 settembre del 1949, veniva approvato il Programma comune, ovvero un documento normativo di rango costituzionale, sebbene non ne possedesse l'equivalente valore giuridico formale⁷⁹. Il documento ribadiva quanto già deciso in precedenza e l'articolo 17 stabiliva che «All laws, decrees and judicial systems of the Kuomintang reactionary government which oppress the people shall be abolished. Laws and decrees protecting the people shall be enacted and the people's judicial system shall be established»⁸⁰.

Il principio fondante del Programma era costituito dalla dittatura democratica del popolo, infatti i diritti connessi all'esercizio del potere statale dovevano essere riconosciuti solo nelle mani del popolo e quindi l'organizzazione della società non era basata sull'individuo e sui suoi diritti soggettivi, ma sulla volontà popolare e sull'interesse collettivo⁸¹. Ai vari livelli territoriali venivano costituite le Assemblee e i

⁷⁶ Dal 1939 le potenze occidentali si trovarono impegnate nella Seconda guerra mondiale e le esigenze che da essa scaturirono furono una delle cause della conclusione dei patti diseguali, il conflitto mondiale, sotto tale profilo, influi più che quindici anni di riforma giuridica portata avanti dal Partito nazionalista, J.A. Cohen, *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, «Harvard Law Review», 82, 1968-1969, pp. 967-1006, p. 970, per una prospettiva storica si veda G. Samarani, *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero ad oggi*, cit., p. 149 ss.

⁷⁷ G. Crespi Reghizzi, *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, «Quaderni fiorentini», 14, 1985, pp. 529-560, p. 559.

⁷⁸ G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 232 ss.

⁷⁹ Si tratta di un documento di sette capitoli e sessanta articoli preceduti da un Preambolo, M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, Milano 2006, p. 3, si veda anche G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 195.

⁸⁰ L'articolo è citato da A.R. Dicks, *The Chinese Legal System: Reforms in the Balance*, «China Quarterly», 1989, pp. 540-576, p. 543.

⁸¹ Nel Programma comune si fa genericamente sempre riferimento al popolo inteso come entità, non come insieme di singoli cittadini, tutti dotati di tali poteri sovrani, A. Rinella, *Cina*, cit., p. 26.

governi popolari le cui competenze non erano però distinte con precisione, anche gli organi giurisdizionali mantenevano una loro importanza sebbene controllati dagli organi esecutivi; vi era inoltre un netto disconoscimento della dottrina occidentale della separazione dei poteri in favore dell'unità delle funzioni statali e la soggezione di ogni istituzione alla direzione e al controllo del PCC. Più in particolare nell'attesa dell'emanazione di leggi fondamentali il diritto cinese era rappresentato dalle direttive politiche provenienti dal Partito stesso.

La prima vera Costituzione della RPC è quella del 1954⁸² che conferisce la struttura base al sistema giuridico cinese e stimola, almeno in un primo periodo, il lavoro dei giuristi del tempo. La nuova Costituzione indebolisce il controllo dei comitati di governo sulle corti a ciascun livello sottoponendole piuttosto al controllo degli organi legislativi, che rappresentano, almeno in teoria, la voce del popolo. Vengono poi emanate leggi più specifiche sull'organo supremo, ovvero l'Assemblea Nazionale del popolo (ANP), sul Consiglio di stato (CS), sulle corti e procure del popolo, leggi che sembrano tutte mirare nella stessa direzione ovvero «relying on government agencies and social forces, through means of socialist industrialisation and transformation, to wipe out gradually the exploiting class, and build up a socialist country»⁸³.

Viene così consacrata nel paese la 'legalità socialista' volta a garantire l'osservanza delle leggi e della stessa Costituzione; nel rispetto del principio dell'unitarietà del potere statale il diritto scaturiva dalle direttive del PCC, consacrando ulteriormente il ruolo preminente del Partito nella guida del paese. Il modello per questa nuova Carta costituzionale era rappresentato dalla Costituzione sovietica approvata durante il periodo staliniano nel 1936⁸⁴, in questo senso il principio del centralismo democratico ed il suo corollario, ovvero il 'principio della doppia dipendenza', entravano nella realtà cinese. In base al primo «l'unità nel fondamentale, nell'essenziale non è con-

⁸² Il testo in inglese della Costituzione del 1954 è disponibile su <<http://e-chaupak.net/database/chicon/1954/1954ae.pdf>> (03/13).

⁸³ Così stabiliva l'articolo 4 della Costituzione del 1954.

⁸⁴ «...secondo l'ideologia marxista-leninista il socialismo è una fase transitoria verso la realizzazione del comunismo, cioè verso una società senza stato e senza diritto, nella quale non esistono più le classi sociali, la cui continua lotta ha caratterizzato tutta la storia dell'umanità. [...] finché lo stato esiste [...] si deve però avvalere del diritto. I teorici del socialismo hanno, di conseguenza, dovuto elaborare una concezione socialista del diritto alla cui base sta il principio della legalità socialista, in virtù del quale i cittadini devono obbedire alle leggi perché [...] giuste, in quanto emanate da uno stato socialista. [...] uno degli elementi fondamentali dell'ideologia socialista [è] il principio dell'unitarietà del potere statale. La dottrina marxista-leninista rifiuta il principio della separazione dei poteri [...]», K. Kelemen, *I sistemi giuridici dell'Europa orientale*, in V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 191-211, p. 198. Per ulteriori dettagli si veda Bo Yin, *Chinese Socialist Legal System: Evolution and Principal Features*, in M. Tomášek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China - Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 123-142.

traddetta bensì assicurata dalla molteplicità dei dettagli, nelle particolarità locali, nei modi di affrontare una questione e di realizzare il controllo; la necessità oggettiva di unità e accentramento dell'amministrazione non esclude, anzi favorisce la massima espressione dell'iniziativa e dell'attivismo locali [...] che si distinguono per tradizioni o condizioni economiche particolari o per la speciale composizione etnica della popolazione⁸⁵». In base al secondo principio, ogni organo rappresentativo deve dipendere in senso orizzontale dai cittadini che l'hanno eletto (esso è conseguentemente tenuto a render conto del suo operato ai suoi elettori, i quali possono revocare in qualsiasi momento singoli suoi componenti), in senso verticale dipende invece dall'organo del potere statale di livello gerarchicamente superiore che ne può sindacare l'attività annullando o sospendendo le sue decisioni, il tutto in un contesto di severa disciplina di Partito e di una netta sottomissione della minoranza alla maggioranza⁸⁶.

Se da un lato le politiche del Partito costituivano il diritto dello stato, dall'altro il diritto stesso era il tramite per la loro attuazione ed il loro impatto cominciava a farsi sentire sulla selezione dei funzionari e sul controllo delle attività della pubblica amministrazione (base fondamentale dell'organizzazione della società cinese allora come oggi): venivano inseriti soggetti politicamente fedeli all'interno di tutte le istituzioni del paese, dai tribunali all'esercito, dalle scuole alle imprese pubbliche. Il potere statale era nelle mani dell'Assemblea nazionale del popolo (ANP), organo legislativo supremo che esercitava i suoi poteri anche a livello decentrato attraverso il controllo dell'operato delle corrispondenti Assemblee locali popolari (ALP), anch'esse titolari a livello territoriale della funzione legislativa e di un ruolo di guida degli organi esecutivi e giudiziari⁸⁷.

Tutte le istituzioni statali erano quindi chiamate a costruire un sistema socialista seguendo, ad ogni livello amministrativo, le politiche del PCC.

In particolare, gli organi giurisdizionali, fino ad allora strumento di governo, diventano parte integrante del sistema socialista in costruzione; la confusa gerarchia preesistente viene modificata in una più razionale gerarchia su quattro livelli rimasta ancora oggi sostanzialmente invariata. Le corti divengono le esclusive depositarie del potere giudiziario, da esercitare in modo indipendente, dovendo giudicare dei casi in base a fatti e nel rispetto del principio di uguaglianza⁸⁸.

⁸⁵ G. Crespi Reghizzi, voce *Centralismo democratico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, pp. 268-274, p. 268.

⁸⁶ Cfr. *ivi*, pp. 269- 271.

⁸⁷ G. Samarani, *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero ad oggi*, cit., p. 209

⁸⁸ Si vedano gli artt. 73 ss. della Costituzione del 1954, si veda anche Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p.23.

La dichiarazione nella Costituzione del 1954 del principio di indipendenza della magistratura è un elemento non trascurabile capace di suscitare entusiasmo ed interesse per gli studiosi dell'epoca, molti dei quali ancora legati all'ideologia del Partito nazionalista, tanto da tentare di contrastare l'ingerenza del Partito sulle decisioni giudiziarie promuovendo anche più professionalità nei membri della magistratura. L'entusiasmo scatenato da questi principi è però destinato a durare poco, durante la terza conferenza giudiziaria nazionale la magistratura è richiamata alla 'lotta di classe' che, alla fine del 1957 risulterà nella Anti-Rightist Campaign⁸⁹. In questo periodo tutto ciò che rimandava a principi e fondamenti democratici veniva percepito come arbitrio individuale e ben presto gli interessi dei leaders del paese si rivolsero pragmaticamente più che al diritto all'economia: specificatamente in un primo periodo alla crescita dell'agricoltura con l'istituzione delle comuni popolari nelle campagne e successivamente verso l'industria con la politica del 'Grande balzo in avanti'⁹⁰.

Contemporaneamente l'economia veniva pianificata al fine di determinare la politica economica nazionale, regolare l'attività produttiva e di scambio delle imprese, stabilendo obiettivi e modalità per realizzarli ed, in ossequio ai principi socialisti, i beni venivano classificati in beni di consumo o di produzione. Ciononostante, la Rivoluzione culturale (o Grande rivoluzione), il cui inizio è convenzionalmente fissato nell'anno 1966, è alle porte.

Il diritto veniva percepito come ostacolo alla realizzazione di una società comunista. Fu così che l'apparato giuridico formale venne smantellato; dopo la chiusura del Ministero della giustizia nel 1959 anche i tribunali furono privati delle principali funzioni giurisdizionali loro proprie; le facoltà di giurisprudenza vennero chiuse e la persecuzione politica e culturale si abbatté su avvocati, giudici, docenti e notai oltre che su intellettuali ed artisti⁹¹.

La Rivoluzione culturale rappresenta un vero e proprio movimento politico in contrasto con quanto disposto nella Costituzione del 1954. Il suo stesso inizio rappresenta un gesto contrario a quanto disposto in Costituzione; non fu infatti una delibera dell'ANP ad ufficializzarla bensì una dichiarazione del Comitato politico centrale

⁸⁹ *The Third National Judicial Conference* si svolge nel febbraio del 1956 ed è descritta da Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 23 ss.

⁹⁰ Cfr. *ivi*, p. 24. Il 'Grande Balzo' fu promosso all'VIII congresso del PCC, si tratta di un vero e proprio 'salto in avanti' che Mao voleva fare nel campo della produzione attraverso l'introduzione di un modello di sviluppo decentrato che avrebbe dovuto coinvolgere le grandi masse rurali. Per approfondimenti si veda G. Samarani, *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero ad oggi*, pp. 223-231.

⁹¹ M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, cit., p. 423, per approfondimenti circa i principi di diritto costituzionale e privato sotto Mao si veda G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 200 ss., e p. 209 ss.

del PCC (*Central Political Bureau*) nell'agosto del 1966 durante l'XI sessione plenaria del Comitato stesso. Questo movimento si proponeva di reprimere ogni comportamento anti-rivoluzionario soprattutto negli intellettuali e nelle classi più agiate, in particolare tutti dovevano fedelmente aderire al pensiero maoista ed alla costruzione del comunismo. A tal fine vennero istituiti organi ad hoc quali il *Cultural Revolution Group*, il *Cultural Revolution Committee* ed il *Cultural Revolution Congress* che distrussero il potere degli organi statali preesistenti: quello delle Assemblee locali popolari, quello di altri organi statali talvolta impossibilitati a svolgere le loro funzioni, tal'altra addirittura soppressi o chiusi⁹².

Direttive politiche divennero la base della repressione di comportamenti anti-rivoluzionari. Omicidi, incendi e furti erano certamente considerati idonei a ledere la pubblica sicurezza, ma anche l'invio di lettere e la distribuzione di volantini anonimi cominciarono ad essere considerati reati gravissimi; ogni termine che potesse significare una mancanza di rispetto o un attacco diretto a Mao o al suo fedele collaboratore Lin Biao doveva essere considerato come anti-rivoluzionario. Si doveva inoltre proibire che alcune categorie di persone potessero stabilire contatti con altre, primi tra tutti i proprietari terrieri e le persone facoltose⁹³.

Da un punto di vista del diritto molti studiosi hanno parlato con riferimento a questo periodo di 'nichilismo giuridico'⁹⁴. Se con l'espressione si intende la mancanza di un sistema giuridico all'occidentale l'affermazione deve certamente considerarsi vera, se invece si vuole indicare la chiusura delle università giuridiche e delle corti è necessario precisare che in realtà alcuni tribunali continuarono a svolgere la funzione di comminare sanzioni proprio per quei comportamenti contrari alle direttive del Partito⁹⁵. In questo senso, al culmine dell'ideologia politica, qualsivoglia tipo di profitto era contrario ai principi socialisti, la repressione e la rieducazione degli intellettuali nelle unità di lavoro nelle campagne sembrava essere l'unico modo per attuare la dittatura del proletariato. Titolari di attività private, artigiani, mercanti dovevano seguire le direttive politiche statali anche a costo del sacrificio della loro attività. Se da un lato ogni comportamento anti-rivoluzionario rimaneva nella sfera del penale dall'altro anche la protezione dei diritti civili, poco rilevante anche prima del 1966,

⁹² Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., pp. 46-47.

⁹³ Per maggiori dettagli sulle varie fasi della Rivoluzione culturale si veda G. Samarani, *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero ad oggi*, cit., p. 249 ss.

⁹⁴ C. Wing- Hung Lo, *Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China*, «Columbia Journal of Asian Law», 11, 1997, pp. 469-486. Tra gli studiosi italiani di diritto cinese l'espressione è spesso attribuita al Professor Crespi Reghizzi.

⁹⁵ A.R. Dicks, *Compartmentalized Law and Judicial Restraint: An Inductive View of Some Jurisdictional Barriers to Reform*, «China Quarterly», 1995, pp. 82-109, pp. 89-90.

restava in secondo piano e sempre e comunque sotto stretto controllo degli organi rivoluzionari⁹⁶.

La situazione generale dal punto di vista del diritto era seriamente compromessa, alcune corti locali furono soppresse, altre convertite in organi di controllo gestiti dall'esercito. Il vuoto lasciato dalle corti e dall'organico, che per gran parte era stato mandato a 'rieducarsi' tramite il lavoro manuale nelle campagne, fu colmato istituendo organismi non prettamente giuridici, ma con funzioni, *latu sensu*, giuridiche all'interno delle comuni o delle unità di lavoro—contravvenendo ancora una volta alla Costituzione⁹⁷.

Piuttosto che parlare di una generale chiusura dei tribunali si potrebbe forse affermare che si ammettevano apertamente pratiche che ancora oggi possono ritenersi esistenti (magari camuffate dietro l'idea di legalità socialista); i governi locali ad esempio svolgevano indagini in autonomia prima di trasferirle all'organo giudiziario competente, leaders o istituzioni politiche decidevano circa l'opportunità o meno di accettare la discussione di un caso che non fosse già stato deciso dal Comitato rivoluzionario.

La riprova più tangibile del coinvolgimento dell'autorità politica nella funzione giudiziaria è probabilmente l'indagine ed il controllo svolto da gruppi militari appositamente creati per giudicare delle questioni più importanti.

Nel sovra esposto contesto la breve Costituzione del 1975 doveva meramente servire a consolidare i nuovi risultati politici conseguiti⁹⁸. Si dichiarava l'instaurazione di uno stato socialista, si sanciva il principio dell'unità del potere statale, dal quale derivava una totale assimilazione della funzione amministrativa e giurisdizionale, il cui operato veniva controllato dal governo popolare a livello centrale.

Sempre sotto la guida di Mao Zedong si consacrava il ruolo dei mezzi di informazione, soprattutto durante la Rivoluzione culturale a causa dell'enorme debolezza delle altre istituzioni; manifesti, giornali e radio divennero veri e propri strumenti di governo e quindi di Partito, la loro funzione non era però solo quella di diffondere al popolo le politiche del PCC, ma anche quella di essere veri e propri regolatori della vita civile del paese; incaricati dunque di raccogliere, per riferirle nuovamente al Partito, le reazioni popolari. Significativamente, i caratteri utilizzati per tradurre il termine 'media' 舆论监督 (*yulun jian du*) letteralmente significano 'supervisione della

⁹⁶ Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., pp. 56-57.

⁹⁷ L'articolo 73 della Costituzione del 1954 stabiliva infatti che: «In the People's Republic of China judicial authority is exercised by the Supreme People's Courts, local people's courts and special people's courts».

⁹⁸ Il testo in inglese della Costituzione del 1975 è disponibile su <http://www.leggicinesi.it/http://www.leggicinesi.it/view_doc.asp?docID=586view_doc.asp?docID=586> (03/13).

pubblica opinione⁹⁹. Da questo momento in poi essi possono essere considerati il tramite per la comunicazione tra Partito comunista cinese e il popolo. Il PCC aveva come fine quello di portare avanti le idee rivoluzionarie attraverso la linea di massa e doveva essere capace di comprendere quantomeno le principali esigenze della popolazione. L'era maoista è stata quindi caratterizzata da una totale dissoluzione della dimensione giuridica dello stato nella politica almeno fino agli inizi degli anni Settanta, quando, grazie alle così dette quattro modernizzazioni di Zhou Enlai (agricoltura, industria, tecnologia e difesa), il radicalismo dell'epoca rivoluzionaria cominciò a ridursi ed i rapporti internazionali mostrarono qualche segno di apertura¹⁰⁰.

Tale insostenibile situazione si concluse soltanto nel 1976 con la morte del Grande Timoniere. La riabilitazione del diritto avvenne però pubblicamente solo nel 1980 attraverso il famoso processo alla così detta 'Banda dei quattro'¹⁰¹ che aveva imperversato fino ad allora. Il processo, svoltosi a porte aperte, vide la partecipazione dei rappresentanti delle province, delle municipalità e delle regioni autonome e si concluse dopo 65 giorni con la condanna dei quattro imputati: due pene di morte, un ergastolo e una pena a circa venti anni di reclusione. Venne in questo modo restituita dignità al diritto e fu in parte riconsegnata l'autorità al sistema giuridico cinese tanto da far pensare all'inizio di un cammino verso uno stato di diritto¹⁰². Il successore designato alla morte di Mao, Hua Guofeng, che sostanzialmente seguiva il pensiero del maestro, non riuscì ad incidere nel nuovo cammino cinese sopraffatto dall'ascesa di Deng Xiaoping.

⁹⁹ Si pensi inoltre che con la quasi totale chiusura dei tribunali i giornali spesso servivano a comunicare e ad assegnare le decisioni del Partito comunista cinese circa la colpevolezza o meno di un determinato individuo. B. Liebman, *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, «Columbia Law Review», 105, 2005 pp. 1-157, pp. 9-15.

¹⁰⁰ G. Samarani, *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero ad oggi*, cit., pp. 272-274. Il 25 ottobre del 1971 la RPC sostituì la Repubblica cinese di Taiwan nel seggio permanente del consiglio di sicurezza dell'ONU, cfr. *ivi*, p. 293.

¹⁰¹ Cfr. *ivi*, p. 281. Si tratta di fedeli esponenti di vertice della banda maoista (Jiang Qing, moglie dello stesso Mao, Zhang Chunqiao, Yao Wenyuan, Wang Hongwen ed altri seguaci e collaboratori), significativo il fatto che vede la fine dell'era maoista consacrata da un processo formale, in proposito sono molto interessanti le considerazioni di M.W. Dowdle, *Beyond 'Judicial Power': Courts and Constitutionalism in Modern China*, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, New York 2009, pp. 199-217, p. 204 ss.

¹⁰² Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 70.

1.5. Tratti salienti del diritto cinese dalla morte di Mao ad oggi

Che il gatto sia bianco o nero, se acchiappa i topi è un bravo gatto¹⁰³

Nel 1978 durante il terzo plenum dell'XI Congresso del Partito comunista cinese iniziava il cambiamento del ruolo del diritto. Dalle parole che seguono risulta chiaro che Deng non aveva dubbi circa il ruolo predominante e di massima autorità della legge¹⁰⁴:

[T]o safeguard people's democracy, it is imperative to strengthen the socialist legal system so that democracy is systematized and written into law in such a way as to ensure the stability, continuity and full authority of this democratic system and these laws; there must be laws for people to follow, these laws must be observed, their enforcement must be strict and law breakers must be punished. From now on, legislative work should have an important place on the agenda of the National People's Congress and its Standing Committee. Procuratorial and judicial organisations must maintain their independence as is appropriate; they must faithfully abide by the laws, rules and regulations, serve the people's interests, and keep to the facts, they must guarantee the equality of all people before the people's laws, and deny anyone the privilege of being above the law¹⁰⁵.

A segnare le distanze con il passato fu la Costituzione approvata il 5 marzo del 1978¹⁰⁶, certamente vicina alla Costituzione del 1954 quanto a contenuti, ma importante perché confermava l'avvio di un cambiamento fondamentale nella storia della Cina. Essa fu destinata a durare pochi anni; già dal 1980 iniziarono infatti i lavori per una nuova Carta costituzionale approvata poi il 4 dicembre del 1982 con ampio favo-

¹⁰³ In occidente rappresenta lo slogan della Cina post-maoista, per le origini e le attribuzioni a Deng Xiaoping si veda S. Stafutti, G. Ajani, *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 36 ss.

¹⁰⁴ Circa dettagli sul collegamento tra il diritto socialista di Mao e l'evoluzione dello stesso attuata da Deng si veda C. Wing-Hung Lo, *Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China*, cit., p. 473 ss.

¹⁰⁵ *Communiqué of the Third Plenary Session of the Eleventh Central Committee of the Chinese Communist Party of China*, p. 11 come citato da A.H.Y. Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, LexisNexis, Hong Kong 2011, p. 42. Una traduzione italiana delle parti più rilevanti è disponibile in M. Timoteo, voce *Cina*, in *Aggiornamento del Digesto di Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, Torino, Utet, 2010, pp. 181-237, p. 196.

¹⁰⁶ Il testo in inglese della terza Costituzione della Repubblica popolare cinese è disponibile su <<http://e-chaupak.net/database/chicon/1978/1978e.pdf>> (03/13).

re anche da parte dei cittadini dimostrato attraverso la procedura della consultazione pubblica¹⁰⁷.

La successiva e ancora vigente Costituzione del 1982¹⁰⁸ è composta da 138 articoli e preceduta da un lungo Preambolo nel quale vengono delineati gli avvenimenti più importanti della storia del paese. Come tutte le costituzioni socialiste, anche la Costituzione cinese muta con l'evolversi degli accadimenti politici; essa è sempre legata ad un particolare momento storico del quale rappresenta una sorta di bilancio e per il quale definisce il programma politico da seguire¹⁰⁹. Nell'impossibilità di delineare in questa sede in modo esaustivo la storia della Costituzione dal 1982 ad oggi è importante comprendere che essa si inserisce nel contesto della politica della così detta 'porta aperta' che ha guidato la Cina in direzione di un'economia di mercato (socialista)¹¹⁰ con il progressivo abbandono dell'economia di piano tipica del periodo precedente.

In occidente siamo abituati a vedere la Costituzione come la carta fondamentale di un paese all'interno della quale sono disciplinati i poteri dello stato nonché i diritti fondamentali dei cittadini. Una lettura non contestualizzata della Costituzione cinese potrebbe aiutarci a conoscere i tratti salienti dell'organizzazione di quel paese, ma non a comprendere il reale funzionamento delle sue istituzioni.

Il potere legislativo è attribuito all'Assemblea nazionale del popolo (ANP) ed al suo Comitato permanente (CPANP), la funzione esecutiva spetta al Presidente della Repubblica popolare, al Consiglio di Stato (CS) e alla Commissione centrale militare (che controlla le forze armate), mentre quella giudiziaria spetta alla Corte suprema e alla Procura (o Procura) suprema del popolo. Se la Costituzione del 1982 avesse incorporato la separazione dei poteri e non sancisse il principio fondamentale del ruolo guida del PCC, questa potrebbe essere la suddivisione da adottare, ma uno dei principi costituzionali è rappresentato dall'unitarietà dei poteri statali che appartengono al popolo; ex art. 1 Cost. «la Repubblica popolare cinese è uno stato socialista di

¹⁰⁷ M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 14.

¹⁰⁸ Una traduzione in inglese dell'attuale Costituzione cinese con testo cinese a fronte è disponibile su <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=1&lib=law&SearchKeyword=constitution&SearchCKeyword=>> (03/13).

¹⁰⁹ Il Preambolo alla Costituzione del 1982 come aggiornato (1988, 1993, 1999 e 2004) è in questo senso emblematico poiché ha visto negli anni l'inserimento delle varie tendenze e politiche portate avanti dai leaders che si sono succeduti.

¹¹⁰ 'Economia socialista di mercato' è una formula che nasce nel 1992 durante il XIV congresso del PCC, talvolta indicata quale ossimoro, è certamente il perno su cui si è sviluppato il diritto cinese negli ultimi anni. «The market economy, justified by that formula, demanded forms of legal regulation unknown in the old planned and closed economy in which public ownership dominated. The Chinese approach has been very inventive», C. Wing-Hung Lo, *Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China*, cit., p. 470.

dittatura democratica popolare, guidata dalla classe operaia e basata sull'alleanza operai-contadini¹¹¹».

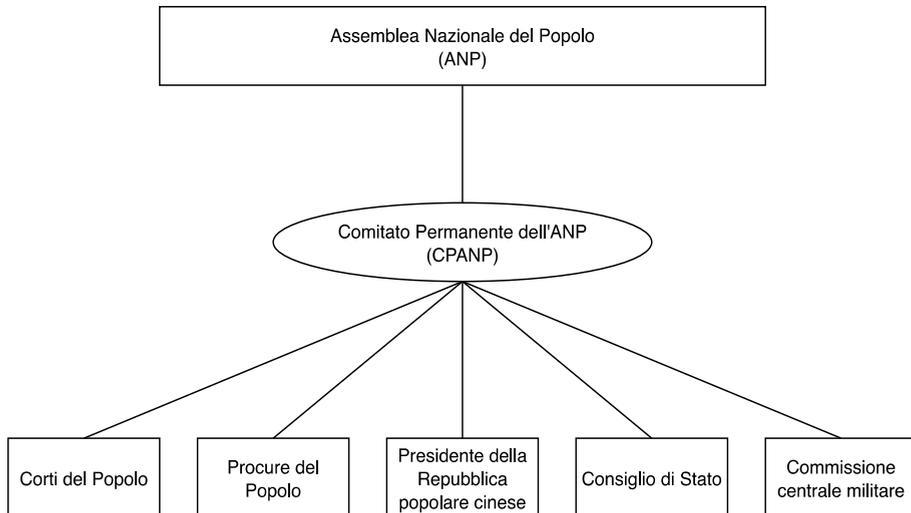


Grafico 1. Struttura delle istituzioni cinesi

Di conseguenza la struttura dello stato cinese deve essere pensata come una piramide al cui vertice è posizionato l'organo legislativo (espressione della volontà popolare¹¹²) che, a livello centrale è rappresentato dall'ANP e dal suo Comitato permanente¹¹³; gli altri cinque organi (Presidente della RPC, Consiglio di Stato, Commissione centrale militare, Corte suprema e Procuratura suprema del popolo) sono tutti

¹¹¹ Il testo della Costituzione cinese tradotto in italiano da G. Melis è disponibile su http://www.tuttocina.it/Mondo_cinese/043/043_cost.htm#.UUCjvqWC9qM (03/13), ma non contiene i quattro emendamenti poiché tradotto nel 1983.

¹¹² L'articolo 2 della Costituzione stabilisce infatti che: «All power in the People's Republic of China belongs to the people. The National People's Congress and the local people's congresses at various levels are the organs through which the people exercise state power. The people administer state affairs and manage economic, cultural and social affairs through various channels and in various ways in accordance with the law».

¹¹³ L'Assemblea nazionale del popolo ai sensi dell'art. 61 della Costituzione si riunisce una sola volta all'anno e la prassi dimostra che generalmente ciò accade nel mese di marzo per non più di due o tre settimane, per il resto dell'anno è tendenzialmente riunito il Comitato permanente sebbene non possa sostituirsi *in toto* all'ANP, ex art. 58 entrambi sono depositari del potere legislativo dello stato.

sottoposti al potere legislativo, non esiste dunque una separazione di poteri autonomi e distinti, bensì una mera distinzione di funzioni¹¹⁴. La piramide descritta si ripete anche ai livelli amministrativi decentrati, il popolo esercita territorialmente i suoi poteri attraverso le Assemblee locali popolari, più in particolare al sottostante livello si trovano le province, se ne contano 23 compresa Taiwan, al di sotto le municipalità che dipendono direttamente dal controllo centrale (Pechino, Shanghai, Tianjin e Chongqing), le cinque regioni autonome (Mongolia interna, Xingjian, Xizang o Tibet, Guanxi Zhuang, Ningxia); ad un livello intermedio si trovano le amministrazioni di prefettura o distretto (che sono circa 300); ad un livello inferiore vi sono le contee (circa 3000); ed al livello più basso i distretti - talvolta definiti contee - (anche quelli autonomi per un totale di circa 46.000 unità).

Per quanto concerne il Partito, anch'esso è organizzato in maniera piramidale e ad ogni gradino sono presenti dei comitati volti a far rispettare le politiche centrali anche ai livelli amministrativi decentrati¹¹⁵.

Ai sensi dell'art. 3 Cost. tutte le istituzioni statali della RPC applicano il principio del centralismo democratico in base al quale la minoranza sottostà alle decisioni della maggioranza, teoricamente espressa attraverso l'elezione dei rappresentanti dell'ANP; tutti gli organi legislativi sono eletti dal popolo e responsabili verso quest'ultimo nonché dallo stesso supervisionati. Correlativamente, in quanto organo supremo (art. 57 Cost.) l'Assemblea nazionale del popolo supervisiona ed elegge tutti gli organi amministrativi, giudiziari e procuratoriali; sul piano organizzativo tale principio comporta l'elettività di tutti gli organi dirigenti e la responsabilità degli altri organi del potere statale verso gli organi rappresentativi (controllo orizzontale).

In altri termini la sovranità popolare è attuata per mezzo di organi dislocati ai vari livelli attraverso la rigida applicazione della disciplina di Partito, del principio maggioritario delle decisioni collegiali nonché del valore tassativo e vincolante delle decisioni degli organi superiori nei confronti di quelli inferiori (controllo verticale). Tutte le istituzioni dello Stato e i funzionari pubblici sono quindi soggetti al controllo del popolo per il tramite delle stesse Assemblee popolari che si avvalgono di diversi mec-

¹¹⁴ In teoria dunque la funzione giudiziaria dovrebbe essere 'parallela' a quella esecutiva, ma «[t]he executive power is active, dynamic, expansionary, and omnipresent. It is no surprise that the power system known to the public as the 'big five' (i.e. the Party committee, the government, the People's Congress, the Political Consultative Conference, and the Discipline Inspection Committee) has no slot for the judiciary». Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, «International Journal of Constitutional Law», 1, 2003, pp. 58-78, p. 75.

¹¹⁵ Per alcune linee guida sulla storia del PCC e dei suoi organismi si veda A.H.Y. Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, cit., p. 95 ss., in particolare sul ruolo dei political-legal committee cfr. ivi. p. 172-173.

canismi di supervisione. Il grafico vuole illustrare come si esprime il principio del centralismo democratico ed il suo corollario ovvero il principio del ‘doppio controllo’.

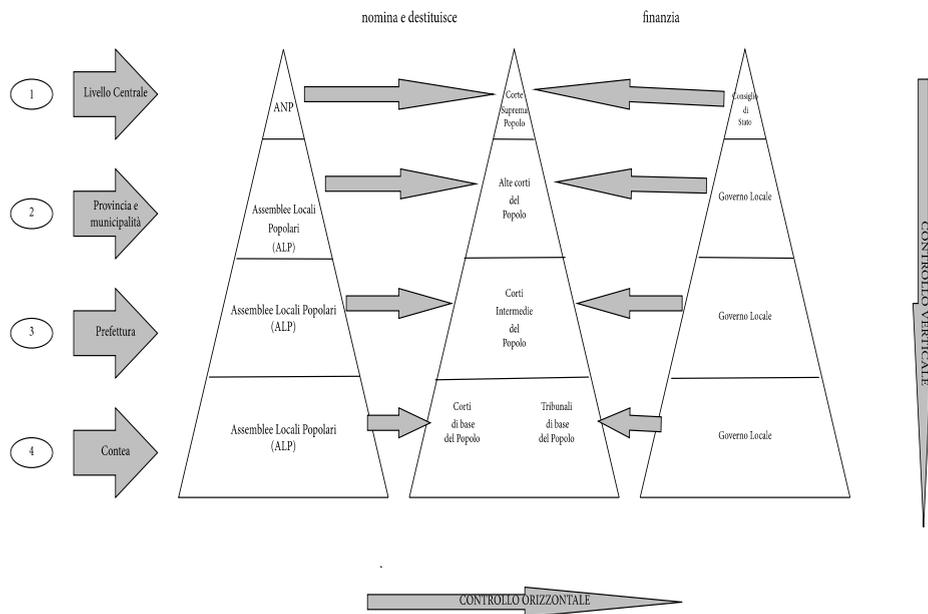


Grafico 2. Centralismo democratico e ‘doppio controllo’

L’organizzazione del sistema cinese è inoltre completata dalla circostanza che l’applicazione della Costituzione e delle leggi è supervisionata dalla stessa ANP (art. 62(2) Cost.), mentre al Comitato permanente è attribuita la funzione di interpretazione e supervisione delle relative interpretazioni¹¹⁶. In proposito la Legge sulla legi-

¹¹⁶ La legge sulla legislazione del 2000 ha rafforzato la funzione legislativa e di interpretazione legislativa del Comitato permanente, il testo inglese con testo a fronte in cinese è disponibile su <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=386&lib=law&SearchKeyword=law%20on%20legislation&SearchCKeyword=>>> (03/13). In proposito si veda R.F. Antonelli, *La legge sulla legislazione*, «Mondo cinese», 119, 2004, pp. 23-36, disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/119/119_anto.htm> (03/13). I dubbi circa tale ‘supervisione costituzionale’ non sono pochi e sono connessi soprattutto a contrasti normativi forti derivanti da troppi organi idonei ad emettere norme la cui gerarchia, di fatto, non è poi semplice da stabilire cosa che, ad esempio, rende difficile valutare l’effettiva disciplina di un diritto ed un costante ritardo dell’Assemblea nazionale del popolo e del suo Comitato permanente nel prestare at-

slazione (LL) emanata nel 2000¹¹⁷ ha tentato di porre ordine nella gerarchia delle fonti del diritto, specificando che entro trenta giorni dall'emanazione di un atto l'organo dal quale questo proviene deve sottoporlo all'organo addetto alla supervisione, si può parlare in questo senso di un controllo preventivo che vede protagonisti gli organi legislativi stessi.

Più in particolare le leggi approvate dal Comitato permanente devono essere sottoposte alla supervisione dell'ANP, le norme emanate dalle Assemblee provinciali devono essere sottoposte alla supervisione del Comitato permanente, i regolamenti del governo, sia a livello centrale che a livello provinciale, devono essere sottoposti alla supervisione dei comitati permanenti dei rispettivi livelli amministrativi, i regolamenti governativi provenienti da amministrazioni posizionate al di sotto del livello provinciale devono essere supervisionati dai governi provinciali cui afferiscono (artt. 88 e 89 Legge sulla legislazione).

Il controllo successivo circa la costituzionalità delle leggi può invece essere richiesto dall'autorità chiamata ad applicare la disposizione ovvero dai cittadini stessi; l'organo addetto a tale controllo è il Comitato permanente dell'Assemblea nazionale del popolo¹¹⁸.

tenzione alle eventuali questioni proposte dovuto soprattutto al fatto che entrambi gli organi legislativi svolgono un numero di funzioni rilevanti, sul tema si veda in generale S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009; Zhiwei Tong, *Developments of Chinese Constitutionalism in the Mid and Short Run*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 149-188; J. Luther, *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in G. Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene editore, Napoli 2009, pp. 223-281, p. 237.

¹¹⁷ Il testo inglese con il testo cinese a fronte è disponibile su <<http://www.lawinfochina.com/-display.aspx?id=386&lib=law&SearchKeyword=law%20on%20legislation&SearchCKeyword=>> (03/13).

¹¹⁸ Prima di citare l'articolo è bene ricordare che più di venti anni fa fu avanzata la proposta di costituire quanto meno una commissione apposita all'interno degli organi legislativi atta a decidere tali questioni, la proposta sta tornando attuale perché potrebbe essere un primo (sebbene piccolo) passo verso un maggiore costituzionalismo, sul tema si veda J. Luther, *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 228. Diversa è invece l'impostazione di Qianfan Zhang, *A Constitution without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China*, «International Journal of Constitutional Law», 8, 2010, pp. 950-976; il contributo bene sottolinea come difficilmente i principi della Costituzione cinese potranno trovare attuazione senza un'attiva e massiccia partecipazione del popolo.

L'articolo 90 della Legge sulla legislazione (2000), che qui rileva, stabilisce che: «Where the State Council, the Central Military Committee, the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, all special committees of the Standing Committee and the standing committee of the People's Congress of all provinces, autonomous regions and municipalities directly under the central government deems that an administrative regulation, local regulation, autonomous regulation or special rule contravenes the Constitution or any law, it may make a written request to the Standing Committee of the National People's

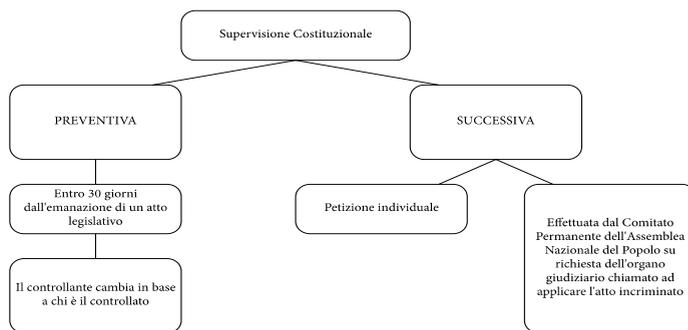


Grafico 3. La supervisione costituzionale in Cina

Da quanto sopra emerge con chiarezza che l'organizzazione del paese non è poi così diversa da quella del precedente periodo maoista. Negli innumerevoli scritti che negli ultimi anni sono apparsi in tema di diritto cinese, l'anno 1979 e le politiche di Deng Xiaoping vengono spesso descritti come momenti di rottura con il passato; se questo può, per un verso, contenere una verità, è necessario riconoscere che i principi cardine dell'ordinamento restano i medesimi, metaforicamente, il Grande Timoniere, non detta più la direzione, ma l'eredità del suo governo rimane presente e, fatta eccezione per i dieci anni della Rivoluzione culturale ed il disastro del Grande balzo in avanti, niente viene rinnegato¹¹⁹. Proprio per questo motivo è necessario specificare che persistono i precedenti fondamenti: anche nell'attuale Costituzione rimane forte l'affermazione del ruolo-guida del PCC, l'aderenza ai principi del marxismo-leninismo nonché il rispetto della dittatura democratica del popolo all'insegna della via socialista¹²⁰.

Congress for review, and the working office of the Standing Committee shall distribute such request to the relevant special committees for review and comments.

Where any state organ and social group, enterprise or non-enterprise institution or citizen other than the bodies mentioned above deems that an administrative regulation, local regulation, autonomous regulation or special rule contravenes the Constitution or any law, it may make a written proposal to the Standing Committee of National People's Congress for review, and the working office of the Standing Committee shall study such proposal, and where necessary, shall distribute such proposal to the relevant special committees for review and comments».

¹¹⁹ Sul tema si veda B. Liebman, *A Return to Populist Legality? Historical Legacies and Legal Reform*, in S. Heilmann, E.J. Perry (a cura di), *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) London 2011, pp. 165-200.

¹²⁰ In base a quanto stabilito nel Preambolo «[u]nder the leadership of the Communist Party of China and the guidance of Marxism-Leninism, Mao Zedong Thought, Deng Xiaoping Theory and the important

Nel 1980 Deng Xiaoping pronunciava parole che possono ritenersi in parte ancora attuali:

it is totally impossible to unite hundreds of millions of Chinese people to build socialism without the centralized leadership of the Communist Party: rather the nation will certainly fall a part and achieve nothing¹²¹.

La politica del PCC resta dunque politica statale. Il ruolo guida del Partito deve esplicitarsi in quanto stabilito nella Costituzione e nelle leggi che lo stesso deve far osservare al popolo, ma che a sua volta deve seguire. L'articolo 5 Cost. stabilisce infatti che «all state organs, the armed forces, all political parties and public organizations and all enterprises and institutions must abide by the Constitution and the law», poiché la Carta costituzionale, come stabilito a conclusione del suo Preambolo, è la legge fondamentale del paese.

Ciò che è necessario specificare è che sebbene proprio nel Preambolo si legga che in Cina esiste e si sviluppa la cooperazione multipartitica essa non è reale in quanto gli altri otto partiti esistenti sono solo partiti 'satellite'¹²². Conferma di ciò è data dal fatto che i quattro emendamenti (1988, 1993, 1999 e 2004) apportati alla Costituzione

thought of 'Three Represents', the Chinese people of all nationalities will continue to adhere to the people's democratic dictatorship and the socialist road, persevere in reform and opening to the outside world, steadily improve various socialist institutions, develop the socialist market economy, develop socialist democracy, improve the socialist legal system and work hard and self-dependently to modernize the country's industry, agriculture, national defence and science and technology step by step, and to promote the coordinated development of material civilization, political civilization and spiritual civilization to build China into a socialist country that is prosperous, powerful, democratic and culturally advanced».

¹²¹ Deng Xiaoping, Selection of Essays 1975-1982, p. 300, come citato da Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 109.

¹²² È vero, infatti, che il potere è unico ed appartiene al popolo, che in teoria dovrebbe esercitare i suoi poteri di supervisione e controllo attraverso le Assemblee parlamentari locali, ma in realtà non è libero di scegliere il suo partito; sebbene la Cina si dichiari un sistema multipartitico fondato sulla leadership di un solo partito «tale pluralità non implica una sostanziale diversità tra essi e il PCC, costituzionalmente intangibile; ne consegue che il sistema partitico cinese è sostanzialmente fondato su un partito unico e su alcuni partiti satellite del primo, i quali non hanno che un significato decorativo; sono stati infatti definiti dei meri 'vasi da fiore'», A. Rinella, *Cina*, cit. pp. 43-44 e pp. 98-99. A conferma di ciò vi è anche la circostanza che molti dei leaders dei 'partiti satellite' sono essi stessi affiliati al PCC ad esempio i leaders del *China Democratic League*; *China Democratic National-Construction Association*, *China Party for Public Interest* ed il *Taiwan Democratic Self-Government League*: Suli Zhu, "Judicial Politics" as State-Building, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, New York 2009, pp. 23-37, p. 25.

del 1982 sono stati tutti voluti dal PCC¹²³; non è dunque difficile immaginare che non sia chiaro e delineato il rapporto tra il suo ruolo guida ed il primato della Costituzione.

Gli emendamenti poco sopra citati sono stati principalmente strumentali ad una modernizzazione del sistema, soprattutto in chiave economica: con il primo è stato introdotto un settore privato dell'economia da affiancarsi all'economia pubblica socialista; successivamente vi è stata l'abolizione della pianificazione economica a favore di un'economia di mercato, sempre affiancata dall'aggettivo socialista; con l'emendamento del 2004 vi è stato il riconoscimento dell'eguale trattamento delle imprese statali e private nonché l'inserimento della tutela da parte dello stato dei diritti umani¹²⁴.

La riforma costituzionale del 1999 è forse quella che più interessa in questa sede, essa ha infatti affiancato al principio di legalità socialista contenuto nell'articolo 5 Cost., il concetto di *rule of law*, o meglio, questa è stata la traduzione inglese che gran parte della dottrina ha dato agli ideogrammi 法治 (*fa zhi*)¹²⁵.

¹²³ In conseguenza della XI Sessione del Comitato Centrale del PCC nel 1978 fu specificato che il ruolo guida dello stesso doveva presentarsi come un ruolo politico e non di controllo diretto sulla RPC. Nella stessa occasione emerse dunque la necessità di separare il PCC dagli altri organi statali per evitare eventuali usurpazioni di poteri nei loro confronti, H. Koguchi, *Some Observations About "Judicial Independence" in Post-Mao China*, «Boston College Third World Law Journal», pp. 195-213, p. 211.

¹²⁴ Molti sono i testi di riferimento si ricordano in particolare G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 304 ss., M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 17 ss., la traduzione e spiegazione in italiano degli emendamenti è presente in M. Timoteo, voce *Cina*, cit., 199 ss., un recente testo a commento della Costituzione cinese è Qianfan Zhang, *The Constitution of China. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford-Portland 2012.

¹²⁵ L'originario primo comma stabiliva che: «Lo Stato protegge l'uniformità e la dignità del sistema legale socialista (法制 -*fazhi*-)», dopo l'emendamento del 1999 l'art. 5 della Costituzione ha aggiunto un comma che statuisce: «La Repubblica popolare cinese governa il paese attraverso il rule of law (法治 -*fazhi*-) e costruisce uno stato socialista fondato sulla legge» [中华人民共和国实行依法治国, 建设社会主义法治国家 *Zhonghuarenmin gongheguo shixing yifazhiguo, jianshe shehui zhuyi fazhi guojia* 国家维护社会主义法制的统一和尊严 *guojia weihu shehuizhuyi fazhi de tongyi hezunyan*], nonostante l'omofonia i caratteri la cui traslitterazione equivale a *zhi* sono diversi, in particolare sono diversi i loro radicali (nella lingua cinese il radicale rappresenta la parte del carattere che dà il significato allo stesso) se il primo 制 *zhi* ha il radicale del coltello - che porta a concepire il diritto come un sistema di comandi-, il secondo 治 *zhi* ha il radicale dell'acqua che porta invece a concepire il diritto come strumento di governo del potere statale, per ulteriori approfondimenti anche linguistici si veda M. Timoteo, voce *Cina*, cit., pp. 197-198. Sul medesimo tema si veda R. Cavalieri, *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 6; circa l'origine del 法 *fa*, anch'esso caratterizzato dal radicale dell'acqua *ivi.*, p. 9.

Se da un punto di vista di produzione legislativa esigenze di modernizzazione e di commercio internazionale hanno giocato un ruolo determinante, la necessità di migliorare l'ordinamento giudiziario è dipesa anche da fattori interni al paese. Tra le politiche di Deng rientra, infatti, la decollectivizzazione delle campagne a partire dalla metà degli anni Ottanta che ha contribuito ad un vuoto nell'amministrazione sociale nelle zone rurali. L'emigrazione dei lavoratori verso le città ha eliminato la protezione collettiva che caratterizzava le 'comuni popolari' incentivando la voglia di consapevolezza di quali diritti ed interessi che l'ordinamento giuridico poteva adesso loro garantire¹²⁶.

Se pensiamo al fatto che anche la traduzione italiana di *rule of law* in 'stato di diritto' non è pacifica, ci si può immaginare quanto difficile possa essere trovare una corretta traduzione del termine in cinese. Si potrebbe dunque dire che la Cina con la riforma del 1999 ha introdotto nel suo ordinamento un governo della legge, ma questo potrebbe riportare ad un'idea di principio di legalità socialista già da tempo conosciuto. Si rende dunque necessaria una precisazione sul suo significato per capire come se ne possa parlare anche in rapporto all'ordinamento cinese. Le esperienze storiche dello stato di diritto sono state diverse: basti pensare allo sviluppo del *Rechtsstaat* in Germania, a quello della *rule of law* inglese, all'accezione nordamericana che ne è poi derivata¹²⁷. Ciononostante è possibile individuare una base di valori condivisi da queste esperienze in modo tale da «ricomporre la diversità delle esperienze storiche in un quadro teorico coerente ed unitario¹²⁸», per ricavarne quella che può essere definita la descrizione dello stato moderno.

In termini più analitici si può sostenere che lo Stato di diritto è una figura giuridico-istituzionale che risulta da un secolare processo evolutivo che porta all'affermazione all'interno delle strutture dello Stato moderno europeo di due fondamentali principi: quello della "diffusione del potere" e quello della "differenziazione del potere". Il "principio di diffusione" tende a limitare con vincoli espliciti i poteri dello Stato per dilatare l'ambito delle libertà individuali. Esso implica

¹²⁶ Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, cit., pp. 60-61.

¹²⁷ D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 17-88, p. 21. Tom Bingham, autorevole giudice inglese recentemente mancato, nel tentativo di definire la *rule of law* la suddivide in otto componenti: 1) Accessibility of the Law; 2) Law not Discretion; 3) Equality before the Law; 5) The Exercise of Power; 6) Human Rights; 7) Dispute Resolution; 8) A fair trial. La premessa di tale disamina nasce dal fatto che nemmeno l'Inghilterra, patria del principio, ne ha dato una definizione nel *Constitutional Reform Act* approvato nel 2005 nonostante l'articolo 1 dello stesso stabilisca che l'atto «does not adversely affect [...] the existing constitutional principle of the rule of law». Si veda in proposito T. Bingham, *The Rule of Law*, Penguin Books, London 2011, p. 37 ss.

¹²⁸ D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 33.

perciò una definizione giuridica dei poteri pubblici e del loro rapporto con i poteri dei soggetti individuali, anch'essi giuridicamente definiti. Il "principio di differenziazione" si esprime sia come differenziazione del sistema politico-giuridico rispetto agli altri sottosistemi sociali, in particolare quello etico-religioso e quello economico, sia come criterio di delimitazione, coordinamento e regolazione giuridica di distinte funzioni statali, sommariamente corrispondenti alla posizione di norme (*legis latio*) e all'applicazione di norme (*legis executio*)¹²⁹.

Gli scopi dello stato di diritto si sono ripresentati recentemente in uno scenario globale, ovvero si usa far riferimento alla nozione di stato di diritto come all'insieme di quelle condizioni capaci di assicurare un «ordine politico stabile e [...] un livello accettabile di tutela dei diritti soggettivi, in particolare dei diritti civili [...]», in altre parole si raccomanda lo stato di diritto come struttura garante di un «ordine politico minimo¹³⁰», ordine che pare essere strumentale al raggiungimento della democrazia a sua volta prodromico alla crescita economica.

Può dunque dirsi che anche la Cina si sia indirizzata verso quell'ordine politico minimo e lo stia facendo attraverso quella che può essere definita una 'promessa costituzionale¹³¹', fatta con la suddetta introduzione della *rule of law* (*fazhi*) proprio in Costituzione. Il 'paradosso cinese'¹³² è rappresentato dal fatto che pur in assenza dei caratteri propri della *rule of law* la Cina ha già raggiunto successi economici non indifferenti, per questo motivo è necessario domandarsi quali siano in realtà gli scopi e gli effetti della promozione della democrazia nel mondo¹³³.

Al fatto che la nozione introdotta sia accompagnata dall'aggettivo socialista (社会主义的 *shehuizhuyide*) si collega la considerazione che non sono pochi gli impedimenti ad una sua realizzazione concreta. È sufficiente sfogliare l'indice di uno dei maggiori contributi sullo stato di diritto in Cina - *China's Long March Toward Rule*

¹²⁹ Cfr. *ivi*, p. 34.

¹³⁰ Cfr. *ivi*, p. 67.

¹³¹ G. Ajani, *La Rule of Law in Cina*, «Mondo cinese», 126, 2006, pp. 18-25, p. 20, disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/126/126_ajan.htm> (03/13).

¹³² Cfr. *ivi*, p. 24. Al 'paradosso cinese' si collega anche il così detto *Beijing Consensus* per il quale può intendersi «a pragmatic approach to reforms and support for a larger role for the state in guiding the economy and ensuring equitable growth, [...] to refer to market reforms without democracy», in reazione (o contrapposizione) al più conosciuto *Washington Consensus*, R. Peerenboom, *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?*, Oxford University Press, Oxford 2007, p. 6.

¹³³ W.P. Alford, *Exporting the Pursuit of Happiness*, in U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., pp. 37-41.

of Law¹³⁴ - per comprendere che i valori contenuti nella nozione contrastano in svariati ambiti con l'organizzazione del sistema. Basti, a questo proposito, pensare al ruolo guida del PCC; ma vi sono contrasti anche con il sistema legislativo, con l'organizzazione amministrativa eccessivamente burocratica ed infine con l'organizzazione stessa della magistratura che ancora non può dirsi effettivamente indipendente, né imparziale, né professionalizzata¹³⁵.

Tali circostanze rendono difficoltosa l'attuazione della *rule of law*; esse non derivano solo da scelte politiche del passato, ma anche da contraddizioni sorte dopo l'inizio della riforma economica e giuridica cinese. Ciononostante questi ostacoli non rendono la nozione di 'stato di diritto socialista' contenuta nell'art. 5 Cost. priva di significato; tale accezione è stata ed è tutt'oggi strumentale a processi di adeguamento del sistema giuridico cinese a parametri propriamente occidentali¹³⁶. Non a caso pare esserci un collegamento tra la terza riforma costituzionale e l'adesione della Cina alla Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) nel 2001, così come quest'ultima pare esser stata uno dei principali stimoli per le profonde riforme sia giuridiche che economiche ancora oggi in corso¹³⁷. L'OMC infatti richiede di incentivare la trasparenza nel paese così come un accesso ed uno scambio di informazioni per le attività commerciali. La Cina in questo senso aveva già mostrato le debolezze del sistema e nonostante la messa in opera di svariate riforme per adeguarsi agli standard internazionali il percorso non può dirsi concluso¹³⁸.

¹³⁴ R. Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

¹³⁵ Per una prospettiva più recente e comparata si veda R. Peerenboom, *Competing Conceptions of Rule of Law in China*, in Id. (a cura di) *Asian Discourses of Rule of Law*, Routledge, London-New York 2004, pp. 113-145.

¹³⁶ G. Ajani, *La Rule of Law in Cina*, cit., pp. 20-21, dettagli ulteriori sugli effetti delle nozioni vaghe ed in particolare sull'effetto del *fazhi* in Cina si ritrovano in G. Ajani, *Fazhi, Rule of Law, Stato di diritto*, in Id. (a cura di), *Modelli europei nella Cina contemporanea*, cit., pp. 189-208, p. 202 ss.

¹³⁷ È il caso di precisare che non solo i negoziati per l'accesso della Cina all'OMC, avvenuto nel dicembre del 2001, sono durati quindici anni, ma anche che l'adesione è stata condizionata ad una sorta di clausola precauzionale volta a disciplinare dei meccanismi provvisori di revisione (*Transitional Review Mechanism- TRM*) affinché gli altri Stati membri potessero controllare l'andamento delle riforme giuridiche in atto in Cina nei vari settori commerciali. Tali meccanismi dovrebbero essersi conclusi, sebbene studi sul tema effettuati mentre tali controlli erano ancora *in fieri*, non sembrano delineare un effettivo funzionamento degli stessi. Sul tema si veda D.P. Farah, *L'adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio: ovvero come conciliare cultura e diritto*, «Mondo cinese», 124, 2005, pp. 34-42, disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/124/124_fara.htm> (03/13).

¹³⁸ Sul tema R. Cavalieri, *L'adesione della Cina alla WTO: implicazioni giuridiche*, Argo, Lecce 2003, si veda anche D.C. Clarke, *China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance*, in U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., pp. 31-36.

È anche in questa prospettiva che deve leggersi tutta la gran mole di leggi emanate dall'Assemblea nazionale del popolo e dal suo Comitato permanente negli ultimi anni¹³⁹.

È degno di nota il fatto che per alcuni

[l'] aggettivazione 'socialista' della rule of law sembrerebbe un sintomo della concezione ancora strumentale nella Cina popolare delle disposizioni normative, ed in particolare delle regole dello stato di diritto; in altre parole, il principio della rule of law costituirebbe l'aspetto dinamico che consente e favorisce l'effettività del sistema legale quale elemento (sovra) strutturale, nell'ottica peraltro della funzionalizzazione in senso socialista dell'ordine giuridico, senza negare perciò lo scopo ultimo della realizzazione della società comunista, come tale priva non solo di classi sociali antagoniste, ma anche del diritto e dello stato¹⁴⁰.

La perdurante ambiguità (o flessibilità¹⁴¹) del termine *fazhi* potrebbe riflettere una continua avversione cinese nell'ammettere leggi che possano frenare la discrezionalità degli organi di governo; vi è chi¹⁴² ritiene che il termine richiami quello di *renzhi* (*rule by man*), a tal punto da volersene discostare il meno possibile. L'apparente assunzione del *fazhi* nella Costituzione pone alcuni rilevanti problemi di interpretazione; innanzitutto lo 'stato di diritto' non ha alcuna tradizione nella cultura giuridica cinese ed è pertanto inevitabile che un principio di tale portata non sia in grado di produrre i suoi effetti se non dopo un congruo periodo di radicamento. Se Zhou Enlai (1898-1976) interrogato sul significato della Rivoluzione francese (1789)

¹³⁹ L'adesione alla OMC ha, quindi, ancor più condotto la Cina a bilanciare l'esperienza del governo socialista dell'economia con una nuova disciplina dei rapporti privati e delle strutture economiche sociali necessarie all'apertura della Cina agli scambi internazionali. Dato importante da sottolineare è anche l'invito rivolto da Jiang Zemin nel 2001 agli imprenditori per spronarli ad entrare ufficialmente a far parte del Partito. In proposito si veda I. Musu, *La Cina contemporanea*, il Mulino, Bologna 2011, p. 114 ss.

¹⁴⁰ M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 27.

¹⁴¹ L'art. 1 della Legge sulla legislazione (2000) è emblematico nel constatare l'ambiguità: «This Law is enacted in accordance with the Constitution in order to standardize lawmaking activities, to perfect state legislative institutions, to establish and perfect the socialist legal system with Chinese characteristics, to safeguard and develop socialist democracy, to promote the governance of the country through legal mechanisms, and to build a socialist country under the rule of law», nello stesso articolo si dà spazio sia ad una *rule by law* che ad una *rule of law*, ma d'altra parte proprio questa flessibilità pare essere la sostanza della «costruzione di un sistema socialista con caratteristiche cinesi» come sottolineato da I. Castellucci, *Rule of Law with Chinese Characteristics*, (2007) in Id., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Trento, Uni Service, 2008, pp. 97-157, p. 100.

¹⁴² M.Y.K. Woo, *Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts*, «Pacific Rim Law & Policy Journal», 8, 1999, pp. 581-616, p. 585.

rispondeva asserendo che era troppo presto perché se ne potesse dire qualcosa, forse, potrebbe dirsi altrettanto per ciò che concerne la *rule of law* socialista in Cina, sebbene giuristi e sinologi, cinesi ed occidentali, continuino abbondantemente ad occuparsene¹⁴³; è ormai forse vero che a distanza di quasi quindici anni qualche considerazione più conclusiva potrebbe apparire fattibile anche in considerazione del fatto che parte della dottrina ha iniziato a parlare di un costituzionalismo sempre più forte nella Cina contemporanea.

I cinesi stessi cominciano ad avere maggiore familiarità con l'espressione *rule of law* e con il suo significato; se la Costituzione deve essere inquadrata nell'attuazione della politica della 'porta aperta' di Deng Xiaoping altrettanto deve farsi con la generale riforma economica che, a partire dal 1979, la Cina, guidata dall'idea di attrarre l'investitore straniero e capitale estero, ha intrapreso con l'emanazione di un gran numero di leggi¹⁴⁴. Tale riforma ha portato ad un cambiamento nella percezione del ruolo della legislazione:

[...] nello scenario principale di questo quadro [...] la fase di sviluppo del mondo cinese porta in primo piano un più problematico rapporto politica-economia che [...] chiama in causa proprio il ruolo del diritto come fattore di modernizzazione e strumento di cambiamento socio culturale. Tanto da far ritenere che [...la riforma successiva] non sia, né possa essere (per molto tempo ancora), quella politica (*Mr. Democracy*), ma piuttosto quella giuridica (*Mr. Law*)¹⁴⁵.

Sono in questo senso state adottate una serie di leggi volte in primo luogo ad agevolare gli scambi commerciali¹⁴⁶ con l'estero, a tal fine si è anche reso necessario ga-

¹⁴³ G. Ajani, *La Rule of Law in Cina*, cit., pp. 18-19, si veda anche U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., p. 37 ss., p. 38.

¹⁴⁴ Sul tema si vedano in generale S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, Stanford 1999 e L. Moccia (a cura di), *Profili emergenti del sistema giuridico cinese*, Phlos, Roma 1999.

¹⁴⁵ L. Moccia, *Il diritto in Cina*, cit., p. 209.

¹⁴⁶ Già nel 1995 veniva scritto che l'influenza dei modelli stranieri e la loro recezione da parte dei legislatori di vecchi e nuovi paesi post-socialisti aveva raggiunto dimensioni mai viste prima e che per ovvie ragioni l'attenzione cadeva prima di tutto sui settori più vicini alla pratica degli affari, espandendosi poi, per il tramite della pratica comparativa, a tutti i settori dell'ordinamento giuridico, dal diritto pubblico, al diritto penale, financo alle procedure. Giustamente ci si chiedeva se il legislatore avrebbe dovuto porsi la seguente questione: «Does the X model respond today to the needs of a postsocialist economy?», domanda necessaria per accrescere le possibilità di una nuova legislazione duratura idonea a ricevere all'interno del paese ricevente l'autorità per divenire effettivo, G. Ajani, *By Chance and Prestige*, «American Journal of Comparative Law», 43, 1995, pp. 93-117, pp. 115-116, altrettanto dovrebbe farsi per la 'nuova Cina', sebbene, almeno formalmente, non possa definirsi un paese post-socialista.

rantire, almeno sulla carta, l'investitore straniero attraverso l'introduzione di leggi quanto mai influenzate dai modelli occidentali sia a matrice romano-germanica che anglo-americana, tanto che oramai risulta improprio riferirsi alla Cina come ad un paese senza diritto o senza operatori del diritto¹⁴⁷.

Il pragmatismo cinese ha fatto sì che l'inizio della grande riforma venga fatto coincidere con l'approvazione della legge del 1979 sulle *equity joint ventures*, società sino-estere. In brevissimo tempo la Cina è stata in grado di costruire una struttura fatta di regole giuridiche volte a regolare i rapporti commerciali nazionali, internazionali e a tutelare, in un certo senso, l'imparzialità degli stessi stabilendo *ex lege* dei limiti nei confronti dell'amministrazione¹⁴⁸. Moltissime le leggi approvate sia di natura sostanziale che sistemologica; vi rientrano la legge sulle corti e sulle procure popolari (1979), quella del 1986 sui principi generali di diritto civile - di stampo principalmente germanico -, la legge sulle controversie amministrative del 1990, la legge sulle professioni legali¹⁴⁹ (1995), sulle procedure (1979), sui contratti (1999), la legge sull'arbitrato (1994), più recentemente sui diritti reali e sul diritto del lavoro (2007) e siamo oramai nell'era degli emendamenti e delle riforme di tali leggi, alcuni già avvenuti. Sono poi stati perfezionati istituti quali il *Legal aid* che ha avuto uno sviluppo a partire dagli anni Novanta attraverso strutture istituite prevalentemente all'interno delle università fino ad arrivare all'emanazione di un vero e proprio regolamento a livello nazionale nel 2003¹⁵⁰. Particolare importanza è poi da attribuirsi alla Legge sulla legislazione del 2000: in un sistema stratificato come quello cinese era necessario fare ordine circa una gerarchia delle fonti del diritto, nonostante le ambiguità irrisolte

¹⁴⁷ Anche la professione di avvocato che è sempre stata molto ostacolata, talvolta dichiarata illegittima perché contraria al populismo in quanto 'di parte', con l'avanzare della riforma, sta acquistando nuova dignità, per alcune riflessioni sull'abbondante produzione legislativa si veda G. Crespi Reghizzi, *Cina 2003: L'osservatorio del giurista*, disponibile su <<http://www.leggicinesi.it/dottrina/Reghizzi-CinaOsservatorioGiurista.pdf>> (03/13). È poi almeno da accennare che i tragici fatti di piazza Tian'an men del 4 giugno 1989 secondo alcuni hanno influito non positivamente sul sistema giuridico che già da dieci anni era in formazione tra gli altri J.A. Cohen, *Law and Leadership in China*, «Far Eastern Review» come citato da M.S.H. Kim, *A Distant Premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, «Korean Journal of Comparative Law», 24, 1996, pp. 17-42.

¹⁴⁸ S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 173 ss.

¹⁴⁹ La professione di avvocato ha trovato notevoli sviluppi anche sociali, è da sottolineare l'attività degli avvocati nelle 'azioni nel pubblico interesse', sul tema si consiglia S. Novaretti, *Le ragioni del pubblico: le "azioni nel pubblico interesse" in Cina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011.

¹⁵⁰ A. Carpi, *Il Legal Aid nella Cina contemporanea*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1, 2007, pp. 177-191, si veda anche anche B. Liebman, *Lawyers, Legal Aid, and Legitimacy in China*, in W.P. Alford, *Raising the Bar, The Emerging Legal Profession in East Asia*, Harvard University Press, Cambridge- Massachusetts, 2007, pp. 311-356, Hualing Fu, *Access to Justice and Constitutionalism in China*, in S. Balme, M.W. Dowdle, *Building Constitutionalism in China*, cit., pp. 163-178.

e le difficoltà riscontrate nel rispetto dei principi sanciti dalla stessa, essa «stabilisce, per la prima volta, la gerarchia e la competenza delle fonti scritte del diritto, contribuendo, almeno sul piano formale, a mettere ordine in questa materia»¹⁵¹.

Tale consistente produzione legislativa¹⁵² non deve essere vista come un segno di rottura con il passato, i primi anni Cinquanta furono rilevanti per la costruzione dell'ordinamento giuridico e alcune leggi, tra queste certamente la Legge organica sulle corti del popolo del 1979¹⁵³, molto hanno ripreso da quanto già disposto nei primi anni della Repubblica popolare ed altre possono essere invece considerate il compimento di una stesura già iniziata in precedenza¹⁵⁴.

Superata la difficoltà linguistica, vuoi grazie alle traduzioni disponibili in lingua inglese, vuoi per un accesso diretto alle fonti, il giurista occidentale, in particolar modo il *civil lawyer* non ha difficoltà nel comprenderle, ma proprio tale circostanza, se rapportata alla diversissima storia, cultura, tradizione, scrittura, diviene forse preoccupante. La complessità nel rapportarsi al diritto cinese risiede nella mancanza di una chiave di lettura derivante da principi giuridici guida ampiamente condivisi; in questo senso risulta difficile parlare di tale insieme di norme così disomogenee come di un sistema giuridico coerente.

Interessante, a questo proposito, la constatazione che attraverso le leggi sulle procedure, sia civili che penali, si sia tentato di codificare il processo cinese, che era tendenzialmente informale. Questa, al pari di altre osservazioni, hanno fatto pensare ad

¹⁵¹ Per una spiegazione critica dei principali articoli si veda R.F. Antonelli, *La legge sulla legislazione*, cit., p. 25 ss., come già stabilito in Costituzione essa è la fonte primaria, seguita dalle leggi 'fondamentali' (in teoria emanate dall'ANP), e dalle leggi 'ordinarie' approvate dal Comitato permanente, a livello di fonti normative secondarie vi sono i regolamenti amministrativi emanati dal Consiglio di Stato (supremo organo esecutivo dello stato - art. 85 Cost.), a livello locale le Assemblee locali popolari, i Comitati permanenti delle province, delle regioni autonome e delle municipalità emanano le leggi locali (conformi alla Costituzione, alle leggi nazionali e ai regolamenti del Consiglio di Stato), ulteriori disposizioni sono dedicate ai regolamenti delle autonomie ed ai regolamenti speciali. Conformità e coerenza con disposizioni emanate ai livelli amministrativi gerarchicamente superiori sono basilari per la legittimità di quelle emanate ai livelli più bassi dell'amministrazione locale infatti essi «may acquire binding legal effects only with an official determination of legal consistency with higher level measures». D.B. Grob, *Legalizing the Local State: Administrative "Legality" at China's Grassroots*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher, *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 91-113, p. 92.

¹⁵² Alla fine del 2010 si contavano 236 leggi approvate dall'ANP o dal suo CP, più di 690 regolamenti amministrativi e circa 8.000 regolamenti approvati a livello locale. A.H.Y. Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, cit., p. 45.

¹⁵³ La Legge organica sulle corti del popolo (LOCP) come approvata nel 1979 è disponibile in inglese con testo a fronte in cinese su <[http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=12836&lib=law&SearchKeyword=organic law people's court&SearchCKeyword=>](http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=12836&lib=law&SearchKeyword=organic+law+people's+court&SearchCKeyword=>) (03/13).

¹⁵⁴ A.R. Dicks, *The Chinese Legal System: Reforms in the Balance*, cit., p. 544.

una ambivalenza, dovuta ad una continua ricerca di un equilibrio tra regole formali e quella discrezionalità e quel particolarismo che oramai da secoli, se non da millenni, fanno parte del sistema¹⁵⁵. La modernizzazione tecnico-scientifica, entro la quale si inserisce quella giuridica, è stata anche considerata come una questione di contrapposizione tra 体 (*ti*), (dal significato di corpo) e 用 (*yong*), (sostanza e funzione)¹⁵⁶ dalla quale emergeva l'assunto seguente: il sapere cinese come sostanza, il sapere occidentale come funzione¹⁵⁷.

Non è casuale probabilmente la diffusione, negli ultimi anni, di libri non necessariamente tecnici, volti ad aiutare lo straniero che voglia avere rapporti con la Cina; piccoli manuali che vanno oltre il mero dettato normativo, tentando piuttosto di interpretare le leggi anche alla luce del modo di 'praticare' il diritto in Cina. Consigli dunque sul come comportarsi per arrivare ad una maggiore comprensione di un mondo in cui la discrasia tra legge scritta e diritto vivente apparirebbe altrimenti eccessiva¹⁵⁸.

La distanza tra la *law in action* e la *law on the books* è in parte giustificata da ragioni storiche; è pacifico che l'evoluzione del sistema normativo a partire dal 1979 sia avvenuta sulla spinta ed in funzione della crescita economica, ma allo stesso tempo i principi generali del diritto, quali il ruolo guida del PCC ed i principi fondanti del socialismo cinese restano ribaditi e formalmente invariati anche nella Costituzione¹⁵⁹.

In Cina il diritto rappresenta solo indirettamente il 'vestito del sociale'¹⁶⁰, mentre si occupa a fondo e principalmente delle dinamiche e degli interessi dello stato. Il processo di adeguamento del diritto è dunque più lungo: lo stato prova a costruire una cornice di diritto in base alle sue esigenze, che talvolta possono essere anche lontane da quelle di gran parte della società; sarà portato a regolamentare e/o asseconda-

¹⁵⁵ M.Y.K. Woo, *Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts*, cit., p. 581.

¹⁵⁶ Tale impostazione teorica di ufficiali Qing è arrivata fino ai giorni nostri, «La dialettica *ti* e *yong* è una caratteristica propria della componente filosofico-culturale [...] indipendente dalla filosofia politica del momento [...]. Per Mao *ti* rappresentava la tradizione, seppur nella propria interpretazione marxista della società cinese, mentre *yong* rappresentava il progresso scientifico e l'arte dell'amministrazione statale dell'occidente [...]», tale dialettica è stata in parte risolta da Deng Xiaoping con la formulazione della perifrasi 'economia socialista di mercato', P. Rossi, *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistematiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, cit., p. 54.

¹⁵⁷ Cfr. *ivi*, p. 52.

¹⁵⁸ A. Chieng, *La pratica della Cina*, Obarrao, Milano 2006; R. Cavalieri (a cura di), *Cina: commercio internazionale e investimenti esteri*, IPSOA, Milano 2006.

¹⁵⁹ Legismo, confucianesimo, modelli occidentali e sovietici rivisitati alla luce delle teorie sino-marxiste sono alla base del diritto cinese contemporaneo, per una visione di insieme: G. Mühlemann, *China's Multiple Legal Traditions. An Overview*, in M. Tomàšek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China-Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 43-80.

¹⁶⁰ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Universale Laterza, Roma 2006, p. 16.

re fonti di crescita più redditizie, quali il commercio internazionale, ma sono scelte che prima o dopo si ripercuoteranno sulla società e a quel punto, le esigenze sociali, gli affari e la crescita del paese potranno essere prese in considerazione.

2. L'organizzazione giudiziaria cinese

2.1. L'odierno sistema delle corti

To make courts more like courts¹⁶¹

Corti e procure popolari ai sensi dell'art. 123 della Costituzione sono gli organi giudiziari del paese. Di seguito verrà analizzato esclusivamente il sistema delle corti popolari dal momento che le procure hanno funzioni e norme di riferimento diverse.

Gli organi giurisdizionali, secondo il comune pensare, dovrebbero essere i maggiori protagonisti di un sistema giuridico per l'applicazione della legge ma anche per la difesa dei diritti dell'uomo e di quelli strumentali allo sviluppo economico; conseguentemente dovrebbero contribuire, attraverso l'attuazione delle disposizioni legislative, a rendere un paese uno stato di diritto¹⁶².

Le corti cinesi sono organizzate secondo un sistema piramidale delineato in Costituzione, nella Legge organica sulle corti popolari della RPC del 1979 (LOCP) - emendata nel 1983 e nel 2006¹⁶³ - e nella Legge sulla procedura civile approvata nel 1991 emendata nel 2007 e nell'agosto del 2012¹⁶⁴.

Esse non sono posizionate sullo stesso livello dell'organo legislativo ed anzi, in base al principio della supremazia popolare, l'Assemblea nazionale del popolo e le decentrate Assemblee locali popolari hanno il potere di supervisionarne l'operato. In base poi al principio del doppio controllo, gli organi giudiziari collocati al livello gerarchicamente superiore devono supervisionare l'operato di quelli inferiori correggendone eventuali errori; quindi, sebbene formalmente il giudizio di appello debba

¹⁶¹ La frase è citata da Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, cit., p. 73.

¹⁶² J. Chen, *Implementation of Law in China - An Introduction*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 1-21, p. 8.

¹⁶³ La versione aggiornata al 2006 della LOCP è disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/-display.aspx?id=5623&lib=law&SearchKeyword=organic law people's court&SearchCKeyword=>> (03/13).

¹⁶⁴ La Legge sulla procedura civile aggiornata al 2012 e tradotta in inglese è disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=11161&lib=law&SearchKeyword=civilprocedurelaw&SearchCKeyword=>> (03/13).

rappresentare l'ultima istanza di giudizio (art. 12 della LOCP), ovvero, la decisione definitiva, esistono dei meccanismi di controllo che da tale gravame fuoriescono.

La distribuzione delle corti popolari è articolata su quattro livelli¹⁶⁵. La corte di massima istanza è la Corte suprema popolare 最高人民法院 (*zuigao renmin fayuan*) che ha sede a Pechino, al livello gerarchicamente inferiore si trovano le Alte corti popolari 高级人民法院 (*gaoji renmin fayuan*) che rappresentano le corti d'appello per le Corti intermedie popolari 中级人民法院 (*zhongji renmin fayuan*) ed infine le corti di rango inferiore sono le Corti popolari di base 基层人民法院 (*jiceng renmin fayuan*). Posizionati allo stesso livello amministrativo di queste ultime si trovano i Tribunali popolari 人民法庭 (*renmin fating*), la cui istituzione è stata determinata principalmente dalla necessità di avvicinare i tribunali ai cittadini delle zone rurali più remote evitando l'enorme problema rappresentato dagli spostamenti da una parte all'altra dell'immenso paese; esiste poi una giurisdizione speciale composta principalmente da corti marittime, militari, forestali e ferroviarie¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Per un approfondimento sull'attività delle corti in generale si vedano S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China After Mao*, cit., p. 250 ss.; J. Chen, *Chinese Law: Context and Transformation*, M. Nijhoff, Leiden-Boston 2008, p. 147 ss.; G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 437 ss.; A.H.Y. Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, cit., p. 171 ss.

¹⁶⁶ Come specificato la Corte suprema è una ed ha sede a Pechino, le Alte corti sono 29 e si trovano nelle Municipalità sottoposte direttamente al controllo centrale (Pechino, Shanghai, Tianjin e Chongqing) nonché a livello di provincia e nelle Regioni autonome come il Tibet; le Corti intermedie sono c.a. 350 distribuite nelle città amministrare dalle province e nelle Municipalità, circa 3.000 sono le corti di base distribuite nelle città rurali e nei distretti urbani, mentre non vi è certezza sui numeri dei Tribunali popolari, ma certamente sono più di 14.000 dislocati su tutto il territorio del paese specialmente nelle aree rurali. Per quanto riguarda le corti specializzate, in realtà, l'art. 2(2) della Legge organica sulle corti del popolo cita espressamente solo le corti militari e si riferisce alle altre con un generico (other special people's court). Le informazioni riportate sono state riprese da una lettura congiunta di quanto riportato in S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 250 ed in J. Chen, *Chinese Law: Context and Transformation*, cit., p. 150, si vedano anche S. Balme, *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, in S. Balme, M.W. Dowdle, *Building Constitutionalism in China*, cit., p. 179-197, p. 180, A.H.Y. Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, cit., p. 180 ss.

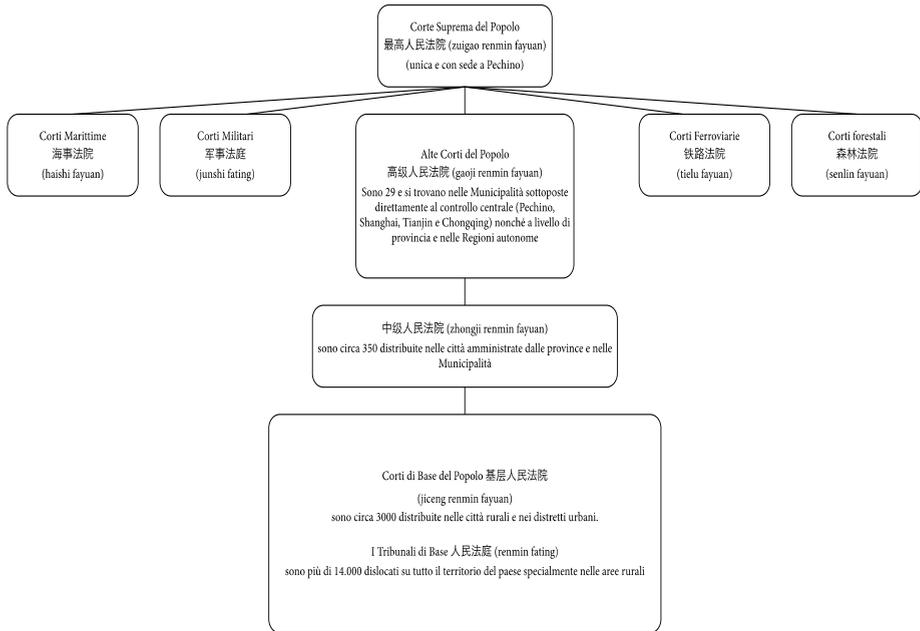


Grafico 4. Struttura attuale delle corti cinesi

In Cina dunque non esiste una Corte costituzionale e non è concesso ai giudici sindacare sulla conformità delle leggi alla Costituzione, circostanza che non stupisce in quanto in linea con il principio di unitarietà dei poteri statali. Come in precedenza accennato sono piuttosto gli organi legislativi ad effettuare la così detta ‘supervisione costituzionale’; anche se sembrano intravedersi le basi per un maggior rispetto dei principi stabiliti in Costituzione¹⁶⁷.

All’interno di ciascuna corte è presente un presidente, un vice-presidente, un presidente di sezione per ciascuna delle sezioni presenti, i rispettivi vice-presidenti di sezione ed infine i giudici ordinari; un’attenzione particolare la meritano poi i Consigli giudiziari all’interno di ciascuna corte le cui funzioni dovrebbero consistere nel

¹⁶⁷ Zhiwei Tong, *Developments of Chinese Constitutionalism in the Mid and Short Run*, cit., p. 150 ss.; J. Luther, *Il ‘costituzionalismo’ può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 223 ss.; R.F. Antonelli, *Cina, diritto e democrazia: un’amicizia possibile?*, «Italianieuropei», 5, 2009, pp. 155-162.; Xingzhong Yu, *Western Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China, 1978-2005*, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, cit., pp. 111-124; M.W. Dowdle, *Beyond ‘Judicial Power’: Courts and Constitutionalism in Modern China*, cit., pp. 199-217.

riassumere l'esperienza di lavoro e nel discutere i casi più importanti e complessi. Essi sono presieduti dal presidente della corte e, generalmente, sono considerati gli organismi più professionalizzati di ogni organo giudiziario¹⁶⁸. Solo il presidente è eletto dall'Assemblea parlamentare del livello corrispondente, i restanti giudici - siano essi presidenti di sezione, vice-presidenti, membri dei Comitati giudiziari o giudici ordinari - sono nominati dal Comitato permanente dell'Assemblea popolare del corrispondente livello¹⁶⁹.

Ai sensi dell'art. 10 c. 2 e 4 della Legge organica delle corti popolari (LOCP), le decisioni vengono generalmente prese da un giudice collegiale 合议庭 (*heyiting*), a tutti e quattro i livelli della gerarchia giudiziaria, sebbene nelle Corti popolari di base il collegio possa essere costituito da un giudice togato e da due giudici popolari¹⁷⁰, anziché da tre giudici togati come accade nelle corti superiori.

Come sopra accennato, ogni corte è a sua volta suddivisa in sezioni 庭 (*ting*) specializzate per materia; si prevedono, ad ogni livello di corte, le sezioni per gli affari civili, per le cause penali e per le controversie economiche e amministrative, alle quali si aggiungono ulteriori sezioni specializzate che possono essere istituite sia nell'ambito delle corti di livello superiore che in quelle di base; si è ad esempio proceduto all'istituzione di sezioni specializzate per le vertenze su questioni di diritto industriale e proprietà intellettuale¹⁷¹. Dal 2000 la Corte suprema del popolo e, sul suo esempio, altre corti inferiori hanno istituito la c.d. *case filing division* alla quale è attribuito il compito, molto rilevante, di vagliare le dispute al fine di deciderne l'immediata archiviazione ovvero la loro prosecuzione¹⁷².

¹⁶⁸ Il ruolo del Consiglio giudiziario sarà più ampiamente trattato nel prossimo capitolo.

¹⁶⁹ Gli articoli cui ci si riferisce sono: l'art. 62(7), art.67(11) Cost., art. 11 Legge sulla magistratura della Repubblica popolare cinese (LM, 1995 emendata nel 2001) ed art. 11 della Legge organica sulle corti popolari (LOCP, 1979 come emendata nel 1983 e nel 2006).

¹⁷⁰ Art. 10 Legge organica sulle corti del popolo (come emendata), sono altresì disciplinati dall'art. 40 della Legge sulla procedura civile. Sembra prassi consolidata il fatto che i giudici popolari (*people's assessors*) si uniformino a quanto stabilito dal giudice professionale.

¹⁷¹ Per una disamina dei casi più famosi decisi in queste sezioni si veda M. Timoteo, *La difesa di marchi e brevetti in Cina. Percorsi normativi in un sistema in transizione*, Giappichelli, Torino 2010.

¹⁷² Nanping Liu, M. Liu, *Justice Without Judges: The Case Filing Division in the People's Republic of China*, «U.C. Davis Journal of International Law and Policy», 17, 2010-2011, pp. 283-343, p. 285.

GENERALE STRUTTURA
INTERNA DI UNA CORTE CINESE

Presidente della Corte 院长 (yuanzhang)					
Vice presidente della Corte VICE-PRESIDENT 副院长 (fuyuanzhang)					
sezione per l'archiviazione	sezione civile presidente di sezione 庭长 tingzhang vice-presidente di sezione 副院长 futingzhan giudici ordinari 法官 faguan	sezione amministrativa presidente di sezione 庭长 tingzhang vice-presidente di sezione 副院长 futingzhan giudici ordinari 法官 faguan	sezione economica presidente di sezione 庭长 tingzhang vice-presidente di sezione 副院长 futingzhan giudici ordinari 法官 faguan	sezione penale presidente di sezione 庭长 tingzhang vice-presidente di sezione 副院长 futingzhan giudici ordinari 法官 faguan	sezione per le esecuzioni presidente di sezione 庭长 tingzhang vice-presidente di sezione 副院长 futingzhan giudici ordinari 法官 faguan
Consiglio giudiziario 审判委员会 shenpanweiyuanhui					

Grafico 5. Generale struttura interna di una corte cinese

Si può aggiungere che le corti di base hanno competenza a decidere la quasi totalità delle cause sia civili che penali, ma alcune categorie di vertenze possono essere sottratte alla loro giurisdizione e devolute alle Corti intermedie popolari o alle Alte Corti popolari secondo criteri non sempre predeterminati; infatti, in base a quanto predisposto dal Titolo II Sezione I della Legge sulla procedura civile, la possibilità che una corte superiore ha di avocare un caso pendente davanti ad una corte inferiore è molto vasta e sottoposta a condizioni tutt'altro che oggettive e trasparenti¹⁷³. In aggiunta non è frequente che l'avocazione avvenga nelle forme stabilite dalla Legge sulla procedura civile; più frequentemente avviene in modo informale o attraverso l'esercizio dei poteri di supervisione, come meglio in seguito analizzato.

La Corte suprema del popolo (CSP), organo di massima istanza, giudica delle impugnazioni proposte contro le sentenze emanate dalle Alte corti popolari e dalle Corti speciali popolari; ai sensi dell'art. 32 della LOCP è giudice di primo ed unico

¹⁷³ Artt. 18, 19, 20, 21 Legge sulla procedura civile approvata dal Comitato permanente dell'ANP nel 1991 ed emendata nel 2007 e nel 2012.

grado per le cause civili e penali di particolare rilevanza nazionale. In generale, comunque, le decisioni dei casi più importanti e complessi devono essere approvate dal presidente della corte¹⁷⁴. Rispetto all'attività decisionale della Corte suprema sembrano esserci altre due funzioni principali disciplinate dagli artt. 30 e 33 della LOCP, ovvero, quella di supervisione e quella di interpretazione legislativa della Corte medesima.

L'attività di supervisione legislativa (art. 30¹⁷⁵) è volta a valutare, controllare e supervisionare l'operato delle corti di giustizia ordinaria e speciale dei vari livelli sottostanti. Invece, la più interessante funzione di interpretazione legislativa (art. 33¹⁷⁶) si può avere in tre diverse circostanze: 1) quando un caso sia pendente davanti alla Corte suprema stessa e la legislazione necessiti di essere più dettagliatamente interpretata; 2) su richiesta di un'Alta corte popolare; oppure 3) su stimolo dell'emanazione da parte dell'ANP o del suo Comitato permanente di una nuova disposizione legislativa. Nella maggior parte dei casi si tratta di opinioni espresse dai supremi giudici della RPC a seguito dell'emanazione di nuove disposizioni legislative. È evidente che la portata dell'opinione potrà essere altrettanto necessariamente generale ed astratta in assenza di uno stimolo *incidenter tantum*; in realtà il dettato normativo limiterebbe tale attività alle sole questioni inerenti il procedimento giudiziario, ma è oramai prassi consolidata che si verifichi anche su altre materie¹⁷⁷.

Dibattiti dottrinari sono avvenuti circa la forza vincolante di tali interpretazioni e probabilmente deve ritenersi che, nel rispetto del principio della supremazia del Parlamento, tali interpretazioni non costituiscano fonte del diritto *de iure* in quanto atti giurisdizionali, non sono infatti menzionate nella Legge sulla legislazione del 2000, ma, ciononostante, rivestono grande rilievo nell'ordinamento giuridico cinese tanto da essere definite comunque 'fonte fondamentale del diritto' da parte della dottrina, di conseguenza con valore normativo tanto da affiancarsi «alle leggi ordinarie, rivestendo il carattere di vere e proprie normative di attuazione»¹⁷⁸. Merita spendere qualche parola sulla legittimità di queste interpretazioni giurisprudenziali; in un sistema come quello della RPC nel quale, almeno formalmente, solo il legislativo do-

¹⁷⁴ G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 441.

¹⁷⁵ L'articolo 30 della LOCP statuisce che: «The Supreme People's Court is the highest judicial organ of the State. The Supreme People's Court supervises the administration of justice by the local people's courts at various levels and by the special people's courts».

¹⁷⁶ L'articolo 33 della LOCP statuisce che: «The Supreme People's Court gives interpretation on questions concerning specific application of laws and decrees in judicial proceedings».

¹⁷⁷ S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 283.

¹⁷⁸ M. Timoteo, voce *Cina*, cit., p. 203, si veda anche Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 103.

vrebbe interpretare le leggi è interessante notare come per ragioni più che altro pratiche si sia sviluppata una diversa prassi esplicitata da una delega ufficiale del Comitato permanente al fine di «give interpretations of laws which are necessitated by court proceedings»¹⁷⁹.

Esse non vengono dunque trascurate dalle corti inferiori, sia perché nelle fasi dell'impugnazione la controversia su una questione 'interpretata' potrebbe anche giungere alla Corte suprema (o supervisionata dalla stessa) sia perché, in caso di incertezza del giudice inferiore sull'applicazione, è frequente che lo stesso richieda, più o meno formalmente, alla Corte di livello gerarchicamente superiore, istruzioni sulla causa che difficilmente vengono disattese¹⁸⁰. Più in generale, in Cina, a causa del principio gerarchico e del sistema fortemente burocratico, vi è la prassi delle corti superiori di rispondere a domande poste dalle corti inferiori su questioni giuridiche di casi 'particolari' che la corte inferiore si trova a dover decidere, anche al di là del formale potere di interpretazione giurisdizionale della Corte suprema.

Le richieste di chiarimenti da parte delle corti inferiori possono giungere alla corte superiore sia tramite richieste formali scritte che, più informalmente, per telefono. Ovviamente non vi è un obbligo della corte inferiore di seguire quanto 'suggerito', ma accade comunque che il parere venga tenuto in grande considerazione. Appare immediata la potenziale inutilità dell'appello; in un certo senso è come se la corte superiore si trovasse ad aver già deciso, se non su tutte le questioni, quantomeno sulle più importanti, e senza aver preso visione dei documenti addotti in causa dalle parti, ma in base a quanto riportato dalla corte inferiore oralmente o per iscritto. In ogni caso, la frequenza di questa prassi varia da corte a corte e da giudice a giudice, ma è un problema reale¹⁸¹.

¹⁷⁹ A.R. Dicks, *The Law-Making Functions of the Chinese Judiciary: Filling Holes in the Civil Law*, in I. Edge (a cura di), *Comparative Law in Global Perspective: Essays in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Founding of the SOAS Law Department*, Transnational Publishers, Ardsley, NY 2000, pp. 241-270, p. 243.

¹⁸⁰ Tali interpretazioni sono idonee ad aprire l'annosa questione circa la teoria delle fonti del diritto in Cina per la quale si rimanda, oltre che alla Legge sulla legislazione del 2000, a R. F. Antonelli, *La legge sulla legislazione*, cit. p. 26 ss.

¹⁸¹ S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 260 ss.

2.2. L'attuale contesto della riforma giuridica cinese

The difficult lies not in legislation, but in implementation¹⁸²

L'odierna organizzazione delle corti cinesi necessita di essere inquadrata in un contesto ben particolare; infatti, quando, dopo la morte di Mao Zedong e l'ascesa di Deng Xiaoping, il Ministero della giustizia, le facoltà giuridiche ed i tribunali ripresero a funzionare, lo scenario giuridico era ben diverso da quello odierno. Il percorso di quegli anni è riconducibile al *leitmotiv* legge-discrezionalità, ovvero come coniugare quella elasticità che aveva caratterizzato l'ordinamento cinese dai tempi dell'Impero, con l'approvazione di nuove leggi, tra le quali una Costituzione scritta e rigida.

Il nuovo diritto scritto nasceva dall'esigenza di riformare il sistema e dalla necessità di attrarre ricchezza, soprattutto attraverso gli investimenti da parte di uomini d'affari occidentali, abituati però alle garanzie fornite da uno stato di diritto, a procedure giudiziarie tendenzialmente eque e certe, a fasi esecutive coerenti con quanto predisposto *ex lege* e, in particolar modo, ad un potere statale limitato. Tutto questo rendeva necessario che la Cina si dotasse di un sistema giuridico, che, almeno in parte, fosse rivolto alla tutela della dignità umana, della libertà individuale ed ovviamente anche degli affari.

Come è noto:

[w]hen society is a small, close-knit collection of kin, informal means of intervention suffice to resolve conflicts. But as economic activity becomes more complex and commerce expands, group, ties weaken, and the demand for more formal means of intervention grows¹⁸³.

Uno degli elementi più importanti per descrivere il contesto cinese all'interno del quale deve essere immaginata la piramide giudiziaria è caratterizzato dal contenuto dell'art. 5 della Costituzione del 1982; proprio attorno all'art. 5 (già citato in quanto oggetto della riforma costituzionale del 1999) ruotano i maggiori mutamenti dell'ordinamento giudiziario cinese in quanto appiglio normativo per una transizione da una *rule by men* 人治 (*renzhi*) ad una *rule of law* (la già ampiamente ricordata 法治 *fazhi*).

¹⁸² La frase è citata da B. Landsberg, "Walking on Two Legs in Chinese Law Schools": A Chinese/U.S. Program in Experiential Legal Education, «International Journal of Clinical Legal Education», 16, 2011, pp. 38-57, p. 47.

¹⁸³ The World Development Report 2002, Charter 6. The Judicial System, in U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials, p. 15.

L'organizzazione delle corti cinesi deve essere dunque letta in un contesto in cui la discrezionalità rimane parte integrante di tutto il sistema; inoltre, il tradizionale, sebbene ridimensionato dai recenti studi, e millenario disfavore nei confronti della risoluzione formale delle controversie, di matrice confuciana, non ha ancora del tutto lasciato il posto ad una maggiore fiducia del popolo nei confronti delle corti e dei giudici. Il contesto è dunque peculiare perché all'istituzione di un sistema formale di organi giudiziari vede affiancarsi delle caratteristiche proprie della tradizione cinese¹⁸⁴. Tra queste può certamente essere ricordato il *guanxi* 关系, una regola non scritta di scambi di favori vicendevoli tra persone che hanno condiviso esperienze importanti, idonee a garantire rispetto e fiducia reciproci. Dinamica non illegittima dunque, ma se inserita in ambiti diversi può essere fonte di comportamenti vietati quali la corruzione ed il protezionismo locale. Similmente, non devono essere trascurati fattori più recenti quale l'aumento del divario tra ricchi e poveri dovuto ad una smisurata crescita economica che ha a sua volta comportato un allentamento del controllo centrale nelle zone periferiche del paese.

Proprio tali fattori sono stati e sono ancora spesso additati quali cause del mal-funzionamento della giustizia, a ciò si aggiungano altri elementi di debolezza dell'ordinamento giudiziario, ovvero una ancora scarsa professionalità dei giudici ed un costo della giustizia spesso sproporzionato sia rispetto al tenore di vita delle parti che ai risultati raggiungibili, il tutto aggravato dalla difficoltà dell'esecuzione delle sentenze¹⁸⁵.

Viene naturale chiedersi quale incentivo possa esserci a rivolgersi alle corti se poi permane l'incertezza di cadere nelle mani di un giudice corrotto, nella bassa competenza giuridica del medesimo, nella normale alea di trovare una forte controparte, non è infatti raro che per una causa giudiziaria intere famiglie siano state rovinate¹⁸⁶.

Sempre dalla storia e dalla suddivisione territoriale, iniziata a partire dai tempi dell'Impero, l'odierno contesto dell'organizzazione giudiziaria deve essere considera-

¹⁸⁴ Ling Li, *Lost in Translation. "Rule of guanxi 關係", an Alternative to the Rule of Law?*, in M. Tomášek, G. Mühleemann, *Interpretation of Law in China-Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 163-173.

¹⁸⁵ He Xin, *Enforcing Commercial Judgments in the Pearl River Delta of China*, «American Journal Comparative Law», 57, 2009, pp. 419-456, si veda anche Wu Peng, *The Good, The Bad and the Legal: Lawyering in China's Wild West*, «Columbia Journal Asian Law», 21, 2007-2008, p. 183-214, Chen J., *Mission Impossible: Judicial Efforts to Enforce Civil Judgments and Rulings*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 85-111.

¹⁸⁶ «By winning a case, one may get back a sheep, but lose a cow» proverbio riportato da Yuwen Li, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospect*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 55-81, p. 62.

to nella sua dimensione di suddivisione amministrativa che segue i quattro livelli di amministrazione territoriale decentrata con le inevitabili divergenze tra le zone più ricche della Cina orientale rispetto a quelle occidentali più povere e rurali che accentuano ancor più le problematiche sovra esposte¹⁸⁷.

Se, a partire dal 1979, la riforma giuridica si è principalmente dimostrata strumentale ad una crescita economica, dalla metà degli anni Novanta la Cina si trova in una fase di profonda trasformazione prettamente giuridica volta a contenere le incongruenze del sistema e a rafforzare l'imparzialità e la professionalità dei giudici¹⁸⁸.

Già a partire dalla metà degli anni Novanta la situazione era divenuta così critica da far ufficialmente dichiarare, per la prima volta nel 1997, al Presidente Jiang Zemin che era giunto il momento di promuovere la riforma giudiziaria¹⁸⁹, due anni dopo la Corte suprema approvava il primo di tre piani di riforma quinquennale rispettivamente riferibili agli anni 1999-2003, 2004-2008 ed è in atto il terzo piano di riforma quinquennale che, approvato nel 2009, si esaurirà nel 2013¹⁹⁰.

Il 1999 si rivela dunque un anno fondamentale per la riforma giuridica cinese; da un lato con un emendamento costituzionale si introduce l'idea di uno stato di diritto socialista, dall'altro si intraprende la programmazione di un cammino di riforma che ad oggi non può ancora dirsi concluso.

Dall'analisi di tali piani quinquennali si possono desumere i maggiori problemi riscontrati dalle corti cinesi negli ultimi anni. Essi rappresentano certamente ambizioni di non poco conto, coinvolgono proposte di riforma sia delle corti in quanto istituzioni sia della loro organizzazione interna da applicarsi ovviamente nel rispetto della leadership del Partito, della dittatura democratica del popolo, sostenendo

¹⁸⁷ La problematica è fortemente sentita in Cina, dimostrazione è data dal terzo programma quinquennale di riforma giuridica che dichiara una grande carenza di giudici nelle zone più povere, stipendi non adeguati ed una preparazione giuridica insufficiente; si veda *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009-2013)* disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=7380&lib=law&SearchKeyword=third%20five-year%20reform&SearchCKeyword=>> (03/13), par. 3 (14).

¹⁸⁸ C. Hawes, *Improving the Quality of the Judiciary in China: Recent Reforms to the Procedures for Appointing, Promoting, and Discharging Judges*, in K. Malleon, P.H. Russell (a cura di), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006, pp. 395-419.

¹⁸⁹ Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, cit., p. 59.

¹⁹⁰ La traduzione inglese del primo piano di riforma quinquennale è disponibile in Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, Law Press China, Pechino 2004, pp. 295-313, il secondo piano quinquennale è invece disponibile in lingua cinese su <www.chinacourt.com> (03/13), il terzo è invece disponibile in inglese con testo a fronte in cinese su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=7380&lib=law&SearchKeyword=third%20five-year%20reform&SearchCKeyword=>> (03/13).

l'esercizio indipendente dei poteri giurisdizionali e prestando anche attenzione alle esperienze estere¹⁹¹.

La volontà politica di una riforma giuridica effettiva, a partire dalla fine degli anni Novanta viene rafforzata anche successivamente in varie dichiarazioni ufficiali; così si esprimeva ad esempio nel maggio del 2006 l'ex Presidente della Corte suprema, Xiao Yang:

Judicial system reform is considered an important action for implementation the strategy of the rule of law, an important part of the political system reform, and an important aspect of improving the party's leadership competence... and developing socialist democratic policies¹⁹².

Queste ambizioni non hanno risolto problemi che riguardano il sistema nel suo complesso e non solo le corti in quanto organi giudiziari. La prospettiva di obiettivi troppo astratti e descritti in modo molto generico ha fatto ritenere le riforme poco fruttuose perché incapaci di fornire indicazioni concretamente utili¹⁹³.

L'efficacia maggiore della riforma pare invece riscontrarsi sul tema della professionalità del giudice che ha portato all'introduzione di norme volte a migliorare la generale preparazione dei magistrati¹⁹⁴, ma anch'esse, come più avanti esposto, possono talvolta risultare troppo flessibili e poco incisive.

Una delle conseguenze di tale situazione si riscontra nel terzo programma di riforma che assume importanza per il fatto di voler migliorare la trasparenza all'interno dell'ordinamento giudiziario. In esso si raccomanda di pubblicare le decisioni giudiziarie su internet e delineare le modalità della fase esecutiva dei procedimenti, da sempre critica¹⁹⁵.

Lo stesso Prof. Cohen, uno dei maggiori esperti statunitensi di diritto cinese, nell'aprile 2009 affermava che restava da testare l'attuazione di tutti questi buoni propositi, ovvero, come applicare la linea di massa, indicata dal Partito, ai problemi concreti dell'ordinamento giuridico in modo da avvantaggiare effettivamente il popo-

¹⁹¹ J. Chen, *Chinese Law: Context and Transformation*, cit., p. 155 ss.

¹⁹² S. Balme, *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 154-179, p. 165.

¹⁹³ B. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, «China Quarterly», 191, 2007, pp. 620-643, p. 625, si veda anche Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, cit., p. 63 ss.

¹⁹⁴ B. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 625.

¹⁹⁵ *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009-2013)*, cit., art. 5 (27).

lo¹⁹⁶. Nella considerazione dell'importanza del Partito nel contesto di riforma ed applicazione della stessa, rilievi importanti nascono anche dal fatto che il nuovo presidente della Corte suprema, Wang Shengjun, contrariamente al suo predecessore, ha fatto carriera nella polizia e nel Partito ed a lui è stato assegnato quel ruolo proprio per rafforzare l'influenza del PCC sulla magistratura¹⁹⁷. A lui adesso il compito di attuare quanto annunciato da Hu Jintao durante la *National Conference on Political-Legal Work*; ovvero di controllare che giudici e procuratori guardino «as supreme the Party's cause, the people's interest and the Constitution and laws»¹⁹⁸.

Questa teoria, divenuta nota con il nome di '*the Three Supremes*', della quale devono ancora essere inquadrati gli sviluppi, ha comunque come scopo ultimo il raggiungimento una società armoniosa¹⁹⁹.

3. Profilo storico del concetto di magistratura in Cina.

3.1. Premessa

È interessante comprendere quale sia il ruolo del giudice all'interno delle corti popolari cinesi, capire quindi se l'organizzazione del sistema agevola un ruolo attivo del giudice in un'era in cui è comune parlare di giuridicizzazione del diritto anche nei confronti dei paesi asiatici²⁰⁰, oppure se la storia e la tradizione facciano preferire un ruolo passivo del medesimo a 'mera bocca della legge' (o delle politiche del Partito comunista cinese)²⁰¹. Prima di scendere in tali considerazioni e commenti è necessario esaminare come la Cina abbia inquadrato la figura del magistrato imperiale prima

¹⁹⁶ J.A. Cohen, *The Court of Mass Appeal*, «South China Morning Post», 4 aprile 2009.

¹⁹⁷ In realtà sorsero dubbi circa le competenze giuridiche anche dell'ex Presidente della Corte suprema Xiao Yang, ma il contesto era diverso e maggiormente orientato ad un concetto di professionalità all'occidentale. La differente situazione attuale e la nomina di Wang Shengjun, soggetto privo di istruzione giuridica, più che un ritorno al passato sembrano indicare la volontà cinese di attuare dinamiche di *legal process* che mettono da parte una riforma totalmente *Western-oriented*.

¹⁹⁸ Hu Jintao come citato da J.A. Cohen, *China Reform Era Legal Odyssey*, «Far Eastern Economic Review», 171, 2008, pp. 34-38.

¹⁹⁹ Questa espressione, di chiare origini confuciane, è spesso utilizzata da Hu Jintao e viene oramai da alcuni anni ripetuta dalla stampa, dai leader di Partito ed anche dalla Corte suprema, per approfondimenti si veda S. Stafutti, G. Ajani, *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 114 ss.

²⁰⁰ R. Peerenboom, *More Law, Less Courts: Legalized Governance, Judicialization, and Dejudicialization in China*, in T. Ginsburg, Albert H.Y. Chen, *Administrative Law and Governance in Asia. Comparative perspectives*, Routledge, London-New York 2009, pp. 175-201.

²⁰¹ H. Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, cit., p. 186.

e del giudice poi alla luce delle norme approvate. Lo status del giudice, infatti, è strettamente connesso al buon funzionamento delle corti e, soprattutto, le riforme potrebbero essere maggiormente in grado di risolvere ataviche problematiche che affondano le loro radici nella storia o nella tradizione di un paese solo se anche gli amministratori della giustizia con i loro comportamenti fossero in grado di modificare prassi scorrette ed incoerenze radicate.

3.2. Dalla figura del magistrato imperiale al giudice odierno

Da *shenpanyuan* 审判员 a *faguan* 法官²⁰²

Nell'analizzare l'organizzazione della società nell'epoca imperiale si è notato come l'accentramento delle funzioni sia stato caratteristica fondamentale del sistema cinese sin dagli albori dell'Impero celeste. Non vi era distinzione tra la funzione amministrativa e quella giudiziaria nel senso che a livello centrale era l'Imperatore che delegava ai mandarini (ovvero gli amministratori) le funzioni per dirigere la società nelle diverse aree del territorio. L'interesse del paese e l'armonia dello stesso sono dunque sempre stati preponderanti anche per quella che noi definiremmo l'amministrazione della giustizia.

Il diritto si è sviluppato non per tutelare i singoli, o più precisamente, non garantiva direttamente i diritti e gli interessi individuali, quanto piuttosto, quelli della collettività. La sua evoluzione era correlata al mutare delle condizioni ed al mantenimento di una società armoniosa, le leggi pertanto andavano principalmente a correggere i comportamenti del popolo che risultavano contrari alla morale confuciana propria di una società virtuosa.

Tale impostazione non poteva non riflettersi su quelli che possiamo definire gli amministratori della giustizia che però, prima di tutto, erano amministratori e protettori degli interessi del paese, nonché esponenti, custodi ed interpreti della tradizione²⁰³.

I magistrati imperiali divenivano tali solo dopo il superamento di difficilissimi esami basati su testi confuciani: non erano però solo dei giudici, erano anche i riscossori dei tributi e più in generale gli amministratori di un distretto composto da famiglie, villaggi o clan, che rappresentavano comunque una più o meno ampia fetta della società. Essi si occupavano dei servizi postali, della distribuzione del sale, della sicu-

²⁰² I caratteri cinesi indicati rappresentano due modi diversi per tradurre il termine 'giudice'. Per quanto in occidente non sia facile comprendere con una semplice traduzione le sfumature degli ideogrammi utilizzati, il lavoro vorrebbe qui sottolinearne le differenze.

²⁰³ L. Moccia, *Il diritto in Cina*, cit., p. 113.

rezza del territorio, dei lavori pubblici, delle riserve di grano, del benessere sociale e quindi anche dell'istruzione e delle funzioni connesse ai cerimoniali. Tra tutte queste mansioni vi era anche quella di risolvere dispute 'legali', attribuzione che consentiva loro di stabilire punizioni più o meno severe; tale attività era comunque solo una piccola, sebbene rilevantissima, parte del loro compito.

La loro formazione non era certo una preparazione specialistica, né i loro supervisori né i loro collaboratori la possedevano. Casomai, una specializzazione tecnico-giuridica veniva richiesta a quei funzionari che a livello centrale erano addetti alla predisposizione delle leggi scritte (*fa*)²⁰⁴. Erano la cultura e la virtù a guidare la società, non certo i tribunali e l'attività di risoluzione delle controversie; come detto, queste erano, se possibile, da prevenire per non infrangere quell'armonia tra cielo, uomini e terra che dall'Imperatore doveva discendere in ogni meandro dell'Impero attraverso l'operato dei suoi funzionari guidati dalle virtù della morale confuciana.

Il funzionario imperiale era colto perché intriso di letteratura e di filosofia e il diritto altro non era se non una parte di quell' 'ordinamento del sociale' che il magistrato ricercava all'interno dei testi filosofici e letterari. La stessa denominazione dei magistrati imperiali è idonea a dimostrare l'ampiezza delle loro funzioni, sia a livello centrale che a livello locale, il loro titolo ed il loro nome evocavano un insieme di compiti tra i quali vi era anche quello di risolvere le controversie, non esisteva una distinzione tra giurisdizione civile e penale, più semplicemente occupare un determinato ruolo all'interno della società significava amministrarla in ogni suo aspetto e pertanto anche risolvere i conflitti²⁰⁵.

Per un cinese la questione è semplice da comprendere, anche un solo carattere è in grado di evocare le innumerevoli funzioni svolte durante una certa dinastia da un funzionario dell'Impero.

La tabella proposta è esemplare e vuole essere solo esplicativa di concetti non propriamente occidentali. La prima colonna a sinistra indica le varie dinastie che si sono susseguite nel tempo, le altre due colonne possono invece essere esplicative delle diverse funzioni e, correlativamente, denominazioni dei magistrati a livello centrale e locale²⁰⁶:

²⁰⁴ R. Cavalieri, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 83.

²⁰⁵ Quanto appena descritto si ritrova anche nella letteratura cinese, non è raro infatti leggere di dispute risolte dai capi di distretto appellati dalle parti quali giudici imparziali che elargiscono ricompense per la parte onesta e comminano punizioni umilianti per le strade dei villaggi per sanzionare comportamenti meschini. Un esempio calzante può ritrovarsi in Yan Mo, *Il sorgo rosso*, Einaudi, Torino 2005.

²⁰⁶ La tabella è sostanzialmente ripresa da Shigui Tan 世贵谭, *中国法官制度研究 [Zhongguo faguan zhidu yanjiu]*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), Beijing, Law Press, 2009, pp. 3-4. Da una semplice disamina anche del solo nome si intuisce come la funzione prettamente giudiziaria si sia nel tempo distaccata da

Dinastie	Qualifica attribuita ai magistrati imperiali a livello centrale	Qualifica attribuita ai magistrati imperiali a livello locale
夏 Xia	大理	理、士、正、史
商 Shang	司寇	正、史
周 Zhou	大司寇、小司寇、 士师、司刑、司圜、掌囚	诸侯王、司寇、 大理、廷理、廷尉
秦 Qin	廷尉	郡守、法曹、县令、县丞、曹、秩、啬夫、游缴、里长
汉 Han	廷尉	县令、郡太守、州刺史、决曹掾
魏晋南北朝 Wei Jin Nanbeichao	廷尉、大理寺卿、少卿、正、 监、平、司直、秋官大司寇、三 公尚书、都官尚书等	县令、郡太守、州刺史、县尉、法曹、贼 曹
隋 Sui	刑部尚书、大理寺卿、少卿、 正、监、平、大理丞、御史大夫	州刺史、郡太守、县令、户曹参军、法曹 参军
唐 Tang	大理寺卿、少卿、主簿、司、评 事、狱丞、刑部尚书、侍郎、御 史大夫、中丞	大理寺卿、少卿、主簿、司、评事、狱 丞、刑部尚书、侍郎、御史大夫、中丞
五代 Wudai	come sopra	节度使、推官、衙推、法直官
宋 Song	同唐、(宫中) 审刑院知院事、 评议官	提点刑狱公事、 知州、司法参军、司理参军、知县
元 Yuan	设于大宗正府的“推事官”，刑部 尚书、典鲁	路总管府、路转运史、提点刑狱公事、推 官、知府、知州、知县
明 Ming	刑部尚书、御史左右侍郎、大理 寺卿、少卿、左都御史、右都御 史、五军都督、五军断事官	提刑按察使、总督、 布政使、推官、知府、知州、知县
清 Qing	大理寺卿、御史中丞、左都御 史、通政司通政使、三法官长官	提刑按察使、总督、 同知、通判、 胥吏、幕友

Grafico 6. Evoluzione delle qualifiche dei magistrati imperiali

tutte le altre funzioni amministrative; infatti l'attuale 审判员 (*shenpanyuan*) letteralmente significa 'colui che giudica', (o funzionario della decisione) mentre il, 法官 (*faguan*), altro termine con cui viene indicato il giudice letteralmente significa 'ufficiale della legge', invece gli ideogrammi riportati in tabella evocano ben più ampie funzioni.

Se ad esempio durante la dinastia Tang lo 侍郎 (*shilang*) era il ministro del distretto questo significava che sempre a lui erano rimesse le cause più importanti e la linea di indirizzo nell'amministrazione della giustizia; insomma, l'amministrazione del paese era articolata e non distinta dalla funzione giurisdizionale.

In tale cornice era ovviamente più importante guardare ai fatti piuttosto che ai codici imperiali. La risoluzione delle cause che non richiedevano l'applicazione di quelle leggi scritte (*fa*) volte alla repressione di condotte criminose avveniva tendenzialmente per via stragiudiziale, all'interno di organizzazioni locali o da parte degli stessi magistrati o funzionari in veste non tanto di giudici, quanto di arbitri, affinché, con l'applicazione dell'ideologia confuciana (*li*) e tenendo conto delle esigenze del caso concreto, si potesse trovare una soluzione. È importante ricordare che quanto sopra non è esattamente ciò che accadeva nella pratica, ma quanto predicato dal confucianesimo e quanto penetrato nella coscienza sociale.

Questa idea di amministrazione della giustizia tramandata per secoli è stata recentemente smentita dall'apertura degli archivi imperiali che hanno evidenziato un accesso alle corti non solo per le questioni penali, ma anche per quelle civili; il magistrato poteva farsi assistere da uno o più segretari la cui attività pratica aveva reso competenti nelle questioni legali²⁰⁷. Era compito del magistrato istruire il processo, valutare le prove e raccogliere le testimonianze; a tal fine convocava la comunità per comprendere cosa fosse intervenuto ad interrompere l'armonia: in tal senso la giustizia individuale, ovvero riferita al caso di specie e non in base a regole necessariamente prestabilite, ha sempre avuto un peso maggiore rispetto alla certezza del diritto. La cosa importante era ristabilire l'ordine in quel particolare momento ed in quel particolare caso; l'esigenza della prevedibilità e della certezza del diritto non era contemplata, l'armonia contava ben più di qualsiasi legge che, invece, serviva solo in quanto funzionale al benessere di una società virtuosa che avrebbe volentieri fatto a meno di punizioni, condanne e tribunali²⁰⁸.

²⁰⁷ Per approfondimenti sulla risoluzione delle controversie e sul ruolo degli *shensi* si veda M. Timoteo, *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, cit., p. 302 ss.

²⁰⁸ E. Dell'Aquila, *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, Cedam, Padova 1981, p. 18. Si è inoltre affermato che sebbene quanto esposto rappresenti un'immagine veritiera, dagli studi effettuati, pare che la risoluzione stragiudiziale debba intendersi più come frutto dell'aspirazione confuciana che una rappresentazione della realtà, di conseguenza il punto di vista tradizionale è stato parzialmente modificato, R. Cavalieri, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., pp. 98-99 si veda anche R. Sacco, voce *Cina*, cit., p. 361 ss. e il recente aggiornamento M. Timoteo, voce *Cina*, cit., p. 185 ss.

Le funzioni del magistrato erano dunque inserite in un più ampio sistema burocratico, non mancavano gli eccessi di violenza e quelle che all'occhio di un occidentale potrebbero apparire ingiustizie, ma nel complesso il sistema funzionava²⁰⁹.

La stretta dipendenza del magistrato imperiale dalle direttive dell'Imperatore, e dunque dal livello centrale, si ritrovava anche nel sistema disciplinare; i funzionari dislocati ai vari livelli amministrativi decentrati erano sottoposti ad un sistema di sanzioni per condotte improprie, amministrato a livello centrale dal *Board of Civil Office* mentre periodicamente venivano svolte valutazioni da parte delle autorità locali gerarchicamente sovraordinate sull'attività svolta dall'amministrazione in esame predisponendo dunque meccanismi di responsabilità sia individuale che collettiva²¹⁰.

Con l'attuazione delle prime norme a matrice occidentale quali i codici del Partito nazionalista, il ruolo del giudice era destinato a delinarsi in maniera differente. L'istituzione di un sistema di corti gerarchicamente strutturato e regole giuridiche più complesse fecero sorgere l'esigenza di veri e propri professionisti del diritto, ma la (dis)organizzazione del tempo sembrava frapporre ostacoli difficilmente superabili nel breve periodo.

È d'uopo ricordare che dal 1905 il reclutamento degli amministratori ed impiegati pubblici attraverso il sistema degli esami imperiali era stato abolito e, per quanto strutture universitarie su modello occidentale fossero state istituite nel paese, non erano ancora viste come parte integrante dell'apparato amministrativo. La militarizzazione stava piuttosto acquisendo un ruolo determinante e proprio tra le fila dei soldati si cominciavano a reclutare i funzionari pubblici. Un'analisi dettagliata circa il ruolo della magistratura tra il 1912 ed il 1949 non è fattibile per vari ordini di motivi: i testi normativi approvati non ebbero il tempo di diffondersi in tutto il paese e la buona volontà di scoprire il modello straniero che meglio si poteva adattare alle condizioni cinesi richiedeva studi e approfondimenti anche all'estero presto interrotti dall'ascesa comunista²¹¹.

²⁰⁹ W.C. Jones, *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, cit., p. 17 ss.

²¹⁰ C. Minzner, *Judicial Disciplinary Systems for Incorrectly Decided Cases: The Imperial Chinese Heritage Lives On*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 58-90, pp. 80-82.

²¹¹ Studi recenti hanno però sottolineato come la volontà modernizzatrice del Partito nazionalista e l'idea di legalità e giustizia del tempo abbiano lasciato una forte eredità nella Cina odierna, sembra infatti che nella frammentata situazione cinese proprio le zone dove i Nazionalisti avevano più potere siano quelle nelle quali il popolo ripone maggiore fiducia nelle corti. Si veda l'interessante studio di P.F. Landry, *The Impact of Nationalist and Maoist Legacies on Popular Trust in Legal Institutions*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 139-168.

In epoca successiva, sotto la guida del Partito comunista, ed in particolare sotto la vigenza della Costituzione del 1954, i giudici avevano preso coscienza delle loro funzioni; la loro repressione non tardò però ad arrivare e le politiche del PCC tornarono così preponderanti da rendere necessaria una valutazione preventiva dei possibili effetti collettivi della causa che si sarebbero potuti ripercuotere sulla società. In questo contesto se il giudice rilevava la sussistenza di un più vasto interesse collettivo il suo compito era quello di attingere all'ideologia marxista-leninista per comporre la causa esplicando così la sua funzione educativa non solo nei confronti delle parti, ma anche nei confronti di tutti coloro che assistevano al processo che si trasformava così in una vera e propria 'lezione politica'. Solo quando non vi erano interessi generali sottostanti, il giudice poteva decidere la controversia tenendo conto delle leggi, se esistenti, o più verosimilmente basarsi sulle consuetudini, sulla tradizionale equità ed ovviamente sulle indicazioni del PCC²¹². Quando poi nel 1979 l'organizzazione delle corti dovette essere ricostruita a seguito della Rivoluzione culturale, ex art. 34 della Legge organica sulle corti popolari, venne specificato che qualsiasi cittadino che avesse compiuto il ventitreesimo anno di età poteva essere nominato giudice, l'emendamento del 1983 aggiunse il requisito generico e difficilmente verificabile in base al quale ogni giudice doveva possedere un'adeguata conoscenza del diritto (art. 34 (2) LOCP).

Ciononostante è proprio a questo periodo che si riconduce la nomina a magistrato di molti poliziotti in pensione o membri anziani dell'esercito con la inevitabile conseguenza di inserire nel circuito una magistratura non qualificata. È, infatti, a partire dagli anni Ottanta che molti dei giudici cinesi hanno raggiunto la loro posizione attraverso trasferimenti dal Partito o dai ranghi dell'esercito: la maggior parte era priva non solo di un'istruzione giuridica, ma anche di un'istruzione in senso lato. Pare, infatti, che gli ex militanti nell'esercito fossero considerati ottimi candidati alla nomina perché, al pari della polizia, erano stati incaricati di mettere in atto la dittatura proletaria e possedevano pertanto una prospettiva adeguata e corretta del lavoro che sarebbero andati a svolgere²¹³.

Non è dunque un caso che gli ideogrammi cinesi utilizzati per indicare il giudice fossero (ed in determinate circostanze sono ancora) 审判员 (*shenpanyuan*), la cui traduzione letterale è 'funzionario della decisione'. Il giudice era quindi considerato un dipendente pubblico che doveva rendere nota la decisione, anch'esso, così come il diritto, strumento meramente attuativo delle politiche del PCC.

²¹² E. Dell'Aquila, *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, cit., pp. 186-187.

²¹³ S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., pp. 253- 254.

Solo nel 1995 il giudice viene riconosciuto e disciplinato in quanto tale da un'apposita Legge sulla magistratura della Repubblica popolare cinese, approvata dal Comitato permanente dell'ANP ed emendata nel 2001, proprio al fine di accrescere la professionalità dei giudici e rafforzare lo status e l'indipendenza delle corti (art. 1²¹⁴) ed è proprio in questa nuova legge che il giudice comincia ad essere indicato quale 'ufficiale della legge', 法官 (*faguan*), e non solo 'funzionario della decisione'.

3.3. La magistratura cinese e le sue caratteristiche

Of ten reasons by which a magistrate may decide a case,
nine are unknown to the public²¹⁵

Ai sensi dell'art. 2 della Legge sulla magistratura cinese (LM) viene definito giudice (*faguan*) quella persona che esercita l'autorità giudiziaria nel rispetto della legge, con più precisione si stabilisce che devono considerarsi giudici i presidenti delle corti, i loro vice, i membri dei Consigli giudiziari, i presidenti ed i vice presidenti delle sezioni presenti all'interno delle corti, i giudici ordinari ed i loro assistenti²¹⁶. Il candidato alla nomina di giudice deve essere un cittadino cinese in salute che abbia compiuto il ventitreesimo anno di età, garante della Costituzione, dotato di buone qualità politiche e professionali; deve possedere qualifiche particolari anche da un punto di vista dell'istruzione (art. 9); né i pregiudicati, né coloro che già sono stati espulsi da un pubblico impiego possono aspirare a divenire giudici (art. 10). Infine, i neocandidati alla carica hanno l'obbligo del superamento di un esame giuridico nazionale (国家司法考试 *guojiasifakaoshi*) che sarà più nel dettaglio analizzato nel capitolo terzo (art. 12 LM).

Nonostante la predisposizione di una legge apposita, volta a disciplinare la figura del giudice, molte caratteristiche lo avvicinano ancora agli altri impiegati pubblici,

²¹⁴ Articolo 1 Legge sulla magistratura della RPC (1995 emendata nel 2001): «This law is enacted in accordance with the Constitution to enhance the quality of judges, to strengthen the administration of judges, and to ensure that the People's Courts independently exercise judicial authority according to law, that judges perform their functions and duties according to law and that law is administered impartially».

²¹⁵ La frase è presa da D. Bodde, *Basic Concepts of Chinese Law: The Genesis and Evolution of Legal Thought in Traditional China*, cit., p. 6.

²¹⁶ Articolo 2 Legge sulla magistratura della RPC: «Judges are judicial persons who exercise the judicial authority of the State according to law, and they include the presidents, vice-presidents, members of judicial committees, chief judges and associate chief judges of divisions, judges and assistant judges of the Supreme People's Court, local People's Courts at various levels and special People's Courts such as military courts».

fatto che non aiuta da un lato i giudici a prendere coscienza del loro incarico, dall'altro impedisce alle corti, in quanto istituzioni, di assumere un ruolo più rilevante all'interno della società.

Si deve pensare che i giudici non solo sono strettamente controllati dalle Assemblee parlamentari del livello corrispondente alle quali devono rendere conto del loro operato, ma sono anche inseriti in una ben precisa scala gerarchica (Art. 18 LM), che crea notevoli pressioni nella decisione dei singoli casi e, come meglio descritto in seguito, pesanti pressioni in vista delle possibili valutazioni gerarchiche svolte dai giudici sovraordinati.

Di conseguenza, quando si parla di costruzione piramidale con riferimento alle corti cinesi non è sufficiente parlare di una semplice edificazione verticale delle corti, ma è necessario individuare anche le dodici categorie di giudici suddivise in quattro gruppi. Il gruppo gerarchicamente inferiore è il gruppo dei giudici semplici, ovvero i 法官 (*faguan*), suddiviso a sua volta in cinque livelli; un secondo gruppo composto da giudici di livello superiore - *senior judges* - 高级法官 (*gaojifaguan*), letteralmente Alti giudici, a sua volta suddiviso in altri quattro livelli; ed i Grandi giudici, questa la traduzione letterale 大法官 (*dafaguan*) che occupano due livelli della gerarchia; al vertice della piramide si trova poi il giudice capo o *chief judge* 首席大法官 (*shouxidafaguan*).

La figura proposta vuole illustrare la scala gerarchica ed i dodici diversi gradi che un giudice può ricoprire²¹⁷.

²¹⁷ La gerarchia e la composizione di ciascuna corte sono previste nel dettaglio nel documento 中华人民共和国法官等级暂行规定 [*zhonghua renmin gongheguo faguan dengji zanxingguiding Interim Provisions of the Judges Ranks of People's Republic of China*], elaborato congiuntamente dal Partito, del Ministro degli *Human affairs* e la Corte suprema del popolo del 12 dicembre 1997 in attuazione di quanto previsto dalla Legge sulla magistratura.

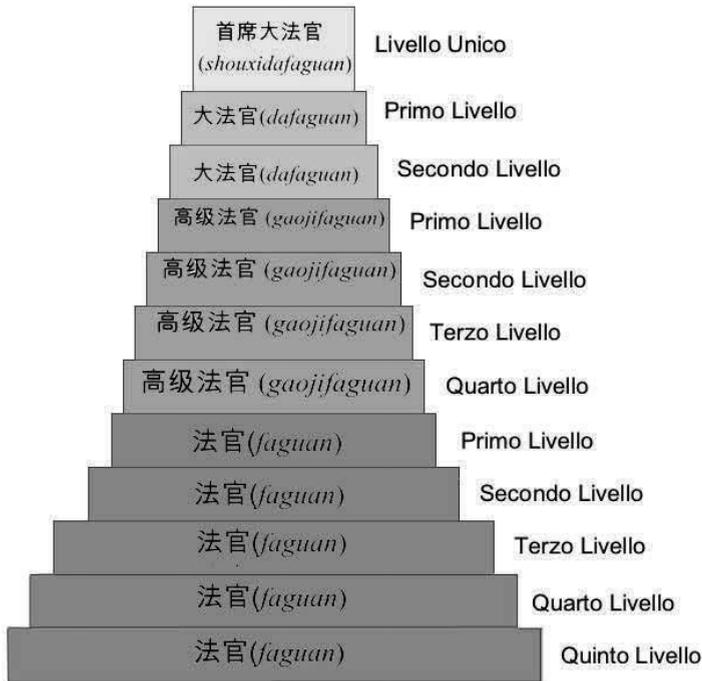


Grafico 7. Scala gerarchica dei giudici cinesi²¹⁸

In ogni corte vi sono poi sette tipologie di qualifiche ovvero:

- I) Presidente della corte, 院长, (*yuanzhang*)
- II) Vice presidente della corte 副院长 (*fuyuanzhang*)
- III) Membri del Consiglio giudiziario 审判委员会委员 (*shenpanweiyuanhui weiyuan*)
- IV) Presidenti di sezione 庭长 (*tingzhang*)
- V) Vice presidenti di sezione 副庭长 (*futingzhang*)
- VI) Giudici ordinari 审判员 (*shenpanyuan*)
- VII) Assistenti giudici 助理审判员 (*zhulishenpanyuan*)

²¹⁸ Questo grafico è stato recentemente pubblicato in C. Mugelli, *Judicial Independence in China: A Comparative Perspective*, «Acta Juridica Hungarica», 54, 2013, pp. 40-57.

All'interno di ciascuna corte la percentuale di distribuzione dei dodici gradi di giudici varia notevolmente; ad esempio, il vice presidente della Corte suprema dovrà necessariamente appartenere al rango dei 'Grandi giudici', ricompresi tra la seconda e la terza fascia, mentre la corrispondente carica, ma a livello di corte di base potrà essere occupata o da un *Senior judge* (settima fascia) ovvero da un giudice ordinario di ottavo livello. I piani quinquennali già citati si sono impegnati a ridimensionare la gerarchia promuovendo anche nelle corti di base giudici di livelli superiori, dotati di maggiori competenze, perché da più tempo inseriti nel sistema.

Sebbene, in passato, soprattutto nelle zone più periferiche dove meno si risentiva dell'influenza dell'amministrazione centrale, si preferiva, piuttosto che un presidente di corte professionalmente più preparato, scegliere quello in grado di apportare nella zona maggiori guadagni²¹⁹.

Problemi sorgono in merito a controllo e supervisione svolti in base a tale gerarchia e in rapporto alle qualità professionali dei giudici stessi. Tendenzialmente, infatti, i giudici dei livelli più alti dovrebbero essere anche quelli più professionalmente preparati, costituire le corti di base con giudici poco qualificati significa aumentare la sfiducia del popolo²²⁰ nelle stesse e il dato non può essere considerato irrilevante dal momento che il 90% del totale delle cause è di loro competenza. Anche i dati statistici dimostrano questa tendenza: diminuiscono infatti gli accessi alle corti in primo grado, mentre aumentano gli appelli proposti dalle parti²²¹.

²¹⁹ Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, cit., p.72.

²²⁰ Considerazioni interessanti sul ruolo della fiducia connesso all'accesso alle corti si ritrovano in P. Landry, *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, in T. Ginsburg, T. Moustafa (a cura di), *Rule by law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, pp. 207-234, p. 210 ss. Un'analisi storica del fenomeno è presente in P.F. Landry, *The Impact of Nationalist and Maoist Legacies on Popular Trust in Legal Institutions*, cit., pp. 139-168. Altri approfondimenti sulla *legal consciousness* nel popolo cinese sono stati recentemente pubblicati: E. Michelson, B.L. Read, *Public Attitudes toward Official Justice in Beijing and Rural China*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, cit., pp. 169-203; M.E. Gallagher, Yuhua Wang, *Users and Non-Users: Legal Experience and Its Effect on Legal Consciousness*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, cit., pp. 204-233.

²²¹ Le statistiche sembrano dimostrare che dopo un iniziale accesso alle corti in aumento costante dal 1996 al 2004, negli ultimi anni ci sia stata una diminuzione dei casi sottoposti all'attenzione delle corti. In realtà la diminuzione riguarderebbe le cause di primo grado mentre gli appelli sarebbero pressoché duplicati tra il 1995 ed il 2006 circostanza che fa presumere una maggiore familiarità con le procedure, ma una minore fiducia dei cittadini nei confronti delle corti di base, B. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 621 ss. per ulteriori statistiche si veda anche P. Landry, *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, cit., p. 207 ss.

La sfiducia nei confronti degli organi giudiziari è dovuta anche all'accostamento della figura del giudice con quella dell'impiegato statale, la commistione tra amministrazione e giurisdizione è richiamata dalla legge stessa in materia di impiego pubblico approvata il 27 aprile del 2005 dal Comitato permanente dell'ANP che continua ad applicarsi ai magistrati laddove non diversamente disposto²²². All'articolo 2 della stessa si stabilisce che devono considerarsi ufficiali statali coloro che svolgono una funzione pubblica *secundum legem* e che compongono l'organico dell'amministrazione ricevendo un salario dalle finanze pubbliche. I giudici vengono esplicitamente citati all'articolo successivo quali esempio di impiegati statali sottoposti ad una diversa disciplina circa la nomina, il licenziamento, la supervisione, la gestione dei diritti e dei doveri (art.3).

Sempre nell'ambito della riforma giudiziaria che oramai da una decina di anni coinvolge il paese, la Corte suprema del popolo, a specificazione degli emendamenti della Legge sulla magistratura avvenuti nel 2001, pubblicava il primo Codice etico dei giudici, non dissimile da quelli presenti in molti paesi occidentali se non fosse per alcuni dettagli prettamente riferibili al sistema cinese e ai suoi problemi, in particolare a quelli connessi alla bassa professionalità idonea ad influire notevolmente sull'operato delle corti e conseguentemente sulla fiducia che in queste riponeva il popolo²²³.

Nel dicembre del 2010 la Corte suprema ha emanato un nuovo codice etico²²⁴ al fine di costruire e rafforzare la professionalità etica dei giudici allo scopo di ottenere una magistratura capace di perseguire la giustizia, mostrarsi integra nella sua attività e idonea a servire gli interessi del popolo (art. 2). Gli articoli che compongono il documento, 30 in totale, hanno formulazioni talvolta ovvie e generiche, talaltra in linea

²²² Articolo 3 Legge sull'impiego pubblico 2005.

²²³ Il primo codice etico del 2001 si componeva di cinquanta articoli che toccavano condotte fondamentali al fine di rendere effettivi i principi di imparzialità, efficienza, integrità, decoro, formazione ed evitare incompatibilità con attività non conciliabili con la professione del magistrato, maggiori dettagli si ritrovano in R. O'Brien, *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, Adelaide, Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference 28-30 September 2005, p. 1-8, disponibile su <<http://www.unisa.edu.au/hawkeinstitute/gig/aapae05/documents/obrien.pdf>> (03/13) e in Yuwen Li, *Professional Ethics of Chinese Judges. A Rising Issue in the Landscape of Judicial Practice*, «China Perspectives», 47, 2003, pp. 1-17 [Online], disponibile su <<http://chinaperspectives.revues.org/274>> (03/13). La traduzione inglese del *Code of Judicial Ethics for Judges of the People's Republic of China* del 2001 si ritrova in Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 287-293.

²²⁴ *Notice of the Supreme People's Court on Issuing Basic Rules on Professional Ethics of Judges of the People's Republic of China*, del 6 Dicembre 2010, disponibile su <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=8567&lib=law&SearchKeyword=professional%20ethics%20of%20judges&SearchCKeyword=>>> (03/13).

con l'ordinamento cinese, ma complesse nella loro attuazione pratica. Ad esempio ai sensi dell'articolo 16, si chiede al giudice di non accettare inviti a cena o regali dalle parti o da soggetti comunque coinvolti nel processo, così come si richiede alle corti di attuare e salvaguardare la loro indipendenza, per questo motivo si chiarisce che il processo non deve subire interferenze esterne circostanza non facile da attuare se contemporaneamente il sistema giudiziario è tenuto a «[c]onsciously accept legal supervision and social supervision» (artt. 8 e 12).

La Corte suprema del popolo emanava il medesimo giorno anche un nuovo codice di condotta; tale documento è composto da 96 articoli e dieci sezioni²²⁵.

Più in particolare già nelle disposizioni generali viene ancora una volta sottolineata la vicinanza di trattamento tra magistratura e pubblico impiego e si declinano le caratteristiche principali quali l'imparzialità, l'integrità e la funzione di servizio verso il popolo, senza fare alcuna menzione ad una prospettiva di indipendenza.

Si ribadisce con forza e determinazione la posizione di supremazia del Partito e si richiede al giudice di allineare il suo ragionamento con quello espresso dal Comitato centrale del PCC al fine di perseguire l'idea di uno stato di diritto socialista. La condotta del giudice viene dunque ricostruita nel corso di un ideale processo, dalla registrazione della causa alla sua fase esecutiva, fino agli ultimi articoli che riguardano invece l'attività fuori dalle corti, la supervisione e le azioni disciplinari.

Si richiede al giudice di rafforzare la sua imparzialità «taking the facts as the basis and using law as a criterion» (art. 2 Codice di condotta) espressione che sembra riportare a quella confucianizzazione della legge, ovvero quella continua ricerca di equilibrio tra la flessibilità e molteplicità di fattispecie con la certezza ed eguaglianza del diritto; d'altra parte, il giudice cinese, mosso da quella discrezionalità e duttilità volta a mantenere il paese unito - sia che si tratti di una discrezionalità esercitata per mantenere una società armoniosa, sia che si tratti di discrezionalità politica derivante da direttive di Partito mutevoli - è sempre stato propenso a porre attenzione ad una giustizia sostanziale. Ai fini di un comportamento eticamente corretto si richiede al giudice di non abusare della propria posizione per ottenere vantaggi per sé, per la sua famiglia o per terzi, soprattutto se sono le parti in causa ad offrirli sotto forma di regali, inviti a cena o quant'altro. Inoltre, i giudici non dovrebbero svolgere attività in grado di ledere la loro integrità morale e non dovrebbero sfruttare il loro potere per usufruire di vantaggi altrimenti non ottenibili.

²²⁵ Già attuato come programma pilota nel novembre del 2005, è stato ufficialmente attuato nel dicembre del 2010. *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Code of Conduct for Judges* del 6 dicembre 2010, disponibile su <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=8609&lib=law&SearchKeyword=-code%20of%20conduct&SearchCKeyword=>> (03/13).

Il giudice deve rispettare un certo protocollo per ciò che riguarda l'apparenza ed il comportamento dentro e fuori dalla corte; l'articolo 8 in particolare gli chiede di rivolgersi alle parti educatamente, evitando di ammonirle in modo rude. La neutralità del giudice comporta che lo stesso non si lasci andare a giudizi impropri nei confronti delle parti dimostrando di sostenere palesemente un ricorrente piuttosto che un altro (art. 29).

Tali disposizioni possono apparire scontate, ma non lo sono per la maggior parte dei giudici cinesi, soprattutto per quelli appartenenti alle corti di base delle zone remote del paese.

Sembra poi acquisire particolare rilevanza la voce del popolo piuttosto che le disposizioni legislative, il giudice deve imparare a comprendere «what the people say, what the people feel and what the people think», ovvero captare le lamentele di soggetti diversi dalle parti anche attraverso le c.d. *petition letters* (artt. 69-79).

Per quanto riguarda l'idea di una giustizia procedurale: le leggi sulle procedure, sia civile che penale, sono andate a disciplinare spesso in modo purtroppo lacunoso un processo tendenzialmente informale. I giudici cinesi non sono infatti nuovi a violazioni di norme procedurali fatte per agevolare od ostacolare la discussione o l'esecuzione di un caso, per assecondare le relazioni personali più della legge, o aggiungere anche le nuove disposizioni apportate dalla riforma per continuare prassi oramai consolidate nelle corti spesso impuniti²²⁶.

Il problema maggiore è che tali comportamenti illegittimi oltre che dei giudici ordinari sono propri anche dei presidenti delle corti; è per questo motivo che la Corte suprema non è nuova ad incentivare la professionalità attraverso l'introduzione di persone più istruite a presiedere anche le corti inferiori.

Parallelamente si richiede al giudice di essere consapevole del suo ruolo e quindi di perseverare e mantenere quei principi di giustizia ed imparzialità. In questo senso la professione del magistrato dovrebbe anche esprimere uno stile di vita adeguato idoneo ad allontanare da attività incompatibili con il pubblico interesse, oppure immorali. I magistrati delle corti devono essere cauti nel frequentare locali pubblici do-

²²⁶ Su questa scia la Corte suprema ha emanato le *Provisions on Several Issues Concerning the Implementation of Withdrawal System of Judges in Litigation Activities* del 10 giugno 2011, onde ribadire che giudici direttamente interessati alla causa, o comunque legati ad una delle parti sono tenuti ad astenersi dal giudicare la causa. Il documento è disponibile in inglese e cinese su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8795&lib=law&SearchKeyword=withdrawal%20system%20of%20judges&SearchCKeyword=>> (03/13). Nello stesso contesto può leggersi il *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Provisions on Implementing the Office Disqualification of a Leader or a Trial or Enforcement Judge of a Court Whose Spouse or Child Practices Law* disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=9227&lib=law&SearchKeyword=child%20practices%20law&SearchCKeyword=>> (03/13).

ve potrebbero incontrare le parti di un procedimento in atto o i loro avvocati; parimenti non devono esporsi eccessivamente nel concedere dichiarazioni (art. 80 ss.).

Laddove la formulazione del principio risulti eccessivamente generica spetta alla Corte suprema procedere a spiegazioni ed integrazioni in modo da guidare passo-passo la condotta dei giudici (art. 92)²²⁷.

Nonostante disposizioni così particolareggiate, alle volte anche 'puerili', come quella di non presentarsi in corte dopo aver consumato alcolici o di non fumare in aula o ancora rispondere al cellulare, il merito del Codice è appunto quello di evidenziare i reali problemi della società cinese e della sua magistratura; qualsiasi riforma si voglia attuare, anche se basata su enunciazioni legislative impeccabili, troverà grandi difficoltà ad essere applicata se le leggi vengono poi interpretate da giudici incapaci, pigri o corrotti. D'altra parte è anche vero che molti principi sanciti dal Codice in realtà non trovano attuazione nella prassi anche a causa di deficienze ed incongruenze proprie del sistema²²⁸. I capitoli che seguono proveranno a descrivere sia la condizione normativa del principio dell'indipendenza della magistratura cinese ed eventuali sue applicazioni pratiche; sia gli aspetti che riguardano la professionalità dei magistrati.

²²⁷ La descrizione dettagliata del Codice etico del 2001 è riportata da Yuwen Li, *Professional Ethics of Chinese Judges. A Rising Issue in the Landscape of Judicial Practice*, cit., p. 2 ss.

²²⁸ S. Balme, *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, cit., p. 176.

Capitolo 2

Il principio di indipendenza del giudice. Tra accezione occidentale e ‘caratteristiche cinesi’

1. Significato di indipendenza della magistratura

1.1. Premessa

Il principio dell'indipendenza della magistratura è oramai comune alle maggiori democrazie consolidate, nei paragrafi che seguono si troverà una trattazione comune di quella che viene definita la tradizione giuridica occidentale, così detta *Western Legal Tradition* (WLT)¹, espressa principalmente attraverso consolidati principi del diritto internazionale. La scelta è stata effettuata per diversi ordini di motivi: da un lato, non sarebbe stato semplice trattare in maniera esaustiva tutti gli ordinamenti dell'area di riferimento, dall'altro, pur in presenza di circostanze pratiche differenti, esiste una matrice culturale simile² che, oramai da qualche anno, si sta concretizzando in un avvicinamento tra le due principali famiglie giuridiche, quella di *civil law* a matrice romanistica e quella di *common law* di stampo anglo-americano; infine, parlare della tradizione giuridica occidentale nel suo insieme aiuta a comprendere meglio convergenze e divergenze con la Cina, paese di centrale importanza per la tradizione est-asiatica.

¹ Sebbene ciascun ordinamento giuridico abbia una sua precisa identità, sia il sistema di *common law* che quello di *civil law* concorrono a definire la tradizione giuridica occidentale. In realtà anche il sistema di ‘diritto socialista’ e diritti come quello canonico sono parte della *Western Legal Tradition* come esplicitato da L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè Editore, Milano 2005, pp. 56-57, si veda anche M. Timoteo, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Libreria Bonomo, Bologna 2005, p. 4 ss.

² Idee come quelle di J. Locke, *Two Treatises on Civil Government*, Montesquieu, *De l'esprit des lois*, o di A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist*, solo per citarne alcuni, sono infatti, ampiamente circolati sia nella famiglia di *common law* che in quella di *civil law*.

Nell'epoca in cui *civil law* e *common law* sembrano avvicinarsi sempre di più, nonostante il perdurare di alcune incontestabili differenze³, l'accezione occidentale di indipendenza della magistratura viene esposta attraverso documenti di portata internazionale in considerazione dell'emergente consenso circa requisiti e principi finalizzati a stabilire una soglia minima di indipendenza, imparzialità ed integrità del giudice⁴.

Quando nel Seicento, nella civiltà politico-giuridica europea cominciò a crearsi l'idea che l'individuo era destinatario di fondamentali diritti di libertà che lo stato doveva proteggere e definire con certezza, munendoli di difese ed astenendosi dall'interferire con l'esercizio che se ne faceva, si posero le basi non solo per un generale sviluppo del diritto, ma soprattutto per quell'idea di costituzione che si è andata poi consolidando a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, nella quale si legge che lo stato è costituito da poteri tra i quali quello politico che deve essere limitato davanti alle libertà ed ai diritti fondamentali del cittadino (art. 16⁵). In altri termini vi è racchiusa l'essenza del principio di legalità volto ad assoggettare i pubblici poteri alla legge⁶. Se il costituzionalismo è finalizzato a porre un limite al potere statale, non è difficile comprendere che sia anche un concetto strettamente legato alla dottrina della separazione dei poteri e quindi all'idea della creazione di istituzioni indipendenti idonee a giudicare su eventuali violazioni di tali limiti⁷.

Similmente in Inghilterra ed in Nord America una magistratura indipendente cominciò ad essere considerata essenziale per il mantenimento del diritto e della libertà⁸.

³ V. Varano, *Civil Law e Common Law: tentativi di riflessione su comparazione giuridica e cultura*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, Supplemento al n. 4, numero speciale su «Due Iceberg a confronto: Le derive di Common law e Civil law», pp. 39-60.

⁴ Negli ultimi anni vari gruppi di studio hanno affrontato il tema, tra i più recenti si ricorda S. Shetreet, C. Forsyth, *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012 e le più risalenti IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, 2002, disponibile su <http://transition.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/pnacm007.pdf> (03/13).

⁵ «Ogni società, nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione» articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino come riportato da M. Fioravanti, *Costituzione*, il Mulino, Bologna 1999, p. 112.

⁶ R. Guastini, voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle Discipline privatistiche*, Utet, Torino 1993, p. 497-509.

⁷ G. Bognetti, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino 1993, p. 372-378, si veda anche M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., p. 71 ss.

⁸ A questo proposito tra i documenti più rilevanti si ricordano: articolo 39 *Magna Charta Libertatum* (1215) «Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato

Si cominciò dunque a porre limiti all'autorità del legislatore imponendo il rispetto delle leggi ed affidando il controllo del suo operato ad organi giudiziari indipendenti inseriti in modelli istituzionali ispirati al principio della separazione dei poteri⁹.

Ad oggi dunque la magistratura non è soltanto un organismo atto a decidere casi giudiziari all'interno della formale gerarchia delle corti, ma è un'istituzione costituzionalmente garantita che deve continuamente 'negoziare' la sua posizione nel mutevole equilibrio della dottrina della separazione dei poteri¹⁰.

In occidente, e principalmente nell'Europa continentale, lo studio dell'amministrazione della giustizia si è spesso limitato ad un approccio meramente formalistico, sebbene l'idea stessa di giustizia si ponga ai confini tra il mondo delle norme scritte e della politica. Tale circostanza ha fatto sì che si dessero per effettivi, reali ed idonei a raggiungere gli obiettivi perseguiti i comportamenti dei giudici e delle corti, così come descritti *ex lege*, attribuendo, invece, le deviazioni dai quadri normativi come pressoché ininfluenti ai fini dell'analisi giuridica, in quanto dovuti a 'cause esterne' che poco, o niente, avevano a che fare con l'organizzazione della giustizia¹¹.

In realtà, spesso esiste una considerevole differenza tra la *law on the books* e la *law in action* circostanza che è stata rilevata soprattutto negli Stati Uniti, la cui dottrina ha avviato un approccio differente nello studio dell'organizzazione giudiziaria¹²; infatti, è grazie agli Stati Uniti che il dibattito sul potere giudiziario si è sviluppato in

in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno». L'articolo 40 stabilisce poi che «A nessuno venderemo, negheremo, differiremo o rifiuteremo il diritto o la giustizia». Del contesto americano si può citare A. Hamilton, *Il Federalista*, n. 78, (1788) «E sono d'accordo con chi sostiene che 'non esiste libertà se il potere giudiziario non sarà separato dai poteri legislativo ed esecutivo'. Dimostra, infine, che poiché la libertà non ha nulla da temere dal solo potere giudiziario, ma avrebbe tutto da temere se si unisse con uno degli altri due organi, poiché gli effetti di una tale unione sarebbero quelli di una soggezione del primo ai secondi [...]», queste traduzioni italiane sono riportate in V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino 2010, (4a ed.) rispettivamente a p. 378 e p. 447.

⁹ M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford 1989, p. 132 ss.

¹⁰ J. Bell, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, p. 350.

¹¹ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma 2011 (ed. orig. 2002), p. 4.

¹² Per uno studio in prospettiva comparata sulla magistratura si vedano C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit., P.H. Russell, D.M. O'Brien (a cura di), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*, University Press of Virginia, U.S.A. 2001, K. Malleon, P.H. Russell (a cura di), *Appointing Judges in An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006, S. Shetreet, C. Forsyth, *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, cit.

termini più articolati¹³, fatto che ha contribuito a mitigare l'idea europea-continentale di una magistratura appartenente ad una sfera tendenzialmente distinta dalla politica.

Le parole di Tocqueville in questo senso sono emblematiche:

Non vi è avvenimento politico in cui non s'intenda invocare l'autorità del giudice; l'osservatore ne trae naturalmente la conclusione che il giudice è in America una delle prime forze politiche. Se in seguito esamina la costituzione dei tribunali, a prima vista, scopre solo attribuzioni e abitudini giudiziarie, il magistrato sembra introdursi solo per caso negli affari pubblici; ma è un caso che si ripete tutti i giorni. [Il giudice americano] rassomiglia dunque in modo perfetto ai magistrati delle altre nazioni; tuttavia è rivestito di un immenso potere politico¹⁴.

Proprio il ruolo anche politico che si attribuisce alla magistratura consente di spostare l'attenzione da una prospettiva meramente oggettiva ad una più soggettiva, talvolta meno discussa, ma altrettanto importante, che aiuta a comprendere il ruolo dei giudici e la loro formazione.

Al proposito, anche all'interno della stessa tradizione giuridica occidentale, la formazione degli operatori del diritto non è stata uniforme; la tradizione di *civil law*, che affonda le sue radici nel diritto romano, riconduce il giurista alla figura del dotto, dello studioso; diversamente, il giurista di *common law* nasce come pratico.

Il pensiero giuridico occidentale, nel corso dei secoli, ha sempre più individuato l'importanza di una magistratura che, affidandosi a norme esistenti, siano esse di fonte giurisprudenziale o legislativa, dirimesse dispute con una decisione avente forza di legge al termine di un procedimento tendenzialmente contenzioso.

L'attribuire dignità e rispetto alla magistratura è apparsa circostanza naturale al fine di far percepire il giudice quale *super partes* e trasmettere così fiducia ai cittadini per la funzione che questa doveva svolgere. Inoltre, a partire dal Seicento l'idea di imparzialità cominciò ad essere legata ad un'idea di indipendenza, in altri termini la dottrina della separazione dei poteri di Montesquieu indusse a ritenere che solo una magistratura indipendente dalle altre funzioni statali si sarebbe sentita libera di decidere in modo davvero imparziale, spostando dunque il fulcro della funzione giudiziaria dall'idea centrale di imparzialità a quella di indipendenza. Si è venuta così a creare all'interno

¹³ Il ruolo di *policy-making* della Corte suprema federale è indiscusso, le sue pronunce sono state di fondamentale rilevanza su questioni politicamente molto importanti come la segregazione razziale, la scelta per una donna di interrompere la gravidanza etc. Sul tema si veda R.A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge 2008, p. 269 ss.

¹⁴ A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, (a cura di G. Candeloro), Biblioteca Universale Rizzoli, Milano 1992, pp.101-102.

della società e della struttura politica di un paese una cultura intorno al concetto di indipendenza giudiziaria che recentemente è stata suddivisa in cinque aspetti differenti, quali la creazione di strutture istituzionali apposite, la predisposizione in costituzione di tali istituzioni e la loro tutela in via legislativa e costituzionale, la protezione e l'attuazione di queste tutele attraverso la giurisprudenza delle corti e la difesa di una tradizione etica e di comportamento della magistratura¹⁵.

Nei vari paesi si è così cominciato a pensare a come raggiungere l'indipendenza, percepita, per l'esperienza storica occidentale, come essenziale per l'imparzialità delle decisioni.

Varie teorie si sono sviluppate e consolidate. Si suole oggi distinguere tra un'indipendenza interna (o funzionale) e un'indipendenza esterna (o istituzionale), la prima si riferisce all'esercizio indipendente delle attribuzioni che al giudice sono affidate, ovvero alla struttura organizzativa del potere giurisdizionale, la seconda tutela invece la magistratura dall'interferenza proveniente da altri apparati pubblici¹⁶.

Al fine di rendere il più effettiva possibile tale indipendenza, esperienza e teorie costituzionaliste si sono andate via via sviluppando, più in particolare si sono venuti a creare dei meccanismi di garanzia e di responsabilità o per meglio dire di *accountability* consacrando ancor più l'importanza della funzione (o meglio del potere) giudiziaria¹⁷.

Per quanto discutere di magistratura in occidente significhi oggi quasi inevitabilmente comprenderne il grado di indipendenza e resistenza nei confronti degli altri poteri dello stato, si vuole qui mettere in dubbio che la veridicità di quello che potrebbe apparire un sillogismo ovvero:

¹⁵ S. Shetreet, *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual Constitutional Infrastructure*, in S. Shetreet, C. Forsyth, *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, cit., pp. 17-67.

¹⁶ S. Bartole, voce *Indipendenza del giudice*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Treccani, Roma 1990, p. 1-4.

¹⁷ «[...] the approach to the entire problem of judicial accountability - its tension and balancing with judicial independence - should consist in an effort to assure the best possible concrete environment for the implementation of the more ultimate values reflected in the basic rules of natural justice - judicial impartiality and procedural fairness - and, consequently, the fullest possible participatory (and in this sense, democratic) character of the judicial process», M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 71.

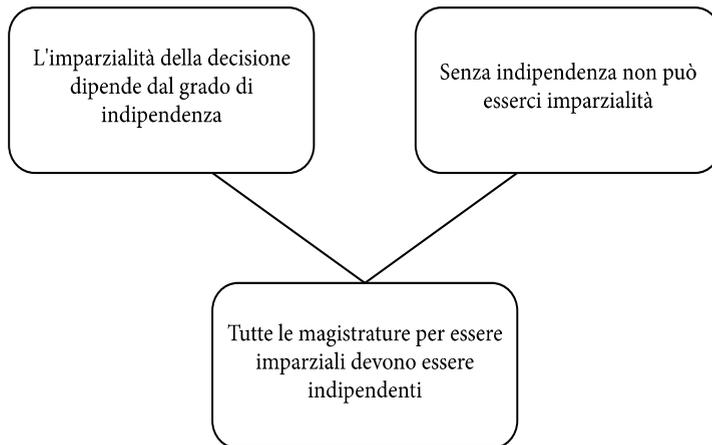


Grafico 8. Rapporto tra indipendenza ed imparzialità giudiziaria.

Per quanto le affermazioni appaiano logiche, mettere in discussione la dipendenza dell'imparzialità dall'idea di indipendenza permette di recuperare lo scopo primo della funzione giudiziaria, ovvero amministrare la giustizia in maniera imparziale.

Quanto sopra non vuole sminuire il ruolo del concetto di indipendenza, bensì staccarlo in parte da quello di imparzialità e riconoscere che decisioni imparziali possono arrivare anche da un giudice non indipendente.

1.2. L'accezione della tradizione giuridica occidentale

Il principio di indipendenza della magistratura nella tradizione giuridica occidentale, nel corso dei secoli, passa dall'essere requisito necessario per la messa in opera dell'idea della separazione dei poteri, a condizione, apparentemente indispensabile, per la creazione di uno stato di diritto (*rule of law*): componente essenziale per garantire il diritto ad un giusto processo, così come sancito dalla Dichiarazione universale

dei diritti dell'uomo del 1948¹⁸ e divenuto oramai comune alle maggiori democrazie¹⁹.

Per il giurista occidentale fare riferimento all'indipendenza della magistratura significa considerarla nella sua duplice accezione di indipendenza del singolo giudice e conseguentemente del sistema delle corti nel loro insieme. Tale indipendenza, come ribadito recentemente anche in Europa²⁰, non viene considerata privilegio garantito nell'interesse del giudice stesso, quanto piuttosto un principio a tutela dell'interesse della collettività per rafforzare la fiducia dei cittadini nel sistema giustizia; una garanzia di verità, libertà e rispetto di tutti i diritti. Si tratta in sostanza di un mezzo con cui preservare l'imparzialità ed assicurare l'uguaglianza dei cittadini davanti alle corti.

Quanto sopra non riflette solo le idee europee, rappresenta quanto stabilito anche a livello internazionale; come anticipato, per garantire uno stato di diritto viene richiesta la presenza di un'istituzione non dipendente dal potere legislativo, da quello esecutivo o da altre forze presenti nella società, un'istituzione quindi autonoma e libera.

I documenti di portata internazionale in tema di indipendenza della magistratura sono numerosi²¹, prendendo le mosse dalla stessa Carta delle Nazioni Unite (San Francisco, 26 giugno 1945)²² è sufficiente leggere il Preambolo per notare che i popoli delle Nazioni Unite sono decisi «a creare le condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altre fonti di diritto internazionale possono essere mantenuti»²³. Il riferimento diretto è al concetto di giustizia che però, anche

¹⁸ Articolo 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948: «Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him», disponibile su <<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>> (03/13).

¹⁹ Si veda ad esempio V. Autheman, K. Henderson (a cura di), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, IFES Rule of Law White Paper Series, 2004, pp. 1-27, disponibile su <http://www.ifes.org/~media/Files/Publications/White%20PaperReport/2004/21/WhitePaper_1_FINAL.pdf> (03/13).

²⁰ *Consultative Council of European Judges*, Opinion n. 10 (2007) cit., II, 8-9 disponibile su <<http://summitofhighcourts.com/docs/standarts//CCJE10.doc>> (03/13).

²¹ Solo per citare alcuni documenti in tema di indipendenza della magistratura: *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985); *Syracuse Principles* (1981); *Universal Charter of the Judge* (1999); *Beijing Principles* (1995), *The International Bar Association Minimum Standards of Judicial Independence* (1982), i recenti *Mount Scopus International Standards of Judicial Independence* (2008) e molti altri.

²² Il testo della Carta delle Nazioni Unite è disponibile su <<http://www.un.org/en/documents/-charter/index.shtml>> (03/13).

²³ La traduzione italiana è reperibile in R. Luzzatto, F. Pocar, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Giappichelli, Torino 2003, (3a ed.) p. 3.

nel lavoro delle NU deve ritenersi connesso all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura²⁴.

Nonostante la molteplicità dei documenti inerenti l'indipendenza dei giudici in campo internazionale, pare emergere un tratto comune in base al quale una giustizia indipendente ed imparziale si fonda su requisiti universali e radicati sia nel diritto naturale che nel diritto positivo, da ricavarsi non solo dalle convenzioni stipulate, ma anche dalle consuetudini e dai principi generali di diritto²⁵. Il diritto internazionale riconduce inoltre sia la *judicial independence* che la *judicial impartiality* nella più ampia categoria dei principi riconosciuti dalle nazioni civili. Appurato che risulta oramai anacronistico parlare di nazioni civili, dal momento che *a contrario* si dovrebbe ammettere l'esistenza di nazioni non civili, è di estrema importanza la circostanza che la Corte internazionale di giustizia (CIG) li debba applicare per la risoluzione delle controversie (Art. 38 (1)(c) Statuto della Corte²⁶).

Quanto sopra risulta chiaramente dal rapporto conclusivo del *Report of the Special Rapporteur on Independence of Judges and Lawyers*:

Historical analysis and contemporary profiles of the judicial functions and the machinery of justice shows the world wide recognition of the distinctive role of the judiciary. The principles of impartiality and independence are the hallmarks of the rationale and the legitimacy of the judicial function in every State. The concepts of the impartiality and independence of the judiciary postulate individual attributes as well as institutional conditions. These are not mere vague nebulous ideas but fairly precise concepts in municipal and international law. Their absence leads to a denial of justice and makes the credibility of the judicial process dubious. It needs

²⁴ Tien Dung Luu, *Judicial Independence in Transitional Countries*, 2003, disponibile su <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/untc/unpan018253.pdf>> (03/13), pp. 9-10.

²⁵ Per approfondimenti sul tema si vedano gli studi del Minerva Research Group affiliato al Max-Planck-Institut (Heidelberg) <www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/projects/minerva_jud_indep.htm> (03/13).

²⁶ In proposito l'articolo 38 (1)(c) «suggerisce un procedimento di comparazione attraverso il quale la corte arriverà a distillare i 'principi generali', che costituiranno la regola per il caso sottoposto ad essa», è una ipotesi in cui il diritto comparato può presentarsi come diritto positivo si veda V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., pp. 7-8, Per il testo integrale dello Statuto della Corte internazionale di giustizia si veda R. Luzzatto, F. Pocar, *Codice di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 17, si veda anche M. Reimann, *Of Products and Process: The First Six Trento Volumes and Their Making*, in U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, Thomson-Fondation Press, New York 2009 (7a ed.), pp. 106-109, p. 109.

to be stressed that impartiality and independence of the judiciary is more a human right of the consumers of justice than a privilege of the judiciary for its own sake²⁷.

Ne emerge che l'importanza dei concetti di imparzialità ed indipendenza è tale da far ritenere che la loro assenza porterebbe sia alla negazione di giustizia che a sollevare dubbi sulla credibilità del funzionamento delle corti.

L'esperienza globale²⁸ sembra dimostrare che una magistratura indipendente è dunque di cruciale importanza per il raggiungimento di traguardi necessari all'attuazione della *rule of law*, alla salvaguardia e all'affermazione del diritto di proprietà e dei diritti umani, alla risoluzione delle dispute economiche e politiche, alla promozione della cooperazione giudiziaria internazionale, ad indirizzare, mitigare e prevenire la corruzione all'interno della magistratura, a promuovere la giustizia, l'armonia sociale e la legittimazione politica nazionale ed internazionale²⁹.

La pratica internazionale non si limita però ad evidenziare l'enorme importanza del principio, ma sottolinea anche alcuni requisiti necessari, anch'essi riconosciuti a livello internazionale, e strumentali all'effettiva applicazione del principio di indipendenza giudiziaria.

Ai sensi dell'articolo 2 degli *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary* l'imparzialità del giudice si ha quando la magistratura decide i casi ad essa sottoposti sulla base di fatti e nel rispetto della legge, senza restrizioni, influenze improprie, pressioni, minacce o interferenze dirette o indirette o per altra qualsivoglia ragione³⁰. In altri termini il prerequisito dell'indipendenza istituzionale della magistra-

²⁷ Paragrafo n. 75 del Report to the Sub-Commission (E/CN.4/Sub.2/1985/18 and Add. 1-6.) come citato dal *Report of the Special Rapporteur on Independence of Judges and Lawyers*, E/CN.4/1995/39 del febbraio del 1995, sezione n. 34 disponibile su <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G95/106/00/PDF/G9510600.pdf?OpenElement>> (03/13). Si veda anche Tien Dung Luu, *Judicial Independence in Transitional Countries*, cit., p. 8 ss.

²⁸ In realtà è un'esperienza virtualmente globale «The Judicial Integrity Principles represent high priority consensus principles and emerging best practices found in virtually all global and regional governmental and non-governmental instruments and key international case law related to the independence and impartiality of the judiciary». A. Garapon, *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, in R. Peerboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 37-51, p. 38.

²⁹ IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, cit., p. 5 ss., si veda anche V. Autheman, K. Henderson (a cura di), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, cit. p. 9 ss.

³⁰ *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, testo disponibile su <<http://www.unrol.org/doc.aspx?d=2248>> (03/13). L'articolo 2 recita così: «The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason».

tura è quello di un'indipendenza personale del giudice. Al fine di soddisfare tale condizione, si ritiene comprensibilmente necessario che sia assicurata ai giudici una carica sufficientemente duratura³¹, che le nomine e le promozioni siano relativamente depoliticizzate, o comunque bilanciate, che i magistrati godano di uno stipendio adeguato per non renderli facili prede di possibili corruttori in un contesto di inamovibilità di sedi e di funzioni. Quanto sopra implica anche che non dovrebbero esservi né pesanti sanzioni né, tantomeno, licenziamenti, per usare un'espressione mutuata dalla tradizione di *common law*, 'during good behaviour'³²; di conseguenza sia le promozioni che i trasferimenti dovrebbero avvenire in base a regole precise e prestabilite e con il consenso dei diretti interessati³³.

Se nella tradizione giuridica occidentale tali principi hanno un loro fondamento, altrettanto non può dirsi in esperienze giuridiche distanti da questa, per tale motivo, in quella che può essere definita la 'via alla democrazia', molte organizzazioni internazionali si adoperano nell'elaborazione di documenti al fine di creare dei criteri guida per permettere a paesi non ancora democratici o con democrazie non ancora compiute, spesso indicati come paesi in transizione, di intraprendere il loro cammino.

Questo è quanto è avvenuto anche in seno all'*International Foundation for Electoral System* (IFES) che nel 2004 ha elaborato la così detta *global best practice* per raggiungere un livello accettabile di integrità della magistratura in base a regole condivise³⁴.

Risulta evidente che soprattutto nel mondo occidentale non possa esserci che accordo su tali ampi e generali principi, tuttavia, anche in quelle che vengono definite le più avanzate democrazie, non è facile trovare unanime consenso sulla loro applicazione, ovvero sulla linea di confine da tracciare tra eventuali comportamenti leciti ed

³¹ «When judges have lifelong tenure, they are both less susceptible to direct political pressure and less likely to have been appointed by the politicians currently in office», *The World Development Report 2002*, Charter 6. The Judicial System, in U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., p. 27.

³² Per le garanzie dei giudici inglesi si veda l'*Act of Settlement* del 1701, la traduzione italiana delle parti fondamentali si trova citata in V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 397, si veda anche l'articolo III della Costituzione Federale degli Stati Uniti (17 settembre 1787), ivi, p. 429.

³³ Su tali requisiti e per una comparazione tra gli stessi si vedano J. Bell, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, cit., C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit., IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, cit., p. 149 ss.

³⁴ I principi ampiamente condivisi nell'esperienza occidentale sono elencati in V. Autheman, K. Henderson (a cura di), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, cit., p. 17, similmente si veda Tien Dung Luu, *Judicial Independence in Transitional Countries*, cit., p. 11.

illeciti del giudice³⁵. Il rischio di considerare principi troppo generali, che solo in teoria si adattano a realtà molto diverse tra loro, è quello di perdere il contatto con l'effettiva situazione di un paese, ovvero di omettere quegli elementi 'muti' che si ritrovano nella tradizione e nella cultura³⁶. Infatti, nonostante sia frequente discutere di *judicial independence*, non è altrettanto comune riuscire a trovare una definizione concretamente applicabile della stessa. In questo contesto risultano veritiere le parole di Tom Ginsburg:

Judicial independence has become like freedom: everyone wants it but no one knows quite what it looks like, and it is easiest to observe in its absence. We know when judges are dependent on politicians or outside pressures, but have more difficulty saying definitively when judges are independent³⁷.

Al pari della libertà, dunque, anche l'indipendenza del giudice è più facile da comprendere quando manca o è fortemente compressa.

Con queste premesse può apparire difficile elaborare una definizione di indipendenza della magistratura anche se quella che segue, potrebbe risultare calzante ai fini di questo studio:

[judicial independence] means that judiciary and individual judges are relatively free from undue interference in the decision-making process and that justice is the norm, not the exception.

Impartiality with the justice system is the end goal³⁸.

³⁵ L'Italia in questo senso non fa eccezione; l'esclusione di qualsiasi responsabilità dello stato per l'interpretazione delle norme di diritto o per la valutazione di fatti e prove da parte di un organo giurisdizionale di ultima istanza è stata recentemente sottolineata anche dalla Corte di Giustizia con la sentenza 24 novembre 2011, C-379/10, Commissione europea c. Repubblica italiana disponibile su <www.curia.europa.eu> (04/13). Si tratta comunque di un problema comune a molti paesi V. Autheman, K. Henderson (a cura di), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, cit., p. 16.

³⁶ Possono ritenersi vere le seguenti parole di Rodolfo Sacco: «[...] l'interesse del giurista è attratto in prima linea dalla fonte parlata e dall'atto parlato, e non sa avvicinarsi in modo appropriato alla fonte muta e all'atto muto», dove per atto muto si intende consuetudine, usi, contenuto che l'interprete assegna ad espressioni vaghe etc. R. Sacco, *Il diritto muto*, «Rivista di diritto civile», 26, 1993, p. 689-702, p. 700.

³⁷ T. Ginsburg, *Judicial Independence in East Asia: A Lessons for China*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 247-259, p. 248.

³⁸ K.E. Henderson, *Global Lessons and Best Practices: Corruption and Judicial Independence*, in G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve, *Independence, Accountability, and the Judiciary*, BIICL, London 2006, pp. 439-492, p. 445, per un approfondimento di questa prospettiva si veda M. Storme, *Independence of the*

Rinnovare l'attenzione per l'imparzialità piuttosto che per l'indipendenza non vuole certo sminuire la rilevanza di quest'ultima³⁹, ma semplicemente provare ad affrontare la questione da un altro punto di vista al fine di meglio comprendere realtà diverse da quella occidentale e, se del caso, riuscire ad instaurare un dialogo più costruttivo orientato ai risultati oltre che ai principi.

1.3. Le garanzie occidentali

È ormai noto che il principio dell'indipendenza della magistratura necessita di garanzie che lo sostengano ed avvalorino e che per assicurare questo sono necessari degli strumenti volti a garantirne la sua reale attuazione.

La mera affermazione di queste tutele nelle Carte costituzionali non può che essere un primo passo; le Costituzioni hanno bisogno di essere alimentate ogni giorno per non rischiare di restare lettera morta, la lezione gli studenti di Milano tenuta da Calamandrei nel 1955, racchiude una metafora che può risultare appropriata anche oltre i confini italiani:

La Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé, la Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove; perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità⁴⁰.

Considerando valida l'idea di Calamandrei per ogni paese si può affermare che punto di partenza di notevole importanza è il reclutamento dei magistrati. La stessa

Judiciary: the European Perspective, in S. Shetreet, C. Forsyth, *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, pp. 85-95.

³⁹ Potrebbe essere importante ricordare in questa sede quanto sentito e ragionato sia stato ad esempio in Italia il dibattito proprio sull'indipendenza e sul prestigio della magistratura nel secondo dopoguerra che «intendiamoci non sono tanto un interesse della magistratura, quanto un interesse di tutti i cittadini: noi abbiamo diritto che la magistratura sia indipendente, e dicendo noi, parlo dei cittadini perché solo in questa indipendenza è la nostra garanzia». A. Zoli, *Discorsi parlamentari*, p. 168 (senato della Repubblica) come citato da G. Conticelli, *Per I 60 anni della Costituzione repubblicana: coscienza Costituzionale e avvocatura*, «Notiziario Forense», 2, 2008, pp. 20-30, p. 27.

⁴⁰ Piero Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione agli studenti di Milano*, (1955), l'audio è disponibile su <<http://www.youtube.com/watch?v=XRTG9duEnww>>, (03/13), per considerazioni simili nel contesto cinese si veda Qianfan Zhang, *A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China*, «International Journal of Constitutional Law», 8, 2010, pp. 950-976.

Unione internazionale dei magistrati (UIM) si è occupata durante la prima commissione di studio proprio di reclutamento descrivendo ed indentificando i due approcci più utilizzati:

- 1) un reclutamento effettuato al fine di selezionare giovani candidati con il primo e unico obiettivo di accedere alla carica di giudice all'interno della quale è poi per loro possibile fare carriera;
- 2) un reclutamento quale punto di arrivo di una carriera di candidati già esperti e maturi, dinamici e di larghe vedute⁴¹.

Nel primo approccio si inseriscono principalmente le magistrature dell'Europa continentale che vengono definite di professione e di selezione burocratica, poiché si contraddistinguono per una configurazione formale che non si differenzia da quella propria di altre amministrazioni pubbliche. In particolare, il reclutamento mira a selezionare i futuri giudici in base al merito attraverso concorsi pubblici o esami di stato che vengono generalmente rivolti a giovani laureati in giurisprudenza spesso privi di precedenti esperienze professionali; superata la selezione, l'accesso alla magistratura è garantito, così come le correlate garanzie, che si esplicitano nell'inamovibilità della sede, nella sola distinzione per funzioni, are rapporti di tipo gerarchico tra i giudici, e in uno stipendio idoneo. Come intuibile, è preclusa qualsivoglia forma di legittimazione democratica⁴². Il giudice così selezionato ha il compito di interpretare formule legislative, ovvero, la sua attività creatrice si cela tra gli articoli dei codici e delle leggi speciali⁴³, in quanto allo stesso si richiedono principalmente competenze di natura tecnica. Le prove selettive sono volte a valutare tutte le principali discipline giuridiche e si affidano all'inevitabile presupposto che, in linea di massima, i nuovi reclutati possano svolgere in modo sufficientemente adeguato tutte le mansioni associate al primo livello della gerarchia delle corti cui verranno assegnati, attraverso l'interazione con i colleghi più anziani, impareranno a comportarsi e ad accrescere la

⁴¹ *Reclutamento e formazione dei magistrati*, Amsterdam 1996, disponibile su <<http://www.iaj-uim.org/swi/wp-content/uploads/2013/01/I-SC-1996-conclusions-E.pdf>> (03/13).

⁴² Per alcune riflessioni sul tema si veda M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 40 ss.

⁴³ «L'abilità del giurista nei paesi della famiglia romano germanica, consiste nel saper trovare la norma, e nel formularla al livello giusto: non bisogna che la norma sia troppo generale, perché allora cesserebbe di essere una guida sufficientemente sicura per la pratica; bisogna invece che essa sia generale quanto occorre per riferirsi ad un certo tipo di situazione, però senza essere applicabile soltanto ad un caso particolare, come avviene della decisione del giudice» R. David, C. Jauffret- Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Parigi, Dalloz 2002 (11a ed.), tr. it. a cura di R. Sacco, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova 2004 (5a ed) pp. 78-79, si veda anche p. 80.

loro professionalità. Con il passare degli anni e l'accertamento dei requisiti necessari, potrà poi avvenire la progressione di carriera. Chi riesce ad accedere alla magistratura vi resta di solito per l'intero arco della vita; il retaggio del giudice quale funzionario pubblico, che gode di particolari garanzie, ha fatto sì che la sua attività venisse principalmente sanzionata sul piano disciplinare. Assicurare il rispetto delle responsabilità rispecchia un'immagine affidabile del giudice chiamato a decidere in modo efficiente sulle cause⁴⁴, circostanza che ancora una volta, soprattutto in passato, vedeva l'esplicitarsi di un ruolo attivo dei giudici gerarchicamente superiori talora indebolendo l'indipendenza interna del singolo giudice, il quale poteva essere esposto a condizionamenti, magari non troppo visibili, ma comunque penetranti⁴⁵.

Nei paesi di *civil law* il reclutamento è spesso gestito e controllato da apposite scuole addette alla formazione perché, come sarà meglio analizzato nel prossimo capitolo, il possesso di una adeguata cultura giuridica è condizione indispensabile per svolgere in modo credibile ed imparziale la professione di giudice⁴⁶. Inoltre, molti ordinamenti, non solo di *civil law*, si sono dotati di Consigli della magistratura, volti proprio a rafforzare l'indipendenza dei giudici attraverso un allontanamento dal potere esecutivo (in particolare dai ministeri della giustizia) rispetto all'autorità giudiziaria⁴⁷.

Diversamente, il reclutamento della magistratura angloamericana viene attivato in relazione a posti vacanti nelle singole corti; spesso i giudici sono selezionati tra giuristi e avvocati dotati di un'effettiva esperienza pratica⁴⁸, circostanza che fa sì che l'età media di accesso all'attività giudiziaria sia tendenzialmente elevata: non è un caso che avervi accesso corrisponda spesso al punto di arrivo di una brillante carriera⁴⁹. I giudici delle corti di *common law*⁵⁰ sono individui noti per le loro capacità, fatto che age-

⁴⁴ *The World Development Report 2002, Charter 6. The Judicial System*, cit., p. 21

⁴⁵ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit., p. 38 ss.

⁴⁶ Sul tema si veda G. Oberto, *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Cedam, Padova 2008.

⁴⁷ John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, in Albrecht P. A., J. Thomas (a cura di), *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Wissenschafts-Verlag Intersentia, Berlino 2009, pp. 81-88, pp. 82-84, si veda anche IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, cit., p. 15; S. Till, *Autonomy for the Judiciary - Political Expectations*, in P.A. Albrecht, J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, Berlino 2009, pp. 47-52, pp. 47-48.

⁴⁸ È talmente rilevante la pratica da far sì che in Inghilterra l'accesso alla magistratura sia condizionato al conseguimento di una laurea, ma non necessariamente in legge.

⁴⁹ In alcuni paesi può essere il culmine di una brillante carriera da avvocato (come in Inghilterra), in altri anche di accademico (come negli Stati Uniti d'America).

⁵⁰ In questa sede il pensiero va principalmente ai giudici federali statunitensi ed ai giudici inglesi delle Corti superiori.

vola l'eventuale inserimento diretto in posizioni di estremo rilievo. Per i motivi sopra esposti non desta stupore che il reclutamento avvenga principalmente attraverso la nomina da parte di autorità politiche⁵¹.

In ogni caso

[p]ractices of selection differ in large measure in accordance with the traditions and needs of the country concerned. A crucial consideration here is the very position of the judiciary in the framework of government that provides the rationale for the particular mode adopted and practiced. [...] Nevertheless, the guiding principles for the selection and tenure of the judiciary [...] display a commonly held ideal: Judges are expected to be impartial and hence must be given assurance of independence, security, and dignity of tenure. When these

⁵¹ Si prendono qui in analisi le due maggiori varianti della famiglia di *common law*, quella inglese e quella statunitense, si può notare che in Inghilterra già dal XIII secolo i giudici venivano scelti tra i *serjeants at law*, ovvero da quegli eredi dei *narrators* che nell'affiancare gli *attorneys* già godevano di estrema dignità professionale e di prestigio. In maniera tendenzialmente continua il sistema è rimasto pressoché il medesimo. Fino al 1990, ovvero all'entrata in vigore del *Courts and Legal Services Act*, il Lord Cancelliere, nato come dignitario della Corona e (fino al 2005) figura politica oltretutto giuridica in quanto egli stesso giudice, proponeva ai sensi del *Supreme Court Act* del 1981 i giudici delle Corti superiori alla Corona cui spettava poi la nomina formale. La scelta dei *Lords Justice of Appeal* era effettuata tra *barristers* con almeno 15 anni di esperienza professionale o tra chi già era stato nominato giudice della *High Court*. Con l'allargamento del *right of audience* anche nei confronti dei *solicitors* (1990), anch'essi hanno oggi la possibilità di essere nominati giudici delle Corti superiori se determinate condizioni vengono soddisfatte. Fino al 2005 la nomina poteva essere definita politica perché il Lord Cancelliere era (ed è ancora oggi) membro del governo in carica, tuttavia valutazioni politiche non sembrano aver avuto particolare rilevanza perché tra la stretta cerchia dei *barristers* esiste una conoscenza anche personale di chi sia meritevole di divenire giudice, se il Lord Cancelliere avesse preferito scegliere un *barrister* politicamente impegnato, piuttosto che professionalmente capace, sarebbe certamente divenuto vittima di biasimo pubblico, K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato, Volume I: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano 1998, p. 255 si veda anche V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 301 ss., con l'emanazione del *Constitutional Reform Act* del 2005 e soprattutto sulla scia di quella 'cultura dei diritti' iniziata in Inghilterra con lo *Human Rights Act* (approvato nel 1998 ed in vigore dall'ottobre del 2000), la scelta è stata quella di creare una nuova *Judicial Appointment Commission* volta a selezionare i candidati, il Lord Cancelliere, pur mantenendo il suo titolo, non svolge più funzioni giurisdizionali, ma quale Ministro della giustizia può invitare (se del caso ed una sola volta) la Commissione a rivalutare la sua scelta, dopodiché raccomanda il prescelto per la nomina formale da parte della Corona, cfr., *ivi*, p. 304. Si parla di nomina politica anche per i giudici federali degli Stati Uniti d'America dove la nomina avviene da parte del Presidente degli Stati Uniti, per i giudici della Corte suprema, potere delegato al Ministro della giustizia per i giudici federali delle corti inferiori, tale nomina deve però essere accompagnata dal parere favorevole del Senato (Articolo II sez. 2 Costituzione Federale degli Stati Uniti del 17 settembre 1787).

requirements are present, the fact that different techniques govern selection in those lands is hardly of great significance⁵².

L'influenza 'politica' nella selezione dei giudici di *common law* si concentra di regola nella fase iniziale, in tali contesti la magistratura gode di forti garanzie di indipendenza, quali una carica tendenzialmente a vita (le procedure di rimozione sono complesse e raramente utilizzate) e la garanzia di uno stipendio alto e non modificabile in corso di mandato⁵³.

Si potrebbe anche pensare che i giudici di *common law* possano godere di una indipendenza più forte: la giurisprudenza come fonte del diritto può infatti essere sintomo di una maggiore indipendenza, ciononostante anche in molti paesi di *civil law* si può oramai affermare che i precedenti giudiziari non siano fonti del diritto *de jure*, ma lo siano *de facto*. Infatti, il controllo del rispetto dei principi contenuti nelle Costituzioni approvate nell'Europa continentale nel secondo dopoguerra, così detto controllo di costituzionalità delle leggi, ha favorito un incremento del ruolo, anche politico, della magistratura nei paesi di *civil law*; uguale funzione hanno i Consigli giudiziari, in grado di raggiungere ancor meglio il loro fine se composti in misura apprezzabile da membri della magistratura stessa, ai Consigli medesimi vengono demandati i poteri di valutazione e gestione dei giudici. Degna di nota è, ad esempio, la circostanza che vede nominare i membri laici dei Consigli da parte degli organi legislativi consentendo ai partiti politici di influenzare direttamente la magistratura senza passare per il tramite del ministro della giustizia e quindi dell'esecutivo⁵⁴.

⁵² H.J. Abraham, *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, (pp. 20-45) in O.G. Chase, H. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson/West, St. Paul 2007, pp. 97-101.

⁵³ Per quanto la nomina possa essere politica le garanzie di indipendenza, sia nel caso inglese che nel caso statunitense, sono talmente forti da non poter incidere sull'autonomia decisionale del giudice, i procedimenti di rimozione (*impeachment*) sono complessi e quasi mai utilizzati, la carica è spesso vitalizia e gli stipendi prestabiliti e certi. L'*Act of Settlement 1701* stabilisce «Che i giudici conserveranno il loro ufficio finché terranno una condotta degna (*quamdiu se bene gesserint - during good behaviour* - e riceveranno uno stipendio prestabilito e certo, ma su concorde indirizzo di entrambe le Camere del Parlamento sarà legittimo rimuoverli dalla carica)» e l'art. III Cost. USA così recita: «...I giudici della Corte suprema e quelli delle Corti di grado inferiore conserveranno il loro ufficio finché non se ne renderanno indegni con la loro condotta - *during good behavior* -, e ad epoche fisse riceveranno per i loro servizi un'indennità che non potrà essere diminuita finché essi rimarranno in carica» la traduzione italiana si trova citata in V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 397, si veda anche l'articolo III della Costituzione Federale degli Stati Uniti (17 settembre 1787), cfr., *ivi*, p. 429.

⁵⁴ IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, cit., p. 15, si veda anche C. Guarnieri, *Judicial Independence in Authoritarian Regimes: Lessons from Continental Europe*, in

I membri dei Consigli superiori della magistratura nei vari ordinamenti, dovrebbero essere rappresentanti scelti fra tutti i gradi della medesima, caratteristica che va ad indebolire fortemente la storica valutazione effettuata in base alla piramide gerarchica; in conseguenza di ciò, più che sul merito, i meccanismi di avanzamento hanno cominciato a basarsi sull'anzianità di servizio. Vi sono altri attori in grado di garantire una maggiore indipendenza, quali i già citati partiti politici - attraverso la scelta dei membri laici dei CSM -, i media -in grado di rendere note eventuali interferenze illegittime - e le associazioni dei magistrati che organizzano la partecipazione elettorale dei giudici stessi.

Il fatto che si sia cominciato a parlare anche nei sistemi di *civil law* di un ruolo politico della magistratura rende necessario conciliare la loro indipendenza con il principio democratico. Se, infatti, chi esercita una funzione politica deve risponderne, direttamente o indirettamente, davanti alla comunità, anche la magistratura dovrebbe farlo; problemi non sorgono laddove si consideri il giudice un esecutore passivo e fedele della volontà del legislatore, ma è oramai acclarato che qualsiasi applicazione della legge contiene un grado, maggiore o minore, di interpretazione e dunque di 'creazione' da parte dello stesso giudice.

Il problema si è posto non solo negli ordinamenti di *civil law*, ma anche in quelli di *common law*, l'attività creativa dei giudici e le loro garanzie si conciliano con la democrazia laddove rispettino ed interpretino i fondamentali principi propri del diritto costituzionale di ogni paese democratico. Si tratta in sostanza di principi che hanno conosciuto una più precisa qualificazione nel diritto costituzionale evolutosi nel secondo dopoguerra nella maggior parte dei paesi europei, principi che ancora oggi rappresentano la base per il continuo bilanciamento tra l'autorità funzionale all'organizzazione dello Stato e la regolamentazione dei rapporti tra cittadini⁵⁵.

[...] independence of judges from the state can be built into any legal system. The main constraint is not the nature of the legal system, but rather political factors, which determine the degree of independence of the judicial system⁵⁶.

Quindi anche la magistratura più indipendente sulla carta può non esserlo *de facto*; il principio è relativo ed una magistratura indipendente può ostacolare sia un governo effettivamente democratico sia un governo effettivamente totalitario, a meno

Peerenboom R. (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 234-246, p. 237.

⁵⁵ Per approfondimenti si veda M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 40 ss.

⁵⁶ *The World Development Report 2002, Charter 6. The Judicial System*, cit., p. 15.

che i giudici non siano particolarmente attenti ad esercitare responsabilmente le loro funzioni con il dovuto riguardo per gli altri poteri dello stato⁵⁷.

1.4. Indipendenza ed imparzialità della magistratura nella storia del diritto cinese

Con riguardo alla Cina, nel primo capitolo si è fatto riferimento alla figura del magistrato imperiale che, tra le varie funzioni, esercitava anche quella giudiziaria sul territorio da lui controllato.

Parlare di indipendenza del funzionario imperiale non pare però appropriato, in quanto ufficiale di un sistema fortemente centralizzato, altro non era se non la *longa manus* imperiale per l'amministrazione del territorio⁵⁸. La mancanza di indipendenza non significava però sempre assenza di decisioni imparziali capaci di ristabilire la violata armonia tra consociati; lo studio, la preparazione ed il superamento di durissimi esami erano condizioni preliminari per amministrare porzioni, anche molto ampie, di territorio, ma rappresentavano il presupposto per la fiducia ed il rispetto che i consociati riponevano negli stessi tanto da affidare ai soggetti più preparati la riscossione delle tasse oltre che la stessa amministrazione della giustizia.

Anche altri fattori venivano considerati importanti, dal momento che la giustizia doveva tutelare la collettività venivano applicati dei meccanismi volti a garantire la credibilità e l'imparzialità del funzionario; si preferiva ad esempio allontanare il funzionario imperiale dalle zone nelle quali era cresciuto e nelle quali la sua imparzialità poteva maggiormente essere compromessa⁵⁹. Si invitava, inoltre, il giudice ad astenersi laddove, nella risoluzione di una controversia, avesse riconosciuto in una delle parti, o nell'imputato, un suo vecchio insegnante, o un suo superiore rimettendo dunque la decisione ad una corte di un'altra città o comunque ad altra corte di pari livello⁶⁰.

Nonostante l'etica confuciana e tutte le precauzioni descritte non mancavano comunque episodi disdicevoli, quali la corruzione ed il nonnismo, ma ciononostante il sistema sembrava funzionare⁶¹. Negli ultimi anni di regno della dinastia Qing le

⁵⁷ J.A. Cohen, *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, «Harvard Law Review», 82, 1968-1969, pp. 967-1006, p. 973.

⁵⁸ D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1967, p. 113.

⁵⁹ C. Hawes, *Improving the Quality of the Judiciary in China: Recent Reforms to the Procedures for Appointing, Promoting, and Discharging Judges*, in K. Malleon, P.H. Russell (a cura di), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006, pp. 395-419, p. 414, si veda anche G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, Milano 2007, p. 189.

⁶⁰ D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, cit., p. 113.

⁶¹ T'ung-tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, Mouton, Paris 1961, p. 88.

pressioni provenienti dalle potenze occidentali, già vincitrici delle guerre dell'oppio e la compresa necessità di modernizzazione, imposero di regolare il sistema delle corti che si stava delineando con l'adozione della *Law for Courts Establishment*, attraverso la quale si stabiliva per la prima volta su territorio cinese che «all courts are given independent power to administer law, and to interference by administrative organs and officials should be allowed⁶²».

Tali sforzi non furono sufficienti alla sopravvivenza dell'Impero e così nel 1912 sotto la leadership di Sun Yat-Sen fu ufficialmente proclamato il Governo provvisorio di Nanchino ed il sistema imperiale lasciò spazio alla Repubblica di Cina.

La volontà modernizzatrice ispirata ai modelli occidentali già marcata nel tardo Impero si presentò in questi anni in maniera ancora più forte.

Nel marzo del 1912 nella Costituzione temporanea venne sancito il principio della separazione dei poteri fino ad allora rigettato e la magistratura venne riconosciuta come indipendente dagli altri organi statali, ciononostante la frammentata situazione politica e geografica del paese non permise la reale attuazione del principio e stessa situazione accadde con i codici degli anni Trenta, le così dette Sei leggi, la cui operatività era minacciata dalla crescente forza del PCC, che rigettava fortemente le idee nazionaliste considerate borghesi ed aspirava ad una società comunista priva di diritto. Per questo motivo nel 1949 venne immediatamente fatta tabula rasa dei Sei codici nazionalisti; la costruzione del comunismo necessitava di passaggi obbligati nei quali il diritto avrebbe comunque dovuto giocare un ruolo strumentale agli scopi politici. Il sistema delle corti fu considerato subito come importante e con il Programma Comune del 1949 si decretò ufficialmente la necessità di costituire un efficace sistema giudiziario volto ad implementare le politiche della nuova leadership in carica.

L'ascendente delle corti nell'implementare le politiche del Partito comunista cinese appariva così determinante che rafforzare il sistema giudiziario sia come struttura che come organico, sembrava davvero una priorità. Le corti avevano il compito di «engaging criminal trial, punish crimes that violate social order and the interest of state, collective, and the legitimate interest of individuals; engaging civil trial, solve disputes among State organs, enterprises, social groups and individuals; promoting public legal education through trial»⁶³.

Per quanto lineari apparissero gli obiettivi non potevano definirsi attuabili in molte zone del paese, soprattutto nelle grandi città, dove forte era stata la presenza nazionalista e dove molti funzionari delle corti erano spesso ancora nazionalisti; i ri-

⁶² Testo citato da Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, Law Press China, Pechino 2004, p. 97.

⁶³ *PRC Temporary Organizational Regulation for Courts 1951*, cfr. *ivi*, p. 15.

voluzionari non sapendo come gestire il nuovo sistema li considerarono come semplici tecnici esperti ritenendo di sfruttare la loro esperienza e le loro conoscenze, senza pensare che esse stesse derivavano dalle passate leggi che tanto prontamente i comunisti avevano provveduto ad abrogare.

Con la prima vera Costituzione della RPC del 1954 il sistema delle corti fu oggetto di importanti modifiche, in maniera sorprendente si sanciva il principio di uguaglianza nonché, ex art. 78 si dichiarava che «[i]n administering justice the people's courts are independent, subject only to the law»⁶⁴: veniva stabilita a chiare lettere l'indipendenza delle corti.

L'articolo non poteva passare inosservato ed in un clima di cambiamento apparve ancor più un segnale importante, ovvero sembrò essere lo strumento idoneo per contrastare la supremazia del PCC soprattutto su singoli casi giudiziari anche se tutto sommato il principio di legalità nella RPC era ammesso perché garantito dalla proprietà collettiva dei mezzi di produzione, dal ruolo guida del Partito comunista, dalla dittatura del proletariato e dal centralismo democratico⁶⁵.

Quella che era apparsa come un'importante apertura e che aveva portato molti a sperare in un miglioramento anche della professionalità dei giudici venne presto smentita. Il così detto *Rightist movement* cominciò a lamentarsi delle ingerenze del Partito sulle decisioni, circostanza che portò la leadership a ribadire che quei principi scaturivano dal PCC, che lo stesso PCC era la legge e, dunque, la soggezione delle corti alla legge altro non era se non la loro sottomissione alle volontà del Partito⁶⁶.

L'entusiasmo politico si faceva dunque vivo nuovamente, il principio di indipendenza, per quanto in apparenza chiaro, rimase lettera morta prima e durante la Rivoluzione culturale (1966-1976) e un più chiaro ruolo politico delle corti venne relegato nel solo articolo che la seconda Costituzione della RPC nel 1975 dedicava all'ordinamento giudiziario:

The Supreme People's Court, local people's courts at various levels and special people's courts exercise judicial authority. The people's courts are responsible and accountable to the people's congresses and their permanent organs at the corresponding levels. The presidents of the people's courts are appointed and

⁶⁴ Il testo inglese della Costituzione del 1954 è disponibile su <<http://e-chaupak.net/database/-chicon/1954/1954ae.pdf>> (03/13).

⁶⁵ R. Cavalieri, *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica*, I.S.E.S.A.O., Milano 1996, p. 4.

⁶⁶ H. Koguchi, *Some Observations About "Judicial Independence" in Post-Mao China*, «Boston College Third World Law Journal», 7, 1987, pp. 195-213, p. 208-213.

subject to removal by the permanent organs of the people's congresses at the corresponding levels.

The functions and powers of procuratorial organs are exercised by the organs of public security at various levels.

The mass line must be applied in procuratorial work and in trying cases. In major counter-revolutionary criminal cases the masses should be mobilized for discussion and criticism⁶⁷.

La scrittura in una Costituzione di quelli che ancora nel 1975 venivano considerati i successi della Rivoluzione culturale durò ben poco e nel 1978 una nuova Carta costituzionale fu approvata, la terza della RPC che, in parte, riesumava i principi della Costituzione del 1954, sebbene ogni riferimento al principio di indipendenza delle corti fosse oramai venuto meno⁶⁸.

Tra il 1978 ed il 1979 accade però qualcosa di rilevante. Durante la terza sessione plenaria dell'XI Comitato Centrale di Partito, veniva proclamata la necessità di rafforzare la democrazia e la legalità socialista. Furono in molti a ritenere vicina una rottura con il passato; in realtà nessuna menzione fu fatta del rapporto tra magistratura e Partito ribadendo, in un certo senso, il ruolo vitale del PCC nell'amministrazione della giustizia. Dopo tali e palesi dichiarazioni le corti rimanevano in sostanza uno strumento per la dittatura del proletariato e come tali dovevano «positively and voluntarily ask for instruction from the Party committee, or report their works to that committee»⁶⁹. Sorprendentemente, nel settembre dell'anno successivo il Comitato Centrale di Partito predisponne però un documento per la piena attuazione delle leggi di diritto penale sostanziale e processuale⁷⁰ nel quale si precisava chiaramente

⁶⁷ Articolo 25 della seconda Costituzione della RPC (1975) disponibile su <http://www.leggcinesi.it/view_doc.asp?docID=586> (02/13).

⁶⁸ Il testo inglese della Costituzione del 1978 è disponibile su <<http://e-chaupak.net/database/chicon/1978/1978e.pdf>> (03/13). Gli articoli dedicati alla funzione giudiziaria divengono tre, uno è dedicato alle procure gli altri due alle corti del popolo, ma circa il loro operato si stabilisce che: «The Supreme People's Court, local, people's courts at various levels and special people's courts exercise judicial authority. The people's courts are formed as prescribed by law. In accordance with law, the people's courts apply the system whereby representatives of the masses participate as assessors in administering justice. With regard to major counter-revolutionary or criminal cases, the masses should be drawn in for discussion and suggestions. All cases in the people's courts are heard in public except those involving special circumstances as prescribed by law. The accused has the right to defense».

⁶⁹ H. Koguchi, *Some Observations About "Judicial Independence" in Post-Mao China*, cit., p. 197.

⁷⁰ *An Instruction of the Central Committee of the Chinese Communist Party Concerning the Full Implementation of the Criminal Law and the Law of Criminal Procedure*, 9 settembre 1979, come integralmente tradotta da H. Koguchi, *Some Observations About "Judicial Independence" in Post-Mao China*, cit., pp. 208-213.

che la leadership del Partito sulla funzione giudiziaria doveva esplicitarsi suggerendo 'soltanto' l'indirizzo politico⁷¹.

1.5. Il principio di indipendenza nell'attuale contesto cinese

Come spesso accade parlando di diritti presenti sul territorio cinese non è difficile cedere alla tentazione di pensare che si tratti di ossimori o che comunque prevalgano alcuni stereotipi⁷². Se è vero che anche in occidente i concreti significati attribuiti al principio di magistratura indipendente non sono univoci, non è difficile immaginare che anche in Cina non manchino discussioni in materia, soprattutto se si considera che si tratta di uno stato socialista autoritario caratterizzato dalla presenza di un partito unico: il Partito comunista cinese (PCC)⁷³.

Il principio dell'indipendenza delle corti (司法独立 *sifa duli*) riappare in Cina dopo la Rivoluzione culturale, nella Legge Organica delle Corti del Popolo (LOCP) prontamente approvata nel 1979. L'originario articolo 4 prevedeva che le corti dovessero amministrare la giustizia in modo indipendente, soggette soltanto alla legge: «The people's courts shall administer justice independently, subject only to the law»⁷⁴.

Con l'approvazione della quarta ed attuale Costituzione cinese del 1982 l'indipendenza della magistratura veniva ribadita, ma con una formulazione ben diversa che ancora oggi si ritrova nell'articolo 126:

⁷¹ Cfr. *ivi*, p. 211.

⁷² Per approfondimenti si veda J.M. Otto, *Toward an Analytical Framework: Real Legal Certainty and Its Explanatory Factors*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Netherlands 2002, pp. 23-24, L. Moccia, *Il diritto in Cina*, Bollati Boringhieri Torino, 2009, p. 13, più in particolare R. Peerenboom, *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, in Id. (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, p. 69-94.

⁷³ Come ricordato nel Capitolo I la Cina, ai sensi del Preambolo della Costituzione del 1982 è caratterizzata da una pluralità di partiti, ma questi devono accettare e non contrastare lo statuto del PCC.

⁷⁴ La versione del 1979 della Legge organica sulle Corti del popolo è disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=12836&lib=law&SearchKeyword=organic%20law%20people's%20court&SearchCKeyword=>>> (03/13). Per qualche considerazione si veda M.S.H. Kim, *A Distant Premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, «Korean Journal of Comparative Law», 24, 1996, pp. 17-42, p. 26.

The people's courts exercise judicial power independently, in accordance with the provisions of the law, and are not subject to interference by any administrative organ, public organization or individual⁷⁵.

La differenza tra i due articoli non è trascurabile; da un lato le corti vengono dichiarate soggette solo alla legge, dall'altro la loro indipendenza viene limitata al non subire pressioni da parte di organi amministrativi, pubbliche amministrazioni o individui. Quanto disposto in Costituzione è certamente più in linea con la tradizione e la storia cinese perché in mancanza del principio della separazione dei poteri, le corti sono da sempre considerate subordinate al potere legislativo e pertanto devono sottostare a quest'ultimo; esse sono quindi libere di esercitare la loro funzione senza l'interferenza di alcuni poteri, ma non di tutti⁷⁶.

La più ampia e garantista disposizione contenuta nell'articolo 4 delle LOCP venne dunque modificata nel 1983.

Da un'interpretazione letterale dei due articoli oggi in vigore, dal contenuto praticamente identico, si ricava che le corti, organi giudiziari del paese (art. 123 Cost.) – e non il singolo giudice –, esercitano in modo indipendente e nel rispetto della legge il loro potere decisionale, ovvero senza interferenze da parte di alcun organo amministrativo, pubblica amministrazione o individuo.

La Legge sulla magistratura cinese del 1995, emendata nel 2001, all'articolo 8(2), sembrerebbe però stabilire che anche i singoli giudici godano di alcuni diritti, tra i quali proprio quello di non subire interferenze da parte di organi amministrativi, organizzazioni pubbliche o individui⁷⁷.

Quest'ultimo articolo porterebbe a ritenere che a partire dalla metà degli anni Novanta nell'ordinamento cinese si possa parlare di un'autonomia decisionale individuale, la circostanza in realtà pare essere smentita dall'articolo 1⁷⁸ della stessa Legge sulla magistratura che riconduce tra i suoi obiettivi quello di assicurare

⁷⁵ Articolo 126 dell'attuale Costituzione cinese (1982) disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=1&lib=law&SearchKeyword=constitution&SearchCKeyword=>> (03/13).

⁷⁶ Zhiwei Tong, *Developments of Chinese Constitutionalism in the Mid and Short Run*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 149-188, p. 174.

⁷⁷ «Judges shall enjoy the following rights:1) [...]; 2) to brook no interference from administrative organs, public organizations or individuals in trying cases according to law; 3) [...] etc».

⁷⁸ Articolo 1 Legge sulla magistratura cinese (1995): «This law is enacted in accordance with the Constitution to enhance the quality of judges, to strengthen the administration of judges, and to ensure that the People's Courts independently exercise judicial authority according to law, that judges perform their functions and duties according to law and that law is administered impartially».

l'indipendenza delle corti quali istituzioni; non a caso vi è chi ha ipotizzato una mera svista nella stesura del testo dell'articolo 8⁷⁹.

Inoltre, nonostante la formale separazione avvenuta nel 1979 tra Partito e ordinamento giudiziario, gli articoli citati non fanno alcun espresso riferimento ad eventuali influenze politiche sull'attività delle corti, di conseguenza, soltanto un'interpretazione estensiva delle norme a riguardo potrebbe far rientrare tra le influenze improprie (che né le corti - art. 126 Cost. ed art. 4 LOCP - né i giudici - art. 8(2) LM - dovrebbero subire) anche quella del Partito comunista cinese⁸⁰.

Maggiore chiarezza deriva allora dalla lettura del Preambolo alla Costituzione che, continuando a dichiarare un ruolo guida del PCC, rende difficile considerarlo fonte di illegittima ingerenza sull'attività delle corti.

Se gli articoli fino a qui menzionati compongono il panorama tutto interno dell'ordinamento cinese, è ora necessario ricordare che tale paese, in qualità di membro permanente delle NU, dovrebbe considerare anche i principi approvati a livello internazionale, citati in apertura di questo capitolo, quali linee guida della legislazione interna. Più in particolare, nell'agosto del 1995 proprio in considerazione del diverso contesto politico e culturale dell'Asia furono approvati i *Beijing Principles* validi per tutta la regione asiatica (emendati poi a Manila il 28 agosto del 1997) che, per ciò che riguarda la Repubblica popolare cinese, furono firmati dal vice presidente della Corte suprema Mr. Wang Jingrong, rappresentante dell'allora presidente della Corte Ren Jianxin⁸¹.

Per quanto di portata generale, anche i principi di Pechino dispongono che la magistratura rappresenta un'istituzione di altissimo valore in ogni società (art. 1); e d'altra parte la Cina aveva tenuto quanto sopra, almeno formalmente, in considerazione, poiché già dal 1982 dedicava al sistema delle corti la sezione settima della Costituzione (dall'articolo 123 all'articolo 135) ed approvava nel febbraio del 1995, con qualche mese di anticipo rispetto al documento internazionale, una legge apposita volta a migliorare la professionalità e lo status dei giudici cinesi.

Più nel dettaglio nei principi approvati nel 1995 ed emendati nel 1997 si legge che:

Independence of the Judiciary requires that;

- a) The judiciary shall decide matters before it in accordance with its impartial assessment of the facts and its understanding of the law

⁷⁹ Qianfan Zhang, *The Constitution of China. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford-Portland 2012, p. 179-180.

⁸⁰ M.S.H. Kim, *A Distant Premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, cit., p. 27 ss.

⁸¹ I *Beijing Principles* sono disponibili su <<http://lawasia.asn.au/objectlibrary/147?filename=Beijing-%20Statement.pdf>> (03/13).

- without improper influences, direct or indirect, from any source;
and
- b) The judiciary has jurisdiction, directly or by way of review, over all issues of a justiciable nature⁸².

Ai sensi di quanto disposto al punto (a) la magistratura dovrebbe quindi essere libera di decidere al di fuori di ogni impropria interferenza, diretta o indiretta, proveniente da qualsivoglia fonte; sia le norme cinesi che quelle contenute nei *Beijing Principles* necessitano però di non facili operazioni ermeneutiche, infatti, anche stabilire quali interferenze debbano considerarsi proprie e quali improprie, può risultare tutt'altro che semplice.

Ancor più dettagliato ed interessante, nel contesto cinese, è il contenuto dell'articolo 6 in base al quale l'eventuale struttura gerarchica della magistratura, anche interna alla corte, non deve interferire in alcun modo con il dovere del giudice monocratico o collegiale di pronunciare la sua decisione⁸³. Disposizione simile è contenuta anche nel Codice etico della RPC (del 2010, ma già presente nel previgente codice del 2001) emanato dalla Corte suprema del popolo, che ai sensi dell'art. 8 stabilisce che il giudice dovrebbe pensare in modo indipendente e giudicare in modo autonomo, avendo il coraggio di raggiungere la decisione che ritiene più corretta⁸⁴.

Infine, non ci si può qui astenere dal citare nuovamente l'articolo 5 della Costituzione del 1982 come emendato nel 1999. Se la Repubblica popolare di Cina ha realmente introdotto nel suo ordinamento la *rule of law*, le disposizioni sopra citate necessitano di una lettura più approfondita e rivisitata alla luce del nuovo principio introdotto (di origine occidentale ma con 'caratteristiche cinesi').

A tal fine è necessario chiedersi quale significato concreto attribuiscano in Cina al principio di indipendenza della magistratura e quali meccanismi siano stati posti in essere al fine di garantirla.

Come è facile notare il concetto di indipendenza è legato non tanto allo status del giudice o delle corti, quanto al potere decisionale, infatti studi importanti sulla magi-

⁸² Articolo 3 dei *Beijing Principles*.

⁸³ Articolo 6 *Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region (1995)*: «In the decision-making process, any hierarchical organisation of the judiciary and any difference in grade or rank shall in no way interfere with the duty of the judge exercising jurisdiction individually or judges acting collectively to pronounce judgement in accordance with Article 3».

⁸⁴ *Notice of the Supreme People's Court on Issuing Basic Rules on Professional Ethics of Judges of the People's Republic of China*, zuigao renmin fayuanguan yuchong xinyinfa «zhonghua renmin gong he guo faguanzhiyedaog de jiben zhun ze»] del 6 Dicembre 2010, disponibile su <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=8567&dlib=law&SearchKeyword=professional%20ethics%20of%20judges&SearchC-Keyword=>> (03/13), articolo 8.

struttura cinese parlano di un *independent trial* e non di *judicial independence*⁸⁵, concetto forse più vicino all'idea di imparzialità (司法公正 *sifa gongzheng*) che a quello di indipendenza.

1.6. L'accezione cinese

L'accezione cinese circa l'indipendenza della magistratura è argomento che da sempre desta interesse nella dottrina⁸⁶; se fino a qualche anno fa l'approccio nei confronti del tema appariva pressoché omogeneo, dopo le grandi riforme che hanno coinvolto il paese, sono emersi diversi studi volti ad analizzare aspetti diversi della materia.

Nella prima raccolta di contributi sul concetto di indipendenza della magistratura in Cina⁸⁷ vengono descritti vari approcci che possono essere suddivisi in tre gruppi.

Il primo evidenzia un principio di *judicial independence in fieri*, ovvero, la Repubblica popolare cinese sarebbe in procinto di seguire la 'via americana' per raggiungere un grado di indipendenza della magistratura tale da soddisfare le condizioni richieste da uno stato retto dalla *rule of law* ed in questo senso i principi della *global best practice* starebbero tracciando il cammino verso tale approdo⁸⁸; la Cina, però, al fine di attuare questi principi non potrebbe evitare di rimuovere dall'ordinamento delle forti incongruenze, prima fra tutte l'unitarietà dei poteri statali⁸⁹.

Un secondo gruppo è individuabile in un approccio 'strumentale', volto ad introdurre e promuovere nell'ordinamento giuridico cinese una magistratura indipendente, ma al solo fine di aumentare la ricchezza del paese ed attrarre ancora capitale

⁸⁵ Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 119.

⁸⁶ Il già citato articolo di J.A. Cohen, *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., rappresenta un punto di partenza importante. La questione ha assunto grandissima importanza soprattutto negli ultimi anni tanto che nel 2009 è uscito il primo libro interamente dedicato al tema, come affermato dal curatore (nonché autore di alcuni contributi) R. Peerenboom, (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, cit.

⁸⁷ R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

⁸⁸ Keyuen Zou, *Judicial Reform in China: Recent Developments and Future Prospects*, «The International Lawyer», 36, 2002, pp. 1039-1062, p. 1046, si veda anche K.E. Henderson, *Halfway Home and a Long Way to Go*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 23-36.

⁸⁹ Daohui Guo, Linxin Fan come citati da Yuwen Li, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospect*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 55-81, p. 77 ss., si veda anche la posizione di K. Henderson, *Halfway Home and a Long Way to Go*, cit., p. 25 che analiticamente riporta la situazione cinese alla *global best practice*.

(estero); in questo senso lo scopo della riforma giudiziaria, l'applicazione dei principi di indipendenza, di imparzialità ed integrità del giudice, nonché la certezza del diritto sarebbero limitate al settore economico⁹⁰.

Un terzo approccio che può essere definito *results oriented approach*, da un lato tiene conto dell'utilità dei principi sanciti a livello internazionale, dall'altro li rapporta alla realtà cinese⁹¹. Quest'ultimo orientamento anziché cristallizzarsi sulla costruzione formale di un sistema di stampo occidentale mira, partendo dai problemi reali, a focalizzarsi su risultati concreti, sforzandosi di capire che in culture diverse anche il concetto di indipendenza può presentarsi secondo dinamiche non consuete per l'occidente. In altri termini, viene meno la presunta superiorità delle teorie occidentali ed analizzando le differenze tra ordinamenti, si cerca di raggiungere una reciproca comprensione, per stimolare un dialogo al fine di costruire un 'ponte'⁹² necessario affinché i rapporti oriente-occidente possano continuare a crescere e svilupparsi in base a principi condivisi e compresi⁹³.

La complessità nel tracciare una griglia di riferimento sul tema dell'indipendenza della magistratura, volta a ricomprendere tutte le dinamiche delle realtà occidentali, si riscontra ancor più marcatamente nel contesto cinese, nel quale appare decisamente arduo far rientrare forzatamente le dinamiche del paese per di più in uno schema elaborato secondo categorie occidentali, percepite, tra l'altro, come superiori. In proposito anche l'ultimo programma di riforma quinquennale (2009-2013), elaborato proprio dalla Corte suprema del popolo ricorda alla magistratura cinese e al sistema

⁹⁰ In un certo senso sarebbero gli effetti del così detto 'paradosso cinese', di una crescita economica avvenuta in assenza di quelli che vengono considerati elementi essenziali per la stessa. Alcune statistiche non sembrano smentire questo risultato anche se non è semplice capire quanto sia voluto o piuttosto la diretta conseguenza di un cammino intrapreso. Per alcune statistiche si veda Yulin Fu, R. Peerenboom, *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence; Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 95-133, per alcune riflessioni si veda R. Peerenboom, *Is China Trapped in Transition?*, disponibile su <http://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Peerenboom_intro-%25232%2523.pdf> (03/13) e più in generale R. Peerenboom, *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?*, Oxford university press, Oxford 2007. In realtà l'ipotesi sembrerebbe, almeno a livello centrale, smentita dal terzo piano di riforma quinquennale (2009-2013) che sub par. I.3, n. 5 dichiara che il miglioramento del sistema giustizia non deve riguardare solo la riforma economica, mentre il resoconto annuale della Corte suprema all'Assemblea nazionale del popolo, reso noto l'11 marzo del 2009, inserisce proprio al primo punto la circostanza di aver perseverato in uno sviluppo economico e sociale rapido, si veda *The Supreme People's Court Work Report*, del 17 marzo 2009 reso noto durante l'XI congresso dell'Assemblea nazionale del popolo, il primo sotto la presidenza di Wang Shengjun.

⁹¹ A. Garapon, *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., pp. 37-51.

⁹² L'espressione utilizzata per il contesto cinese si ritrova in L. Moccia, *Il diritto in Cina*, cit., p. 38 ss.

⁹³ A. Garapon, *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., p. 39 ss.

delle corti in senso lato che la Cina non deve copiare modelli di ordinamenti giuridici stranieri, ma assorbire le loro conquiste derivanti dalla *rule of law* rapportandole però alla situazione cinese⁹⁴.

La circostanza conduce dunque a ritenere che poco costruttiva sia la proposizione/imposizione di modelli occidentali su territorio cinese.

Il fatto che i due articoli centrali dell'ordinamento in analisi circa l'indipendenza della magistratura (art. 126 Cost., art. 4 LOCP) parlino di un'indipendenza delle corti e non del singolo giudice non è a questo punto casuale poiché, diversamente da quanto si afferma in occidente, in Cina, è il sistema delle corti che deve essere in grado di prendere decisioni indipendenti (o meglio imparziali) e non solo (o meglio non tanto) il singolo giudice quale individuo⁹⁵.

Il punto di partenza per comprendere il contenuto del principio di indipendenza della magistratura in Cina è racchiuso in uno dei principi base del suo ordinamento: il principio del centralismo democratico.

Difficile risulta conciliare il concetto di indipendenza del singolo con l'idea del suddetto principio, per questo motivo si limitano i casi in cui è compito del giudice monocratico decidere la causa e si privilegia, anche nelle corti di base, la decisione collegiale, in teoria più rispettosa dell'idea della maggioranza.

Procedendo in maniera scalare e tentando di dare ordine a quanto disposto sia *ex lege* che per prassi, laddove la questione sia di difficile soluzione il caso deve essere determinato dal Consiglio giudiziario, anch'esso organo collegiale, il più importante presente all'interno di ciascuna corte, guidato dal presidente, in teoria, più capace di interpretare l'opinione della maggioranza. Tendenze maggioritarie potranno poi ritrovarsi ancor più, ed ancor meglio, negli organi giudiziari sovra posizionati nonché negli organi legislativi locali predisposti alla supervisione, progredendo fino all'organo supremo per eccellenza, ovvero l'ANP, approdando infine al motore che recepisce la volontà popolare: il PCC.

Il giudice dovrebbe quindi essere libero ed indipendente nell'applicare la legge, così come voluta dalla maggioranza, senza subire pressioni di alcun tipo; ma se organi sovraordinati o comunque addetti alla supervisione e più rappresentativi della maggioranza 'suggeriscono' indicazioni per la risoluzione di un caso non si potrà parlare di ingerenza illegittima.

⁹⁴ *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts* (2009-2013), del 17 marzo 2009, Parafraso I (3 n. 3).

⁹⁵ Nell'interesse che inevitabilmente il principio ha iniziato ad esercitare, soprattutto a seguito dell'introduzione della *rule of law* in Costituzione, vi è chi ha ipotizzato di modificare così l'articolo 126 della Costituzione: «Judges shall exercise adjudication powers independently and are subject solely to law», Zhiwei Tong, *Development of Chinese Constitutionalism in the Mid and Short Run*, cit., p. 182.

In altri termini, le corti cinesi possono essere definite indipendenti *a contrario*: sono indipendenti da pressioni esterne che non siano in alcun modo portatrici della volontà della maggioranza popolare.

È necessario ribadire che quanto sopra può avere una sua teorica logicità nel sistema in esame e bene si può comprendere come, laddove le volontà della maggioranza non si ritrovino nei testi di legge, distinguere tra liceità ed illiceità di comportamenti e decisioni sia tutt'altro che semplice.

Il passaggio quindi da un principio di indipendenza elaborato nei termini della sola soggezione del giudice alla legge, quale voce del Partito e dunque della maggioranza, come elaborato nella Costituzione del 1954 e nell'originaria versione della LOCP del 1979, era in un certo senso più semplice non solo da descrivere, ma anche da mettere in atto, mentre la nuova formulazione, adottata nell'attuale Costituzione (art. 126) è decisamente più ambigua e problematica. Meglio si intuisce in questo contesto come il giudice cinese sia ancora pensato come esecutore della decisione (*shenpan yuan*⁹⁶), piccolo componente dell'organizzazione delle corti.

Le pressioni occidentali e la volontà modernizzatrice della Cina hanno contribuito a far emergere le grandi incongruenze del sistema, a contrapporre la certezza del diritto ad una volubile e flessibile situazione, frutto delle mutevoli volontà della maggioranza che è tutt'altro che facilmente controllabile e che per questo lascia ampi margini di manovra per giochi politici e di potere.

Si deve anche aggiungere una non trascurabile e perdurante diffidenza nei confronti dell'operato dei giudici che ha ancor più agevolato lo sviluppo di meccanismi volti non solo a 'suggerire' le decisioni, ma a correggere errori giudiziari al fine di assicurare un sistema di giustizia sempre pronto a riallinearsi con le politiche nazionali.

Il sistema possiede certamente una sua coerenza, ma manca di certezze, gli errori giudiziari non vengono definiti in base a criteri prestabiliti, ma desunti da mutevoli politiche del PCC, di conseguenza un principio di indipendenza della magistratura così costruito, da un lato, è conseguenza del centralismo democratico, dall'altro, permette che le decisioni delle corti vengano rese (o corrette) in conformità con le volubili politiche centrali.

Pare appropriato affermare che l'indipendenza della magistratura in Cina è quel principio in base al quale le corti possono decidere servendosi di funzionari che possono agire singolarmente - giudici monocratici - o, cosa che più spesso accade, in

⁹⁶ In realtà nel 2006 si è presentata l'occasione per coordinare quantomeno a livello legislativo la terminologia, ma ancora oggi nella Legge organica sulle corti del popolo della RPC il giudice è chiamato *shenpanyuan* ovvero 'funzionario della decisione' e non 'ufficiale della legge'.

gruppo - giudici collegiali - nel rispetto della volontà della maggioranza che dovrebbe sempre riflettersi nelle politiche del Partito che delineano la guida del paese.

Al fine di tutelare la volontà della maggioranza esistono dei meccanismi per controllare, e, se del caso, ribaltare le decisioni dei giudici, meccanismi strumentali ad eliminare dall'ordinamento eventuali errori giudiziari, anche al di là di un interesse delle parti direttamente toccate dalla decisione.

Infatti, se lo scopo della Costituzione è quello di promuovere il benessere collettivo, un principio fondamentale costituzionalmente riconosciuto è valido solo se contribuisce al bene della nazione, di conseguenza, se i meccanismi correttivi delle decisioni delle corti agiscono per il compimento della volontà popolare non possono essere visti come ostacoli al buon funzionamento della magistratura ed alla sua indipendenza.

2. Le 'garanzie' cinesi

2.1. Premessa

Considerata l'accezione cinese del principio di indipendenza della magistratura è inevitabile che anche le 'garanzie' a tutela dello stesso debbano essere bilanciate con i medesimi principi fondamentali del paese quali il centralismo democratico, la dittatura del popolo ed il ruolo guida del Partito. Inoltre, se di comparazione si deve trattare non si può non partire da quelle che sono le categorie occidentali di garanzia svolgendo l'indagine con strumenti, metodi e concetti di diritto comparato a matrice occidentale.

Si tratterà quindi di confrontare i nostri corollari con quelli cinesi, e, nello specifico, come si articola il reclutamento dei giudici in Cina, dal momento che i criteri di scelta e selezione sono sempre stati assai dissimili rispetto a quelli che vengono adottati in occidente, la durata della loro carica, il loro stipendio, la loro destituzione.

L'incentivo a procedere analizzando quelle che possono essere considerate categorie occidentali è dato anche dai già citati *Beijing Principles* i quali, con appositi articoli disciplinano proprio il reclutamento, la destituzione, la durata della carica, la mobilità ed il finanziamento⁹⁷.

⁹⁷ Ci si riferisce qui agli artt. 13-32 disponibili su <<http://www.asianlii.org/asia/other/CCJAPRes/1995/1.html>> (03/13).

2.2. Reclutamento, destituzione e durata della carica

Si è notato in precedenza come la tradizione giuridica occidentale consideri il reclutamento la base del sistema giustizia pur nella diversità di modalità di selezione.

In Cina, la Legge sulla magistratura (LM) stabilisce che la nomina e la rimozione delle cariche di giudice deve avvenire nel rispetto dei limiti dell'autorità e delle procedure previste dalla Costituzione.

Considerata la centralità dell'ANP e delle assemblee legislative decentrate non sorprende che, ex art. 62 Cost., l'Assemblea nazionale del popolo, organo legislativo supremo, abbia la competenza di eleggere o designare le più alte cariche dello stato, in particolare al punto (7)⁹⁸ la disposizione afferma che è suo compito eleggere il presidente della Corte suprema⁹⁹ e, a completamento, ex art. 63 (4) Cost. lo stesso Parlamento nazionale in composizione plenaria ha facoltà di rimuoverlo dalla carica¹⁰⁰.

I vice-presidenti ed i giudici della Corte suprema sono invece nominati e revocati dal Comitato permanente dell'ANP su indicazione del presidente della Corte suprema popolare (art. 67 (11) Cost.¹⁰¹). Il procedimento è analogo nelle corti di livello sottostante, ove la nomina viene effettuata, per quanto riguarda il presidente della corte, dall'Assemblea locale popolare di pari livello; il presidente una volta eletto proporrà il suo vice e tutti gli altri membri della corte stessa, i presidenti delle varie sezioni, i rispettivi vice ed i giudici ordinari; la nomina vera e propria avverrà poi da parte del Comitato permanente dell'ALP del corrispondente livello.

È il caso di precisare che gli elenchi predisposti dal presidente vengono per lo più forniti dallo stesso Partito comunista¹⁰² che quindi, anche in questo caso, potrebbe limitare il potere propositivo del presidente della corte, anch'egli peraltro membro del Partito. La dottrina cinese sembra unanime nell'affermare che i presidenti di tutte le corti siano sempre iscritti al PCC, mentre i giudici ordinari, così come il resto

⁹⁸ Articolo 62 (7) Cost.: «The National People's Congress exercises the following functions and powers: [...] (7) to elect the President of the Supreme People's Court».

⁹⁹ Merita qui ricordare che ex art. 62 (8) Cost. è compito dell'ANP anche quello di «elect the Procurator-General of the Supreme People's Procuratorate», ma non vi saranno approfondimenti sulla Procura in questa sede.

¹⁰⁰ Articolo 63 Cost.: «The National People's Congress has the power to remove from office the following persons: [...] (4) the President of the Supreme People's Court». Specularmente ex art. 63 (5) sempre l'ANP ha il potere di rimuovere anche il Presidente della Procura suprema.

¹⁰¹ Article 67 Cost.: «The Standing Committee of the National People's Congress exercises the following functions and powers: (11) to appoint or remove, at the recommendation of the President of the Supreme People's Court, the Vice-Presidents and Judges of the Supreme People's Court [...]».

¹⁰² B. Van Rooij, *Appendix II China's System of Public Administration*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 323-342, p. 331.

dell'organico potrebbero anche essere semplici simpatizzanti o persone nelle quali il Partito ripone comunque la propria fiducia¹⁰³. Un minimo di discrezionalità è comunque assegnata ai presidenti nella nomina, ed eventuale rimozione, dei propri collaboratori anch'essi ufficialmente appartenenti alla magistratura¹⁰⁴.

La recente riforma giuridica ha portato ad una puntualizzazione della Legge sulla magistratura (LM), se infatti a partire dal 1995 era necessario per un giudice possedere solo un minimo di istruzione giuridica, l'emendamento legislativo della medesima (2001), ha stabilito l'obbligatorietà di sostenere un esame nazionale al fine di poter accedere alla carriera giudiziaria¹⁰⁵. È pertanto presumibile, sebbene manchino riscontri oggettivi, che oramai nelle liste del Partito siano inseriti solo i nominativi di coloro che hanno superato l'esame.

Parimenti è stato recentemente proposto di disciplinare con apposita legge i criteri di selezione dei magistrati da parte delle Assemblee parlamentari di tutti i livelli così da aumentare la trasparenza nella composizione delle liste e accrescere la fiducia dei cittadini nella magistratura¹⁰⁶.

Infatti, ai sensi dell'articolo 11 c. 7 LM spetterebbe al Comitato permanente dell'ANP stabilire separatamente le modalità di nomina e rimozione, circostanza che rende i processi di reclutamento, destituzione, promozione e sanzione né pubblici né facilmente accessibili; in sostanza i criteri di selezione e gestione del personale delle corti non sono né trasparenti né monitorati¹⁰⁷.

In base al sistema che può essere definito nomenclatura, il PCC crea due liste, in una si leggono le posizioni per le quali il Partito controlla la nomina, in un'altra la lista dei candidati per quelle posizioni. Quanto sopra non avviene solo per la magistratura, ma anche per il Partito stesso, il governo, le università, l'impiego pubblico¹⁰⁸, le

¹⁰³ Suli Zhu, *Political Parties in China's Judiciary*, «Duke Journal of Comparative & International Law», 17, 2007, pp. 533-560, p. 539, il quale aggiunge che dal 1949 tutti i presidenti della Corte suprema sono stati membri del Partito, ad eccezione del primo, Shen Junrun.

¹⁰⁴ Articolo 11 c. 6 Legge sulla magistratura cinese del 1995 come emendata nel 2001.

¹⁰⁵ Si veda l'articolo 12 introdotto con gli emendamenti alla LM nel 2001 e per i risvolti positivi di tale riforma si veda anche C. Hawes, *Improving the Quality of the Judiciary in China: Recent Reforms to the Procedures for Appointing, Promoting, and Discharging Judges*, cit., pp. 402-403.

¹⁰⁶ Shigui Tan 世贵 译, *中国法官制度研究 [Zhongguo faguan zhidu yanjiu]*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), Beijing, Law Press, 2009, p. 59 ss.

¹⁰⁷ R. Peerenboom, *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, cit., p. 77.

¹⁰⁸ Ad oggi quella dell'impiegato statale è una delle posizioni più ambite, ogni anno si presentano all'esame sempre più giovani anche laureati, la prospettiva di uno stipendio certo è divenuta allettante, inoltre vi partecipano sempre più giovani laureati circostanza che rende le amministrazioni statali sempre più professionalizzate, Jianhua Feng, *Popular Job: In a Tight Job Market, More and More Young Chinese Are Opting for the Civil Service*, «Beijing Review», 2, 49, 2006, pp. 26-27.

imprese ed è un sistema che si ripete ad ogni livello di decentramento. Se la nomenclatura garantisce il controllo del Partito sulle posizioni più rilevanti, la fedeltà politica rimane un requisito basilare¹⁰⁹.

Gli organi legislativi sono quelli competenti per la rimozione che avviene come indicato dall'appena citato art. 11 c. 7 LM, in base a quanto deciso dal Comitato permanente dell'ANP. Più in particolare può essere fatta la richiesta di destituzione di un giudice ex art. 13 LM per la perdita di alcuni dei requisiti richiesti per la nomina come ad esempio la perdita della cittadinanza (n. 1); per esigenze organizzative della corte, per esigenze di trasferimento in altra corte (n. 2); per la non necessità di mantenere la posizione in conseguenza di un mutamento di posizione stessa; la destituzione può avvenire in caso di negativa valutazione annuale (n. 4); per pensionamento (n. 6); per rinuncia o dimissioni da parte dell'interessato (n. 7); per violazione di norme disciplinari o di legge o per aver commesso un crimine (n. 8).

Menzione a parte merita quanto stabilito al n. 5, ovvero la possibilità di inviare la richiesta di rimozione della posizione occupata nel caso in cui il giudice non abbia potuto svolgere adeguatamente i suoi compiti per un lungo periodo di tempo a causa di motivi di salute.

Questa condizione permette di ribadire come il sistema cinese ponga l'accento sui doveri più che sui diritti anche nel caso in cui l'apporto al sistema non sia soddisfacente per motivi di salute.

Oltre alle cause che legittimano la richiesta di rimozione l'art. 40 LM¹¹⁰ elenca in modo puntuale i casi di licenziamento vero e proprio che può avvenire per una valutazione negativa delle competenze per due anni consecutivi (n. 1), nel caso in cui non sia stato accettato un demansionamento da un incarico per il quale non si era qualificati (n. 2), nel caso in cui sia stato rifiutato un trasferimento dovuto a ristrutturazione o riduzione di organico (n. 3), in caso di assenze ingiustificate per più di quindici

¹⁰⁹ B. Van Rooij, *Appendix II China's System of Public Administration*, cit., p. 331. Si veda anche R. Peerenboom, *Human Rights in China*, in R. Peerenboom, C.J. Petersen, A.H.Y. Chen (a cura di), *Human Rights in Asia. A Comparative Legal Study of Twelve Asian Jurisdictions, France and USA*, Routledge, London-New York, pp. 413-451, p. 442.

¹¹⁰ Articolo 40 Legge sulla magistratura cinese (1995 emendata nel 2001): «A judge shall be dismissed if he or she is found to be in any of the following circumstances:

- (1) to be confirmed by annual appraisal as being incompetent for two successive years;
- (2) to be unqualified for the present post and decline to accept other assignments;
- (3) to refuse to accept reasonable transfer, which is necessitated by restructuring of the judicial organ or reduction of the size of the staff;
- (4) to have stayed away from work without leave or to have overstayed his or her leave without good reason for fifteen days or more in succession, or for thirty days or more in a year aggregated; or
- (5) to fail to perform a judge's duty, and make no rectification after criticism».

giorni consecutivi o per trenta giorni nell'arco dell'anno (n. 4) ed infine per non aver corretto i propri comportamenti connessi ai doveri professionali anche dopo un richiamo (n. 5).

Per quanto si possano notare progressi rispetto al primo periodo della RPC nel quale erano i governi popolari posizionati allo stesso livello della corte a dominare reclutamento e destituzione della magistratura, la situazione è ancora per molti versi compromessa¹¹¹.

Le riforme in atto, per quanto degne di essere menzionate, dimostrano la volontà di mantenere il sistema radicato ai principi fondamentali del socialismo.

Questi elenchi rafforzano l'idea di gerarchia, burocrazia e supervisione presente nelle corti cinesi, per questo motivo appaiono fondamentali le proposte della Suprema corte del popolo circa la volontà di incentivare il ruolo stesso delle corti nella nomina dei magistrati al fine di promuovere la meritocrazia. La strada che pare auspicabile è quella di creare una vera e propria carriera giudiziaria che inserisca i nuovi, e presumibilmente giovani giudici, nelle corti di base, i quali con il passare del tempo ed in base alla loro professionalità possano poi progredire di carriera.

In questo senso è stata accolta con favore la necessità di migliorare la professionalità dei giudici stessi al fine di scegliere davvero i candidati più preparati.

Quanto sopra permette di affrontare il tema della durata della carica, si è, infatti, discusso dei motivi di richiesta di destituzione, di licenziamento vero e proprio, ma è opportuno chiedersi se esiste in fondo una norma che tuteli la carica del giudice e dunque la sua posizione. Questa norma in realtà non esiste né nella Costituzione, né nella Legge sulla magistratura (1995), né nella Legge organica sulla corti del popolo (1979)¹¹².

Mentre la tradizione giuridica occidentale è abituata a ritenere una carica tendenzialmente vitalizia come una delle maggiori garanzie a tutela dell'indipendenza della magistratura, altrettanto non può dirsi per la Cina. Solo l'art. 124 della Costituzione sancisce il termine di durata in carica del presidente della Corte suprema stabilendo un termine pari a quello della durata del mandato dell'Assemblea Nazionale del popolo, ovvero cinque anni, rinnovabile una sola volta¹¹³. Da tale circostanza sembra-

¹¹¹ C. Hawes, *Improving the Quality of the Judiciary in China: Recent Reforms to the Procedures for Appointing, Promoting, and Discharging Judges*, cit., pp. 402-403.

¹¹² Cfr. *ivi*, p. 404.

¹¹³ In proposito è stato notato come la durata 'democratica' di queste cariche «helps to maximize the short-term incentive for abusing power while it is within one's grasp: after all, who cares about the future of the regime or the party as long as it does not fall within my term - as a mediocre, self-interested cadre might think?», Qianfan Zhang, *A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China*, cit., p. 956.

rebbe potersi desumere che anche per gli altri magistrati si debba parlare di termini di nomina prefissati, magari in linea con le cariche degli organi che li eleggono, sebbene recenti riforme riguardanti soprattutto la progressione di carriera, facciano pensare a cariche molto più lunghe. La circostanza potrebbe essere confermata da una lettura *a contrario* della Costituzione: se mancano disposizioni in materia, manca anche un limite alla durata della carica¹¹⁴. In questo senso sembrerebbe anche propendere il *Notice on Effectively Addressing Issues Concerning Judges' Early Retirement from Post or Leadership* del 2010; pensionamenti precoci hanno spesso creato gravi difficoltà nell'organico di una corte per questo motivo la CSP, di concerto con il Comitato centrale del PCC, la Procura suprema del popolo ed il Ministro delle risorse umane chiede che vengano rispettati i limiti di età previsti per il pensionamento¹¹⁵.

2.3. Mobilità e finanziamento

户枢不蠹流水不腐 (*hu shu bu du liu shui bu fu*)¹¹⁶

Nelle corti cinesi la mobilità dei giudici è spesso utilizzata più che per motivi organizzativi per evitare il dilagare della corruzione e dunque agevolare decisioni imparziali, ritenendo pericoloso che un magistrato svolga le sue funzioni in ambiente conosciuto e dove potrebbe avere nel tempo instaurato relazioni personali con soggetti sottoposti alla sua giurisdizione.

La mobilità è applicata sia da un punto di vista territoriale (trasferimento da una zona all'altra) sia da una sezione ad un'altra di una medesima corte con l'inevitabile

¹¹⁴ Ancora nel terzo piano di riforma quinquennale si legge sub par. III (19) che per migliorare il sistema delle corti è necessario rinnovare il sistema delle promozioni e mirare ad avere effetti nel lungo termine per limitare il problema della corruzione. In questo senso parte della dottrina ha ipotizzato che vi sia uno scatto di carriera ogni cinque anni salvo il passaggio dalle Alte corti alla Corte suprema che può avvenire solo dopo 10 anni di lavoro in una Alta corte, sebbene sia solo un suggerimento è un primo passo per incentivare una carriera giudiziaria all'interno delle corti per coltivare professionalità ed esperienza. Tra l'altro alcune province sembrano aver spontaneamente iniziato ad adoperare meccanismi di questo tipo, Shigui Tan 世贵 谭, *中国法官制度研究* [*Zhongguo faguan zhidu yanjiu*], (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 311 ed un recente regolamento della Corte suprema sembra andare nella stessa direzione.

¹¹⁵ *Notice of the Organization Department of the CPC Central Committee, the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate and the Ministry of Human Resources and Social Security on Effectively Addressing Issues Concerning Judges' and Procurators' Early Retirement from Post or Leadership*, art. 1. Il documento è disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8434&lib=law&SearchKeyword=early%20retirement&SearchCKeyword=>> (03/13).

¹¹⁶ Mobilità e finanziamento in Cina sono profondamente legati al problema della corruzione, il proverbio potrebbe così essere tradotto: 'se la porta si muove sul perno la larva non mangia il legno, se l'acqua si muove non ristagna', è citato da Shigui Tan 世贵 谭, *中国法官制度研究* [*Zhongguo faguan zhidu yanjiu*], (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 165.

conseguenza di perdita di risorse esperte in un determinato ramo del diritto e la conseguente mancanza di personale specializzato. Nonostante i buoni propositi che sostengono le ragioni della mobilità, a volte esercitata anche arbitrariamente, la corruzione continua a dilagare nelle corti cinesi¹¹⁷.

Se fino ad ora l'accostamento del giudice al mero funzionario pubblico è avvenuto attraverso considerazioni sui caratteri cinesi utilizzati per definirlo, scale gerarchiche e status sociale, nel caso della mobilità l'accostamento è ben più immediato, è proprio la Legge sul pubblico impiego (LPI) a trovare applicazione diretta nel caso dei trasferimenti di magistrati¹¹⁸.

In realtà la citata legge sui giudici del 1995 può essere considerata normativa di dettaglio della disciplina sull'impiego pubblico, rivisitata in modo più organico nelle *Provisional Regulations on State Civil Servants* del 1993 e più recentemente nella Legge sull'impiego pubblico del 2005.

L'articolo 3 della legge in parola è in questo senso molto chiaro:

The obligations, rights, and administration of civil servants shall be governed by the present law.

Where there are different provisions on the appointment, dismissal and supervision of leading members of civil servants and on the obligations, rights and administration of judges and prosecuting attorneys, such provisions shall be observed¹¹⁹.

Ai sensi dell'art. 64¹²⁰ LPI, la possibilità di mobilità tra magistrati è massima anche se generalmente la posizione di partenza e quella di destinazione tendono ad

¹¹⁷ Cfr. *ivi*, p. 164, si veda anche R. Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, pp. 294-295, un esempio eclatante di corruzione è dato da quanto accaduto a Chongqing di recente, si veda in proposito N.P. Ho, *Organized Crime in China. The Chongqing Crackdown*, in J. Garrick (a cura di), *Law and Policy for China's Market Socialism*, Routledge, Oxon-New York 2012, pp. 202-214.

¹¹⁸ La Legge sul pubblico impiego del 2005 è disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=4123&lib=law&SearchKeyword=civil%20servant&SearchCKeyword=>> (03/13).

¹¹⁹ Articolo 3, Legge sul pubblico impiego (2005).

¹²⁰ Articolo 64 Legge sul pubblico impiego: «Those personnel, who are engaged in public office of state-owned enterprises, public institutions, people's associations or private organizations, may be transferred to the state organs to hold leading posts or non-leading posts above the deputy researcher level, or hold any other non-leading post at the corresponding level. The person transferred shall satisfy the qualification requirements of the suggested posts as prescribed in Article 11 of the present Law, and shall not have any circumstance as prescribed in Article 24 of the present Law. The state organ to which such person is transferred shall conduct a strict inspection over the candidates for deployment, carry out examination

equipararsi¹²¹. In teoria il trasferimento di un giudice può avvenire o su richiesta dello stesso, oppure, cosa che più spesso accade, per esigenze organizzative della corte anche in mancanza del consenso dell'interessato, da sottolineare però che il rifiuto di un trasferimento può talvolta portare a conseguenze anche molto gravi, fino al licenziamento.

In sostanza il sistema non ricomprende l'inaffidabilità come garanzia del lavoro dei magistrati; ricalcando quanto già valido ai tempi dell'Impero, l'art. 69 impedisce che un impiegato pubblico di rango dirigenziale (quindi anche i giudici delle alte corti) possa svolgere la carica nella città o contea di appartenenza: si vuole evitare la parzialità nello svolgimento delle funzioni ed il protezionismo dovuto alla profonda conoscenza del luogo di appartenenza¹²².

Inquadrare ancora oggi la mobilità dei giudici all'interno della legge sull'impiego pubblico, crea alcune anomalie, infatti, ai sensi del primo comma dell'art. 65 di detta legge (LPI), non potrebbe ricoprire la carica di giudice il semplice impiegato pubblico che non ne abbia le qualifiche, non altrettanto può dirsi in merito alle cariche superiori; all'impiegato dirigenziale non sarà richiesto il possesso dei medesimi requisiti richiesti dall'articolo 65 c. 1 e potrà essere spostato e svolgere anche l'attività di giudice se così dettato da esigenze organizzative; il trasferimento, in questo senso, può essere visto come un modo per aggirare i requisiti *ex lege* richiesti ai giudici. Altro effetto negativo della mobilità intesa in questi termini è quello di non permettere una specializzazione del giudice attraverso la pratica acquisita nel corso degli anni; non è raro infatti che un giudice venga spostato da una sezione civile ad una penale o viceversa ripetutamente e nel giro di poco tempo¹²³.

Per quanto concerne la mobilità da una zona all'altra del paese la vastità del territorio e l'enorme diversità di sviluppo economico dei vari distretti rende difficile attuare un adeguato sistema di trasferimento e, di fatto, le corti dei distretti posti agli estremi confini del paese ed in quelli ancora prettamente rurali (l'ovest del paese è molto più povero dell'est), costituiscono trasferimenti assai onerosi e spesso rifiutati:

and approval in light of the power limit of administration, and, when necessary, conduct an examination over the candidates for transfer».

¹²¹ Shigui Tan 世贵谭, 中国法官制度研究 [*Zhongguo faguan zhidu yanjiu*], (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 158 ss., se così non fosse difficile sarebbe riconoscere il trasferimento per un avanzamento di carriera da un demansionamento.

¹²² L'articolo 69 della LPI dispone: «Where a civil servant assumes the leading post of an organ at the township level or county level or the relevant department thereof, a regional avoidance shall be carried out, unless it is otherwise prescribed by law».

¹²³ Shigui Tan 世贵谭, 中国法官制度研究 [*Zhongguo faguan zhidu yanjiu*], (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 158 ss.

le zone più ambite sono quelle in cui si trovano le ricche città costiere e quelle appartenenti alle così dette zone economiche speciali (ZES)¹²⁴.

Le ragioni che rendono le zone disagiate quelle meno appetibili per il trasferimento degli impiegati pubblici in generale e dei giudici in particolare permettono di affrontare uno dei maggiori problemi della magistratura e delle corti cinesi: il finanziamento.

Uno stipendio idoneo alla funzione svolta ed a garantire dignità alla persona del giudice è condizione importante della tradizione giuridica occidentale, poiché connesso al suo stesso status.

Diversamente, l'idea del magistrato quale mero 'funzionario della decisione', non ha spinto il sistema cinese ad assicurare un salario adeguato né un finanziamento alle corti che permettesse di lavorare in maniera dignitosa. La Costituzione tace ancora una volta, mentre la legge sulla magistratura, che disciplina la materia al Capo XII (art. 36-38), rimette sostanzialmente ogni decisione allo stato. Proprio lo stato sembra in questo senso violare la Costituzione e più in particolare l'articolo 126 Cost.; ricordando che il giudice nell'esercizio delle sue funzioni non deve tollerare interferenze di organi amministrativi, si evince quanto potere abbiano i governi locali, organismi senza dubbio amministrativi, nei confronti di quelli giudiziari se si considera che proprio ai primi spetta elargire i finanziamenti per le corti e per il personale addetto¹²⁵.

Ciò implica da un lato un'enorme diversità di trattamento economico tra corte e corte, dall'altro un'agevolazione della corruzione (贪污 *tanwu*) e del così detto fenomeno del protezionismo locale (地方保护 *difang baohu*): gli stipendi dei distretti poveri non permettono al magistrato di assicurare a sé e alla sua famiglia un tenore di vita accettabile e lo rendono pertanto incline ad orientare la propria decisione in favore di una parte in cambio di offerte di denaro, regali o qualsivoglia altro beneficio per sé o per la sua zona, circostanza che, ovviamente, potrebbe avere un risvolto a suo favore¹²⁶.

¹²⁴ Xin He, *Enforcing Commercial Judgments in the Pearl River Delta of China*, «American Journal Comparative Law», 57, 2009, pp. 419-456, p. 430. Sebbene ancora non vi siano precise disposizioni in proposito, la Corte suprema è consapevole del problema e cosciente di dover migliorare gli incentivi o creare sistemi di rotazione per rimediare alle grande mancanza di organico di alcune province, Shigui Tan 世贵谭, *中国法官制度研究 [Zhongguo faguan zhidu yanjiu]*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 164.

¹²⁵ Si vedano gli artt. 36-38 della Costituzione della RPC del 1982 e Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 104.

¹²⁶ La traduzione inglese di un proverbio cinese recita infatti: «There would be no salary for you if we lost in this case», cfr. *ivi*, p. 182.

Con la crescita economica e l'aumento esponenziale del Prodotto Interno Lordo (PIL) cinese, anche l'importanza delle corti è cresciuta e con essa i loro fondi, in questo modo si è potuto pensare e programmare di accrescerne l'autorità. Sono così aumentate le spese per la giustizia, molte corti - soprattutto quelle più grandi e meglio funzionanti - hanno incrementato il costo a carico del popolo per accedere alla giustizia proprio per poter marcare la differenza con altri organi giudiziari, conseguentemente nei centri economici avanzati, nelle maggiori città, come Pechino, Shanghai, Chongqing e la provincia del Guandong, si dispone di maggiori risorse rispetto ad altre aree del paese, circostanza che non fa che aumentare il divario tra grandi città, città piccole e campagne. Laddove esistono corti più ricche vengono stanziati salari più alti per i giudici che saranno anche più qualificati e motivati ed il sistema-justizia più efficiente¹²⁷.

Si è andata creando una sorta di autofinanziamento a discapito delle parti in causa, in altre parole si è scatenata una guerra al maggiore guadagno dove spesso le corti stesse, andando contro gli interessi delle parti e contro quella che noi chiameremmo l'economia processuale, hanno disincentivato le *class actions* in favore di singole controversie per loro più redditizie.

Per porre un correttivo a questa tendenza il governo sta ancora sperimentando la tecnica di accentrare il finanziamento alle corti a livello nazionale per poi ridistribuirlo in modo proporzionale a livello locale, tale proposta è contenuta anche nel secondo programma quinquennale e ripresa e sponsorizzata dai media e studiosi di diritto cinese¹²⁸, ma, ciononostante, vi è chi è andato oltre la proclamazione di una maggiore indipendenza finanziaria ed istituzionale, analizzandone l'impatto e sostenendo che il problema del protezionismo locale e della dipendenza o parzialità dei giudici nei confronti dei governi decentrati potrà essere semmai migliorato, ma non risolto. Infatti, ciò che lega i giudici ai governi locali non è solo il denaro che questi mensilmente ricevono, ma anche le loro nomine ed i loro licenziamenti possono essere fortemente influenzati, le eventuali concessioni edilizie, i permessi scolastici per i loro figli, eventuali impieghi per le loro mogli, nonché l'esecuzione delle sentenze, senza valutare

¹²⁷ Un interessante studio del finanziamento a due corti cinesi (scelte in due zone del paese molto differenti tra loro) è stato svolto da He Xin, *Court Finance and Court Responses to Judicial Reforms: A Tale of Two Chinese Courts*, paper presentato alla Conferenza annuale dell'ECLS Association, (Bologna-Torino) 2008.

¹²⁸ S. Balme, *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009, p. 179-197, p. 182.

poi la circostanza che per il governo centrale potrebbe essere tutt'altro che semplice determinare le reali necessità economiche di una corte e dei suoi dipendenti¹²⁹.

Di conseguenza potrebbe essere plausibile l'ipotesi in base alla quale:

This will recreate a certain level of financial dependency, although perhaps of a less extreme form than before. In other words, perhaps local government will no longer be able to threaten courts with the loss of all their cars. But they could still decline to upgrade old, small, domestic cars to big, new, imported ones. The refusal to bribe can be similar in effect to extortion¹³⁰.

Pur perdurando una generale diffidenza nei confronti del magistrato e delle corti, derivante dalle citate ragioni culturali, la figura del giudice sta comunque acquisendo una sua dignità dal momento che in alcuni luoghi i salari della magistratura stanno aumentando e tale professione sta divenendo dunque più appetibile¹³¹.

3. L'indipendenza della magistratura cinese: le principali influenze

3.1. Le influenze sull'indipendenza interna

Se il principio dell'indipendenza della magistratura nel contesto cinese deve essere riferito alle corti e non al singolo giudice, è inevitabile che la Costituzione tuteli le corti, quali istituzioni, da ingerenze esterne e non anche i giudici da interferenze così dette interne, altrettanto se non più penetranti.

In alcuni paesi occidentali, come ad esempio in Italia, si tenta di frenare tali pressioni interne attraverso una mera distinzione per funzioni al fine di evitare rapporti gerarchici e salvaguardare l'autonomia del singolo.

¹²⁹ Le notizie sono tratte dal blog del Prof. Donald C. Clarke, *Politburo Proposes to Centralize Court Funding* e disponibili su <http://lawprofessors.typepad.com/china_law_prof_blog//2008/12/politburo-propo.html> (03/13), si veda anche C. Hawes, *Improving the Quality of the Judiciary in China: Recent Reforms to the Procedures for Appointing, Promoting, and Discharging Judges*, in K. Malleson, P.H. Russell (a cura di), *Appointing Judges in An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006, pp. 395-419, pp. 413-414.

¹³⁰ Donald C. Clarke, *Politburo Proposes to Centralize Court Funding*, cit.

¹³¹ G. Crespi Reghizzi, *Cina 2003: L'osservatorio del giurista*, disponibile su <<http://www.leggicinesi.it/dottrina/ReghizziCinaOsservatorioGiurista.pdf>>(03/13), p. 3, per un quadro generale, sebbene risalente, si veda R.C. Brown, *Understanding Chinese Courts and Legal Process: Law with Chinese Characteristics*, Kluwer Law International, London-Boston-The Hague 1997.

La stessa struttura interna di una corte cinese sembra invece costruita proprio su principi opposti. La piramide illustrata nel capitolo primo, così come i meccanismi di supervisione, sono talvolta vere e proprie minacce per l'indipendenza, o meglio, per l'imparzialità: diviene spesso difficile, in ogni caso controproducente o *contra legem*, resistere a pressioni, anche se sotto forma di meri suggerimenti di giudici più anziani o gerarchicamente sovraordinati.

Il fatto che le corti cinesi siano strutturate in modo gerarchico non desta stupore, è questa una caratteristica mutuata dall'occidente e dagli studi iniziati nei primi anni dello scorso secolo. La gerarchia delle corti è principio comune sia dei sistemi di *common law* che di quelli di *civil law*; ciò che maggiormente colpisce nel contesto cinese è però il valore e la forza della gerarchia 'personale' all'interno di uno stesso organo giudiziario. Emerge inoltre lo stringente controllo verticale che le corti superiori esercitano su quelle inferiori, controllo che fuoriesce dai comuni canali di impugnazione. Inoltre, fino al 1995, non esisteva una legge volta a disciplinare la figura del giudice e tanto meno veniva richiesta un'adeguata preparazione giuridica per coloro che volessero intraprendere tale professione.

Nei paragrafi seguenti saranno esaminate le maggiori influenze che possono minacciare indipendenza ed imparzialità della magistratura cinese ed in particolare la valutazione che avviene all'interno di ciascuna corte, la supervisione di singoli casi effettuata dalle corti gerarchicamente superiori, *in primis* dalla Corte suprema, nonché il ruolo dei Consigli giudiziari. Tali influenze sono state definite *systemic influences* in quanto parti integranti del sistema che possono divenire illegittime se esercitate al di fuori del dettato normativo o per scopi prettamente personali¹³².

3.2. La valutazione individuale del giudice all'interno della corte di appartenenza ed il controllo verticale da parte delle corti gerarchicamente superiori

Quando si discute di valutazione all'interno delle corti cinesi è necessario distinguere tra due tipologie della medesima; un primo tipo ha ad oggetto la corte considerata nell'insieme di tutte le sue sezioni (*ting*): civili, penali, amministrative o sezioni specializzate appositamente istituite; una seconda tipologia ha invece per oggetto gli individui che le compongono, giudici o appartenenti allo staff che lavorano all'interno della corte e proprio quest'ultimo tipo di valutazione è in grado di inficiare l'autodeterminazione del singolo giudice.

¹³² Yulin Fu, R. Peerenboom, *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 97.

Ai sensi dell'articolo 21 della Legge sulla magistratura (LM) nella sua ultima versione del 2001, si stabilisce che la valutazione dei giudici debba essere effettuata dalla corte del popolo alla quale il giudice sottoposto a valutazione appartiene. L'articolo successivo chiarisce che tale valutazione avviene una volta l'anno in maniera routinaria (art. 22)¹³³. Il soggetto attivo della valutazione è identificato nella corte all'interno della quale il giudice (soggetto passivo) opera. Ai sensi degli articoli 48 e 49¹³⁴ della medesima legge, la corte svolge la valutazione tramite un'apposita commissione istituita al suo interno, essa dovrebbe avere i caratteri di oggettività ed imparzialità ed essere contenuta in un unico documento da sottoporre al giudizio del presidente, il quale, a sua volta, dovrebbe elaborare un nuovo documento definitivo ed ufficiale sottoscritto dalla stessa corte, e non più dalla commissione, attraverso giudizi molto sintetici: ottimo, competente o incompetente¹³⁵.

L'articolo 23 LM riguarda appunto i contenuti della supervisione dell'operato dei giudici ed in particolar modo il grado di raggiungimento degli obiettivi assegnati, l'osservanza delle direttive stabilite dalla corte, la moralità della persona, la competenza, la padronanza della teoria del diritto, l'attitudine e lo stile di lavoro. Come sottolinea l'ultimo comma dell'articolo viene data particolare rilevanza ai risultati raggiunti, ma la valutazione è tutt'oggi assimilabile ad un'attività prettamente amministrativa e burocratica¹³⁶.

Scopo di questo iter è quello di decidere se un giudice sia idoneo a continuare a svolgere il suo lavoro, responsabilizzarlo valutandone le abilità e le conoscenze giuridiche specialistiche: circostanze che dovrebbero essere strumentali alla scoperta di nuovi e giovani talenti, anche al fine di prevenire o limitare la dilagante corruzione.

¹³³ Articolo 21 Legge sulla magistratura cinese come emendata nel 2001: «Appraisal of judges shall be conducted by the People's Courts the judges belong to».

Articolo 22 Legge sulla magistratura cinese come emendata nel 2001: «The appraisal of judges shall be carried out objectively and impartially, through the combined efforts of the leaders and masses, and routinely and annually».

¹³⁴ Articolo 48 Legge sulla magistratura cinese come emendata nel 2001 «A People's Court shall establish a commission for examination and assessment of judges. The functions and duties of a commission for examination and assessment of judges are to guide the training, examination, appraisal and assessment of judges. Specific measures in this regard shall be formulated separately».

Articolo 49 «The number of persons on a commission for examination and assessment of judges shall be five to nine. The chairman of a commission for examination and assessment of judges shall be assumed by the president of the court it belongs to».

¹³⁵ Articolo 24 della Legge sulla magistratura.

¹³⁶ Gli articoli sulla valutazione dei pubblici impiegati sono pressoché analoghi a quelli descritti si veda Legge sul pubblico impiego agli artt. 33-37.

Secondo quanto *ex lege* stabilito, ogni corte avrebbe dovuto da tempo istituire al suo interno una commissione di valutazione (art. 48 LM) composta da un numero dispari di giudici, da un minimo di cinque ad un massimo di nove, e presieduta dal presidente¹³⁷, ciononostante ad oggi sono ancora moltissime le corti che ne sono prive e così la valutazione è effettuata dal diretto superiore gerarchico del giudice esaminato¹³⁸.

Più in dettaglio, la valutazione si compone di quattro parti a ciascuna delle quali corrisponde un punteggio per un raggiungimento massimo di 100 punti; alla qualità ed all'efficienza del giudice corrisponde un massimo di 35 punti su 100; altrettanti punti vengono attribuiti per la valutazione della qualità dei casi decisi, mentre per l'esame del lavoro professionale (abilità nell'applicazione della legge, modalità di stesura di un atto giuridico, capacità nella ricerca di documenti idonei *et similia*) viene attribuito un massimo di 20 punti su 100. I restanti 10 punti potranno derivare da una valutazione morale basata sul senso della giustizia, sull'onestà, sul comportamento, sulla capacità di aggiornamento e sulla abilità di limitare l'attività del Consiglio giudiziario¹³⁹. Anche in questo caso il parallelo con la Legge sul pubblico impiego (LPI) del 2005 è immediato, il risultato positivo o negativo emerge soltanto da una somma di numeri¹⁴⁰.

All'esito positivo della valutazione può corrispondere una ricompensa o addirittura un avanzamento di carriera, in caso contrario il giudice sarà sottoposto a sanzioni anche molto gravi e, ai sensi dell'articolo 40(1) della LM, anche al licenziamento; la predisposizione di efficaci strumenti di valutazione diviene dunque urgente.

Sebbene il sistema possa apparire dettagliato non è immune da critiche in quanto eccessivamente semplicistico e generico. L'eccessiva genericità delle disposizioni contenute nella Legge sulla magistratura del 1995 venne comunque mitigata da due documenti emanati dalla Corte suprema del popolo nel 1998: le *Experimental Responsibility Measures for the Illegal [Behavior] of Court Personnel* e delle *Experimental Disciplinary Measures for Court Trials*¹⁴¹. Questi testi, nati in un periodo in cui la Cina sembrava procedere verso una concreta attuazione della *rule of law*, specificavano i criteri e le modalità per l'attuazione di quanto *ex lege* predisposto chiarendo che nes-

¹³⁷ Articolo 49 Legge sulla magistratura (1995 emendata nel 2001).

¹³⁸ Shigui Tan 世贵谭, 中国法官制度研究 [*Zhongguo faguan zhidu yanjiu*], (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 248.

¹³⁹ Cfr. *ivi*, p. 261.

¹⁴⁰ Articoli 33-37 Legge sul pubblico impiego (2005).

¹⁴¹ C. Minzner, *Judicial Disciplinary Systems for Incorrectly Decided Cases: The Imperial Chinese Heritage Lives On*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 58-90, p. 61.

suna responsabilità poteva sorgere in caso di *simple legal error* dovuto ad una diversa interpretazione o opinione di una certa disposizione di legge, oppure dei fatti, o ancora delle prove. Similmente non poteva sorgere responsabilità in capo al giudice che avesse preso una decisione poi rivisitata alla luce di nuove prove sopraggiunte o per una *alteration of policy* tale da comportare il ribaltamento della decisione¹⁴². I due documenti formavano dunque una cornice più dettagliata per un sistema disciplinare che ogni singola corte avrebbe poi dovuto attuare e praticare al suo interno. In realtà molte corti nella valutazione interna dello staff hanno nel corso degli anni sanzionato i giudici anche per mere divergenze interpretative contravvenendo esplicitamente a quanto disposto dalla Corte suprema del popolo e facendo spesso emergere l'importanza del solo dato numerico: più casi un giudice è capace di decidere nell'arco di un anno, migliore è considerato il suo lavoro, misurando in sostanza la quantità più che la qualità¹⁴³.

Così come disciplinato questo tipo di controllo valutativo pare inadeguato a risolvere all'origine le debolezze insite nel sistema giudiziario cinese; innanzitutto, la mancanza di una commissione vera e propria comporta che il controllo sull'attività del singolo giudice venga svolto dal suo diretto superiore gerarchico ovvero dal comitato politico-legale, circostanza che talvolta ha spostato il fulcro dell'analisi dal tecnico al politico¹⁴⁴; comunque in mancanza di un miglioramento generale della professionalità del giudice enormi problemi continueranno a sussistere.

La Cina avrebbe bisogno di un sistema volto ad eliminare dalle corti giudici privi di qualifiche professionali per lasciare spazio a giovani formati nelle oramai numerose università¹⁴⁵.

Studiosi cinesi ritengono che per ricevere un giudizio positivo un giudice dovrebbe essere in grado di analizzare e chiarire fatti concreti all'apparenza difficili da inquadrare giuridicamente, dovrebbe essere capace di applicare la teoria alla pratica, evitare qualsivoglia discriminazione, rifuggire dalla corruzione, tutto questo in un'oculata gestione del tempo lavorativo; per il raggiungimento di questi fini è stata proposta una repertorizzazione dei risultati, al momento non obbligatoria¹⁴⁶.

¹⁴² Cfr. *ivi*, p. 62.

¹⁴³ Shigui Tan 世贵 谭, *中国法官制度研究 [Zhongguo faguan zhidu yanjiu]*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 253.

¹⁴⁴ C. Minzner, *Judicial Disciplinary Systems for Incorrectly Decided Cases: The Imperial Chinese Heritage Lives On*, cit., p. 65.

¹⁴⁵ Il capitolo successivo contribuirà a fornire informazioni in materia.

¹⁴⁶ Shigui Tan 世贵 谭, *中国法官制度研究 [Zhongguo faguan zhidu yanjiu]*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 262 ss.

I criteri valutativi elencati all'articolo 23 LM non sono trasparenti, appaiono talvolta eccessivamente soggettivi e troppo simili a quelli di valutazione degli altri impiegati statali¹⁴⁷, dunque non contribuiscono ad incrementare nei giudici la consapevolezza del loro ruolo.

Ancora più grave è la circostanza che lascia incertezze, in assenza della commissione prevista, circa il soggetto attivo della valutazione. La scala gerarchica divide i giudici in ben dodici livelli, se il giudice superiore ha facoltà di valutare l'attività di quello inferiore, è evidente che ciò non potrà che aumentare nel giudice di grado più basso la paura di sbagliare e di essere valutato negativamente, portandolo, nello svolgimento quotidiano delle sue funzioni, a seguire le indicazioni ricevute dall'alto¹⁴⁸. È tra l'altro prassi consolidata proprio quella di rivolgersi ai giudici gerarchicamente superiori all'interno di una stessa corte o sezione anche per i casi più semplici; prassi necessaria e strumentale al mantenimento del proprio posto di lavoro ed incentivata dal fatto che in molte corti anche l'appello o la revisione di una sentenza sono considerati eventi negativi: una sentenza ribaltata è considerata un vero e proprio errore giudiziario¹⁴⁹.

Se i documenti del 1998 potevano servire a sottolineare l'illegittimità di sanzioni così applicate, dal 2010 la Corte suprema sembra dare indicazioni diverse ed infatti, con le nuove *Disciplinary Regulations for People's Court Personnel*¹⁵⁰ che abrogano i due precedenti regolamenti, la Corte non utilizza più il linguaggio protettivo ed in un certo senso comprensivo adoperato nel 1998 che esonerava da responsabilità il giudice che avesse dato una diversa interpretazione di un articolo di legge in una decisione poi modificata, riproponendo piuttosto un linguaggio generico.

L'articolo 25 LM prevede che il giudice sia informato per iscritto dei risultati della propria valutazione e, se in disaccordo, possa richiedere di 'riconsiderare' la valuta-

¹⁴⁷ L'articolo 36 della Legge sul pubblico impiego (2005) non appare infatti dissimile rispetto all'art. 23 della LM (1995).

¹⁴⁸ Maggiore senso di soggezione pare emergere dal fatto che ad ogni scaglione della piramide corrisponde anche un salario diverso, Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, «International Journal of Constitutional Law», 1, 2003, pp. 58-78, p. 72.

¹⁴⁹ Yuwen Li, *Professional Ethics of Chinese Judges. A Rising Issue in the Landscape of Judicial Practice*, «China Perspectives», 47, 2003, pp. 1-17. [Online], disponibile su <<http://chinaperspectives.revues.org/274>> (03/13), p. 7. In proposito il Terzo programma di riforma quinquennale sprona le corti superiori a sviluppare dei meccanismi migliori per guidare le corti inferiori, *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009-2013)*, cit., Par. II (7).

¹⁵⁰ *Regulations on Disciplinary Actions against Staff Members of the People's Courts* il documento è disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=7906&lib=law&SearchKeyword=Disciplinary&SearchKeyword=>>> (03/13).

zione ricevuta; norma questa non attuabile nella pratica in quanto né la Legge sulla magistratura né altre leggi o provvedimenti della Corte suprema esplicitano le modalità con le quali effettuare la richiesta, a chi indirizzarla e quali siano i possibili effetti di un eventuale accoglimento. La mancanza di precise disposizioni in merito, sembra suggerire di evitare tali richieste; il sistema appare così idoneo a sfociare nell'arbitrarietà¹⁵¹.

Anche le riforme quinquennali hanno preso in esame, ma senza esiti apprezzabili, l'argomento della valutazione e ancora una volta appare chiaro che prima ancora di una modifica del meccanismo di controllo, debba essere migliorata la professionalità del giudice stesso¹⁵². L'attuale valutazione gerarchico-burocratica non fa che avvalorare la tesi in base alla quale il giudice sia «less as individual entity empowered to adjudicate and more as one component of the judicial system»¹⁵³.

Ad aggravare la situazione esposta concorre l'art. 127 Cost. ai sensi del quale la Corte suprema del popolo, in quanto organo di vertice, ha il potere di supervisionare l'attività di tutte le corti sottostanti e, nel rispetto dell'organizzazione gerarchica, le corti superiori hanno il potere di supervisionare l'operato di quelle inferiori.

Tale prassi, disciplinata agli artt. 198-213 della Legge sulla procedura civile del 1991 emendata nel 2007 e nel 2012, viene indicata come supervisione sulle decisioni 审判监督 (*shenpan jiandu*)¹⁵⁴ e può essere effettuata su singole decisioni sia civili che penali.

Questo controllo sulle singole decisioni non è assimilabile all'appello, se quest'ultimo può essere proposto solo dalle parti ed entro un periodo di tempo generalmente molto breve¹⁵⁵, la supervisione può essere richiesta, oltre che dalle parti, anche dal presidente di una corte, dalla Corte suprema, dai Consigli giudiziari e dalla Procura¹⁵⁶.

¹⁵¹ Articolo 25 Legge sulla magistratura (1995 emendata nel 2001): «A judge shall be informed of the result of the appraisal in written form. If the judge disagrees with the result, he or she may apply for reconsideration».

¹⁵² J. Chen, *Chinese Law: Context and Transformation*, M. Nijhoff, Leiden-Boston 2008, p. 156.

¹⁵³ Y.K. Woo Margaret, *Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts*, «Pacific Rim Law & Policy Journal», 8, 1999, pp. 581-616, p. 604.

¹⁵⁴ In inglese nota come *adjudication supervision* o *retrial*.

¹⁵⁵ Generalmente, per appellare, una parte ha 15 giorni di tempo, si veda in proposito l'articolo 164 della Legge sulla Procedura civile e per un commento R. Peerenboom, *Judicial Independence and Judicial Accountability: An Empirical Study of Individual Case Supervision*, «The China Journal», 55, 2006, pp. 67-92, p. 71.

¹⁵⁶ Si vedano gli articoli 198-213 della Legge sulla procedura civile disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=11161&lib=law&SearchKeyword=civil%20procedure%20law&SearchCKeyword=>> (03/13), per un commento si veda M.Y.K. Woo, *Adjudication Supervision and Judicial*

Tralasciando la supervisione da parte della Procura è bene concentrare l'attenzione sugli altri soggetti attivi della supervisione.

Ciò che maggiormente sorprende è che si tratti di un tipo di supervisione volta a correggere eventuali errori giudiziari a prescindere da un interesse effettivo delle parti¹⁵⁷; per proporla non vi sono limiti di tempo¹⁵⁸, fatto che ha ribaltato i risultati di alcune sentenze anche dopo ben otto anni¹⁵⁹. Ai sensi dell'art. 198 il presidente di una corte che riscontri un errore giudiziario in una decisione resa dalla corte che presiede e reputi necessario valutarla nuovamente, rimette il caso al Consiglio giudiziario per la discussione e per la decisione del medesimo.

La Corte suprema ha invece il potere di supervisionare e chiedere una nuova discussione di qualsiasi sentenza emessa da una corte inferiore e, in presenza di errori precisi, ha il potere di avocare a sé la decisione del caso o di rimetterlo alla corte inferiore controllandone la successiva decisione. Similmente possono comportarsi le Alte corti e le Corti intermedie del popolo nei confronti di quelle inferiori (art. 198 c.2); da un punto di vista procedurale la nuova decisione verterà sia sul diritto che sul merito della causa e potrà essere domandata dopo una sentenza di primo grado, sia nel caso in cui l'appello sia già stato richiesto (in inglese tale procedura viene infatti tradotta con il termine *retrial*), l'unica differenza consta nel fatto che soltanto la sentenza di primo grado supervisionata potrà essere ri-appellata, non anche quella già appellata prima della supervisione¹⁶⁰.

La dizione generale di un 'errore' può prestarsi a svariate interpretazioni alle quali le parti non possono formalmente opporsi, esse potranno intervenire soltanto se interpellate dalla corte preposta alla rettifica anche perché spesso la supervisione si

Independence, cit., p. 101 ss., si veda anche M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, Milano 2006, p. 89 ss.

¹⁵⁷ *Ibid.* Sul tema è intervenuta anche la Corte suprema con il terzo programma quinquennale (2009-2013) stabilendo che la revisione debba essere effettuata in considerazione dei diritti delle parti, valutando in maniera corretta la relazione tra la rettifica di un errore giudiziario e la forza del giudicato al fine di risolvere i problemi connessi, nonché gli scopi e le procedure applicate dalle corti superiori (II (4, 7)).

¹⁵⁸ Solo per le parti l'art. 184 nella precedente versione della Legge sulla procedura civile disponeva che «Any retrial petition by a party shall be made within two years after the judgment or ruling becomes legally effective; or be made within three months after the party has known or should know that the legal document on which the original judgment or ruling was made is cancelled or revised or that the adjudicating personnel were involved in any conduct of embezzlement, bribery, practicing favouritism for himself or relatives, or twisting the law in rendering judgment after two years», gli emendamenti del 2012 hanno rimosso qualsiasi termine entro il quale esperire questa procedura.

¹⁵⁹ R. Peerenboom, *Judicial Independence and Judicial accountability: an empirical study of Individual case supervision*, cit., p. 84.

¹⁶⁰ Cfr. *ivi*, p. 71.

svolge a porte chiuse contravvenendo a quanto previsto dai regolamenti della Corte suprema.

Vi è chi riavvisa in tale procedura di revisione quel rimarcare un'esigenza di flessibilità che deve essere preferita alla stabilità delle decisioni; una revisione quindi volta a riportare in linea alcune sentenze con le politiche del PCC, si ripresenta ancora una volta quel bilanciamento continuo tra discrezionalità e legge scritta non certo favorevole all'imparzialità del giudice, il quale preferirà allora demandare le responsabilità sul Comitato giudiziario rimettendo allo stesso anche i casi più semplici piuttosto che rischiare di vedersi ribaltare una decisione in quanto errata e suscettibile di una valutazione negativa¹⁶¹, non per aver applicato norme non pertinenti, bensì per una diversa o mutata volontà politica.

3.3. Il ruolo del Consiglio giudiziario

暗箱操作 An xiang caozuo¹⁶²

Il Consiglio, giudiziario (talvolta tradotto in italiano anche come comitato giudiziario ed in inglese come *judicial committee*, *adjudication committee* o *adjudicative committee*) in cinese si chiama 审判委员会 (*shenpanweiyuanhui*).

Per quanto paradossale possa apparire, sin dai primi mesi della nascita della RPC l'organizzazione giudiziaria assunse un'importanza particolare; in quella che viene definita la Prima conferenza nazionale giudiziaria, si stabilì che ogni corte al di sotto del livello provinciale dovesse istituire al suo interno un comitato volto a risolvere casi importanti, sintetizzare esperienze processuali ed imporre il suo ruolo nel lavoro della corte; proprio il connotato amministrativo più che giuridico del sistema di corti cinesi ne consentiva l'esistenza¹⁶³. Da quel momento in poi il Consiglio giudiziario ha continuato così a svolgere quel ruolo del tutto in linea con il centralismo democratico che sempre più diveniva principio fondante del regime¹⁶⁴.

¹⁶¹ M.Y.K. Woo, *Adjudication Supervision and Judicial Independence*, cit., p. 119.

¹⁶² È una tipica frase cinese riferita al Consiglio giudiziario la cui traduzione è: "Decidere un caso a porte chiuse" ed è citato da Yuwen Li, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospects*, cit., p. 63.

¹⁶³ Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, cit., p. 67. In realtà già prima della fondazione della RPC il Partito comunista aveva istituito in alcune zone liberate (ad esempio in Shaanxi-Gansu-Ningxia) comitati con funzioni analoghe, si veda A.R. Dicks, *The Law-Making functions of the Chinese Judiciary: Filling Holes in the Civil Law*, in I. Edge (a cura di), *Comparative Law in Global Perspective: Essays in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Founding of the SOAS Law Department*, Transnational Publishers, Ardsley, NY 2000, pp. 241-270, p. 249.

¹⁶⁴ Xin Chunying, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 12.

Il Consiglio è presente in tutte le corti del popolo ad ogni livello ed i suoi compiti, ai sensi dell'art. 11 c.1 della Legge sulle corti popolari (LOCP) della RPC sono i seguenti: 1) riassumere l'attività giudiziaria della corte cui afferisce; 2) discutere i casi più importanti e difficili; 3) discutere altre questioni connesse all'attività giudiziaria sia civile che penale¹⁶⁵. Parte della dottrina riconduce virtualmente in questo elenco tutti i casi amministrativi di difficile soluzione o che comunque, per il contesto in cui nascono e si sviluppano, non troverebbero sbocchi facili nella fase esecutiva¹⁶⁶.

I suoi membri sono nominati, ed eventualmente rimossi, dai Comitati permanenti delle Assemblee locali di livello corrispondente alla corte entro la quale è inserito il Consiglio stesso (art. 11 c. 2 LOCP e 67(11) Cost.)¹⁶⁷, in particolare ne fanno parte il presidente (*yuangzhang*) ed il vice presidente della corte (*fuyuanzhang*), i presidenti delle sezioni (*tingzhang*)¹⁶⁸ ed i vice presidenti (*futingzhang*), talvolta, per i casi più complessi, possono essere chiamati in causa anche professori universitari o esperti del tema da trattare ed infine, senza diritto di voto, può partecipare anche il Procuratore capo della Procura del livello corrispondente¹⁶⁹. Studi recenti hanno evidenziato come i membri del Consiglio godano in pratica di una carica a vita, infatti, la loro rimozione è stata negli anni molto rara e dovuta a gravi malattie, a pensionamento o per allontanamento volontario¹⁷⁰.

Fino alla fine degli anni Ottanta, il ruolo del Consiglio giudiziario non era mai stato particolarmente criticato, collegio di tutto rispetto ed emblema del centralismo democratico, sembrava avvantaggiare il lavoro delle corti piuttosto che ostacolarlo.

¹⁶⁵ Articolo 11 Legge organica sulle corti del popolo: «People's courts at all levels set up judicial committees which practice democratic centralism. The task of the judicial committees is to sum up judicial experience and to discuss important or difficult cases and other issues relating to the judicial work».

¹⁶⁶ F.K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, «Yale Law Journal», 114, 2005, pp. 1675-1718, p. 1682.

¹⁶⁷ Articolo 11 c. 2 Legge organica sulle corti del popolo: «Members of judicial committees of local people's courts at various levels are appointed and removed by the standing committees of the people's congresses at the corresponding levels, upon the recommendation of the presidents of these courts. Members of the Judicial Committee of the Supreme People's Court are appointed and removed by the Standing Committee of the National People's Congress, upon the recommendation of the President of the Supreme People's Court».

¹⁶⁸ Non è detto che i presidenti delle sezioni siano sempre gli stessi, in questo senso la composizione del Consiglio giudiziario non è fissa.

¹⁶⁹ 最高人民法院 审判委员会 工作规则 (*Zuigaorenminfayuan shenpanweiyuanhui gongzuoguize*), [Working rules of the Judicial Committee of the Supreme People's Court] 20 agosto 1993, art. 5, disponibile su <http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=9800> (03/13).

¹⁷⁰ Xin He, *Black Hole of Responsibility: The Adjudication Committee's Role in a Chinese Court*, «Law & Society Review», 46, 2012, pp. 681-712, p. 687.

Con la crescente consapevolezza dell'importanza della riforma giudiziaria le prime critiche cominciarono a svilupparsi; l'attenzione al sistema delle corti non era limitata soltanto ad agevolare la crescita economica, ma a tutelare anche i diritti civili. Tra queste critiche la maggiore sembra ancora oggi riguardare la prassi del Consiglio di decidere materialmente i casi nonostante la lettera della legge parli di funzioni sì importanti, ma meno penetranti, quali la discussione e la riorganizzazione dello stato del diritto. La circostanza ha maggior rilievo perché la decisione viene di regola presa senza un vero e proprio esame del fascicolo della causa.

La procedura è la seguente: se il giudice monocratico (*faguan*) competente, tra l'altro tale rara circostanza si ha generalmente per i casi più semplici, non è in grado di prendere una decisione, si rivolge al presidente della sua sezione proponendogli il suo parere sul caso in esame, se questi concorda quella è la decisione; in caso contrario la causa viene sottoposta all'attenzione del vice presidente della corte che, se a sua volta incerto sul da farsi, può rivolgersi al presidente che a quel punto convoca sotto la sua presidenza il Consiglio.

Nel caso in cui sia invece il giudice collegiale 合议庭 (*heyiting*) a non essere in grado di prendere la decisione e rivolgendosi al presidente della sezione non si raggiunga un accordo, questa potrà essere suggerita dal vice presidente della corte che chiederà poi al collegio di pronunciare la sentenza; se non vi è accordo tra collegio e vice presidente, quest'ultimo non potrà che riportare il caso al presidente, il quale convocherà il Consiglio che a maggioranza prenderà la decisione¹⁷¹.

Lo schema che segue vuole illustrare i vari passaggi:

¹⁷¹ Li Yuwen, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospect*, cit., p. 63, si veda anche S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, Stanford 1999, p. 261 ss.

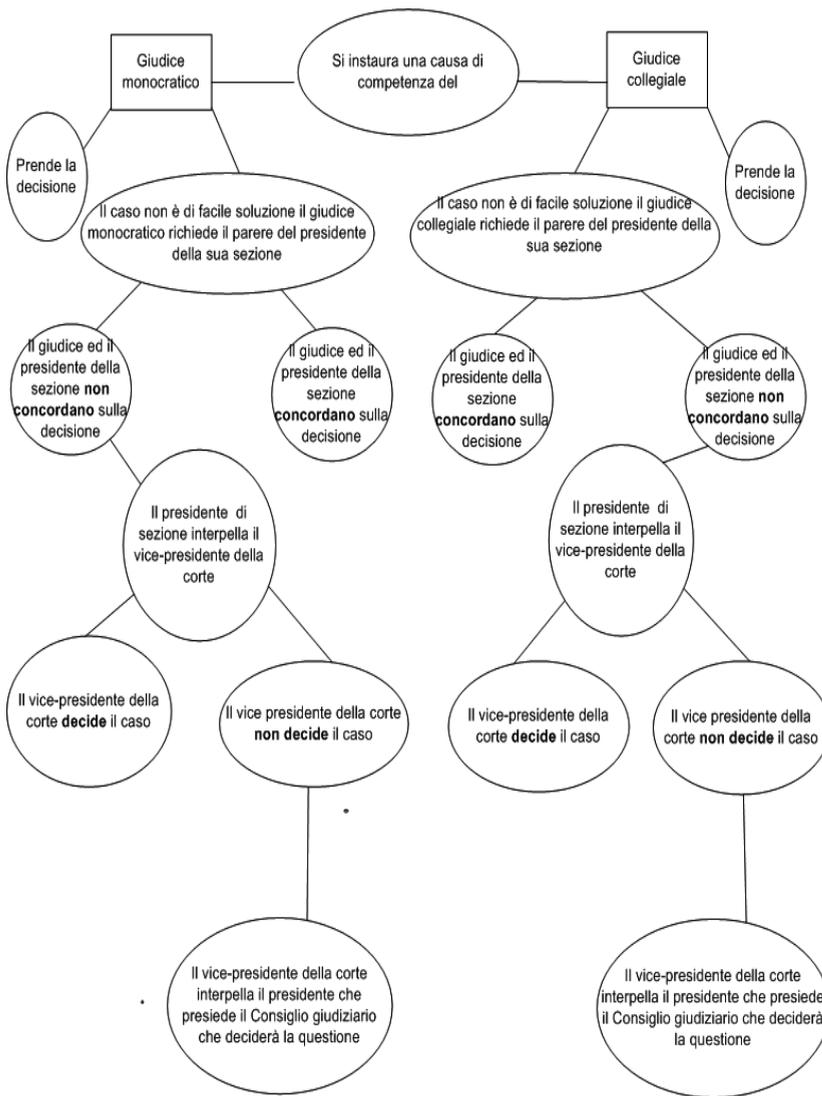


Grafico 9. Dal giudice designato *ex lege* al Consiglio giudiziario

I passaggi per giungere alla sentenza sono molti e non si fatica a credere che la separazione tra il procedimento che formalmente continua a proseguire davanti all'originario giudice collegiale, o monocratico, sia di gran lunga separato da quanto discusso dal Consiglio giudiziario che informalmente può anche decidere *sua sponte* quali casi rientrano nelle sue competenze evitando così i passaggi sovra esposti.

Da un punto di vista procedurale, una volta riunito il Consiglio, i primi a parlare sono i giudici che conoscono in modo più approfondito le questioni da discutere (*reporting judges*), mentre il presidente è l'ultimo a prendere la parola. La circostanza da

un lato fa sì che il presidente non influenzi gli altri membri del Consiglio, ma dall'altro lo avvantaggia dal momento che, nonostante la posizione rivestita, spesso non possiede una preparazione giuridica in senso proprio¹⁷².

La decisione dovrebbe essere presa a maggioranza, ogni voto, compreso quello del Presidente, ha lo stesso peso, ma, poiché all'esterno, si preferisce trasmettere l'idea di una decisione unanime, non vengono forniti dettagli su quanto espresso dai singoli durante le riunioni. Inoltre, studi sul campo hanno dimostrato che l'autorità del Presidente, contrariamente a quanto stabilito, è in grado di influenzare la decisione a prescindere da qualsiasi maggioranza¹⁷³.

I nomi dei componenti spesso non sono resi pubblici nemmeno alle parti in causa; nell'ipotesi in cui la decisione venga però appellata, supervisionata, ridiscussa e ribaltata, il membro che ha indirizzato il Consiglio verso una decisione (percepita poi come) sbagliata, può essere punito talvolta perfino con il licenziamento¹⁷⁴.

Nella pratica può essere molto difficile attribuire la responsabilità della sentenza al singolo, infatti, il giudice originariamente competente ne risulta sollevato con l'intervento del Consiglio, mentre le decisioni di quest'ultimo, risultando unanimi e collegiali, impediscono di attribuire con precisione le singole responsabilità¹⁷⁵.

L'esame dei casi sottoposti al Consiglio viene tendenzialmente svolto in modo assai sbrigativo, soprattutto se trattasi di casi seriali, circostanza che induce a ritenere che in realtà non vengano rimesse all'esame del Consiglio solo le questioni più complesse; per queste ultime l'esame pare invece essere più attento ed approfondito¹⁷⁶.

Per migliorare il sistema, il 20 agosto del 1993 la Corte suprema ha approvato alcune norme per regolamentare la procedura¹⁷⁷, il documento è composto da soli quattordici articoli e lascia aperte molte problematiche già esistenti; sebbene arrivi a stabilire questioni di dettaglio, come ad esempio il numero di riunioni settimanali del Consiglio, non esplicita se questo possa comunque riunirsi in caso di assenza di alcu-

¹⁷² Xin He, *Black Hole of Responsibility: The Adjudication Committee's Role in a Chinese Court*, cit., pp. 694-695.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ F.K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1682.

¹⁷⁵ Xin He, *Black Hole of Responsibility: The Adjudication Committee's Role in a Chinese Court*, cit., p. 706.

¹⁷⁶ Pare che maggiore attenzione è posta per le controversie su questioni connesse allo sviluppo dell'economia (socialista) di mercato per le quali manca spesso una consolidata produzione giurisprudenziale ed i magistrati si trovano in difficoltà nel decidere il contenuto della pronuncia da adottare. M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 84.

¹⁷⁷ 最高人民法院 审判委员会 工作规则 [Zuigaorenminfayuan shenpanweiyuanhui gonzuoguize, *Regole operative sul Consiglio giudiziario della RPC*], 20 agosto 1993, disponibili su < http://www.lawlib.com/law/law_view.asp?id=9800 > (03/13).

ni suoi membri. L'art. 13 prevede che le opinioni espresse dai membri non debbano essere comunicate all'esterno, suscitando critiche circa la tanto dichiarata pubblicità dei processi¹⁷⁸.

Tutto questo dovrebbe bastare ad avvalorare le critiche di coloro che contrastano la permanenza del Consiglio all'interno di ciascuna corte e soprattutto di coloro che percepiscono tale organo un ostacolo all'indipendenza decisionale del giudice; in realtà esistono ragioni a sostegno del suo mantenimento.

Coloro che sono favorevoli ritengono che una valutazione interna e collegiale dei casi specifici da parte del Consiglio sia utile proprio per prevenire eventuali influenze esterne sui magistrati: una composizione più ampia e formata da giudici gerarchicamente superiori è ritenuta più idonea a prevenire tentativi di corruzione, anche per il fatto che è più difficile corrompere un Consiglio numeroso piuttosto che un collegio di solito composto da tre giudici¹⁷⁹. Si ritiene, inoltre, che nello svolgimento delle sue funzioni il Consiglio sia in grado di svolgere un ruolo fondamentale; ovvero quello di dare continuità e coerenza alle decisioni della corte sebbene per la maggior parte dei casi non vi sia una vera e propria analisi dei documenti adottati dalle parti in causa, ma solo un sunto orale o scritto fornito dal giudice originariamente precostituito¹⁸⁰.

Nel sistema cinese, per i principi che lo guidano, il Consiglio giudiziario ha una sua piena ragion d'essere perché, attraverso la partecipazione del presidente e del suo vice, che oggi come in passato sono membri del PCC, riescono più facilmente a prendere una decisione in linea con le politiche del momento e, almeno in teoria, ad interpretare le volontà della maggioranza¹⁸¹.

A tutto ciò deve anche aggiungersi che la composizione del Consiglio è tale da definirlo, ad ogni livello amministrativo, l'organismo più professionalizzato.

Gli oppositori sostengono invece che non sia corretto che il giudice competente non sia lo stesso che poi prende la decisione, appare incongruente che *ex lege* il Consiglio debba essere interpellato per la risoluzione dei casi più complessi, ma poi deci-

¹⁷⁸ Il terzo piano di riforma quinquennale (2009- 2013) si è in proposito espresso asserendo che è necessario migliorare i meccanismi di trasparenza e pubblicità dei processi, ma senza prevedere particolari strumenti, *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts*, cit., par. II. 5.

¹⁷⁹ R. Peerenboom, *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?*, cit., p. 212.

¹⁸⁰ *Ibid.* Si veda Xin He, *Black Hole of Responsibility: The Adjudication Committee's Role in a Chinese Court*, cit., p. 688, che fornisce dettagli circa quanto di recente accaduto nella corte della provincia dello Shaanxi.

¹⁸¹ M.Y.K. Woo, *Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts*, cit., p. 605.

da sulla base di semplici riassunti predisposti dal giudice originariamente incaricato, il quale è dunque considerato in grado di sintetizzare il nucleo del problema¹⁸².

Non può che derivarne un senso di sottomissione o, nel lungo termine, di pigrizia idoneo a far sì che un giudice si rivolga sempre con più facilità al Consiglio, sia per evitare di incorrere in responsabilità sia per disinteresse alla sua professione ed una percepita inadeguatezza delle sue capacità¹⁸³.

Nel secondo programma quinquennale (2004-2008) la Corte suprema ha suggerito alcune modifiche per il ruolo del Consiglio giudiziario, in particolare ha proposto che lo stesso si pronunciasse sui casi più complessi o quelli di applicazione più generale, in un certo senso la riforma ha mirato addirittura a rafforzarne il ruolo creando Consigli diversi volti ad evitare che soggetti analoghi si trovassero a dover decidere sia questioni civili che penali¹⁸⁴.

Il pragmatismo cinese ha fatto sì che il Consiglio sorgesse per sopperire all'ignoranza giuridica dilagante in tutte le aree del paese e soprattutto in quelle rurali. Considerato il contesto cinese non è infatti difficile pensare che lo stesso Consiglio possa aver avuto ed avere tutt'oggi anche effetti positivi nella risoluzione delle controversie, ciononostante, se le situazioni all'interno delle corti cinesi dovessero migliorare e migliorasse quindi la professionalità del giudice, non continuerebbero a sussistere motivi per mantenerlo.

Alla fine degli anni Novanta, dopo l'ingresso della *rule of law* nella Costituzione, una crescente consapevolezza popolare dei diritti ed una forte attenzione al miglioramento generale del sistema-giustizia, si poteva pensare ad una graduale eliminazione dei Consigli in base al livello di sviluppo e competenza dei magistrati che formavano l'organico di una corte. In realtà, gli ultimi anni della crescita sono stati caratterizzati da un recupero di fiducia circa istituti con caratteristiche più prettamente 'cinesi'; la scelta del governo si è dunque concretizzata in una riforma volta a chiarire e migliorare il ruolo del Consiglio giudiziario, ma non certo ad eliminarlo.

In proposito nel gennaio del 2010 la Corte suprema del popolo ha reso noto il *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Implementation Opinions of Reforming and Improving the Judicial Committee System of People's Court*¹⁸⁵.

¹⁸² La dottrina cinese ha elaborato questa metafora: la decisione presa dal Consiglio giudiziario equivale a delle medicine date da un medico che non ha svolto la visita, Weimin Zuo disponibile su <<http://www.tianya.cn/publicforum/Content/law/1/4008.shtml>> (03/13).

¹⁸³ R. Peerenboom, *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, cit., p. 78.

¹⁸⁴ R. Peerenboom, *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?*, cit., p. 213.

¹⁸⁵ *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Implementation Opinions of Reforming and Improving the Judicial Committee System of People's Court* 关于改革和完善人民法院审判委员会制度的实施意见

Il documento stabilisce che la crescita dell'importanza delle corti richiede un sistema giuridico socialista imparziale, altamente efficiente ed autorevole al fine di standardizzare le procedure ed i meccanismi di funzionamento del Consiglio.

Tre priorità vengono sottolineate nel raggiungimento di tale riforma:

- 1) aderire alla leadership accettando la supervisione delle Assemblee legislative;
- 2) salvaguardare la dignità e l'autorità della Costituzione e delle leggi;
- 3) salvaguardare i diritti e gli interessi del popolo.

Il documento ribadisce che il Consiglio è «the highest judicial organization of people's court» ed, al fine di chiarirne funzioni e ruolo, distingue i compiti del Consiglio giudiziario della Corte suprema e dei Consigli delle altre corti. Al primo è assegnato il dovere di rivedere, supervisionare ed amministrare i casi sì da fungere da guida per l'amministrazione della giustizia del paese, ed in particolare:

- 1) meditare su casi difficili, complicati ed importanti;
- 2) riassumere le esperienze giudiziarie della Corte;
- 3) formulare interpretazioni giudiziarie e regolamenti;
- 4) ascoltare i resoconti degli altri dipartimenti circa il lavoro da questi svolto;
- 5) ponderare e decidere quali casi-tipo potranno servire da esempio nello svolgimento del lavoro della Corte;
- 6) meditare su questioni importanti riguardanti il lavoro delle corti.

Ai secondi sono attribuite più o meno le medesime funzioni ad eccezione della possibilità di formulare interpretazioni e regolamenti circa l'amministrazione della giustizia; parimenti ciascun Consiglio potrà selezionare alcuni casi più rilevanti per guidare le corti con giurisdizione analoga.

Anche la professionalità così come le qualità etiche dei membri devono essere migliorate al fine di garantire davvero la più alta qualità possibile in quel livello di corte, ancora una volta, determinante per la definizione degli standard e le qualifiche necessarie, sarà il Comitato centrale del PCC¹⁸⁶.

(*guanyu gaige he wanshan renmin fayuan shenpan weiyuan huizhi dude shishi yijian*) disponibile a <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8367&lib=law&SearchKeyword=judicial%20committee&SearchKeyword=>> (03/13).

¹⁸⁶ Si tratta della sezione VI del *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Implementation Opinions of Reforming and Improving the Judicial Committee System of People's Court*, cit.

Per quanto il documento tenti di suddividere con precisione quali casi ciascuna corte debba rimettere al Consiglio, la formulazione degli enunciati è spesso troppo vaga o di difficile determinazione.

Si stabilisce che i casi già decisi, ma sicuramente sbagliati o che necessitano di essere ridiscussi (la traduzione inglese parla di «wrong for sure and need retrials») debbano essere sottoposti all'esame del Consiglio, così come i casi fortemente contestati o comunque importanti e difficili¹⁸⁷.

Nonostante la ridondanza degli esempi, poco si aggiunge alla sinteticità dell'articolo 11 della LOCP. Ambiguità e flessibilità sembrano ancora predominare, più rilevante sembra essere quanto disposto nella XIII sezione del documento del 2010: viene infatti richiesta la presenza anche di soggetti non votanti quali i giudici 'de quo' (ovvero quelli che chiedono l'intervento del Consiglio) alle delibere dello stesso. Questi, pur mancando di diritto di voto, potranno esprimere le loro opinioni circa le cause che più direttamente conoscono.

Se applicata, un'altra disposizione potrà agevolare una più imparziale amministrazione della giustizia; si tratta della facoltà di trascrivere tutte le opinioni dei vari membri del Comitato e soprattutto esonerare da qualsiasi azione legale gli stessi membri per le opinioni espresse¹⁸⁸.

Per quanto il documento apporti solo piccoli miglioramenti, esso è comunque importante almeno su due fronti; da un lato rappresenta una risposta alle critiche che da più di venti anni subiva questo organismo; dall'altro rinnova la sua importanza dando addirittura la possibilità per le corti intermedie, o per gli organi giudiziari a questa sottostanti, di stabilire dei *routine working bodies* che, come il nome stesso indica, servirebbero a coadiuvare il Consiglio svolgendo un lavoro di routine sui casi più semplici.

Se l'importanza e il ruolo del Consiglio sembrano riaffermarsi, al contempo, riemergono i dubbi e le critiche di sempre che non sono destinati a soprirsi nemmeno con la presa di posizione della stessa Corte suprema.

3.4. Le influenze sull'indipendenza esterna

Se l'indipendenza interna è caratteristica peculiare della tradizione giuridica occidentale, ma non dell'ordinamento cinese che mantiene un sistema prettamente burocratico e gerarchico, non immune comunque da imperfezioni, l'indipendenza esterna è tutelata anche in Cina, *in primis* dalla Costituzione (art. 126). Anch'essa deve però

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Cfr. *ivi*, sezione XVI.

essere considerata in un contesto dominato dal centralismo democratico, dal doppio controllo, che vede protagonisti attivi e passivi gli organi statali, e dal ruolo guida del PCC.

Le maggiori influenze sull'indipendenza esterna trattate nei paragrafi che seguono riguardano possibili ingerenze da parte delle Assemblee parlamentari, posizionate allo stesso livello amministrativo della corte che devono controllare, il Partito comunista (considerato la maggiore causa di una debole indipendenza della magistratura cinese)¹⁸⁹, il ruolo dei mezzi di informazione di massa, le cui affermazioni spesso vengono considerate voce della volontà popolare, ed infine, ma non per questo meno influenti, le parti e gli organi di governo locale; influenza questa che fa, più delle altre, emergere problemi strettamente connessi al contesto cinese, quali il *guanxi*, la corruzione ed il protezionismo locale.

Nell'ambito delle influenze esterne che possono far pressione sulla facoltà di autodeterminazione della magistratura si possono individuare le così dette *systemic interferences*¹⁹⁰, in teoria legittime in quanto autorizzate dalla legge che possono però divenire illegittime se, ad esempio, un individuo abusa per scopi personali dei poteri che dalla legge gli sono conferiti, andando così oltre la funzione ed il fine dell'intervento.

Tra le *systemic interferences* rientra la supervisione esercitata dagli organi legislativi, messa in opera del potere di controllo loro attribuito dalla Costituzione, altrettanto può dirsi per il PCC laddove questo intervenga al fine di far rispettare le sue politiche svolgendo il ruolo guida che la Costituzione gli affida, sebbene formalmente, dal 1979, questo non debba più influire direttamente su singole decisioni¹⁹¹.

Sempre nell'ambito delle interferenze esterne se ne possono individuare alcune non di sistema (*non-systemic interferences*) che sono invece tendenzialmente illegittime. Rientra, ad esempio in questa categoria l'influenza esercitata dalle parti e dai funzionari dei governi che, per proteggere interessi particolari della loro zona di afferenza, spesso corrompono i giudici servendosi in modo illegittimo della loro posizione¹⁹².

¹⁸⁹ M.S.H. Kim, *A Distant Premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, cit., p. 21, si veda anche H. Koguchi, *Some Observations About "Judicial Independence" in Post-Mao China*, cit., pp. 195-213.

¹⁹⁰ Yulin Fu, R. Peerenboom, *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 98.

¹⁹¹ M.S.H. Kim, *A Distant Premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, cit., p. 20.

¹⁹² Yulin Fu, R. Peerenboom, *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 98.

3.5. Il ruolo degli organi legislativi

In base a quanto disposto in Costituzione l'Assemblea nazionale del popolo non è solo depositaria del potere legislativo, ma è anche organo deputato al controllo di quanto effettuato dalla Corte suprema del popolo; specularmente, in forza del principio del centralismo democratico, anche le assemblee locali popolari sono depositarie di un potere di controllo e supervisione sulle corti di pari livello¹⁹³.

La supervisione, una delle idee fondanti del sistema cinese, è considerata la soluzione idonea a rimediare problemi radicati nella società, in altre parole si usa ricorrere alla supervisione laddove altri meccanismi utilizzati non risultino adeguati¹⁹⁴.

Questi poteri possono assumere varie forme, un'influenza particolarmente rilevante degli organi legislativi sulle corti è costituita dalla facoltà che le stesse hanno, supportate dai loro Comitati permanenti, di nominare e destituire i giudici¹⁹⁵; un secondo potere di supervisione si esplica attraverso la richiesta di relazioni annuali che la Corte suprema deve fornire all'Assemblea nazionale del popolo e le corti inferiori alle rispettive Assemblee parlamentari locali. Più in particolare la relazione non serve solo per rendere conto del lavoro svolto, essa contiene anche il programma per l'anno successivo e poiché tutta la relazione è sottoposta al voto delle assemblee, nel caso di non approvazione, la corte dovrebbe completamente riformulare quanto intende mettere in atto¹⁹⁶.

Con l'avvio ed il consolidamento della riforma sia economica che giuridica gli organi legislativi e le corti hanno assunto maggiore importanza; i primi sono infatti necessari per adottare normative, di livello primario e secondario, per attuare principalmente la riforma economica, le seconde, ovvero le corti, completano l'attività dei primi occupandosi del contenzioso e quindi della corretta applicazione delle leggi o atti aventi forza di legge¹⁹⁷. In considerazione della loro rilevanza si è venuta svilup-

¹⁹³ Si deve qui ricordare che questo tipo di supervisione era già disciplinato nella Costituzione del 1954 e non era visto come violazione dell'indipendenza della magistratura (art. 78 Cost. 1954), J.A. Cohen, *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 981.

¹⁹⁴ Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, cit., p. 69.

¹⁹⁵ Si ricordano qui gli artt. 62 (7) e 67 (11) della Costituzione.

¹⁹⁶ Si ricorda l'articolo 128 della Costituzione. Si veda anche Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit. p. 77.

¹⁹⁷ S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., pp. 253-255 si veda anche Young Nam Cho, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision over Courts by Chinese Local People's Congress*, «China Quarterly», 176, 2003, pp. 1068-1083.

pando una terza modalità di controllo, ovvero la supervisione su singoli casi già giudicati o in corso di decisione¹⁹⁸.

Le radici di questo meccanismo, che probabilmente è quello che maggiormente è in grado di minare direttamente l'indipendenza della magistratura, vanno ricercate nell'impulso popolare. Infatti, il popolo, sovente vittima di sentenze emesse da giudici corrotti, parziali e promotori di vantaggi per il territorio piuttosto che della giustizia, si è spesso rivolto agli organi legislativi, mezzo formale a disposizione, per esprimere il disappunto e le lamentele¹⁹⁹.

Questa ulteriore supervisione si sviluppa nella prassi a partire dalla fine degli anni Ottanta e, secondo alcuni, costituisce ancora oggi il miglior rimedio per esercitare uno dei controlli più efficaci sull'attività giudiziaria²⁰⁰.

Il procedimento per la 'supervisione legislativa' è generalmente il seguente: le Assemblee parlamentari raccolgono i reclami del popolo (c.d. *petition letters*)²⁰¹, li selezionano in base all'importanza, prestando particolare attenzione a quelle circostanze che hanno creato un diffuso malcontento nella società, dopodiché si adoprano per effettuare delle vere e proprie investigazioni; nei casi più rilevanti sono supportate dal Partito al fine di trovare prove a sostegno delle loro tesi, costringere la corte a porre

¹⁹⁸ R. Peerenboom, *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, cit., p. 81 ss.

¹⁹⁹ In realtà lettere per esprimere le lamentele, c.d. 信访 *xinfang* possono essere inviate direttamente alle corti ed alcune statistiche sembrano sottolineare che la loro mole sia ancora rilevante sebbene in forte diminuzione, si veda B.L. Liebman, *A Populist Threat to China's Courts?*, M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 269-313, p. 277 ss. Tale diminuzione in parte è dovuta alle pressioni della CSP sulle corti inferiori per affrontare e risolvere le questioni sollevate. Anche il terzo piano di riforma (2009-2013) è in proposito molto chiaro, si veda *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009-2013)*, cit., par. IV. 5 (27), (28) che prevede anche la possibilità di reclami attraverso l'invio di posta elettronica.

²⁰⁰ Young Nam Cho, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision over Courts by Chinese Local People's Congress*, cit., p. 1070 ss.

²⁰¹ La Costituzione all'art. 41 stabilisce che: «Citizens of the People's Republic of China have the right to criticize and make suggestions regarding any state organ or functionary. Citizens have the right to make to relevant state organs complaints or charges against, or exposures of, any state organ or functionary for violation of the law or dereliction of duty; but fabrication or distortion of facts for purposes of libel or false incrimination is prohibited. The state organ concerned must deal with complaints, charges or exposures made by citizens in a responsible manner after ascertaining the facts. No one may suppress such complaints, charges and exposures or retaliate against the citizens making them. Citizens who have suffered losses as a result of infringement of their civic rights by any state organ or functionary have the right to compensation in accordance with the law». Si veda anche B. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, «China Quarterly», 191, 2007, pp. 620-643.

rimedio al danno eventualmente arrecato e punire il giudice direttamente responsabile, talvolta anche con il licenziamento²⁰².

Non vi è dubbio che spesso questa supervisione, soprattutto nelle corti di base, sia stata uno strumento utile, nelle mani dei gruppi sociali più deboli, idoneo a smascherare ingiustizie spesso causate da protezionismi locali. D'altro canto però a coloro che sostengono che tale attività altro non sia se non il legittimo esercizio del potere di supervisione sancito in Costituzione, si contrappongono coloro che pensano che il mantenimento di tale strumento leda il principio dell'indipendenza della magistratura²⁰³.

Come oramai noto, con riferimento alla Cina, è difficile trovare un'interpretazione univoca per molte situazioni formalmente simili, buone ragioni possono essere ritrovate in entrambe le posizioni, la differenza sostanziale è data casomai dal luogo d'analisi. In alcune zone del paese tale supervisione è stata, ed è ancora, strumentale ad una più corretta e rigida applicazione della giustizia, ma in altre può essere idonea a minare l'indipendenza della magistratura. Non si fatica a credere che la corruzione possa espandersi (o spostarsi) dalle corti alle Assemblee popolari che dunque decidono di supervisionare casi ai quali sono direttamente interessati o per i quali sono coinvolti amici o parenti e, al fine di assecondarli, non si peritano a violare regole processuali in nome del pubblico interesse²⁰⁴.

È poi necessario considerare che sebbene le corti debbano tollerare la supervisione degli organi legislativi in quanto parte essenziale del centralismo democratico, esse tentino comunque di sfuggirne e soprattutto di evitare un controllo puntuale su casi specifici, fatto che in Costituzione non è tra l'altro esplicitamente disciplinato.

Per questo motivo la supervisione legislativa ha incentivato la prassi delle corti inferiori di chiedere istruzioni alle corti gerarchicamente superiori per la decisione dei casi più complessi, con ovvie negative conseguenze circa il funzionamento dell'appello. In questo modo le Assemblee locali parlamentari poco avrebbero potuto fare nei confronti di una decisione proveniente da una corte superiore. Di contro, le Assemblee locali domandavano a loro volta agli organi legislativi superiori di control-

²⁰² «In major cases, the people's congress may request a report from [...] the courts, and also conduct its own investigation. If [the people's congress] finds error, it may ask [...] the courts to correct the case according to the law» Peng Chong come citato da M.Y.K. Woo, *Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts*, cit., p. 608.

²⁰³ Dingjian Cao, *Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 35- 53, p. 53.

²⁰⁴ Cfr. *ivi*, p. 52.

lare l'operato delle corti del loro medesimo livello che, in forza del principio gerarchico e del doppio controllo, sarebbero esulate dalla loro supervisione²⁰⁵.

In questa continua lotta di potere l'unica altra soluzione possibile ed efficace non poteva che essere quella di ricercare il consenso del Partito, in modo tale che la decisione politica non potesse essere supervisionata.

In questo modo tra corti e organi legislativi si è creata una sorta di gara alla ricerca del maggior consenso del PCC²⁰⁶.

Non vi è dubbio che lo strumento possa essere una specificazione del più ampio potere di controllo sulle corti, ma, d'altra parte, se mantenuto deregolarizzato non può che creare altra corruzione e vie di fuga che spesso deviano da un corretto esercizio della giustizia generando lotte di potere che raramente possono appagare le esigenze dei cittadini insoddisfatti²⁰⁷.

A tal proposito il terzo piano di riforma adottato dalla Corte suprema sembra prendere posizione in materia chiedendo alle corti di accettare le costrizioni esterne tra le quali quelle delle Assemblee popolari, ma niente stabilisce in riferimento alla supervisione dei singoli casi²⁰⁸.

3.6. Il ruolo del Partito comunista cinese

Comprendere l'impatto del PCC sulla magistratura significa bilanciare ed analizzare alcune affermazioni presenti nell'attuale Costituzione cinese. Si legge nel Preambolo che il PCC esercita un ruolo guida per il paese, ma si legge ancora nell'articolo 5 Cost.

²⁰⁵ Young Nam Cho, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision over Courts by Chinese Local People's Congress*, cit., p. 1080.

²⁰⁶ Cfr. *ivi*, p. 1079.

²⁰⁷ Se si pensa che gli organi legislativi controllano e supervisionano anche la corretta applicazione della Costituzione e che anche questo potere è visto come specificazione della funzione più generale di controllo ed indirizzo degli organi giurisdizionali, si comprende meglio anche il controllo sulle singole decisioni, J. Luther, *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene editore, Napoli 2009, pp. 223-281, p. 230. Giacchè il popolo può farsi portatore delle sue lamentele facendo pressione direttamente sulle corti, si è notato come il meccanismo abbia spesso portato ad abusi e a decisioni prese non tanto *ex lege*, ma nel convincimento (o presunto tale) che l'invio di numerose lettere di reclamo altro non fosse che la riprova delle giuste ragioni del singolo. Una 'giustizia' di questo tipo è spesso risultata più rapida ed efficace per le corti stesse che mettevano così fine ad una lamentela magari obbligando altra autorità a provvedere al risarcimento del danno patito. Anche questo meccanismo dunque se deregolarizzato rappresenta un problema importante per l'imparzialità delle decisioni, B.L. Liebman, *A Populist Threat to China's Courts?*, cit., p. 292.

²⁰⁸ *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009-2013)*, del 17 marzo 2009, Paragrafo I (3.6) e par. II (10)

che «[a]ll state organs, the armed forces, all political parties and public organizations and all enterprises and institutions must abide by the Constitution and the law».

In sostanza potrebbe proprio apparire come una strategia del PCC quella di guidare, ai vari livelli amministrativi, il paese attraverso politiche espresse nelle leggi. Per quanto plausibile, la circostanza non sempre trova riscontro nella lettera della legge. Potrebbe essere utile chiedersi come debba in questo contesto essere interpretato l'art. 126 sul quale si fonda il principio di indipendenza delle corti cinesi.

Da una prospettiva occidentale può risultare complesso capire il ruolo del PCC; discutere di un ruolo di *policy-making* delle corti è oramai comune in svariati ordinamenti giuridici, in particolare in quello statunitense che non lo ha mai messo in discussione, con particolare riferimento alla Corte suprema federale; nell'ordinamento cinese, viceversa, è più frequente discutere di un ruolo di forte ingerenza politica sulle corti da parte del Partito comunista.

L'istituzione che più spesso viene indicata come fonte di un'eccessiva ingerenza è il *political-legal committee*, un comitato presente a tutti i livelli amministrativi per assicurare la leadership del PCC in tutti gli organi politico-legali del corrispondente livello; tra gli altri, sono membri del Comitato anche il presidente della corte ed il presidente della Procura, sempre del livello corrispondente²⁰⁹.

In tale contesto si è soliti utilizzare il termine 'ingerenza' poiché il rapporto tra politica e magistratura viene letto in termini prettamente negativi attivando il seguente binomio: *'good judges and bad politicians'*²¹⁰.

La differenza sostanziale è rappresentata dal fatto che, con riferimento all'ordinamento cinese, non si può non considerare anche e soprattutto la prospettiva storica quindi il ruolo che l'idea di 'partito' (quello nazionalista prima e quello comunista poi) ha assunto a partire dal 1912, ovvero dopo la caduta dell'Impero celeste. Ne consegue che ad oggi anche in considerazione dell'organizzazione e del funzionamento della giustizia, il riferimento alla politica ed al Partito comunista è inevitabile al fine di rappresentare un quadro realistico e veritiero della situazione²¹¹. Se si comprende il ruolo storicamente assunto dal PCC si desume facilmente che esso è stato,

²⁰⁹ Ripensando alla presenza degli stessi soggetti del Consiglio giudiziario si comprende il loro contributo, anche non giuridico, nella risoluzione dei casi. D.C.K. Chow, *The Legal System of the People's Republic of China in a Nutshell*, Thomson West, St. Paul 2009, pp. 200-201. Più in particolare «The political and legal committees of the Party are responsible for the unification and direction of local judicial organisation, and for the management and maintenance of public order», Wei Ding, *The Reform of Grass Roots Tribunals and the Application of the Law in Rural China*, «China Perspectives», 61, 2005, pp. 1-10, disponibile su <<http://chinaperspectives.revues.org/527>> (03/13), p. 3.

²¹⁰ A. Garapon, *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., p. 41.

²¹¹ Suli Zhu, *Political Parties in China's Judiciary*, cit., p. 533 ss.

ed è ancora, il motore delle riforme economiche e giuridiche, in sostanza esso rappresenta il fulcro della crescita del paese²¹².

I preconcetti che emergono dall'intervento, più o meno dichiarato, del PCC nell'attività giudiziaria derivano dagli errori che il Partito ha commesso nel corso degli anni e dalla constatazione che la Cina non sia riuscita a sviluppare, di concerto all'immensa crescita economica, uno sviluppo sostenibile, un diffuso senso civico e ad intraprendere con più decisione una cammino verso la democrazia²¹³.

Recenti riflessioni svolte circa il ruolo del Partito rispetto all'organizzazione giudiziaria si possono ritrovare anche in uno scambio di opinioni intercorso tra il Professor Upham della New York University ed il Professor Suli Zhu già preside della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Pechino. Il primo con un lungo articolo pubblicato nel 2005²¹⁴ traduceva in inglese una parte del libro del Professor Zhu, *Sending Law to the Countryside* (del 2000), la cui versione originale è in cinese, facendone anche consistenti critiche. Il libro cinese è incentrato sull'amministrazione della giustizia nelle zone rurali della Cina e ciò che il Professor Upham contesta all'autore è la mancanza di riferimenti al Partito nella descrizione della risoluzione delle controversie illustrate. Zhu, nell'impostare la sua risposta, ricostruisce sia il ruolo del Partito nazionalista che quello del Partito comunista nel contesto storico cinese. Con riferimento al PCC egli riconosce che soprattutto in passato alcuni interventi non sono stati né equi né costruttivi causando dunque dei veri e propri disastri all'interno dell'ordinamento stesso, un esempio tra tutti è rappresentato dalle gravi conseguenze della Rivoluzione culturale (1966-1976); egli critica quel periodo di nichilismo giuridico caratterizzato dalla chiusura dei tribunali e delle facoltà giuridiche, ma riconosce anche la presenza di membri del Partito e addirittura di organizzazioni ad esso connesse che, grazie alla loro influenza, furono capaci di ridurre, o addirittura prevenire, alcune delle iniquità che invece un più marcato radicalismo avrebbe agevolato²¹⁵.

²¹² «It is still the major force mobilizing, promoting, and implementing reform within the judiciary, even though some of the reform measures promoted by the party have been clear mistakes and even though party leaders and policies have hindered the development of an independent judiciary», Suli Zhu, *The Party and the Courts*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 52-68, p. 53.

²¹³ Cfr. *ivi*, p. 57.

²¹⁴ F.K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, *cit.*, p. 1675 ss.

²¹⁵ Le risposte del Prof. Zhu che, dopo l'articolo del Prof. Upham, riflettono la sua posizione, creando quello che lui stesso definisce un «*cross-cultural dialogue*» circa le critiche ricevute, sono almeno tre, la posizione del Prof. Zhu negli anni non sembra essere molto cambiata anche se talvolta muta la prospettiva di analisi. Un primo articolo del 2007 parte dalla storia dei Partiti in Cina (nazionalista e comunista), si tratta di Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, *cit.*, p. 533-560, un secondo contributo analizza la

Secondo Zhu le critiche di Upham si fondano su assunzioni prettamente di stampo occidentale, quali: 1) l'esistenza di «some pure state of reality that deserves to be called 'judicial autonomy'»; 2) la possibilità di costruire un «standard or objective model of this judicial autonomy, either as a political structure or as a set of social conventions»; 3) il fatto che l'esistenza di un modello così costruito possa dimostrare che «the CPP exercises a politically-related influence»; 4) che sia possibile isolare ed esaminare «the actual social effect of such influence»²¹⁶. Tutti enunciati basati su esperienze occidentali che non tengono in considerazione il fatto che sia il Partito nazionalista che il PCC si sono trovati a dover costruire o ri-costruire uno stato, mentre, in occidente i partiti altro non dovevano fare se non amministrare stati già unitari²¹⁷.

Per questo motivo non può essere sottovalutato il fatto che il PCC sia ancora oggi considerato la maggiore forza del paese, forza che riesce a promuovere ed attuare riforme anche all'interno della magistratura²¹⁸. A conferma di ciò, nel 1997, l'allora presidente cinese Jiang Zemin durante il XV Congresso del PCC, disse che era giunto il momento per il Partito di assegnare priorità allo sviluppo del sistema giuridico e due anni dopo veniva emanato il primo programma di riforma quinquennale per la magistratura, richiesta che partiva anche dal popolo e che il PCC non doveva deludere²¹⁹.

Con riferimento alla rilevante presenza del PCC sul territorio cinese, riprendendo lo scambio di idee cui si faceva riferimento sopra, Zhu asserisce che non solo non è facile individuare nettamente l'influenza del PCC sulla magistratura, ma non pare nemmeno utile o necessario. Le politiche del Partito permeano tutta la società ed i membri dello stesso sono presenti in tutte le istituzioni, ivi comprese le corti²²⁰, cosa che non di rado rende difficile, anche per un giudice, comprendere quale sia la fonte dell'influenza²²¹; si aggiunga anche che i presidenti delle corti e spesso anche delle

prospettiva del rapporto tra PCC e magistratura si tratta di Suli Zhu, *The Party and the Courts*, cit., p. 52-68, infine un terzo articolo analizza il ruolo della politica nelle decisioni giudiziarie con particolare riferimento a quello che in occidente considereremmo il diritto costituzionale di un paese, si tratta di Suli Zhu, "Judicial Politics" as State-Building, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, New York 2009, pp. 23-37.

²¹⁶ Suli Zhu, "Judicial Politics" as State-Building, cit., 24.

²¹⁷ Suli Zhu, *Political Parties in China's Judiciary*, cit., p. 533 ss.

²¹⁸ Suli Zhu, *The Party and the Courts*, cit., p. 63.

²¹⁹ Yuwen Li, *Court Reform in China: Problems, Progress and Prospects*, cit., p. 57.

²²⁰ Suli Zhu, *The Party and the Courts*, cit., p. 67. Questo è anche il significato del ruolo di assoluta preminenza del PCC individuato da Mazza, per approfondimenti si veda M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 18 e ss.

²²¹ Questa mancanza di trasparenza può portare a conseguenze assai gravi, basti pensare al fatto che talvolta anziché di una linea politica del Partito può trattarsi dell'influenza di un singolo che, a scopi del tutto personali, intende esercitare una pressione sulla corte che si trova a decidere di un caso.

single sezioni sono quasi sempre membri del Partito²²². Inoltre, se si considera che ad oggi gli obiettivi centrali della politica cinese sembrano essere incentrati sulla riduzione del crimine e della corruzione, la crescita sostenibile del paese, la stabilità sociale e la legittimazione politica nazionale ed internazionale, si comprende come questi siano del tutto in linea con quella che in occidente verrebbe considerata l'attuazione della *rule of law*²²³. Quanto sopra sta a significare che spesso l'intervento diretto o indiretto del Partito non sia finalizzato a suggerire alle corti di ignorare o infrangere la legge, al contrario, consapevole, talvolta più degli stessi giudici, delle debolezze dell'organizzazione giudiziaria, è volto ad indirizzare la risoluzione di casi su binari diversi rispetto a quelli suggeriti dalla giustizia ordinaria per soddisfare maggiormente le esigenze del popolo²²⁴.

In altri termini, può accadere che, al fine di evitare problematiche maggiori, quali ad esempio l'impossibilità di eseguire un giudicato o risolvere casi politicamente sensibili o complessi, il PCC suggerisca soluzioni più calzanti, idonee ed efficaci, come il rivolgersi alla così detta riconsiderazione amministrativa²²⁵, oppure alla mediazione o ancora all'arbitrato. Non è dunque raro che il Partito intervenga per porre rimedio ad una carenza di risorse, competenze e strutture per arrivare ad una effettiva riparazione del danno o comunque ad una adeguata soluzione del caso. Da questo punto di vista si comprende come l'attività del PCC tenda, in un certo senso, ad evitare di porre le corti in una situazione difficile, dalla quale potrebbe derivare una minore credibilità delle medesime agli occhi del popolo ed una conseguente perdita di autorità²²⁶.

Parte della dottrina americana ha accostato il rapporto tra legge statale e politiche del Partito al rapporto esistente tra *common law* ed *equity* in base alle seguente proporzione:

$$\text{equity} : \text{common law} = \text{Party policy} : \text{State legal norms}^{227}$$

In particolare è stato affermato che:

²²² Resta il fatto che anche i non membri vengono scelti tra i simpatizzanti del Partito e sono dal Partito conosciuti.

²²³ K.E. Henderson, *Halfway Home and a Long Way to Go*, cit., p. 31.

²²⁴ Suli Zhu, "Judicial Politics" as State-Building, cit., p. 33.

²²⁵ Ovvero la possibilità di presentare ricorsi amministrativi attraverso atti e comportamenti di funzionari pubblici, appartenenti ad organi sia statali che locali. M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 13.

²²⁶ Suli Zhu, *The Party and the Courts*, cit., p. 57.

²²⁷ Keyuen Zou, *Judicial Reform in China: Recent Developments and Future Prospects*, cit., p. 1049.

Just as equity provides a gloss on the common law, Party decisions provide a gloss on State legal norms. But just as a rule of common law must give way when it conflicts with a principle of equity, so must any rule of state law give way when it is inconsistent with an ideological principle of the Party²²⁸.

Dunque, come in caso di conflitto tra *common law* ed *equity* quest'ultima deve prevalere²²⁹, come se si trattasse di una norma di dettaglio, la politica del Partito prevale su quanto *ex lege* predisposto; un *civil lawyer* potrebbe modificare la proporzione stabilendo che:

legge speciale : codice = politiche del PCC : leggi statali

Le situazioni che si possono presentare sono talmente diverse da rendere difficile il tracciare una linea di confine tra ingerenza legittima ed illegittima della politica, dal momento che non mancano certamente disonesti senza un vero impegno ideologico al socialismo e che prevedibilmente utilizzano la loro posizione di rilievo per intervenire nelle liti a fini personali e spesso *contra legem*²³⁰. Tale interferenza non potrà che considerarsi negativa, ma in questo caso non sarà politica, si potrà piuttosto parlare di pressione di un membro del Partito che abusa del proprio ruolo²³¹.

Sia la Costituzione che alcune leggi - prime fra tutte la Legge sulla magistratura e la Legge sulla procedura civile - imporrebbero ai giudici di resistere a tali pressioni, ma evidentemente ciò non è facilmente attuabile, considerando soprattutto che il magistrato cinese, non gode di uno status sociale, di un rispetto adeguato e non possiede alta professionalità.

²²⁸ H. Ralph, Folsom et al., *Law and Politics in the People's Republic of China*, 1992, come citato *ibid*.

²²⁹ «Il conflitto più appariscente [tra i due rami del diritto inglese - *common law* ed *equity*-] è riferibile all'inizio del XVII secolo, in connessione alla contesa tra le tendenze assolutistiche della monarchia - che si appoggia alle corti a lei fedeli, tra cui soprattutto la *Chancery Court* - e le resistenze del Parlamento, coalizzato invece con le corti di *common law*. Tale conflitto culmina nel contrasto tra Sir Edward Coke, *Chief Justice* del *Common Pleas* prima e del King's Bench poi, e il cancelliere Lord Ellesmere, e si risolve nel 1616, quando Giacomo I Stuart emana un decreto che dichiara la supremazia dell'*equity* in caso di conflitto», V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 291.

²³⁰ Suli Zhu, *The Party and the Courts*, cit., p. 56

²³¹ Pressioni possono giungere anche da un gruppo di membri del Partito, in questo il ruolo del Partito nella storia non aiuta poiché è come se si fosse tramandata l'idea che chi arriva a raggiungere una posizione rilevante può permettersi di chiedere favori anche alle corti a discapito della collettività, la cui felicità dovrebbe invece essere il principale obiettivo del Partito stesso, come recentemente affermato dal Prof. Weifang He «[...] a mature and righteous judicial system can serve as a regular channel to resolve social conflicts. Courts can shore up people's confidence by handling cases strictly in accordance with the law», Cho Ma, *Just Judiciary Can Ease Social Angst*, «China Daily», 19 maggio 2010.

Se da un lato, parrebbero esserci le 'buone politiche del Partito', dall'altro la presenza di membri disonesti, che in forza della loro posizione si permettono comportamenti *contra legem* e/o non nel comune interesse, contribuisce a creare senso di incertezza e confusione²³². L'alea insita nell'organizzazione delle corti cinesi è dunque chiara, soprattutto ricordando anche il sistema di reclutamento, promozione, valutazione e rimozione dei giudici.

La grande forza del Partito non poche volte è servita a dare voce alle esigenze popolari trasmettendo agli organi giudiziari ciò che per i cittadini equivaleva ad un sentimento di giustizia ed equità. Nello stesso tempo questo ha contribuito a creare una profonda discrezionalità e flessibilità del sistema, circostanza grave per l'occidente perché in netto contrasto con la dottrina della separazione dei poteri e con la certezza del diritto. Nella realtà cinese il fatto può assumere poca rilevanza perché la maggior parte dei cittadini poco conosce - e pertanto non si cura - delle esperienze estere e delle relative opinioni, mossa piuttosto da propri ideali di giustizia²³³.

Tralasciando per un momento la comparazione con i principi e le costituzioni occidentali e dato per assunto che non esiste una griglia di riferimento che permetta di valutare una magistratura indipendente, si deve ammettere che, pur riconoscendo la possibilità di interferenze del Partito nelle decisioni giudiziarie, non è facile calcolarne gli effetti e le conseguenze. Come molte magistrature anche quella cinese non è davvero immune da imperfezioni, alcune delle quali sono attribuibili al ruolo del Partito; ve ne sono altre, però, che possono derivare da una generale e reale trasformazione che mai, prima di adesso, la Cina aveva conosciuto²³⁴.

Nell'approccio è necessario sforzarsi di accettare alcuni principi di giustizia presenti nella società e soprattutto comprendere che in alcuni luoghi più remoti e rurali della Cina manca un determinato senso di legalità, giustizia e potere che possa far intendere a molti quelle che possono essere percepite come contraddizioni²³⁵. È lampante in un sistema di questo tipo che la certezza del diritto soccomba davanti a quella che il popolo percepisce come giustizia e che il Partito, per non perdere il consenso

²³² «Most cadres in our party are good or relatively good. However, there still exist a small number of cadres, especially leading cadres and their relatives, who adhere to the "special privilege" mentality, that eagerly seek personal privilege, and disregard Party discipline and the law. They engage in malpractice for selfish ends by resorting to the authority to their offices, suppressing democracy, and retaliating against others». Queste parole contenute nell' *Instruction of the Central Committee of the Chinese Communist Party Concerning the Full Implementation of the Criminal Law and the Law of Criminal Procedure*, cit. p. 208, possono essere considerate ancora valide.

²³³ A. Garapon, *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., p. 47.

²³⁴ M. Geraci, *China Still Needs Time to Develop*, «China Daily», 25 maggio 2010.

²³⁵ F.K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1675 ss.

popolare, sente di dover seguire. Il rischio della generalizzazione, di dipingere le corti cinesi quasi come pedine nelle mani del Partito, è quello di sopravvalutarne l'influenza, di tralasciare i problemi reali del paese e di non valutare esattamente l'effettivo impatto delle politiche del PCC sulla magistratura²³⁶.

Quanto sopra può essere avvalorato dal fatto che negli ultimi anni vi è stata una presa di coscienza da parte del PCC circa il fatto che la modernizzazione del paese non può essere ulteriormente attuata dalla sola élite politica; proprio tale evoluzione ha permesso al Partito di mantenere il suo ruolo nella realtà cinese. Attraverso l'ascolto, la comprensione, l'apprezzamento ed anche la mediazione dei diversi interessi che stanno alla base della società il PCC ha infatti intuito che era giunto il momento di ammettere al suo interno un maggiore grado di democrazia²³⁷. Sebbene non sia semplice prevedere quali potranno essere i successivi sviluppi, può apparire plausibile che dopo la riforma economica e quella giuridica sia giunto il momento per una riforma politica nella quale il ruolo del PCC deve, anche per i motivi sopra esposti, rimanere forte.

Potrebbe apparire plausibile nel lungo termine la possibilità che la Cina cambi «lo stile di governo del partito e [favorisca] la democrazia al suo interno, a condizione che il Pcc rimanga l'unico partito e continui a controllare l'esercito, i funzionari di governo e i media[...]»²³⁸.

Alcuni studi giurisprudenziali hanno comunque tentato di inquadrare in maniera più dettagliata l'influenza del Partito sulle decisioni delle corti ed il risultato che ne è emerso è stato il seguente.

Gli organi di Partito sono più propensi ed interessati ad intervenire nei casi politici (*pure political case*)²³⁹ che più minacciano, o sembrano minare, il sistema, la stabilità sociale, l'armonia del paese nonché il PCC stesso²⁴⁰.

²³⁶ A. Garapon, *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., p.40.

²³⁷ Suli Zhu, *The Party and the Courts*, cit., p. 63.

²³⁸ Tianyong Zhou, *La via cinese alla democrazia*, «Limes Rivista italiana di geopolitica», 4, 2008, p. 97-106, p. 97.

²³⁹ È degno di nota il fatto che spesso tali tipi di casi non vengono nemmeno accettati dalle corti per timore che le stesse si trovino poi a fronteggiare poteri extragiuridici troppo forti; laddove accettati sono casi che vengono decisi dai Consigli giudiziari presenti all'interno di ciascuna corte, in generale si veda N. Calcina Howson, *Judicial Independence and the Company Law in the Shanghai Courts*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 134-153, si veda anche Yulin Fu, R. Peerenboom, *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., pp. 95-133. I casi più politicamente sensibili o semplicemente maggiormente in grado di smuovere gli animi della società (ad esempio i casi di espropriazione), talvolta non vengono artatamente accettati in modo tale che i giudici possano mantenere (o non rischiare di mettere in discussione) l'autonomia conquistata nei primi 25 anni

D'altro canto

[I]mitations on the independence of the courts in political cases reflects the nature of the regime, the current state of socio political stability, the dominant conception of law/rule of law, China's model development, and the political contract between central and local governments. A single-party state is less likely than a democratic state to tolerate challenges to its authority, although the differences are easily overstated²⁴¹.

Il fatto che la Cina sia guidata dal PCC significa che le corti in un certo senso debbano attuare le decisioni del medesimo direttamente e dunque senza interferenza ove le disposizioni politiche risultino di per sé chiare, domandando, invece, chiarimenti laddove non lo siano²⁴². Con riferimento a questi casi parlare di un'indipendenza della magistratura non sembra avere molto senso e si avvalora l'ipotesi di un dialogo più costruttivo sul concetto di imparzialità.

L'attenzione degli organi di Partito viene richiamata anche dai casi che possono avere un risvolto socioeconomico rilevante, ovvero quei casi che vedono attivarsi un gran numero di persone, ad esempio quelli che vertono sul diritto del lavoro o sulla previdenza sociale; sono cause queste per le quali il PCC dimostra interesse anche per non perdere consensi. Il suo intervento può avvenire non per la necessità di influenzare o controllare la decisione delle corti, ma per supplire alle carenze di risorse e competenze di quest'ultime. L'aumento di contestazioni su questioni di questo tipo è dovuto in gran parte agli effetti della riforma economica, la quale, accentuando le dif-

di riforma dell'ordinamento giuridico. In questo senso la predisposizione della *case filing division* (立案庭 *lianting*) rappresenta uno strumento importante proprio nelle mani dei giudici. Sul tema si veda Nanping Liu, M. Liu, *Justice Without Judges: The Case Filing Division in the People's Republic of China*, «U.C. Davis Journal of International Law and Policy», 17, 2010-2011, pp. 283-343, p. 289 e F.K. Upham, *Chinese Property Rights and Property Theory*, in «Hong Kong Law Journal», 39, 2009, pp. 611-625, p. 619.

²⁴⁰ Si tratta di casi che riguardano i dissidenti politici, gli attivisti dei diritti politici e sociali etc. Interessante in proposito un trafiletto del *China Daily* che si domanda tutto sommato cosa sia la stabilità sociale. L'articolo afferma che alcuni hanno male interpretato il concetto poiché lo rapportano ad una società priva di incidenti e dispute (tali fraintendimenti sono frequenti in particolare tra gli ufficiali del governo), ma esperti della *Tsinghua University* (Pechino) sostengono che si dovrebbe intendere la stabilità sociale come un concetto non statico infatti «only when everyone could express his interests and concerns can the society be stable in a real sense. Our nation has long emphasized social stability as a prerequisite for development. But only social stability in the true sense can stimulate social progress», *What is social stability*, «China Daily», 22 aprile 2010.

²⁴¹ Fu Yulin, R. Peerenboom, *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 108

²⁴² Cfr. *ivi*, pp. 110-111.

ferenze tra le condizioni sociali dei cittadini, ha fatto aumentare anche le pretese dello stesso popolo²⁴³.

La situazione sopra descritta non sembra troppo differente da quella illustrata dal Professor Cohen alla fine degli anni Sessanta, egli nel commentare il significato del principio dell'indipendenza della magistratura sancito dall'articolo 78 della Costituzione cinese del 1954 notava che il PCC si disinteressava dei casi poco importanti ed interveniva invece in quelli che avevano natura e rilevanza politica più forte, o meglio, erano gli stessi giudici a domandare istruzioni al Partito ed a far controllare le sentenze prima ancora di emetterle²⁴⁴. Ciò detto, non era affatto semplice distinguere quali fossero i casi che potevano rientrare tra quelli aventi rilevanza politica perché i criteri di valutazione erano e sono tutt'ora mutevoli; per questo motivo persiste, ed ha un significato, la supervisione da parte degli organi legislativi, appendice del principio del centralismo democratico che deve anche essere letta in un contesto di elasticità e discrezionalità proprio di uno stato-partito²⁴⁵.

Rispetto al passato vi sono dati statistici che possono risultare importanti, come ad esempio il fatto che su circa otto milioni di cause decise ogni anno dalle corti cinesi solo una piccola parte rientra oggi tra quelle politicamente sensibili ed escludendo sia i casi penali che quelli amministrativi residuano circa quattro milioni di cause civili decise tendenzialmente senza l'interferenza del PCC, circostanza che purtroppo agevola altri tipi di influenze non meno dannose per la reputazione delle corti²⁴⁶.

Sono dati importanti perché permettono di ritenere che vi sia un aumento di indipendenza (o meglio imparzialità) decisionale quantomeno in certi ambiti del diritto e nelle zone più avanzate del paese dove gli organi giurisdizionali sono costituiti da giudici più preparati e professionalizzati²⁴⁷.

D'altra parte

[s]ince the Party leads all state organs, all the judiciary is a state organ, how can it be said that Party leadership is inconsistent with the Constitution? In-

²⁴³ Cfr. *ivi*, p. 114.

²⁴⁴ J.A. Cohen, *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 998.

²⁴⁵ Cfr. *ivi*, p. 999.

²⁴⁶ Yulin Fu, R. Peerenboom, *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 125, si veda anche Minxin Pei, Guoyan Zhang, Pei Fei, Lixin Chen, *A Survey of Commercial Litigation in Shanghai Courts*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 221-233.

²⁴⁷ Xin He, *Enforcing Commercial Judgments in the Pearl River Delta of China*, cit., p. 419 ss.

deed by inquiring into individual cases, the Party can uncover any violation of law that might occur in the judicial process²⁴⁸.

L'affermazione nella Costituzione odierna di un ruolo di mera guida politica del PCC rappresenta per parte della dottrina la volontà di evitare che lo stesso possa esercitare direttamente pressioni nei confronti degli altri organi statali, mentre vi è chi considera il Partito come «fonte alternativa del costituzionalismo cinese»²⁴⁹, se ne può trovare conferma nel fatto che le politiche ed i documenti del Partito dovrebbero contribuire all'interpretazione del diritto e quindi le direttive del Partito entrano nel diritto cinese, in senso lato il diritto cinese stesso rappresenterebbe una direttiva politica²⁵⁰, dunque, salvo specificazioni più precise, parlare genericamente di un'influenza politica sulle decisioni delle corti pare essere affermazione in un certo senso tautologica.

3.7. L'influenza dei mezzi di comunicazione di massa

It is better to hire a journalist than to hire a lawyer²⁵¹

Che i mezzi di comunicazione di massa siano atti a svolgere un ruolo determinante e di influenza sulle istituzioni non costituisce certo una novità, sebbene alcune caratteristiche proprie dell'ordinamento cinese riescano a rendere la questione più rilevante rispetto ad altri paesi.

In Cina il diritto formale può soccombere davanti a diverse pressioni ed esigenze e i media sono spesso considerati fondamentali 'controllori' dell'operato della magistratura. I mezzi di comunicazione di massa e l'informazione in generale non possono certo dirsi ancora del tutto liberi, nati come braccio destro per la propaganda dello stato-partito, restano ancora oggi connessi allo stesso²⁵².

²⁴⁸ J.A. Cohen, *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 993.

²⁴⁹ Suli Zhu, *The Party and the Courts*, cit., p. 57, altrove il Prof. Zhu si riferisce ad PCC come ad una «quasi-constitutional structure - a structure whose own internal democracy can supplement or even complete with (and through such competition improve) the more formal constitutional apparatus», Suli Zhu, *"Judicial Politics" as State-Building*, cit., p. 28.

²⁵⁰ I. Castellucci, *Rule of Law with Chinese Characteristics*, in Id., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Uni Service, Trento 2008, pp. 97-157, p. 115.

²⁵¹ Si tratta di un detto molto utilizzato in conseguenza di sentenze ribaltate su pressione dei media, citato da molti e recentemente da B. Liebman, *The Media and the Courts: Towards Competitive Supervision?*, «China Quarterly» 208, 2011, pp. 833-850, p. 841.

²⁵² In Cina il termine media non è paragonabile all'accezione occidentale, i mezzi di comunicazione di massa infatti non si limitano a scrivere articoli o copioni per programmi tv, ma sono anche autori di di-

In particolare, la forza dei media, tra i quali assumono grandissimo rilievo oltre ai giornali e la radio anche la televisione ed internet, è quella di essere capaci di creare l'opinione pubblica. Come spesso accade anche in occidente, i valori che smuovono la coscienza popolare sono frequentemente valori morali più che giuridici e, di conseguenza, in mancanza di riscontri testuali/legali la magistratura non dovrebbe subire influenze di questo tipo. La Cina rappresenta, invece, un caso a sé perché l'opinione pubblica ricopre un'importanza così fondamentale da essere capace di influire notevolmente sull'esito delle cause.

Come accennato nel capitolo primo il ruolo dei media si è andato consolidando soprattutto negli anni della Rivoluzione culturale, in assenza di altre istituzioni forti al di fuori del Partito. Più in particolare la 'commercializzazione' degli stessi si è avuta alla fine degli anni Settanta quando, per ridurre le spese statali, attraverso la vendita di pubblicità, i media si sono resi in parte più autonomi ed in parte più strumentali all'intero progetto di riforma economica: in sostanza dei veri e propri agenti della medesima²⁵³. A partire dalla metà degli anni Novanta, quando il paese dimostrava di intuire la necessità anche di una riforma giuridica che andasse a coadiuvare lo sviluppo economico, i media sono stati il tramite principale per avvicinare il popolo al diritto o meglio a quella nuova idea di legalità che stava crescendo nel paese e che necessitava di una consapevolezza popolare²⁵⁴. Essi hanno costituito una sorta di ponte verso la comprensione dell'importanza di un ordinamento giuridico più affidabile e certo²⁵⁵; strumentali a ciò sono state certamente le innumerevoli inchieste svolte da giornalisti al fine di palesare gravissimi casi di corruzione. Ovviamente, anche queste inchieste di denuncia devono essere considerate in un contesto in cui il PCC non ha mai smesso di svolgere un ruolo sia di guida che di controllo della società.

Tipica influenza del PCC è rappresentata da richieste volte ad imporre ai giornalisti di non occuparsi di questioni delicate o idonee a creare allarmismi nella società per periodi di tempo più o meno duraturi o addirittura dall'astenersi dall'occuparsi di argomenti *off limits* quali critiche nei confronti dell'esercito, giudizi sulla leadership

chiarazioni confidenziali tra leaders del Partito, B. Liebman, *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, «Columbia Law Review», 105, 2005 pp. 1-157, p. 9 ss.

²⁵³ P. Landry, *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, in T. Ginsburg, T. Moustafa (a cura di), *Rule by law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, pp. 207-234, p. 224.

²⁵⁴ B. Liebman, *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 28.

²⁵⁵ Per un'analisi sul ruolo dei media sulla fiducia popolare nelle corti si veda P.F. Landry, *The Impact of Nationalist and Maoist Legacies on Popular Trust in Legal Institutions*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 139-168, p. 160 ss.

della nazione, commenti critici su politiche nazionali talvolta non condivise dal popolo, come ad esempio la pianificazione familiare²⁵⁶.

Negli ultimi anni, proprio la diffusione della televisione anche nelle aree più povere e le riforme giuridiche, come la pubblicità dei processi, hanno destato curiosità e maggiore interesse del popolo cinese per la giustizia. I frequenti casi di corruzione, che hanno coinvolto soggetti arricchitisi illegittimamente, sono sembrati quasi dei racconti per il popolo, storie mai sentite prima ambientate in case immense e lussuose dove spesso non mancavano scandali sessuali; il popolo si è in parte avvicinato al diritto divenendone, tramite i mezzi di comunicazione, interessato spettatore²⁵⁷.

L'effetto sulla magistratura di un'opinione popolare è stato talvolta molto forte, i giudici si sono trovati, nei casi più clamorosi, ad occuparsi di cause i cui esiti erano già interiorizzati dalla società: prodotti di una percepita volontà popolare. Le conseguenze dell'influenza della volontà popolare sono state in certi casi pesanti, fino a confermare decisioni volute dal popolo, in contrasto con quanto *ex lege* predisposto, ed inasprite per la parte in causa oramai condannata dall'opinione pubblica solo per sedare l'animo popolare a discapito della prevedibilità e della certezza del diritto²⁵⁸.

D'altro canto, l'attività dei mezzi di comunicazione di massa è stata anche capace di denunciare avvenimenti che altrimenti non avrebbero mai trovato voce, di concedere risarcimenti a soggetti lesi (in attesa di esecuzione da anni), di ottenere, a livello

²⁵⁶ Se si considera la gerarchia di queste direttive e si comprende che talvolta alcune possono contrastare con altre, si intuisce la difficile situazione in cui può venire a trovarsi un giornalista cinese, per questo motivo più che una supervisione diretta sui contenuti, si preferisce aspettare che una determinata situazione sia già stata informalmente posta sotto controllo, circostanza che viene talvolta giustificata dall'esigenza di evitare inutili allarmismi (difficile però verificare se davvero di inutili allarmismi si possa parlare) B. Liebman, *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 53.

²⁵⁷ Ad esempio la municipalità di Chongqing negli ultimi tre anni è stata al centro di casi di corruzione e scandali che hanno coinvolto giudici, poliziotti ed imprenditori si veda ad esempio Yan Wang, *Officials Protected 'Majority of Gangs'*, «China Daily», 24 aprile 2010, Huazhong Wang, *Gang Boss Gets Life Jail*, «China Daily», 13 aprile 2010 ed in particolare un caso quello di Xie Cai Ping ha coinvolto l'attenzione di tutti i cinesi così il titolo di un articolo italiano G. Visetti, *Orge, sangue e soldi la Cina davanti alla tv per la signora della mafia*, «la Repubblica», 16 ottobre 2009 disponibile su <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2009/10/16/orge-sangue-soldi-la-cina-davanti-alla.html>> (03/13), per una miglior disamina sulla criminalità cinese inserita in un più ampio contesto e per le sue radici e motivazioni storiche si veda anche N.P. Ho, *Organized Crime in China. The Chongqing Crackdown*, cit., pp. 202-214.

²⁵⁸ R. Peerenboom, *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, cit., p. 85.

locale, condanne nei confronti di ufficiali di governo, i quali, in forza del loro potere, probabilmente non sarebbero mai stati puniti²⁵⁹.

Il fatto che le corti siano portate a seguire l'opinione pubblica formatasi dalla forza dei media può derivare da più fattori; da un lato, vi è certamente l'insita debolezza degli organi giurisdizionali, i pochi poteri che hanno nei confronti delle altre istituzioni statali, la bassa professionalità dei giudici - talvolta così scarsa da non poter contrapporre all'opinione pubblica alcuna argomentazione giuridica - dall'altro, il sostegno più o meno diretto del Partito nei confronti dei media. Se le politiche del PCC devono davvero rappresentare l'opinione del popolo è improbabile che queste si contrappongano ad una decisione giuridica con il rischio di perdere consensi²⁶⁰. Più prevedibile è la circostanza che il Partito si adopri, tanto quanto i media, a sostegno dell'opinione di maggioranza, poco importa se a discapito di leggi formali e procedure; in questo senso si è parlato di decisioni prese dai media più che dalle corti e qualcuno ha affermato che in certi casi può essere preferibile assumere un bravo giornalista piuttosto che un valido avvocato e vi è anche chi ha parlato di *rule by instruction* piuttosto che di *rule by law*²⁶¹.

Il rilievo dei giornalisti è in alcuni casi così importante e forte da indurre una corte addirittura a consegnare direttamente la sentenza nelle mani dei giornalisti per sapere se l'indicazione ricevuta è stata correttamente recepita e, comunque, sebbene il numero dei casi giudiziari, che hanno suscitato un grande e decisivo intervento dei media, non sia elevato, non vi è dubbio che le aspettative dell'opinione pubblica producono spesso l'effetto di fare assumere alle corti decisioni che, per essere consone al volere del popolo, disattendono le procedure e la legge. I media sono dunque capaci di sensibilizzare il popolo nei confronti della legalità, ma possono essere in grado di trasmettere un concetto di giustizia non in linea con uno stato di diritto. Ne consegue che in alcuni casi i mezzi di comunicazione di massa sono accusati di riportare il sistema verso una forma di giustizia simile a quella praticata dalle Guardie rosse nelle piazze, soprattutto durante la Rivoluzione culturale²⁶².

Una trattazione separata merita internet per le sue caratteristiche diverse rispetto a giornali, radio e televisione. Esso non solo trasmette velocemente ed ovunque delle informazioni, ma dà agli utenti la possibilità di divulgare le proprie opinioni. In paesi come la Cina dove ancora espressione e parola non sono totalmente libere esistono

²⁵⁹ Il racconto di molti casi in cui i media hanno avuto particolare importanza si ha in B. Liebman, *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 1 ss.

²⁶⁰ M. Del Corona, *Pechino a caccia di consenso*, cit.

²⁶¹ Weifang He come citato da B. Liebman, *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 68.

²⁶² Cfr. *ivi*, p. 123.

delle limitazioni anche per internet, ma le vie di fuga, soprattutto per i più esperti, sono sempre molte e la censura da parte del governo non è semplice²⁶³. Di conseguenza il controllo economico, politico e culturale sul popolo non è più in grado di garantire allo stato la tutela che gli altri mezzi di comunicazione riuscivano a garantire²⁶⁴. Spesso la rete è considerata un mezzo per dar voce a gruppi di dissidenti e dunque veicolo per proporre cambiamenti politici e trasformazioni che altrimenti non riuscirebbero a circolare: internet fornisce materiali altrimenti inaccessibili, o difficilmente diffondibili attraverso i tradizionali media²⁶⁵. Se tale è il suo potere è facile pensare che, pur in assenza di una diretta mediazione da parte dei giornalisti, il 'popolo della rete' riesca a formare un'opinione pubblica idonea a pilotare anche l'attività della magistratura.

In Cina, una causa giuridica che ha avuto risonanza anche all'estero²⁶⁶, è in grado di dimostrare proprio come internet sia stato in grado di far pressione sui giudici.

Il caso è quello di Deng Yujiao, una dipendente di un centro estetico, che svolgeva la sua attività nella località del Badong; anche in Cina, così come in altri paesi, cen-

²⁶³ Tra l'altro le limitazioni non sono sempre efficaci, o meglio, lo sono probabilmente per i fini che lo stato-partito ha, nel senso che l'accesso per certi siti è bloccato, ma esistono modi per aggirare questo tipo di censura: è sufficiente installare dei programmi che permettono di collegarsi alla rete come se si operasse dagli Stati Uniti anziché dalla Cina riuscendo quindi ad accedere a qualsivoglia tipo di sito e non sono necessarie particolari abilità, talvolta anche gli studenti anche solo per controllare banalmente *face book* o *youtube* (che in Cina sono censurati) possono accedervi, i più inesperti pagando il server di riferimento, i più esperti riuscendo a creare il collegamento anche gratuitamente e comunque la cifra richiesta difficilmente supera i 10\$ al mese, prezzi più che accessibili per molti occidentali, meno per il popolo cinese che ancora vive con c.a. 2 \$ al giorno (per queste statistiche si veda R. Peerenboom, *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?*, cit., p. 44). Quindi per quando possa essere diffuso lo strumento, il Partito riesce a bloccare per i cinesi medi (e quindi la stragrande maggioranza) i siti 'pericolosi'. Altra via di fuga è rappresentata dalla diffusione di telefoni cellulari che consentono l'accesso alla rete senza necessità di dover accedere da providers cinesi; per ora la diffusione non è tale da creare sconvolgimenti abnormi, solo il futuro potrà spiegare le reali possibilità di tali tecnologie, si veda J.P. Abbott, *Democracy@internet.Asia? The Challenges to the Emancipatory Potential of the Net: Lessons from China and Malaysia*, «Third World Quarterly», 22, 2001, pp. 99-114, pp. 102- 109, per le norme di regolamentazione di internet si veda E. Bertolini, *L' "apertura sorveglianza": la via cinese alla governance e alla censura di internet*, «Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», 2008, p. 1063-1097, p. 1071 ss.

²⁶⁴ M.Y. Zhang, B.W. Stening, *China 2.0: The Transformation of an Emerging Superpower...and the New Opportunities*, J. Wiley & Sons (Asia), Singapore 2010, p. 80.

²⁶⁵ Cfr. *ivi*, p. 287.

²⁶⁶ M. Del Corona, *I cinesi su internet contro le ingiustizie*, «Corriere della Sera», 23 agosto 2009, si veda anche J.A. Cohen, O. Zhong, *Public Sentiment Can Play Dangerous Role in Mainland Justice. The People's Will*, «South China Morning Post», 3 febbraio 2010, il caso è così popolare che anche *wikipedia* ha dedicato una voce (Deng Yujiao appunto) ed anche su <www.youtube.com> innumerevoli parti di telegiornali e programmi tv che ne trattano.

tri benessere, dove lavorano ragazze addette ai massaggi, nascondano in realtà attività di prostituzione. Nel caso di Deng la situazione che si era prospettata era la seguente. Alla ragazza è capitato di doversi difendere da un tentativo di violenza sessuale da parte di tre ufficiali del governo locale, per farlo Deng ha utilizzato un coltello²⁶⁷ con il quale ha ucciso uno degli ufficiali, ferito un secondo, mentre il terzo è rimasto illeso. A livello locale l'importanza degli ufficiali governativi non è da sottovalutare, il caso in un primo momento era passato inosservato, Deng era stata condannata per l'omicidio dell'ufficiale di governo e ritenuta socialmente pericolosa in quanto squilibrata²⁶⁸, quindi rinchiusa in un ospedale psichiatrico, legata ad un letto e lì abbandonata. L'immagine di Deng legata al letto ed in lacrime è però circolata sul web accompagnata dal verdetto del popolo: Deng è innocente.

Al momento del processo la volontà popolare è stata assecondata, l'imputazione da omicidio è cambiata in assalto ed eccesso di legittima difesa, ma con sospensione della pena basata sul fatto che la ragazza si era volontariamente arresa, era stata provocata dalla vittima e non era totalmente capace di intendere e volere poiché soffriva di depressione. Deng è tornata in libertà: le corti difficilmente si sarebbero potute opporre alla volontà popolare e il Partito, sempre in cerca di consensi, non avrebbe potuto comportarsi altrimenti, sebbene fosse in gioco la reputazione degli ufficiali di governo ed uno di loro avesse anche perso la vita²⁶⁹.

In Cina la sentenza è stata accolta come giusta ed appropriata in quanto del tutto in linea con la volontà del popolo, segno di quella *judicial democracy* idonea a realizzare un'organizzazione migliore della giustizia. Un ruolo così attivo e così influente sia dei giornalisti che dello stesso popolo della rete non può certo indurre ad una maggiore fiducia ed affidabilità nei confronti delle corti, ma davanti a tali obiezioni non è raro che i giornalisti si proclamino, anche da un punto di vista legale, più preparati dei giudici stessi. Anche in questo caso l'alea del sistema cinese è palese e la minaccia all'indipendenza e alla credibilità delle corti lo è ancora di più²⁷⁰.

Vi sono altri esempi di casi di tal portata; i giornalisti cinesi stessi sono consapevoli che l'opinione pubblica può non essere né equilibrata né corretta e che da un

²⁶⁷ Le versioni non concordano vi è chi sostiene che si trattasse di una lima per le unghie, pare infatti che Deng fosse addetta alla cura dei piedi e non ai massaggi.

²⁶⁸ Nella sua borsetta la polizia aveva infatti rinvenuto degli antidepressivi.

²⁶⁹ M. Del Corona, *Pechino a caccia di consenso*, «Corriere della Sera», 23 agosto 2009, si veda anche J.A. Cohen, O. Zhong, *Public Sentiment Can Play Dangerous Role in Mainland Justice. The People's Will*, cit.

²⁷⁰ Recenti statistiche circa la fiducia sono riportate in P. Landry, *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, cit., p. 212. I media godono della stessa fiducia dei professionisti del diritto, ma le corti, quali istituzioni, sembrano godere di una fiducia ben maggiore, sebbene inferiore rispetto a quella dell'Assemblea nazionale del popolo e della Procura.

punto di vista giuridico un'indagine del genere non dovrebbe aver significato, ma anche in ciò consiste la flessibilità e l'elasticità del sistema capace, almeno in teoria, di assicurare la stabilità del paese.

La grande potenzialità del web e la conseguente opinione pubblica che si forma è acclamata come una vera 'democrazia giudiziaria' anche da professori di diritto²⁷¹. Si propone una giustizia ed un'applicazione delle leggi che si differenzi, se del caso, da una zona all'altra del paese trovando sempre, però, il consenso popolare; è diffusa l'idea che la legge ponga dei limiti ai cittadini, da questi può essere non condivisa, talvolta nemmeno conosciuta e di conseguenza il popolo può anche pensare che per ottenere una giusta applicazione della norma sia bene affidarsi al suo stesso giudizio ed eventualmente anche a quello del giudice che, però, prima ancora che giurista dovrebbe essere un sociologo, esperto conoscitore delle realtà afferenti la sua giurisdizione²⁷².

Ancora nel 2013 il valore della certezza del diritto sembra dunque essere compreso con fatica nella società cinese e sembrano marginali le considerazioni che forse dovrebbero avere un certo peso come il fatto che la diffusione e l'accesso ad internet, sebbene in continua espansione, riguardino soltanto una piccola fetta della società²⁷³.

Queste sono le più evidenti e più note influenze dei mezzi di comunicazione di massa sul sistema delle corti, ve ne sono poi altre, altrettanto potenti, ma meno lampanti, rappresentate dallo scambio di rapporti interni tra i giornalisti ed il PCC, rapporti che arrivano direttamente sul tavolo dei membri del Partito e che, anche se non idonei a creare un'opinione popolare, possono comunque essere altrettanto incisivi sull'operato della magistratura²⁷⁴.

Se quanto sopra non bastasse ad indebolire il corretto funzionamento delle corti cinesi vi è un'ulteriore considerazione palesata dagli abusi e dagli effetti della corru-

²⁷¹ Zhonglin Chen, 司法民主是司法公正的根本保证 [*Sifa Minzhu shi Sifa Gongzheng de Genben Baozheng*], (*Judicial Democracy is the Crucial Guarantee of Judicial Impartiality*), «Faxue Zazhi», 5, 2010, pp. 23-27; l'autore è il preside della facoltà giuridica di Chongqing.

²⁷² Cfr. *ivi*, p. 23 ss. Interessante in proposito l'esperimento di inserire nelle corti di base dei 'special mediators' effettuato dal distretto di Weicheng nella provincia dello Shaanxi esposto in Wei Ding, *The Reform of Grass Roots Tribunals and the Application of the Law in Rural China*, cit., p. 5: «they provide the court with their knowledge of local peculiarities and reliable information on the parties in conflict; they are careful to analyse and judge according to moral criteria, as well as to share their thinking with the principal judge. This process assures a verdict in conformity not only with the law (hefa), but also with common sense (heqing heli)».

²⁷³ Le statistiche dicono che nel 1996 gli utilizzatori di internet non erano più di 40.000 aumentati a 12.3 milioni nel 2000 J.P. Abbott, *Democracy@internet.Asia? The Challenges to the Emancipatory Potential of the Net: Lessons from China and Malaysia*, cit., pp. 100-102.

²⁷⁴ B. Liebman, *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 101.

zione anche sui giornalisti. I media infatti oltre a diffondere l'opinione pubblica possono anche artatamente crearla e, se corrotti, possono indirizzarla a loro arbitrio a favore di una parte ed a discapito di un'altra; un lato positivo può essere invece rinvenuto nel fatto che un bravo giornalista possa, consapevole della propria capacità di influenza, portare avanti politiche ed ideali più giusti, si tratta sempre però di una scelta individuale; il sistema sembra mantenersi neutrale non agevolando né l'uno né l'altro comportamento²⁷⁵.

Recentemente il dibattito circa il rapporto tra mezzi di comunicazione di massa e corti si è andato sviluppando ulteriormente. Proprio una maggiore consapevolezza ed un utilizzo del diritto più informato hanno fatto sì che le corti stesse cominciasse a citare in giudizio per diffamazione i giornalisti che artatamente diminuivano la loro credibilità.

Le statistiche fino ad ora sembrano dimostrare che l'esito delle cause sia favorevole alle corti, infatti la disciplina legislativa è vaga e permette di far rientrare anche il solo utilizzo di un termine scorretto nel campo della diffamazione, ciononostante, il dato che forse più rileva è quello di una supervisione 'orizzontale' e vicendevoles (c.d. *competitive supervision*²⁷⁶) tra varie componenti della società e dello stato. In altri termini si sta sviluppando un dialogo, talvolta forzato, tra mezzi di comunicazione e corti che è idoneo ad indebolire la forte influenza dei media sulle corti, ma anche ad incentivare l'utilizzo, ad esempio di internet, da parte delle stesse che vi ricercano casi analoghi a quelli loro in esame per rintracciare una soluzione. In tal modo l'attenzione all'attività di altre corti incentiva una maggiore professionalità che, nel lungo termine, può contrastare pressioni esterne²⁷⁷.

3.8. L'influenza delle parti e degli organi di governo locale: il *guanxi* 关系, la corruzione ed il protezionismo locale

Cheating the State and coaxing the village²⁷⁸

L'influenza delle parti e degli organi di governo locale rappresenta da sempre uno dei maggiori problemi che affliggono il sistema giudiziario cinese per la sua grande diffu-

²⁷⁵ Cfr. *ivi*, p. 110.

²⁷⁶ B. Liebman, *The Media and the Courts: Towards Competitive Supervision?*, cit., p. 842 ss.

²⁷⁷ Cfr. *ivi*, p. 840.

²⁷⁸ È uno slogan popolare utilizzato per descrivere i comportamenti dei quadri di Partito o comunque gli amministratori delle aree decentrate, S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 111.

sione ad ogni livello di corti ed in tutte le zone del paese²⁷⁹. Questo tipo di influenza descrive uno dei problemi che anche gli investitori stranieri hanno dovuto imparare a conoscere per poter intraprendere affari duraturi e di successo²⁸⁰, infatti, l'incremento delle leggi a favore dello straniero, l'evoluzione della disciplina commerciale sulle società (da quelle a capitale sino-estero a quelle a capitale unicamente estero) hanno costretto l'imprenditore non cinese a cercare di capire i caratteri tipici della comunità. Caratteri come il 关系 *guanxi*, una diffusa corruzione (贪污 *tanwu*) ed un pesante protezionismo locale (地方保护 *difang baohu*) hanno rappresentato i maggiori problemi. Sebbene si tratti di tre accezioni molto diverse tra loro spesso l'una può essere causa dell'altra.

Il *guanxi*²⁸¹ letteralmente significa 'relazione', lo straniero lo collega spesso agli affari e ai rapporti di lavoro considerandolo come un legame intercorrente tra due persone che fanno affari insieme, in forza di tale relazione un parte può liberamente chiedere all'altra favori, certa che in futuro potrà ricambiarli, la definizione del *guanxi* così inteso potrebbe essere la seguente:

[S]ocial connections', dyatic relationships that are based implicitly (rather than explicitly) on mutual interest and benefit. Once *guanxi* is established between two people, each can ask a favour of the other with the expectation that the debt incurred will be repaid sometime in the future²⁸².

Per il popolo cinese la definizione di *guanxi* è diversa in quanto connotata anche da un carattere affettivo e di fiducia venutosi a creare a seguito della condivisione di esperienze significative per la vita di un uomo, come ad esempio la 'lunga marcia', in

²⁷⁹ S. Lubman, *Bird in a cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 266 ss.

²⁸⁰ Per ciò che concerne gli investimenti esteri la tendenza non è però univoca: «contrary to the expectations of local protectionism, there were also cases in which being a foreign-invested company was clearly advantageous, as the government wanted to protect its reputation as an attractive destination for foreign investment», R. Peerenboom, *Judicial Independence and Judicial Accountability: An Empirical Study of Individual Case Supervision*, cit., p. 79.

²⁸¹ Il termine è utilizzato in varie accezioni che lo rendono ricco di diverse sfumature non immediatamente comprensibili in occidente: 走关系 *zou-guanxi* (to go through *guanxi*); 拉关系 *la-guanxi* (to pull *guanxi*); 搞关系 *gao-guanxi* (to play *guanxi*), tutte azioni che si ricollegano alla c.d pratica del *guanxi*, ma con sfumature diverse. In proposito si veda Ling Li, *Lost in Translation. "Rule of guanxi 關係", an Alternative to the Rule of Law?*, in M. Tomášek, G. Mühleemann, *Interpretation of Law in China-Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 163-173, p. 166 ss.

²⁸² Mayfair Mei-Hui Yang, *Gift, Favors & Banquets: The Art of Social Relationship in China*, 1994 come citato da S. Lubman, *Looking for Law in China*, «Columbia Journal of Asian Law», 20, 2006, pp. 1-92, p. 70.

questo senso la definizione potrebbe essere la seguente: «an amalgamated concept representing the conduct and the process of conduct soliciting, receiving, offering or delivering a service by one party to another» nel rispetto di due condizioni: 1) l'attività o il servizio che una parte va a svolgere deve andare a vantaggio dell'altra; 2) l'attività o il servizio avvengono in conseguenza di un favore già ricevuto ovvero in un contesto di reciprocità che comporterà il riceverlo in futuro²⁸³.

Quale reciproco scambio di favori il *guanxi*, che affonda le sue origini nella Cina imperiale, è ancora oggi di cruciale importanza. In sostanza si fonda su due perni, quello della prossimità e quello della reciprocità²⁸⁴. Proprio al contesto del *guanxi* si deve collegare la pressione e l'influenza che parenti, amici e conoscenti possono esercitare sul giudice. I magistrati in base al dettato della Costituzione e delle leggi in materia, dovrebbero resistere a tali pressioni, ma questo non sempre avviene perché porterebbe a disattendere o addirittura rinnegare un legame esistente.

Il motivo per il quale *guanxi* è stato talvolta accostato al concetto di corruzione è dato dal fatto che la relazione personale può essere anche costruita artatamente al fine di chiedere poi un favore in cambio di denaro o di un regalo dal valore economico elevato, la differenza risiede nello sforzo e nella costanza che un soggetto impiega per costruirla, impegno che verrà ripagato con la rimozione di quelle barriere invece tipiche della corruzione, ovvero il rischio di non adempimento e dell'opportunismo di contro parte. In sostanza *guanxi* e corruzione possono essere complementari poiché il primo permette di eliminare ostacoli che la fattispecie della corruzione dovrebbe invece affrontare²⁸⁵. Per quanto semplice possa sembrare, costruire un rapporto di fiducia *ex novo* è circostanza tutt'altro che semplice; si dovrà trovare il modo più opportuno per guadagnarsi la fiducia di un giudice, ad esempio, scoprire che apprezza i liquori e consegnargliene uno raro, ma dal valore monetario difficilmente calcolabile, sì da non creare imbarazzo. Avere attenzioni per la famiglia del soggetto che si vuole 'conquistare', ma anche in questo caso bilanciando gesti e parole²⁸⁶.

Anche le corti non sono immuni da questi meccanismi che, anzi, stanno diventando sempre più frequenti; i soggetti coinvolti spesso non sono soltanto le parti e i rispettivi giudici, ma anche giudici e avvocati che possono accordarsi su percentuali da spartirsi su profitti ottenuti sui clienti²⁸⁷.

²⁸³ Ling Li, *Performing Bribery in China: Guanxi-Practice, Corruption with a Human Face*, «Journal of Contemporary China», 20, 2011, pp. 1-20, p. 4.

²⁸⁴ H. Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, Bruxelles 2005, p. 54.

²⁸⁵ Ling Li, *Performing Bribery in China: Guanxi-Practice, Corruption with a Human Face*, cit., p. 14 ss.

²⁸⁶ *Ibid.* Per alcuni esempi pratici di come provare ad instaurare *guanxi*.

²⁸⁷ In proposito è molto interessante il tentativo di un avvocato di instaurare *guanxi* con alcuni giudici di Pechino al fine di accaparrarsi clienti, tentativo così esplicito e mal fatto che anche i giudici cinesi lo han-

L'idea del *guanxi* come *trust-building process* permette dunque di non assimilare il concetto a quello di corruzione. Negli ultimi anni quest'ultima è stata incrementata dal fatto che la rapida crescita economica ha allentato la supervisione verticale accentuando invece quella orizzontale; in tal modo si è reso difficile lo sviluppo e l'evoluzione delle corti nelle amministrazioni decentralizzate che sono rimaste fortemente legate ai governi locali anche perché da questi finanziate e controllate. La diffusione di vantaggi statali sul territorio ha creato le opportunità per raggiungere ed ottenere risorse e così, soprattutto gli ufficiali dei governi locali spesso sottopagati, sono divenuti facilmente corruttibili e corrotti²⁸⁸.

Sebbene anche l'amministrazione centrale della Cina non sia immune dal fenomeno, il problema appare più grave a livello locale e rappresenta per il PCC uno strumento pericolosissimo capace di impedire l'assimilazione delle politiche nazionali nelle innumerevoli zone periferiche. In queste ultime l'allentamento del controllo statale sugli ufficiali dei governi locali ha reso gli stessi più liberi di compiere scelte individuali nel tentativo di arricchire le zone amministrare a discapito di altre ed in violazione delle normative nazionali. Le campagne di riforma a livello centrale sono tante e pensate per impedire il dilagare della corruzione, ma resta il fatto che il controllo statale sulle corti rimane forte soltanto per certe decisioni²⁸⁹, mentre si è ormai allentato sugli ufficiali delle amministrazioni decentralizzate²⁹⁰.

È stato notato che soltanto le questioni socialmente e politicamente importanti registrano un forte intervento dello stato-partito, per molte altre la pressione non è più così marcata rendendo possibile da un lato una maggiore indipendenza per i giudici nella decisione delle cause politicamente più neutre, dall'altro il formarsi di protezionismi e localismi del tutto immuni dalle indicazioni provenienti dall'alto creando ostacoli non indifferenti per una nuova concezione della legalità²⁹¹.

no considerato ridicolo e davvero eccessivo. L'avvocato appena trasferito nella capitale scriveva infatti una lettera identica a vari giudici: «I would like to have friendly cooperation with you...to share the litigation resources and the profits. You are welcome to introduce me to litigants in cases that you preside over...under the following conditions: (1) the claim of the dispute is more than RMB 300.000 [circa 30.000 euro]; the litigant has no retained a lawyer or it is possible to have that lawyer replaced; (3) the litigant is likely to win the case or to have the damages claimed by the other party reduced...I will let you share 40% of the retainer as your commission fee». L'analisi di questo caso, non andato a buon fine, di instaurare un rapporto avvocato-giudice, cfr. *ivi.*, pp. 1-2.

²⁸⁸ S. Lubman, *Looking for Law in China*, cit., p. 74.

²⁸⁹ Yulin Fu, R. Peerenboom, *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 95 ss.

²⁹⁰ S. Lubman, *Looking for Law in China*, cit., p. 80.

²⁹¹ F.K Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1699.

Pare calzante questo proverbio: «Il centro è il nostro benefattore, la provincia è il nostro parente, la contea è una persona buona, la municipalità è una persona malvagia e il villaggio è il nostro nemico»²⁹².

Ne è conseguito che gli ufficiali delle zone più decentrate sono divenuti, anche per fini personali, più interessati alla gestione dei territori loro assegnati. L'abuso ed il cattivo esercizio di un potere pubblico a scopi individualistici si è spesso risolto nel ricorso alla corruzione, ma nel contesto cinese, dove talvolta pressioni diverse si incrociano e scontrano, non è facile riconoscere quando una certa influenza sia vera e propria corruzione, piuttosto che un'interferenza strumentale a disincentivare altre pressioni. Con il termine corruzione in riferimento alla Cina si indicano spesso più fattispecie di reato quali l'appropriazione indebita, la truffa nei confronti delle parti in causa, o ancora l'abuso d'ufficio e i favoritismi in generale²⁹³.

In un contesto di scambio di favori, corruzione delle parti e pressioni del Partito (talvolta legittime perché finalizzate al bene della collettività, talaltra illegittime perché derivanti da un abuso di potere della propria posizione), comprendere o definire con esattezza il reale funzionamento e la concreta indipendenza delle corti è circostanza tutt'altro che semplice.

Non si deve quindi pensare ai giudici quali mere vittime della corruzione; nella realtà essi stessi sono protagonisti di condotte a volte scorrette; il Codice etico del 2010 impedirebbe, come già accadeva nei più risalenti documenti del 2001 e del 2005, di tenere determinati comportamenti, tuttavia è ancora frequente che un giudice si incontri a pranzo con l'avvocato di una parte in assenza dell'avvocato di controparte, o che giudice ed avvocato alloggino nello stesso hotel instaurando amicizie e relazioni che non dovrebbero essere loro proprie. Come recita un noto proverbio cinese, accade anche che sia proprio il giudice ad ingannare le parti accettando di essere corrotto da entrambe, decidendo poi la causa in favore del 'migliore offerente'²⁹⁴. Ancora all'inizio del XXI secolo comportamenti di questo tipo non erano considerati illegittimi e troppo poco sembra essere cambiato anche dopo la puntualizzazione della loro illiceità²⁹⁵.

Concetto più ampio è quello del protezionismo locale che può presentarsi sotto svariati aspetti. I governi locali possono far pressione su una corte per far decidere un

²⁹² S. Grano, *Il problema della proprietà della terra in Cina*, «Mondo cinese», 130, 2007 disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/130/130_gran.htm#.UT39IqWC9qM> (03/13).

²⁹³ Ling Li, *Corruption in China's Courts*, in R. Peeremboom (a cura di), *Judicial Independence in China, Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 196-220.

²⁹⁴ S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 256.

²⁹⁵ Proprio nel Terzo piano di riforma quinquennale (2009-2013) la Corte suprema del popolo avvisa della necessità di migliorare il Codice etico (par. III (16)).

caso a favore di una parte piuttosto che di un'altra in ragione di un legame che questa ha con il territorio. *Guanxi* e corruzione possono integrare il protezionismo locale; tendenzialmente il giudice sotto pressione userà pretesti per evitare la fase esecutiva continuando a richiedere documenti a fini meramente dilatori o asserendo che la causa non è ancora pronta per la decisione. Possono essere predisposti dei freni laddove i localismi siano troppo evidenti, quali l'intervento dei media nel denunciare la situazione o la supervisione da parte delle corti superiori²⁹⁶.

Non seguire un'indicazione data dagli ufficiali di governo locale può però essere causa di nefaste conseguenze. Emblematico in proposito il caso del giudice Jia Tingrun, presidente di una corte di base²⁹⁷.

Nel 1994 in località Lulong nella provincia dell'Hebei un imprenditore gestiva una fiorente azienda agricola e si stava velocemente arricchendo. I governatori locali infastiditi dal suo successo lo citano in giudizio adducendo motivazioni pretestuose circa l'appropriazione indebita di fondi pubblici. Il giudice (nonché presidente della corte) Jia Tingrun, esaminato il caso in modo approfondito, giunse alla conclusione che l'agricoltore non aveva commesso alcuna scorrettezza e volendo decidere il caso secondo la legge era propenso a dargli ragione, ma gli ufficiali locali, informati del probabile esito del processo a loro sfavorevole, azionando meccanismi non giuridici, trovarono il modo di far pressione per mezzo del loro potere locale, della Corte intermedia gerarchicamente superiore (*Qinhuangdao Municipal Intermediate Court*) nonché del PCC. Le conseguenze per il giudice Jia, che aveva resistito a queste pressioni, furono gravi: fu trasferito in una provincia sperduta con stipendio dimezzato e demansionato. L'imprenditore fu costretto a chiudere l'azienda e condannato a sette anni di reclusione. Soltanto nel 2001, dopo sette anni un avvocato decise di riaprire la causa che questa volta si risolse in favore dell'imprenditore, ma il risarcimento fu di modesta entità e l'azienda non poté essere riaperta in quanto tutte le attrezzature ed i macchinari erano oramai divenuti obsoleti ed inutilizzabili²⁹⁸.

Per quanto il caso non sia dei più recenti è stato scelto poiché emblematico di più fattori quali: l'allontanamento ed il demansionamento del giudice, i danni arrecati all'azienda in buona fede e l'inutilità di una giustizia tardiva.

Quando entra in gioco il protezionismo locale più che alle relazioni personali si deve pensare anche ad un tipo di pressione differente; spesso è il potere centrale a fis-

²⁹⁶ Un recente articolo del *China Daily* analizza il problema evidenziando le pericolose conseguenze del protezionismo non solo sul lavoro stesso del governo, ma anche sulla stabilità sociale, Xie Yu, *Get Rid of Interference in Local Courts*, «China Daily», 24 maggio 2010.

²⁹⁷ Informazioni sul tema sono disponibili su <<http://news.sohu.com/91/29/news204742991.shtml>> (03/13).

²⁹⁸ Yuwen Li, *Professional Ethics of Chinese Judges*, cit., pp. 5-6.

sare delle percentuali di crescita e correlate ricompense per lo sviluppo economico di determinate zone del paese. Per un giudice quindi privilegiare un'azienda locale piuttosto che una forestiera, in alcuni casi, può significare non solo il mantenimento della sua posizione, ma una prospettiva (magari indiretta) di miglioramento del tenore di vita. In altri termini accontentare i leaders spesso può comportare l'arricchimento della zona in cui si opera, quindi anche dell'organo giudiziario di afferenza, quindi ancora delle proprie condizioni personali²⁹⁹; a discapito della legalità e della certezza del diritto³⁰⁰.

Maggiori e più efficaci potranno essere le pressioni laddove più stretto è il legame dei finanziamenti e delle nomine, come visto nei capitoli precedenti.

Evidenze ulteriori di comportamenti scorretti si presentano nelle corti di base dove già di per sé il bilanciamento tra discrezionalità e legge formale non è semplice. Per capire il perché in talune zone della Cina sia così semplice corrompere basta ricordare quali sono le condizioni di alcuni giudici, soprattutto di quelli che operano nelle corti di base.

Non mancano a questo proposito testimonianze dirette: attori e convenuti si permettono di rivolgersi al giudice in modo rude e maleducato, di essere scomposti in aula o di non presentarsi in giudizio anche se convocati, con l'intento di risolvere la questione offrendo al magistrato un lauto banchetto e non mancando di sottolineare le sue condizioni di povertà, corruzione e bassa professionalità, tentando così a loro volta di corromperlo³⁰¹.

Tali testimonianze asseriscono che sussistono ancora oggi situazioni nelle quali i giudici vivono in condizioni simili a quelle esistenti nelle unità di lavoro dell'epoca maoista 单位 (*danwei*), sottopagati, non rispettati e privi di indipendenza³⁰². Le corti di base operano in una situazione critica non solo in conseguenza della corruzione e del protezionismo locale, ma per la mancanza di un'idea di giustizia assimilabile a quella ormai creatasi a livello centrale. Per meglio comprendere il contesto è utile ri-

²⁹⁹ È d'uopo ricordare lo stretto legame tra organi di governo locale e staff delle corti, non solo per ciò che concerne lo stipendio, ma anche per l'alloggio, i permessi scolastici della prole e la condizione sociale generale.

³⁰⁰ Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, cit., p. 176. Non si deve comunque sottovalutare che ragionamenti improntati alla crescita piuttosto che alla legalità hanno portato spesso a favorire imprese occidentali, al fine di far investire, dando la parvenza di legalità per ottimizzare, nel medio-lungo termine, i profitti della zona e delle imprese del luogo.

³⁰¹ S. Balme, *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 163-179, pp. 163-164.

³⁰² Cfr. *ivi*, p. 156.

portare alcune descrizioni di casi proposti dal Prof. Zhu³⁰³, già preside dell'Università di Pechino.

Egli prova a descrivere le difficoltà delle corti cinesi partendo dall'assunto che spesso non sono le parti a rivolgersi al tribunale, quanto piuttosto è il giudice che si spinge verso le aree più remote del paese. Egli descrive una sorta di giustizia itinerante, sintomo allo stesso tempo della debolezza e della forza delle corti, debolezza perché evidenzia una difficoltà di penetrazione del governo centrale nelle aree periferiche, forza perché costituisce un tentativo di riacquisizione di potere da parte del governo centrale; portando nelle campagne la giustizia si riconducono anche le zone più periferiche della Cina sotto la guida del governo centrale³⁰⁴.

Se i consensi ed i maggiori successi del PCC erano giunti dalle campagne, ovvero dalle zone in cui l'influenza del Partito nazionalista era pressoché nulla, dal 1979 con l'avvio della riforma economica, la prospettiva si è ribaltata, il governo centrale è ora più debole nelle campagne e si serve dei 'funzionari della decisione' (*shenpanyuan*) per riportare la proiezione del potere burocratico anche ai margini della società³⁰⁵. È lo stesso Zhu a sostenere che non si tratta di un problema connesso ad una cultura giuridica diversa tra città e campagna, quanto piuttosto di una scarsa influenza della nuova cultura che ha regolato con leggi materie che prima non erano disciplinate e che in alcune realtà tali sono rimaste³⁰⁶.

Emblematico in questo senso il *Field Ox case*³⁰⁷; il caso è idoneo a dimostrare come nelle corti di base vengano in realtà adottate decisioni che non trovano alcun appiglio giuridico. Questi i termini del caso: nel 1984 il contadino che chiameremo (A) presta al suo vicino confinante (B), anch'egli contadino, 300 RMB³⁰⁸; il prestito serve a (B) per comprare un campo, del valore di 600 RMB, dove far lavorare il suo bue; dopo tre anni un bue di (B) muore e per i successivi nove anni (A) consente a (B) di utilizzare il suo per arare il terreno senza richiedere alcun tipo di compenso. In questo lungo periodo di tempo (A) compra e vende buoi e (B), non avendo apparen-

³⁰³ Suli Zhu, 送法下乡：中国基层司法制度研究 [*Song fa xiexiang: Zhongguo jiceng sifazhidu yanjiu*] (*Sending Law to the Countryside: Research on China's Basic-Level Judicial System*) cit., come tradotto in F. K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1675 ss.

³⁰⁴ Cfr. *ivi*, p. 1680.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Non è raro che venga attribuito alla tradizione (soprattutto confuciana) la diversità dell'organizzazione sociale cinese. P. Rossi, *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 9-67, p. 28.

³⁰⁷ Il caso è descritto da Zhu e riportato in lingua inglese da F.K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1689.

³⁰⁸ La cifra equivale a 30 euro circa.

temente diritti, non fa obiezioni. Nel 1995 uno dei buoi di (A) partorisce un vitello, che nel 1996 (A) riesce a vendere per 1000 RMB: compravendita che non viene comunicata a (B). Un mese dopo (B) comunica ad (A) che necessita di un bue per arare il campo, così lo prende e poi lo vende senza comunicarlo all'apparente proprietario.

In conseguenza di ciò (A) cita in giudizio (B) pretendendo il guadagno totale della vendita del bue. Il giudice riconosce che in un certo senso tra i due si è instaurata negli anni una relazione che può essere paragonata ad una sorta di società e dunque stabilisce che (B) debba restituire ad (A) una parte del ricavato della vendita. In realtà il giudice stabilisce che (B) debba restituire più di 1000 RMB ad (A) in forza del fatto che (B) negli ultimi nove anni non ha mai corrisposto alcunché ad (A) per tutte le attività svolte con i suoi buoi e nel suo campo. Il contadino (B) propone appello alla corte intermedia che non riesce ad inquadrare giuridicamente il fatto soprattutto circa l'esistenza o meno della comproprietà. La Corte si domanda se il bue fosse in comproprietà o se invece vi fosse un mero 'utilizzo' di B nei confronti del bue di (A), rimette dunque la questione alla corte inferiore. Il giudice della corte inferiore non più in composizione monocratica, ma collegiale (*heyiting*), aumenta la parte che (B) può trattenere a 650 RMB e non chiede alle parti di addurre ulteriori prove. (A) non è certo soddisfatto della decisione, ma sente di doverla accettare.

L'autore asserisce che il caso è stato semplicemente deciso secondo buon senso, poiché non vi sono appigli giuridici né qualificazioni giuridiche del rapporto, infatti in realtà il rapporto non viene giuridicamente qualificato, la legge viene quasi utilizzata come strumento per convincere le parti della correttezza della decisione, ma, *de iure*, tra (A) e (B) non si era venuto a creare alcun rapporto obbligatorio se non in base a quello che può considerarsi una consuetudine locale. A suo avviso questa è la giustizia nella Cina rurale, egli ritiene infatti che i giudici delle corti inferiori siano:

agents of the Central Government but with limited power who must devise means to survive personally and institutionally in a setting that is not ready to accept national authority and in the face of national norms drafted with indifference to the varieties of behaviour the judges encounter³⁰⁹.

Il governo centrale richiederebbe alle corti inferiori anche nelle zone più povere di avere un ruolo politico più definito, ovvero contribuire direttamente alla stabilità sociale, ma se si considera la forza del *guanxi* e quanto questa possa valere in realtà amministrative di dimensioni non grandi, se si aggiunge il problema della corruzione

³⁰⁹ F.K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1714.

e del protezionismo locale, nonché la mancata applicazione dei modelli giuridici approvati a livello centrale si comprende la varietà e la poliedricità del sistema delle corti cinesi e la difficoltà di renderne una definizione univoca.

Capitolo 3

La professionalità del giudice cinese. Un confronto tra oriente e occidente

1. La professionalità del giudice tra oriente e occidente

1.1. Premessa

Non vi è dubbio che la riforma economica abbia prodotto in Cina enormi cambiamenti: *in primis* la presenza di capitale straniero collegata ad una crescita che il paese non aveva mai conosciuto prima, tanto da far consacrare Hu Jintao, Presidente uscente, come l'uomo più potente del mondo¹.

Agli osservatori occidentali le incoerenze del sistema sembrano tuttavia molteplici; in particolare la riforma giuridica è ancora in corso, il programma quinquennale sulla giustizia, iniziato nel 2009, ne è chiara dimostrazione ed il progetto di riforma può leggersi come un'ulteriore evoluzione nonché condizione necessaria per mantenere i successi economici raggiunti.

Ancora oggi i problemi che affliggono le corti cinesi sono molti ed evidenti; nei precedenti paragrafi si è notato che spesso l'indipendenza della magistratura è ostacolata da forti pressioni provenienti sia da istituzioni a questa collaterali o gerarchicamente superiori, sia dalla medesima organizzazione interna delle corti, pressioni così incisive spesso a causa della poca resistenza che i giudici oppongono, anche per una scarsa preparazione giuridica e culturale.

La necessità di una crescita di cultura giuridica e di una preparazione più adeguata è avvertita dal governo centrale e chiaramente esplicitata da svariate avvertenze riportate dalla stessa Corte suprema del popolo. Nella relazione annuale che la Corte suprema consegnò all'Assemblea nazionale nel marzo del 2009, riferita all'anno precedente, si legge che persistono problemi nella preparazione dei giudici; molti di loro

¹ Questo il risultato della rivista *Forbes* del novembre del 2010, per maggiori dettagli si veda <<http://www.forbes.com/profile/jintao-hu/>> (03/13). Hu Jintao è stato in carica fino a metà marzo del 2013 sostituito da Xi Jinping.

non hanno compreso il ruolo nel portare avanti una *rule of law* socialista con caratteristiche cinesi; gran parte della magistratura ha difficoltà ad adattarsi alle nuove situazioni emergenti, manca di senso di giustizia ed in generale la professionalità è carente².

Questo capitolo intende descrivere in prospettiva storica quali siano stati i progressi nell'aumentare la professionalità del giudice cinese e quali effetti possono aver prodotto, partendo dal presupposto che una formazione adeguata rappresenta una delle migliori garanzie di indipendenza ed imparzialità per un giudice in grado di assicurare una forma di autonomia decisamente importante: l'indipendenza dall'ignoranza³.

Greater professional identity among judges is unlikely to alter how they decide sensitive cases, but it may assist them as they seek to combat interference from both within and outside the courts⁴.

Per la tradizione giuridica occidentale un giudice dovrebbe riuscire a dimostrare non solo a se stesso, ma anche agli avvocati, alle parti ed alla società tutta la propria imparzialità, dimenticando, nell'esercizio delle sue funzioni, le inclinazioni politiche ed ideologiche utilizzando piuttosto la sola professionalità⁵.

1.2. La prospettiva occidentale

Theoria sine praxis rota sine axis
Praxis sine theoria caecus in via⁶

In occidente siamo abituati a ritenere che lo sviluppo del diritto proceda di pari passo con l'evoluzione dei suoi operatori⁷. I giuristi, siano essi avvocati, giudici o professori svolgono un ruolo distinto da altre figure socialmente rilevanti⁸.

² *Supreme People's Court Work Report*, 17 marzo 2009 comunicato durante l'XI congresso dell'Assemblea nazionale del popolo.

³ G. Oberto, *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Cedam, Padova 2008, p. XIV.

⁴ B. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, «China Quarterly», 191, 2007, pp. 620-643, p. 631.

⁵ M. Storme, *Independence of the Judiciary: the European Perspective*, in S. Shetreet, C. Forsyth, *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, pp. 85-95, p. 89.

⁶ Il brocardo è citato da O.G. Chase, H. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson-West, St. Paul 2007, pp. 56 e 54.

⁷ Per una disamina sulla *legal profession* nella tradizione giuridica occidentale si veda U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, Thomson-Fondation Press, New York

In Inghilterra, paese in cui la *common law* affonda le sue radici, già nel XIII secolo si cominciava ad intravedere un ceto di giuristi pratici. Il sistema dei *writs*, sempre più sofisticato rendeva difficile stare in giudizio di persona. Nell'Europa continentale, invece, il giurista era un uomo dotto, lo studioso di un diritto già ampiamente presente in epoca romana e per il quale si era ricominciato ad avere interesse intorno all'anno Mille con la nascita delle prime università. Sebbene con modalità differenti il giurista in tutta Europa ha iniziato a godere sin dall'inizio di un grande rispetto da parte della comunità e la sua partecipazione indiretta all'edificazione di regole sociali non trovava una legittimazione né nel suo potere politico né nella sua autorità religiosa, bensì nella conoscenza tecnico-professionale acquisita attraverso lo studio e/o la pratica del diritto⁹.

In Inghilterra già a partire dal XIV secolo gli avvocati (*attorneys*) si formavano affiancando chi prima di loro aveva acquisito esperienza pratica e già si poteva parlare di un reclutamento dei giudici tra le fila degli avvocati più prestigiosi. Altamente considerata era anche la figura del giudice di *civil law*, formatosi con gli studi universitari. In Europa continentale erano infatti le università ad occupare un ruolo centrale nella formazione dei giuristi, mentre in Inghilterra gli stessi cominciarono a formarsi principalmente attorno alle corti di Westminster¹⁰.

L'idea comune a tutta la tradizione giuridica occidentale era, dunque, quella che colui il quale era istituzionalmente chiamato ad emettere sentenze doveva possedere una solida cultura generale e giuridica per svolgere in maniera adeguata la sua funzione, poco rilevava se acquisita sui testi o con la pratica.

Per i motivi indicati anche nella premessa del precedente capitolo, la scelta effettuata nella stesura di questo lavoro è stata quella di affidarsi a principi internazionali anche per tracciare una comparazione sul profilo della formazione del magistrato. Da qualche anno oramai si è convenuto che anche la formazione e la competenza dei giudici rientrano tra i principi fondamentali, quali indipendenza ed imparzialità¹¹.

2009, (7a ed.), p. 628 ss., O.G. Chase, H. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman, *Civil Litigation in Comparative Context*, cit., p. 51 ss.

⁸ U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., p. 310.

⁹ Cfr. *ivi*, p. 310, sull'importanza del diritto romano come base comune per lo sviluppo del diritto si veda, p. 341 ss.

¹⁰ Ad onor del vero, la radice comune della tradizione giuridica occidentale circa la figura del professionista del diritto può essere ritrovata nel *giurisperito* di tradizione romana (V secolo d.C.) cfr. *ivi*, p. 631.

¹¹ V. Autheman, K. Henderson (a cura di), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, IFES Rule of Law White Paper Series, 2004, pp. 1-27, disponibile su <http://www.ifes.org/~media/Files/Publications/White_PaperReport/2004/21/WhitePaper_1_FINAL-.pdf> (03/13).

In realtà la professionalità e la competenza sono state considerate come condizioni necessarie per l'indipendenza della magistratura e conseguentemente garanzia per il cittadino di ottenere un giusto processo, sancito chiaramente per la prima volta nella *Universal Declaration of Human Rights* del 12 ottobre 1948.

Anche il Consiglio d'Europa, sulla base delle indicazioni fornite dalle Nazioni Unite, ha asserito che il reclutamento, così come la progressione di carriera dei giudici, deve essere basato sul merito considerando, tra l'altro, integrità, abilità ed efficienza dei medesimi al fine di garantire una magistratura realmente indipendente¹².

La formazione del magistrato riveste particolare importanza, sebbene se ne parli sempre in termini generali: l'articolo 10 dei Principi fondamentali relativi all'indipendenza della magistratura del 1985 stabilisce che «persons selected for judicial office shall be individuals of integrity and ability with appropriate training or qualifications in law»¹³.

In conseguenza di quanto deciso dalla prima commissione di studio dell'Unione internazionale dei magistrati (UIM), lo scopo dei sistemi di reclutamento della magistratura è quello di inserirvi soggetti competenti, dinamici, di ampie vedute, coscienti del ruolo che sono chiamati a svolgere e responsabili di eventuali errori commessi nello svolgimento delle loro attività¹⁴.

In questo senso non è rilevante soltanto la preparazione giuridica del magistrato, ma anche il profilo psicologico del candidato, le sue abilità comunicative, la sua propensione all'ascolto, le sue attitudini sociali e la sua capacità organizzativa del lavoro; egli deve sempre stare al passo con i cambiamenti della società, per questo motivo l'apprendistato richiesto, subito prima o immediatamente dopo il reclutamento, deve essere accompagnato da una formazione permanente.

Il diritto è mutevole e deve essere conosciuto nel suo graduale sviluppo, solo così si possono acquisire capacità professionali specialistiche e la consapevolezza delle questioni sociali più rilevanti. In questo senso una remunerazione adeguata per il lavoro svolto deve servire anche a tenere alte le proprie abilità e competenze; inoltre la formazione dei giudici non deve subire influenze improprie e pertanto dovrebbe essere regolata all'interno dalla magistratura stessa. Al proposito la Carta europea sullo statuto dei giudici del 1998 stabilisce (artt. 2.3 e 2.1) che la selezione ed il reclutamento debbano essere svolti da un organismo indipendente e che nella scelta dei candida-

¹² V. Autheman, K. Henderson, (a cura di), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, cit. p. 6.

¹³ Articolo 10 disponibile su <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Independence-Judiciary.aspx>> (03/13).

¹⁴ *Recruitment and Training of Judges in a Modern Society* disponibile su <<http://www.iaj-uim.org/swi/wp-content/uploads/2013/01/I-SC-1996-conclusions-E.pdf>> (03/13); par. 1.3.

ti si debba tener conto della loro capacità di decidere le questioni liberamente e in modo imparziale, applicando il diritto nel rispetto della dignità individuale, assicurando anche una preparazione adeguata attraverso tirocini, a spese dello Stato, tenuti nel rispetto di regole di indipendenza¹⁵.

Lo studio del diritto, in considerazione dell'accesso alle professioni legali, quasi ovunque coincide con l'inizio dei corsi universitari¹⁶.

Comparando ancora una volta le due maggiori famiglie della *Western Legal Tradition* (WLT), quella di *common law* quella di *civil law*, si evidenziano alcune differenze circa la preparazione alla *legal profession*.

La tradizione di *common law* tende a inquadrare la professione giuridica come un'unica entità, è frequente che un giurista passi dall'essere assistente di un giudice a socio di uno studio legale e, se davvero meritevole, venga in seguito scelto quale giudice, punto di arrivo di una brillante carriera; laddove si realizzi quest'ultima circostanza, il merito è da attribuirsi alle sue qualità e alle sue caratteristiche anche personali, non è raro infatti che i giudici di *common law* (specialmente quelli delle corti superiori) siano conosciuti per nome e per le loro inclinazioni, anche politiche. Diversa è invece la concezione delle *legal professions* nei paesi di *civil law*; il cammino per divenire magistrato (giudicante o requirente), avvocato o notaio è diverso e, sebbene non precluso, il passaggio da una professione all'altra è assai raro. Il giovane laureato sceglie la professione che preferisce e si prepara per i rispettivi concorsi/esami e non è scorretto affermare che molte volte la scelta iniziale è quella definitiva¹⁷.

Anche l'insegnamento impartito contraddistingue un diverso approccio; nelle università che si sono sviluppate nell'Europa continentale si impartisce un insegnamento più teorico e cattedratico volto a fornire agli studenti gli strumenti della così detta *grammar of law*. Nei paesi di *common law* l'attenzione è invece focalizzata sulla risoluzione e lo studio di casi concreti.

¹⁵ *European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum Strasbourg*, 8-10 luglio 1998, disponibile su <<http://www.summitofhighcourts.com/docs/standarts/COE1.doc>> (03/13), si veda anche G. Oberto, *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, cit., p. 8 e John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, in Albrecht P. A., J. Thomas (a cura di), *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Wissenschafts-Verlag Intersentia, Berlino 2009, pp. 81-88, p. 83.

¹⁶ Anche se in Inghilterra non è obbligatorio il conseguimento di una laurea in giurisprudenza, molti degli odierni giuristi la posseggono. Negli Stati Uniti è ancora frequente iniziare gli studi di legge dopo aver raggiunto la 'laurea di primo livello' anche e preferibilmente non in diritto (*undergraduate degree*), U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., p. 628.

¹⁷ J.H. Merryman, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Presentazione di Gino Gorla, Giuffrè, Milano 1973, p. 153 ss.

Curiosa in proposito la reazione di un giurista di *common law* alle lezioni teoriche e cattedratiche tipiche della nostra tradizione.

Statutory or code provisions are systematically presented on a level which seems to provide only vague guidelines for the solution of actual cases. Occasional references to actual cases will almost invariably be made in generalized form. The legal problems in a case will be treated in the abstract, as illustrations of how the court evolved legal rules, adapted to the solution of the case, from the more general ones found in the code or statute. When on a rare occasion the discussion does descend to the level of particular facts, it will be abruptly cut off by the remark that a *questio facti* is involved which does not merit further analysis. The American lawyer would thus discover that, more often than not, where his interest really begins the law teacher's seems to end¹⁸.

Di conseguenza il *civil lawyer* davanti ad una questione giuridica ricercherà prevedibilmente la soluzione corretta, il *common lawyer* penserà invece a trovare i migliori argomenti per la discussione della causa. Pratica e teoria sono entrambe di fondamentale importanza per svolgere la professione, il *civil lawyer*, più preparato sulla teoria, dovrà, una volta superato l'esame (o il concorso), integrare la sua formazione svolgendo un periodo di apprendistato affiancando professionisti più esperti. Il *common lawyer* proprio attraverso la pratica, comprenderà che una solida base di regole teoriche è necessaria per trovare argomentazioni giuridiche più calzanti¹⁹.

La formazione dei magistrati è divenuta peculiarità della tradizione giuridica occidentale, vi sono paesi, come la Francia, che riconoscono un vero e proprio diritto alla formazione permanente²⁰, altri che stabiliscono linee guida in Codici etici²¹, come l'Italia fino al 2007²², impegnando il magistrato ad interrogarsi continuamente sul li-

¹⁸ M. Damaska, *A Continental Lawyer in an American Law School: Trials and Tribulations of Adjustment*, in O.G. Chase, H. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson-West, St. Paul 2007, pp. 53-57, p. 55.

¹⁹ Cfr. *ivi*, p. 57.

²⁰ Legge organica n. 189 del 25 Febbraio 1992.

²¹ Secondo alcuni i Codici etici sono molto importanti perché stabiliscono chiaramente degli standard di condotta e rafforzano il sistema disciplinare, si veda John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, cit., p. 85, per uno sguardo ai codici etici approvati in alcuni paesi europei si veda E. Kreth, *Ethics of Judicial Behaviour*, in P. A. Albrecht, J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, Berlino 2009, pp. 171-177.

²² Il codice etico italiano è stato approvato dall'associazione italiana dei magistrati il 7 maggio 1994, in realtà con la legge n. 111 del 30 luglio 2007 è stato poi sancito un vero e proprio obbligo giuridico di coltivare una formazione permanente (o continua).

vello della propria professionalità e preparazione. Anche in Europa per incentivare il dialogo tra corti nazionali e sovranazionali, si pongono obiettivi per la professionalità dei magistrati, come quello di svilupparne le conoscenze linguistiche, diffondere i risultati dei loro studi e creare strumenti diffusi di formazione²³.

Tratti comuni a tutta la tradizione occidentale si ritrovano quindi nella istruzione, concepita come un diritto nei confronti dello stato e come dovere, giuridico o deontologico, del singolo professionista²⁴. Al fine di rendere effettivi tali scopi è necessario anche che il potere giudiziario protegga la reputazione delle corti e dei giudici da eventuali critiche provenienti dall'esterno spiegando in modo comprensibile alla società le ragioni sottostanti le decisioni più difficili da accettare²⁵.

2. La formazione dei magistrati in Cina

2.1. La storia: l'organizzazione degli esami imperiali e le prime università

Sappiamo che nella Cina imperiale l'addetto alla risoluzione formale delle controversie era il magistrato che per divenire tale doveva superare dei difficilissimi esami 科举考试 *kejūkaoshi*²⁶.

L'enorme dimensione del paese imponeva suddivisioni del territorio e della società per poter governare il paese: la Cina era divisa in province, a loro volta suddivise in amministrazioni locali più piccole fino ad arrivare a centri amministrativi che potevano comprendere in media dai 100.000 ai 250.000 abitanti. Ogni porzione di territorio era presieduta da un magistrato che dirigeva e controllava tutte le funzioni amministrative all'interno della propria giurisdizione, per questo motivo egli possedeva raramente un'istruzione giuridica specifica, risolveva piuttosto i casi che gli si presentavano come uno dei tanti doveri amministrativi²⁷. Al fine di accedere alla carica di

²³ Per le principali esperienze europee di formazione dei magistrati si ricordano *l'Ecole nationale de la magistrature* in Francia, il modello tedesco della formazione in due fasi di cui una universitaria ed una pratica, e l'Accademia della magistratura per la formazione continua, nonché la Scuola superiore della magistratura italiana istituita con d.lgs n. 26 del 30/1/2006 e nella l. 111 del 30/7/2007.

²⁴ G. Oberto, *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, cit., p. 10.

²⁵ John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, cit., p. 87.

²⁶ Xianyi Zeng, *Legal Education in China*, «South Texas Law Review», 43, 2001-2002, pp. 707-716, p. 708.

²⁷ D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1967, p. 113. Si veda anche M. Timoteo, voce *Cina*, in *Aggiornamento del Digesto di Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, Utet, Torino 2010, p. 181-237, p. 186.

magistrato era necessario superare esami basati sulla conoscenza dei classici confuciani, si voleva accertare che il candidato fosse in possesso di un'etica propria di un uomo colto²⁸. Per dodici secoli la Cina ha utilizzato la cultura come parametro per raggiungere i livelli più prestigiosi della società: «Literati have been the bearers of progress toward a rational administration and of all 'intelligence'»²⁹.

La prima traccia del sistema degli esami imperiali sembra risalire agli anni in cui si presume vissuto Confucio, ma la loro definitiva istituzione risale alla dinastia Ming (1368-1644), durante la quale ogni villaggio venne dotato di una sua scuola ove gli ufficiali selezionavano i fanciulli più meritevoli³⁰.

Gli esami erano plurimi, ovviamente più alto era il numero di esami superati più alta era la carica assunta nella società³¹. Il sistema era tendenzialmente meritocratico e non basato sul ceto sociale, di conseguenza non era raro che gli abitanti di interi distretti, in presenza di uno studente promettente lo mantenessero durante il periodo di studi; sono numerosi i racconti che descrivono «le fatiche decennali dei candidati, l'«inferno degli esami» le vite spese (nella maggior parte dei casi senza successo) per raggiungere l'ambito riconoscimento, ma ci descriv[ono] anche il superamento dell'esame, soprattutto ai primi posti della graduatoria, come un motivo di orgoglio e di festeggiamento per la famiglia, il clan, il villaggio e perfino il distretto di appartenenza del diplomato, che vedevano ripagati gli sforzi compiuti per la sua educazione»³².

Il sistema degli esami era articolato in nove differenti categorie suddivise a loro volta in due parti distinte, per un totale di diciotto livelli ordinati gerarchicamente in base alla crescente difficoltà delle prove. Al livello più alto corrispondevano incarichi di maggior prestigio e responsabilità; la selezione doveva pertanto rispettare una precisa graduatoria. Per quanto l'ideologia confuciana giocasse un ruolo primario nella formazione degli amministratori, alcuni sembrano dimostrare che le modalità tecniche risalgono piuttosto alla scuola legista: ancora una volta le due maggiori scuole di pensiero cinesi sembrano fondersi attraverso una 'confucianizzazione' del sistema di esame³³.

²⁸ G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Milano, Utet, 2007, p. 60.

²⁹ M. Weber, *The Religion of China*, New York London, Free press Collier-Macmillan, 1968, p. 107.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Cfr. *ivi*, p. 115.

³² R. Cavalieri, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Milano 1999, p. 83.

³³ D. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, cit., pp. 106-109. Si ricorda anche che i legisti, in particolare il maestro Zheng Xi, furono non solo i precursori del sistema, ma anche gli antesignani dell'insegnamento del diritto, Xianyi Zeng, *Legal Education in China*, cit., p. 707.

Chi non aveva superato tutti gli esami, ma aveva comunque raggiunto un determinato livello di preparazione poteva aspirare a coadiuvare il magistrato imperiale nel suo lavoro di amministrazione. Le relazioni umane hanno sempre contato molto in Cina - anche e soprattutto durante l'Impero - si poteva ravvisare una certa garanzia di imparzialità nel fatto che, colui che superava con successo gli esami riuscendo ad accedere alla carica più alta, veniva inviato ad amministrare non il distretto dal quale proveniva, ma territori lontani, dove favoritismi erano più difficili ed una rotazione triennale delle cariche per i magistrati di distretto prevista³⁴.

L'incontro della Cina con le potenze occidentali a metà dell'Ottocento produsse tra l'altro l'effetto di convincere la dinastia Qing, ormai prossima all'estinzione, ad abolire il sistema degli esami imperiali in favore di un'organizzazione universitaria modulata sull'esempio dell'Europa continentale. Tra il 1906 ed il 1907 fu inaugurato il primo istituto di istruzione giuridica del paese: la *Jingshi Law School*³⁵. Pare che già nel 1910 il numero degli studenti di diritto ammontasse a 10.000, fino ad arrivare, durante la Repubblica nazionalista, a contare 20.000 studenti. Più in particolare la legge sull'organizzazione delle corti del 1907 prevedeva che:

No person shall be appointed a judge or procurator unless he has passed the two examinations prescribed in the Judicial Examination and Appointment Regulations³⁶.

Si precisava quindi che potesse accedere alla prima fase di esame:

Any person who has studied three years or more in a college of law or political science and obtained a certificate of graduation may go in for the first examination³⁷.

Infine *ex lege* si disponeva che:

³⁴ M. Timoteo, voce *Cina*, cit., p. 189, si veda anche T'ung-tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, Mouton, Paris 1961, pp. 88-89.

³⁵ Questa in realtà è l'opinione prevalente, poiché vi è chi sostiene che debba ritenersi che la prima università giuridica cinese sia stata fondata a Tianjin e sia la Peiyang University, come affermato da Xinyi Hou, *Modern Legal Education in China*, «Oklahoma City University Law Review», 31, 2006, pp. 293-299, p. 294.

³⁶ Articolo 106 come citato da Tien-His Cheng, *The Development and Reform of Chinese Law*, «Current Legal Problems», 1, 1948, pp. 170-187, p. 182.

³⁷ Articolo 107, *ibid.*

Graduates successful in the first examination shall serve in a District Court [...] as probationary or student judges [...] for two years, after which, and on passing a second examination, they may be appointed puisne judges[...] of District Court [...]»³⁸.

Il sistema universitario, istituito ai primi del secolo scorso e sopravvissuto fino al 1949, si ispirava al modello universitario tedesco, già adottato dai giapponesi che mediarono affinché approdasse anche in Cina³⁹. Il modello tedesco dominò anche per la stesura delle così dette Sei leggi degli anni Trenta che poco penetrarono sul territorio ed infatti con la loro abolizione e l'ascesa al potere del Partito comunista, i giudici che operavano nel precedente regime vennero da Mao cacciati dai tribunali ed inviati a rieducarsi nelle campagne attraverso lavori manuali; i nuovi giudici, quasi sempre funzionari del PCC nell'attesa della promulgazione di nuove norme dovevano utilizzare per la risoluzione dei casi i «principi politici del Partito, i programmi, le leggi, i regolamenti, le ordinanze e i proclami emanati dai governi popolari e dall'esercito di liberazione»⁴⁰.

A partire dagli anni Cinquanta l'università cinese cominciò a prendere esempio dall'organizzazione sovietica, ormai consolidata, e, su quel modello, la neonata Repubblica popolare fondò il Dipartimento di diritto della *Renmin University* a Pechino; in seguito nacquero anche diverse facoltà di legge: *Beijing University*, *Beijing College of Political Science and Law*, e *Fudan University*⁴¹. Alti funzionari del PCC furono inviati a studiare nelle università i principi del diritto socialista, fianco a fianco con coloro che fino a qualche anno prima avevano composto l'organico⁴² delle corti sotto il controllo di Chiang Kai-Shek⁴³. In questi anni la professionalità del giudice era incentrata sulle flessibili direttive politiche dettate dal Partito e su principi ad esse sottostanti, l'accesso alle università non era libero, coloro che volevano iscriversi dovevano superare fin dal 1952 un esame di ammissione, la forte selettività era controllata

³⁸ Articolo 108, *ibid.*

³⁹ Xinyi Hou, *Modern Legal Education in China*, cit., p. 294.

⁴⁰ G. Crespi Reghizzi, *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, «Quaderni fiorentini», 14, 1985, pp. 529-560, p. 559.

⁴¹ Xianyi Zeng, *Legal Education in China*, cit., p. 708. Nel 1957, prima che il c.d. *Rightist movement* cominciasse ad essere represso si contavano già 6.152 studenti di legge, Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, Law Press China, Pechino 2004, p. 40.

⁴² Si tratta in particolare degli assistenti dei giudici, non dei giudici stessi che, come detto, dovevano 'rieducarsi' nelle campagne.

⁴³ Keyuan Zou, *Professionalising Legal Education in the People's Republic of China*, «Singapore Journal of International & Comparative Law», 7, 2003, p. 159-182, p. 161. Si pensi comunque che nel 1952 il numero di coloro che costituivano l'organico delle corti cinesi era triplicato raggiungendo le 25.000 persone.

dallo stato, l'esame nazionale per l'accesso si collegava ad un più ampio contesto di economia pianificata «secondo le esigenze produttive previste e a prescindere dalle preferenze e aspirazioni individuali⁴⁴». Da un lato a coloro che uscivano dalle università il lavoro era garantito e le spese per l'istruzione erano totalmente a carico dello stato, dall'altro, mancando il libero mercato del lavoro, anche l'impiego era rimesso all'arbitrio statale⁴⁵. Dopo il 1957, sebbene esistessero ancora giudici ed avvocati, l'istruzione giuridica cominciò ad essere abbandonata e con essa il sistema delle professioni legali scomparve per tutti gli anni che sono passati alla storia come Rivoluzione culturale⁴⁶ (1966-1976).

Fatto curioso è che Mao Zedong, prima di far chiudere tutte le facoltà di legge del paese, pensò di sostituire tutti i testi giuridici con i suoi scritti politici, idea che non andò mai in porto, ma ciononostante i principi enunciati nei suoi libri circolarono ampiamente nelle università, si può sintetizzare affermando che in quegli anni la professionalità del giudice era incentrata sull'apprendimento delle elastiche e flessibili politiche di Partito⁴⁷.

Ancora agli inizi degli anni Settanta i professori di diritto sul territorio cinese erano pressoché introvabili, era comunque difficile poterli incontrare e parlarci, in proposito risultano interessanti le iniziative di alcuni docenti di diritto che, provenienti dall'occidente e arrivati in Cina, ne andavano alla disperata ricerca⁴⁸.

⁴⁴ L. De Giorgi, *Il sistema universitario cinese fra eredità storica e riforme*, «Cosmopolis», 2, 2007, disponibile su <<http://www.cosmopolisonline.it/20071201/degiorgi.php>> (03/13).

⁴⁵ *Ibid.*, si veda anche Xianyi Zeng, *Legal Education in China*, cit., p. 713.

⁴⁶ Suli Zhu, *An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China*, «Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal», 22, 2009-2010, pp. 75-91, p. 78.

⁴⁷ Interessante quanto riportato da Cohen circa una lettera ricevuta da un ex giudice cinese che aveva svolto la sua attività tra il 1950 ed il 1954 e poi si era rifugiato ad Hong Kong: «In free countries the judiciary is independent, and everyone is required strictly to observe the express rules of law. This, however, is not the case in Communist China. When I was receiving my special judicial training, I was repeatedly told that in the execution of law, the interest of the various political movements is imperative. Law is flexible. Any mechanical application of legal provisions will result in the error of dogmatism. After all, law is an instrument of political class struggle. Therefore, during each political movement secret instructions constantly came down from superiors. These instructions were the criteria on which court decisions were based, and they were by no means open to the public. Thus, in doing your research work, you should never accept at face value the published policies and statutory documents. Instead, you ought to try to understand the essence of Communist law from living examples while studying the statutes and decrees published in each period. If you depart from this, it will not be possible to achieve anything», J.A. Cohen, *Interviewing Chinese Refugees: Indispensable Aid to Legal Research on China*, in Id. (a cura di), *Contemporary Chinese Law; Research Problems and Perspectives*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1970, pp. 84-117, pp. 114-115.

⁴⁸ J.A. Cohen, *Notes on Legal education in China*, «Student Lawyer», 1, 1972-1973, pp. 40-44.

Solo alla fine degli anni Settanta e dopo la morte di Mao, la Cina più moderata di Deng Xiaoping comprese l'importanza di ricostruire l'ordinamento giuridico e le università di giurisprudenza cominciarono a riaprire, perché la ricostruzione dell'ordinamento doveva passare anche dall'istruzione; ciononostante in una prima fase della riforma l'attenzione per la professionalità era limitata, poiché predominavano gli interessi economici⁴⁹.

Gli ultimi trentacinque anni sono stati di cruciale importanza per l'educazione giuridica, uno dei motivi principali è da ricercarsi nel fatto che un sistema di norme, se non coadiuvato da professionisti del diritto, non può condurre ad uno sviluppo dell'economia, ad una cultura avanzata e ad una società armoniosa⁵⁰.

Lo sviluppo di questi ultimi anni della *legal education* in Cina è stato notevole, nel primo periodo in cui le università giuridiche iniziavano a riaprire gli studenti imparavano più che la pratica delle professioni legali la teoria del diritto ed erano pertanto invogliati a proseguire nella carriera accademica⁵¹.

Oggi l'istruzione giuridica viene impartita sia nelle facoltà specialistiche sia nelle facoltà di scienze politiche⁵², un diploma in legge si può ottenere anche frequentando appositi corsi presso i Dipartimenti costituiti a livello locale dagli uffici decentrati dei Ministeri della giustizia e dell'educazione⁵³. L'esame per l'accesso alle università non è mai stato abolito, ma, riformato dopo il periodo maoista, oggi serve più che altro a smistare i tanti studenti, sulla base del voto riportato, nelle diverse università della Cina e può essere considerato un mezzo importante per la preselezione dei futuri candidati alla professione legale. In un certo senso si può dire che la funzione dell'esame sia simile a quel sistema di esami imperiali abolito nel 1905⁵⁴.

Le odierne finalità dell'esame per l'accesso all'università mirano a selezionare i futuri studenti universitari, che devono essere politicamente degni di fiducia, accademicamente ben preparati e fisicamente sani. Dal 1952 l'esame di accesso è stato uno strumento di discriminazione politica che ha seriamente danneggiato lo sviluppo del paese, ancora negli anni Novanta si poneva una forte enfasi sulle qualifiche politiche che rappresentavano la prima e più importante condizione per l'accesso agli studi

⁴⁹ Chunying Xin, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, «International Journal of Constitutional Law», 1, 2003, pp. 58-78, p. 62, d'altra parte «judicial work had the task of serving the political needs of the time».

⁵⁰ Haicong Zuo, *Legal Education in China: Present and Future*, «Oklahoma City University Law Review», 34, 2009, pp. 51-58, p. 51.

⁵¹ G. Crespi Reghizzi, *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, cit., p. 529 ss.

⁵² Keyuan Zou, *Professionalising Legal Education in the People's Republic of China*, cit., p. 181.

⁵³ Xianyi Zeng, *Legal Education in China*, cit., p. 709.

⁵⁴ B. Ahl, *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, «Issues & Studies», 42, 2006, pp. 171-203, p. 179.

superiori: le materie includevano politica, lingua cinese, matematica, lingue straniere, storia e geografia⁵⁵.

Oggi, le migliori facoltà di giurisprudenza in Cina sono cinque⁵⁶, ma sul territorio ve ne sono ormai più di 500, che rappresentano più di un terzo di tutte le facoltà cinesi; gli studenti che le frequentano ammontano a circa 450.000, cifra che rappresenta quasi un sesto di tutti gli studenti universitari⁵⁷. Coloro che per graduatoria hanno accesso alle migliori università sono studenti che in sede di esame nazionale hanno riportato i migliori punteggi⁵⁸; superato l'esame di accesso, contrariamente a quanto avveniva in passato durante il periodo della economia di piano, ogni studente è tenuto a pagare in proprio le tasse universitarie, esiste comunque un sistema di borse di studio statali che assiste circa il 30% degli iscritti⁵⁹.

Dal 1995 il Ministro dell'educazione, di concerto con il Ministro della giustizia, ha introdotto piani di studio e corsi di laurea sul modello americano, come il *Juris Master* (JM), volti a modificare il tipo di insegnamento impartito dalle università cinesi considerate troppo teoriche e poco idonee a preparare gli studenti anche da un punto di vista pratico⁶⁰. Sebbene il modello del JM abbia riscosso successo tra gli studenti, le tecniche di insegnamento risultano ancora molto teoriche, infatti, sono gli stessi docenti a non essere preparati e pronti per un insegnamento più dinamico quali il *moot court* o quella che più in generale può definirsi la *clinical legal education*⁶¹.

Esperienze interessanti e di successo si sono verificate soprattutto nelle grandi città, prima fra tutte Pechino, che con il sostegno della *Ford Foundation* ha introdotto

⁵⁵ Cfr. *ivi*, pp. 179-180.

⁵⁶ China University of Politics and Law, Beijing; East China University of Politics and Law, Shanghai; South-West China University of Politics and Law, Chongqing; Northwest Institute of Political Science and Law, Xi'an; Zhongnan University of Economics and Law Wuhan. Nell'aprile del 2012 è stata pubblicata una lista aggiornata delle facoltà giuridiche cinesi disponibile su <<http://edu.people.com.cn/GB/116076/17669394.html>> (03/13).

⁵⁷ R. Peerenboom, *Economic Development and the Development of the Legal Profession in China*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 114-135, p. 117 ss.

⁵⁸ Xianyi Zeng, *Legal Education in China*, cit., p. 710.

⁵⁹ Cfr. *ivi*, p. 712.

⁶⁰ Suli Zhu, *An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China*, cit., p. 80.

⁶¹ Shiwen Zhou, *The Reform of Legal Education in China*, «Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal», 22, 2009-2010, pp. 69-73; Ling Mao, *Clinical Legal Education and the Reform of the Higher Legal Education System in China*, «Fordham International Law Journal», 30, 2006-2007, pp. 421-434; M.S. Erie, *Legal Education Reform in China Through U.S. Inspired Transplants*, «Journal of Legal Education», 59, 2009-2010, pp. 60-96; Xinyi Hou, *Modern Legal Education in China*, cit., p. 293. Circa i vantaggi di un approccio pratico all'insegnamento si veda N. Duncan, *Ethical Practice and Clinical Legal Education*, «International Journal of Clinical Legal Education», 7, 2005, pp. 8-19.

corsi universitari, incentrati sulla pratica e che nel 2002 ha portato alla nascita del *Committee of Chinese Clinical Legal Educators* (CCCLE) composto da undici università giuridiche e specializzato nell'insegnare gli aspetti pratici del diritto⁶².

Le università cinesi offrono oggi percorsi di studio triennali e quadriennali ed anche master il cui accesso è sottoposto all'esito positivo di un esame che pare essere molto complesso; i corsi di dottorato post laurea non sono per ora molti, ma comunque in aumento.

Il primo e più comune diploma conseguito a conclusione degli studi universitari è il *bachelor of law degree*, dopo un corso di studi quadriennale, per accedervi devono essere soddisfatte due condizioni: l'aver concluso la scuola superiore ed aver superato l'esame nazionale per l'accesso all'università; viene offerta anche successivamente la possibilità di poter frequentare ulteriori tre anni di studio per ottenere un *master of law*.

L'attuale organizzazione dell'istruzione giuridica rientra in un più ampio contesto di sviluppo ed attuazione della *rule of law* infatti, migliorare l'istruzione è condizione necessaria per ottenere strutture giuridiche e istituzionali competenti e ben organizzate⁶³, basti pensare che nel 1989 solo il 10% dei giudici e procuratori di tutti i livelli possedevano un'istruzione universitaria, nel 1991, solo il 65% di tutto il personale delle corti aveva frequentato la scuola superiore⁶⁴.

Dal 1995 con l'entrata in vigore della Legge sulla magistratura, coloro che vogliono (provare a) divenire giudici devono possedere un minimo di preparazione giuridica e, dal 2001, superare un esame giuridico nazionale.

Le facoltà di giurisprudenza costituiscono solo il primo passo per creare in Cina un ceto di giuristi capaci di interpretare e far vivere nelle loro decisioni un sistema di

⁶² Suli Zhu, *An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China*, cit., p. 80. Altre collaborazioni ed esperienze tra Cina e Stati Uniti, soprattutto per la formazione degli avvocati, si trovano in B. Landsberg, "Walking on Two Legs in Chinese law Schools": A Chinese/ U.S. Program in Experiential Legal Education, «International Journal of Clinical Legal Education», 16, 2011, pp. 38-57 e J. Pottenger, *The Role of [Clinical] Legal Education in Legal Reform in the People's Republic of China: Chicken, egg-or fox?*, «International Journal of Clinical legal Education», 6, 2004, p. 65-80.

⁶³ Sono in molti a ritenere che la simulazione di processi, corsi sperimentale sulla valutazione delle prove e, più in generale, un maggior dinamismo e senso pratico nelle facoltà giuridiche cinesi possano rappresentare un valido mezzo per un miglioramento delle professioni legali in Cina, tra i tanti si veda Shiwen Zhou, *The Reform Strategy of Legal Education in China*, «Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal», 22, 2009-2010, pp. 69-73.

⁶⁴ Le statistiche sono riportate da M.Y.K. Woo, *Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts*, «Pacific Rim Law & Policy Journal», 8, 1999, pp. 581-616, p. 587, per incentive recenti su come sviluppare la *rule of law* attraverso l'istruzione giuridica si veda B. Landsberg, "Walking on Two Legs in Chinese law Schools": A Chinese/ U.S. Program in Experiential Legal Education, cit., p. 41 ss.

norme forse ancora non abbastanza coerente e chiaro, ma comunque in continuo cambiamento e sviluppo.

2.2. Le attuali norme di riferimento e l'esame nazionale per l'accesso alle professioni legali

Solo dal 1995 l'ordinamento cinese ha iniziato a delineare in maniera puntuale la figura del giudice ed a declinare i requisiti richiesti per lo svolgimento della sua funzione.

Anche la professionalità ora necessaria per la magistratura può essere letta in combinato disposto con la *rule of law*, a tal proposito è necessario analizzare anche l'organizzazione dell'istruzione giuridica in Cina, di cui l'esame di stato rappresenta un'importante componente. Si è detto che migliorare l'istruzione è condizione necessaria per ottenere strutture giuridico-istituzionali e per promuovere lo stato di diritto; è importante che la legge non resti lettera morta, ma che possa essere applicata ed interpretata nel lavoro quotidiano dei giudici.

Poiché, come sappiamo, è solo dal 1995 che un magistrato ha l'obbligo di possedere un'istruzione giuridica, ancora oggi molti giudici, nominati prima di quella data non sono in possesso di una laurea; dal 2001 anche i giudici oltre che i procuratori e aspiranti avvocati hanno l'obbligo di possedere nozioni giuridiche almeno di livello universitario; sulla scia della riforma giuridica avviata, si è tentato di qualificare ulteriormente la figura del giudice, la sua professionalità e soprattutto di verificare la preparazione condizionando l'accesso alla magistratura al superamento di un esame nazionale tradotto in inglese come *National Judicial Examination* ed in Cina noto come 国家司法考试 (*guojiasifakaoshi*)⁶⁵.

Dunque, oggi in Cina per divenire giudice è necessario essere cittadino cinese, avere compiuto almeno 23 anni di età, godere di buona salute, possedere buone qualità professionali e politiche, condurre una vita ispirata a principi morali, per la prima volta si richiede anche di difendere la Costituzione e di possedere una laurea o un diploma di laurea che possa dimostrare cognizioni giuridiche consolidate da un'esperienza lavorativa nel settore di almeno due anni (ne sono richiesti invece almeno tre di esperienza per poter essere nominati giudice di una Alta corte del popolo o della Corte suprema - art. 9 LM)⁶⁶. L'articolo in parola specifica che non è necessa-

⁶⁵ In realtà l'esame era già attivo per accedere alla professione di avvocato e notaio, ma da quando è stato esteso anche ai candidati per l'accesso alla magistratura pare che sia divenuto più complesso ed articolato.

⁶⁶ Articolo 9 legge sulla magistratura cinese come emendato nel 2001: «A judge shall possess the following qualifications:

(1) to be of the nationality of the People's Republic of China;

rio il possesso di una laurea in legge, ma è sufficiente una qualsiasi laurea purché idonea a garantire competenze giuridiche. Quest'ultima affermazione potrebbe suscitare qualche perplessità, ma è dovuta probabilmente al fatto che una certa cultura legale può essere conseguita anche con un percorso universitario diverso da quello prettamente giuridico. Viene precisato (art. 9 LM) che il praticantato può ridursi ad un anno per coloro che hanno conseguito un dottorato (anche non in legge), oppure un master, anche questo non obbligatoriamente in materie giuridiche; sono invece richiesti almeno due anni di praticantato per le nomine alle Alte corti o per la Corte suprema.

Come spesso accade quando le leggi cinesi si dilungano in elenchi talvolta ridondanti si ritrova quasi sempre un 'comma rinnegate' che introduce eccezioni a quelle che sembrano regole precise. Anche in questo caso, probabilmente con la finalità di sanare una situazione preesistente, si riducono i requisiti ed i titoli per i giudici già in servizio che non ne sono in possesso e per i quali sono sufficienti dei corsi di aggiornamento o l'iscrizione a scuole serali; tutto questo viene stabilito con documenti emessi dalla Corte suprema in base a quanto ritenuto opportuno. È previsto anche che allorquando ottenere le qualifiche richieste sia molto difficile, sempre su parere favorevole della Corte suprema, e previo superamento di un esame, anche un corso universitario di 2 o 3 anni, purché in materia giuridica, può essere sufficiente.

Indicazioni precise sulle modalità di attuazione dell'esame sono state emanate dalla Corte suprema il 31 Ottobre 2001, rivisitate ed aggiornate nell'agosto del 2008

(2) to have reached the age of 23;

(3) to endorse the Constitution of the People's Republic of China;

(4) to have fine political and professional quality and to be good in conduct;

(5) to be in good health; and

(6) to have worked in law for at least two years in the case of a graduate from a four-year course in the law specialty of an institution of higher education or a graduate from a four-year course in a non-law specialty of such an institution who possesses the professional knowledge of law, and to have worked in law for at least three years in the case of the said graduate to be appointed judge of a Higher People's Court or the Supreme People's Court; to have worked in law for at least one year in the case of a person holding a Master of Law degree or Doctor of Law degree; or a person holding a master's degree or doctor's degree of non-law specialty who possesses the professional knowledge of law, and to have worked in law for at least two years in the case of the said person to be appointed judge of a Higher People's Court or the Supreme People's Court.

The judicial persons who, before this Law is implemented, do not possess the qualifications as provided by sub-paragraph (6) of the preceding paragraph shall receive training. The specific measures shall be formulated by the Supreme People's Court.

Where it is really difficult to apply the provisions in sub-paragraph (6) of the first paragraph regarding the academic qualifications, such qualifications for judges may, upon examination and approval by the Supreme People's Court and within a limited period of time, be relegated to include graduates from a two-or-three-year course in the law specialty of an institution of higher education».

(*Measures for the Implementation of National Judicial Exam*) in accordo con la Procura-
tura suprema del popolo ed il Ministro della Giustizia⁶⁷.

Le prime norme attuative dell'esame nazionale per l'accesso alla professione lega-
le sono entrate in vigore dal 1 gennaio del 2002 ed ai sensi dell'articolo 2 chiunque
venga nominato per la prima volta alla carica di giudice [...] dovrà superare il *Natio-
nal Judicial Examination*; l'esame dovrà essere espletato rispettando i principi di giu-
stizia ed equità; l'organizzazione è demandata al Ministro della giustizia con l'aiuto
della Corte e della Procura-
tura suprema del popolo (art. 4), mentre la sua predisposi-
zione ed attuazione sono interamente a carico del Ministro della Giustizia (art. 5)⁶⁸.
La prova si tiene una sola volta l'anno e la data del suo svolgimento viene comunicata
al pubblico con almeno tre mesi di anticipo (art. 7), scopo dell'esame è esplicitamente
quello di valutare le conoscenze giuridiche dei candidati (art. 8).

Dal combinato disposto dell'art. 9 della Legge sulla magistratura cinese e l'art. 15
delle *Measures for Implementation* per partecipare all'esame è necessario avere citta-
dinanza cinese, godere del diritto di elettorato attivo e passivo, nonché delle capacità
civili, non può dunque partecipare all'esame di ammissione per l'accesso alle profes-
sioni legali chi è stato giudicato colpevole di un reato doloso, chi è stato rimosso dal
pubblico impiego e tutti coloro ai quali è stata revocata la licenza di avvocato, o che
sono stati espulsi da precedenti edizioni del *sifakaoshi* per impropria condotta⁶⁹ (art.
16).

Nonostante le regole del documento siano assai precise, la prima edizione del
nuovo esame unificato, che si è tenuta nel marzo del 2002, non ha registrato una loro
rigida applicazione, poiché sono stati ammessi anche aspiranti che non possedevano i
necessari requisiti, circostanza che ha permesso l'accesso anche a soggetti del tutto
impreparati, tanto che su 360.000 iscritti soltanto il 7% è riuscito a superare l'esame
con successo. Nella successiva edizione del 2003 è stato introdotto, come requisito
strettamente necessario, il possesso effettivo di una laurea almeno triennale (non ne-
cessariamente in materie giuridiche, requisito per altro già contemplato dall'articolo
9 LM)⁷⁰, nonostante ciò in quell'anno, così come nei successivi, anche questa regola è
stata derogata, concedendo ai candidati provenienti dalle zone più povere della Cina

⁶⁷ Le *Measures for the Implementation of National Judicial Exam*, del 14 agosto 2008, sono disponibili su
<<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=7013&lib=law&SearchKeyword=national%20judicial%20examination&SearchCKeyword=>> (03/13).

⁶⁸ I primi articoli sono rimasti pressoché invariati.

⁶⁹ Le condotte improprie stabilite dall'articolo 20 del documento in esame possono portare all'esclusione
per due anni consecutivi dalla prova e, nei casi più gravi, ad un'esclusione a vita (art. 16 (3)).

⁷⁰ Con l'emendamento del 2008 è stato infatti aggiunto tra i requisiti necessari all'iscrizione all'esame, si
veda l'art. 15 (4).

(per i quali ottenere una laurea non è semplice) di poter partecipare anche in assenza del titolo di studio previsto, seppur con minori prospettive di successo⁷¹.

Ai sensi dell'art. 18 delle *Measures of Implementation* la lista di coloro che hanno superato con successo la prova deve essere resa pubblica dal Ministro della Giustizia ed i soggetti presenti in tale lista potranno richiedere un certificato che attesti la loro idoneità: il *legal professional qualification certificate*⁷².

Il certificato non consente automaticamente l'accesso alla magistratura, costituisce un primo passo cui seguirà un adeguato periodo di pratica ed infine la nomina da parte delle Assemblee locali popolari (o dei loro Comitati permanenti) del livello corrispondente alla corte per la quale la nomina viene effettuata.

L'esame deve consistere in una prova volta a testare la conoscenza delle seguenti materie⁷³:

- 职业道德 (*zhiyedaode*) etica professionale
- 法理学 (*falixue*) teoria del diritto
- 法制史 (*fazhishi*) storia del diritto
- 宪法 (*xianfa*) diritto costituzionale
- 经济法 (*jingjifa*) diritto dell'economia
- 国际法 (*guojifa*) diritto internazionale
- 国际私法 (*guojisifa*) diritto internazionale privato
- 国际经济法 (*guojijingjifa*) diritto economico internazionale
- 司法制度和法律职业道德 (*sifazhidu he falvzhiyedaode*) sistema di diritto ed etica professionale

⁷¹ Shigui Tan 世贵 谭, *中国法官制度研究* [*Zhongguo faguan zhidu yanjiu*], (*Studies on the Chinese Judiciary*), Beijing, Law Press, 2009, p. 49.

⁷² In proposito si deve notare la differenza che intercorre tra il *sifakaoshi* e il *gongwuyuankaoshi*, ovvero l'esame per l'accesso al pubblico impiego, quest'ultimo, infatti, in caso di esito positivo garantisce un posto sicuro all'interno dell'amministrazione, un salario certo e rispettabile. Negli ultimi anni l'affluenza a tale competizione è aumentata in maniera esponenziale. Con la riforma del pubblico impiego del 2005, tra l'altro, anche i requisiti e le qualifiche per i partecipanti a quest'ultimo esame sono state notevolmente elevate e conseguentemente sono stati licenziati molti impiegati pubblici non ritenuti idonei, perchè non qualificati, in modo tale da lasciare posti di lavoro per i talenti più giovani e preparati, Jianhua Feng, *Popular Job: In a Tight Job Market, More and More Young Chinese Are Opting for the Civil Service*, «Beijing Review», 2, 49, 2006, pp. 26-27.

⁷³ Le materie sono tratte dai volumi per la preparazione all'esame ovvero i tre volumi *国家司法考试辅导用书* *Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu*, [*manuale di preparazione all'esame di accesso alle professioni legali*], Law Press, Pechino 2010, per comprendere l'importanza data al diritto penale è sufficiente pensare che uno dei tre volumi è interamente dedicato a tale materia.

- 刑法 (*xingfa*) diritto penale
- 刑事诉讼法 (*zingshi susongfa*) diritto processuale penale
- 行政法和行政诉讼法 (*xingzhengfa he xingzheng susong fa*) diritto amministrativo e processuale penale
- 民法 (*minfa*) diritto civile
- 商法 (*shanfa*) business law
- 民事诉讼法与仲裁制度 (*minshi susongfa yuzhongcaizhidu*) diritto processuale civile e arbitrato

È prevista una prova scritta, con divieto dell'utilizzo di manuali, che si svolge in due giorni durante i quali il candidato deve sostenere quattro diverse verifiche⁷⁴. La prima assegna un massimo di 150 crediti, il candidato ha a disposizione tre ore per rispondere a 100 domande (test a risposta multipla) di cui 50 consistono in 4 affermazioni delle quali soltanto una è corretta, le restanti 50 domande consistono in 4 affermazioni, per le quali le risposte corrette possono essere una, due, tre o addirittura tutte e quattro. Per ogni risposta esatta il candidato riceve due crediti⁷⁵.

La prima prova è tendenzialmente volta a valutare le conoscenze teoriche: storia, diritto costituzionale, commerciale, internazionale pubblico e privato, diritto commerciale internazionale e deontologia. La seconda prova è strutturata nello stesso modo della prima (test a risposta multipla), e mira a testare le conoscenze del candidato sul diritto e la procedura penale ed il diritto e la giustizia amministrativa. La terza è incentrata sul diritto e procedura civile, il diritto commerciale, con una particolare attenzione per l'arbitrato. La quarta prova, infine, della durata di tre ore e mezzo, richiede una vera e propria elaborazione scritta con un saggio atto a dimostrare le capacità tecniche e l'abilità di scrittura dei candidati.

Ancora una volta verranno testate le conoscenze sulla teoria del diritto, il diritto costituzionale, il diritto e la giustizia amministrativa, il diritto e la procedura penale, il diritto e la procedura civile, il diritto commerciale; i quesiti sono proposti sotto forma di *analysis questions*; alcune delle domande sono volte a comprendere la capacità del candidato di analizzare un caso e di valutare la conoscenza di documenti giuridici formali; in questa parte dell'esame, i candidati devono impostare il caso nel ri-

⁷⁴ Così prevedeva l'articolo 9 delle *Measures for the Implementation of National Judicial Exam* come approvate nel 2001, la nuova formulazione del documento sembra propendere per rimettere ogni anno la formulazione dei dettagli al Ministero della giustizia.

⁷⁵ Shigui Tan 世贵 谭, *中国法官制度研究 [Zhongguo faguan zhidu yanjiu]*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., pp. 49-50. Si veda anche B. Ahl, *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 186.

spetto della domanda e strutturare l'atto più appropriato al quesito proposto. L'analisi di un caso concreto mira soprattutto a valutare le abilità pratiche del candidato attraverso la stesura di un atto d'accusa o di un giudizio e l'analisi dei documenti giuridici forniti⁷⁶.

I crediti massimi assegnati con la quarta verifica sono 150.

Il giudizio e il conseguente voto dopo le quattro prove tiene in considerazione la forma, la chiarezza, l'uniformità del linguaggio, la punteggiatura e la grammatica. Per superare l'esame è necessario ottenere un minimo di 360 crediti, ridotti a 335 per i candidati appartenenti alle zone disagiate della Cina dell'ovest⁷⁷.

2.3. Considerazioni ed esempi

Nelle librerie cinesi si trovano manuali e formulari che aiutano nella preparazione dell'esame, vi sono riportate domande e test su cui esercitarsi, esempi di possibili soluzioni dei casi proposti, nonché i contenuti fondamentali delle materie giuridiche oggetto d'esame⁷⁸.

Se è vero che un paese fondato sullo stato di diritto attribuisce grande importanza alla formazione dei giudici, dal sistema di selezione e dalla tipologia di domande proposte ai candidati è possibile desumere anche indirettamente l'indirizzo che il governo cinese intende conferire all'amministrazione della giustizia. Particolare importanza rivestono le domande incentrate sulla teoria generale del diritto, sul diritto pubblico, amministrativo e deontologia. Fatto che ha indotto a ritenere che il principio dello stato di diritto stesse diventando fondamentale anche nella preparazione dei giuristi cinesi. Alcuni studi e ricerche si sono focalizzati principalmente sul contenuto delle questioni e domande proposte tra il 2002 ed il 2005, ovvero nei primi quattro anni in

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Cfr. *ivi*, p. 184 si veda anche *l'Announcement of the National Judicial Examination Office of the Ministry of Justice* del 20 novembre 2008 che prevede appunto ex art. 2 che: «In accordance with Art. 17 of the Measures for the Implementation of the National Judicial Examination, the Ministry of Justice has determined the pass scores for the National Judicial Examination 2008 in conjunction with the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate. The national pass score shall be 360 points, but for regions where the academic conditions for sitting for the examination are relaxed, the pass score shall be 315 points, and for Tibet Autonomous Region, the pass score shall be relaxed to 280 points. The pass score shall be separately determined for ethnic minority examinees who sat for the examination by using examination papers in the language of an ethnic minority».

⁷⁸ 国家司法考试辅导用书 *Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu*, [manuale di preparazione all'esame di accesso alle professioni legali], cit. ad esempio.

cui si è svolto l'esame unificato per l'accesso alle professioni legali ed hanno tentato di ricavarne indicazioni per il futuro sviluppo giuridico della Cina⁷⁹.

La prima considerazione che ne è emersa è che, nel periodo esaminato, l'ideologia marxista-leninista non sembra aver costituito parte formale dell'esame, a riprova dell'elevato standard professionale che si vuole conferire allo stesso, mentre notevole è la varietà delle materie giuridiche proposte, la cui conoscenza è testata sia da un punto di vista pratico che teorico: si spazia dalla conoscenza di norme specifiche, come ad esempio di diritto bancario, a principi più generali di diritto privato, pubblico ed internazionale.

Un esame così strutturato e di portata così vasta induce a pensare alla carenza di un sistema giuridico formato da norme organiche, considerazione in base alla quale può ancora ritenersi valida la dichiarazione di Lubman del 1999 secondo la quale con riferimento alla Cina non sia possibile parlare di un sistema giuridico in senso proprio (*legal system*), quanto piuttosto di istituzioni giuridiche singolarmente considerate (*legal institutions*)⁸⁰.

Il fatto che, durante lo svolgimento dell'esame, ai candidati non sia permessa la consultazione di manuali⁸¹, fa presupporre la predominanza di uno studio mnemonico delle materie rispetto ad un'analisi ragionata di principi astratti e generali da applicarsi ai singoli casi concreti, approccio che meglio sembra conciliarsi con un'idea di stato di diritto socialista nel quale alla libertà di pensiero è preferita l'unitarietà dello stesso⁸². In questo senso la *rule of law* con i suoi principi a matrice occidentale sembra essere penetrata in settori specifici del diritto privato, piuttosto che assorbita dall'ordinamento giuridico nel suo insieme e trasposta nei principi più generali del diritto pubblico assumendo dunque 'caratteristiche peculiari cinesi'.

Il diritto civile e il diritto commerciale occupano l'area di esame più importante e ciò ben corrisponde alla grande rilevanza che la Cina oggi attribuisce alla sua crescita

⁷⁹ B. Ahl, *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 186 ss.

⁸⁰ È quanto si ricava dalle prime pagine del volume di S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, Stanford 1999, p. 3, nelle quali premette che «[b]ecause of the lack of a unifying concept of law, and even more so because of the fragmentation of authority that marks China today, I have nowhere in this book referred to a Chinese legal system, only to Chinese legal institutions».

⁸¹ Articolo 10 delle *Measures for the Implementation of National Judicial Examination* (gennaio 2002), oggi articolo 10 nelle *Measures for the Implementation* del 2008.

⁸² R. O'Brien, *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, Adelaide, Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference 28-30 September 2005, p. 1-8, disponibile su <<http://www.unisa.edu.au/hawkeinstitute/gig/aapae05/documents/obrien.pdf>>, p. 7.

economica, non a caso sono queste le aree del diritto cinese maggiormente sviluppate, così come particolare rilievo viene conferito all'area delle relazioni e del commercio internazionale⁸³.

La limitata importanza attribuita al diritto pubblico è segno del minore e più lento sviluppo che questo campo ha avuto rispetto al diritto privato ed il suo ruolo secondario in ordine ai rapporti economici e agli scambi commerciali⁸⁴.

Non è facile comprendere quanto sia oggi popolare ed ambita la partecipazione all'esame giuridico nazionale, i numeri non sono certo paragonabili a quelli degli esami per l'accesso all'impiego pubblico; una spiegazione può essere ricercata nel fatto che mentre una volta superato l'esame per l'accesso al pubblico impiego il soggetto ha la certezza di essere assunto in una pubblica amministrazione, l'esito positivo dell'esame per l'accesso alla magistratura attesta soltanto l'idoneità del soggetto a svolgere questo incarico, ma dovrà essere seguito oltre che da un periodo di pratica⁸⁵ anche dalla nomina degli organi legislativi.

Per ciò che concerne il periodo di pratica, dal 1985 la Corte suprema ha istituito a Pechino una scuola atta a formare i giudici (*National Judge College*) ma ciò non sembra aver influito in modo significativo sulla loro generale preparazione, come del resto l'istituzione nel 1997 di un vero e proprio *Judicial Training College* sempre a Pechino⁸⁶; apprezzabili miglioramenti sembrano essere avvenuti invece dopo l'accesso della Repubblica popolare cinese nell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e con corsi specifici sulle materie ad essa connesse⁸⁷.

Il sistema di reclutamento per il giudice cinese sembra dunque collocarsi a metà strada tra i sistemi di *civil law* e di *common law*, è infatti previsto un esame che non dà accesso diretto alla magistratura, ma costituisce una *condicio sine qua non*, pur non fornendo alcuna garanzia circa la futura professione.

Il sistema appare male organizzato ed offre scarse certezze lavorative rispetto alle fatiche prospettate, interessante sarebbe poter verificare se i giudici nominati negli ultimi anni siano davvero i più preparati e professionalizzati e se tutti abbiano dovuto

⁸³ Dagli indici del 国家司法考试辅导用书 *Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu*, [Manuale di preparazione all'esame di accesso alle professioni legali], cit.

⁸⁴ B. Ahl, *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 177 ss.

⁸⁵ Gli artt. 26, 27 e 28 della Legge sulla magistratura cinese non danno particolari indicazioni sul training dei giudici, ma si desume che possa avvenire prima della nomina o durante, sebbene non manchino critiche sul tema per una mancanza di sistematicità ed organizzazione, Shigui Tan 世贵 谭, *中国法官制度研究* [*Zhongguo faguan zhidu yanjiu*], (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 268 ss.

⁸⁶ S. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., pp. 253-254.

⁸⁷ Keyuan Zou, *Professionalising Legal Education in the People's Republic of China*, cit., p. 178.

affrontare il *sifakaoshi*, oppure se esista ancora oggi un sistema di nomenclatura, magari rimodellato sui nuovi requisiti richiesti, che stili liste di nomi scelti tra coloro che hanno superato con successo l'esame o se, al contrario, il Partito intervenga direttamente sugli esiti e le promozioni per spingere i 'suoi' futuri giudici.

A completamento del quadro generale fornito sullo svolgimento dell'esame nazionale e delle considerazioni sopra espresse può risultare utile sintetizzare alcuni esempi di domande proposte o contenute nei manuali cartacei per la sua preparazione, è facile anche reperire in rete le domande delle prove degli anni precedenti⁸⁸.

Nella prima edizione del 2002 uno dei quesiti che riguardano la teoria generale del diritto chiedeva di descrivere *a contrario* il concetto di *legal system*; il candidato doveva infatti considerare corrette le seguenti circostanze: 1) l'affermazione in base alla quale l'ordinamento giuridico cinese è composto dalle leggi nazionali attuali; 2) il fatto che l'odierno sistema cinese affonda le radici nelle prime proposte di riforma emerse dopo gli studi di Shen Jiaben; 3) il fatto che nonostante alcune differenze, anche l'ordinamento di Hong Kong fa parte del sistema giuridico cinese. Se il candidato riconosceva la correttezza di tutte e tre le affermazioni dimostrava di essere al corrente dell'ampiezza del significato dell'idea di 'ordinamento giuridico' e delle sue diverse accezioni, considerando invece scorretta la quarta risposta che portava a ritenere inesistente un *legal system* ai tempi dell'Impero a causa della mancanza di una puntuale divisione tra diverse aree del diritto⁸⁹.

Domande di questo tipo non sembrano comunque essere frequenti, più spesso vengono proposti test sulla relazione tra diritto e morale; ad esempio una domanda richiedeva di accertare se morale e diritto fossero principi validi ed obbligatori nell'organizzazione della società, nonostante le differenze tra norme morali e norme

⁸⁸ Uno dei siti internet è <<http://www.chinalaws.org/sfks/ShowArticle.asp?ArticleID=2523>> (03/13).

⁸⁹ I termini precisi della domanda (si trattava di un test a scelta multipla con una sola risposta errata da individuare) erano i seguenti:

Per '*legal system*' deve intendersi:

- a) the current national law should work as a basis for examining the Chinese legal system;
- b) the modern legal system in China stems from the law reforms of Shen Jiaben;
- c) the legal system in China is a unified system, although there are some differences between the legal system in Hong Kong and that of the mainland;
- d) China lacked a legal system during the imperial period because there was no division into different fields of law.

La risposta sbagliata è la (d), il candidato per rispondere correttamente avrebbe dovuto considerare esatte le risposte (a), (b), (c), la domanda è riportata in B. Ahl, *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., pp. 188- 190.

giuridiche, il candidato doveva desumere dalle enunciazioni proposte quali delle relazioni espresse fra diritto e morale fosse vera o falsa⁹⁰.

Tale tipologia di domande, pur non essendo direttamente riconducibile alla teoria 'politica', che ufficialmente non fa parte del programma di esame, se non per ciò che riguarda la storia del diritto, è comunque prodromica per i valutatori a determinare quanto la linea di pensiero del candidato sia vicina ai dettami del marxismo-leninismo-maoismo ed in sintonia con il pensiero dominante: caratteristiche queste che continuano ad essere rilevanti nella netta distinzione che si opera tra filosofia del diritto cinese e quella non marxista e comunque occidentale⁹¹.

Vi sono poi quesiti più direttamente riconducibili a categorie del diritto occidentale ed ai suoi corollari, quali ad esempio la successione delle leggi nel tempo⁹², la gerarchia delle fonti, i diversi canoni ermeneutici di interpretazione della legge e perfino a matrice comparatistica, come la differenza tra le fonti del diritto nei paesi di *common law* e in quelli di *civil law*⁹³.

Interessante è notare come nel 2002, sulla scia di una marcata modernizzazione a matrice occidentale siano state poste domande idonee, almeno in teoria, a far ritenere che l'ordinamento cinese fosse in transizione verso un concetto di stato di diritto *western oriented*. Il candidato doveva riconoscere la differenza tra il concetto di *rule of law* e *rule by law*, distinguendo che con la prima accezione deve intendersi la protezione giuridica dei cittadini: il diritto deve servire da limite ai poteri statali; mentre con la seconda definizione il diritto appare come il più importante strumento per re-

⁹⁰ I termini precisi della domanda (si trattava di un test a scelta multipla con una sola risposta errata da individuare) erano i seguenti:

- a) legal norms emphasize both duties and rights, whereas moral norms only emphasize duties;
- b) the compulsory character of moral norms is a purely psychological one;
- c) Marxist jurisprudence argues against a one-sided emphasis on the priority of the stability of law;
- d) moral norms that are reflected in legal norms are always abstract.

L'ultima risposta è sbagliata perché le norme morali costituiscono un concetto storico il cui contenuto cambia con il trascorrere del tempo, le norme morali riflettono il pensiero dei governatori di ciascuna epoca (*interests of the ruling class*) e tali interessi non sono astratti, ma concreti. Cfr. *ivi*, p. 190.

⁹¹ Cfr. *ivi*, pp. 190-191.

⁹² Il candidato doveva sapere che *lex posteriori derogat anteriori*.

⁹³ Domande che possono essere definite di diritto comparato possono essere sottoposte al candidato oltre che sottoforma di test a risposta multipla anche con la richiesta di elaborazione di un breve saggio; ad esempio nel 2005 i candidati dovevano argomentare la seguente questione: «States practicing a common law system adhere to a system of binding precedent; i.e. the primary source of law is judicial opinion and judges are bound by their previous decisions. In China, written law and judicial interpretations are the main sources of law; at the same time, the Supreme People's Court exercises supervision over lower courts by publishing model cases. Please give your point of view relating to precedents, model cases, and judicial interpretations».

golare i rapporti tra il popolo, ma non per questo sufficiente a frenare i poteri dello stato⁹⁴.

Nel 2010 non sono mancate domande volte a sottolineare il fatto che il giudice deve essere indipendente nella formulazione della decisione: il candidato doveva riconoscere come corretta l'attività del magistrato che decidesse la causa in base ai fatti e secondo criteri di neutralità ed imparzialità, nel rispetto di quanto *ex lege* predisposto e senza interferenza alcuna da parte dei giudici gerarchicamente superiori o da parte di altro organo amministrativo, ed ancora riconoscere le differenze intercorrenti tra la professione di magistrato, avvocato e notaio segnalando la diversità di funzioni nonostante una formazione simile e l'emanazione di regolamenti talvolta uguali per le diverse professioni⁹⁵.

Per la valutazione della conoscenza del diritto pubblico, le prove spaziano da domande sulle fonti, quesiti volti a testare il rapporto tra politiche statali ed i diritti dei cittadini, e quale interesse debba prevalere in caso di contrasto⁹⁶.

Alcune domande testano la conoscenza del Codice etico che declina gli atteggiamenti che dovrebbero essere propri di un giudice e quelli che invece non risultano consoni alla sua professione⁹⁷.

La deontologia professionale, proprio per le particolari caratteristiche anche storiche del giudice cinese è una delle materie che ancora oggi mantiene particolare rilievo, nell'edizione del *sifakaoshi* del 2010 il candidato doveva essere in grado di identificare le azioni che un giudice non avrebbe dovuto porre in essere per non violare il Codice etico. Nell'esame di un caso il candidato doveva riconoscere che, nonostante comportamenti poco corretti di uno degli avvocati delle parti, non poteva essere il giudice, tantomeno durante l'udienza, a richiedere che la parte in causa si rivolgesse

⁹⁴ B. Ahl, *Advancing the Rule of Law Through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., pp. 191-192.

⁹⁵ Si tratta della domanda n. 49 proposta nell'edizione del 2010.

⁹⁶ I termini precisi della domanda erano i seguenti: Ms. Liu who had violated the one-child policy by giving birth to three daughters and as a result was forced out of her bed and taken before the village committee for 'education measures'. Il candidato deve capire che in questo caso, pur essendo stata infranta la legge, vi è stata la violazione della libertà domestica della Signora Liu in quanto forzosamente portata via dalla sua casa, la domanda è riportata in B. Ahl, *Advancing the Rule of Law Through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 194.

⁹⁷ R. O'Brien, *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, cit., p. 5 ss., riporta questa domanda (si trattava di un test a scelta multipla): «In the following examples which conditions violate the regulations concerning the mutual relations of judges and lawyers? a) Lawyer Chen in a case addresses the directing judge as his university fellow student. b) Judge Wang invites the defendant to go to seek advice from Lawyer Tian. c) A certain law firm invites Judge Yang take part in celebrations on moving offices. d) A certain law firm invites all the personnel of the trial chamber in a certain court to go out on a tour. I comportamenti scorretti sono evidenziati nelle risposte (a), (b), (d).

ad altro avvocato, così come, l'inammissibilità di una prova non poteva essere comunicata al solo avvocato che l'aveva prodotta per avvantaggiarlo e spronarlo a trovarne di più convincenti; o ancora non poteva rilasciare dichiarazioni sul mal funzionamento della giustizia attribuendo la colpa al personale corrotto. In un altro caso l'aspirante magistrato doveva invece riconoscere come comportamento corretto quello che porta il giudice, che ravvisa in uno degli avvocati di parte un suo compagno di scuola, ad astenersi dal giudicare la causa⁹⁸. In un altro caso da analizzare l'esaminando doveva evidenziare il reciproco rispetto che deve sempre esistere tra giudici e avvocati durante il dibattimento in aula nella considerazione dei rispettivi ruoli: un giudice non deve impedire ad un avvocato di esporre le ragioni del proprio cliente, senza un giustificato motivo e con l'intento di avvantaggiare la parte concorrente, ad esempio⁹⁹.

Agli occhi degli studiosi occidentali le domande precedenti, volte a valutare la preparazione dei candidati circa le regole di condotta, potrebbero apparire scontate, ma non lo sono nel contesto cinese, dove la discrezionalità e la flessibilità, da sempre presenti nei comportamenti di tutti gli operatori del diritto, fanno sì che queste semplici regole siano costantemente violate perchè non ancora assimilate e soprattutto non percepite come comportamenti illegittimi.

Il riscontro pratico della portata dell'esame nazionale per l'accesso alle professioni legali può essere desunto dalla disamina di alcuni dati statistici.

La prima edizione (marzo 2002) dell'esame nazionale (*sifakaoshi*) allargato anche ai futuri giudici ha contato 360.000 partecipanti, come immediata considerazione è stato notato un aumento di circa il 65% rispetto al numero dei partecipanti dell'anno precedente (220.000), quando l'esame era destinato soltanto a coloro che volevano intraprendere la professione di avvocato o notaio; la percentuale dei promossi dell'anno 2002 è stata molto bassa, circa il 7%, ulteriore riprova della difficoltà insita nell'esame. Negli anni successivi il numero dei partecipanti è sempre andato crescen-

⁹⁸ Domanda n. 89 dell'Esame giuridico nazionale del 2010.

⁹⁹ Una domanda proposta nell'edizione dell'esame del 2003 prefigurava la seguente situazione: durante un processo penale il giudice impedisce ripetute volte all'avvocato della difesa di parlare, quest'ultimo fa obiezione che gli viene negata, decide allora di alzarsi ed allontanarsi dall'aula, passa davanti al P.M. che gli dice: "Devi stare attento!", l'avvocato allora, preoccupato delle eventuali conseguenze negative comunica al suo cliente la sua intenzione di rinunciare al mandato. Il test chiedeva al candidato di individuare quali condotte un operatore del diritto non avrebbe dovuto tenere: a) The conduct of the judge in many times stopping the lawyer from speaking; b) The conduct of the lawyer in leaving the court; c) The procurator's speaking thus to the lawyer; d) The conduct of the lawyer in suggesting to the party that the representation relationship be terminated. I comportamenti scorretti sono evidenziati nelle risposte (a), (b), (c), (d), ovvero tutti quelli proposti; la domanda è riportata in R. O'Brien, *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, cit., p. 6.

do fino a superare la soglia dei 400.000 iscritti nel 2009; certamente la grande riforma giuridica può influire sulle prospettive di guadagno e quindi di una brillante carriera attirando sempre più candidati pronti ad intraprendere una professione legale¹⁰⁰.

Anno di riferimento del <i>guojiasifakaoshi</i>	Numero degli iscritti	Candidati che hanno superato l'esame con successo
2002	360.000	7%
2003	197.000	10%
2004	195.000	11%
2005	244.000	14.39%
2006	280.000	15%
2007	294.000	22.39%
2008	370.000	27-30%
2009	410.000	22%

Tabella 1. Risultati dell'esame giuridico nazionale (2002-2009)

La costante crescita della percentuale di soggetti che ogni anno supera l'esame con successo testimonia anche una sempre maggiore preparazione dei candidati e quindi dei futuri giudici. Nell'edizione dell'ottobre del 2003 i candidati furono 197.000 con una percentuale di successo pari al 10%, il calo dei partecipanti nella seconda edizione fu dovuto principalmente a due fattori: l'innalzamento delle qualifiche richieste per l'iscrizione e la bassa percentuale di successi dell'anno precedente che insieme costituivano un forte disincentivo per i candidati, ai quali, tra l'altro, anche in caso di esito positivo, non veniva garantito un posto di lavoro¹⁰¹. L'andamento dei dati non subisce sostanziali variazioni nell'anno 2004, con un numero di partecipanti pari a circa 195.000 ed una percentuale di successo dell'11%. Nell'esiguo numero dei promossi vi erano candidati provenienti prevalentemente dalle ricche città e province della costa¹⁰² ed in possesso di titoli di studio più elevati, mentre furono pochissimi i promossi che provenivano dalle province più povere dell'ovest del paese,

¹⁰⁰ La statistica è disponibile su <<http://www.yuloo.com/news/1012/523832.shtml>> (03/13).

¹⁰¹ R. O'Brien, *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, cit., p. 2; B.Ahl, *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 184.

¹⁰² Iscrivarsi all'esame può risultare molto costoso per alcuni cinesi e soprattutto i corsi di preparazione possono arrivare a costare quanto un intero anno di iscrizione all'università. Anche i prezzi sono disponibili on line: <<http://www.chinalaws.org/sfks/ShowArticle.asp?ArticleID=2523>> (03/13).

dove le opportunità di istruzione e la qualità dell'educazione sono ancora oggi assai limitate.

Concludendo, gli effetti positivi della riforma si ritrovano quasi esclusivamente nelle aree più ricche ove attualmente sono presenti sezioni specializzate, come quelle dedicate alla proprietà intellettuale, nelle quali operano giudici non solo laureati, ma spesso in possesso di ulteriori qualifiche¹⁰³.

3. Considerazioni conclusive

3.1. Un nuovo ruolo per il giudice cinese?

Protecting rights is the improvement of justice¹⁰⁴

È difficile ipotizzare un nuovo ruolo per il giudice cinese, la riforma giuridica appare infatti estremamente frammentata, con situazioni e luoghi ancorati al passato e quasi totalmente immuni da quelle che sono state le riforme degli ultimi anni.

Sono avvenuti comunque grandi cambiamenti, coesistono realtà nelle quali è possibile riscontrare indipendenza e professionalità della magistratura, (ad esempio in sezioni di corti estremamente specializzate nelle quali lavorano giudici molto preparati), con altre diametralmente opposte nelle quali il magistrato prende ancora le decisioni secondo il buon senso ed in base ad una discrezionalità, che talvolta sfocia in arbitrarietà guidata da legittime o illegittime politiche di Partito.

La situazione giuridica cinese è stata per questo motivo avvicinata al diritto inglese ed in particolare al rapporto esistente tra *common law* ed *equity*; che vi siano affinità non vi è dubbio, ma molte sono le differenze anche sostanziali: in Inghilterra la centralizzazione dell'amministrazione della giustizia servì ad omogeneizzare le norme del paese, mentre in Cina *l'aequitas* (ovvero l'influenza politica) varia e di molto da corte a corte predisponendo di volta in volta rimedi anche molto diversi tra loro e spesso in assenza di qualsiasi regola procedurale.

In futuro però il ruolo della magistratura cinese potrebbe subire cambiamenti ancora più marcati in quanto di giustizia e di corti si parla molto e questo interesse fa

¹⁰³ R. Peerenboom, *Judicial Independence and Judicial Accountability: An Empirical Study of Individual Case Supervision*, «The China Journal», 55, 2006, pp. 67-92, p. 75. Si veda anche R. Peerenboom, *Economic Development and the Development of the Legal Profession in China*, cit., p. 121.

¹⁰⁴ Slogan che negli ultimi anni è divenuto molto popolare soprattutto nelle corti di base, citato da S. Balme, *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009, pp. 179-197, p. 197.

si che vi possano essere sempre più atti 'coraggiosi' compiuti da giovani giudici nati e cresciuti in una Cina moderna.

Alcuni casi concreti analizzati sia dalla dottrina cinese che da quella occidentale possono risultare più efficaci per comprendere la potenzialità delle riforme.

Nel caso di seguito riportato, noto come *Seed case*¹⁰⁵, la protagonista è una giovane giudice Li Huijuan, che sognava di portare avanti principi di giustizia simili a quelli che ritrovava nelle soap opera che oggi proliferano nella televisione cinese, spesso ambientate nella Cina imperiale¹⁰⁶.

Il giudice Li Huijuan ha conseguito una laurea in legge presso la *Henan University* e successivamente un master presso la prestigiosa *University of Politics and Law* a Pechino, può ritenersi pertanto uno di quelle figure altamente professionalizzate della nuova generazione. Nell'anno 2003 nella risoluzione di una controversia si è ritrovata ad analizzare un contratto ed applicare una disposizione provinciale che stabiliva il prezzo di vendita di un seme, e che era in palese contrasto con quanto disposto a livello nazionale; il giudice Li, ben conoscendo la gerarchia delle fonti¹⁰⁷, ha preso da sola la sua decisione ed ha dichiarato invalida la norma provinciale in favore di quella nazionale¹⁰⁸.

Durante l'esame degli atti Li ricevette anche una lettera da parte di un ufficiale del governo locale, nella quale le veniva richiesto di porre massima attenzione nella risoluzione del caso (si trattava evidentemente di una disputa di una certa importanza quantomeno a livello locale, e l'applicazione del prezzo previsto dalla norma provinciale piuttosto che quello stabilito a livello nazionale comportava differenze economiche importanti). Nelle more del procedimento ricevette anche la visita di una delle

¹⁰⁵ Zhao Lei, Huijuan Li: *tiaozhan difang lifa* (challenging local legislation), come citato da B. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 632, si veda anche J. Yardley, *A Judge Tests China's Courts, Making History*, «The New York Times» 28 novembre 2005, disponibile su <<http://www.nytimes.com/2005/11/28/international/asia/28judge.html?pagewanted=all&r=0>> (03/13).

¹⁰⁶ «Television stations carry numerous shows and mini-series depicting all kinds of legal disputes and their resolution. [...] Chinese media broadcast very pointed educational or fictional programs that convey clear messages that propaganda departments are eager to disseminate during legal education campaigns. Judges and lawyers embody a stylized modern society that citizens are encouraged to join, and a host of soap operas include characters who see their disputes adjudicated in invariably well-organized and corruption-free court staffed by righteous judges», P. Landry, *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, in T. Ginsburg, T. Moustafa (a cura di), *Rule by law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, pp. 207-234, pp. 224-233.

¹⁰⁷ Si ricorda che dal 2000 la Legge sulla legislazione ha apportato una qualche chiarezza circa la gerarchia delle fonti del diritto in Cina.

¹⁰⁸ Il caso è diventato popolare anche in occidente tanto da essere spesso citato in documenti in lingua inglese: J. Yardley, *A Judge Tests China's Courts, Making History*, cit., B. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 632, S. Balme, *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, cit., p. 180 ss.

parti, ma riuscì a non affrontare l'argomento, in altri termini riuscì più di una volta ad evitare illecite pressioni. La sua decisione fu quella di dichiarare nulla la norma provinciale e applicare, invece, quella nazionale. La questione, seppur non particolarmente eclatante nei fatti, suscitò scalpore prima nell'amministrazione locale e successivamente nella stessa corte. La giovane giudice era preoccupata per la sua carriera, seppure priva di rimpianti circa la decisione presa e disposta a rispondere delle sue responsabilità; Li Huijuan venne comunque momentaneamente sospesa dall'incarico¹⁰⁹ e reintegrata nel posto di lavoro soltanto un anno dopo. In realtà la sospensione venne mascherata come permesso dal lavoro in concomitanza della sua gravidanza; in quel periodo ella perfezionò i suoi studi giuridici a Pechino. Nel frattempo, per difendere la sua posizione, Li aveva preso contatti con la *Beijing Lawyers Association* tramite la quale il caso non solo fu portato a conoscenza della Corte suprema, ma venne preso in grande considerazione dai media, riscuotendo anche particolare attenzione da parte della dottrina. A distanza di pochi mesi, anche il Comitato permanente dell'ANP, organo *ex lege* deputato a risolvere i conflitti tra norme, si occupò della questione¹¹⁰. L'errore del giudice Li consisteva proprio nell'essersi permessa di sindacare la legittimità di una legge locale, appropriandosi di un potere esclusivo del Comitato permanente, organo legislativo, al quale la decisione avrebbe dovuto essere sottoposta.

Il comportamento del giudice deve essere considerato in un contesto in cui raramente il Comitato permanente si occupa di conflitti di questo tipo anche se portati alla sua attenzione; la pressione dei media e l'interesse suscitato dal caso hanno indotto il Comitato a trattare la questione. Una volta risolto il conflitto tra norme, la causa è tornata nel 2004 all'Alta corte dell'Henan la quale è giunta alla stessa conclusione già presa un anno prima dal giudice Li, ma, come la stessa autorità giudiziaria non ha mancato di sottolineare, nel rispetto delle procedure e soprattutto dei poteri del legislativo.

In sostanza, il gesto della giudice fu considerato una vera e propria sfida politica, sebbene non intenzionale, la risonanza è stata tale da indurre molti studiosi a ritenere che l'attuazione della riforma giuridica stesse finalmente portando dei risultati: una maggiore autonomia del magistrato non più mero esecutore delle politiche statali, ma vero interprete della legge¹¹¹.

¹⁰⁹ In realtà l'Alta corte del popolo, dove il caso fu appellato, chiese alla Corte intermedia del popolo (quella che aveva emesso la sentenza impugnata decisa da Li Huijuan) di licenziarla, S. Balme, *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, cit., p. 180.

¹¹⁰ È sempre la legge sulla legislazione ex art. 90 a stabilirlo.

¹¹¹ J. Yardley, *A Judge Tests China's Courts, Making History*, cit.

Quanto riportato rappresenta una tendenza che negli ultimi anni parte della dottrina continua a sottolineare; appare forse eccessivo l'accostamento proposto da studiosi cinesi del così detto *Seed case* alla sentenza americana del 1803 *Marbury v. Madison*¹¹², poiché non sancisce alcun potere di controllo di costituzionalità delle leggi (*judicial review*) nell'ordinamento. Vero è che il caso rappresenta comunque per la storia giudiziaria della Cina una sentenza di estrema importanza e rafforza l'idea che, soprattutto le corti di base ed intermedie, stiano acquisendo una maggiore consapevolezza del loro ruolo.

Se fino a qualche anno fa la riforma giuridica sembrava a senso unico con interventi del Partito, dell'Assemblea nazionale del popolo e della stessa Corte suprema per rimediare a lacune e carenze del sistema¹¹³, muovendosi dunque dall'alto al basso, negli ultimi anni si intravedono inversioni di tendenza. Soprattutto le corti inferiori iniziano a confrontarsi con le corti di pari livello per sapere come siano stati altrove risolti casi simili; internet rappresenta poi una fonte di conoscenza e di diffusione di notizie fino a qualche tempo fa sconosciuta¹¹⁴. Ne consegue che se le risposte vengono trovate nelle decisioni di altre corti non verranno cercate altrove, in particolare non negli organi di partito o nelle sue articolazioni locali o ancora nelle corti superiori¹¹⁵.

Il percorso che questi esempi delineano non sembra però dipendere dalle sole capacità e volontà della magistratura cinese.

Negli ultimi anni molta della retorica maoista è sembrata riaffiorare. Molti studiosi che sembravano oramai certi di una radicale riforma politica in senso democratico hanno piuttosto iniziato a parlare di un'eredità del passato visibile e presente in molti aspetti della società attribuendo dunque anche a questa flessibilità e capacità di

¹¹² È il Prof. Weifang He ad accostare le due sentenze pur sottolineandone alcune differenze come citato da J. Yardley, *A Judge Tests China's Courts, Making History*, cit. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) è la famosissima sentenza del 1803 della Corte suprema federale degli Stati Uniti d'America, nota per aver introdotto il controllo diffuso di costituzionalità delle leggi. Per la sua importanza generale ed in prospettiva comparata si veda V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino 2010 (4° ed.), p. 360 ss.

¹¹³ Per consultare l'*Annual Report on China's Judicial Reform* in lingua inglese si veda il blog del Prof. Xin Xu disponibile su <<http://justice.fyfc.cn/art/811949.htm>> (03/13).

¹¹⁴ B. Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 631.

¹¹⁵ *Ibid.* «The growth of horizontal relationships suggests that courts may be able to expand their own autonomy by looking to other courts for guidance rather than to party-state officials or court superiors».

resistenza l'inaspettata crescita economica¹¹⁶. In altri termini lo scenario cinese pare essere silenziosamente mutato.

Alla fine degli anni Settanta i modelli occidentali venivano adattati alle condizioni cinesi con la percezione, quantomeno al di fuori della Cina, che con il tempo il sapere occidentale, formalmente introdotto, avrebbe contaminato anche la sostanza, ovvero l'attuazione delle norme.

L'attualità sembra dimostrare il contrario.

La sostanza 'cinese' sembra infatti aver ripreso fiducia, per questo motivo nei documenti approvati negli ultimi cinque anni sembra riemergere con forza l'importanza del Partito alla guida del Paese, l'importanza dell'accentramento delle funzioni statali da controllare pedissequamente attraverso meccanismi di supervisione decisamente penetranti. Astutamente, il rinnovato interesse per dinamiche autoctone non viene posto in contrasto con le riforme e gli enunciati della prima parte della riforma, per questo motivo la magistratura dovrebbe sfruttare al massimo i margini di manovra ottenuti. In proposito deve essere fatta menzione di uno strumento, che sulla scia di una fase di riforma che potremmo definire maggiormente 'western-oriented', venne previsto nel secondo piano di riforma quinquennale (2004-2008) elaborato dalla Corte suprema del popolo al tempo presieduta da Xiao Yang: si tratta del così detto *guiding case mechanism* o *cases for guidance* (指导性案例 *zhidao xing anli*)¹¹⁷.

Tale strumento, che non viene invece contemplato dall'ultimo e terzo piano di riforma (2009-2013) elaborato dalla CSP - ma sotto la presidenza di Wang Shengjun - attuale presidente della Corte, è stato sorprendentemente avviato nel 2011¹¹⁸.

Il *guiding case mechanism* consiste in una selezione da parte delle corti cinesi di casi ritenuti importanti che potrebbero fungere da guida nella risoluzione di contro-

¹¹⁶ S. Heilmann, E.J. Perry, *Embracing Uncertainty: Guerrilla Policy Style and Adaptive Governance in China*, in Id. (a cura di), *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London 2011, pp. 1-29.

¹¹⁷ Zhenbao Jin, *Judicial Interpretation and the Envisaged Guiding Case Mechanism in Mainland China*, in M. Tomášek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China- Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague, 2011, pp. 143-162, p. 151, si veda anche B. Ahl, *Retaining Judicial Professionalism: The New Case Guiding Mechanism of the Supreme People's Court of China*, «China Quarterly» (forthcoming) disponibile su <http://chinastudien.phil-fak.uni-koeln.de/fileadmin/chinastudien/pub/ahl/TCQ_article.pdf> (03/13), p. 5.

¹¹⁸ Si può immaginare che il *case for guidance mechanism* rientri tra gli esperimenti di progetti di riforma che «higher people's courts may, under the arrangement of the Supreme People's Court and in light of local actualities [...] popularize [...] after they turn out to be relatively mature in practice and actual effects have been obtained», infatti, già dal 2002 alcune corti cinesi avevano cominciato a sperimentare questo meccanismo. Zhenbao Jin, *Judicial Interpretation and the Envisaged Guiding Case Mechanism in Mainland China*, cit., p. 150.

versie future da parte di altre corti¹¹⁹ e vorrebbe porre rimedio alle profonde incoerenze che spesso caratterizzano le decisioni delle corti cinesi¹²⁰.

L'articolo 2 del *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Provisions on Case Guidance* del novembre 2011 specifica che possono essere selezionati tutti quei casi già esecutivi che:

- 1) attract wide attention from society;
- 2) the legal provisions are, to a greater degree, on the principles of law;
- 3) are representative in nature
- 4) difficult, complicated or novel;
- 5) other cases that have a guiding function.

Più in particolare tutte le Corti del paese vengono istruite circa il procedimento da seguire per proporre al *case guidance office* della Corte suprema i casi che reputano opportuni¹²¹.

Lo strumento differisce dalla dottrina del precedente vincolante tipica dei paesi di *common law* in quanto i casi selezionati hanno forza persuasiva, ma non sono vincolanti e possono essere presi in considerazione da tutte le corti cinesi senza dover seguire un'operatività orizzontale o verticale in base alla gerarchia dell'organizzazione giudiziaria. Sono già disponibili alcuni casi selezionati, ma è ancora presto per affermare l'utilità e la considerazione che gli stessi stanno ricevendo¹²².

Appare evidente la potenzialità dello strumento nell'agevolare una maggiore coerenza e certezza delle decisioni, ma sarà compito del singolo giudice menzionare e quindi conoscere i casi selezionati sì da difendersi da ingerenze esterne utilizzando meccanismi forniti dall'organizzazione cinese¹²³.

¹¹⁹ Articolo 7 del *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Provisions on Case Guidance*, 26 novembre 2011, disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=9266&dlib=law&SearchKeyword=-case%20guidance&SearchCKeyword=>>> (03/13).

¹²⁰ B. Ahl, *Retaining Judicial Professionalism: The New Case Guiding Mechanism of the Supreme People's Court of China*, cit., p. 14.

¹²¹ Artt. 4 e 5, *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Provisions on Case Guidance*, cit. Interessante notare che non solo le corti, ma anche membri del legislativo, del Comitato centrale del PCC, studiosi avvocati (e l'elenco non è tassativo) possono proporre eventuali casi guida all'ufficio appositamente creato, il quale rimetterà poi la scelta finale al Comitato giudiziario della Corte suprema, art. 6, che conferma così ancora una volta la sua cruciale rilevanza per l'ordinamento.

¹²² Per il momento sono già stati selezionati tre gruppi di 'casi guida', ma i loro effetti pratici sono ancora difficili da valutare. I casi selezionati sono disponibili su <<http://en.pkulaw.cn/>> (03/13), circa le problematiche di un'ambigua presa di posizione della CSP su questo punto si veda B. Ahl, *Retaining Judicial Professionalism: The New Case Guiding Mechanism of the Supreme People's Court of China*, cit. p. 8 ss.

¹²³ Cfr. *ivi*, p. 16 ss.

Sviluppi ulteriori rispetto a tale presa di coscienza si evidenziano anche in una maggiore consapevolezza dei giudici del ruolo svolto dalla Costituzione. Come è noto nei paesi socialisti la Costituzione ha un valore diverso rispetto a quello ricoperto nei paesi occidentali perché percepita più come un documento politico che prettamente giuridico¹²⁴: il collegamento tra magistratura e Costituzione in occidente segue generalmente il seguente sillogismo:

constitutions are phenomena that are regarded as laws; law is a phenomenon that is enforceable by courts; therefore constitutions must be phenomena that are enforced by courts; and therefore constitutionalism is principally a product of judicial power¹²⁵.

Nonostante ambiguità esposte nei capitoli precedenti, l'influsso della *rule of law* si è però fatto sentire anche sui diritti costituzionalmente garantiti e sulla loro funzione.

Ovviamente, affinché un giudice possa sentirsi svincolato da pressioni nell'interpretare la Costituzione, deve poter godere di un certo grado di indipendenza, che torna dunque a giocare un ruolo molto importante.

Come ricordato nel primo capitolo e come avvalorato dall'esame del *Seed case*, non esiste in Cina né un organo *ad hoc* che valuti la costituzionalità delle disposizioni (nazionali e locali) né è data al giudice la possibilità di pronunciarsi su eventuali norme incostituzionali: Costituzione e Legge sulla legislazione (2000) prevedono che sia l'organo legislativo, principalmente il Comitato permanente, ad occuparsi di eventuali difformità. Da questo meccanismo definito 'supervisione costituzionale' deriva che trovano tutela giurisdizionale i diritti fondamentali¹²⁶ costituzionalmente garanti-

¹²⁴ «Il costituzionalismo si pratica laddove i politici e i tecnici delle istituzioni riconoscano insieme la costituzione come fonte di legittimazione e limitazione dei propri poteri e, forse ancor prima, laddove gli stessi cittadini sentano la costituzione come una base delle proprie pretese di sicurezza e giustizia», J. Luther, *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in G. Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene editore, Napoli 2009, pp. 223-281, p. 224, si veda anche Qianfan Zhang, *A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China*, «International Journal of Constitutional Law», 8, 2010, pp. 950-976.

¹²⁵ Questo sillogismo prende come base l'idea di A.V. Dicey di *rule of law* paragonata al concetto di '*judicialization*' divenuto noto tra i giuristi in questi anni, il concetto è di S. Balme, M. W. Dowdle, *Introduction: Exploring for Constitutionalism in 21st Century China*, in Id. (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 1-20, p. 2.

¹²⁶ L'emendamento costituzionale del 2004 ha introdotto all'art. 33 della Costituzione che «The State respects and protects human rights» ed ha aperto il dibattito se considerare diritti fondamentali solo quelli elencati in Costituzione o anche altri. I diritti esplicitamente dichiarati in Costituzione sono: 1) diritti e libertà civili; 2) diritti politici; 3) libertà personale; 4) diritti sociali economici e culturali, Zhiwei Tong,

ti, ma che siano anche sanciti in altre leggi fondamentali e ordinarie, mentre ne restano privi quelli dichiarati solo in Costituzione¹²⁷.

È necessario anche ricordare che la tradizione giuridica che la Cina ha alle spalle non ha mai conosciuto l'idea di diritti che appartengono alla persona in quanto tale, non rientra nella cultura cinese l'idea di diritti naturali e così anche i diritti stabiliti in Costituzione vengono percepiti dalla maggior parte dei cinesi come concessioni dello Stato. Non è un caso infatti che la stessa attività di 'supervisione costituzionale' non sia in realtà molto praticata e rappresenti piuttosto un eventuale controllo sugli organi più che un controllo sugli atti¹²⁸.

In questa prospettiva, la costituzione si presenta come la parte più importante dell'indirizzo politico predefinito dal partito e sancito dallo stesso congresso del popolo come titolare formale del potere costituente. La supervisione servirebbe a garantire la stessa supremazia del potere costituente, una 'rule of the assembly' più che una 'rule of law' e un governo dell'assemblea più che un governo della legge¹²⁹.

Il nuovo ruolo del giudice cinese che traspare in questi ultimi anni sembra aprire una strada diversa sul tema, infatti, sebbene non possa né decidere né sollevare questioni di costituzionalità ad un organo diverso rispetto a quello che ha emanato l'atto può almeno provare con le sue decisioni a rendere direttamente effettivi diritti solo costituzionalmente garantiti¹³⁰.

I due casi che seguono, molto diversi tra loro nei presupposti sono però entrambi idonei a dimostrare un qualche cambiamento nell'ordinamento giuridico cinese.

Il primo caso, che risale al 2002, evidenzia una maggiore consapevolezza da parte dei cittadini dei diritti garantiti. Un cittadino è ricorso all'autorità giudiziaria basan-

Development of Chinese Constitutionalism in the Mid and Short Run, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, p. 149-188, pp. 158-159.

¹²⁷ Cfr. *ivi*, p. 167 ss., il quale sottolinea anche che in realtà l'abbondanza di fonti legislative spesso lacunose e contrastanti rende difficile in concreto tale supervisione tanto che, fino ad oggi, nessuna legge è mai stata dichiarata invalida per non conformità alla Costituzione e le questioni esaminate non sono mai state trattate in tempi utili, *ivi*, p. 175.

¹²⁸ J. Luther, *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 223 ss., p. 230.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ La novità non è di poco conto se si pensa alla preclusione data ai giudici di citare nelle loro sentenze gli articoli della Costituzione.

do il suo ricorso esclusivamente sul principio di eguaglianza davanti alla legge, diritto costituzionalmente garantito (art. 33 Cost.), circostanza in realtà preclusa¹³¹.

Il soggetto si era sentito leso nei suoi diritti dai criteri di ammissibilità che un bando per un concorso bancario aveva posto per l'assunzione di alcuni lavoratori: la partecipazione era preclusa a tutti gli uomini di altezza inferiore a 168 cm, circostanza che al ricorrente era parsa alquanto strana soprattutto in previsione del lavoro che poi sarebbe andato a svolgere, in cui l'altezza non aveva alcun rilievo. Per questo motivo l'aspirante bancario decise di ricorrere alla competente corte del popolo per lesione del diritto di uguaglianza per i cittadini maschi di altezza inferiore a quella richiesta. Il ricorso fu rigettato, ma dimostra comunque una crescente attenzione del popolo nei confronti del diritto e dei suoi diritti, inoltre ha contribuito allo sviluppo del dibattito costituzionale attirando anche l'attenzione dei media e degli studiosi¹³².

Un secondo caso, noto come *Qi Yuling case*¹³³, evidenzia invece la maggiore consapevolezza del giudice nei confronti dei diritti costituzionalmente garantiti. La vicenda può così essere riassunta: la figlia di un quadro di Partito, Chen Xiaoqi, aveva partecipato ad un concorso pubblico per l'ammissione ad un istituto di studi superiori, *Jining Commercial School* nella provincia dello Shandong. Il padre, venuto a conoscenza che il nome della figlia non era nella graduatoria degli idonei, corruppe i dirigenti scolastici i quali non inviarono ad una delle vincitrici, Qi Yuling, la comunicazione dell'avvenuta ammissione ed al suo posto iscrisse, proprio sotto questo nome, la figlia la quale, anche dopo il diploma, continuò a lavorare per dieci anni sotto falsa identità. Dopo ben undici anni la vera vincitrice del concorso venne a conoscenza dell'imbroglio e citò in giudizio la scuola e la sua amministrazione per vedersi risarcito il danno patito sia per la violazione del diritto al nome che per la violazione del diritto allo studio. La corte, che non poteva non dare ragione a Qi Yuling, concesse un risarcimento di 35.000 RMB¹³⁴ per violazione del diritto al nome, ma rigettò la domanda di risarcimento per violazione del diritto all'istruzione asserendo che le successive azioni della ricorrente erano prova di una rinuncia al diritto stesso. Qi Yuling, convinta invece delle sue ragioni presentò appello alla Alta corte del popolo della provincia dello Shandong asserendo che i comportamenti successivi alla presunta esclusione dalla scuola non potevano ritenersi atti di rinuncia di un suo diritto civile. Il caso si presentava di difficile soluzione per l'Alta corte, la quale chiese chiarimenti

¹³¹ R.F. Antonelli, *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile?*, «Italianieuropei», 5, 2009, pp. 155-162, p. 159-160.

¹³² Cfr. *ivi*, p. 160.

¹³³ *Qi Yuling v. Chen Xiaoqi et al.* disponibile su <<http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=124&lib=case&SearchKeyword=qi%20yuling&SearchCKeyword=>> (03/13).

¹³⁴ La somma equivale a circa 3.500 euro.

alla Corte suprema del popolo che inaspettatamente e per la prima volta chiari che il diritto all'istruzione della ricorrente era un diritto costituzionalmente garantito (art. 46) per il quale non si poteva parlare di rinuncia¹³⁵.

Si tratta del primo caso in cui il risarcimento del danno è stato riconosciuto direttamente in base a diritti costituzionali; anche in questo contesto paragoni con la sentenza *Marbury v. Madison* non sono mancati. Sarà interessante seguire gli sviluppi futuri¹³⁶ anche perché fino a questo momento l'attività delle corti si è limitata al campo dei diritti sociali ed economici, nonché del diritto di uguaglianza, molto meno ai classici diritti di libertà¹³⁷.

[...] non è impossibile ipotizzare che il passo ulteriore possa essere quello di appellarsi alla Costituzione per vedere riconosciuti diritti ben più sensibili [...]. E se, fino ad oggi, il principio della ragion di Stato e dell'ordine pubblico sono sempre stati considerati di interesse prevalente, in un contesto sociale in continua e rapida evoluzione, una mutata sensibilità del mondo giudiziario, dagli organi inferiori o periferici alla Corte suprema di Pechino, o dello stesso organo legislativo [...], potrebbe oggettivamente influire sul processo di democratizzazione per via giudiziale o costituzionale, favorendo contestualmente maggiori spazi di pluralismo politico¹³⁸.

3.2. Elementi di modernizzazione e criticità

Nonostante gli innegabili progressi ed i cambiamenti avvenuti negli ultimi anni la professionalità dei giudici cinesi resta ancora un grosso problema dal quale derivano anche criticità circa la reale loro indipendenza, ma soprattutto circa la loro imparzialità.

¹³⁵ Xingzhong Yu, *Western Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China, 1978-2005*, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009, pp. 111-124, pp. 119-120.

¹³⁶ In realtà nel 2008 la CSP «published a document that officially voided the legal effect of several outdated judicial explanations, among which the *Qi Yuling* case was the only one so voided without even a brief explanation», Qianfan Zhang, *The Constitution of China. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford-Portland 2012, p. 175. Il 26 ottobre 2009 la CSP attraverso le *Provisions on Citation of Such Normative Documents as Laws and Regulations in the Judgments* disponibili su <<http://en.pkulaw.cn/-display.aspx?id=7818&lib=law&SearchKeyword=citation%20of%20such&SearchCKeyword=>> (03/13), ha riconfermato tale inversione di tendenza omettendo di elencare la Costituzione ed i suoi articoli tra i documenti che possono essere richiamati nelle sentenze. Si veda anche A.H.Y. Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, LexisNexis, Hong Kong 2011, p. 61-62.

¹³⁷ J. Luther, *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 241 ss.

¹³⁸ R.F. Antonelli, *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile*, cit., p. 161.

Lo stesso articolo 9 della Legge sulla magistratura non è perfetto poiché ammette troppe eccezioni nei requisiti di eleggibilità dei giudici, demandate tra l'altro alla totale discrezionalità della Corte suprema, eccezioni pensate per agevolare coloro che già lavoravano nelle corti prima del 1995 ed erano stati nominati con i vecchi sistemi.

La predisposizione di scuole serali e di corsi di aggiornamento per i giudici della vecchia guardia è discutibile e poco serve ad aumentare le loro competenze. A ciò si aggiunga che nelle aree rurali, dove maggiore sarebbe il bisogno di un accrescimento della cultura giuridica dei magistrati, alcune considerazioni provenienti dal livello centrale non vengono seguite.

Si ritiene che sia ancora troppo presto per gettare le basi di un nuovo modo di amministrare la giustizia nel rispetto delle norme adottate. È lo stesso ex preside della facoltà di legge di Pechino a dichiarare che nelle zone periferiche e disagiate del paese sia utile che i giudici conoscano le usanze e le caratteristiche delle terre che amministrano affinché possano decidere le cause secondo buon senso anziché secondo il diritto; le esigenze delle zone rurali appaiono spesso in conflitto con le norme mutuata dal diritto occidentale ed inserite nel contesto cinese. La prima condizione per l'applicazione delle leggi dovrebbe essere l'accettazione delle stesse da parte dei destinatari; le norme dovrebbero formare un 'ordinamento del sociale' capace di tutelare i cittadini e di lasciare un margine di discrezionalità al giudice attraverso l'interpretazione delle leggi; non sempre infatti discrezionalità e leggi formali devono essere considerate come due opposti, l'elasticità necessaria per fornire una giustizia individuale può essere ricercata all'interno delle norme, non necessariamente al di là di esse. Diversamente il rischio maggiore è quello di aumentare il dislivello tra est ed ovest, città e campagne, abbandonando sempre più le zone rurali e povere nell'attuale arretratezza ed escludendole dalla modernizzazione del paese¹³⁹, ormai già in atto da diversi anni.

In altri termini, una giustizia così frammentata e così diversa da una zona all'altra non riesce a svolgere alcuna funzione di collante nazionale; le proposte di favorire l'inserimento di giovani preparati anche e soprattutto nelle corti delle zone disagiate della Cina potrebbero essere un primo passo per la diffusione e condivisione di un comune ideale di giustizia; certo è che non tutto può dipendere dai soli giudici e che anche lo stato dovrebbe adoprarsi per ristabilire un maggiore controllo verticale sugli organi di amministrazione decentrati e rimuovere le cause che inevitabilmente inde-

¹³⁹ «Without a unified legal system strong enough to withstand outside interference and judges both skilled and secure enough to discover and apply the rules neutrally, basic courts will continue to serve as administrative agents of the local government and population rather than instruments of National unification» F.K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, «Yale Law Journal», 114, 2005, pp. 1675-1718, p. 1701.

boliscono i giudici eliminando pericolosi protezionismi locali e relazioni interpersonali che possono sfociare in vera e propria corruzione¹⁴⁰. Se tutto questo avvenisse non vi sarebbe bisogno di amministratori della giustizia che conoscono approfonditamente le realtà cui sovrintendono, anzi, alcuni problemi potrebbero essere meglio identificati se osservati con maggiore imparzialità e minor coinvolgimento.

Alcuni studiosi ritengono che la modernizzazione delle aree rurali possa essere ancora oggi affidata a militari in pensione perché conoscono il territorio, ma sono venuti meno, a causa dei trasferimenti per servizio in zone lontane, i contatti personali, l'abitudine alla mobilità li renderebbe idonei a possibili e frequenti trasferimenti ed infine l'organizzazione militare li ha educati ad essere selezionati nel rispetto dell'obbedienza.

La questione è stata oggetto di scambio di opinioni tra i professori Upham ed Zhu: all'appunto del primo circa la mancanza di conoscenze giuridiche degli ex soldati, il secondo risponde asserendo che nelle lontane campagne cinesi, ancora per molto tempo non sarà necessario parlare di professionalità dei giudici¹⁴¹.

La professionalità dei magistrati non è una questione avulsa dall'intera organizzazione del sistema giudiziario cinese ed analizzarla aiuta a comprendere il reale contesto delle corti, infatti, la mancanza di competenze è certamente causa della difficoltà di resistenza alle pressioni cui sono sottoposti i giudici, ma è anche circostanza che dipende fortemente da istituzioni esterne e diverse dalla magistratura stessa.

È difficile che un giudice studi e si comporti secondo canoni etici e morali se è sottopagato, inserito in un rigido sistema gerarchico, sottoposto a continui controlli da parte di colleghi e superiori. La mancanza di coerenza tra norme del Codice etico e *systemic interferences*, connaturate al sistema giudiziario, impedisce talvolta ai giudici di assumere decisioni imparziali, la valutazione dei singoli magistrati dovrebbe *ex lege* essere di competenza di un'apposita commissione, che ancora non è presente in ogni corte permettendo così che la sindacabilità dell'operato dei giudici si risolva in un giudizio politico. Un giudice non può specializzarsi ed accrescere le sue conoscenze se molti casi, spesso i più complessi, gli vengono sottratti per essere rimessi ad un Consiglio giudiziario che sovente è il primo a non rispettare le regole di un processo pubblico e trasparente e che tra l'altro non fornisce alle parti i verbali degli incontri che hanno condotto alla decisione. Pare difficile pretendere l'incorruttibilità della

¹⁴⁰ F.K. Upham, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1679 ss.

¹⁴¹ Cfr. *ivi*, p. 1688 ss., l'autore, come già anticipato, traduce e riprende gran parte del libro scritto in cinese dal prof. Suli Zhu, 送法下乡：中国基层司法制度研究 *Song fa xiaxiang: Zhongguo jiceng sifazhidu yanjiu (Sending Law to the Countryside: Research on China's Basic-Level Judicial System)* The Chinese University Press, Pechino 2000.

magistratura a fronte di stipendi spesso molto bassi e non elargiti alle scadenze pre-stabilite; scarsa è anche la possibilità di indipendenza del giudice nei confronti delle istituzioni locali, che non solo pagano il suo stipendio, ma che hanno anche il potere di condizionare la vita della sua famiglia circa l'inserimento dei figli nelle scuole del luogo, il rilascio di licenze edilizie e altre simili circostanze. Difficilmente un giudice potrà sentirsi libero di prendere una decisione in modo autonomo ed imparziale se esistono meccanismi, come quello della supervisione dei singoli casi, che consentono di rivalutare nel diritto e nel merito, anche a distanza di molti anni, sentenze già emesse in nome del senso di correttezza dell'intero sistema ed a prescindere da qualsiasi interesse di parte.

La certezza del diritto non è ancora riconosciuta come valore, nonostante il proliferare di tante leggi scritte, il senso di correttezza del sistema cambia con il mutare delle politiche.

Anche l'esame di ammissione all'università non è perfetto, se ai tempi di Mao ricordava gli esami imperiali e controllava e pianificava i futuri ingressi al lavoro, oggi lascia libera la scelta, ma fa sì che esistano anche in Cina laureati disoccupati¹⁴²; inoltre la libera scelta è attenuata dal meccanismo che assegna lo studente alla facoltà prescelta solo se il suo punteggio glielo consente, altrimenti dovrà rinunciare o accontentarsi di una facoltà di livello nettamente inferiore, lo stesso meccanismo vale per la scelta dell'ateneo. Molti giovani hanno iniziato a studiare giurisprudenza perché la votazione conseguita lo consentiva e perché intravedevano una professione redditizia. Molti studenti, spesso figli unici per la politica sulla pianificazione familiare, sono assistiti economicamente nella vita quotidiana non solo dai genitori, ma anche dai nonni e l'università è divenuta quasi una moda, ma talvolta manca loro interesse e quella volontà di studiare. Anche per i professori che in quelle facoltà insegnano, appare a volte più importante inseguire la carriera accademica ed i benefits che questa comporta: come avere a disposizione un autista, un ufficio proprio e un cellulare all'ultimo grido pagato dall'università, piuttosto che fare ricerca, pubblicare articoli e seguire allievi di talento¹⁴³.

Le ambiguità del sistema cinese sembrano essere molteplici e forse non del tutto diverse da quelle che si lamentano in occidente, si possono giustificare anche in nome di quell'elasticità, tanto cara al maoismo, alla successiva dottrina socialista cinese, allo

¹⁴² Ling Lu, *Graduate Education's Trying Times*, «Beijing Review», 2, 49, 2006, pp. 28-29.

¹⁴³ *Ibid.*

sviluppo ed alla crescita economica davvero impressionanti, ma allora davvero la Cina si troverebbe intrappolata nella sua stessa transizione¹⁴⁴.

Dopo un avvio veloce ed un'economia in crescita oramai da anni la Cina dovrà forse fare i conti con le sue contraddizioni; è anche plausibile che vi sia un controllo, non percepibile all'osservatore esterno, ben più capillare di quello che si immagina, ma è altresì possibile che dopo una riforma economica di tale portata e quindici anni di piani quinquennali, per la riforma giuridica sia davvero giunto il momento di una riforma politica, dove il PCC continui ad avere un ruolo guida, ma rimodellato secondo criteri più democratici¹⁴⁵.

Infatti, se è vero che l'indipendenza della magistratura non dipende dalla natura del sistema giuridico, ma dall'influenza politica, si può immaginare che una carica vitalizia, una maggiore fiducia (*de jure e de facto*), salari prestabiliti e più elevati possano condurre ad una migliore sistematicità della riforma. Il successo dello sviluppo dell'ordinamento giuridico dipende dunque da molti fattori e certamente anche da una maggiore professionalità degli addetti alla quale si collega una più elevata responsabilizzazione nello svolgimento delle funzioni, circostanza che deve essere correlata ad incentivi concreti che spronino la magistratura ad assolvere i suoi compiti in maniera efficace; a questo fine sarebbero tra l'altro necessarie procedure snelle e trasparenti per agevolare l'attività del giudice e per monitorarla meglio.

È difficile comprendere se davvero a breve giungerà il momento di una riforma politica volta a portare più democrazia nel paese senza destabilizzarlo.

L'auspicio è che politica e riforma giuridica possano procedere nella stessa direzione; aumentare l'affidabilità delle corti può servire ad incanalare le lamentele delle vittime della riforma economica proprio all'interno degli organi giudiziari, circostanza che renderebbe il dissenso più controllabile anche da parte dello stesso PCC, creando così una sorta di graduale circolo virtuoso tra cittadini, Partito e sistema delle corti.

Non si deve dimenticare che uno degli effetti della crescita economica è stato proprio quello di aumentare le disparità non solo tra zone ricche e povere del paese, ma anche all'interno di una stessa comunità¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Si veda il commento al libro di Minxin Pei, *China's Trapped Transition: The Limits of Developmental Autocracy*, di R. Peerenboom, *Is China Trapped in Transition?*, disponibile su <http://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Peerenboom_intro%25232%2523.pdf> (03/13).

¹⁴⁵ Tianyong Zhou, *La via cinese alla democrazia*, «Limes Rivista italiana di geopolitica», 4, 2008, pp. 97-106, p. 101.

¹⁴⁶ Considerazioni interessanti circa l'evoluzione del diritto cinese dal 1995 al 2007 si trovano in D.C. Clarke, *Introduction: The Chinese Legal System Since 1995: Steady Development and Striking Continuities*, «China Quarterly», 2007, pp. 555-566.

La Cina è dunque oramai un paese con molte leggi e con molti operatori del diritto, si contano infatti più di 200.000 giudici, 140.000 avvocati, 400 università di giurisprudenza, un sistema di corti dislocato sul territorio che risolve circa otto milioni di cause all'anno. La prossima sfida delle corti cinesi sarà dunque quella di restare al passo con una società che appare in rapida evoluzione, tentando, per quanto possibile, di porre un rimedio ai punti più deboli del sistema¹⁴⁷.

Professionalità e serietà non potranno portare all'indipendenza della magistratura, ma potranno condurre a decisioni imparziali riportando la giustizia cinese sui binari di una *rule of virtue*, di matrice certamente confuciana, che probabilmente consentirebbe anche un dialogo più costruttivo con il Partito evitando un'eccessiva imposizione di un principio di indipendenza delle corti che la Cina in fondo non ha mai conosciuto, ma che ha utilizzato soltanto in conseguenza dell'incontro/scontro con le potenze occidentali alla fine del XIX secolo.

Ancora una volta gli insegnamenti di Confucio potrebbero risultare utili:

Zilu chiese: «Il Signore di Wei vi attende per affidarvi un incarico di governo: che cosa fate dapprima?»

Il Maestro rispose: «Indubbiamente restituirò ai nomi il loro significato».

«Come siete astratto! – osservò Zilu. – Cosa vuol dire restituire ai nomi il loro significato?»

Il Maestro disse: «Quanto sei incolto, Zilu! L'uomo nobile di animo preferisce tacere su questioni che ignora! Se ai nomi non è conferito il loro significato, il discorso è incoerente e, se il discorso è incoerente, non si perviene a nulla, le antiche norme rituali e la musica non fioriscono; se le antiche norme rituali non fioriscono, leggi e punizioni non si applicano correttamente; se leggi e punizioni non si applicano correttamente, il popolo non sa dove poggiare mani e piedi. Perciò, quando un uomo nobile di animo fissa per una cosa un nome, tale nome può essere certamente pronunciato e, se pronunciato, divenire realtà. Ecco perché nell'esprimersi egli è prudente»¹⁴⁸.

¹⁴⁷ J. A. Cohen, *China's Legal Reform at the Crossroad*, «Far Eastern Economic Review», 169, 2006, pp. 23-27.

¹⁴⁸ Confucio, *Dialoghi* (trad. it. e cura di T. Lippiello), Einaudi, Torino 2006, pp. 147-148, (13.3). Questo dialogo espone il c.d. principio del 'raddrizzamento dei nomi', più conosciuto e certamente efficace è anche il dialogo 12.11 nel quale Confucio, interrogato sull'arte del governo risponde: «Che il sovrano agisca da sovrano, il ministro da ministro, il padre da padre e il figlio da figlio». «Giusto! – esclamò il duca. – In verità se il sovrano non governasse, se il ministro non svolgesse le funzioni di ministro, se il padre non agisse da padre e il figlio non agisse da figlio, quand'anche vi fossero cereali in abbondanza, riuscirei forse a mangiare?».

Dunque non concentrare gli sforzi nel tentativo di qualificare come indipendenti le istituzioni giudiziarie cinesi, ma piuttosto tentare di agevolare l'utilizzo di strumenti per giungere ad un numero sempre crescente di decisioni imparziali.

È innegabile che in poco più di trenta anni la Cina sia profondamente cambiata, ma gli effetti nel lungo termine non sono ancora chiari. Probabilmente anche il futuro del paese continuerà ad avere 'caratteristiche cinesi'. Il giudizio non può che rimanere al momento sospeso e la possibilità che possa avere anche una qualche ragione chi affermò che sono forse gli occidentali a non aver capito che esiste qualcosa *oltre* la *rule of law*, mentre la Cina lo ha capito 2500 anni orsono:

The trouble with you Westerners, is that you've never got beyond that primitive stage you call "rule of law": You're all preoccupied with the "rule of law". China has always known that law is not enough to govern society. She knew it twenty-five hundred years ago, and she knows it today¹⁴⁹.

¹⁴⁹ C.W. Jones, *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, in C.S. Hsu (a cura di), *Understanding China's Legal System: Essays in Honor of Jerome A. Cohen*, New York University Press, New York 2003, pp. 7-45, p. 7.

Bibliografia

- Abbott J.P., *Democracy@internet.Asia? The Challenges to the Emancipatory Potential of the Net: Lessons from China and Malaysia*, «Third World Quarterly», 22, 2001, pp. 99-114.
- Abraham H.J., *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, (pp. 20-45) in O.G. Chase, H. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson/West, St. Paul 2007, pp. 97-101
- Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, «Issues & Studies», 42, 2006, pp. 171-204.
- Ahl B., *Retaining Judicial Professionalism: The New Case Guiding Mechanism of the Supreme People's Court*, «China Quarterly» (forthcoming), disponibile su <http://chinastudien.phil-fak.uni-koeln.de/fileadmin/chinastudien/pub/ahl/TCQ_article.pdf> (03/13).
- Ajani G., *By Chance and Prestige*, «American Journal of Comparative Law», 43, 1995, pp. 93-117.
- Ajani G., *La Rule of Law in Cina*, «Mondo cinese», 126, 2006, pp. 18-25, disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/126/126_ajan.htm> (03/13).
- Ajani G., *Fazhi, Rule of Law, Stato di diritto*, in Id. (a cura di), *Modelli europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 189-208.
- Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, Milano 2007.
- Albrecht P.A., Thomas J., *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, Berlino 2009.
- Alford W.P., *Exporting the Pursuit of Happiness*, in U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, Thomson-Foundation Press, New York 2009, pp. 37-41.
- Antonelli R.F., *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile?*, «Italianieuropei », 5, 2009, pp. 155-162.
- Antonelli R.F., *La legge sulla legislazione*, «Mondo cinese», 119, 2004, pp. 23-37, disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/119/119_anto.htm> (03/13).
- Autheman V., Henderson K. (a cura di), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, IFES Rule of Law White Paper Series, 2004, disponibile su <http://www.ifes.org/publication/e34efa3403c4f206c11404a6fbc37cd0/WhitePaper_1_FINAL.pdf> (03/13).
- Balme S., Dowdle M.W. (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009.
- Balme S., Dowdle M.W., *Introduction: Exploring for Constitutionalism in 21st Century China*, in Id. (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, New York 2009, pp. 1-20.

- Balme S., *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 154-179.
- Balme S., *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009, p. 179-197.
- Bartole S., voce *Indipendenza del giudice*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma Treccani, 1990, pp.1-4.
- Bell J., *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Bertolini E., *L'“apertura sorveglianza”: la via cinese alla govenance e alla censura di internet*, «Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», 2008, pp. 1063-1097.
- Bingham T., *The Rule of Law*, Penguin Books, London 2011.
- Bo Yin, *Chinese Socialist Legal System: Evolution and Principal Features*, in M. Tomášek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China- Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 123-142.
- Bodde D., *Basic Concepts of Chinese Law: The Genesis and Evolution of Legal Thought in Traditional China*, «Proceedings of the American Philosophical Society», 107, 1963, pp. 375-398.
- Bodde D., Morris C., *Law in Imperial China*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1967.
- Bognetti G., voce *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino 1996, p. 372-378.
- Brown R.C., *Understanding Chinese Courts and Legal Process: Law with Chinese Characteristics*, Kluwer Law International, London-Boston-The Hague 1997.
- Calamandrei P., *Discorso sulla Costituzione agli studenti di Milano*, (1955), audio disponibile su <<http://www.youtube.com/watch?v=XRTG9duEnww>>.
- Calcina Howson N., *Judicial Independence and the Company Law in the Shanghai Courts*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 134-153.
- Cao Dingjian, *Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 35-53.
- Cao Pei, *La dottrina confuciana e il “governo dell'uomo”: l'umanesimo cinese originario*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano 2002, pp. 739-757.
- Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford- New York 1989.
- Carpi A., *Il legal Aid nella Cina contemporanea*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1, 2007, pp. 177-191.
- Cassel P.K., *Grounds of Judgment. Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, Oxford University Press, Oxford-New York 2012.
- Castellucci I., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Uni Service, Trento 2008.
- Castellucci I., *Rule of Law with Chinese Characteristics*, in Id., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Uni Service, Trento 2008, pp. 97-157.
- Cavaliere R. (a cura di), *Cina: commercio internazionale e investimenti esteri*, IPSOA, Milano 2006.
- Cavaliere R., *Cina*, in Id., *Diritto dell'Asia orientale*, Cafoscarina, Venezia 2008, pp. 15-71.
- Cavaliere R., *Diritto dell'Asia orientale*, Cafoscarina, Venezia 2008.

- Cavaliere R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, I.S.E.S.A.O., Milano 1996.
- Cavaliere R., *L'adesione della Cina alla WTO: implicazioni giuridiche*, Argo, Lecce 2003.
- Cavaliere R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Milano 1999.
- Chase O.G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson-West, St. Paul 2007.
- Chen A.H.Y., *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, LexisNexis, Hong Kong 2011.
- Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation*, M. Nijhoff, Leiden-Boston 2008.
- Chen J., *Implementation of Law in China - An Introduction*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 1-21.
- Chen J., *Mission Impossible: Judicial Efforts to Enforce Civil Judgments and Rulings*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 85-111.
- Chen Zhonglin, *Sifa Minzhu shi Sifa Gongzheng de Genben Baozheng*, 司法民主是司法公正的根本保证 (Judicial Democracy is the Crucial Guarantee of Judicial Impartiality) «Faxue Zazhi», 5, 2010, pp. 23-27.
- Cheng Tien-His, *The Development and Reform of Chinese Law*, «Current Legal Problems», 1, 1948, pp. 170—187.
- Cheng A., *La pratica della Cina*, Obarrao, Milano 2006.
- Cho Young Nam, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision Over Courts by Chinese Local People's Congress*, «China Quarterly», 176, 2003, pp. 1068-1083.
- Choi Chongko, *East Asian Encounters with Western Law and the Emergence of East Asian Jurisprudence*, in M. Tomášek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China-Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 97-108.
- Chow D.C.K., *The Legal System of the People's Republic of China in a Nutshell*, Thomson-West, St. Paul 2009 (2a ed.).
- Ch'ü T'ung-tsu, *Law and Society in Traditional China*, Mouton, Paris 1961.
- Chung J.H., *Central-Local Dynamics: Historical Continuities and Institutional Resilience*, in S. Heilmann, E.J. Perry (a cura di), *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London 2011, pp. 297-320.
- Clarke D.C., *China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance*, in U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., Thomson-Foundation Press, New York, 2009, pp. 31-36.
- Clarke D.C., *Politburo Proposes to Centralize Court Funding* disponibile su <http://lawprofessors.typepad.com/china_law_prof_blog/2008/12/politburo-propo.html>.
- Clarke D.C., *Introduction: The Chinese Legal System Since 1995: Steady Development and Striking Continuities*, «China Quarterly», 2007, pp. 555-566.
- Cohen J.A., *China's Legal Reform at the Crossroad*, «Far Eastern Economic Review», 169, 2006, pp. 23-27.
- Cohen J.A., *China Reform Era Legal Odyssey*, «Far Eastern Economic Review», 171, 2008, pp. 34-38.
- Cohen J.A., *Interviewing Chinese Refugees: Indispensable Aid to Legal Research on China*, in Id. (a cura di), *Contemporary Chinese Law; Research Problems and Perspectives*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1970, pp. 84-117.

- Cohen J. A., *Notes on Legal education in China*, «Student Lawyer», 1, 1972-1973, pp. 40-44.
- Cohen J.A., *The Court of Mass Appeal*, «South China Morning Post», 4 aprile 2009.
- Cohen J.A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, «Harvard Law Review», 82, 1968-1969, pp. 967-1006.
- Cohen J.A., O. Zhong, *Public Sentiment Can Play Dangerous Role in Mainland Justice. The People's Will*, «South China Morning Post», 3 febbraio 2010.
- Confucio, *Dialoghi* (trad. it. e cura di T. Lippiello), Einaudi, Torino 2006.
- Coticelli G., *Per i 60 anni della Costituzione repubblicana: coscienza Costituzionale e avvocatura*, in «Notiziario Forense», 2, 2008, pp. 20-30.
- Costa P., Zolo D., *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano 2002.
- Crespi Reghizzi G., voce *Centralismo democratico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Utet, Torino 1988, p. 268- 274.
- Crespi Reghizzi G., *Cina 2003: L'osservatorio del giurista*, disponibile su <<http://www.leggicinesi.it/dottrina/ReghizziCinaOsservatorioGiurista.pdf>> (03/13).
- Crespi Reghizzi G., *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, «Quaderni fiorentini», 14, 1985, pp. 551-588.
- Crespi Reghizzi G., *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, «Quaderni fiorentini», 14, 1985, pp. 529-560.
- Damaska M., *A Continental Lawyer in an American Law School: Trials and Tribulations of Adjustment*, «U. Pa. L. Rev.» 116, 1968, in O.G. Chase, H. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano, A. Zuckerman, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson-West, St. Paul 2007, pp. 53-57.
- David R., Jauffret-Spinosi C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Parigi, Dalloz 2002 (11a ed.), tr. it. a cura di R. Sacco, I grandi sistemi giuridici contemporanei, Cedam, Padova 2004 (5a ed).
- De Giorgi L., *Il sistema universitario cinese fra eredità storica e riforme*, 2 «Cosmopolis», 2, 2007, disponibile su <<http://www.cosmopolisonline.it/20071201/degiorgi.php>> (03/13).
- De Tocqueville A., *La democrazia in America*, (a cura di) G. Candeloro, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano 1992.
- Del Corona M., *I cinesi su internet contro le ingiustizie*, «Corriere della Sera», 23 agosto 2009.
- Del Corona M., *Pechino a caccia di consenso*, «Corriere della Sera» 23 agosto 2009.
- Dell'Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, Cedam, Padova 1981.
- Denby C., *Extraterritoriality in China*, «American Journal of International Law» 18, 1924, pp. 667-675., p. 670-671
- Dicks A.R., *Compartmentalized Law and Judicial Restraint: An Inductive View of Some Jurisdictional Barriers to Reform*, «China Quarterly», 1995, pp. 82-109.
- Dicks A.R., *The Chinese Legal System: Reforms in the Balance*, «China Quarterly», 1989, pp. 540-576.
- Dicks A.R., *The Law-Making functions of the Chinese Judiciary: Filling Holes in the Civil Law*, in I. Edge (a cura di), *Comparative Law in Global Perspective: Essays in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Founding of the SOAS Law Department*, Transnational Publishers, Ardsley, NY 2000, pp. 241-270.
- Dowdle M.W., *Beyond 'Judicial Power': Courts and Constitutionalism in Modern China*, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009, pp. 199-217.

- Duncan N., *Ethical Practice and Clinical Legal Education*, «International Journal of Clinical Legal Education», 7, 2005, pp. 8-19.
- Erie M.S., *Legal Education Reform in China Through U.S. Inspired Transplants*, «Journal of Legal Education», 59, 2009-2010, pp. 60-96.
- Farah D.P., *L'adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio: ovvero come conciliare cultura e diritto*, «Mondo cinese», 124, 2005, pp. 34-42, disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/124/124_fara.htm>(03/13).
- Feng Jianhua, *Popular Job: In a Tight Job Market, More and More Young Chinese Are Opting for the Civil Service*, «Beijing Review», 2, 49, 2006, p. 26-27.
- Fioravanti M., *Costituzione*, il Mulino, Bologna 1999.
- Fu Hualing, *Access to Justice and Constitutionalism in China*, in S. Balme, M.W. Dowdle, *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009, pp. 163-178.
- Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence; Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 95-133.
- Gallagher M.E., Wang Yuhua, *Users and Non-Users: Legal Experience and Its Effect on Legal Consciousness*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 204-233.
- Gao Lingyun, *Chinese Legal Education System: Yes and No*, «Zeitschrift für Chinesisches Recht», 3, 2006, pp. 261-269.
- Garapon A., *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 37-51
- Garrick J. (a cura di), *Law and Policy for China's Market Socialism*, Routledge, London-New York 2012.
- Geraci M., *China Still Needs Time to Develop*, «China Daily», 25 maggio 2010.
- Gianformaggio L., voce *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Utet, Torino 1988, pp. 274-278.
- Ginsburg T., Chen A.H.Y. (a cura di), *Administrative Law and Governance in Asia*, Routledge, London-New York 2009.
- Ginsburg T., *Judicial Independence in East Asia: A Lessons for China*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 247-259.
- Grano S., *Il problema della proprietà della terra in Cina*, «Mondo cinese», 130, 2007 disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/130/130_gran.htm#.UT39IqWC9qM> (03/13).
- Grob D.B., *Legalizing the Local State: Administrative "Legality" at China's Grassroots*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher, *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 91-113.
- Grossi P., *Prima lezione di diritto*, Universale Laterza, Roma 2006.
- Guarnieri C., *Judicial Independence in Authoritarian Regimes: Lessons from Continental Europe*, in R. Peerenboom R. (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 234-246.
- Guarnieri C., P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma 2011 (ed. orig. 2002).
- Guastini R., voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, X, Torino, Utet 1993, p. 497-509.

- Hawes C., *Improving the Quality of the Judiciary in China: Recent Reforms to the Procedures for Appointing, Promoting, and Discharging Judges*, in K. Malleon, P.H. Russell (a cura di), *Appointing Judges in An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006, pp. 395-419.
- He Xin, *Court Finance and Court Responses to Judicial Reforms: A Tale of Two Chinese Courts*, paper presentato alla Conferenza annuale dell'ECLS Association, (Bologna-Torino) 2008.
- He Xin, *Enforcing Commercial Judgments in the Pearl River Delta of China*, «American Journal Comparative Law», 57, 2009, pp. 419-456.
- He Xin, *Black Hole of Responsibility: The Adjudication Committee's Role in a Chinese Court*, «Law & Society Review», 46, 2012, pp. 681-712.
- Heilmann S., E.J. Perry (a cura di), *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London 2011.
- Heilmann S., E.J. Perry, *Embracing Uncertainty: Guerrilla Policy Style and Adaptive Governance in China*, in Id. (a cura di), *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London 2011, pp. 1-29.
- Henderson K.E., *Global Lessons and Best Practices: Corruption and Judicial Independence*, in G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve, *Independence, Accountability, and the Judiciary*, BIICL, London 2006, pp. 439-492.
- Henderson K.E., *Halfway Home and a Long Way to Go*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 23-36.
- Herrfahrdt H., *La preistoria dei 'patti diseguali' della Cina (1939)*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 1-8.
- Ho N.P., *Organized Crime in China. The Chongqing Crackdown*, in J. Garrick (a cura di), *Law and Policy for China's Market Socialism*, Routledge, Oxon-New York 2012, pp. 202-214.
- Hou Xinyi, *Modern Legal Education in China*, «Oklahoma City University Law Review», 31, 2006, pp. 293-299.
- Hsu C.S. (a cura di), *Understanding China's Legal System: Essays in Honor of Jerome A. Cohen*, New York University Press, New York 2003.
- Jernigan T.R., *China in Law and Commerce*, Macmillan, New York-London 1905.
- Jin Zhenbao, *Judicial Interpretation and the Envisaged Guiding Case Mechanism in Mainland China*, in M. Tomášek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China- Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague, 2011, pp.143-162.
- Jones C.W., *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, in C.S. Hsu (a cura di), *Understanding China's Legal System: Essays in Honor of Jerome A. Cohen*, New York University Press, New York 2003, pp. 7-45.
- Kelemen K., *I sistemi giuridici dell'Europa orientale*, in V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino 2010, p. 191-211.
- Kim M.S.H., *A Distant Premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, «Korean Journal of Comparative Law», 24, 1996, pp. 17-42.
- Koguchi H., *Some Observations About "Judicial Independence" in Post-Mao China*, «Boston College Third World Law Journal», 7, 1987, pp. 195-213.
- Kreth E., *Ethics of Judicial Behaviour*, in P.A. Albrecht, J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, Berlino, 2009, pp. 171-177.

- Landry P.F., *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, in T. Ginsburg, T. Moustafa (a cura di), *Rule by law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, pp. 207-234.
- Landry P.F., *The Impact of Nationalist and Maoist Legacies on Popular Trust in Legal Institutions*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 139-168.
- Landsberg B., "Walking on Two Legs in Chinese law Schools": A Chinese/ U.S. Program in Experiential Legal Education, «International Journal of Clinical Legal Education», 16, 2011, pp. 38-57.
- Li Ling, *Lost in Translation. "Rule of Guanxi 關係", an Alternative to the Rule of Law?*, in M. Tomášek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China- Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp.163-173.
- Li Ling, *Performing Bribery in China: Guanxi-Practice, Corruption with a Human Face*, «Journal of Contemporary China», 20, 2011, pp. 1-20.
- Li Ling, *Corruption in China's Courts*, in R. Peeremboom (a cura di), *Judicial Independence in China, Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 196-220.
- Li Yuwen, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospect*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 55-81.
- Li Yuwen, *Professional Ethics of Chinese Judges. A rising issue in the landscape of judicial practice*, «China Perspectives», 47, 2003, pp. 1-17 [Online], disponibile su <<http://chinaperspectives.revues.org/274> > (03/13).
- Liang Zhiping, *Explicating "Law": A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture*, «Journal of Chinese Law», 3, 1989, pp. 55-91.
- Liebman B., *The Media and the Courts: Towards Competitive Supervision?*, «China Quarterly» 208, 2011, pp. 833-850.
- Liebman B., *A Return to Populist Legality? Historical Legacies and Legal Reform*, in S. Heilmann, E.J. Perry (a cura di), *Mao's Invisible Hand. The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) and London 2011, pp. 165-200.
- Liebman B.L., *A Populist Threat to China's Courts?*, M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 269-313.
- Liebman B., *Lawyers, Legal Aid, and Legitimacy in China*, in W.P. Alford, *Raising the Bar, The Emerging Legal Profession in East Asia*, Harvard University Press, Cambridge- Massachusetts 2007, pp. 311-356.
- Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, «China Quarterly», 191, 2007, pp. 620-643.
- Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, «Columbia Law Review», 105, 2005, pp. 1-157.
- Losano M.G., *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma 2000.
- Ling Lu, *Graduate Education's Trying Times*, «Beijing Review», in 2, 49, 2006, pp. 28-29.
- Liu Nanping, "Legal Precedents" with Chinese Characteristics: Published Cases in the Gazette of the Supreme People's Court, «Journal of Chinese Law», 5, 1991, pp. 107-140.
- Liu Nanping, Liu M., *Justice Without Judges: The Case Filing Division in the People's Republic of China*, «U.C. Davis Journal of International Law and Policy», 17, 2010-2011, pp. 283-343.

- Lo C. Wing-Hung, *Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China*, «Columbia Journal of Asian Law», 11, 1997, pp. 469-486.
- Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, Stanford 1999.
- Lubman S., *Looking for Law in China*, «Columbia Journal of Asian Law», 20, 2006, pp. 1-92
- J. Luther, *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene editore, Napoli 2009, pp. 223-281.
- Luther J., *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 69-147.
- Luu Tien-Dung, *Judicial Independence in Transitional Countries*, 2003, disponibile su <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/untc/unpan018253.pdf>> (03/13).
- Luzzatto R., F. Pocar, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Giappichelli Torino 2003 (3a ed.)
- Ma Cho, *Just Judiciary Can Ease Social Angst*, «China Daily», 19 maggio 2010. MacCormack G., *The Spirit of Traditional Chinese Law*, The University of Georgia Press, Athens-London 1996.
- Malleson K., Russell P.H. (a cura di), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006.
- Manuale di preparazione all'esame di accesso alle professioni legali*, 国家司法考试辅导用书 [Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu] Beijing Law Press, Pechino 2010.
- Mao Ling, *Clinical Legal Education and the Reform of the Higher Legal Education System in China*, «Fordham International Law Journal», 30, 2006-2007, pp. 421-434.
- Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, Thomson-Foundation Press, New York 2009 (7a ed).
- Mazza M., *Decentramento e governo locale nella Repubblica popolare cinese*, Giuffrè, Milano 2009.
- Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, Milano 2006.
- Menski W., *Comparative Law in a Global Context: the Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Merryman J.H., *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Presentazione di Gino Gorla, Giuffrè, Milano 1973.
- Michelson E., Read B.L., *Public Attitudes toward Official Justice in Beijing and Rural China*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 169-203.
- Minzner C., *Judicial Disciplinary Systems for Incorrectly Decided Cases: The Imperial Chinese Heritage Lives On*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher (a cura di), *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 58-90.
- Moccia L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milano 2005.
- Moccia L., *Il diritto in Cina*, Bollati Boringhieri, Torino 2009.
- Moccia L. (a cura di), *Profili emergenti del sistema giuridico cinese*, Philos, Roma 1999.
- Mühlemann G., *China's Multiple Legal Traditions. An Overview*, in M. Tomášek, G. Mühlemann, *Interpretation of Law in China- Roots and Perspectives*, Karolinum Press, Prague 2011, pp. 43-80.
- Mugelli C., *Judicial Independence in China: A Comparative Perspective*, «Acta Juridica Hungarica», 54, 2013, pp. 40-57.
- Musu I., *La Cina contemporanea*, il Mulino, Bologna 2011.
- Novaretti S., *Le ragioni del pubblico: le "azioni nel pubblico interesse" in Cina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011.

- O'Brien R., *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, Adelaide, Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference 28-30 September 2005, p. 1-8, disponibile su <<http://w3.unisa.edu.au/hawkeinstitute/gig/aapae05/documents/obrien.pdf>> (03/13).
- Oberto G., *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Cedam, Padova 2008.
- Otto J.M., *Toward an Analytical Framework: Real Legal Certainty and Its Explanatory Factors*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 23-34.
- Paderni P., *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo*, «Mondo cinese», 97, 1998, pp. 3-14, disponibile su <http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/097/097_pade.htm> (03/13).
- Peerenboom R., *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.
- Peerenboom R., *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Peerenboom R. (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Peerenboom R., *Is China Trapped in Transition?*, disponibile su <http://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Peerenboom_intro%25232%2523.pdf>.
- Peerenboom R., *More Law, Less Courts: Legalized Governance, Judicialization, and Dejudicialization in China*, in T. Ginsburg, Albert H.Y. Chen, *Administrative Law and Governance in Asia. Comparative perspectives*, Routledge, London-New York 2009, pp. 175-201.
- Peerenboom R., *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, in Id. (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 69-94.
- Peerenboom R., *Judicial Independence and Judicial Accountability: An Empirical Study of Individual Case Supervision*, «The China Journal», 55, 2006, pp. 67-92.
- Peerenboom R., *What's Wrong With Chinese Rights: Toward a Theory of Rights with Chinese Characteristics*, «Harvard Human Rights Journal», 6, 1993, pp. 29- 57.
- Peerenboom R., *Economic Development and the Development of the Legal Profession in China*, in M.Y.K. Woo, M.E. Gallagher, *Chinese Justice. Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, pp. 114-135.
- Peerenboom R., *Human Rights in China*, in R. Peerenboom, C.J. Petersen, A.H.Y. Chen (a cura di), *Human Rights in Asia. A Comparative Legal Study of Twelve Asian Jurisdictions, France and USA*, Routledge, London-New York, pp. 413-451.
- Peerenboom R., *Competing Conceptions of Rule of Law in China*, in Id. (a cura di) *Asian Discourses of Rule of Law*, Routledge, London-New York 2004, pp. 113-145.
- Pei Minxin, Zhang Guoyan, Pei Fei, Chen Lixin, *A Survey of Commercial Litigation in Shanghai Courts*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 221-233.
- Piquet H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, Bruxelles 2005.
- Posner R.A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge 2008.
- Pottenger J., *The Role of [Clinical] Legal Education in Legal Reform in the People's Republic of China: Chicken, egg-or fox?*, «International Journal of Clinical legal Education», 6, 2004, pp. 65-80.

- Reimann M., *Of Products and Process: The First Six Trento Volumes and Their Making*, in U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, Thomson-Fondation Press, New York 2009, (7a ed.), pp. 106-109.
- Rinella A., *Cina*, il Mulino, Bologna, 2006.
- Roberts John A.G., *Storia della Cina*, il Mulino, Bologna 2013.
- Rossi P., *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 9-67.
- Ruskola T., *Legal Orientalism*, «Michigan Law Review», 101, 2002-2003, pp. 179-234.
- Russell P.H., O'Brien D.M. (a cura di), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*, University Press of Virginia, U.S.A. 2001.
- Russell P.H., *Judicial Independence in Comparative Perspective*, in P.H. Russell, D.M. O'Brien (a cura di), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*, University Press of Virginia, U.S.A. 2001, pp. 301-307.
- Sacco R., voce *Cina*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, pp. 360-365.
- Sacco R., *Il diritto muto*, «Rivista di diritto civile», 26, 1993, pp. 689-702.
- Samarani G., *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero ad oggi*, Einaudi, Torino 2008.
- Shetreet S., C. Forsyth, *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012.
- Shetreet S., *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual Constitutional Infrastructure*, in S. Shetreet, C. Forsyth, *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, pp. 17-67.
- Stafutti S., Ajani G., *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, Einaudi, Torino 2008.
- Storme M., *Independence of the Judiciary: the European Perspective*, in S. Shetreet, C. Forsyth, *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, pp. 85-95.
- Szto M., *Strengthening the Rule of Virtue and Finding Chinese Law in "Other" Places: Gods, Kin, Guilds, and Gifts*, «Suffolk Transnational Law Review», 35, 2012, pp. 1-30.
- Tan Shigui 谭世贵, *中国法官制度研究 [Zhongguo faguan zhidu yanjiu]*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), Beijing, Law Press, 2009.
- Taruffo M., *L'organizzazione giudiziaria in Cina*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 48, 1987, pp. 757-772.
- Thomas John Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, in P.A. Albrecht, J. Thomas (a cura di), *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Wissenschafts-Verlag Intersentia, Berlino 2009, pp. 81-88.
- Till S., *Autonomy for the Judiciary-Political Expectations*, in P.A. Albrecht, J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, Berlino, 2009, pp. 47-52.
- Timoteo M., *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Libreria Bonomo, Bologna 2005.
- Timoteo M., *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 301-315.
- Timoteo M., *La difesa di marchi e brevetti in Cina. Percorsi normativi in un sistema in transizione*, Giappichelli, Torino 2010.

- Timoteo M., voce *Cina*, in *Aggiornamento del Digesto di discipline privatistiche*, Sez. Civile, Torino, Utet, 2010, pp. 181-237.
- Tong Zhiwei, *Developments of Chinese Constitutionalism in the Mid and Short Run*, in G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 149-188.
- Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, «Yale Law Journal», 114, 2005, pp. 1675-1718.
- Upham F.K., *Chinese Property Rights and Property Theory*, in «Hong Kong Law Journal», 39, 2009, pp. 611-625
- Van Rooij B., *Appendix II China's System of Public Administration*, in J. Chen, Yuwen Li, J.M. Otto (a cura di), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 323-342
- Varano V., *Civil Law e Common Law: tentativi di riflessione su comparazione giuridica e cultura*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, Supplemento al n. 4, numero speciale su «Due Iceberg a confronto: Le derive di Common law e Civil law», pp. 39-60.
- Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino 2010 (4° ed.).
- Wang Huazhong, *Gang Boss Gets Life Jail*, «China Daily», 13 aprile 2010.
- Wang Yan, *Officials Protected 'Majority of Gangs'*, «China Daily», 24 aprile 2010.
- Weber M., *The Religion of China*, Free press Collier-Macmillan, New York-London 1968.
- Wei Ding, *The Reform of Grass Roots Tribunals and the Application of the Law in Rural China*, «China Perspectives», 61, 2005, pp. 1-10, disponibile su <<http://chinaperspectives.revues.org/527>> (03/13).
- Woo M.Y.K., *Adjudication Supervision and Judicial Independence*, «The American Journal of Comparative Law», 39, 1991, pp. 95-120.
- Woo M.Y.K., *Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts*, «Pacific Rim Law & Policy Journal», 8, 1999, pp. 581-616.
- Wu Peng, *The Good, The Bad and the Legal: Lawyering in China's Wild West*, «Columbia Journal Asian Law», 21, 2007-2008, p. 183-214.
- Xin Chunying, *Chinese Courts History and Transition*, Law Press China, Pechino 2004.
- Xin Chunying, *What Kind of Judicial Power Does China Need?*, «International Journal of Constitutional Law», 1, 2003, pp. 58-78.
- Xu Xin, *Annual Report on China's Judicial Reform*, 2009 disponibile su <<http://justice.fyz.cn/art/811949.htm>> (03/13).
- Yardley J., *A Judge Tests China's Courts, Making History*, «The New York Times», 28 novembre 2005, disponibile su <<http://www.nytimes.com/2005/11/28/international/asia/28judge.html?pagewanted=all&r=0>> (03/13).
- Yu Xie, *Get Rid of Interference in Local Courts*, «China Daily», 24 maggio 2010.
- Yu Xingzhong, *Western Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China, 1978-2005*, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Mcmillan, New York 2009, pp. 111-124.
- Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, «South Texas Law Review», 43, 2001-2002, pp. 707-716.
- Zhang M.Y., Stening B.W., *China 2.0: the transformation of an emerging superpower...and the new opportunities*, J. Wiley & Sons (Asia), Singapore 2010.
- Zhang Qianfan, *A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China*, «International Journal of Constitutional Law», 8, 2010, pp. 950-976.

- Zhang Qianfan, *The Constitution of China. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford-Portland 2012.
- Zhou Shiwen, *The Reform Strategy of Legal Education in China*, «Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal», 22, 2009-2010, pp. 69-73.
- Zhou Tianyong, *La via cinese alla democrazia*, «Limes Rivista italiana di geopolitica», 4, 2008, pp. 97-106.
- Zhu Suli, *An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China*, «Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal», 22, 2009-2010, pp. 75-91.
- Zhu Suli, 送法下乡：中国基层司法制度研究 [Song fa xiaxiang: Zhongguo jiceng sifazhidu yanjiu] (*Sending Law to the Countryside: Research on China's Basic-Level Judicial System*), The Chinese University Press, Beijing 2000.
- Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, «Duke Journal of Comparative & International Law», 17, 2007, pp. 533-560.
- Zhu Suli, *The Party and the Courts*, in R. Peerenboom (a cura di), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 52-68.
- Zhu Suli, «Judicial Politics» as State-Building, in S. Balme, M.W. Dowdle (a cura di), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, New York 2009, pp. 23-37.
- Zolo D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano 2002, pp. 17-88.
- Zou Keyuen, *Judicial reform in China: Recent Developments and Future Prospects*, «The International Lawyer», 36, 2002, pp. 1039-1062
- Zou Keyuan, *Professionalising Legal Education in the People's Republic of China*, «Singapore Journal of International & Comparative Law», 7, 2003, p. 159-182.
- Zuo Haicong, *Legal Education in China: Present and Future*, «Oklahoma City University Law Review», 34, 2009, pp. 51-58.
- Zweigert K., Kötz H., *Introduzione al diritto comparato, Volume I: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano 1998.

Glossario

Pinyin	Cinese	Italiano
an xiang caozuo	暗箱操作	proverbio cinese/decidere un caso a porte chiuse
beijing	北京	Pechino, letteralmente capitale del nord
dafaguan	大法官	letteralmente grandi giudici
da li yuan	大理院	corte suprema (dinastia Qing)
danwei	单位	unità di lavoro
difang baohu	地方保护	protezionismo locale
fa	法	legge
fajia	法家	scuola legista
faguan	法官	giudice/ufficiale della legge
falixue	法理学	teoria del diritto
fazhi	法治	governo della legge rule of law
fazhi	法制	principio di legalità
fazhishi	法制史	storia del diritto
futingzhang	副庭长	vice-presidente di sezione
fuyuanzhang	副院长	vice-presidente di una corte
gao-guanxi	搞关系	'to play' guanxi
gaojifaguan	高级法官	alti giudici
gaoji renmin fayuan	高级人民法院	alte corti del popolo

geming	革命	rivoluzione, cambio di investiture
guan	官	funzionario
guanxi	关系/關係	relazione
guojiasifakaoshi	国家司法考试	esame giuridico nazionale
guojifa	国际法	diritto internazionale
guojisifa	国际私法	diritto internazionale privato
guojijingjifa	国际经济法	diritto economico internazionale
guomindang	国民党	partito nazionalista
haishi fayuan	海事法院	corti marittime
hua	化	cambiare/civiltà
heyiting	合议庭	giudice collegiale
hu shu bu du liu shui bu fu	户枢不蠹流水不腐	proverbio cinese/ se la porta si muove sul perno la larva non mangia il legno, se l'acqua si muove non ristagna
jiceng renmin fayuan	基层人民法院	corti popolari di base
jingjifa	经济法	diritto dell'economia
junshi fating	军事法庭	corti/ tribunali militari
junzi	君子	uomo colto/gentiluomo
kejukaoshi	科举考试	esami imperiali
la-guanxi	拉关系	'tirare' le relazioni (guanxi)
li	礼	rito
lianting	立案庭	sezione per l'archiviazione
minfa	民法	diritto civile
minshi susongfa yuzhong-caizhidu	民事诉讼法与仲裁制度	diritto processuale civile e arbitrato

ren	仁	gentilezza
renmin fating	人民法庭	tribunali del popolo
renzhi	人治	governo dell'uomo
Rujia	儒家	confucianesimo
ti	体	corpo
tielu fayuan	铁路法院	corti ferroviarie
senlin fayuan	森林法院	corti forestali
shanfa	商法	business law
shehuizhuyide	社会主义的	socialista (aggettivo)
shenpan jiandu	审判 监督	supervisione sulle decisioni
shenpanweiyuanhui	审判委员会	consiglio giudiziario
shenpanweiyuanhui weiyuan	审判委员会委员	membri del consiglio giudiziario
shenpanyuan	审判员	giudice/funzionario della decisione
shouxidafaguan	首席大法官	giudice capo
sifa duli	司法独立	indipendenza giudiziaria
sifa gongzheng	司法公正	imparzialità giudiziaria
sifazhidu he falvzhiyedaode	司法制度和法律职业道德	sistema di diritto ed etica professionale
tanwu	贪污	corruzione
tianming	天命	mandato del cielo
ting	庭	sezione di una corte
tingzhang	庭长	presidente di sezione
wang	王	imperatore
xianfa	宪法	diritto costituzionale/ costituzione
xin	信	onestà

xinfang	信访	lettere per esprimere lamentele/reclami
xingfa	刑法	diritto penale
xian	县	distretto
xingzhengfa he xingzheng susong fa	行政法和行政诉讼法	diritto amministrativo e processuale penale
yi	义	giustizia
yong	用	funzione/uso
yuanzhang	院长	presidente di una corte
yulunjiandu	舆论监督	media/supervisione della pubblica opinione
zhi	智	buone maniere
zhiyedaode	职业道德	etica professionale
zhongguo	中国	Cina
zhongji renmin fayuan	中级人民法院	corti intermedie del popolo
zhulishenpanyuan	助理审判员	assistenti giudici
zingshi susongfa	刑事诉讼法	diritto processuale penale
zou-guanxi	走关系	utilizzare le relazioni personali (<i>guanxi</i>)
zuigao renmin fayuan	最高人民法院	corte suprema del popolo

PREMIO TESI DI DOTTORATO

ANNO 2007

- Bracardi M., *La Materia e lo Spirito. Mario Ridolfi nel paesaggio umbro*
Coppi E., *Purines as Transmitter Molecules. Electrophysiological Studies on Purinergic Signalling in Different Cell Systems*
Mannini M., *Molecular Magnetic Materials on Solid Surfaces*
Natali I., *The Ur-Portrait. Stephen Hero ed il processo di creazione artistica in A Portrait of the Artist as a Young Man*
Petretto L., *Imprenditore ed Università nello start-up di impresa. Ruoli e relazioni critiche*

ANNO 2008

- Bemporad F., *Folding and Aggregation Studies in the Acylphosphatase-Like Family*
Buono A., *Esercito, istituzioni, territorio. Alloggiamenti militari e «case Herme» nello Stato di Milano (secoli XVI e XVII)*
Castenasi S., *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*
Colica G., *Use of Microorganisms in the Removal of Pollutants from the Wastewater*
Gabbiani C., *Proteins as Possible Targets for Antitumor Metal Complexes: Biophysical Studies of their Interactions*

ANNO 2009

- Decorosì F., *Studio di ceppi batterici per il biorisanamento di suoli contaminati da Cr(VI)*
Di Carlo P., *I Kalasha del Hindu Kush: ricerche linguistiche e antropologiche*
Di Patti F., *Finite-Size Effects in Stochastic Models of Population Dynamics: Applications to Biomedicine and Biology*
Inzitari M., *Determinants of Mobility Disability in Older Adults: Evidence from Population-Based Epidemiologic Studies*
Macrì F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*
Pace R., *Identità e diritti delle donne. Per una cittadinanza di genere nella formazione*
Vignolini S., *Sub-Wavelength Probing and Modification of Complex Photonic Structures*

ANNO 2010

- Fedi M., *«Tuo lumina». L'accademia dei Risvegliati e lo spettacolo a Pistoia tra Sei e Settecento*
Fondi M., *Bioinformatics of genome evolution: from ancestral to modern metabolism. Phylogenomics and comparative genomics to understand microbial evolution*
Marino E., *An Integrated Nonlinear Wind-Waves Model for Offshore Wind Turbines*
Orsi V., *Crisi e Rigenerazione nella valle dell'Alto Khabur (Siria). La produzione ceramica nel passaggio dal Bronzo Antico al Bronzo Medio*
Polito C., *Molecular imaging in Parkinson's disease*
Romano R., *Smart Skin Envelope. Integrazione architettonica di tecnologie dinamiche e innovative per il risparmio energetico*

ANNO 2011

- Acciaiola S., *Il trompe-l'œil letterario, ovvero il sorriso ironico nell'opera di Wilhelm Hauff*
Bernacchioni C., *Sfingolipidi bioattivi e loro ruolo nell'azione biologica di fattori di crescita e citochine*
Fabbri N., *Bragg spectroscopy of quantum gases: Exploring physics in one dimension*
Gordillo Hervás R., *La construcción religiosa de la Hélade imperial: El Panhelion*
Mugelli C., *Indipendenza e professionalità del giudice in Cina*
Pollastrì S., *Il ruolo di TAF12B e UVR3 nel ciclo circadiano dei vegetali*
Salizzoni E., *Paesaggi Protetti. Laboratori di sperimentazione per il paesaggio costiero euro-mediterraneo*

