

INFORMAZIONI BIBLIOGRAFICHE

STEFANO PORCELLI, *Hetong e Contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Brescia, Giappichelli, Torino, 2020, 317 pp.*

Secondo il noto insegnamento più rigoroso, non ci si dovrebbe occupare scientificamente del diritto di un paese straniero prima di averne studiato la lingua (nonché la terminologia giuridica) e di aver acquisito familiarità con la relativa cultura, preferibilmente attraverso soggiorni di ricerca non brevi e in ogni caso con l'instaurazione di un vivace dialogo scientifico con la dottrina dello stesso. Lo scrivente ha però l'impressione che tale insegnamento sia tanto noto quanto non di rado disatteso, quasi non mancando oggi studio dottrinale ove si citino pure opere straniere, quand'anche non si siano compiuti i passi necessari per comprendere il contesto non solo giuridico in cui esse si inseriscono e persino quand'anche manchi reale accesso alla lingua in cui esse sono scritte. Dinanzi a tale criticabile tendenza, la monografia che qui si recensisce integra una mirabile testimonianza della persistente vitalità, almeno in talune Scuole, dell'approccio preferibile: Stefano Porcelli scrive infatti (anche) di diritto cinese solo dopo avere completato un lungo e più unico che raro percorso di avvicinamento allo stesso, come dimostrato, a tacere d'altro, dal fatto che il nostro Autore è, per quanto consta, il primo cittadino italiano ad avere conseguito un dottorato di ricerca (aggiuntivo rispetto a quello ottenuto in precedenza in Italia, presso l'Università di Roma 'Tor Vergata') in Cina (presso la *China University of Political Science and Law* – CUPL) con tesi in materia giuridica elaborata e discussa in lingua cinese, rimanendo anche vari anni a insegnare a Pechino in veste di professore straniero a contratto. Una siffatta non scontata serietà inevitabilmente comporta, per lo studioso che intenda incarnarla, un notevole costo innanzi tutto personale e familiare, ma lo stesso Porcelli dovrebbe in fin dei conti rallegrarsi per le lacrime che verosimilmente (lo ipotizza anche la prefatrice Fei Anling, p. XIX) ha versato in Cina, perché esse gli hanno permesso di realizzare una ricerca a sua volta di più unico che raro pregio, come tenderemo di evidenziare in questa sede.

La monografia prende le mosse dal diritto cinese antico, chiarendo come in esso, mancando altre partizioni affermatesi altrove o solo in epoche successive, sia centrale la dialettica tra *fa*, con connotazione prevalentemente pubblicistica, e *li*, designante regole comportamentali consuetudinarie su cui forte è l'influenza della morale, soprattutto derivante dagli insegnamenti confuciani, e nel cui ambito rientra anche larga parte della disciplina del contratto, per lo più indicato con il termine *qiyue*, cui solo dalla metà del XX secolo si sostituisce il termine *hetong*, presente pure nell'antichità ma con un significato più particolare.

Un fondamentale cambio di impostazione nel diritto cinese si registra solo dalla seconda metà del XIX secolo e poi specialmente dagli inizi del XX secolo, quando si manifestano vari tentativi di modernizzare la Cina anche sotto il profilo giuridico guardando alla tradizione romanistica, come testimoniato soprattutto dal tentativo di codificazione Qing e poi dal Progetto successivo degli anni 1925-1926 giungendosi finalmente all'adozione nel 1931 di un Codice civile, dal quale emerge una particolare (sebbene non esclusiva) attenzione del legislatore cinese per la rilettura pandettistica delle fonti romane nel frattempo codificata nel *BGB*, in conseguenza della quale, per limitarsi a rammentare un solo esempio tra i tanti che Porcelli esamina, si giunge all'inclusione della categoria del contratto nel più ampio genere del negozio giuridico.

Altro significativo mutamento nella storia del diritto cinese si ha poi con la fondazione della 'Nuova Cina' e con la relativa costruzione di un sistema anche giuridico orientato al modello

* La recensione rientra nell'attività di ricerca del gruppo 'Laboratorio di tecnica di redazione dei contratti' nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona 'Diritto, Cambiamenti e Tecnologia'.

socialista, peraltro a sua volta legato al diritto romano, sia pure in modo diverso. Si afferma così una impostazione prevalentemente pubblicistica, nell'ambito della quale il contratto continua ad avere una propria rilevanza come dimostrato soprattutto dalla tipizzazione di varie figure sulla base della loro forma o della loro funzione oggettiva. È proprio in tale fase storica che si verifica tra l'altro il già rammentato passaggio all'impiego di *hetong* in sostituzione di *qiyue* per indicare il contratto in generale.

Ulteriore trasformazione fondamentale è poi quella apertasi a seguito della rivoluzione culturale e del c.d. nichilismo giuridico, con l'avvio di un processo di riforma a sua volta attento al confronto con la tradizione romanistica, con particolare riferimento inizialmente ancora all'impostazione socialista e poi sempre più ad altri ordinamenti giuridici quali quelli tedesco, francese e anche italiano. In questa prospettiva, il diritto cinese torna, tra l'altro, ad attribuire centralità, in materia contrattuale, alla figura del negozio giuridico e più in generale all'elemento volontaristico, con il rilievo assegnato alla reciprocità che viene da un certo momento a sfocarsi sebbene come diremo meglio nel prosieguo più nelle formulazioni espresse del diritto positivo che nelle regole che reggono l'impianto strutturale del contratto.

Solo ripercorrendo la travagliata evoluzione storica appena accennata, che la monografia encomiabilmente rende tutto sommato facilmente accessibile anche al lettore che non abbia familiarità con l'ordinamento giuridico cinese, possono comprendersi fino in fondo le scelte compiute dalla *Legge sui contratti* del 1999 (e da ultimo, in tendenziale continuità con la stessa, dal recentissimo Codice civile della Repubblica popolare cinese), la quale segue in prevalenza il modello tedesco e in particolare la sua caratteristica fondamentale dello spostamento dell'attenzione sulla volontà piuttosto che sulla struttura del negozio giuridico (e quindi anche del contratto), dando così luogo a varie (sia pure come vedremo solo apparenti) contraddizioni che essendo il frutto dell'evoluzione storica e del dialogo da tempo instaurato con il diritto romano e con la tradizione romanistica non possono chiarirsi se non risalendo al *principium*, ovvero alla antica Roma.

Per questa via, la monografia intraprende quindi una indagine di puro diritto romano, nell'ambito della quale si illustra come già nei tempi più risalenti non manchino a Roma figure 'precontrattuali' dirette a produrre un *oportere*, cioè un dovere rivolto al futuro in presenza del quale le parti conservano una posizione di uguaglianza, figure queste che sono tipiche dapprima per il rispetto di alcune forme (in senso ampio) e poi anche per la loro funzione oggettiva, sempre più valorizzata, con l'espandersi della società romana, dall'opera del pretore tramite il riferimento alla *bona fides*.

In questo processo, una tappa fondamentale è segnata da Quinto Mucio Scevola, il quale sulla base dell'*oportere* elabora la nozione di *obligatio* e poi di *obligatio contracta*, in cui raccoglie le categorie del *contrahere re, verbis* e probabilmente *litteris*, accostando a queste ultime pure le già rammentate figure più recenti, caratterizzate dalla loro funzione oggettiva, dirette a produrre un *oportere ex fide bona*, nelle quali intuisce la presenza dell'elemento comune del *nudus consensus*, sebbene nella prospettiva del Pontefice sembri altresì che l'*oportere* sia in linea di massima ancora considerato in un'ottica di unilateralità.

Stefano Porcelli dimostra come, prendendo le mosse da tale contesto, si sviluppi poi a Roma una categoria generale del *contractus*, sostantivo questo che pare sia impiegato per la prima volta con tale funzione da Labeone, il quale la costruisce, probabilmente subendo in ciò l'influenza della giustizia correttiva aristotelica e del termine greco *συνάλλαγμα*, non tanto attorno al consenso, che resta sullo sfondo, quanto piuttosto attorno all'elemento strutturale della *ultra citroque obligatio*, che garantisce maggiore agilità rispetto ai modelli precedenti incentrati esclusivamente su certe forme o su funzioni oggettive comunque ammesse solo in numero limitato. Si giunge per questa via alla conclusione che un consenso deformalizzato ma diretto a creare ob-

bligazioni 'da una parte e dall'altra' può essere tutelato anche qualora non risulti inquadrabile in un tipo già esistente, senza arrivare però a estendere tale tutela a tutti i casi in cui semplicemente si raggiunga un *consensus* tra le parti, richiedendosi appunto che alla volontà si associ un elemento strutturale diretto a collegare l'efficacia del negozio alla reciprocità. Si elabora in tal modo a Roma una definizione di *contractus* come *συνάλλαγμα*, incentrata sulla bilateralità oggettiva e dunque su una idea forte di reciprocità, più restrittiva di quella che, come avremo modo di rammentare tra breve, tende a svilupparsi poi nella successiva, sia pure complessa e tutt'altro che lineare, tradizione romanistica.

Lo stesso diritto romano vive, infatti, un andamento complesso e non sempre lineare, così che la riflessione sul contratto di Aristone, tenuta altresì in considerazione nelle elaborazioni di Ulpiano in tema di *conventio*, se da un lato potrebbe far pensare a un'enfasi sul ruolo della volontà, non manca dall'altro di incentrarsi su una *res* a cui *causa subesse*, che potrebbe intendersi, chiarisce Porcelli, sostanzialmente in linea con il modello labeoniano, ovvero sia pur sempre come una *conventio* contenente una *ultra citroque obligatio*, salva l'aggiunta da parte di Aristone dell'elemento di maggiore concretezza di una *causa*, da identificarsi con l'esecuzione di una delle prestazioni. Emerge così una idea di reciprocità che si sposta dal piano dell'obbligazione reciproca raggiungendo una sua autonomia concettuale sul diverso piano del rapporto tra le prestazioni: in altre parole, la circostanza che, raggiunto un accordo su un assetto di interessi caratterizzato da reciprocità, una parte compia spontaneamente il sacrificio patrimoniale divisato, pur non essendo ancora nata un'obbligazione in tal senso, integra la *causa* che giustifica la nascita in capo alla controparte di una *obligatio*. Per tale via, Aristone valorizza più di Labeone, al cui pensiero sembra rimanere comunque legato, la reciprocità intesa come equilibrio corrispettivo nei sacrifici patrimoniali tra le parti, sempre in linea, dal punto di vista più generale, con la concezione aristotelica di giustizia correttiva.

Nonostante che non manchino in essa pure talune spinte in senso opposto, la tradizione romanistica inizia però a discostarsi dagli appena rammentati insegnamenti più genuini del diritto romano, per il crescente influsso dei dogmi religiosi, impiegando quello che Porcelli efficacemente definisce l'«espedito dell'*auxilium legis*' e poi soprattutto per le spinte ideologiche rispetto alle quali è determinante l'affermarsi del Giusnaturalismo nord-europeo, con la conseguenza che in epoca moderna è la volontà (anche a prescindere dalla reciprocità) che finisce per assumere il ruolo centrale in materia contrattuale. Tale approccio caratterizza sempre più la tradizione romanistica fino a consolidarsi con la Pandettistica, che attraverso nozioni come quella di *Willenserklärung* sposta definitivamente l'asse sul profilo soggettivo del negozio giuridico e del contratto (diversa sotto questo profilo appare l'esperienza del *common law* ove giungono simili sollecitazioni ma tradizionalmente e ancora oggi la *consideration* rimane di primaria importanza).

Solo alla luce di questa tendenza storico-giuridica moderna diretta a sfumare quelle che sono venute a essere 'tradizionali peculiarità' del contratto può comprendersi fino in fondo come all'ambito dello stesso contratto si siano a un certo punto potuti ricondurre anche negozi giuridici che in origine rimanevano a esso estranei, per esempio la donazione, aprendosi così peraltro numerose contraddizioni, come testimoniato dalla travagliata questione della causa del contratto, che in alcuni ordinamenti giuridici (*in primis* quello tedesco e, a questo proposito senz'altro nella sua scia, quello cinese) è tradizionalmente poco sentita, che in Francia risulta ora forse solo apparentemente superata dalla recente eliminazione di tale requisito dalla disciplina positiva e che in Italia non sembra ancora potersi dire risolta in modo appagante, almeno con riguardo all'atipicità.

Continuamente confrontandosi in ottica diacronica e comparatistica con un contesto così variegato, che potrebbe indurre anche lo studioso più attrezzato e impegnato a limitarsi a prendere atto della complessità, se non a rinunciare all'impresa, tuttavia Stefano Porcelli si spinge, par-

rebbe quasi con disinvoltura, a elaborare la tesi di fondo della sua ricerca la quale, pur ricollegandosi – come il nostro Autore ha cura di sottolineare – alle riflessioni di importanti romanisti, è originale e al tempo stesso illuminante per il modo in cui riesce a disvelare un assai plausibile filo rosso, a seconda delle ipotesi ben presente oppure in tutto o in parte celato, dietro tutte le esperienze giuridiche e le loro varie fasi storiche prese in esame. Si tratta dell'idea, sviluppata grazie a una raffinata metodologia orientata non solo alla logica giuridica ma anche ai dati della realtà (ovverosia alla 'forza delle cose'), secondo cui la causa del contratto, con riguardo all'area della tipicità, è riscontrabile quando il potere normativo compie riferimento a una certa forma (intesa in senso ampio) o almeno a una certa funzione oggettiva dell'accordo; e secondo cui, con riguardo invece all'area dell'atipicità, la causa del contratto è rinvenibile non semplicemente nell'accordo già come tale fonte di obbligazioni bensì essenzialmente nella reciprocità sul piano delle prestazioni, che finisce così per integrare quello che in effetti dovrebbe essere il *proprium* del contratto, se solo lo si considerasse come fa Porcelli dal punto di vista privilegiato del diritto romano. In tal modo si individua, del contratto del passato e del presente, niente meno che «la struttura profonda [...] che resta dietro il “velo del volontarismo”», che da un lato permette di comprendere le apparenti contraddizioni del diritto positivo attualmente vigente in vari paesi, nonché da ultimo del recentissimo Codice civile della Repubblica popolare cinese, e che dall'altro può ambire a integrare un criterio orientativo per il giurista contemporaneo chiamato a confrontarsi con la frammentata e lacunosa materia dei contratti transnazionali.

Guadagnate simili conclusioni, la monografia può tornare a occuparsi del diritto cinese, innanzi tutto di quello antico, ove la categoria del contratto non è ancora elaborata chiaramente a livello concettuale ma sono riscontrabili figure in cui assumono notevole rilevanza la forma (evocata anche dalla stessa denominazione tradizionale *qiyue*) e però anche altri elementi tra i quali la stessa reciprocità: ciò che sembra altresì aver contribuito a creare, anche per quanto riguarda la materia del contratto, basi favorevoli in Cina per il successivo trapianto di modelli della tradizione romanistica. La modernizzazione cinese iniziata alla fine del XIX secolo e poi soprattutto nel XX secolo favorisce una impostazione tendente all'individualismo influenzata dalle grandi codificazioni civilistiche della tradizione romanistica che può sembrare a prima vista superare la centralità della reciprocità, la quale reciprocità però, chiarisce Porcelli, in realtà 'resiste tra le fondamenta del sistema del diritto dei contratti', come dimostrato tra l'altro dall'idea dell'equivalenza degli scambi presente già nel pensiero cinese antico ed enunciata da ultimo persino nella Relazione con la quale il Comitato permanente ha sottoposto il Progetto del nuovo Codice alla seduta plenaria dell'Assemblea nazionale del popolo con riferimento agli scopi perseguiti dalla disciplina sul contratto.

Ecco che la grandiosa monografia in esame può assai persuasivamente finire per presentare tale Codice come la più chiara testimonianza di un persistente e anzi rafforzato legame con la tradizione romanistica, sia pure sempre adattata dalla Cina alla sua cultura plurimillenaria e agli obiettivi ritenuti oggi da perseguire. Basti pensare, limitandosi ancora una volta a menzionare un solo esempio tra i tanti su cui si sofferma Porcelli, che il nuovo Codice civile cinese, alla pari di molti altri codici appartenenti alla tradizione romanistica, considera contratti anche negozi dal punto di vista oggettivo a struttura unilaterale, come la donazione, per la quale detta peraltro una disciplina sotto vari e importanti profili assai diversa da quella degli atti bilaterali, ciò che evidenzia nuovamente come lo *ius positum* possa anche esaltare l'elemento volontaristico, ma mai vincere completamente la già evocata 'forza delle cose', riconosciuta in chiave storico-comparatistica la quale il velo del mero *auxilium legis* può essere scostato.

Tutto ciò considerato, dall'analisi del diritto cinese si trae la conferma di ciò che già l'indagine più squisitamente romanistica aveva dimostrato, ovverosia che la sineddoche del contratto dovrebbe essere costruita non come si tende in epoca moderna a fare con riferimento all'accor-

do, bensì con riferimento alla reciprocità strutturale, nel senso sopra richiamato, la quale integra come si diceva il *proprium* del contratto.

In aggiunta agli innumerevoli profili di pregio già menzionati, occorre sul piano più generale tornare a lodare, della monografia qui recensita, soprattutto la metodologia adottata che, perfettamente in linea con il progetto editoriale di *Roma e America*, è innanzi tutto ed essenzialmente storico-giuridica ma in parte anche comparatistica e attenta pure al diritto civile attualmente vigente e alle sue prospettive evolutive. Il diritto romano è, in altre parole, ripetutamente indagato dal punto di vista esegetico, per coglierne l'autentico significato originario, non senza prospettare riletture originali (oppure argomentando ulteriormente letture già proposte), e poi anche ripercorso nella successiva tradizione romanistica, la quale offre altresì un punto di vista privilegiato per il confronto con il diritto cinese antico e attuale.

Sempre sul piano più generale, la monografia merita di essere lodata senza esitazione anche per il fatto che essa, nonostante il suo così spiccato respiro internazionale, è scritta in lingua italiana, da un Autore che – lo si desume dal suo brillante curriculum – non avrebbe avuto alcuna difficoltà a ricorrere alla lingua inglese, se solo lo avesse preferito. Possiamo immaginare che alla base di tale scelta espressiva, data per scontata la probabilmente insormontabile difficoltà di riscoprire il latino come lingua principale del confronto giuridico internazionale (sebbene non manchino sollecitazioni proprio in tal senso: v. soprattutto F. STURM, *Lingua Latina fundamentum et salus Europae*, in *The European Legal Forum*, 2002, 313 ss., richiamato da ultimo da A. ZACCARIA, *Prefazione*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II [*Esperienze straniere*], Napoli, 2019, a cura di E. ARROYO AMAYUELAS, C. BALDUS, E. DE CARVALHO GOMES, A.-M. LEROYER, Q. LU e M. RAINER, 539), vi sia la condivisibilissima intenzione di rispettare massimamente le diverse tradizioni e così anche le diverse lingue, tra le quali pure quella italiana dovrebbe essere per quanto possibile valorizzata nei rapporti internazionali proprio alla luce del suo così stretto legame con quella latina, sebbene non sempre gli stessi giuristi italiani si preoccupino di farlo come forse potrebbero.

In conclusione, l'opera qui recensita e il suo Autore dovrebbero a parere di chi scrive ricevere, in aggiunta all'incondizionato apprezzamento della comunità scientifica, un encomio solenne da parte delle Istituzioni italiane, per lo straordinario contributo offerto alla diffusione della nostra cultura giuridica, depositaria privilegiata della tradizione romanistica, e al suo rafforzamento nel contesto globalizzato per mezzo di un fecondo dialogo con le altre grandi culture giuridiche e così anche e specialmente con quella cinese.

[MAURO TESCARO]

