



# ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

41/2020

ESTRATTO



ROMA E AMERICA.  
DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

*Promossa da*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani  
Università di Roma 'Tor Vergata'  
ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche

*In collaborazione con*

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira'  
del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma  
Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)  
Istituto Italo-Latino Americano (IILA)

41/2020

La Rivista pubblica un volume ogni anno.

Abbonamento: Italia € 75,00; Estero € 115,00; Digitale € 60,00

Cartaceo + Digitale (Italia) € 90,00; Cartaceo + Digitale (Estero) € 138,00

Fascicolo cartaceo: € 75,00; digitale: € 65,00

Tutti gli ordini, eccettuata l'America Latina, vanno indirizzati a:

STEM Mucchi Editore S.r.l.

Via Jugoslavia - 14 - 41122 Modena - Italia

tel. (39-059) 374094; c/c postale n. 11051414

info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

<<https://www.mucchieditore.it/>>

per l'America Latina, le richieste vanno indirizzate a:

Universidad Externado de Colombia

Calle 12 n. 1-17 Este, Bogotá - Colombia - Fax (57-01) 2843769

<<http://www.uexternado.edu.co>>

Registrazione al Tribunale di Modena n. 1372 del 24.2.1997 – M. Mucchi *direttore responsabile*

issn 1125-7105

© STEM Mucchi Editore - 2021

Grafica e impaginazione, STEM Mucchi (MO), stampa Geca (MI)

Finito di stampare nel mese di luglio del 2021

Volume realizzato con il contributo dell'Osservatorio sulla Codificazione e sulla Formazione del giurista in Cina nel quadro del sistema giuridico romanistico dell'Università di Roma "Tor Vergata" e del Romanistische Institut dell'Università di Berna



Centro di Studi  
Giuridici  
Latinoamericani



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI BRESCIA

UNIBS.it



Fondazione  
di Sardegna

### *Promossa da*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Università di Roma 'Tor Vergata'

*Direttore:* Riccardo Cardilli

### *In collaborazione con*

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma

*Responsabile:* Pierangelo Catalano

Istituto Italo-Latino Americano (IILA)

*Presidente:* Roberto Carlos Melgarejo Palacios

*Segretario Generale:* Amb. Donato Di Santo

Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

*Presidenza:* Alberto Merler

### *Direttori della Rivista*

Antonio Saccoccio - 'Sapienza' Università di Roma

David Fabio Esborraz - Istituto di Studi Giuridici Internazionali - CNR

### *Comitato scientifico*

*Presidente:* Sandro Schipani, 'Sapienza' Università di Roma

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM; Tatiana Alexeeva, Università nazionale di ricerca 'Scuola Superiore di Economia' - sede di Mosca; Riccardo Cardilli, Università di Roma 'Tor Vergata' e CSGLA; Carlos R. Constenla, Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo; Édgar Cortés Moncayo, Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia); Maria Floriana Cursi, Università di Roma 'Tor Vergata'; Andrea Di Porto, 'Sapienza' Università di Roma; Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid; Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL; Giovanni Finazzi, Università di Roma 'Tor Vergata'; Roberto Fiori, Università di Roma 'Tor Vergata'; Enrico Gabrielli, Università di Roma 'Tor Vergata'; Jean-François Gerkens, Université de Liège; Alejandro Guzmán Brito†, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Cile); Gábor Hamza, Università 'Eötvös Loránd' di Budapest; Huang Feng, Università Normale di Pechino - BNU; Jiang Ping, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL; Giovanni Lobrano, Università di Sassari; Machkam Machmudzoda, Accademia delle Scienze della Repubblica del Tagikistan; Judith Martins-Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasile); Carla Masi Doria, Università di Napoli 'Federico II'; Cesare Mirabelli, Università di Roma 'Tor Vergata'; José C. Moreira Alves, Universidade de São Paulo - USP; Noemí L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario - UNR (Argentina); Massimo Papa, Università di Roma 'Tor Vergata'; Aldo Petrucci, Università di Pisa; Ronaldo de Britto Poletti, Universidade de Brasília - UnB; Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires - UBA; Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (Lima, Perù); Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn; Xu Guodong, Università di Xiamen - XmU (Cina).

*La Redazione è presso:*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani

Università di Roma 'Tor Vergata'

Via Cracovia, 50

00133 Roma (Italia)

antonio.saccoccio@uniroma1.it

davidfabio.esborraz@cnr.it

<<http://www.mucchieditore.it>>

*In redazione*

Simona Cacace, Emanuela Calore, Alessandro Cassarino, Laura Formichella, Roberta Marini, Stefano Porcelli, Caterina Trocini, Paolo Troisi, Isabella Zambotto.

*Comitato editoriale*

Simona Cacace, Emanuela Calore, Laura Formichella, Pietro Paolo Onida, Roberta Marini, Stefano Porcelli, Gianni Santucci, Caterina Trocini.

I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.

La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute.

In adesione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e del revisore) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama.

L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista e presso la Direzione.

Hanno espresso valutazioni in ordine ai contributi del presente volume:

Fabio Addis, 'Sapienza' Università di Roma; Filippo Bonin, Universität zu Köln; Maria Teresa Carbone, Università di Catanzaro; Riccardo Cardilli, Università di Roma 'Tor Vergata'; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Pierangelo Catalano, 'Sapienza' Università di Roma; Emmanuelle Chevreau, Université Paris II, Panthéon-Assas; Felice Costabile, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Tommaso Dalla Massara, Università di Verona; Oliviero Diliberto, 'Sapienza' Università di Roma; Paolo Ferretti, Università di Trieste; Antonia Fiori, 'Sapienza' Università di Roma; Elisabetta Fusar Poli, Università di Brescia; Adriana García Netto, Universidad de Buenos Aires; Lorenzo Gagliardi, Università di Milano; Andrea Genovese, Università della Toscana; Jean-François Gerkens, Université de Liège; Aleksander Grebienow, Uniwersytet Warszawski; Mauro Grondona, Università di Genova; Juan Carlos Guayacán Ortiz, Universidad Externado de Colombia; Laurent Hecketsweiler, Université de Montpellier; Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana (Buenos Aires, Argentina); Li Lin, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino); Luo Zhimin, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino); Orazio Licandro, Università di Catania; Julio Lococo, Pontificia Universidad Católica Argentina; Laretta Maganzani, Università Cattolica di Milano; Salvatore Mancuso, Università di Palermo; Arrigo Manfredini, Università di Ferrara; Carla Masi, Università di Napoli 'Federico II'; Jorge Menabrito Paz, Universidad Nacional Autónoma de México; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Sheraldine Pinto Oliveros, Universidad Metropolitana de Caracas; Federico Procchi, Università di Pisa; Javier Rodríguez Olmos, Universidad Externado de Colombia; Michele Rosboch, Università di Torino; Paola Santini, Università di Napoli 'Federico II'; Gianni Santucci, Università di Trento; Laura Solidoro, Università di Salerno; Sebastiano Tafaro, Università di Bari; Tao Qian, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino); Tian Shiyong, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino); Andrea Trisciunglio, Università di Torino; Julieta Trivisonno, Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Alberto Venturelli, Università di Brescia; Xu Wenming, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino).

# INDICE

Roma e America <i>per la Cina</i> [ANTONIO SACCOCCIO] .....	pag.	9
<i>Fondamenti e convergenze: tra Roma e Pechino contro l'individualismo</i> [PIERANGELO CATALANO] .....	»	15

## CODICE CIVILE DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE

JIANG PING <i>Il regime della proprietà collettiva nel Codice civile cinese</i> .....	»	31
SHI HONG <i>Principali sviluppi e innovazioni nel Libro sui contratti del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese</i> .....	»	45
WANG LIMING <i>Il Libro del Codice civile cinese sui diritti della personalità. Punti salienti e innovazioni</i> .....	»	73
SUN XIANZHONG <i>Nuovi sviluppi in materia di diritti reali nel Codice civile cinese</i> .....	»	93
CUI JIANYUAN <i>Le norme relative alle clausole standard nel Codice civile della Repubblica Popolare Cinese</i> .....	»	115
FEI ANLING <i>Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese</i> .....	»	133
SANDRO SCHIPANI <i>Vie dei Codici civili e Codice civile cinese</i> .....	»	151
ALDO PETRUCCI <i>Il nuovo Codice civile della Repubblica Popolare Cinese e l'autonomia contrattuale: osservazioni minime</i> .....	»	193
RICCARDO CARDILLI <i>Derecho chino y tradición romanística a la luz del nuevo Código civil de la República Popular China</i> .....	»	213
MARINA TIMOTEO <i>Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni</i> .....	»	233
PIETRO LO IACONO <i>La sorprendente 'sinfonia' tra Chiesa cattolica e Repubblica Popolare Cinese (a proposito del diritto naturale e dell'eterosessualità del matrimonio)</i> .....	»	245
STEFANO PORCELLI <i>Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano</i> .....	»	265

## AMERICA LATINA ED EUROPA

ANTONIO SACCOCCIO		
<i>Europa und Lateinamerika: ein Geist, eine Seele, ein Recht</i> .....	pag.	305
IOLE FARGNOLI		
<i>Le affinità giuridico-culturali con l'America Latina nella testimonianza di Emilio Betti</i> .....	»	327
URS FASEL		
<i>Eugen Buchers «Zu Europa gehört auch Lateinamerika» und dessen Vermächtnis an uns</i> .....	»	339
YVES MAUSEN		
<i>Das System des Code Napoléon als Grundlage für weitere nationale Kodifikationen</i> .....	»	347
FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE		
<i>Brasilianisches und europäisches Privatrecht: Skizzen über den Ursprung und die Entwicklung einer Rezeptionsgeschichte</i> .....	»	359
JORGE MENABRITO PAZ		
<i>Die Entwicklung des Darlehens im mexikanischen Recht - vom römischen Recht zum schweizerischen Obligationenrecht</i> .....	»	365
CATALINA SALGADO RAMÍREZ		
<i>L'azione popolare nel modello di Codice di Andrés Bello e il suo impatto sulla tutela degli interessi collettivi: il caso colombiano</i> .....	»	373
SABRINA LO IACONO		
<i>Il divieto dei patti successori tra diritto argentino e diritto romano</i> .....	»	389
RENATO PERANI		
<i>La resilienza dell'anticresi tra diritto romano e diritto argentino</i> .....	»	415

## DIRITTO ROMANO COMUNE

ROBERTA MARINI		
<i>Sul problema della revoca del testamento in Dalmacio Vélez Sarsfield</i> .....	»	431
EMANUELA CALORE		
<i>Consideraciones en torno a la regla superficies solo cedit en el Derecho romano y en el Código civil argentino de 1869</i> .....	»	451
ANDREA LANDI		
<i>Deus ex orationibus placatur, et propterea pestilentias remittit. Percezioni proto-moderne dell'epidemia</i> .....	»	475
SIMONA CACACE		
<i>La natura della divisione. Un falso problema</i> .....	»	485
MARÍA DEL ROSARIO STOPPANI		
<i>Il principio di bona fides e il notariato latino come elementi di identità del sistema giuridico romanistico</i> .....	»	509

## NUOVO CODICE CIVILE DI PORTORICO

DAVID FABIO ESBORRAZ

*El nuevo Código civil de Puerto Rico: ejemplo de resistencia de la tradición romanística en un ordenamiento asediado por el common law* ..... pag. 521

### DOCUMENTI

*1820-2020: Bicentenario del primo alzabandiera argentino sulle Isole Malvinas* [FELIPE SOLÁ] ..... » 613

### INFORMAZIONI BIBLIOGRAFICHE

STEFANO PORCELLI, *Hetong e Contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano* [MAURO TESCARO] ..... » 617

ANTONIO SACCOCCIO - SIMONA CACACE (a cura di), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano. Europa y América Latina. Dos continentes, un solo derecho* [TOMMASO DALLA MASSARA - ISABELLA ZAMBOTTO] ..... » 623

ENRICO GABRIELLI, *'Estructuras formales' y teoría de las garantías reales* [CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES] ..... » 637

ENRICO GABRIELLI, *Remedios. Contribución al estudio de las tutelas contractuales* [CARLOS DE CORES HELGUERA] ..... » 641

PHILIPP LOTMAR, *La giustizia e altri scritti*, a cura di IOLE FARGNOLI e LUCA NOGLER [ANTONIO SACCOCCIO] ..... » 643

### RICORDI

*Rolf Knütel* (1939-2019) [RICCARDO CARDILLI] ..... » 649

*Johan Albert (Hans) Ankum* (1930-2019) [JEAN-FRANÇOIS GERKENS] ..... » 655

### NOTIZIE

*Seminario «COVID-19 y derechos de las personas». 'Observatorio sobre Persona y Familia' del CSGLA* [JUANA ARACELY LARIOS MÉNDEZ] ..... » 663

*Laboratorio romanistico gardesano. Seminario dottorale* [MONICA FERRARI] ..... » 667





# DERECHO CHINO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA\*

RICCARDO CARDILLI

**RESUMEN:** El Código Civil de la República Popular China de 2020 es particularmente significativo para el diálogo entre el derecho chino y la tradición jurídica romanística. El nuevo Código civil chino está estructurado en 7 libros: parte general, derechos reales, contrato, derechos de la personalidad, matrimonio y familia, sucesión y responsabilidad por acto ilícito. Cabe señalar, dentro de este sistema, la opción de incluir una ‘parte general’ dentro de la cual, además, las categorías principales son la ‘persona’ y el ‘negocio jurídico’. La estructura más profunda del derecho chino codificado se ve afectada por el contexto histórico de su elaboración desde la segunda modernización mediante el uso del derecho.

**ABSTRACT:** Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese del 2020 è particolarmente significativo per il dialogo intercorrente tra diritto cinese e tradizione giuridica romanistica. Il nuovo Codice civile cinese si struttura in 7 libri: parte generale, diritti reali, contratto, diritti della personalità, matrimonio e famiglia, successioni e responsabilità da atto illecito. Da segnalare, all'interno di tale sistematica, la scelta di inserire una ‘parte generale’ nella quale, peraltro, le categorie portanti sono quella della ‘persona’ e del ‘negozio giuridico’. La struttura più profonda del diritto cinese codificato risente del contesto storico di sua elaborazione dalla seconda modernizzazione attraverso il ricorso alla legge.

**PALABRAS CLAVE:** Código; juristas; derecho chino; sistema jurídico romanístico; sistemática; parte general.

**PAROLE CHIAVE:** Codice; giuristi; diritto cinese; sistema giuridico romanistico; sistematica; parte generale.

**SUMARIO:** 1. El derecho chino, la tradición romanística y el nuevo Código civil de la República Popular China. – 2. La sistemática. – 3. Parte general: ‘persona’ y ‘negocio jurídico’. – 4. Derechos reales. – 5. ‘Contrato’ y ‘responsabilidad civil extracontractual’. – 6. Consideraciones finales.

## 1. *El derecho chino, la tradición romanística y el nuevo Código civil de la República Popular China*

El encuentro entre China y el sistema jurídico romanístico es relativamente reciente. Si tomamos como momento inicial la primera fase de modernización del derecho en China al final de la dinastía Qing (la llamada *Qingmo* 1840-1911)<sup>1</sup>, ello tuvo lugar hace

\* Publicado en italiano en *Mondo cinese*, n. 167, anno XLVII/1, 2020, 25-46. Agradezco a la Prof.ra Giselle López Baldera por la traducción en español del presente trabajo.

<sup>1</sup> V. FEI ANLING, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, en esta revista 23/2007, 111 ss.; y, con precisiones y aclaraciones sobre los desarrollos

poco más de un siglo. El carácter reciente del diálogo (en el plano de la dimensión histórica larga) entre el derecho chino y el derecho romano no es proporcional, sin embargo, a la intensidad y aceleración que en los últimos 40 años se ha dado al uso del derecho como factor estable que acompaña la transformación de la sociedad china. Este diálogo se caracterizó, además, por el recurso a la ‘ley’ como principal fuente de producción del derecho (*fa*), alimentando una dialéctica que, presente en la historia del derecho en China, favoreció el modelo consuetudinario del ‘rito’ (*li*) en las relaciones privadas<sup>2</sup>.

La forma Código, como forma privilegiada de búsqueda de significado y racionalidad del discurso jurídico en función preceptiva, de hecho muy presente en la historia antigua de China en áreas que podríamos ubicar – con las categorías del derecho liberal del siglo XIX – como propias de la persecución penal y de la gestión de la administración imperial, se convierte en el *Qingmo* en un símbolo de expresión de la forma que debe tomar el ‘derecho que regula las relaciones civiles’ (*minfa*) para la necesaria modernización a la que China aspiraba para librarse de los desiguales Tratados internacionales que le habían impuesto muchos países europeos y los Estados Unidos de América<sup>3</sup>. A partir de ello se pondrá en marcha un proceso que conducirá a la elaboración de un primer borrador de Código Civil en 1911 (que nunca entró en vigor, debido a la caída de la dinastía *Qing*), de un segundo borrador de Código civil de 1926, a la aprobación del Código Civil de 1931 (todavía en vigor en Taiwán).

Incluso en la fase maoísta, la influencia del modelo soviético y de los códigos civiles socialistas marca el camino de China hacia la tradición romanística, porque si bien por un lado el rechazo marxista a la reinterpretación pandectística del derecho romano había permitido a la ciencia jurídica rusa posrevolucionaria liberarse del modelo voluntarista e individualista de la declinación liberal del derecho romano creada en el siglo XIX en Alemania, por otro lado, las categorías conceptuales con las que se construyeron los esquemas jurídicos fundamentales de las nuevas sociedades socialistas (la empresa, la propiedad y el contrato socialistas) se basaban en todo caso en contenidos, por así decirlo, no enfatizados por la reinterpretación del siglo XIX, pero que sin embargo pertenecían, en capas más profundas, al contenido jurídico que la tradición romanística había entregado a la era industrial<sup>4</sup>.

El nuevo Código civil de la República Popular China (en adelante, RPC) (aprobado en su versión final el 28 de mayo de 2020 y que entrará en vigor el 1 de enero de 2021) es perfectamente coherente con la historia del derecho chino del último siglo y

históricos de este diálogo, sobre todo en la fase de la primera modernización, S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, en *BIDR*, 110, 2016, 253-292.

<sup>2</sup> Para un primer referimiento véase J. ESCARRA, *Le droit chinois (conception générale, aperçu historique)*, París, 1936, 15 ss.; R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, Milán, 1999, 29 ss. (*fa*), 34 ss. (*li*); M. TIMOTEO, en G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, in *Trattato di diritto comparato*, dirigido por R. SACCO, Turín, 2007, 67 ss.; S. PORCELLI, *Hetong e contractus. Per una riscoperta di un'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, 2020, 3 ss.

<sup>3</sup> V. S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica* cit., 259-261 sobre las razones de la primera modernización.

<sup>4</sup> Para mi punto de vista, véase *Schemi romani dell'appartenenza e modelli di resistenza nella tradizione civilistica*, en *Diritto@Storia* 16.2018 <[http://www.dirittoestoria.it/16/memorie/romaterzaroma/Cardilli-Schemi-romani-appartenenza-modelli-resistenza-tradizione-civilistica-\[2015\].htm](http://www.dirittoestoria.it/16/memorie/romaterzaroma/Cardilli-Schemi-romani-appartenenza-modelli-resistenza-tradizione-civilistica-[2015].htm)>.

medio, haciendo su entrada en la escena mundial como un momento muy significativo del trayecto de China hacia el derecho que comenzó con la segunda modernización a partir de 1978. Después del nuevo Código civil brasileño de 2002 y del nuevo Código civil y comercial argentino de 2014, ahora también el Código civil de la RPC de 2020 enriquece el marco de derechos codificados. El evento tiene una importancia que va más allá de la sensibilidad de la cultura jurídica, ya que es la adhesión definitiva de China a una concepción del derecho y un modelo jurídico de gestión de la sociedad y la economía que adquiere características fundamentales no solo para Asia, sino para toda la comunidad internacional. Por lo tanto, no carece de interés intentar comprender, incluso con unas pocas anotaciones, no solo qué diálogo entrelaza el nuevo código con la tradición jurídica china y la tradición jurídica romana, sino también cómo encaja la estructura sistemática y conceptual del nuevo Código en la estructura social y económica de China.

El enfoque aquí propuesto, vale reconocerlo de inmediato, es el de superar una lectura que se queda en el mero dato terminológico, aun cuando también él resulte importante, como resultado de un gran desarrollo lingüístico y conceptual que ha involucrado a China desde la ‘era de los neologismos’ (1890-1936), para hacer inteligibles las categorías romanísticas de los derechos codificados europeos en el proceso de la primera modernización del derecho chino<sup>5</sup>. Lo que, de hecho, podríamos calificar como el primer vocabulario en chino de las categorías romanísticas en las primeras décadas del siglo XX, se situó de una manera completamente diferente a lo que la historia jurídica europea había experimentado en los siglos XVIII y XIX en la transición del uso del latín jurídico a las lenguas jurídicas nacionales, donde la técnica del ‘calco’ lingüístico del latín había prevalecido en la mayoría de los casos, y esto no solo en lenguas basadas en la raíz común latina, sino también en lenguas de diferentes linajes. Estoy pensando, por mencionar algunos términos, en persona, dominio y propiedad, obligación, contrato, sucesión y su adaptación en lenguas europeas y no solo en estas.

En China, en cambio, entre finales del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, la traducción al chino de la enorme herencia milenaria representada por las categorías jurídicas romanísticas (en sus diversas declinaciones en los códigos civiles de Europa y de otros ordenamientos) tuvo que enfrentarse con un problema casi insuperable. La técnica del calco habría sido inservible e inútil. El problema era, entonces, traducir este vocabulario a una escritura de caracteres con una tradición propia de reglas totalmente diferente a la escritura latina. Esta ardua tarea solo podría lograrse intentando, de la mejor manera posible, elaborar en clave de similitud la yuxtaposición entre los significados que se quería traducir, con la necesidad de construir con los caracteres una idea de significado comprensible para el lector chino.

Si bien esto ha hecho posible, mediante la construcción de neologismos, la traducción al chino de las categorías de la tradición romanística, por otro lado, ha llegado a representar el vocabulario del que se ha extraído la segunda modernización jurídica china desde 1978.

<sup>5</sup> V. para una actuación de tal metodología de trabajo, el reciente estudio de S. PORCELLI, *Hetong e contractus cit.*

De esto se puede deducir que el actual Código civil de la RPC, a diferencia de la codificación que implicó la Federación de la Rusia postsoviética, se ubica en desarrollos históricos menos inconvenientes, en una línea de continuidad con la llamada codificación paso a paso de la legislación china llevada a cabo a partir de 1978.

## 2. *La sistemática*

El sistema de organización de las materias adoptado en el nuevo Código civil chino asume características peculiares, vinculadas a la historia jurídica de China y a la complejidad del diálogo con las tradiciones de otros países, que, a través de un mecanismo de sobria metabolización del derecho extranjero en el derecho chino, encontraron aceptación parcial.

El sistema del Código se estructura en 7 libros que, en orden, son los siguientes: 'parte general', derechos reales, contrato, derechos de la personalidad, matrimonio y familia, sucesiones y responsabilidad extracontractual. El número de libros es significativo y remite al historiador del derecho a las siete partes en las que se dividió el Digesto de Justiniano y a las Siete Partidas de tradición romano-ibérica. La particular sistemática a ojos de un jurista europeo, acostumbrado a razonar con el modelo del *Code civil* o con el del BGB, presenta luego dentro de los libros individuales algunas peculiaridades que resaltan posibles similitudes y diferencias con respecto a los contenidos presentes en los códigos civiles conocidos, expresión de una complejidad del diálogo entre la tradición jurídica china y el derecho codificado en la tradición romanística.

Las peculiaridades del contenido en el escaneo en libros del nuevo Código probablemente estén condicionadas por la realidad normativa existente en China, que, con importantes pasos legislativos, desde 1978 en adelante, ha tomado decisiones del legislador chino que están solo parcialmente en línea con lo que surge de los modelos de Código civil tomados en cuenta.

En particular, me gustaría señalar la ausencia en el nuevo Código civil de un libro dedicado a las obligaciones, en consonancia con la opción de no dedicar una sección del primer libro sobre la parte general al concepto más amplio de 'relación jurídica'. Por otro lado, el esquema jurídico de la obligación debe reconocerse como una estructura jurídica refinada, en clave del deber proyectado en el tiempo de una conducta esperada y una función de cooperación necesaria para su realización. En realidad, no hay poder crediticio sobre el deudor, sino que solo existe el deber del deudor de cumplir con una prestación, precisamente la obligación. Es un legado del derecho romano que esconde una diferencia de significado en la identidad terminológica de las lenguas nacionales modernas. El cambio de sentido llevó a la obligación, en el derecho de los siglos XIX y XX, de ser una estructura de tensión jurídica de igualdad proyectada en el tiempo con el objetivo de realizar un comportamiento de una persona a favor de otra, a una estructura de desigualdad representativa del poder de un acreedor sobre una única prestación del deudor (concepción de Savigny). Este legado opera en capas muy profundas de nuestra cultura jurídica y no puede darse por sentado como presente en otras cul-

turas jurídicas (piénsese en la ausencia de él en la cultura germánica y la idea preponderante en el antiguo derecho alemán del esquema de ‘responsabilidad/*Haftung*’)<sup>6</sup>.

Probablemente no sea una coincidencia que en el nuevo Código (pero esto también se aplica a la orientación adoptada en la elección de temas en la legislación pre-código promulgada en las últimas décadas) no se haya previsto un libro dedicado a las obligaciones, mientras que la perspectiva prevaliente sea la de un libro específico dedicado a los contratos y otro libro dedicado específicamente a la ‘responsabilidad civil extracontractual’, ambas materias habitualmente reguladas en un mismo libro del Código en el ámbito de las fuentes de las obligaciones, según una tradición que se remonta a las *Institutiones* de Gayo.

La presencia de leyes preexistentes sobre los temas ahora regulados en los libros específicos del Código es indicativo de que ellas quizás hayan inspirado la codificación, intentando coordinar lo establecido en las materias más específicas con lo fijado en la ‘parte general’ y aceptando en el Código los cambios de disciplina que se hayan producido entre tanto en la interpretación de las leyes anteriores.

Creo que habrá que imaginar futuros ajustes y adiciones sistemáticos que expresen una idea – típicamente china – del significado del código en una clave dinámica: dado que las décadas anteriores de promulgación de leyes particulares fueron esencialmente dinámicas, pero funcionales para la realización futura de un único Código, también será parte de los resultados futuros, la expresión de un derecho que se crea, que se va adaptando, cambiando junto con la sociedad china en transformación a la que debe regir. Básicamente existe una percepción pragmática del derecho en China como una herramienta de gestión de la transición social y, por tanto, fuertemente orientada a una dinámica de cambio y de orden que se quiere así alcanzar.

### 3. Parte general: ‘persona’ y ‘negocio jurídico’

La ‘parte general’ no es una novedad absoluta en China, ya que tiene un precedente en el Código civil de 1931 y, durante las últimas décadas, en la ‘Ley de principios generales del derecho civil de la RPC’ (*Zhonghua renmin gongheguo minfa tongze*).

El primer hecho significativo, desde una perspectiva sensible a los modelos de Código de la tradición romanística, es la adhesión definitiva de China a una codificación que adopta el *allgemeiner Teil*, siguiendo así el gran modelo alemán de la Pandectística y luego del BGB, que había influido en el área asiática también en el Código civil japonés<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Para una perspectiva más profundizada, v. mi *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Nápoles, 2016.

<sup>7</sup> Sobre la relación entre el BGB de 1896 (entrado en vigor en 1900) y el Código civil japonés de 1898 véase (también en relación con el proyecto del código Boissonade de 1890, fuertemente influenciado en cambio por el *Code civil*), C. STEENSTRUP, *Die Rezeption des deutschen Rechts im Japan der Meiji-Zeit*, en *Oriens Extremus*, 33/1, 1990, 37 ss. Sobre la ‘parte general’ como conquista sistemática de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX y sobre los riesgos de abstracción e individualismo a que ella induce, he expresado mi punto de vista en *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, en *Wie pandektistisch war die Pandektistik? Symposium 80 G.K. Luig*, coordinado por H.-P. HAFERKAMP y T. REPGEN, Tübingen, 2016, 83 ss.

La ‘parte general’ como técnica de codificación se sitúa en un nivel de fuerte abstracción conceptual y generalización de las reglas que fue el resultado de un poderoso período de estudios, el de la Escuela Pandectística alemana del siglo XIX, que debe ser considerada fundamental dentro de la tradición romanística por la influencia que tuvo en el derecho (y no solo privado) del siglo XX.

La Pandectística, de hecho, en su refundación de la ciencia jurídica y del sistema del derecho privado, dentro de un derecho no codificado, considera las fuentes romanas como momento privilegiado de verificación científica del discurso realizado, sintiéndose, como se ha afirmado con autoridad<sup>8</sup>, parte viva de una tradición que se remonta a los glosadores medievales, sin interrupción. La diferencia la dio, en cambio, su método interpretativo, que repudió los desarrollos de esa tradición, para favorecer una relación directa con las fuentes, aunque estas se inclinaron hacia el significado más funcional y coherente para la sociedad y los tiempos en los que operan los pandectistas, dando vida a un sistema basado en cuatro conceptos claves, dentro de los cuales ordenar todos los contenidos jurídicos que se transmiten: el sujeto jurídico, el objeto jurídico, el negocio jurídico (y su contrario, el acto ilícito) y la relación jurídica. Esto ha inducido una coherencia insuperable al sistema de derecho privado, con opciones de valor que, aunque muy adecuadas a la nueva sociedad liberal alemana del siglo XIX, fueron motivadas como logros científico-conceptuales alcanzados por la interpretación de la codificación de Justiniano. Precisamente la búsqueda e identificación de los llamados conceptos jurídicos subyacentes (como el de negocio jurídico o el de subjetividad jurídica) en las fuentes romanas determinan un contenido de valor que aún condiciona el actual pensamiento jurídico mundial.

Todo ello implica, en quienes adoptan tal técnica de codificación, una fuerte orientación de la ciencia jurídica hacia el razonamiento lógico-deductivo, conectado a una interpretación de la realidad condicionada por la perspectiva del concepto jurídico – y no al revés –, con la consiguiente identificación del régimen aplicable. Básicamente, se requiere un alto carácter científico de la ciencia jurídica que opera dentro de tal codificación, en sus formantes de implementación de las normas, interpretación de la ley e implementación del ordenamiento jurídico. Por tanto, la elección realizada se sitúa con seguridad y de manera coherente con el enorme progreso que la ciencia jurídica china ha realizado, en particular, en los últimos 40 años en la formación de nuevas generaciones de juristas.

La importancia de la ‘parte general’ no representa una novedad en el escenario del derecho chino, que desde 1986 había encontrado expresión en la ‘Ley sobre los principios generales del derecho civil’ de la RPC con una terminología muy significativa.

Las principales categorías de la ‘parte general’ del nuevo Código civil son las de sujeto de derecho y de negocio jurídico. La parte de los bienes es reenviada al libro II sobre derechos reales, mientras que no se ha incluido una parte sobre la relación jurídica, ni siquiera en su carácter más relevante que es la obligación (sobre esto, sin embargo, ver *supra e infra*).

<sup>8</sup> G. PUGLIESE, *I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, en *Riv.it. scienze giur.*, 1973, 89 ss., en específico 100-101.

En cuanto a la primera categoría, la del ‘sujeto de derecho’, en la tradición romanística representaba el vuelco individualista y abstracto, operado en el derecho iusnaturalista del siglo XVIII (*subiectum iuris*) y el liberal del XIX (*Rechtssubjekt*), del más sólido y concreto concepto de ‘persona’ que provenía del derecho romano en el sentido de ‘ser humano (*homo*)’, para el cual el esclavo o el hijo de la familia eran considerados *personae* y no *res*, aunque pudieran ser objeto de derechos<sup>9</sup>.

El derecho chino, en cambio, ha tenido sus desarrollos terminológico-conceptuales, que ahora encuentran una posible estabilización en el Código. De hecho, como bien se ha destacado en la doctrina, el uso del carácter *ren* (人), en su declinación de *ziranren* (自然人), en el sentido de persona física, ahora utilizado en el nuevo Código – y ya presente en la fase de la primera modernización del derecho chino – había sido reemplazado en la fase socialista por el término *gongmin* (公民) ‘ciudadano’, con su uso todavía en la Ley de principios generales de 1986, en la que ambos términos (*gongmin* y *ziranren*) se colocaban uno al lado del otro, poniendo, sin embargo, en primer lugar el término *gongmin*<sup>10</sup>. La carga ideológica de la elección terminológica del período socialista (que se manifiesta en el modelo del ciudadano miembro del pueblo)<sup>11</sup> parecería entonces superada definitivamente, para dar paso a la de *ren*. También debe decirse que con respecto al uso del término *ren*, el aún más abstracto ‘sujeto de derecho’ en términos de ‘sujeto civil’, *minshi zhuti* (民事主体)<sup>12</sup>, se ha colocado en una línea ya presente en la enucleación del *subiectum iuris* en el iusnaturalismo del siglo XVIII, para luego ser consagrado definitivamente en el sistema pandectístico. Su maduración, al menos en la tradición jurídica europea y más allá, ha supuesto la superación de los contextos comunitarios de relevancia sobre el rol de la persona para el derecho, con la acentuación de su valor como ‘individuo’ cuyo problema central debe definirse en términos de capacidad jurídica exclusiva y capacidad de obrar. Esto tiene un fundamento ideológico en el modelo de la sociedad liberal del siglo XIX, donde se colocó en el centro, no solo el rol del individuo en las diversas comunidades en las que operaba (familia, ciudadanía, etc.), sino la representación individualista del derecho de las personas respecto a la importancia del momento comunitario, muy presente, sin embargo, en la sociedad china y su tradición.

Incluso con respecto al ‘negocio jurídico’, China ha tenido sus desarrollos terminológicos y conceptuales, que sin embargo pronto se volcaron hacia la traducción del con-

<sup>9</sup> V. sobre el tema E. STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, en *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, coordinado por P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI y A. SCHIAVONE, Turín, 2019, 5 ss.

<sup>10</sup> V. sobre el tema lo que precisan, M. TIMOTEO, *Contemporary Chinese Law: a linguistic perspective*, en *Handbook of Communication in Legal Sphere*, coordinado por J. VISCONTI, Boston-Berlín, 2018, 402 ss. en específico 406 y S. PORCELLI, *La nuova “Parte generale del diritto civile della Repubblica popolare cinese”. Struttura e contenuti*, en *Rivista di diritto civile*, 65/3 2019, 670 ss., en específico 681-683.

<sup>11</sup> P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Turín, 1970, 1974.

<sup>12</sup> Para consideraciones relativas al uso de *minshi zhuti* en la ‘parte general’ del Código civil chino, vd. *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese Parte Generale*, traducción y notas de F. MONTI, Turín, 2020, 105, nt. 3.



cepto alemán en chino en términos de *minshi falü xingwei* (民事法律行为)<sup>13</sup>. Se destacó, con especial sensibilidad a los datos terminológicos, cómo el art. 133, que abre la I sección del capítulo dedicado a las reglas de aplicación general, define el negocio jurídico como «el negocio (literalmente comportamiento, acción, *xingwei*) mediante el cual los sujetos de derecho civil, con su manifestación de voluntad, establecen, modifican o extinguir las relaciones jurídicas de derecho civil»<sup>14</sup>.

La centralidad de las dos categorías del sujeto de derecho y del negocio jurídico en la parte general condicionan, desde la perspectiva del jurista europeo, la parcialidad de los contenidos y también el tipo de impacto que puedan tener en los restantes libros del Código, por ejemplo, con respecto a las disposiciones generales en materia de contrato para aquellas relativas a cuanto dispuesto ya en materia de negocio jurídico en la parte general.

#### 4. *Derechos reales*

El segundo libro, como se mencionó, es el dedicado a los derechos reales. Es una elección sistemática significativa e indica que para la RPC esta es un área de fundamental importancia, colocándola en primer plano inmediatamente después de la parte general, aunque el modelo del Código más seguido es el alemán, y en este seguía a la parte general el libro sobre las relaciones obligatorias, mientras que al *Sachenrecht* se dedicaba el tercer libro.

Desde el punto de vista terminológico, cabe señalar que se confirma la tendencia a utilizar el término 物权 (*wuquan*) ‘derecho real’ para el título del libro, previendo las formas de constituir, adquirir, modificar y extinguir los derechos reales.

Sería engañoso leer las instituciones codificadas en China (y también los no codificados) con las gafas ideológicas con las que estamos acostumbrados a leer los códigos liberales europeos. El discurso jurídico chino sobre las formas de pertenencia no adolece de la fuerza centrípeta de la propiedad privada propia de nuestros códigos civiles. La propiedad privada, en cambio, se inserta junto a la propiedad estatal y colectiva, como esquema representativo de un posible derecho real, sin una apreciación excesiva de su rol. De hecho, en una inspección más cercana, la propiedad privada (a diferencia de la pública y colectiva) es una forma de manifestación de pertenencia que es diferente, pero no superior a los derechos reales de disfrute sobre la cosa ajena (entiéndase por cosa ajena aquello del estado o posiblemente de comunidades organizadas) a las que se les ha encomendado la tarea de formalizar algunas necesidades básicas de vida de la comunidad humana, como por ejemplo el de la casa donde vivir (derecho a utilizar los fondos para fines residenciales artículos 362-365 Cod.civ.chino 2020).

<sup>13</sup> Sobre estos desarrollos, que inician con el borrador del Código civil de 1911, interesan el Código civil de 1931 hasta la Ley de principios generales de 1986, el derecho chino estuvo influenciado por el modelo soviético; V. S. PORCELLI, *Hetong e contractus cit.*, 23 ss., 32 ss., 40, 289-290.

<sup>14</sup> Importante la aclaración de S. PORCELLI, *La nuova “Parte generale del diritto civile della Repubblica popolare cinese” cit.*, 692.

Es interesante observar que con respecto a la categoría de *ius in re aliena*, la identificación de un término que podría desempeñar el mismo papel sistemático en China no fue asumida por *wuquan*, sino por el significativo 用益物权 *yongyi wuquan* como ‘derecho real de uso y disfrute’, que, si por un lado confirma la ausencia de la prestación del usufructo como derecho real típico sobre la cosa ajena, como ya hiciera la Ley de derechos reales de 2007, por otro parece asumir el rol de paradigma de los distintos derechos reales de disfrute de la cosa ajena codificados, de acuerdo con las necesidades específicas de China. Esta es una indicación significativa de cómo la ciencia jurídica china percibe los derechos reales de disfrute, no como mónadas tipificadas dentro de un desarrollo histórico específico, sino como derechos que se declinan en términos de suma de facultades de usos y goces, más o menos extensa, en varias figuras típicas, la perspectiva de la llamada ‘teoría de las listas’ de la definición francesa de la *propriété*.

El derecho que ahora ha codificado China se sitúa en un diálogo que enriquece la tradición romanística, no se aparta de ella, aunque se plantea con opciones diferentes, acordes con las necesidades de China, sino que está dentro de un nuevo desarrollo de esta tradición.

De hecho, los estudiosos del derecho romano y la historia del derecho han revelado desde hace mucho tiempo la carga ideológica del paradigma liberal y burgués de la ‘propiedad’ establecido en los códigos civiles de la tradición romana. En particular, la limpieza conceptual ha afectado el supuesto carácter ‘individualista’ y ‘unitario’ del esquema jurídico de la propiedad romana, en favor de un marco conceptual que requiere una contextualización en los modelos sociales de la antigüedad, la Edad Media y la época moderna, resaltando la complejidad de esquemas interactuantes en los que las formas jurídicas de pertenencia no serían reducibles *ad unum*, sino que se manifestarían no solo a nivel de *nomina iuris* sino también a nivel de regímenes jurídicos, diferencias y particularidades<sup>15</sup>.

Por otro lado, no es casualidad que el nacionalsocialismo alemán, en su ataque al derecho romano como derecho extranjero<sup>16</sup>, atribuyera a la propiedad romana un exceso de individualismo que no era en realidad romano, sino una característica del paradigma propietario de la pandectística alemana del siglo XIX que se había opuesto a las *dominia* medievales<sup>17</sup>. La crítica condicionó reacciones importantes, como la de Fran-

<sup>15</sup> V. M. KASER, *Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik*, en *ZSS RA*, 62, 1942, 1 ss.; ID., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Colonia-Graz, Böhlau, 1956, 228 ss.; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Turín, 1970, 146 ss.; A. CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, en *La proprietà e le proprietà*, coordinado por E. CORTESE, Milano, 1988, 3 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, ‘Dominium’ e ‘possessio’ *nell'Italia romana*, en *La proprietà e le proprietà* cit., 141 ss.; M. TALAMANCA, *Considerazioni conclusive*, en *La proprietà e le proprietà* cit., 183 ss. V. asimismo M. SCHERMAIER, ‘Dominus actuum suorum’. *Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht*, en *ZSS RA*, 134, 2017, 49 ss.

<sup>16</sup> *Programma del Partito nazionalsocialista dei lavoratori* (1920), art. 19: «Vogliamo la sostituzione del diritto romano, orientato verso un ordinamento materialistico del mondo, con un comune diritto germanico».

<sup>17</sup> Sobre este punto V. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, en *La proprietà e le proprietà* cit., 205 ss., en específico 270 ss. El paradigma pandectístico de la propiedad codificado en el BGB fue sujeto a una reinterpretación en clave social en la década de 1930 por F. WIEACKER, *Wandlung*

cesco De Martino, en una famosa obra de 1941, dirigida a contrastar el supuesto ‘individualismo’ del derecho romano con argumentos serios<sup>18</sup>.

Por el contrario, la crítica de Karl Marx a la propiedad individual como paradigma de los códigos civiles burgueses no parece condicionada por una proyección del modelo burgués sobre las formas romanas de pertenencia sobre las que se construyó por abstracción<sup>19</sup>.

El paradigma propietario del modelo codificado en el art. 544 del Código francés de 1804 («La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ...») todavía parece no deshacerse de la interpretación dual de la institución, por un lado que heredó de la época medieval, construida sobre las *utilitates* de la *res frugifera* y, por otro lado, la inducida por la ruptura del antiguo régimen y enteramente volcada hacia el absolutismo del dominio, respondiendo plenamente a las necesidades de circulación y libre destino del uso económico de los bienes productivos de la sociedad burguesa<sup>20</sup>.

Una mayor abstracción y absolutización se expresa en el esquema pandectista de la propiedad, que encuentra expresión en el párrafo 903 del BGB alemán de 1900 («Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach beliebigen Verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen»).

El derecho romano, en cambio, expresa una diferenciación de terminología y régimen en el contexto de los esquemas jurídicos de pertenencia: la *possessio* del *ager publicus*, el *meum esse ex iure Quiritium*, la *in bonis esse*, las servidumbres prediales, el usufructo, el uso, la vivienda, *possessio vel ususfructus* en suelo provincial, la enfiteusis, la superficie. Los juristas romanos también hablan de *duplex dominium*, de *proprietates* y de *possessiones*.

La tradición romana de la época medieval añade nuevas formas de pertenencia, como el *feudum*, sin romper, sin embargo, el cuadro ideológico de la tradición roma-

*gen der Eigentumsverfassung* (Hamburg, 1935), en *Zivilistische Schriften (1934-1942)*, Fráncfort del Meno, 2000, 9 ss., sin que, sin embargo, el gran maestro alemán haya decidido aprovechar lo que se desprende de las fuentes romanas. Por otro lado, la reinterpretación fascista del esquema de propiedad codificado en Italia en 1865, siguiendo el modelo francés, llevó a la consideración de los valores de la ‘función social’ de la propiedad individual; sobre este punto véase P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Bari-Roma, 1991, 8 s.; 101 ss. Cfr. ahora, sobre el problema histórico TH. KEISER, *Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und Fascismo*, Tübinga, 2005, 55 ss., 73 ss., 167 ss.

<sup>18</sup> *Individualismo e diritto privato romano*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1941; cito de la reimpresión de Turín, 1999, 21 ss.

<sup>19</sup> V. al respecto la atenta lectura hecha por P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites* cit., 120 ss.; 152 ss.; Id., *Droit naturel, ‘ius Quiritium’: observations sur l’anti-individualisme de la conception romaine de la propriété*, en *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Roma, 2009, 121 ss., con relación al sintagma *meum esse ex iure Quiritium* de la *legis actio sacramento in rem*, en la que la afirmación de pertenencia de la cosa se fundamenta en la pertenencia a la comunidad de los *cives*. Sobre el punto, lúcidas precisiones de A. MALENICA, *L’idea di Marx sulla proprietà*, en *Index*, 16, 1988, 15 ss. V. para la revelación de la reinterpretación y selección de contenidos a los que se refiere el texto, O. DILIBERTO, *L’eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall’esperienza romana al Code Napoléon (e viceversa)*, en *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie* cit., 89 ss.

<sup>20</sup> P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà* cit., 248-254.

nística, que sigue siendo sustancialmente adecuada para dominar la nueva realidad de la pertenencia de la tierra<sup>21</sup>, enriqueciendo los contenidos conceptuales, distinguiendo entre *dominium directum* y *dominium utile* o ampliando la lista de los *iura in re aliena*. Se trata de un cuadro muy rico de construcciones jurídicas a través de las cuales los juristas de la tradición civil basada en el derecho romano no siempre operan desde el mismo ángulo de visión, a veces partiendo de la naturaleza de la *res*, que por así decirlo indica la función económica del uso (bosques para madera, campos para agricultura, pastos para prados, canteras para extracción de materiales, etc.), acentuando la variedad de *utilitates rerum*, proyectando en otras ocasiones el paradigma subjetivo del ‘poder’ del hombre sobre la cosa, que puede imprimir, con mayor o menor intensidad, el uso previsto de la cosa. En este sentido, podríamos hablar de un modelo de ‘cosa’ para la primera perspectiva y de un modelo ‘potestativo’ para la segunda.

Los códigos civiles del siglo XIX, y sobre todo el Código civil francés de 1804 y el BGB alemán de 1900, determinaron una fuerte selección simplificadora de esta riquísima tradición conceptual, entregando al futuro un modelo paradigmático de propiedad individual, a través del cual releer toda esta realidad de la tradición civilista anterior, preservando aquellos esquemas jurídicos de pertenencia que pudieran coordinarse con este modelo y excluyendo aquellos que irremediablemente en conflicto por su carácter irreductible en una perspectiva de poder absoluto sobre la cosa.

Esto, sin embargo, no significa la extinción de estos esquemas jurídicos de pertenencia que no estaban incluidos en los Códigos civiles, o su olvido, pues precisamente la resistencia de las corrientes consuetudinarias del derecho civil poscodificado – con profundas dificultades de clasificación por los iuspositivistas – ha conservado su vigencia en el derecho actual, como cuerpos ajenos al paradigma propietario o en todo caso ligados a él, con cierto forzamiento interpretativo<sup>22</sup>. Nuestra tradición jurídica ha tenido que lidiar a menudo con estas realidades, a las que se adapta la perspectiva del *dominium* y, más en general, la del ‘mío’. Para dar algunos ejemplos, en la antigua Roma, el *ager gentilicium* y el *ager compascuus*<sup>23</sup>; hoy se podría mencionar el problema de los ‘usos cívicos’<sup>24</sup>.

Por otro lado, cuando por estas realidades y otras, de diferente estructura y función, en las que se afirmaba una titularidad jurídica separada de un poder muy amplio que ejercía el individuo sobre el bien (el *ager vectigalis* del pueblo o de los municipios o de la *possessio vel ususfructus* del privado en las tierras provinciales), surgiendo la necesidad de dar un contenido al poder del individuo sobre el bien, la única alternativa válida resultó ser la de enumerar las distintas facultades ejercidas sobre la cosa. Piénsese, por

<sup>21</sup> M. MONTORZI, *Diritto feudale nel basso Medioevo*, Turín, 1991; ID., *Processi istituzionali. Episodi di formalizzazione giuridica ed evenienze d'aggregazione istituzionale attorno e oltre il feudo*, Pádua, 2005.

<sup>22</sup> Para una consideración más profunda sobre los ‘usos cívicos’ en comparación con el paradigma propietario, véase U. PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, en *La proprietà e le proprietà* cit., 491 ss., en específico 514 ss. Con relación a la propiedad pública y la llamada propiedad colectiva, véase V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Pádua, 1983.

<sup>23</sup> V. sobre estos problemas L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma, 1988<sup>2</sup>; ID., *Cittadini e territorio*, Roma, 2000, 185 ss.

<sup>24</sup> V. *supra* nt. 20.

ejemplo, en el *uti frui habere possidere* sobre las tierras provinciales, nuevamente interpretado por Gayo en términos de *possessio vel ususfructus* (Gai. 2,7)<sup>25</sup>.

Esta rica y compleja tradición conceptual de los esquemas jurídicos de pertenencia penetra con fuerza y se enriquece a su vez con la historia jurídica de otros países, pensemos en Brasil, Rusia e incluso China. Los esquemas jurídicos romanos de la pertenencia y de la tradición romanística se asumen como clave interpretativa de la realidad de las relaciones con la tierra tanto en el nuevo mundo, donde los títulos adquisitivos (descubrimiento y ocupación)<sup>26</sup> como las formas de pertenencia son a su vez reconsiderados críticamente a partir de la realidad de los pueblos indígenas y a las nuevas formas de destino y explotación (individual o colectiva) de la tierra, tanto en el Imperio Ruso, donde la resistencia de la servidumbre y la fuerza de la propiedad de la tierra en el Zar imponen soluciones y formas de pertenencia adaptadas a las peculiaridades imperiales y feudales de los instrumentos de concesión. Piénsese en la tradición romano-lusitana de la fortuna de la distinción medieval entre *dominium directum* y *dominium util*, y en el uso de concesiones de *sesmarías* también en Brasil, o en la tradición romano-rusa la distinción entre propiedad formal y derecho de uso, introducción de una forma de pertenencia colectiva de los campesinos en la Reforma rural de 1861 con la abolición de la servidumbre de la gleba.

Esta tradición penetra con fuerza y se enriquece a su vez con la historia jurídica de China. Los esquemas jurídicos romanos de la pertenencia y la tradición romanística se asumen como clave para interpretar la realidad de las nuevas formas de destino y explotación (individual o colectiva) de la tierra y más en general de los bienes en China. En el nuevo Código civil, el régimen de propiedad sigue basado en la tripartición 'propiedad del Estado' (*guojia suoyouquan*) 'propiedad colectiva' (*jiti suoyouquan*) y 'propiedad privada' (*siren suoyouquan*) (Cod.civ.chino 2020, art. 240 ss.). Este uso en China, en el contexto de las relaciones de pertenencia, de esquemas jurídicos propios de la tradición romana en el sentido más amplio, ha involucrado no solo el esquema jurídico fundamental de la propiedad, en su triple función, de público, colectivo y privado, sino también otro esquema jurídico fundamental de la tradición romanística, el del *iura in re aliena*<sup>27</sup>. Al respecto, en China, a los efectos del proceso de transición económica y

<sup>25</sup> *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel ususfructum habere videmur...*

<sup>26</sup> Sobre el fundamento del concepto de propiedad de la Segunda Escolástica; V. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, en *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Atti Firenze ottobre 1972*, Milán, 1973, 117 ss.

<sup>27</sup> Sobre el origen romano del esquema del *iura in re* y su cristalización en época medieval como *genus* en términos de *iura in re aliena*, v. G. PUGLIESE, *Diritti soggettivi b) Diritti reali*, in *Enciclopedia del Diritto* XII, Milán, 1964, 755 ss.; R. FEENSTRA, *Les origines du 'dominium utile' chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des ultramontani)*, en *Flores legum H.J. Scheltema oblati*, Groninga, 1971, 49 ss.; ID., 'Dominium' and 'iura in re aliena': *The Origins of a Civil Law Distinction*, en *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, ed. P. BIRKS, Oxford, 1989, 111 ss.; profundizando en la relación con la categoría medieval del *dominium utile*, importante es la opinión P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* cit., 248-254; E. CORTESI, *Il diritto nella storia medievale II. Il basso medioevo*, Roma, 1995, 172. Sobre el fundamento sustancial de la categoría en el derecho romano, v. G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Turín, 1969, 3; crítico G. PUGLIESE, *Diritti soggettivi* cit., 757-759. Si se

social emprendido, se suele resaltar la importancia del uso de la propiedad privada<sup>28</sup>, debido a los cambios que puede inducir dentro de la dialéctica tradicional entre la propiedad pública y la denominada propiedad colectiva. A *latere* de este importante proceso, sin embargo, es necesario señalar el recurso, incluso cuantitativamente significativo, al esquema jurídico del derecho real sobre la cosa ajena, para dar forma a toda una serie de relaciones tanto de la realidad urbana como agrícola de la China actual, entre los que se encuentra el principio del *numerus clausus*, propio de la ideología de la *propriété* del *Code civil*, se presenta en un papel, por así decirlo, volcado, no como un principio para proteger la centralidad y absolutez del dominio privado, sino por el contrario, a tutela de la centralidad de la propiedad pública o colectiva, como representaciones exclusivas (o al menos prevalecientes) de la ‘alienación’ del activo sobre el cual el individuo ejerce su derecho de uso limitado. Esto ya era muy evidente en la reciente ley china de derechos reales de 2007, en la que se incorporan una serie de relaciones resultantes de los movimientos de urbanización y el aumento de población en las ciudades y la explotación del campo, relaciones específicas de la sociedad china, que vienen englobadas dentro un esquema jurídico de nuestra tradición civilista. Esta operación no solo tuvo consecuencias meramente calificativas y formales, sino también sustanciales, planteando cuestiones que no eran exclusivamente dogmáticas, sino también del impacto de estos esquemas que en realidad les eran ajenos. El nuevo Código civil parece confirmar la disciplina de la Ley de derechos reales de 2007, al no contemplar el usufructo entre los típicos derechos reales de goce, mientras que incluye en ellos el derecho a utilizar los fundos destinados a la construcción (arts. 344-361)<sup>29</sup>, el derecho a utilizar los fundos para fines residenciales (arts. 362 a 365)<sup>30</sup> y el derecho a administrar fundos en concesión (arts. 330 a 343)<sup>31</sup>.

admite la presencia del concepto, ya en el derecho romano, independientemente de la recurrencia de la terminología del *ius in re aliena*, surge el problema de las razones de su maduración, respecto a la superación del modelo potestativo (unitario o no) en cabeza del *pater familias*. Sobre el esquema del *ius in rem* de la cultura jurídica desarrollada en el sistema de *common law*, v. G. PUGLIESE, *Diritti soggettivi* cit., 756; R. FEENSTRA, ‘Dominium’ and ‘ius in re aliena’ cit., 111-112 e nt. 3.

<sup>28</sup> En Italia, han prestado atención a los problemas aquí evidenciados R. BERTINELLI, *Considerazioni sul diritto di proprietà nella Repubblica Popolare Cinese*, en *Mondo cinese*, 72, 1990, 15 ss.; G. CRESPI REGHIZZI, *Cina 2003: l’Osservatorio del giurista*, en *Mondo cinese*, 117, 2004, 18 ss.; ID., *Proprietà e diritti reali in Cina*, en *Mondo cinese*, 126, 2006, 26 ss.; A. SERAFINO, *In tema di diritto di proprietà in Cina (i progetti della legge sui diritti reali)*, en *Riv. di Diritto civile*, 2006, I, 549 ss.; S. GRANO, *Il problema della proprietà della terra in Cina*, en *Mondo cinese*, 130, 2007, 27 ss.; EAD., “La Legge sui diritti reali”: *Cina e Italia, due realtà a confronto*, en *Mondo cinese*, 134, 2008, 29 ss.; *Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sui diritti reali*, coordinado por S. SCHIPANI y G. TERRACINA, Roma, 2009.

<sup>29</sup> Con relación a la Ley sobre los derechos reales, v. M. TIMOTEO, *Il diritto d’uso su fondi per costruzione*, en *Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sui diritti reali* cit., 185 ss.

<sup>30</sup> V., con relación a la Ley sobre los derechos reales, SU HAOPENG, *Misura di sicurezza sociale? O diritto reale di godimento? Sul diritto di uso su fondo a destinazione abitativa nell’ordinamento cinese*, en *Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sui diritti reali* cit., 171 ss.

<sup>31</sup> Para mi punto de vista, *Diritto di gestione dei fondi in concessione e sfruttamento della terra in Cina*, en *Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sui diritti reali* cit., 193 ss.



### 5. 'Contrato' y 'responsabilidad civil extracontractual'

Las consecuencias positivas de la apertura de la economía planificada en China pudieron hacer uso del esquema del contrato, en un significado tendencialmente propio de la tradición civilista basada en el derecho romano<sup>32</sup>. De hecho, en tan solo unos años, la legislación china ha demostrado que está recurriendo a este instrumento con cada vez mayor favor, primero haciéndolo coherente con el plan económico en el que inicialmente se insertó necesariamente y luego cada vez más independiente de él y un instrumento de expresión de mayor autonomía privada.

La experiencia del 'contrato económico', de hecho, fuerte legado de la fase maoísta y la influencia del modelo soviético, resiste también en la fase de la segunda modernización con la Ley de 1981<sup>33</sup>, destacando, a los ojos del jurista de la tradición civil europea, la vitalidad del esquema del contrato incluso fuera del principio de libertad contractual, como instrumento adecuado no de la autonomía privada para establecer un equilibrio respectivo como punto de encuentro de dos voluntades dirigidas a propósitos opuestos pero funcionalmente conectados (el comprador quiere comprar la casa, el vendedor quiere venderla), sino del plan económico estatal, donde la base consensual y el tipo de efecto jurídico relacionado con él (es decir, *in primis* el nacimiento de obligaciones)<sup>34</sup> conservan su utilidad particular incluso dentro de una economía planificada y también fuera de la libre reunión de voluntades de las partes involucradas en el contrato<sup>35</sup>.

Con las leyes posteriores, la de los 'Contratos económicos internacionales' (1985), la de los 'Principios generales del derecho civil' (1986) y la de los 'contratos' (1999), tanto en las relaciones internacionales como en las internas, el ordenamiento chino a ido adoptando una noción de contrato cada vez más familiar a la fisonomía que adquirió en la codificación del derecho privado en el sistema romano. De esta forma, el ordenamiento jurídico chino pasa a formar parte de un debate abierto en la tradición del derecho civil, en el que por un lado prevalece un modelo de contrato como acuerdo, propio de la concepción del derecho natural del contrato, y por otro lado aún existen diferentes modelos de contrato que conducen la discusión sobre los elementos de la causa y del sinalagma<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> La cuestión fue tratada por M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Pádua, 2004, 122 reconsiderando críticamente la concepción traslativa de una «non litigiosità e [...] non giuridicità delle due tradizioni est asiatiche [scil. cinese e giapponese]», contraponiendo una lectura que reconozca «anche nei due sistemi qui considerati l'uso di questo strumento [...] risalente e riccamente documentato», cuya «essenza profonda» se encontraría en el «scambio» y en el «mercato».

<sup>33</sup> M. TIMOTEO, en G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale* cit., 321-323.

<sup>34</sup> Sobre la importancia, hoy reiterada, del vínculo entre contrato y obligación, mi punto de vista en *Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione*, en AA.VV. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 2, Nápoles, 2006, 1 ss.

<sup>35</sup> V. G. AJANI, *Contratto economico nei Paesi socialisti*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Turín, 1989, IV, 258-261, donde se acentúan las diferencias en el plano de la relación con la concepción de contrato propia de la tradición civilista ligada al derecho romano y en particular respecto al contrato como fuente de obligación. Sobre la cuestión, véase, recientemente, S. PORCELLI, *Hetong e contractus* cit., 43 ss.

<sup>36</sup> Al respecto, V. P.G. MONATERI, *La sineddوحة. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milán, 1984, 137 ss. En mi opinión, conviene subrayar que la crítica más vigorosa a los modelos

En este contexto, el derecho contractual chino y la reflexión de los juristas chinos sobre él podrían representar una nueva ‘vertiente’ de este sistema, con sus peculiaridades y momentos de diferenciación, que hay que profundizar y entender como su expresión, llegando a representar lecturas del contrato que lo enriquecen<sup>37</sup>.

Respecto a la definición del contrato, el art. 2 de la Ley del 15 de marzo de 1999 establecía lo siguiente: «A los fines de esta ley, por contrato se entiende un acuerdo para constituir, modificar o extinguir relaciones civiles de tipo obligacionales entre personas físicas, personas jurídicas u otras organizaciones, en calidad de sujetos en situación de igualdad».

La definición es ahora repetida, con algunos cambios significativos, en el artículo 464 del nuevo Código civil de la RPC 2020: «El contrato es el acuerdo entre sujetos civiles para establecer, modificar o extinguir relaciones civiles»<sup>38</sup>. A la lista «personas físicas, personas jurídicas y otras organizaciones» de la Ley de 1999, ahora se superpone la categoría unificante del *minsbi zhuti* del sujeto de derecho. La referencia a la posición de igualdad cae entonces, no porque no se sienta como un elemento estructural esencial, sino porque en el nuevo Código está consagrado a un nivel más general en el art. 4.

Del modo en que el Código civil involucra mecanismos para la identificación común de la disciplina jurídica, identifiqué un indicio en lo que se establece en la segunda parte del art. 464, ampliando, en caso de ausencia de disposiciones específicas en la materia, la disciplina general del contrato puede aplicarse al matrimonio, a la adopción, a la tutela y a otros acuerdos.

El modelo definitorio chino del contrato (*hetong*) como un acuerdo (*xieyi*) evoca, de las definiciones más importantes del contrato presentes en los códigos civiles de la tradición romana, a nivel estructural la vertiente franco-italiana del contrato como una ‘convención’/‘acuerdo’, mientras que desde el punto de vista de los efectos supera la generalización alemana e italiana de la ‘relación jurídica’ (en Italia ‘de tipo patrimonial’), potenciando el dato, profundamente arraigado en nuestra tradición civilista, y su elemento distintivo frente al sistema de *common law*, del contrato como fuente de obligaciones.

contractuales cristalizados en los códigos europeos en los siglos XIX y XX se debe a la ciencia romanista y a la historia del derecho; para una primera referencia, v. K.-P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte) B. IX, Múnich, 1985; U. PETRONIO, *Synallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, en *Towards a general Law of Contract*, coordinado por J. BARTON, Berlín, 1990, 215 ss.; F. GALLO, ‘Synallagma’ e ‘conventio’ nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I-II, Turín, 1992-1995; ID., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, en esta revista 7/1999, 17 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna I. Il Cinquecento*, Turín, 1995; M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, en *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani cit.*, 105 ss.

<sup>37</sup> Pone de manifiesto esta posibilidad, con razón, S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Turín, 1999, XII; ID., *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico*, en esta revista 8/1999, 225 ss. = *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi cit.*, 137 ss. Sobre el punto, véase, por último, lo expuesto por S. PORCELLI, *Hetong e contractus cit.*, 61 ss.

<sup>38</sup> 第四百六十四条 合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议. Sobre las razones de la eliminación de la referencia explícita a las relaciones ‘obligatorias’, véase ahora S. PORCELLI, *Hetong e contractus cit.*, 292-293; también tenga en cuenta que en el párrafo 2 del artículo 118 del nuevo Código el contrato se define como fuente de obligación.



Cabe señalar también un hecho que considero históricamente significativo, a saber, la traducción al chino del Código civil italiano de 1942 en el año 1997, que de esta manera podría haber sido tomado en consideración en el debate de la comisión que redactó la Ley china de 1999, influyendo en modo significativo las normas contenidas en él y, por tanto, también el nuevo Código civil chino<sup>39</sup>. Esta elección es significativa a los ojos del jurista europeo, aunque en la ley china están presentes otros elementos estructurales del contrato que, además de la *conventio*, caracterizan su fisonomía dogmática.

Además, hay que subrayar otro hecho, que no se da por sentado ni es irrelevante: en este largo proceso chino de fijación del derecho contractual mediante leyes, la categoría general del contrato nunca ha suplantado, eliminándola, la regulación de los tipos contractuales individuales<sup>40</sup>. De esta manera se ha introducido en la realidad de las relaciones contractuales en China, mediante el derecho establecido por la ley, un sistema de reglas y de contenidos típicos de la tradición civilista de los contratos, que constituye su elemento caracterizante.

De esta manera, un sistema de normas y contenidos típico de la tradición contractual civil, que es un elemento característico, se ha convertido en parte de la realidad de las relaciones contractuales en China, mediante el derecho establecido con ley<sup>41</sup>. Esta constatación está ahora plenamente confirmado en el Código civil de la RPC 2020.

Todo resulta particularmente interesante en China, porque a menudo en las partes generales que han acompañado a las diversas leyes en materia de contratos, el observador europeo detecta signos de diferencia dignos de curiosidad. Por ejemplo, la lista de elementos que deben normalmente (la ley dice «generalmente») ser previstos en el acuerdo por las partes mediante ‘cláusulas’<sup>42</sup> específicas no coincide con el *minimum* que suele exigir el derecho privado de nuestra tradición.

A esto se suman los resultados derivados de la yuxtaposición de reglas y principios del derecho tradicional chino, como los de ‘razón equitativa’ (*gongping heli*) y ‘misura humana’ (*heqing*)<sup>43</sup>, y el énfasis dado a reglas y principios que aparecen o se fortalecen en el derecho chino a través del encuentro con la tradición civil del sistema romano, como el principio de buena fe 诚实信用 (*chengshixinong*), expresamente previsto en el art. 4 de la Ley de principios generales del derecho civil de 1986 y en los artículos 6, 42-3, 60, 92, 125 de la Ley de contratos de 1999 en las etapas de formación, interpretación y eje-

<sup>39</sup> V. un intento de aclarar esta relación en L. FORMICHELLA-E. TOTI, *Tavola di corrispondenze tra la Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese ed il Codice Civile Italiano*, en esta revista 8/1998, 296 ss.

<sup>40</sup> Cfr. los capítulos del IX al XXIII de la Ley sobre los contratos de 1999, puede verse en italiano L. FORMICHELLA-E. TOTI, *Leggi tradotte della Repubblica cinese: legge sui contratti*, Turín, 2002, 56 ss.

<sup>41</sup> Para el problema en conexión con el derecho romano, permítanme referirme a lo que he observado en *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra 'natura contractus' e 'forma iuris'*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Nápoles, 2008, 1 ss.

<sup>42</sup> El art. 12 de la L. sobre contratos de 1999 prevé cuáles ‘cláusulas’ (*tiaokuan*) «generalmente» se incluyen en el «contenido del contrato ... acordado por las partes ...: 1) denominación o nombre y apellido y domicilio de las partes; 2) objeto; 3) cantidad; 4) calidad; 5) precio y remuneración; 6) plazo, lugar y modalidad de ejecución del contrato; 7) responsabilidad en caso de incumplimiento; 8) métodos de resolución de las controversias» (traducción italiana de L. FORMICHELLA-E. TOTI, *Leggi tradotte* cit., 6-7).

<sup>43</sup> Sobre estas problemáticas, V. M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone* cit., 41 ss., y S. PORCELLI, *Hetong e contractus* cit.

cución del contrato, y ahora, en el nuevo Código civil, se ha codificado en la parte general también como un principio que alimenta en modo más penetrante la acción de los sujetos civiles (art. 7), reiterándolo luego en el art. 142 en materia de negocio jurídico, artículo al que conviene remitirse en materia de disposiciones generales del contrato en caso de interpretación del acuerdo celebrado por las partes (art. 466).

Por otro lado, medir la presencia y vitalidad de un principio a partir de la simple confirmación de este en el derecho escrito de un orden jurídico sería una conclusión insatisfactoria, así como, de la misma manera, sería superficial no captar la presencia de reglas y principios incluso en ausencia de un derecho explícito por escrito a tal efecto.

Esto se hace evidente con relación a las reglas de estructura de los contratos típicos, reglas maduradas en el sistema romano también gracias a la fuerza generadora del principio de buena fe, como el del *synallagma*. Una norma similar también está presente en el derecho tradicional chino en materia de ‘acuerdo vinculante’, pero como expresión de un principio diferente, arraigado en el confucianismo y en el sistema tradicional, en el que el ‘ciclo vital de la reciprocidad’ era una expresión concreta de una visión armoniosa del mundo<sup>44</sup>. El equilibrio que adquiere el acuerdo vinculante entre obligaciones y beneficios, por lo tanto, también deriva en el derecho tradicional chino de principios diferentes al de la buena fe que transmitirá instancias similares en el contrato de tradición romanística.

Asimismo, la importancia en el derecho tradicional chino del precio justo y la adecuación del contrato a circunstancias sobrevenidas, reglas que se encuentran en la complejidad relacional del contexto social chino en el que el intercambio se inserta dentro de instrumentos extrajudiciales efectivos de realización, tales como la amplia participación de mediadores, garantes y árbitros.

El uso frecuente en el derecho tradicional de modelos equitativos de gestión de la relación que nace del contrato sitúa el debate actual sobre la buena fe en el derecho chino en una perspectiva parcialmente diferente a la europea. En este sentido, subrayo cómo en China la importancia de la distinción romana entre *iudicia stricti iuris* y *iudicia bonae fidei* fue reafirmada con autoridad hace unos años como clave interpretativa para minimizar la «discrecionalidad de los jueces en la decisión de disputas derivadas de contratos, a menudo desaplicando las cláusulas sobre la base de criterios de equidad y razonabilidad»<sup>45</sup>.

El nuevo Código civil dedica un libro específico, el tercero, a los contratos (合同). Se conserva la opción ya realizada en la Ley de 1999 de interponer una primera parte sobre los 通则 (*tongze*) ‘principios generales’, con una terminología significativa y que recuerda, por ejemplo, el uso que se hizo en la Ley de 1986 sobre los *minfa tongze* (‘principios generales del derecho civil’). Aquí, a mi juicio, volvemos a ver la resistencia de los contenidos legislativamente ya establecidos y que han proporcionado el modelo de contenido, como precisamente para el tercer libro del nuevo Código la Ley sobre contratos. Sin embargo, esto no significa la ausencia de integraciones y modificaciones. Entre estos menciono la más significativa: aquella de proporcionar al final de los contratos típi-

<sup>44</sup> M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone* cit., 68, en específico para la tradición Qing 41 ss., y S. PORCELLI, *Hetong e contractus* cit., 259 ss.

<sup>45</sup> JIANG PING, *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, en *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico* cit., 54-55.

cos (con una lista más amplia que la Ley de 1999) un tercer título sobre 准合同 (*zhun-hetong*) ‘cuasi contratos’, incluida la gestión de negocios ajenos (artículos 979-984) y el enriquecimiento sin causa (arts. 985-988).

Sobre el contrato se confirma la orientación estable que favorece el uso de *hetong* sobre el antiguo 契约 (*qiyue*) con la provisión de un libro que, si por un lado está dedicado formalmente en el contrato, por el otro está sustancialmente abierto (aunque no todavía completamente) a las fuentes de las obligaciones. Esto se confirma, en mi opinión, por el hecho de que un libro autónomo, el VII, está dedicado a 侵权责任 (*qin-quan zeren*) ‘responsabilidad por acto ilícito’.

### 6. Consideraciones finales

La fuerte racionalización de la realidad negocial, a través de la categoría general del negocio jurídico y mediante la identificación de reglas comunes válidas para cada negocio jurídico (unilateral o bilateral o plurilateral; *inter vivos* o *mortis causa*), ha producido una selección entre las distintas reglas jurídicas existentes en la trama de tipicidad de negociación que la tradición romana transmitió con respecto al mismo problema jurídico. Esto a menudo ha llevado como consecuencia principal a una simplificación de la complejidad de las soluciones diferenciadas. Pensemos como ejemplos clásicos al problema de la condición imposible, o el problema de la relevancia del dolo o del error o de la violencia en clave exclusiva de los vicios de la voluntad y que justifiquen la cancelación del negocio jurídico<sup>46</sup>.

La búsqueda de sentido y el elemento para simplificar la complejidad de la realidad jurídica de la que la ‘parte general’ de un código es expresión, proyectan esencialmente el Código mismo en una dimensión temporal de la cambiante realidad social y económica. Esto implicó someter la forma del código civil (y esto también se aplica a aquellos códigos civiles, sin embargo, no equipados con una ‘parte general’ propiamente dicha, como el Código civil francés y el Código civil italiano) a un estrés de criticidad a lo largo del tiempo, estrés que se expresó sobre todo en la mayor o menor *vis* atractiva de áreas de contenido especial que a lo largo del tiempo habían requerido una regulación específica *ad hoc*, y que en ocasiones llegaron a asumir el papel de verdaderos microsistemas ajenos al código civil.

Por ejemplo, el Código civil italiano de 1942, aunque promulgado en plena era fascista, no solo resistió el paso del Reino de Italia a la República italiana con cambios marginales, sino que también es el fruto maduro de una ciencia jurídica, la italiana entre las dos guerras mundiales, que estaba acostumbrada al modelo sistemático del Código francés y que también se había formado en Alemania y estaba fuertemente influenciada por la pandectística alemana. La elección italiana de no seguir el modelo alemán en lo que respecta a la ‘parte general’ del Código civil radica en particular en la plena conciencia de la abstracción y generalización excesivas de ese modelo, prefiriendo un sistema tradicional, con la mejora de una ‘parte general’ de los contratos y las obligaciones y

<sup>46</sup> Para un análisis en profundidad del problema, con respecto al C.civ. de Brasil de 2002, v. mi *Brevi note sul nuovo Codice civile del Brasile*, en esta revista 16/2003, 217 ss., en específico 219-227.

negándose a codificar explícitamente la noción de negocio jurídico. En realidad, el estrés de criticidad para el Código civil italiano estuvo representado por su reinterpretación sobre la base de la Constitución republicana de 1948, lo que llevó a gran parte del derecho civil italiano a verificar su conformidad con la nueva estructura jurídica y de valores inherente a la carta constitucional<sup>47</sup>.

El nuevo proceso de codificación en marcha en el siglo XXI ha puesto de relieve una particular predilección por los nuevos códigos civiles, tanto el de Brasil (2002), el de Argentina (2014) como el de la República Popular China, por la provisión de una parte general del Código. En ellos, sin embargo, la ‘Parte general’ parece asumir un rol nuevo y distinto al que había caracterizado tal técnica codificadora en el modelo alemán. De hecho, no se trata tanto de construir una búsqueda de un sentido simplificado de lo jurídico en clave generalizadora, como de dotar al código de una serie de principios fundamentales y coordinadas de valor que son los arcos portantes para la interpretación de todo el código civil. Por ejemplo, también hay una mayor conciencia de la percepción del código como un sistema abierto y no cerrado en el nuevo Código chino. En otras palabras, parece haber un cambio de rumbo en el papel de la ‘parte general’, como si se le encomendara la tarea de actuar como bisagra entre la concepción tradicional del código civil y los nuevos desafíos a los que el derecho privado está llamado a responder en términos de problemas jurídicos más amplios, como la tutela del medio ambiente (ver el artículo 9 del Código civil RPC 2020).

Si, por un lado, por tanto, el Código chino se sitúa en sus elecciones sistemáticas plenamente dentro de la tradición jurídica romanística, por otro lado, ofrece numerosos elementos de reflexión relacionados con el desafío al que se abre, el de manejar la complejidad actual ofreciendo un marco regulatorio simplificado y racional, con el uso de conceptos jurídicos altamente especializados. Las elecciones sistemáticas de un código condicionan, de hecho, el marco regulatorio que actúa como una herramienta de gestión de la casuística. El *input* político-jurídico de los principios alcanza la trama de normas jurídicas y hace del código la herramienta de mediación para la consecución de los objetivos planificados o, únicamente, para la adecuada gestión de la realidad social. Por tanto, no es irrelevante comprobar la coherencia del marco normativo con respecto a los principios establecidos en el Código. Desde esta perspectiva, el nuevo Código civil chino puede ofrecer puntos de gran interés.

Es correcto que cada país celebre la importancia de su propio código civil, que es una expresión muy alta de la cultura jurídica, a veces representativa, en una clave más profunda, del propio tejido constituyente de la sociedad civil. La sociedad china está ahora plenamente madura para aceptar y utilizar estructuras jurídicas acordes con su historia, la más antigua y la más reciente, con el reconocimiento del rol del jurista y del Código como momentos que caracterizan una concepción del derecho que no nació en China pero que, a través del diálogo de China con la tradición jurídica fundada en el derecho romano, encontró su declinación específica en la República Popular China de los siglos XX y XXI<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> V. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, 1991.

<sup>48</sup> S. SCHIPANI, *Fondamenti romanistici e diritto cinese (riflessioni su un comune lavoro nell'accrescimento del sistema)*, en *BIDR*, 110, 2016, 7 ss.



La Rivista *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina* è promossa dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani della Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche, in collaborazione con l'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma, l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA) e l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA).

La Rivista propugna lo studio e la diffusione del diritto romano (*ars boni et aequi*) costituito *hominum causa*, come strumento di pace tra i popoli. Essa si dedica in particolare ai temi dell'unità e dell'unificazione del diritto, e del diritto dell'integrazione, in Eurasia e in America Latina.

Si considera innanzitutto il periodo di 'inizio' (*principium*) del sistema giuridico romanistico, dalla fondazione di Roma alla compilazione del Digesto (*templum iustitiae* secondo Giustiniano) in 'Costantinopoli nuova Roma', e, sottolineandone il carattere già originariamente eurasiatico, se ne seguono gli sviluppi dovuti alla teoria 'Mosca terza Roma'.

Nello studio del sistema (e dei singoli ordinamenti statali che con esso si confrontano) viene dato risalto all'America Latina, in quanto Europa e America Latina «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica ed anche in certo modo sociale, economica e politica che la scienza giuridica romana saldamente cementa ed unifica. *Unitas et pax orbis ex iure*» (G. La Pira). Il diritto romano dà al sottosistema giuridico latinoamericano il fondamento della sua unità, della sua identità (e resistenza) e del suo universalismo.

L'origine eurasiatica, e quindi mediterranea, del diritto romano rafforza l'esigenza del confronto con le grandi realtà geopolitiche continentali (in primo luogo la Repubblica Popolare Cinese), intercontinentali (il BRICS) e con gli altri grandi sistemi giuridici (in primo luogo il diritto musulmano).

Hanno collaborato a questo numero della rivista:

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES  
SIMONA CACACE  
EMANUELA CALORE  
RICCARDO CARDILLI  
PIERANGELO CATALANO  
CUI JANYUAN  
TOMMASO DALLA MASSARA  
FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE  
CARLOS DE CORES HELGUERA  
DAVID FABIO ESBORRAZ  
IOLE FARGNOLI  
URS FASEL  
FEI ANLING  
MONICA FERRARI  
JEAN-FRANÇOIS GERKENS  
JIANG PING  
ANDREA LANDI  
JUANA ARACELY LARIOS MÉNDEZ

PIETRO LO IACONO  
SABRINA LO IACONO  
ROBERTA MARINI  
YVES MAUSEN  
JORGE MENABRITO PAZ  
RENATO PERANI  
ALDO PETRUCCI  
STEFANO PORCELLI  
ANTONIO SACCOCCIO  
CATALINA SALGADO RAMÍREZ  
SANDRO SCHIPANI  
SHI HONG  
MARÍA DEL ROSARIO STOPPANI  
SUN XIANZHONG  
MAURO TESCARO  
MARINA TIMOTEO  
WANG LIMING  
ISABELLA ZAMBOTTO



Centro di Studi  
Giuridici  
Latinoamericani



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI BRESCIA

unibs.it



Fondazione  
di Sardegna