

Capitolo III. Le esperienze a confronto. Il doppio dominio (*yī tiān liáng zhǔ zhì*) nel diritto tradizionale cinese. Dalla Dinastia Song (960-1279 d.C.) alla Repubblica di Cina (1912-1949)

Premessa

La separazione tra la proprietà formale e l'usufrutto e la coesistenza di due proprietari sulla stessa cosa non sono un fenomeno meramente europeo. Nella storia giuridica cinese non manca la pratica di un simile istituto che viene chiamato generalmente 一田两主制 (*yī tián liǎng zhǔ zhì*) dagli studiosi cinesi e giapponesi. Diversamente dalla teoria del *dominium utile* del diritto medievale europeo, il doppio dominio cinese non è mai stato teorizzato e sistematizzato nell'antica Cina⁴⁷², in parte a causa della mancanza di un ceto di giuristi professionali, in parte a causa del suo significato troppo generico. La fonte di *yī tiān liáng zhǔ zhì*, pertanto, non consiste nelle varie opinioni dei giuristi, ma nelle consuetudini regionali contenute nei contratti fondiari stipulati tra i coloni e i proprietari della terra, nelle sentenze giudiziarie, nelle poesie e nelle opere letterarie. La problematica venne proposta e ricercata in modo particolare solo nel XIX secolo dai giuristi cinesi, giapponesi e statunitensi.

Orizzontalmente, *yī tiān liáng zhǔ zhì* si diffuse in molte province cinesi, dalla regione Jiangnan (comprende l'attuale municipalità di Shanghai, la provincia di

⁴⁷² Tradizionalmente si presume che la metà del XVIII secolo segna la fine dell'antica Cina e l'inizio della Cina moderna. La nascita e lo sviluppo delle scienze giuridiche come una dottrina moderna indipendente ebbe luogo solo in seguito all'introduzione delle istituzioni del pensiero, degli scritti e del sistema giuridico occidentale. Nella società antica, il diritto fu considerato non solo come il sostegno solido a difesa dell'autorità imperiale e dell'ordine sociale, ma anche come un mezzo indispensabile per conciliare le liti tra le parti e rendere pacifiche le relazioni violate dall'atto illegale o iniquo. C'è un'equivalenza tra diritto e pena, nel senso che nella mentalità popolare per diritto si intende sempre la pena coattiva che ebbe come oggetto il corpo, i beni, la libertà o la vita del condannato. Si parla di 律学 (*lǜ xue*, le scienze delle leggi) invece che di 法学 (*fǎ xue*, le scienze giuridiche in senso moderno), ovvero la dottrina incentrata sull'interpretazione delle leggi (principalmente in forma di codice) compilate e promulgate dall'autorità statale. In breve, lungi dall'essere un sistema rigido diretto da alcuni precetti giuridici, a cui si è proceduto per deduzione logica, il diritto tradizionale cinese si radica nella pratica e si correda di precisa direzione teorica e di consolidata coscienza per risolvere i problemi emersi nella vita pratica. Cfr. Wu Shuchen, Wu Jianmin, *Theoretical interpretation of the practical style of the Chinese traditional jurisprudence: the cultivation of China practical school of rule of law*, in *Journal of Zhejiang University (humanities and social sciences)*, Vol. 43, no. 5, Sept. 2013, pp. 7-17.

Zhejiang e la provincia meridionale di Jiangsu) fino all'Inner Mongolia; verticalmente, ebbe origine dalla consuetudine ipotecaria dei beni immobiliari della Dinastia Song, maturando e sviluppandosi con la Dinastia Ming (1368-1644 d. C.) e la Dinastia Qing (1644-1912 d. C.) e rimanendovi fino al periodo della Repubblica della Cina, ovvero nella prima metà del XX secolo. Giocò un ruolo importante nella società agraria cinese, favorì la libera circolazione della terra e assunse una funzione economica indispensabile.

Sezione I. Una breve introduzione allo sviluppo dell'istituto fondiario nella società tradizionale cinese

L'istituto fondiario e il diritto della proprietà hanno conosciuto grandi cambiamenti in diverse epoche storiche cinesi. Diversamente dall'esperienza europea, nella storia cinese non è mai esistito uno schema dogmatico per la proprietà e gli altri diritti reali, come quello romano. Le dinastie promulgarono diverse leggi dirette a regolare il rapporto dell'appartenenza tra soggetto e fondo; e al contempo lasciarono un grande spazio alle consuetudini fondiarie. Nell'età arcaica (dalla Dinastia Xia (夏, ca. 2195 - 1675 a.C.) al periodo di Chunqiu, 770 a.C.-481 a.C.), lo Stato adottò l'istituto di *jing tian* (井田制)⁴⁷³. Ad ogni famiglia venne concesso un fondo in forma quadrata. Otto di tali fondi confinanti, insieme a un fondo pubblico, costituiscono un'unità (la forma dei nove quadrati è analoga al carattere 井, ovvero pozzo, dal quale questo istituto prende il nome). Ogni famiglia ha il diritto di usare il proprio fondo ed è impegnata a coltivare il fondo pubblico in modo collettivo. Mencio, che visse nel periodo di Zhanguo (476-221 a. C.) ricordò quest'istituto antico nel dialogo con il duca Teng Wen Gong⁴⁷⁴.

La Riforma di Shangyang abolì l'istituto di *jing tian* e introdusse un nuovo istituto fondiario. La Dinastia Xi Jin (西晋, 265 d. C.-316 d. C.) mise in atto l'istituto di *zhan tian* (占田制)⁴⁷⁵. Lo Stato cominciò a riconoscere la proprietà privata e ordinò diverse classificazioni, secondo le quali ai nobili, agli ufficiali e ai contadini venne concesso rispettivamente il fondo di diverse quantità e qualità. Per quanto riguarda i contadini, fu permesso ad un uomo di occupare 70 *mu* di fondo e a una donna di occupare al massimo 30 *mu*⁴⁷⁶ di fondo. Dopo il registro ufficiale dei dati del fondo, i contadini ebbero in possesso legittimamente il fondo e pagarono l'imposta in misura

⁴⁷³ The well-field system.

⁴⁷⁴ «A square *li* covers nine squares of land, which nine squares contain nine hundred *mu*. The central square is the public field, and eight families, each having its private hundred *mu*, cultivate in common the public field. And not till the public work is finished, may they presume to attend to their private affairs. This is the way by which the country-men are distinguished from those of a superior grade». La traduzione del passo è tratta da: Alfred Schinz, *The magic square: Cities in ancient China*, in Edition Axel Menges, 1996, p. 71.

⁴⁷⁵ Significa il possesso di fondo.

⁴⁷⁶ *Mu* è un'unità di misura equivalente a 666,7 metri quadrati.

del tetto massimo delle quote⁴⁷⁷.

Nella Dinastia Bei Wei (北魏, 386-534 d. C.), lo Stato adottò l'istituto di *jun tian* (均田制)⁴⁷⁸. Lo Stato concesse a ogni uomo 40 *mu* e a ogni donna 20 *mu* di fondo. Questo fondo è noto come *kou fen* (口分田). Il concessionario ha solo l'usufrutto di *kou fen* e deve restituirlo allo Stato alla morte; Lo Stato concesse inoltre a ogni uomo 20 *mu* di *yong ye* fondo (永业田). Questi fu considerato come la proprietà privata del concessionario, dunque con un carattere di ereditarietà e di alienabilità. Come proprietario di fondo *yong ye*, il concessionario assunse l'obbligo di pagare l'imposta e di prestare servizio militare. L'istituto di *jun tian* venne applicato a livello statale fino alla Dinastia Tang (618-907 d. C.).

A partire dalla Dinastia Song (960-1279 d. C.), l'istituto fondiario cinese cambiò in modo drammatico. Se nel precedente periodo storico fu sempre lo Stato a distribuire il fondo tra i soggetti e limitare il libero commercio della terra, in questo periodo lo Stato dette maggiore spazio al mercato e autorizzò l'intermediario a sorvegliare il mercato fondiario. La funzione d'intermediario fu investigare e confermare la legittimità⁴⁷⁹ dei fondi in commercio; riscuotere la tassa di commercio in nome del governo; informare la parentela o i prossimi congiunti del venditore o l'avente diritto di *dian*⁴⁸⁰ di effettuare il diritto di prelazione⁴⁸¹.

La Dinastia Yuan (1279-1368 d. C.) stabilì che nel commercio di servi, bestiame e di beni immobili fosse obbligatorio rivolgersi a un intermediario per

⁴⁷⁷ Lo spirito legislativo di questo istituto può essere spiegato bene se si considera la situazione demografica all'inizio della Dinastia Xi Jin. In seguito alle continue guerre negli anni precedenti, il calo demografico fu un grande problema sociale. Una gran parte del fondo fu resa sterile. Considerata questa realtà, lo Stato stimolò i contadini a occupare e a coltivare il fondo sterile. Cfr. Zhao Gang, *L'istituto fondiario e la distribuzione del fondo nella storia cinese*, China Agriculture Press, 2003, pp. 32-35.

⁴⁷⁸ *Jun Tian* letteralmente significa la divisione uguale del fondo.

⁴⁷⁹ Il fondo pubblico fu sempre inalienabile.

⁴⁸⁰ Il diritto di *dian* è un istituto particolare nel diritto cinese. Torneremo su questo argomento.

⁴⁸¹ L'istituto della prelazione fondiario nella Dinastia Song è la conseguenza dell'influenza del morale confuciano. Nell'idea tradizionale cinese, il bene immobiliare, in particolare il fondo e l'edificio, è trasmesso dai padri e rappresenta il collegamento familiare. Perdere la proprietà del bene immobiliare in modo irrevocabile è un atto empio. Presa in considerazione questa idea, la legge stabilisce la prelazione di parentela e dei prossimi in modo che il bene immobiliare rimane nella famiglia o nel clan del venditore. Cfr. Yu Yintong, *La ricerca della prelazione del bene immobiliare nella Dinastia Song*, in *Legal System and Society*, 2009, n. 34.

negoziare il prezzo, stipulare il contratto, pagare la tassa di commercio e registrare il cambiamento di intestazione della proprietà.

Nella Dinastia Ming (1368-1644 d. C.), lo Stato costituì il sistema catastale e compilò i documenti catastali. Tali documenti si chiamano *yu lin ce* (鱼鳞册) che significa letteralmente i libri a forma di squame di pesce. Gli ufficiali furono impegnati a misurare montagne, fondi agrari, boschi, edifici, stagni, paludi e via dicendo. Il risultato venne dipinto sul *yu lin ce* con il registro delle relative situazioni reali. Nel *yu lin ce* si registrano normalmente il nome del proprietario, la località del bene immobile e altre informazioni. La compilazione di *yu lin ce* segna il riconoscimento dello Stato nei confronti della proprietà fondiaria privata⁴⁸².

Lo Stato investigò ogni dieci anni il cambiamento di proprietà fondiaria e la situazione demografica. Il governo registrò in un libretto giallo (黄册) i nuovi proprietari e i contribuenti di imposta. Questo processo regolare di registrazione si dice *tui shou guo ge* (推收过割). *Tui shou guo ge* stabilì il contribuente e l'importo della tassa fondiaria. Tuttavia, il difetto di un tale registro è evidente. Nelle regioni economicamente sviluppate, il commercio della proprietà immobiliare fu tale che in un celebre proverbio ci si lamentava del frequente cambiamento della proprietà⁴⁸³. È immaginabile che il proprietario registrato nel libretto giallo, anche se vendeva subito dopo il fondo, fosse forzato a pagare l'imposta fino alla successiva compilazione del libretto giallo, mentre il vero proprietario del fondo potesse evitare di pagare l'imposta. Nella regione di Song Jiang (松江府), si ricorda la consuetudine di compilare il libretto bianco ogni anno inoltre a quello giallo⁴⁸⁴. Un altro rimedio è l'introduzione del diritto *dian*. Il proprietario registrato costituisce il diritto di *dian* sul fondo, mentre l'acquirente di *dian* acquista la facoltà di usare il fondo e si trova *de facto* nella situazione di colono o di enfiteuta. Il proprietario formale, anche se ha già perso la disposizione del fondo, continuò a pagare l'imposta e ebbe il diritto di

⁴⁸² Cfr. Zhao Gang, *La ricerca di yu lin ce*, Huang Shan Shu She, 2010.

⁴⁸³ *Mille anni, otto cento proprietari* (千年田, 八百主.)

⁴⁸⁴ Luan Chengxian, *La trasformazione dell'istituto tui shou guo ge nella Dinastia Ming*, in *Chinese Economic History*, 1997, n. 4, pp. 123-124.

riscuotere il canone annuale dall'acquirente di *dian*⁴⁸⁵. *Cheng dian ren* poté costituire un nuovo diritto di *dian* sullo stesso fondo. È determinato nel contratto il tempo di *dian*, entro il quale il proprietario non poteva chiedere al *cheng dian ren* di restituire il fondo. Alla fine del termine, il proprietario formale poté riscattare il fondo e diventare di nuovo il vero proprietario, oppure continuare la situazione. In questo modo iniziò la possibilità della coesistenza di due proprietari sullo stesso fondo.

La Dinastia Qing (1644-1911) adottò in linea generale l'ordinamento giuridico di Ming. Il rapporto giuridico enfiteutico (l'istituto di *yong dian*) continuò a svilupparsi in forma di consuetudine. Per mantenere l'ordine sociale, lo Stato promulgò a volte delle leggi per proteggere il diritto sia del proprietario sia del conduttore. Nel 1740, l'imperatore Qianlong promulgò una legge che proibiva al proprietario di aumentare il canone o di espellere il conduttore dal fondo senza ragione⁴⁸⁶. Se il proprietario disdice il contratto unilateralmente per il motivo di voler coltivare per sé, ma concede il fondo a un terzo dopo 2 o 3 anni, il giudice deve restituire il fondo al primo conduttore e punire il proprietario. Nel 1800 un'altra legge ripeté lo stesso divieto. Principalmente l'istituto di *yong dian* si diffuse nel sud della Cina. Esso consiste nell'usufrutto a lungo tempo del fondo. È ereditario e alienabile⁴⁸⁸.

Negli ultimi decenni della Dinastia Qing, in seguito all'influenza giuridica occidentale, lo Stato si preparò alla compilazione di un codice civile. Il Progetto del Codice Civile imitava fedelmente il modello del *BGB* e trascurava sfortunatamente alcuni istituti importanti nella pratica fondiaria. È stato criticato il silenzio sull'istituto di *dian*, di prelazione e di *lao dian*⁴⁸⁹.

Il Governo di Bei Yang ordinò nel 1918 di costituire le commissioni speciali per

⁴⁸⁵ L'acquirente di *dian* si chiama *cheng dian ren* (承典人).

⁴⁸⁶ *Jin zhi zeng zu duo dian li* («禁止增租夺佃例»).

⁴⁸⁸ Zhang Jinfan, *La storia giuridica della Dinastia Qing*, Zhonghua Book Company, 1998, pp. 287-288.

⁴⁸⁹ Xie Zhenmin, *La storia legislativa della Repubblica di Cina*, China University of Political Science and Law Press, 2000, pp. 903-904.

indagare le consuetudini locali. Nel 1930, in base al risultato dell'indagine eseguita dal Governo di Bei Yang, il Governo Nazionale di Nanchino stampò il Rapporto delle Pratiche Civili e Commerciali (民商事习惯调查报告录, *min shang shi xi guan diao cha bao gao lu*)⁴⁹⁰. Quest'opera offriva ricchi materiali ai legislatori. La promulgazione del Codice Civile della Repubblica di Cina determinava un momento cruciale per la formazione dell'idea e dell'istituto della proprietà moderna. Questo Codice, insieme alle sentenze emesse dalla Corte Suprema, adottava il modello della proprietà ispiratosi al diritto tedesco e cercò di riformare le pratiche popolari anche in maniera radicale⁴⁹¹. Ciò riflette il conflitto tra tradizione e modernità, tra le pratiche e il Codice in un paese che ha vissuto tante svolte storiche negli ultimi secoli.

⁴⁹⁰ Zhang Demei, *A study of the legal transplantation in Late Qing Dynasty*, Qinghua University Press, p. 487.

⁴⁹¹ Yu Shengfeng, *Customary law as the source of law in modern China*, in Philip C. C. Huang and Kathryn Bernhardt (ed.), *The History and Theory of Legal Practice in China. Toward a Historical-Social Jurisprudence*, Brill, 2014, pp. 237-238.

Sezione II. L'origine di *yi tian liang zhu zhi*. Un'indagine storica

Nel secolo scorso, gli studiosi, gli storici del diritto, gli economisti e i sociologi si interessarono alla problematica della proprietà privata nella pratica fondiaria cinese. Ci sono due approcci di ricerca: l'approccio socio-economico e l'approccio storico-giuridico. Gli studiosi Fu Yiling (傅衣凌, 1911-1988)⁴⁹² e Zhao Gang (赵冈, 1929-)⁴⁹³ si impegnarono a precisare la funzione economica del doppio dominio nella pratica fondiaria della società tradizionale cinese. Gli altri studiosi, esperti della storia del diritto, si occuparono del profilo giuridico e della natura giuridica del doppio dominio in base ai contratti agrari pervenutici finora. Tra questi storici del diritto vanno nominati Yang Guozhen (杨国桢, 1940-)⁴⁹⁴ in Cina, Niida Noboru (仁井田陞, 1904-1966)⁴⁹⁵, Terada Hiroaki (寺田浩明, 1953-)⁴⁹⁶ e Kusano Yasushi (草野靖)⁴⁹⁷ in Giappone, Madeleine Zelin (曾小萍)⁴⁹⁸ e Philipp C. C. Huang (黄宗智, 1940-)⁴⁹⁹ negli Stati Uniti.

Yi tian liang zhu zhi letteralmente significa due proprietari sullo stesso fondo agrario. Si riferisce alla divisione ideale della terra in due parti e alla formazione di due proprietà. Nelle pratiche agrarie regionali, la superficie (*tián pí*, 田皮, pelle della terra, o *tián miàn*, 田面, superficie della terra) viene concessa al conduttore e il fondo (*tián gǔ*, 田骨, osso della terra, o *tián dǐ*, 田底, fondo della terra) rimane al

⁴⁹² Fu Yiling, *La ricerca di pei tian (厝田) nel villaggio di Yong An nella Dinastia Qing*, in *Società e economia rurali nella Dinastia Ming e Qing*, SDX Joint Publishing, 1961, pp. 44-59.

⁴⁹³ Zhao Gang, *La ricerca dell'istituto di yong dian*, China Agricultural Press, 2005.

⁴⁹⁴ Yang Guozhen, *La ricerca dei contratti fondiari della Dinastia Ming e Qing*, China Renmin University Press, 2009.

⁴⁹⁵ Niida Noboru, *La formazione di yi tian liang zhu nella Dinastia Ming e Qing*, in Liu Junwen (ed.), Yao Rongtao, Xu Shihong (trad.), *Gli scritti degli studiosi giapponesi sulla storia cinese*, Vol. 8, Zhonghua Book Company, 1993, pp. 409-460.

⁴⁹⁶ Terada Hiroaki, Wang Yaxin (trad.), *Il diritto e il torto. Gli scritti sulla storia giuridica cinese*, Qinghua University Press, 2012.

⁴⁹⁷ Che io sappia, Kusano Yasuhi ha svolto una ricerca comparativa significativa, osservando il doppio dominio nell'esperienza cinese dal punto di vista della teoria del *dominium divisum* medievale. Sfortunatamente, per l'incapacità linguistica, non riusciamo a leggere questa ricerca. Ci limitiamo a indicare il titolo del suo articolo in questa sede: *La pratica fondiaria di tian mian della Cina tradizionale. La base materiale di tian mian e gli aspetti del diritto consuetudinario* («旧中国の田面慣行—田面の物質的基盤と法的慣習的諸権利»).

⁴⁹⁸ Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko, Robert Gardella (ed.), *Contract and property in early modern China*, Stanford University Press, Stanford, 2004.

⁴⁹⁹ Philip C. C. Huang, Zhang Jiayan (trad.), *Code, Custom, and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared*, Shanghai Bookstore Publishing House, 2003.

proprietario formale. Secondo la descrizione di Niida Noboru (仁井田 陞, 1904-1966), il doppio dominio nel diritto cinese rappresenta «un rapporto giuridico nel diritto consuetudinario che divide un pezzo di fondo in due piani, il piano superiore si chiama *tian pi* o *tian mian*, mentre quello inferiore si chiama *tian gen* o *tian gu*. Questo istituto consiste nella coesistenza perpetua del diritto di *tian pi* e del diritto di *tian gu*. Il proprietario di *tian gen* ha il diritto di riscuotere il canone annuale (determinato dal contratto) dal proprietario di *tian pi* che ha l'usufrutto del fondo. In generale, il contratto non viene revocato nel caso in cui il proprietario di *tian pi* non paghi il canone. I due proprietari dispongono di propri diritti in modo che uno non interferisce con gli affari dell'altro. In particolare, il proprietario di *tian pi* può locare il fondo a suo piacimento senza il consenso del proprietario di *tian gu*. Il cambiamento di qualsiasi parte della proprietà né arreca danno all'altra, né la diminuisce»⁵⁰⁰. L'osservazione di Niida Noboru rivela i caratteri distintivi del doppio dominio cinese da un punto di vista generale e offre la possibilità di costruire uno schema metodologico per questo istituto.

A partire dal secolo scorso, per quanto riguarda l'origine di questo istituto, i giuristi proposero diverse congetture.

Takahashi Yoshirou (高橋芳郎, 1949-2009), giurista giapponese che si occupa della storia giuridica cinese ritiene che il doppio dominio prendesse inizio dalla consuetudine dell'istituto di *dian* adoperato durante la Dinastia Song⁵⁰¹ mettendone in rilievo il «principio del pensiero»⁵⁰². Secondo l'autore, durante la suddetta Dinastia, si diffuse la pratica di *dian*, secondo la quale il proprietario concede il bene (fondo, bene immobiliare ma anche un servo) a un creditore ipotecario (*cheng dian ren*) e

⁵⁰⁰ Niida Noboru, *La formazione di yi tian er zhu zhi*, op. cit., p. 3.

⁵⁰¹ Takahashi Yoshirou, *L'istituto di li jia jiao dian e yi tian liang zhu zhi nella Dinastia Song*, in *Scritti dei giovani studiosi giapponesi sulla storia cinese. Le Dinastie Song, Yuan, Ming e Qing*, Shanghai Classic Publishing House, 1995, pp. 55-74.

⁵⁰² *Ivi*, pp. 61-62: «Il doppio dominio è una consuetudine fondiaria. Si tratta di due proprietà sullo stesso fondo. La proprietà di *tian pi* e quella di *tian gu* appartengono a diversi soggetti e possono rispettivamente essere vendute, messe in ipoteca e alienate... A partire dalla Dinastia Nan Song, si usava vendere il fondo dopo averlo messo in ipoteca. Da ciò è nata la concezione di due proprietà fondiaria. Il fondo è diviso idealmente in due parti: l'una da mettere in ipoteca e l'altra da vendere. Una tale concezione sarebbe la base del pensiero di doppio dominio».

costituisce così un diritto reale di garanzia sulla cosa in modo che *cheng dian ren* possa usare il bene liberamente entro un certo termine. Alla scadenza, il proprietario può riscattare il bene con una somma di denaro o scegliere di continuare la situazione, conservando per sé il diritto di riscatto. Nel caso in cui *cheng dian ren* costituisca un nuovo diritto di *dian* con un terzo, il proprietario può chiedere al terzo di restituire il bene con una somma di denaro equivalente al prezzo del fondo. È possibile inoltre che il proprietario rinunci al diritto di riscatto e lo venda a *cheng dian ren*. Una tale vendita si dice *jue mai* (绝卖), che significa vendita irrevocabile⁵⁰³.

Takahashi Yoshirou sostiene che lo stato mentale nei confronti di tale ipoteca durante la Dinastia Song giocasse un ruolo fondamentale per la formazione del doppio dominio. Per le parti del contratto, l'intera proprietà della terra è composta realmente da due parti: l'una alienata a *cheng dian ren* entro un certo termine, l'altra del proprietario. Se questi vende irrevocabilmente la sua terra allo stesso creditore ipotecario, non vende altro che la parte rimanente. Le due parti della proprietà si riuniscono ancora una volta dall'ipotecario, al punto che diviene il nuovo proprietario *iure pleno*; se il proprietario vende irrevocabilmente la terra a un terzo, quest'ultimo diviene il proprietario di *tian gu* (ovvero il proprietario formale) e acquista il diritto di riscuotere il canone dal *cheng dian ren*. Un tale processo nella pratica contrattuale durante la Dinastia Song si chiamava *xian dian hou mai* (先典后卖) o *yi dian jiu mai* (已典就卖), entrambi significano vendita irrevocabile in seguito a *dian*⁵⁰⁴.

Fu Yiling e Niida Noboru citano la sentenza del letterato Liu Kezhuang (刘克庄, 1187-1269 d. C.) per argomentare che già nella Dinastia Song si era formato l'istituto del doppio dominio⁵⁰⁵. Sutou Yoshiyuki (周藤吉之, 1907-1990), un altro storico del diritto giapponese, confuta questa opinione, argomentando che nella Dinastia di Song il significato di *gu* e di *gen* si limitò all'istituto di *dian*. Quindi non

⁵⁰³ Ci sono le altre denominazioni di *jue mai*, quali 断骨 (*duan gu*); 卖田骨 (*mai tian gu*); 倒祖 (*dao zu*). Tutti questi termini hanno lo stesso significato e indicano l'alienazione dei diritti totali sul fondo.

⁵⁰⁴ Takahashi Yoshirou, *Op. cit.*, p. 67.

⁵⁰⁵ «Si vende *tian gu* per seppellire il defunto» (卖田骨以葬三丧, 乃死者之幸也).

dovette estendersi alla proprietà fondiaria⁵⁰⁶.

A nostro avviso, l'istituto di *dian* diffuso nella Dinastia Song non è l'unica origine di *yi tian liang zhu zhi*. Diversamente dalle dinastie precedenti, la Dinastia Song non regolò l'istituto fondiario unitario a livello nazionale (不立田制, *bu li tian zhi*) e incoraggiò i negozi tra i privati aventi la terra come oggetto. In questo contesto, le pratiche negoziali, le consuetudini rurali e le leggi statali al riguardo contribuiscono insieme alla formazione della nascita di un nuovo modo di riflettere la proprietà fondiaria. Nella Dinastia Ming e Qing, il doppio dominio si è consolidato e si è sviluppato tanto da dare origine al triplo dominio in seguito all'ulteriore frammentazione della proprietà fondiaria. Per mettere a nudo lo sviluppo di questo istituto, occorre introdurre due istituti fondiari importanti: § 1. L'istituto di *dian* (ipoteca); § 2. L'istituto di *yong dian* (enfiteusi). In seguito passeremo a descrivere la proprietà privata nel diritto tradizionale cinese concentrandoci sulla concezione di *guan ye* (管业).

⁵⁰⁶ L'opinione di Sutou Yoshiyuku è riferita da Takahashi Yoshirou, *Op.cit.* p. 68.

§ 1. L'istituto di *dian*

Come abbiamo già rilevato, *dian* è un diritto particolare adoperato nella pratica fondiaria cinese che aiuta a dare luogo alla separazione della proprietà. I civilisti cinesi discutono se si tratti di usufrutto o di diritto reale di garanzia⁵⁰⁷. Philip C. C. Huang descrive *dian* come l'alienazione della terra condizionata dal diritto di riscatto. Tramite *dian* si aliena tutto l'usufrutto della terra⁵⁰⁸. In qualche caso *dian* viene chiamato vendita revocabile (活卖, *huo mai*), diversamente da *mai* (卖, vendita irrevocabile). È naturale pensare che tramite il contratto di *dian* si trasferisca l'usufrutto, mentre tramite il contratto di *mai* si trasferisce la piena proprietà. Però, se nel diritto tradizionale cinese non esiste mai una proprietà come concepita nel diritto occidentale, se la concezione di *guan ye* significa l'insieme di tutte le attività produttive e tutti i godimenti tratti dalla cosa, non c'è una differenza qualitativa tra *dian* e *mai*. Nel caso di *dian*, rimane al proprietario solo la speranza di riscattare la terra e il diritto di riscuotere il canone da *cheng dian ren*.

Partendo da questa considerazione, Terada Hiroaki elabora la teoria della legittimità di godimento della terra. Si immagini che prima del trasferimento della cosa il proprietario ha il possesso e la piena legittimità di usare della terra senza dividerla con altri. Una tale legittimità è assicurata dallo Stato per mezzo del certificato ufficiale. Dal momento che il proprietario è tenuto a trasferire la terra per avere una somma di denaro, concede al concessionario il possesso materiale della terra con la maggior parte della sua legittimità. In tal modo il godimento della stessa terra si divide in due parti: una parte consiste nel godimento in capo al concessionario; l'altra consiste nel canone annuale in capo al proprietario. Il contratto di *dian* stipulato dalle parti assume la funzione di giustificare un tale trasferimento. Al concessionario viene permesso di trasferire la sua legittimità a terzi, a cui viene permesso di trasferire ancora una volta la legittimità. Idealmente questa struttura può continuare all'infinito.

⁵⁰⁷ Su Yongqin, *La ricerca su alcune questioni del diritto reale*, Qinghua University Press, 1999, pp. 216-219.

⁵⁰⁸ Philip Huang, *Op. cit.*, p. 71.

Alla scadenza di *dian*, il proprietario ha il diritto di chiedere al concessionario di restituire la terra e di disporre della piena proprietà. Se il proprietario vuole vendere irrevocabilmente la terra, bisogna semplicemente aggiungere un contratto di *mai* in base a quello di *dian*. In caso di litigio, le parti usavano provare i propri diritti con il contratto di *dian*, ovvero il certificato ufficiale⁵⁰⁹.

Considerata la struttura elaborata da Terada Hiroaki, è naturale proporre una domanda: se la terra può essere trasferita tra i diversi concessionari senza il consenso del proprietario originale, allora al termine di *dian* a chi si rivolge il proprietario per riprendere la terra?

Nella Dinastia Song vediamo i casi in cui il primo conduttore di *dian* trasferisce il suo diritto al secondo conduttore. Alla fine del periodo di *dian*, il proprietario può chiedere al primo o al secondo conduttore di restituire la terra senza preciso ordine. Secondo la costruzione di Terada Hiroaki, ciò che il primo conduttore vende al secondo conduttore è la legittimità di usare della terra, ovvero l'usufrutto. Invece, il diritto di *dian* presso il conduttore è composto da due contenuti: la facoltà di alienare il godimento della terra al successivo conduttore; la prelazione al momento che il proprietario vende la nuda proprietà in modo irrevocabile (绝卖, *jue mai*). Il primo concessionario può vendere il suo diritto di *dian* e trasferire la terra al secondo concessionario, ma conserva per sé la prelazione; o vende sia il diritto di *dian* che la prelazione⁵¹⁰. Nel secondo caso, il primo concessionario deve firmare il contratto confermando di rinunciare alla sua prelazione. In questo modo, quando il proprietario vuole vendere la nuda proprietà della terra, il secondo concessionario diventa il primo successore.

In un'iscrizione lapidea fatta nel 1206 in ricordo dell'acquisto delle terre

⁵⁰⁹ Terada Hiroaki, *La ricerca sulla proprietà fondiaria nella moderna Cina*, in *Il diritto e il torto*, Op. cit., pp. 78-79.

⁵¹⁰ Cfr. Dai Jianguo, *The Mortgage and Sale of Private Land and the "One Land Two Owners System" in the Song Dynasty*, in *Historical Research*, 2011, n. 6, pp. 107-109, n. 12: «望今后应有已经正典物业，其业主欲卖者，先须问见典之人……更不须问亲邻。如见典人不要，或虽欲收买，着价未至者，即须画时批退».

accademiche⁵¹¹ si riferisce a un negozio accaduto nella regione di Ping Jiang. Sg. Wu De vende il diritto di *dian* al primo concessionario che loca la terra al Sg. Er Zhi Cheng; poi Sg. Wu Xianxue acquista la stessa terra da Sg. Er Zhi Cheng. Nel contratto, il verbo relativo all'atto del Sg. Er Zhi Cheng è *dian*⁵¹², mentre il verbo relativo all'atto di Sg. Wu Xianxue è *mai* (acquistare; comprare)⁵¹³. La differenza verbale può essere spiegata se si considera la differenza dell'oggetto dei negozi: tramite *dian* si aliena soltanto il godimento della terra; tramite *mai*, si aliena sia il godimento sia la prelazione. In altri termini, *cheng dian ren* trasferisce tutti i suoi diritti sulla cosa. Quindi, quando Sg. Wu De vuol vendere la proprietà nuda, Sg. Wu Xianxue è *de facto* il secondo successore.

È naturale che la diffusione di *dian* dia luogo all'indebolimento della situazione del proprietario. Nella Dinastia Song, lo Stato non riconosce la doppia proprietà, dal momento che non gli interessa precisare chi sia il proprietario formale e chi usi effettivamente la terra. Nei documenti ufficiali, chi paga l'imposta viene riconosciuto come proprietario della terra. In questo contesto, l'acquisto di *dian* cambiò lo stato del concessionario e lo elevò al rango del proprietario riconosciuto dallo Stato (perché è lui a possedere la terra e a pagare l'imposta)⁵¹⁴. Al contrario, il proprietario formale, malgrado ottenga una somma di denaro, perde sia il controllo materiale che l'uso diretto della terra. Il suo diritto al canone annuale viene messo a rischio nel caso in cui il *cheng dian ren* ritarda di pagarlo. Anzi, concessa la terra, il proprietario si riduce a cliente (客户, *ke hu*) nel registro demografico statale e viene considerato come una persona ambulante e sradicata (浮浪无根之人, *fu lang wu gen zhi ren*).

Possiamo immaginare un'altra circostanza: in teoria il diritto di *dian* consiste nella possibilità del proprietario di riscattare la terra dal concessionario in un futuro

⁵¹¹ *Wu Xue Xu Zhi Tian Ji Yi* («吴学续置田记一»).

⁵¹² In questo caso il sostantivo *dian* è considerato come verbo.

⁵¹³ Cfr. Dai Jianguo, *The Mortgage and Sale of Private Land*, op. cit., n. 22: «一契，嘉泰四年七月内，用钱壹仟陆拾叁贯叁佰柒拾伍文（九十九陌），买到閭丘吏部郎中下二知丞典到长洲县陈公乡念伍都陈银青职方下千二官人户下三八官人、三九官人、四十官人、四乙官人元典人户本都.....等号苗田.....元典吴德田».

⁵¹⁴ Dai Jianguo, *The Mortgage and Sale of Private Land*, cit., pp. 107-109.

indeterminato. Decorso il termine di *dian*, il proprietario originale può riscattare immediatamente la terra o lasciare continuare al concessionario di usare della terra con la speranza di riscattarla. Però, quando l'uso della terra del concessionario a lungo tempo è già approvato dalla società, l'esecuzione improvvisa di un tale diritto è destinato a stridere con la situazione fattuale del concessionario. Philip Huang riporta un caso accaduto nel 1865: il bisnonno di Zhao Yong ha concesso la terra in modo di *dian* al Sg. Xiang nel 1788 (cioè 77 anni prima); analogamente Sg. Xiang ha locato la terra ai suoi coloni. Ora Zhao Yong intende riscattare la terra del bisnonno dai coloni del Sg. Xiang. In un altro caso accaduto in Taiwan, Li Jinsheng vuole riscattare la terra trasferita 46 anni prima. Nel primo caso il giudice ha emesso una sentenza ellittica: Zhao Yong può appropriarsi della risaia che aveva raccolto segretamente dalla terra contesa. In cambio, deve promettere di rispettare il diritto dei coloni di continuare a usare della terra; nel secondo caso il giudice rifiuta che il conduttore possa resistere al diritto di riscatto⁵¹⁵. Può essere che i due giudici abbiano emesso le sentenze rispettivamente in considerazione delle circostanze particolari e delle ragioni degli attori. Secondo il primo giudice l'usufrutto a lungo tempo del concessionario va rispettato, ma per il secondo il diritto di riscatto va eseguito anche dopo decenni.

Philip Huang mette in evidenza la logica pre-commerciale (pre-commercial) rappresentata da questi casi. In una società carica dei valori delle morale familiare come quella tradizionale cinese, la proprietà è assai più di una *commoditas* commerciabile. Rappresenta non solo la fonte del sostentamento della vita, ma anche la base più importante della dignità. Con la proprietà (la terra o l'edificio), una persona non è più vagabonda o sradicata⁵¹⁶. Per lui la proprietà significa protezione e stabilità. Anzi, la proprietà della casa e dell'edificio ereditario si lega anche all'appartenenza alla famiglia, dal momento che la casa è il luogo dove si svolgono il culto e le riunioni familiari. Non c'è da stupirsi se in qualche caso il venditore della terra sottolinei che conserva per sé la proprietà del cimitero familiare, anche se la

⁵¹⁵ Philip Huang, *Op. cit.*, pp. 78-79.

⁵¹⁶ Philip Huang, *Op. cit.*, p. 82.

vendita è eseguita in modo irrevocabile⁵¹⁷. Nella pratica giurisdizionale il giudice prenderebbe in considerazione pure il valore sentimentale del bene immobile per il concedente.

Il discorso di Philip Huang rivela che per comprendere la concezione della proprietà cinese bisogna osservare la problematica anche dall'approccio socio-economico. Lo schema puramente giuridico - storico non è sufficiente a scoprire tutti gli aspetti di un istituto così complesso come la proprietà. Invece, la pratica di conservare la proprietà del cimitero non viene regolata dalle leggi, bensì viene rispettata dal costume. Il giudice è tenuto di valutare tali casi in considerazione della pratica, delle circostanze e delle esigenze morali.

Un altro segno della logica pre-commerciale è il diritto al supplemento del prezzo (加找, *jia zhao*). Con questo diritto, il proprietario della terra già venduta in modo di *dian* può ricevere dall'acquirente (cioè il *cheng dian ren*) il complemento del valore senza venderla irrevocabilmente se il valore economico della terra aumenta⁵¹⁸. Le volte di *jia zhao* variano in diversi contratti. Le parti possono stipulare dall'inizio se e quante volte supplementare *jia zhao*. La legge della Dinastia Qing non riconobbe o autorizzò mai questa pratica contrattuale. Però, per mantenere l'ordine di mercato, la legge permise una volta di *jia zhao*⁵¹⁹.

Il motivo del proprietario di vendere la terra in modo revocabile è complesso. In tale modo, il proprietario ottiene una somma di denaro di cui ha necessità senza perdere irrevocabilmente la proprietà della terra. In qualche caso le parti preferiscono vendere la terra in forma di *dian* al fine di ridurre o eliminare il prelievo fiscale. Negli altri casi in tal modo le parti vendono *de facto* la terra inalienabile (per esempio *qi di* (旗地)⁵²⁰ che è alienabile solo tra i manciù).

⁵¹⁷ Philip Huang, *Op. cit.*, pp. 79-80.

⁵¹⁸ Pierre Hoang, *Notions techniques sur la propriété en Chine*, Orphelinat de T'ou-sè-wè, 1920, p. 7.

⁵¹⁹ Philip Huang, *Op. cit.*, p. 76.

⁵²⁰ Banner land.

L'istituto di *dian* intensifica la separazione tra la proprietà formale e l'usufrutto. Tale separazione è molto simile a quanto accaduto nell'Europa medievale, quando la proprietà formale diventò sempre più vuota. Rispetto alla costruzione moderna, il diritto di *dian* nel contesto cinese è un istituto simile in parte all'usufrutto in parte al diritto reale di garanzia. Questo carattere dà luogo all'incertezza nella codificazione moderna cinese. I legislatori del Qing Civil Code Draft (大清民律草案, *da qing min lv cao an*) non dissero nulla di *dian*⁵²¹. Nel Codice Civile della Repubblica di Cina (中华民国民法, 1929-1930), tuttavia, i legislatori presero un atteggiamento più realista. Ammisero che *dian* fosse un diritto consistente nell'usufrutto del bene immobile altrui⁵²² e stabilirono che il termine di *dian* durasse tra 15 anni e 30 anni⁵²³. Quando il termine è compiuto, è permesso al proprietario di riscattare il bene immobile; se non lo riscatta entro due anni, la proprietà si trasferisce al concessionario⁵²⁴. Il proprietario può chiedere *jia zhao* per una volta⁵²⁵. In questo modo i legislatori riuscirono a risolvere l'incertezza dell'appartenenza del bene dopo il termine di *dian*.

Il Codice Civile della Repubblica di Cina ammette pure il diritto del concessionario di concedere il bene in modo di *dian* (转典, *zhuan dian*, nella traduzione inglese del Codice, tale trasferimento è tradotto *sub-dian*) con due condizioni: il prezzo di *sub-dian* non può superare quello originale; il termine di

⁵²¹ Il Progetto del codice civile di Qing del 1911 è un'opera legislativa ispirata al BGB del 1900 e al Codice Civile Giapponese del 1898. Adottando la definizione bartoliana della proprietà (art. 983), il Progetto regolò il diritto di superficie (artt. 1069-1085), di enfiteusi (artt. 1086-1101), la servitù prediale (artt. 1101-1124), i diritti reali di garanzia (artt. 1125-1260) e il possesso (artt. 1261-1316).

⁵²² Art. 911: *Dien* is the right to use an immovable of another person and to collect fruits therefrom by paying a price and taking possession of the immovable.

⁵²³ Art. 912: The duration of a *dien* cannot exceed thirty years. If a period exceeding thirty years has been agreed upon, such period shall be reduced to thirty years; Art. 913: Where a period of less than fifteen years has been agreed upon for the duration of the *dien*, no clause, which provides that if the property is not redeemed within such period it is considered sold without a right of redemption, is allowed to be included in the contract.

⁵²⁴ Art. 923: Where a period is fixed for the duration of the *dien*, the *dien*-maker is entitled to redeem the property diened at the original price after the expiration of such period.

If the *dien*-maker does not redeem the property diened at the original price within two years from the expiration of the aforementioned period, the *dien*-holder acquires the ownership of that property.

⁵²⁵ Art. 926: Article 926. — If, during the continuance of the *dien*, the *dien*-maker expresses his desire to transfer to the *dien*-holder the ownership of the property diened, the *dien*-holder may acquire such ownership by paying the difference between the current value of the property diened and the price given for such *dien*.

The payment of the difference specified in the pre-ceding paragraph shall be made once only.

sub-*dian* non può superare quello originale⁵²⁶. Queste due condizioni sono a favore del proprietario in modo che non dia luogo all'eventuale separazione perpetua tra la cosa e il proprietario. Da queste leggi emerge chiaro il tentativo dei legislatori di rispettare la proprietà e di sopprimere il doppio dominio sulla terra.

⁵²⁶ Art. 915: Where a period has been fixed for the duration of the *dien*, the period of the sub-*dien* or lease cannot exceed that of the original *dien*... The price for the sub-*dien* cannot exceed the price of the original *dien*.

§ 2. L'istituto di *yong dian*

Nella pratica fondiaria cinese era diffuso l'istituto di *yong dian* in molte regioni. È molto analogo all'enfiteusi. Per non provocare confusione concettuale, usiamo *yong dian*, la traslitterazione cinese per descriverlo. *Yong dian* letteralmente significa condurre e coltivare perpetuamente la terra. In alcune circostanze, il proprietario concede al colono la terra e gli permette la piena disposizione della terra. La durata di *yong dian* può essere certa o incerta. L'origine di *yong dian* è varia. Normalmente prende inizio da: A. L'istituto di *ya zu* (押租) ; B. Il fatto che il colono lavora sulla terra e ne migliora la qualità.

A. *Ya zu* significa la locazione-conduzione caratterizzata dalla caparra contro l'inadempimento del canone. Questa caparra (*ding shou*, 顶首) è normalmente una somma di denaro di grande quantità. Nel caso che il conduttore non adempie il canone, il proprietario sconta una somma equivalente al canone non corrisposto dalla caparra. All'inizio, il conduttore non ottiene necessariamente il diritto perpetuo di usare della terra. Con lo scorrere del tempo, per ottenere maggiore interesse economico, il proprietario aumenta gradualmente la caparra e abbassa il canone. Ne consegue che il diritto del conduttore viene elevato in modo rilevante. Il proprietario ha il diritto di revocare la conduzione solo quando la somma del canone non versato è equivalente alla caparra⁵²⁷. Il conduttore può disdire il contratto unilateralmente e chiede al proprietario di restituire la caparra. Se il proprietario non è in grado di restituirla istantaneamente, permette al conduttore di locare il fondo a terzi. In questo modo il diritto del conduttore diventa alienabile e man mano indipendente da quello del proprietario.

B. In alcune regioni remote, quali Tai Wan e Chahar, disboscamento, coltivazione, costruzioni idrauliche e le altre grandi opere erano molto frequenti. Bisogna organizzare numerosi operai e contadini per eseguire tali opere. La pratica

⁵²⁷ Zhao Gang, *La ricerca dell'istituto di yong dian*, *Op.cit.*, p. 18.

era che il proprietario invitasse i conduttori a migliorare la terra per renderla fertile. Per compendiare il lavoro, il proprietario permette loro di continuare a usare la terra. Il diritto di *yong dian* costituito in questa maniera è irrevocabile dall'inizio. Invece, il diritto del conduttore è considerato come una vera proprietà, poiché vi ha contribuito il lavoro e aumentato in modo rilevante il valore economico della terra. Nella mentalità tradizionale, i miglioramenti eseguiti dai conduttori vanno ricompensati da una parte sostanziale della proprietà.

A volte il diritto di *dian* può anche dare luogo alla formazione di *yong dian*.

Le suddette tre forme della concessione fondiaria costituiscono le fonti principali di *yong dian* e consolidano *de facto* la separazione tra il proprietario e il conduttore. Lo sviluppo dell'istituto di *yong dian* è anche, in parallelo, il processo di marginalizzazione del proprietario formale del fondo⁵²⁸. Si è già osservato che nelle regioni dove si diffuse *yong dian* il proprietario dovesse rispettare l'occupazione e l'uso del conduttore e perdesse gradualmente la facoltà di avere indietro il fondo o di cambiare il conduttore. Colui che vuole condurre la terra si rivolge al concessionario invece che al proprietario. Nella pratica succedeva perfino che il conduttore non pagasse il canone da 7 o 8 anni⁵²⁹. In questo contesto è nato un nuovo mestiere: 租栈 (*zu zhan*, agenzia di recupero crediti). Per rivendicare il canone, il proprietario ricorse alla violenza e assunse i briganti⁵³⁰.

La formazione e lo sviluppo dell'istituto di *yong dian* viene descritto come una grande rivoluzione⁵³¹, perché esso dà luogo alla proprietà astratta. Il titolare di *yong dian*, anche se non sa precisamente la località della sua terra, può disporre del fondo e avere il godimento *iure pleno*.

⁵²⁸ Ivi, p. 27.

⁵²⁹ Wang Jian'an, *Lin Ding Kao Yan* («临订考言»): «田根与业主有分据之势。业主即欲转佃，有田根者为之阻隔，不能自改佃户，于是有拖欠田租七八年之久».

⁵³⁰ Yuyi Muramatsu, *Zu zhan nella regione di Jiangnan*, Kindai Chūgoku kenkyū sōkan, 1978.

⁵³¹ Zhao Gang, *La ricerca dell'istituto di yong dian*, *Op.cit.*, p. 32.

Si potrebbe domandare se l'istituto di *yong dian* si identifica con il doppio dominio e se il conduttore che stipula il contratto in forma di *yong dian* acquista automaticamente la proprietà di *tian pi* e in questo modo divide la proprietà della terra in due. Per quanto riguarda questa domanda, gli studiosi non sono concordi. Alcuni studiosi negano l'affinità tra i due istituti. Secondo loro, *yong dian* si riferisce solo al diritto di coltivare perpetuamente la terra. Invece, è normale che nei contratti di *yong dian* le parti non rendano certa la durata. Il proprietario rispetta il diritto del colono di coltivare la sua terra a lungo tempo, ma non ammette il doppio dominio, né permette al colono di locare o di vendere liberamente il proprio diritto.

Yang Guozhen sostiene che il doppio dominio (*yi tian liang zhu*) si sviluppa in base al diritto di *yong dian*. All'inizio il proprietario determina nel contratto l'inalienabilità della terra. Il conduttore, a sua volta, per massimizzare il suo interesse, cerca di alienarla segretamente. Man mano una tale alienazione è così ricorrente che il proprietario non può non dare consenso tacito. Appena l'alienabilità di *yong dian* diventa norma rurale (乡规, *xiang gui*) o consuetudine locale (俗例, *su li*), il conduttore ottiene la proprietà di *tian pi*⁵³². Philip Huang spiega che non ci sia una differenza precisa tra *yong dian* e il doppio dominio. Il diritto di *yong dian* può trasformarsi nel doppio dominio o coesistere con esso. In realtà questi due istituti costituiscono un'«unità senza preciso confine»⁵³³. Egli trova il caso di *bai cheng geng* (白承耕) nel Rapporto delle Pratiche Civili e Commerciali, secondo il quale il proprietario della terra non può revocare la conduzione, né espellere il conduttore che coltiva la terra da lungo tempo, anche se quest'ultimo perde o non riesce a presentare il contratto di *yong dian*. In questo caso il diritto di *yong dian* è acquistato dal conduttore per la sua coltivazione perpetua. Però, un tale diritto è inferiore a quello normale. Non può locare o vendere il suo diritto di *yong dian*⁵³⁴.

Ulteriormente, Philip Huang ipotizza che tra *yong dian* e il doppio dominio

⁵³² Yang Guozhen, *La ricerca dei contratti fondiari della Dinastia Ming e Qing*, cit., p. 100.

⁵³³ *Ivi*, p. 103.

⁵³⁴ Philip Huang, *Op. cit.*, p. 104.

esiste uno stato di transizione, ossia il doppio dominio relativo. Nel diritto di *yong dian*, la terra non è alienabile dal conduttore. Qualora il conduttore ottenga la facoltà di alienazione, ha luogo il doppio dominio relativo. Questo diritto è limitato dal diritto di revocazione del proprietario. Il vero e proprio doppio dominio (o per meglio dire la proprietà di *tian mian*), al contrario, può resistere al diritto di revocazione.

Non mancano gli studiosi che confermano l'identità dei due istituti. Si constata che il diritto di *yong dian* si riferisca non solo alla coltivazione perpetua, ma piuttosto al doppio dominio. L'unico criterio per determinare *yong dian* non è la durata, bensì la facoltà di alienazione. «*Yong dian* significa il doppio dominio, il doppio dominio significa *yong dian*»⁵³⁵.

Alcuni ricercatori mettono in discussione il concetto di *yong dian* e attribuiscono la suddetta incertezza alla confusione dei termini. Indicano che nella società tradizionale cinese non esistette mai l'istituto di *yong dian*. È vero che nei contratti sono ricorrenti le formule «ti concedo una certa terra affinché tu coltivi perpetuamente» (永远耕佃, *yong yuan zu dian*) o «affinché tu ottenga il godimento della terra perpetuamente» (永远为业, *yong yuan wei ye*). Però, queste formule trattano solo dell'usufrutto a lungo tempo. Invece al concessionario non viene concessa la facoltà di locare o di trasferire la terra⁵³⁶. Il termine *yong dian* è stato inventato dai legislatori del Codice Civile della Repubblica di Cina imitando il diritto di *eikosaku* adoperato dal Codice Civile giapponese che aveva adottato l'enfiteusi del BGB. Nel Codice Civile giapponese *eikosaku* è alienabile. Quando gli studiosi successivi ricercano la conduzione a lungo tempo nelle pratiche cinesi, sono tendenti a usare la concezione di *yong dian* per descrivere il diritto in capo al concessionario e pertanto confondono *yong dian* con il doppio dominio. Dopo che il Codice Civile venne abolito dal regime comunista, i civilisti cinesi hanno dimenticato il vero

⁵³⁵ Ci Hongfei, *Una nuova ricerca sull'istituto di yong dian durante la Repubblica di Cina*, in *Chinese Economic History*, 2006, n. 3, p. 58.

⁵³⁶ Wu Tao, *L'istituto di yi tian liang zhu nella regione di Jiangnan nella Dinastia Qing e la nuova prospettiva della relazione tra il proprietario e il conduttore*, in *Modern China Research*, 2004, n. 5, p. 142.

significato di *yong dian* e parlato della conduzione a lungo tempo o perpetua entro il quadro dogmatico del *BGB* o del Codice Civile giapponese, a prescindere dalla sua origine consuetudinaria⁵³⁷.

A nostro parere, la mancanza del termine *yong dian* nella società tradizionale cinese non implica necessariamente la mancanza di un simile istituto. La flessibilità delle pratiche rurali determina che il conduttore ottenga la facoltà di alienare la terra dopo l'uso continuo. Quindi, *yong dian* può anche dare origine al doppio dominio. Nelle sentenze intorno alle liti di *yong dian* del Distretto Jiashan (嘉善县) tra 1945-1949, alcuni casi dimostrano che i conduttori rifiutano di restituire la terra al proprietario con l'intenzione di trasformare il loro diritto di *yong dian* nella proprietà di *tian pi*. Nelle usanze rurali di questo distretto, l'uso a lungo tempo della terra potrebbe elevare la situazione del concessionario e permettergli di trasferire la terra⁵³⁸. Però, i due istituti non sono sempre identici. In un caso accaduto nello stesso Distretto nel 1946, il titolare di *yong dian* che aveva condotto da 13 anni volle locare la terra a un terzo. Però, egli ha perso la causa, poiché il giudice non ritenne che il conduttore avesse automaticamente la proprietà di *tian pi* tramite *yong dian* a lungo tempo⁵³⁹. Per il giudice, l'uso e la coltivazione a lungo tempo non fanno *tout court* la separazione della proprietà. Questa sentenza conferma il giudizio di Philip Huang.

È facile immaginare che il conduttore abbia sempre più diritto di disporre della terra se riesce a coltivare in continuo senza l'intervento del proprietario originale. Più dura l'uso della terra dalla parte del concessionario, più consolidato diviene il suo diritto di *yong dian*. Con l'indebolimento graduale della proprietà formale e l'aumento graduale del diritto del concessionario, *yong dian* è destinato a divenire una proprietà indipendente. Conseguentemente appaiono i nuovi proprietari di *tian pi*. La

⁵³⁷ Hao Weihua, *L'idea e la pratica del diritto proprietario della Dinastia Qing*, Law Press China, 2011, pp. 108-109.

⁵³⁸ Un proverbio locale dice «conduzione a lungo tempo, conduzione per sempre» (久佃成永佃).

⁵³⁹ Sun Qi, Cao Shuji, *Land farming and the struggle of permanent tenancy. Focusing on the dispute over tenancy in Jiashan after the victory of Anti-Japanese War*, in *Journal of SJTU (Philosophy and Social Sciences)*, 2008, n. 2, Vol. 16, p. 83.

formazione del mercato di *tian pi* indica definitivamente la separazione delle due proprietà. In realtà, in molte regioni, il prezzo di *tian pi* è assai più alto di *tian gu*. Nelle gazzette locali possiamo leggere spesso tali valori. In qualche caso, il vantaggio tratto dal proprietario formale occupa solo un o due decimi dell'intero vantaggio della terra⁵⁴⁰.

La ricerca di Zhang Youyi (章有义, 1919-) rivela come il diritto di *yong dian* attirasse l'attenzione dello Stato nel registro catastale. In un documento del Distretto di Changzhou (长洲县) della Provincia di Jiangsu, del 1676, accanto all'informazione di ogni terra, esiste la categoria conduttrice (*dian ren*, 佃人). In questa categoria a volte si scrive un nome; a volte si scrive il carattere cinese *zi* (自, sé; self); a volte rimane vago. Zhang Youyi conferma che il nome indica il proprietario di *tian pi*; *zi* indica il proprietario pieno, cioè quello che ha sia *tian pi* sia *tian gu*; lacuna indica la terra di cui il diritto di *yong dian* non è separata dalla proprietà totale⁵⁴¹. Queste tre forme rappresentano tre fasi nella formazione del doppio dominio e svelano l'incidenza di *yi tian liang zhu* in questa regione. Nelle tre regioni di Changzhou che Zhang Youyi indica, la terra che ha già riconosciuto la separazione tra *tian pi* e *tian gu* occupa rispettivamente il 92.3%, il 96.1% e il 97.3%⁵⁴². Ciò è sufficiente a provare nelle regioni in cui si diffuse l'istituto di *yong dian* com'è ricorrente la separazione della proprietà fondiaria.

Se nella pratica contrattuale le parti usarono una coltivazione perpetua (永远耕佃) o un godimento perpetuo (永远为业) per indicare *yong dian*, nel Qing Civil Code Draft i legislatori usarono il termine *yong dian quan* (il diritto di *yong dian*) per la prima volta. Come abbiamo già introdotto, *yong dian quan* fu elaborato all'imitazione del diritto di *eikosaku* (永小作權) regolato dal Codice Giapponese del 1897 e fu definito «il diritto di coltivare e di pascolare sulla terra altrui con l'obbligo di pagare il

⁵⁴⁰ Zhang Jinfan, *L'introduzione del diritto civile della Dinastia Qing*, China University of Political Science and Law Press, 1998, p. 117.

⁵⁴¹ L'indagine di Zhang Youyi è rapportata in: Zhao Gang, *La ricerca dell'istituto di yong dian*, *Op. cit.*, cap. V.

⁵⁴² *Ibidem*.

canone»⁵⁴³. La durata è tra 20 e 50 anni⁵⁴⁴. Nel Draft of Civil Code of Republic of China (民国民律草案) del 1926, i legislatori non fecero rilevanti correzioni.

Con la fondazione del Governo Nazionale della Repubblica di Cina (中华民国国民政府, 1927-1949), il primo Codice Civile di Cina fu compilato e promulgato tra il 1929-1930. Diretti dall'idea occidentale che la proprietà deve essere unica, esclusiva e assoluta, i legislatori tentarono di sopprimere l'eventuale separazione perpetua tra la proprietà e il diritto di *yong dian*, cui avevano dato luogo le pratiche rurali. Il giurista Xie Zaiquan (谢在全, 1944-) ha commentato che «*yong dian* come un istituto tradizionale... si riferisce alla separazione della proprietà tra il proprietario della terra e il colono... Il Codice Civile costituisce l'istituto dei diritti reali imitando l'ordinamento giuridico europeo e riconoscendo la proprietà assoluta. Perciò, l'istituto di *yong dian* che ha il carattere del dominio diviso non va incluso totalmente nel Codice Civile. Occorre che il Codice Civile lo riformi e lo consideri come l'usufrutto»⁵⁴⁵. Anche se rispettò la pratica e abrogò il limite del termine di *yong dian*⁵⁴⁶, il Codice Civile vietò al concessionario di trasferire il suo diritto di *yong dian* a terzi⁵⁴⁷; il proprietario della terra può revocare *yong dian* qualora il pagamento del canone sia ritardato e l'importo accumulato è equivalente al canone totale per due anni⁵⁴⁸. Nel frattempo, il Codice Civile tenne conto dell'interesse del concessionario e stabilì che il titolare di *yong dian* potesse rivendicare una riduzione del canone se i suoi profitti sono diminuiti o totalmente mancati a causa di forza maggiore⁵⁴⁹.

L'atteggiamento dei legislatori del Codice Civile è molto interessante, perché

⁵⁴³ Art. 1086: 永佃权人得支付租佃，而于他人土地为耕作或收畜。

⁵⁴⁴ Art. 1089.

⁵⁴⁵ Xie Zaiquan, *I diritti reali*, Vol. 2, ed. IV, 2007, pp. 152-154: «传统固有法上之‘永佃’……系分割所有权，亦即由主佃分有土地之所有权……民法仿欧陆立法例，以承认有完全支配为内容之所有权为前提，建立物权制度，故固有法上具有分割所有权性质之‘永佃’，自无从照单全收入建制，而仅得使其脱胎换骨。以用益物权与定限物权性质，定为‘民法’上用益物权之一».

⁵⁴⁶ Art. 842 comm. 1: *Yung-tien* is the right to cultivate or to raise live-stock permanently on the land of another person by paying a rent.

⁵⁴⁷ Art. 845: A *yung-tien* holder cannot lease the land to another person.

⁵⁴⁸ Art. 845. Where payment of the rent has been delayed by the *yung-tien* holder and the accumulated amount in arrears is equivalent to the total rent for two years, the landowner may revoke the *yung-tien*, unless otherwise provided for by custom.

⁵⁴⁹ Art. 844.

cercarono di realizzare l'equilibrio tra la pratica tradizionale e lo schema della proprietà occidentale. Il divieto del trasferimento di *yong dian* abolisce la facoltà di disporre della terra del concessionario e prevenire contro della formazione di una proprietà separata; nella pratica l'inadempimento del canone non dà luogo necessariamente alla revocazione di *yong dian*, ma il Codice Civile concede al proprietario il diritto di revocare la terra. L'intenzione di questi articoli è chiara: difendere il privilegio della proprietà e sopprimere ad ogni costo l'eventuale formazione del doppio dominio⁵⁵⁰. La loro considerazione fu sia giuridica sia politica. *Yi tian liang zhu* è considerato una pratica nociva alla formazione dell'idea della proprietà moderna, in altre parole, avanzata. Per civilizzare e modernizzare la Cina, bisogna revisionare la tradizione giuridica nazionale, correggerla e applicare l'ordinamento giuridico occidentale alla società cinese⁵⁵¹. Però, nella società rurale si continuava ad adoperare l'istituto *yong dian*⁵⁵².

⁵⁵⁰ Zou Yasha, *Da yi tian liang zhu a yong dian. Adozione e trasformazione dell'istituto di yong dian dalla fine di Dinastia Qing all'inizio della Repubblica di Cina*, in *Tribune of Political Science and Law*, 2010, n. 6.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² He Liping, *La ricerca di yong dian durante la Repubblica di Cina*, The Commercial Press, 2015.

Sezione III. La concezione della proprietà nel diritto cinese tradizionale.

Un'analisi generale su *guan ye*

Per proseguire una ricerca sulla proprietà nel diritto privato cinese tradizionale, ossia nella forma autentica prima delle influenze del diritto occidentale, occorre chiarire alcune concezioni importanti. In base a tali concezioni si può avere una prospettiva dell'oggetto della ricerca non deviata dalle idee moderne. Come abbiamo cercato di dimostrare, l'idea della proprietà/dominio non è identica nelle diverse fasi dello sviluppo del diritto europeo. Il Medioevo riuscì a formare un'idea particolare della proprietà incentrata sulla pluralità e la flessibilità del *dominium*. La proprietà moderna, invece, non è altro che la conseguenza dell'illuminismo (sul piano filosofico - culturale), della formazione dello Stato borghese (sul piano politico) e della codificazione (sul piano meramente giuridico). Secondo questa proprietà, il soggetto deve essere il centro e il punto di partenza nel rapporto tra l'uomo e le cose.

Anche nella storiografia cinese esiste la tendenza a modellare uno schema ideale della proprietà in base alla concezione moderna. Guidati da un tale schema, gli studiosi raccolgono e ricercano le fonti storiche e cercano di collocare tutti gli istituti elaborati nella storia cinese secondo le diverse etichette: proprietà; usufrutto; servitù; diritto reale di garanzia... Un sistema giuridico elaborato in questo modo è destinato ad allontanarsi dalla realtà storica. Invece, nel diritto tradizionale cinese, l'immagine della proprietà è molto sfumata. Da un canto, la proprietà fondiaria di ogni soggetto viene concessa dallo Stato. L'idea che l'imperatore abbia la sovranità su tutto il territorio è radicata nella mentalità popolare⁵⁵³; dall'altro canto, lo Stato non è interessato a definire una proprietà esclusiva in capo al proprietario. La proprietà è sempre messa in considerazione insieme all'interesse familiare e alle esigenze morali. Negli scritti storici del passato sono ricorrenti gli aneddoti nel fatto che tutti i membri

⁵⁵³ Under the whole heaven,
Every spot is the sovereign's ground;
To the borders of the land,
Every individual is the sovereign's minister (*Mencius*, Vol. 9, cap. 4).

familiari vivessero e consumassero insieme da decenni senza dividere i beni⁵⁵⁴. Il termine proprietà nella lingua cinese moderna è tradotta *suo you quan* (所有权) o *chan quan* (产权) che significano il diritto di appropriarsi la cosa o il diritto di disposizione sul proprio bene. Tuttavia, questi due termini non esistono nella società tradizionale. Lì si parla di *ye* (业) o *guan ye* (管业) per esprimere la concezione analoga.

Il termine *guan ye* è composto da due caratteri. *Guan* significa amministrare, gestire o controllare; *ye* significa mestiere, professione o proprietà. *Guan ye* è ricorrente sia nei contratti privati sia nei documenti ufficiali. Nella Dinastia Ming e Qing si impiega questo termine per indicare la proprietà del proprietario, dell'enfiteuta, dell'usufruttuario e via dicendo. In realtà, è un grande errore tradurre *ye* o *guan ye* in proprietà, secondo la lingua giuridica moderna, poiché nell'esperienza tradizionale cinese non riusciamo a trovare un termine in sintonia con la proprietà in senso moderno. *Guan ye* ha una fisionomia più complessa e più sfumata. Diversamente dal *dominium* definito da Bartolo, *guan ye* può avere come oggetto la cosa incorporale e intangibile comprendendo ogni godimento tratto dal mondo materiale. Anche lo Stato può essere concepito in qualche modo come *guan ye* dell'imperatore⁵⁵⁵.

Anche nella storiografia cinese esiste un'antitesi tra la realtà storica e la costruzione moderna. In questa prospettiva, *guan ye* si riferisce alla proprietà immobiliare in opposizione a *wu*⁵⁵⁶ che disegna la proprietà mobiliare⁵⁵⁷. Il proprietario di un fondo o di un edificio viene chiamato il titolare di *ye* (*ye zhu*, 业主) come ciò che chiamiamo oggi. Però, tale costruzione è vera solo in senso molto generico. Invece l'oggetto di *guan ye* è più ampio della cosa immobile. Nei contratti

⁵⁵⁴ Fan Zhongxin, Zheng Ding, Zhan Xuenong, *Qing, ragione, diritto e i cinesi*, China Renmin University Press, Beijing, 1992, p. 221.

⁵⁵⁵ Nel volume VIII di *Shiji* (史记), un noto resoconto storico scritto sotto il regno dell'imperatore Han Wu (140-87 d. C.), l'imperatore Han Gao si vantò del suo *ye* davanti a padre.

⁵⁵⁶ 物 letteralmente significa cosa.

⁵⁵⁷ Zhang Jinfa, *La riassunzione del diritto civile in Dinastia Qing*, China University of Political Science and Law Press, 1998, p. 82; Pan Weihe, *La storia del diritto civile cinese*, Hanlin Press, 1982, p. 354.

privati pervenutici finora, l'acquirente può acquistare l'usufrutto di un fondo, il diritto di riscuotere il canone fondiario, il diritto di *dian* o solo la prelazione di *dian* per costruire *guan ye*⁵⁵⁸. Un contratto stipulato nel Distretto di Xiuning (休宁县)⁵⁵⁹ nel 1651 dimostra che il venditore alienava la sua quota della festa religiosa annuale in favore all'acquirente⁵⁶⁰. I partecipanti della festa di Dio *Zhenjun* (真君) contribuiscono con un certo fondo o con alcuni attrezzi agricoli per la preparazione e l'organizzazione della festa. Dopo la festa gli articoli religiosi si distribuivano tra i partecipanti in proporzione della quota. In questo caso l'oggetto di *guan ye* non è altro che la quota dei beni religiosi della festività, ovvero un diritto intangibile. Con la stipulazione del contratto, la quota del venditore viene trasferito all'acquirente che costituisce il suo diritto di *guan ye*.

In alcune pratiche regionali, anche il diritto di usare il laghetto si chiama *ye*. Nella pratica regionale della Provincia di Hu'nán esiste un tale diritto:

Il diritto viene chiamato *biao ye* (标业). Esistono tre modi di pescare: con esca, con rete da pesca e con cormorano. Chi pesca con esca esercita il suo diritto durante la notte e fino all'aurora; Chi pesca con rete da pesca o con cormorano può pescare durante la giornata fino alla sera. Chi violi l'orario e arrechi danni agli altri, perderà la causa...⁵⁶¹

Nel complesso, *guan ye* nel diritto tradizionale cinese non si identifica necessariamente con la proprietà moderna. Infatti, si riferisce a ogni forma di godimento che contribuisce a sostenere la vita. Può consistere nella cosa corporale o incorporale. Può essere un fondo, un bosco, un pozzo, oppure il vantaggio attuale o la speranza futura di usare la cosa. Il punto di riferimento è la necessità di vivere anziché

⁵⁵⁸ Li Li, *L'espressione di ye e il suo significato nel contesto del diritto civile della Dinastia Qing*, in *Historical Research*, 2005, n. 4, pp. 132-137.

⁵⁵⁹ Nella Provincia di Anhui.

⁵⁶⁰ Li Li, *L'espressione di ye e il suo significato*, *Op.cit.*, p. 134.

⁵⁶¹ Questo passo è ricordato dal Rapporto delle Pratiche Civili e Commerciali e citato da Terada Hiroaki, *Il diritto e il torto*, *Op. cit.*, p. 23.

la distinzione tra *esse meum* e *esse tuum*. Tra la persona e la sua proprietà esiste un rapporto mutuale di dipendenza e di sostentamento (in modo che la proprietà può produrre di continuo i godimenti) piuttosto che l'unilaterale disposizione del soggetto nei confronti della cosa. Perciò, nell'ordine di *guan ye*, non importa se la proprietà è esclusiva o no. Più persone possono usare la stessa cosa affinché ognuno sostenga la vita. Per questo motivo il trasferimento del fondo in modo revocabile non viola la proprietà, dal momento che il concedente può costituire il suo *guan ye* sul canone e sulla speranza di riscattare il fondo. Anche se la forma di *guan ye* viene cambiata, la sostanza rimane la stessa⁵⁶².

Quest'idea rende facile da comprendere la conclusione di Terada Hiroaki. Egli rivela che nel diritto fondiario della Dinastia di Ming e di Qing, il vero oggetto dell'atto traslativo non è il fondo materiale, bensì l'amministrazione e il godimento del fondo. Tramite il contratto, si trasferisce sostanzialmente la legittimità di gestire e di usare il fondo⁵⁶³. All'interno dell'ordine di *guan ye*, il proprietario e il concessionario condividono l'intero godimento tratto dalla terra. Secondo Terada Hiroaki, l'alienazione di *guan ye* contiene due atti: 1. L'alienazione del possesso del fondo; 2. L'alienazione della legittimità di usare il fondo. Dunque si tratta di un negozio grazie al quale l'acquirente è in grado di "gestire la proprietà" (*guan ye*) e di sostenere la vita. D'altro canto, allo Stato non interessa chi è il proprietario formale del fondo. L'imposta è necessaria purché il fondo sia fertile e produttivo. Lo Stato si limita a riscuotere l'imposta, a prescindere dall'appartenenza formale del fondo. Nella Dinastia di Ming e Qing, in seguito allo sviluppo della proprietà privata, l'acquisto e la vendita del fondo privato diventarono molto attivi; nel frattempo, anche il fondo pubblico poté essere privatizzato e diventò l'oggetto di *guan ye*.

Parimenti, Terada Hiroaki cerca di confermare che nel diritto tradizionale cinese non è possibile trovare né il titolo (*title*) astratto né una proprietà fondiaria a favore di

⁵⁶² Cfr. Wu Xianghong, *Il costume e le leggi di dian*, Law Press China, 2009, pp. 189-224.

⁵⁶³ *Ivi*, pp. 26-28.

questo titolo senza tenere conto dell'appartenenza fattuale tra il soggetto e la cosa. Lo Stato e la società riconoscono solo l'istituto della vendita della terra formata dai contratti⁵⁶⁴. La valutazione statale e sociale assume una funzione indispensabile nella concezione della proprietà. Il diritto del proprietario e del concessionario consiste sia nell'uso concreto della terra sia nel riconoscimento della società. In questo contesto, la proprietà del concedente non deve necessariamente essere superiore ai diritti reali del concessionario. È solo la situazione più piena di usufrutto tutelata dalla legge statale e dall'ordine sociale. Il contratto di *dian* o di *yong dian* fa sì che il concedente e il concessionario condividono la situazione di usufrutto e siano tutelati rispettivamente dalla legge statale.

Guidato dalla visione comparativa, Jonathan Ocko nella sua ricerca espone i diversi schemi adoperati dagli studiosi occidentali per comprendere la concezione di proprietà nella società imperiale e pre-moderna cinese. Una scelta è *bundle of rights*. Sotto questo profilo, la proprietà rappresenta «a web of relations among persons». La proprietà non è mai assoluta, sia perché esiste la prelazione della parentela sia perché il cimitero familiare costituisce una parte importantissima della proprietà⁵⁶⁵. La sua conclusione è che nella grande parte della storia cinese, la proprietà gioca un ruolo poco rilevante nel discorso politico. Gli imperatori furono coscienti che le concentrazioni del potere economico crearono potenzialmente centri politici paralleli alla podestà imperiale. In questi casi lo Stato, nei due millenni della storia imperiale, fu disposto a rompere le grandi aziende private, a incoraggiare l'alienabilità libera della terra e l'ereditarietà tra i figli ed a imporre un alto tasso di imposta sui fondi ricchi. Nei diversi periodi storici cinesi, si possono trovare diversi termini per descrivere l'uso della terra, ma manca sempre un termine per descrivere in generale la proprietà⁵⁶⁶. Dunque, se nell'esperienza politico-culturale anglo-americana la *property* rappresenta sempre un *root metaphor*, nell'esperienza cinese la proprietà si dirige

⁵⁶⁴ Terada Hiroaki, *Op. cit.*, p. 216.

⁵⁶⁵ Jonathan Ocko, *The missing metaphor. Applying Western legal scholarship to the study of contract and property in early modern China*, in *Contract and property in early modern China*, *op. cit.*, pp. 185-186.

⁵⁶⁶ Ivi, p. 202.

verso un'altra direzione.

Anche se *guan ye* consiste nella situazione meramente fattuale di godimento, per renderlo utile bisogna il documento ufficiale. Nella mentalità popolare, *guan ye* diventa significativo sul piano giuridico solo dopo che l'autorità statale lo autorizza. La legge stabilì che per alienare il bene immobile bisognasse fare il documento d'imposta (税契, *shui qi*) validato dal sigillo rosso (红契, *hong qi*). Eseguire un'alienazione senza fare *shui qi* è crimine⁵⁶⁷. Il tasso d'imposta fu normalmente il 3%. Sostanzialmente *hong qi* rappresenta il controllo governativo della proprietà privata. Un contratto munito del sigillo rosso è in grado di provare la proprietà. Però, l'intervento statale di *hong qi* deve rispettare le pratiche contrattuali ed essere eseguito in modo da non molestare il popolo⁵⁶⁸. Oltre al sigillo rosso ci fu anche il sigillo bianco (白契, *bai qi*) che ebbe efficacia solo tra le parti del contratto. Teoricamente *bai qi* non qualifica *guan ye* del proprietario o del concessionario. Tuttavia, con l'andare del tempo anche *bai qi* acquistò l'efficacia probatoria di *guan ye*⁵⁶⁹. *Hong qi* e *bai qi* confermano insieme la situazione di *guan ye* del titolare, poiché sono le prove più autentiche per far valere il suo diritto.

Inoltre, se consideriamo la proprietà cinese come l'insieme dei godimenti diretti sotto la concezione così generica come quella di *guan ye*, non è difficile immaginare che il concessionario, per massimizzare il suo interesse, divide ulteriormente il suo diritto e così dà luogo al triplo dominio (一田三主, *yi tian san zhu*). Niida Noboru ricerca anche il triplo dominio nella regione di Zhangzhou nella Provincia di Fujian. Questo istituto riguarda il rapporto giuridico tra locatore maggiore (大租主, *da zu zhu*), locatore minore (小租主, *xiao zu zhu*) e colono (佃户, *dian hu*). Il locatore minore è il proprietario originale del fondo, dal quale il locatore maggiore acquista il diritto di riscuotere il canone. In cambio, il locatore maggiore assume la responsabilità

⁵⁶⁷ *Da Qing Lü Li* (大清律例, *Great Qing Legal Code*), 95.00, 1.

⁵⁶⁸ Wang Shuaiyi, *L'intervento statale al contratto nelle Dinastie Ming e Qing per mezzo di shui qi*, in *Peking University Law Journal*, Vol. 24, n. 6, 2012, p. 1288.

⁵⁶⁹ Ann Osborne, *Property, taxes, and State protection of rights*, in *Contract and Property*, op. cit., pp. 120-158.

di pagare imposta e prestare servizio allo Stato. Il colono acquista l'usufrutto perpetuo dal proprietario pagando una somma di denaro che si chiama *fen tu yin* (粪土银). In questo istituto, il colono usa del fondo e paga il canone annuale al locatore minore; il locatore minore, ovvero il proprietario formale⁵⁷⁰, paga il canone annuale al locatore maggiore; il locatore maggiore, a sua volta, presta imposta e servizio allo Stato. Tra i tre soggetti, solo il colono ha contatti materiali con il fondo; i diritti degli altri due consistono, astrattamente, nel riscuotere il canone. Il locatore maggiore non è proprietario del fondo, bensì proprietario del canone. Il cambiamento del locatore maggiore o del locatore minore non ha niente a che vedere con la situazione reale del colono che in teoria è soltanto usufruttuario del fondo. Se il colono rifiuta di pagare il canone, il locatore minore può revocare il contratto ed espellerlo dal fondo. Però, in realtà, il colono occupa il fondo così da trasformare il suo diritto in proprietà, secondo quanto riporta il proverbio locale⁵⁷¹.

La nascita del triplo dominio è lo sviluppo del doppio dominio e rappresenta l'atteggiamento realista dei titolari. Una relazione talmente complicata può essere spiegata dalla concezione di *guan ye*. Il *guan ye* di ogni parte si collega ad un particolare godimento della terra e partecipa a formare una rete di diritti e obblighi. Il doppio dominio è nato proprio da questo modo di concepire la proprietà. Se la proprietà moderna è unitaria e indivisibile, tuttavia, una proprietà ispiratasi a *guan ye* è divisibile. Con la divisione continua del godimento, si può immaginare perfino un dominio quadruplo o quintuplo e via dicendo. Però, un'ipotetica divisione infinita mina l'ordine contrattuale e arreca danni sia al proprietario originale sia ai concessionari.

Nel complesso, l'idea di *guan ye* permette due modelli di usare la terra: il proprietario del fondo dà la terra in usufrutto e riceve il canone; il proprietario della superficie coltiva la terra e ne trae la percezione. Se osserviamo questo istituto dal

⁵⁷⁰ Si chiamano *ye zhu* (业主); *qian zhu* (钱主); *fen zhu* (粪主).

⁵⁷¹ L'usufrutto perpetuo fa la proprietà (久佃成业).

punto di vista puramente effettuale, scopriamo che in quanto amministratori e usufruttuari della propria terra, i due proprietari non si discostano sostanzialmente. Nelle due strutture concessionarie parallele (proprietario-conduttore; conduttore-successivi conduttori), entrambi sono proprietari di *guan ye*. Merita citare un discorso del libretto (问俗录, *wen su lu*) in merito alle pratiche della Provincia di Fujian durante l'imperatore Daoguang (1820-1850) per concludere il discorso:

Perché c'è differenza tra la pelle e l'osso sulla stessa terra? Invece l'osso (*tian gen*) appartiene al proprietario e assume l'obbligo di pagare l'imposta; mentre la pelle (*tian pi*) appartiene al concessionario che coltiva la terra ed è disposta a pagare il canone al proprietario... A volte la stessa terra si vende a due soggetti, divisa in pelle e osso; a volte sia la pelle che l'osso vengono venduti allo stesso soggetto. Invece la vendita e l'alienazione della pelle non hanno niente a che vedere con il proprietario dell'osso. L'osso è *guan ye*, ma la pelle è anche *guan ye*. L'osso può essere ereditato così come la pelle⁵⁷².

⁵⁷² «同一田而骨皮异名者何? 骨系田主, 宜税契收粮, 过户完粮。皮系耕户, 宜纳租与骨.....有一田而卖与两户, 一田骨一田皮者, 有骨皮俱买者。田皮买卖并不与问骨主。骨系管业, 皮亦系管业。骨有祖遗, 皮亦有祖遗».

Conclusione finale

Nella visione del diritto romano classico, il *dominium utile* e *yi tian liang zhu* sono due istituti eccentrici, perché violano l'unicità e l'inseparabilità della proprietà e concedono al concessionario diritti tali da diminuire in modo rilevante il diritto del proprietario. Se la proprietà romana rappresenta lo schema più classico, quei due istituti segnalano distorsioni e deviazioni. Il *dominium utile* e *yi tian liang zhu* rispecchiano l'indifferenza nei confronti della proprietà e il sottolineamento del vantaggio effettuale della cosa. Inoltre, entrambi sono nati dalla varietà delle consuetudini invece che dallo schema fisso, dunque riflettono vivamente le esigenze più dirette della pratica fondiaria. Entrambi implicano la stessa considerazione: il valore della proprietà deve consistere per eccellenza nella sua comodità economica. La proprietà è divisibile, poiché la comodità è divisibile.

L'apparente analogia tra i due istituti renderebbe possibile fare una ricerca comparata. Secondo la nostra lettura, Niida Noboru ha già tentato di osservare *yi tian liang zhu* sotto la visione del *dominium divisum* diffuso nella Germania medievale. Secondo lui, per quanto riguarda il godimento, la proprietà di *tian pi* è simile al *dominium utile*, mentre per quanto riguarda il diritto di riscuotere il canone, la proprietà di *tian gu* è simile al *dominium directum*. Niida Noboru ha indicato pure la differenza sostanziale tra i due. Nell'istituto di *yi tian liang zhu*, la divisione consiste nell'oggetto del diritto, mentre nel *dominium divisum* medievale, la divisione consiste nella qualità del contenuto del diritto⁵⁷³. Invece, nell'esperienza giuridica medievale europea, il *dominium utile* non contiene la facoltà di alienare liberamente il fondo; Anzi, il *dominium utile* si collega spesso con una serie di diritti e obblighi feudali, reali e personali. Perciò, è un diritto improntato dai caratteri feudali. Al contrario, *yi tian liang zhu* non contiene o contiene pochissimi elementi feudali, né sottomissione personale, né servizio militare. Non è necessario che il proprietario di *tian pi* sia un nobile, un magnate o un potente locale. Lo svolgimento e il cambiamento delle due

⁵⁷³ Niida Noboru, *La formazione di yi tian liang zhu nella Dinastia Ming e Qing*, cit., p. 416.

proprietà sono paralleli⁵⁷⁴.

Alla conclusione di Niida Noboru, vorremmo aggiungere la nostra osservazione. Il *dominium utile* è la produzione di una scienza giuridica altamente sviluppata elaborata da diverse generazioni dei giuristi. Se la sostanza di questa teoria non è che la concettualizzazione delle più svariate situazioni reali nate da una società agraria e feudale, *yi tian liang zhu*, al contrario, non è stato mai visto e ricercato dai giuristi professionali. Rimane sempre sul piano fattuale e si presenta come l'usanza (乡原体例, *xiang yuan ti li*) osservata sia dai contadini più umili sia dai proprietari più prestigiosi. L'idea di *ye* contribuisce a nutrire una mentalità realista: ciò che apporta vantaggio a me è mio, purché questo vantaggio sia confermato dal contratto privato o dal certificato ufficiale. Non importa se la proprietà è tangibile o intangibile, piena o vuota. Sotto questo profilo, la proprietà si distacca dalla terra materiale e diventa divisibile e misurabile. Abbiamo già visto come Bartolo parlasse del *dominium proprie*, ossia il *dominium* della *res corporalis*. L'usufrutto e l'obbligazione possono essere compresi come il *dominium* sui diritti astratti, ma sono *dominium improprie*. Nell'esperienza giuridica cinese non si fa tale distinzione all'interno della categoria di *guan ye*. Alla costruzione raffinata si sostituisce un atteggiamento semplice di comprensione della proprietà. Non è un caso che in molte regioni il prezzo di *tian pi* era assai più alto di quello di *tian gu*⁵⁷⁵. Se il vantaggio di *tian gu* consiste unicamente nel diritto al canone che è fisso, il vantaggio di *tian pi*, al contrario, può essere sempre più aumentato grazie al lavoro del conduttore.

Dunque, possiamo dire che *yi tian liang zhu* è la produzione dell'esperienza quotidiana caratterizzata dalla considerazione realista. Non può essere discusso il suo contenuto giuridico senza tenere presente il suo contenuto economico. Lungi dall'essere inquadrato e definito dalla giurisprudenza, *yi tian liang zhu* emerge dalla

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ «La terra è divisa in *tian pi* e *tian gen*. *tian pi* è da coltivare ed è la fonte del canone. Il suo prezzo è altissimo; *tian gen* assume l'obbligo di pagare l'imposta, il suo prezzo è molto basso» («问俗录·仙游县»: 田分根面, 根(田皮)系耕田纳租, 极贵: 面系取租完粮, 极贱).

vita rurale vissuta dalle persone comuni e costituisce un vero e proprio diritto consuetudinario valido per chiunque usi e coltivi la terra. Si tratta di uno stato di fatto composto e ordinato dai più svariati modi di usare, di condividere e di distribuire il godimento prodotto dalla terra per mantenere l'equilibrio tra l'imposta statale e la produzione agraria, per massimizzare il proprio interesse economico e per sostenere la vita quotidiana. In qualche regione sterile, adottare l'istituto di *yi tian liang zhu* permette di valorizzare quanto possibile le risorse limitate, soddisfacendo così le esigenze di più persone nei confronti della stessa terra. L'idea di *guan ye* dà luogo a una maniera di percepire l'appartenenza tra il soggetto e la cosa diversamente da quella romana. In questo contesto, non può esserci la proprietà assoluta e esclusiva. Primo, l'esercizio della proprietà privata è sempre limitata e sottoposta dall'autorità imperiale; secondo, la connessione familiare riduce ulteriormente lo spazio della proprietà; terzo, le consuetudini locali rendono possibile la coesistenza delle diverse proprietà sulla stessa cosa. Accade spesso che il conduttore alieni la terra a terzi senza intendere corrompere la proprietà del concedente. La aliena a suo piacimento solo perché tutti fanno così, perché nella mentalità popolare, la coltivazione a lungo tempo è sufficiente a creare un diritto reale parallelo alla proprietà del concedente.

Ritorniamo al *dominium utile*. Nonostante i giureconsulti medievali siano arrivati a conciliare la contraddizione tra la realtà sociale medievale e il testo giuridico romano, non erano mai stati in grado di risolvere il paradosso inerente a questa teoria. Se Bartolo considerò la facoltà di disporre perfettamente la cosa come il nocciolo del *dominium*, ne consegue necessariamente che la facoltà in capo al proprietario diretto e quella in capo all'utilista si scontrano. Il *dominium utile*, che consiste nel godimento e nell'amministrazione effettuale della cosa, è destinato a intaccare e a svuotare quello diretto. Sul piano dottrinale il proprietario è superiore all'utilista; ma sul piano effettivo la situazione è capovolta.

Tale paradosso non appare nell'istituto di *yi tian liang zhu* poiché nell'esperienza giuridica cinese non si è mai formato alcun schema della proprietà. La

carenza di schema toglie ogni ostacolo tra la realtà e la dottrina e fa sentire la voce di chi lavora sulla terra. Yang Guozhen ritiene che la proprietà di *tian mian* sia proprio il risultato della resistenza continua dei conduttori⁵⁷⁶. Il baricentro di questo istituto è la stabilità e la sicurezza del diritto del conduttore/coltivatore piuttosto che l'integrità del proprietario formale.

Se il *dominium utile* è stato abbandonato come il residuo medievale dalla codificazione del XVIII secolo, l'influenza di *yi tian liang zhu* non si è estinta nel diritto vigente cinese. Caduto in disuso il Codice Civile della Repubblica di Cina, il diritto vigente stabilisce il diritto di condurre e di usare la terra statale o collettiva (土地承包经营权, *tu di cheng bao jing ying quan*)⁵⁷⁷. Questo diritto (*cheng bao jing ying*) comprende possesso, uso e godimento della terra rurale⁵⁷⁸. La durata è 30 anni; 30 a 50 anni; 30 a 70 anni⁵⁷⁹. In questo rapporto giuridico la proprietà appartiene allo Stato o alla collettività. L'alienazione è permessa dalla legge⁵⁸⁰. Anche se esistono ancora alcune incertezze nelle leggi, è chiara l'intenzione dei legislatori di favorire la produzione agraria e di proteggere la circolazione salda sotto la presunzione che la terra è della proprietà dello Stato o di organismi collettivi rurali⁵⁸¹. Però, il diritto di *cheng bao jing ying* è indubbiamente differente da quello di *tian mian*. Il primo è un diritto di usufrutto, invendibile; la durata è limitata; il locatore ha il diritto di sorvegliare l'uso giusto del conduttore e di intervenire nel caso in cui quest'ultimo arrecare i danni alla terra locata e alle risorse agrarie⁵⁸². Si tratta quindi di un nuovo

⁵⁷⁶ Yang Guozhen, *La ricerca dei contratti fondiari della Dinastia Ming e Qing*, cit., pp. 98-99.

⁵⁷⁷ Right to the Contracted Management of Land.

⁵⁷⁸ Property Law, Art. 124: The system of land contracted management shall be implemented to the cultivated land, wood land, grassland, and land for other agricultural uses that are owned by farmers' collectives as well as those that are owned by the state and exploited by farmers' collectives

⁵⁷⁹ Property Law, Art. 126: The term of a contract for cultivated land shall be 30 years. The term of a contract for grassland shall be 30 up to 50 years. The term of a contract for wood land shall be more than 30 years but less than 70 years. The term of a contract for special forest land may be extended upon approval of the forestry administrative department under the State Council.

⁵⁸⁰ Property Law, Art. 128: The holder of the right to the contracted management of land shall be entitled to circulate the right to the contracted management of land according to the provisions in the law on the contracting of rural land. The circulated term shall not exceed the remnant term of the original contract on right to the contracted management of land. Without approval, no contracted land may be used for non-agricultural constructions.

⁵⁸¹ La Costituzione della Repubblica popolare cinese, Art. 6: La base del sistema economico socialista della Repubblica popolare cinese è socialista proprietà pubblica dei mezzi di produzione, vale a dire, la proprietà di tutto il popolo e la proprietà collettiva da parte delle persone che lavorano.

⁵⁸² Law of the People's Republic of China on the Contracting of Rural Land, Art. 13: The party that lets the

diritto reale sottomesso alla proprietà unica invece che il ritorno del vecchio ordine di *guan ye*.

Mettendoli a confronto traspaiono l'apparente analogia e la differenza sostanziale tra il *dominium utile* e l'istituto di *yi tian liang zhu*. I due istituti sono nati rispettivamente da diverse esperienze giuridiche e si ispirano fortemente alla propria cultura e alla relativa situazione socio-economica. La definitiva separazione tra la proprietà e il godimento in entrambe le esperienze sbocca negli assetti e nelle teorie molto particolari di valorizzazione della terra, sviluppando l'appartenenza tra soggetto e cosa al di fuori dello schema proprietario moderno. Speriamo che la nostra ricerca comparata sia in grado di offrire un diverso punto di vista per riflettere sul valore del *dominium utile* nella storia giuridica europea.

contract shall enjoy the following rights... (2) supervising the contract-undertaking party to rationally use and protect the land according the agreed purpose of use specified in the contract; (3) checking up the contract-undertaking party's activities that encroach upon the contracted land and agricultural resources...