

UNIVERSITA DEGLI STUDI DI FIRENZE

Dipartimento di Diritto comparato
Dottorato di Ricerca in Diritto comparato

___XXIII___ CICLO

Indipendenza e Professionalità del giudice in Cina
Diritto comparato
IUS 02

Dottorando
[Caterina Mugelli](#)

Coordinatore del Dottorato
Prof. Vittoria Barsotti

Direttore di Ricerca
[Prof. Vincenzo Varano](#)

INDICE

Indipendenza e Professionalità del giudice in Cina

Premessa	p. I
CAPITOLO I	
Introduzione	
<i>L'ordinamento giuridico cinese: in particolare l'organizzazione delle corti e la figura del giudice</i>	
<u>1. Cenni storici dell'ordinamento giuridico cinese</u>	
1.1. Premessa	p. 1
1.2. Il diritto durante l'Impero	p. 4
1.3. Il diritto tra fine Ottocento e inizio Novecento, la prima influenza delle potenze occidentali ed il diritto cinese sotto la guida del Partito nazionalista	p. 12
1.4. La lunga marcia ed il diritto sotto la guida di Mao	p. 16
1.5. Tratti salienti del diritto cinese dalla morte di Mao ad oggi	p. 24
<u>2. Più in particolare: l'organizzazione giudiziaria cinese</u>	
2.1. L'odierno sistema delle corti	p. 39
2.2. L'attuale contesto della riforma giuridica cinese	p. 45
<u>3. Profilo storico del concetto di magistratura in Cina.</u>	
3.1. Premessa	p. 49
3.2. Dalla figura del magistrato imperiale al giudice odierno	p. 49
3.3. La magistratura e le sue caratteristiche	p. 55
CAPITOLO II	
Il principio di indipendenza del giudice	
<i>Tra accezione occidentale e 'caratteristiche cinesi'</i>	
<u>1. Significato di judicial independence</u>	
1.1. Premessa	p. 63
1.2. L'accezione della tradizione giuridica occidentale	p. 67
1.3. Le garanzie occidentali	p. 72
1.4. Il diritto cinese e l'indipendenza della magistratura	p. 78
1.5. L'accezione cinese	p. 83

<u>2. Le 'garanzie' cinesi</u>	
2.1. Premessa	p. 86
2.2. Reclutamento, destituzione e durata della carica	p. 87
2.3. Mobilità e finanziamento	p. 91
<u>3. L'indipendenza della magistratura cinese: le principali influenze</u>	
3.1. Le influenze sull'indipendenza interna	p. 95
3.2. La valutazione individuale del giudice all'interno della corte di appartenenza ed il controllo verticale da parte delle corti gerarchicamente superiori	p. 96
3.3. Il ruolo del Consiglio giudiziario	p. 102
3.4. Le influenze sull'indipendenza esterna	p. 109
3.5. Il ruolo degli organi legislativi	p. 110
3.6. Il ruolo del Partito comunista cinese	p. 114
3.7. L'influenza dei mezzi di comunicazione di massa	p. 124
3.8. L'influenza delle parti e degli organi di governo locale: il <i>guanxi</i> , la corruzione ed il protezionismo locale	p. 131
CAPITOLO III	
La professionalità del giudice	
<i>Un confronto tra oriente e occidente</i>	
<u>1. La professionalità del giudice tra oriente e occidente</u>	
1.1. Premessa	p. 139
1.2. La prospettiva occidentale	p. 140
<u>2. La formazione dei magistrati in Cina</u>	
2.1. La storia: l'organizzazione degli esami imperiali le prime università	p. 146
2.2. Le attuali norme di riferimento l'esame nazionale per l'accesso alle professioni legali	p. 153
2.3. Considerazioni ed esempi	p. 159
<u>3. Considerazioni conclusive</u>	
3.1. Un nuovo ruolo per il giudice cinese?	p. 168
3.2. Elementi di modernizzazione e criticità	p. 175
<u>Indice delle opere citate</u>	p. I
<u>Glossario</u>	p. XVIII

Premessa



Il mondo con l'Europa al centro è l'immagine che sin dalle scuole elementari ho trovato appesa alle pareti della classe, mai conosciuta in maniera approfondita, ma se non altro familiare e inconsciamente punto di partenza della mente quando ci si avvicina ad un paese diverso. La seconda immagine, con l'Asia al centro, è invece quella ritrovata nell'aula di Chongqing (megalopoli industriale cinese); ad uno sguardo veloce figura conosciuta, ma diversa e la mente ha impiegato qualche secondo prima di capirne il perché.

Nonostante gli avvertimenti trasmessi dai primi passi verso lo studio del diritto cinese, che consigliavano di ridimensionare (per quanto possibile) le categorie occidentali nell'approccio con un contesto così (anche geograficamente) distante, solo adesso mi rendo conto di quanto determinate realtà non siano immediatamente comprensibili senza una diretta conoscenza. Difficile dire quanto di quel mondo lontano sia riuscita ad assorbire in questi anni di studio e soprattutto quanto sia riuscita a rielaborare sotto l'egida della comparazione poiché, forse, molte cose si comprendono meglio oltre che con lo studio, in un congruo periodo di tempo in cui le nozioni lasciano lo spazio ad una riflessione critica che, per definizione, non può essere immediata.

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

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

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

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

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

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

con professori cinesi di diritto decisamente interessanti ed istruttivi; ovviamente un aiuto era necessario e l'aver conosciuto una giovane studentessa volenterosa e capace di parlare l'inglese (circostanza non scontata perlomeno nell'Università di Chongqing) è stato di cruciale importanza. Riuscire ad esprimermi o quantomeno provare a farlo mi ha permesso di apprezzare di più l'esperienza di vita in Cina e anche di capire che molto del materiale raccolto richiede un ulteriore approfondimento. Per questa ragione non l'ho inserito nella tesi di dottorato; è certamente un limite per il mio lavoro attuale, che però voglio considerare come la prima tappa di un percorso più lungo.

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

Sebbene consapevole di quanto sopra, ho dato importanza alle norme nazionali; alla costituzione e alle leggi approvate in tema di magistratura a partire dal 1979 in poi; sicuramente la *rule of law* socialista introdotta nella Costituzione cinese nel 1999 permette decisioni e soluzioni elastiche e flessibili che mettono in crisi chi ricerca in una norma la certezza della sua applicazione, ma è altresì vero che per capire la flessibilità o l'ambivalenza cinese, come talvolta è stata descritta, è necessario comprendere da quale schema le soluzioni cinesi si discostino.

Lo scopo di questo lavoro è dunque quello di definire a livello normativo l'indipendenza e la professionalità del giudice inquadrando i due concetti in un contesto storico e con raffronti con la tradizione giuridica occidentale inserendo, laddove è parso utile a fini della chiarezza, qualche descrizione dell'applicazione concreta delle norme descritte.

CAPITOLO I

Introduzione

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

SOMMARIO: 1. Cenni storici dell'ordinamento giuridico cinese. – 1.1. Premessa. – 1.2. Il diritto durante l'Impero. – 1.3. Il diritto tra fine Ottocento ed inizio Novecento, la prima influenza delle potenze occidentali ed il diritto cinese sotto la guida del Partito nazionalista. – 1.4. La lunga marcia ed il diritto sotto la guida di Mao. – 1.5. Tratti salienti del diritto cinese dalla morte di Mao ad oggi. – 2. Più in particolare: l'organizzazione giudiziaria cinese. – 2.1. L'odierno sistema delle corti. – 2.2. L'attuale contesto della riforma giuridica cinese – 3. Profilo storico del concetto di magistratura in Cina. – 3.1. Premessa. – 3.2. Dalla figura del magistrato imperiale al giudice odierno. – 3.3. La magistratura e le sue caratteristiche.

1. Cenni storici dell'ordinamento giuridico cinese

1.1 Premessa

La storia della Cina è storia millenaria, come bene ricorda lo stesso Preambolo alla vigente costituzione del 1982¹. L'Impero cinese (“Impero celeste”) ha infatti le sue origini nella dinastia Xia (2205 a. C.-1767 a. C.) e fin dal 221 a. C. (dinastia Qin) dopo l'epoca degli “Stati combattenti” (475-221 a. C.) è caratterizzato da una marcata centralizzazione del potere. Questa caratteristica, nonostante periodi anche molto lunghi di tensioni e scontri interni, ha marcato in modo indelebile la cultura politica cinese, impegnata a dibattere sulle forme ideali di suddivisione territoriale e di rapporto tra centro e periferia. Già in epoca molto antica si è avuta una polarizzazione tra i sostenitori di uno stato centrale forte e chi proponeva varie forme di decentramento amministrativo².

¹ Questo l'incipit del Preambolo: “China is a country with one of the longest histories in the world. The people of all of China's nationalities have jointly created a culture of grandeur and have a glorious revolutionary tradition”. Per una traduzione inglese aggiornata vedi http://www.leggcinesi.it/view_doc.asp?docID=384.

² Mazza M., *Decentramento e governo locale nella Repubblica popolare cinese*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 2-3, Timoteo M., voce *Cina*, in *Aggiornamento del Digesto di Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, Torino, Utet, 2010, p. 181 ss., p. 185 ss.

Le fondamenta culturali dell'Impero cinese comprendono innanzitutto l'idea del così detto *mandato del cielo*, 天命 (*Tianming*), in forza del quale il sovrano può regnare e governare a patto che non venga meno ai suoi doveri, evenienza questa che legittimerebbe, attraverso l'insurrezione dei sudditi, la revoca del mandato a governare³.

La teoria del *mandato celeste* ha permesso quindi di non percepire come un'insanabile rottura il succedersi delle diverse dinastie. In tale visione, era l'Imperatore che, non riuscendo a mantenere l'armonia tra cielo, uomini e terra⁴, legittimava l'insurrezione che avrebbe espresso un nuovo comandante chiamato ad assumere a sua volta il compito di ricercare l'equilibrio nell'Impero. L'idea dell'esistenza di un ordine universale dipendente dal comportamento dei singoli ha come riflesso la concezione che la persona più capace di influire sull'evoluzione della società e del diritto cinese sia proprio l'Imperatore, il quale deve conoscere le leggi dell'armonia universale 礼(*li*)⁵ e, tramite l'esempio⁶, trasmetterle ai propri sudditi.

E' però intorno al 960 d. C. (dinastia Song) che si perfeziona l'onnipotente apparato amministrativo centrale che avrebbe dominato la storia cinese sino all'inizio dello scorso secolo⁷. L'Impero è infatti sopravvissuto sino al 1911; questa lunghissima durata ha contribuito ad alimentare nei giuristi occidentali la percezione di una grande staticità dell'ordinamento cinese. In una prospettiva orientale, le cose stanno però in

³ Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, Milano, Utet, 2007, p. 54.

⁴ 王 (*Wang*) i tre tratti orizzontali rappresentano, partendo dall'alto, il cielo, gli uomini e la terra, il tratto verticale rappresenta l'Imperatore che deve mantenerli in armonia. Timoteo M., *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Bologna, Libreria Bonomo, 2005, pp. 10- 11. Ancora oggi il termine 革命 (*geming*) che letteralmente significa cambio di investitura, viene utilizzato con il significato di 'rivoluzione', Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, Milano, I.S.E.S.A.O., 1996, pp. 7-8.

⁵ Si è soliti tradurre *li* con rito, in particolare rito confuciano, ma sarebbe più corretto tradurre "ciò che è conforme all'agire naturale per la realizzazione dell'ordine universale", Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 53.

⁶ L'Imperatore preferiva spingere il popolo verso l'adempimento dei propri doveri con la persuasione (dell'esempio) piuttosto che con la punizione, Cao Pei, *La dottrina confuciana e il "governo dell'uomo": l'umanesimo cinese originario*, in Costa P., Zolo D., *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 739 ss., p. 742 ss.

⁷ Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, Franco Angeli, 1999, p. 81. Modello che fu condiviso dalle ultime quattro dinastie dell'Impero, oltre la citata dinastia Song anche la Yuan (1271- 1368), la Ming (1368- 1644) e la Qing (1644- 1911).

modo assai diverso. Per prima cosa pensiamo al significato che nella lingua cinese ha il nome di questa nazione : 中国 (*zhongguo*), ovvero “paese di mezzo”. La Cina rappresentava in Asia il paese centrale per la sua posizione geografica, ma era soprattutto il paese centrale nella frammentata tradizione culturale della stessa, in quanto era il paese dove si erano sviluppati gli elementi fondanti di una civiltà raffinata e complessa: la scrittura, la filosofia (principalmente quella confuciana) e quelli che, secondo le categorie occidentali, erano gli istituti giuridici di base. Tale visione si ritrova anche nel termine 化 (*hua*), utilizzato dai giapponesi per definire la Cina; l'ideogramma rappresenta una persona con in mano un mestolo, poiché il mestolo serve a ‘rimiscolare’, il simbolo sta a significare che l'uomo colto è colui che sa modificarsi ed adattarsi alle diverse condizioni. Il carattere *hua* significava anche civiltà, ed era proprio un'immagine di civiltà avanzata quella che la Cina dava di sé ai paesi limitrofi⁸.

Come vedremo, la longevità dell'Impero non si è accompagnata a quell'immobilismo percepito dagli osservatori occidentali⁹. Descrivere l'evoluzione del diritto cinese attraverso l'uso della analisi comparativa significa documentare e comprendere i passaggi attraverso cui una delle società con radici storiche più antiche ha creato e sviluppato quella “cultura grandiosa e illuminante” cui si fa riferimento nel Preambolo della

⁸ “[...] si definì uno schema in cui all'Imperatore cinese, nella sua posizione di rappresentante e tutore dell'ordine cosmico, spettava la diffusione della ‘cultura’ ai ‘barbarici’ margini della civiltà. Fu quest'idea a fondare il grande prestigio dei modelli istituzionali cinesi e a dar vita ad un sistema di relazioni internazionali tipico dell'area est-asiatica, detto ‘tributario’. In base a tale sistema i popoli dei paesi limitrofi inviavano missioni presso l'Imperatore cinese presentando a questi un tributo con cui ne riconoscevano la superiorità; in cambio ai popoli confinanti si concedeva di apprendere ed importare nei propri Paesi i superiori modelli culturali, istituzionali, giuridici cinesi”. Timoteo M., *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., pp. 10-11.

⁹ Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 1 e ss., vedi anche pp. 47-48. In proposito risultano determinanti le considerazioni del medesimo manuale circa le classificazioni in famiglie giuridiche riportate in alcuni testi di diritto comparato: nel manuale di R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (tr. italiana a cura di Sacco R.), Padova, 1980, il diritto cinese e giapponese erano inseriti nell'indistinta categoria delle ‘altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto’. Ancora nella penultima edizione di quel manuale si parlava di ‘ruolo minore del diritto’ per la Cina; ID., p. 4, per ulteriori classificazioni sistemologiche vedi anche Timoteo M., *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., pp. 1-17 e Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 35 ss.

costituzione cinese del 1982¹⁰. Inoltre, nonostante che i contatti tra occidente e Cina siano ormai quotidiani e nonostante la notevole influenza occidentale sullo sviluppo della società cinese, è opportuno non scordare che esistono fattori culturali che continuano ad avere un importante impatto sulle forme di regolamentazione della società cinese¹¹.

L'analisi comparativa consente anche di sviluppare un esame critico di quei principi ed istituti che in occidente si è abituati a considerare acquisiti: è pertanto necessario affrontare lo studio del diritto cinese con umiltà e apertura mentale come premessa necessaria per capire questa complessa realtà e valutarne pienamente i riflessi sul progresso intellettuale e sociale¹².

1.2. Il diritto durante l'Impero

*Colpirne uno per educarne cento*¹³.

I cinesi hanno scritto poco sulla storia del diritto in epoca imperiale¹⁴ e comunque non hanno tendenzialmente considerato centrale l'idea del diritto come scienza, soprattutto in virtù del fatto che giurisdizione ed amministrazione non sono mai state profondamente distinte. La riconduzione di molti istituti sociali all'ambito giuridico è avvenuta

¹⁰ I termini sono ripresi dalla traduzione italiana a cura di Melis G. della costituzione cinese disponibile su http://www.tuttocina.it/Mondo_cinese/043/043_cost.htm, la traduzione risale al 1983 pertanto mancano i quattro emendamenti costituzionali (1988, 1993, 1999, 2004).

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

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

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

¹⁴ E' forse qui il caso di ricordare l'uscita nel 1982 a Pechino del manuale di "Storia del sistema giuridico cinese" (*Zhongguo fazhishi*), influenzato dalla politica socialista. Per ulteriori approfondimenti e per una dettagliata suddivisione dei capitoli vedi Crespi Reghizzi G., *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, in *Quaderni fiorentini*, 1985, p. 529 ss., vedi anche Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 15.

principalmente su ispirazione occidentale¹⁵. Lo studio della tradizione giuridica cinese in epoca imperiale presuppone l'apprendimento di quanto espresso dal pensiero di Confucio e dei suoi discepoli in materia di governo, legislazione, regole di condotta e rapporti fra i consociati¹⁶.

Confucio, che si ritiene abbia vissuto tra il 551 ed il 479 a. C., ha permeato della sua filosofia tutta la Cina ed il suo pensiero è divenuto vera ideologia di stato, tanto da penetrare fino agli strati più profondi della società, fungendo da collante tra la stessa e lo stato¹⁷.

In particolare, il confucianesimo 'tramandava'¹⁸ che la società poteva dirsi ordinata quando le cose corrispondevano al loro nome (c. d. raddrizzamento dei nomi) nel rispetto di precise gerarchie tra uomini (principio gerarchico) all'interno delle quali ciascun individuo era destinatario di una serie di doveri che cambiavano con il mutare dei reciproci rapporti (principio di differenziazione); relazioni che si costituivano nelle forme di organizzazione di base della società, partendo dalla famiglia fino a crescere in gruppi di persone più numerosi, quali clan e villaggi. La società cinese, infatti, non nasce come società individualista; l'individuo rileva non in quanto tale, ma in quanto appartenente ad un gruppo¹⁹. L'ideologia confuciana enfatizza le relazioni sociali dalle quali scaturiscono direttamente solo dei doveri, non anche dei diritti soggettivi. Il principio gerarchico però fa sì che l'inferiore sia legittimato ad aspettarsi protezione (che può presentarsi sotto varie forme) da parte del superiore, ma tale pretesa non può essere inquadrata come diritto, bensì come l'adempimento di un obbligo, ovvero del rispetto del dovere derivante dalla posizione occupata nella società; questo è concetto in linea con il fatto che l'individuo rileva solo come parte di un gruppo, il rispetto dei doveri all'interno dello stesso è quindi nell'interesse di tutta la comunità.

Da quanto sopra deriva un'altra caratteristica essenziale dell'ordinamento tradizionale cinese, ovvero la mancanza del principio di uguaglianza davanti

¹⁵ P. Rossi, *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, cit., p. 16.

¹⁶ Dell'Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, Padova, Cedam, 1981, p. 6.

¹⁷ Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 54.

¹⁸ "Nel tramandare senza nulla aggiungere, riponendo tutta la fede e l'amore nell'antichità, oso paragonarmi al venerabile Peng", Confucio, *Dialoghi* (trad. it. e cura di T. Lippiello), Torino, Einaudi, 2006, (7.1.), p. 67.

¹⁹ La posizione nella società era determinata da cinque relazioni: sovrano-suddito; padre-figlio; marito-moglie; fratello maggiore- fratello minore; amico (più anziano) - amico (più giovane), Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., pp. 47-48.

alla legge, anzi, se si vuole, il principio è proprio quello opposto, il diritto che un soggetto si vede applicare dipende proprio dallo *status* occupato all'interno della società, casi analoghi non erano decisi in modo analogo; se un figlio uccideva il padre poteva essere condannato a morte (l'inferiore che uccide il superiore è visto come sovvertitore dell'ordine gerarchico), il padre che uccide il figlio disobbediente al più può ricevere qualche punizione fisica (e certo non sovverte l'ordine gerarchico).

“The early li were the product of a society in which hierarchical difference was emphasized. That is to say, the li prescribed sharply differing patterns of behavior according to a person's age and rank both within his family and in society at large (one pattern when acting towards a superior, another toward an inferior, still a third toward an equal). This idea of hierarchical difference, with resulting differences in behavior and privilege, has remained alive in Confucianism throughout imperial times, despite the disappearance of the pre-imperial feudal society that first gave it birth”²⁰.

La penuria di materiali propriamente ‘giuridici’, nell’accezione occidentale, può trovare spiegazione nel fatto che la filosofia confuciana insisteva soprattutto sulla necessità di prevenire l’insorgere delle controversie, piuttosto che dirimerle, in quanto queste rappresentavano eventi disdicevoli che turbavano l’armonia sociale. L’avversione nei confronti delle liti e la volontà di educare il popolo a rifuggirle significava spronare l’uomo a migliorare sé stesso affinché potesse poi migliorare gli altri²¹.

Questo non significa che non esistessero autorità chiamate a decidere su controversie; infatti, non sempre la composizione amichevole effettuata dal capo del villaggio o del gruppo, del clan o della famiglia (nucleo essenziale della società) poteva essere attuata²² ed allora, si adiva il tribunale di primo grado collocato a livello distrettuale, all’interno del quale la disputa era affidata al magistrato imperiale che preferiva, a sua volta, fare uso di criteri di equità elastici e sensibili alla *particolarità* del caso concreto, in base a regole e virtù dell’etica confuciana, piuttosto che pervenire ad una decisione

²⁰ Bodde and Morris come citati da Menski W., *Comparative Law in a Global Context: the Legal Systems of Asia and Africa*, cit., p. 514.

²¹ “...risolvere una controversia: questo potrei ben farlo come chiunque altro. Ma, certamente fare in modo che non vi siano controversie, non sarebbe forse meglio?” Il dialogo è tradotto da Tomassini, così come riportato da Dell’Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, cit., p. 7 ss.

²² In molti casi il semplice fatto di scegliere la ‘via legale’, magari anche per una pretesa più che fondata, poteva far apparire l’attore come un attentatore alla pace sociale, Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 92

basata su regole predeterminate desumibili da testi di legge. Si tratta qui della nota contrapposizione fra i citati *li* e le 法 (*fa*)²³. La citazione che segue appare illuminante:

“Le controversie giudiziarie tenderebbero a moltiplicarsi smisuratamente se il popolo non avesse timore dei tribunali e confidasse di trovare in essi una rapida e perfetta giustizia...Pertanto io desidero che coloro che si rivolgono ai tribunali siano trattati senza pietà ed in tale modo che essi sentano una avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire dinanzi a un magistrato. In tal modo il male sarà tagliato alle radici; i buoni cittadini che abbiano tra loro delle controversie le comporranno come fratelli accedendo all'arbitrato di un uomo anziano o del capo del villaggio. Per quanto riguarda i turbolenti, gli ostinati e i litigiosi, lasciate che si trovino nei tribunali: questa è la giustizia che si meritano”²⁴.

I *li* sono dunque rappresentati da quei riti e da quelle regole di vita associativa derivanti dal confucianesimo che, ispirati dall'esigenza dell'armonia con l'ordine naturale universale, assicurano una pacifica convivenza tra i consociati. Le *fa*, ovvero le leggi scritte alle quali il popolo era tenuto a conformarsi erano emanate soprattutto in relazione a comportamenti criminosi, ovvero per reprimere o correggere quelle azioni che minacciassero la società e la sua armonia, cosa che ha contribuito a far ritenere che se in Cina di diritto si doveva parlare, lo si doveva fare nei termini del diritto penale²⁵. In realtà, dal momento che il governo dell'uomo

²³ In realtà ridurre il diritto cinese tradizionale alla contrapposizione tra *li* e *fa*, ovvero tra leggi e riti è cosa riduttiva; per una trattazione più completa sulle basi del diritto cinese autoctono vedi Sacco R., voce *Cina*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, p. 360 ss.; infatti, sono esistiti dei veri e propri codici durante le varie dinastie, ma ciò che è necessario sempre considerare è il fatto che essi rappresentavano sì un corpo di norme messe in atto dal sistema burocratico, ma non nascevano dall'esigenza di tutelare i cittadini, quanto piuttosto da quella di tutelare l'Impero, vedi anche Jones C. W., *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, in Hsu (Edited by), *Understanding China's Legal System: Essay in Honor of Jerome A. Cohen*, New York, New York University Press, 2003, p.7 ss., p. 11 ss., Menski W., *Comparative Law in a Global Context: the Legal Systems of Asia and Africa*, cit., p. 521 ss.

²⁴ Jernigan, *Cina*, in *Law and Commerce*, New York, 1905, pp. 191-192 come citato da Dell' Aquila E., *Il diritto cinese*, cit., p. 7.

²⁵ “A me pare di non andare troppo lontano dal vero se congetturo che le regole operanti in Cina [...] siano invece regole giuridiche, gestite senza che il potere centralizzato se ne interessi. Lo Stato si cura del diritto pubblico [...]. Al resto provvedono i gradini inferiori del tessuto sociale, con regole note a tutti e capaci di indicare una via d'uscita per ogni conflitto d'interessi, e capaci altresì di costringere il contendente riottoso, mediante sanzioni sociali irresistibili, a rispettare la soluzione che è stata elaborata per il suo caso.

Secondo la ricostruzione di maniera di cui parlo, il diritto cinese tradizionale non regolerebbe né la famiglia né la società, mentre il diritto penale cinese regolerebbe i reati

人治 (*renzhi*) era preferito al governo della legge 法治 (*fazhi*), i rapporti quotidiani tra privati erano sì regolati, ma dai riti confuciani²⁶.

Da quanto sopra emerge non solo una tradizionale avversione cinese nei confronti dei tribunali, ma anche della risoluzione formale delle controversie. In altri termini, si preferiva essere giudicati da un funzionario imperiale colto ed istruito secondo la morale confuciana piuttosto che da un tecnico del diritto²⁷.

In contrapposizione a questa visione, la più antica scuola dei legisti (III secolo a. C.) si era, invece, in parte avvicinata a quello che noi oggi potremmo definire il principio della certezza del diritto²⁸ e della soggezione del giudice alla legge²⁹, sostenendo la necessità di una applicazione rigorosa della stessa anche come regola volta a limitare il potere, e la necessità di leggi chiare, imparziali ed uniformi³⁰. La scuola legista non deve tra l'altro

contro la famiglia e il furto. Se le cose sono così, il diritto penale cinese recepisce e giuridizza regole di famiglia e proprietà tratte da un altro sistema di fonti, cioè da quel diritto consuetudinario che gli occidentali scambiano per una etica filosofica”, Sacco R., *Il diritto muto*, in *26 Rivista di diritto civile*, 1993, p. 689 ss., p. 698.

²⁶ “Se lo guidi con le leggi e lo rendi uniforme con le punizioni, il popolo le scenserà e non conoscerà la vergogna. Se lo guidi con la virtù e lo rendi uniforme con i riti, conoscerà la vergogna e perverrà (al bene)”, Confucio, *Dialoghi*, tr. di Tomassini citato da Dell'Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, cit., p. 23. Sul tema vedi Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit. e Dell'Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, cit., Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 51 ss., Moccia L., *Il diritto in Cina*, Torino, Bollati Boringhieri, 2009, p. 85 ss.

²⁷ Alla base della preparazione culturale della classe dirigente della Cina imperiale vi erano testi confuciani che contenevano le ‘regole’ delle virtù morali che sia il sovrano che i suoi sudditi dovevano possedere, Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 57, il testo che segue è idoneo ad illustrare quanto esposto: “(il principe) onori gli uomini virtuosi, si avvalga degli uomini più capaci, così che nelle magistrature vi siano persone eminenti per virtù e talento: allora tutti i letterati dell'Impero si rallegreranno e vorranno stabilirsi alla sua corte”, Mencio come citato da Cao Pei, *La dottrina confuciana e il “governo dell'uomo”: l'umanesimo cinese originario*, cit., p. 751. Per un approfondimento vedi Timoteo M., *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, in Varano V. (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 301 ss.

²⁸ Gianformaggio L., voce *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, p. 278 ss.

²⁹ “[...] nel periodo storico della divisione della Cina in molteplici ‘regni combattenti’ (III secolo a. C.) si divulgò la dottrina dei legisti, i quali insistettero sulla necessità di preregolare mediante prescrizioni legali la condotta dei cittadini e le decisioni dei giudici. La concezione del diritto proposta in Cina in quell'epoca è molto vicina a quella occidentale”, Sacco R., voce *Cina*, cit., p. 361.

³⁰ Taruffo M., *L'organizzazione giudiziaria in Cina*, in *48 Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 757 ss., p. 758, Ripensando alla diversità di trattamento tra un

essere dimenticata per il contributo fondamentale apportato alle basi teoriche ed istituzionali di quello che sarebbe in futuro divenuto l'Impero burocratico centralizzato³¹. Fino a qualche anno fa, però, l'influenza del legismo veniva sottovalutata; in realtà, secondo studi sviluppatasi alla fine del XX secolo, che affrontano in maniera più sistematica il ruolo del diritto negli ultimi due secoli dell'Impero celeste, vengono rivisitate due delle maggiori convinzioni (costruite dalla dominante ideologia confuciana)³² che fino a quel momento avevano prevalso sulla storiografia occidentale della Cina: il carattere essenzialmente penale del diritto scritto cinese ed un ruolo principalmente di arbitro/mediatore del magistrato imperiale. E' infatti vero che i casi più gravi erano generalmente quelli penali, ma è altresì vero che quelli minori, decisi su richiesta di un singolo, riguardavano materie che, in una prospettiva occidentale, rientrerebbero nel diritto civile (famiglia, matrimonio, terra). Queste ultime questioni erano definite 'reati minori' nel senso che minore era l'interesse dell'Impero nei loro confronti; il fraintendimento nasceva dal fatto che erano pur sempre elaborati in termini di proibizioni e punizioni e non come diritti. Mancavano principi generali e dunque "dall'esempio negativo" (la punizione) si doveva ricavare il "principio positivo" (il diritto sottostante). A ciò si aggiunga il fatto che la punizione prevista *ex lege* spesso non veniva nemmeno comminata; ciò che più importava alle corti locali era sostenere i diritti impliciti nel codice³³.

Tali nuove impostazioni ridimensionano quanto descritto dell'amministrazione della giustizia durante l'Impero; in realtà le controversie civili hanno rappresentato, almeno dalla fine del Settecento, quasi un terzo del lavoro svolto dalle corti dimostrando che i magistrati applicavano la legge anche nella risoluzione delle materie civili; resta

figlio che uccide il padre e viceversa si tenga conto che in base al legismo divengono ammissibili (se non incoraggiate) le denunce tra familiari e le testimonianze dei figli contro i padri prima proibite dalle regole del *li* fondate sulla pietà filiale, Castellucci I., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Trento, Uni Service, 2008, p. 64.

³¹ Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 11.

³² In generale sul tema vedi Ruskola T., *Legal Orientalism*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Foundation Press, 2009, p. 43 ss.

³³ Paderni P., *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo*, in 97 *Mondo cinese* 1998, disponibile su http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/097/097_pade.htm.

comunque vero che, laddove possibile, la risoluzione della disputa era demandata alla mediazione extragiudiziale della comunità o del clan³⁴.

In sintesi, resta valida l'affermazione in base alla quale i concetti attorno ai quali ruota l'organizzazione confuciana della società cinese ai tempi dell'Impero sono i *li* e le *fa*, ovvero quei principi naturali che col tempo vennero anche definiti rispettivamente come riti confuciani e leggi³⁵ e che l'individuo era maggiormente coinvolto dalle leggi nella misura in cui veniva toccata l'organizzazione dello stato e gli interessi ad essa sottostanti e che il sistema non era quindi basato sul concetto di diritto soggettivo e sulla sua conseguente applicazione concreta³⁶.

Vi è chi ha parlato con riferimento al diritto imperiale di un 'doppio binario di legalità' lungo il quale scorreva il diritto autoctono cinese, da un lato il diritto (statale) formale, composto dalle *fa* e sostenuto dall'apparato della giustizia imperiale, dall'altro quello basato sui *li* (extrastatale), sostenuto dall'azione di conciliazione-mediazione di coloro che ricoprivano un ruolo autorevole e di responsabilità all'interno del gruppo di appartenenza; in questo senso la giustizia imperiale è stata accostata alla giustizia inglese medioevale secondo la seguente proporzione³⁷:

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

In altri termini, la differenza più lampante tra oriente ed occidente, secondo alcuni, risiede proprio in questa assenza del concetto di diritto soggettivo e soprattutto nel fatto che anche laddove di diritto in senso soggettivo si poteva parlare, il suo significato mutava costantemente in rapporto alle relazioni nei confronti degli altri soggetti della comunità³⁸; ciò

³⁴ Paderni P., *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo*, cit., per approfondimenti sulle "materie minori e maggiori" nonché sui codici dinastici vedi Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 62 ss., Timoteo M., *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, cit., p. 303.

³⁵ In realtà non è certa l'origine del *fa*, vedi Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 29 ss. vedi anche Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., pp. 8-9, ciò che è certo è che ad oggi il significato generalmente attribuito è quello di legge o diritto, il simbolo 法 (*fa*) è utilizzato per indicare i corsi universitari e le varie leggi, ovviamente preceduto dalla materia giuridica trattata.

³⁶ Jones W. C., *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, cit., p. 17 ss.

³⁷ Moccia L., *Il diritto in Cina*, cit., pp. 33-34.

³⁸ Peerenboom R., *What's Wrong With Chinese Rights: Toward a Theory of Rights with Chinese Characteristics*, in 6 *Harvard Human Rights Journal*, 1993, p. 29 ss., a p. 47, vedi anche Liang Zhiping, *Explicating "Law": A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture*, in 3 *Journal of Chinese Law*, 1989, p. 55 ss.

che dunque rileva ai fini di questo lavoro è che anche se di legalità si poteva discutere essa non era concepita a tutela dei diritti dei singoli, ma come mezzo coercitivo del potere centrale per controllare e coordinare l'apparato burocratico ed ovviamente anche per reprimere i comportamenti criminosi³⁹. Questo non contrasta con quanto sopra enunciato se si pensa al fatto che, sempre nel tardo Impero, si incrementò la pratica di inserire all'interno di un corpo di articoli imm modificabili trasmessi dai codici dinastici anche i *li*, quali adattamenti alle nuove realtà sociali e politiche⁴⁰. Di conseguenza, anche se in base a quanto stabilito dalla scuola legista ci si può riferire a categorie più simili a quelle elaborate dall'occidente, persiste la circostanza in base alla quale secondo il diritto cinese autoctono la discrezionalità del giudice “veniva estesa in una misura incompatibile con l'esigenza occidentale di certezza del diritto”, quindi anche laddove le *fa* venivano prese in considerazione per la risoluzione del caso spesso rappresentavano soltanto un punto di riferimento non vincolante⁴¹.

La discrezionalità del magistrato (che prima che giudice era l'amministratore di un determinato territorio) risiedeva dunque nel bilanciare la legge con i principi etici contenuti nelle opere del confucianesimo; non si deve sottovalutare la circostanza che proprio sui testi confuciani venivano preparati gli esami imperiali, i quali, basati (almeno in teoria) su criteri meritocratici, dovevano servire quale accesso all'amministrazione statale in generale. Essi erano uguali per tutti gli amministratori dislocati sul territorio imperiale; quindi la base culturale era la medesima, circostanza che ha portato al consolidarsi di uno dei tratti più caratteristici del sistema giuridico cinese, ovvero una poco netta distinzione tra amministrazione e giurisdizione, l'Impero infatti non conosceva l'idea della separazione dei poteri. Anche se i governi centrali e provinciali erano spesso organizzati sulla base di una divisione funzionale degli uffici, questo era dovuto essenzialmente ad esigenze organizzative interne all'amministrazione e, talvolta, si accompagnava ad una sovrapposizione di funzioni⁴². A livello

³⁹ Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., pp. 13-14.

⁴⁰ Paderni, P., *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo* cit.

⁴¹ Losano M. G., *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma, Laterza, 2000, p. 408.

⁴² Un'influenza del confucianesimo è certamente ancora oggi presente, ma difficile da valutare. Molte affermazioni che riconducono certe caratteristiche dell'ordinamento cinese odierno al confucianesimo partono da premesse non pienamente dimostrate; “Durante il Novecento la segmentazione dell'ordinamento cinese in fasi influenzate da diverse filosofie politiche ha ostacolato le ricerche su quell'elemento fondamentale che non è tanto il sapere

centrale, inoltre, tale separazione non era presente; tutti i poteri dello stato erano concentrati ed i funzionari distrettuali erano dunque responsabili di tutte le attività amministrative, dalla giustizia ai tributi, dalle opere pubbliche all'istruzione⁴³.

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

*Senza Partito comunista non ci sarebbe la nuova Cina*⁴⁴.

Il XIX secolo rappresenta per l'occidente il periodo dell'imperialismo e del colonialismo. Quando gli inglesi, desiderosi di ampliare i loro commerci e di occupare nuovi porti, decisero di iniziare a commerciare in Cina l'oppio acquistato in India, si ebbero non solo enormi ripercussioni economiche, ma anche sociali, a causa della capillare diffusione di tale droga nel paese⁴⁵. Questi sono i prodromi delle due guerre dell'oppio (1839-1842 e 1856-1860) che videro schierati in Asia orientale non solo gli inglesi, ma le potenze occidentali in generale. Le guerre si conclusero con la stipula dei così detti trattati ineguali (o diseguali), ovvero accordi internazionali che garantivano privilegi doganali alle potenze straniere, cessioni di territori e, da un punto di vista giuridico, causarono il divieto a giudicare secondo il diritto autoctono ogni persona fisica e giuridica occidentale; in tali casi erano invece competenti a decidere i tribunali consolari, all'uopo istituiti, che applicavano il diritto del paese di appartenenza del cittadino straniero (c.d.

cosa sia il pensiero confuciano in fase storica, ma che cosa di esso sopravviveva di fase in fase e quale sia oggi il suo influsso sul sistema giuridico”, Rossi P., *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, cit., p. 29.

⁴³ “[...] l'enfasi che tale sistema pose sull'educazione letteraria, contribuì alla definitiva fusione della classe dei ‘gentiluomini di pennello’ confuciani (*junzi*) con quella dei funzionari imperiali (*guan*): coloro che esercitavano un servizio pubblico, infatti, appartenevano ormai esattamente alla medesima ‘casta’ della quale facevano parte anche tutti i funzionari in pensione [...]”, Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 83.

⁴⁴ Lo slogan è attribuito a Chiang Kai-Shek alla guida del Partito nazionalista dal 1927 al 1949 che fu costretto ad allearsi con il Partito comunista sorto nel 1921, acerrimo nemico, per resistere all'invasione giapponese, nato con questi propositi si è rivelato in un certo senso premonitore, per ulteriori approfondimenti vedi Stafutti S., Ajani G., *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 5 ss.

⁴⁵ Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 109.

clausole di extraterritorialità)⁴⁶. Le guerre dell'oppio avviarono la fine del millenario Impero celeste che avverrà formalmente nel 1911.

Le clausole di extraterritorialità rappresentano dunque il primo di una serie di segnali che le potenze occidentali inviano alla Cina al fine di far capire che la sua struttura organizzativa, agli occhi occidentali, non aveva una articolazione giuridica sufficiente a permetterle di giudicare casi in cui fosse stato coinvolto un cittadino straniero. Nemmeno troppo velatamente le potenze occidentali tentarono di trasmettere alla Cina l'idea che il suo diritto non fosse adeguato; questo perché agli occhi occidentali sembrò che in Cina vi fosse assenza o grande carenza di diritto in senso proprio, ovvero di testi legislativi e di testi di argomento effettivamente giuridico; su questo presupposto le potenze occidentali le chiesero di dotarsi di una giurisdizione conforme alle pretese europee di tutela, caratteristiche di uno stato di diritto, poiché ritenevano che la stessa non avesse ancora raggiunto quel livello di cultura giuridica necessario per una nazione che volesse abbandonare il ruolo di stato secondario⁴⁷.

Solo negli ultimi anni dell'Impero la Cina comprese l'importanza di cominciare una riforma istituzionale e così, all'inizio del Novecento, iniziarono i primi esperimenti di cambiamento⁴⁸. L'uropeizzazione dell'apparato giudiziario e statale in Cina si manifestò come un passaggio obbligato per riconquistare la propria piena sovranità e quindi l'effettiva

⁴⁶ Vedi in generale Herrfahrtdt H., *La preistoria dei 'patti diseguali' della Cina (1939)*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 1 ss., un esempio di clausola di extraterritorialità è il seguente: "China having expressed a strong desire to reform her judicial system and to bring it into accord with that of Western nations [...] Great Britain agrees to give every assistance to such reform, and she will also be prepared to relinquish her extra-territorial rights when she is satisfied that the state of Chinese laws, the arrangements for their administration and other considerations, warrant her in so doing", Cheng Tien-His, *The development and Reform of Chinese Law, 1 Current Legal Problems*, 1948, pp. 170 ss., come citato da Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 178.

⁴⁷Herrfahrtdt H., *La preistoria dei 'patti diseguali' della Cina (1939)*, cit., p. 3. A quanto esposto nel testo si aggiunga anche la considerazione che, secondo l'ideologia confuciana, ogni popolo ha un proprio *li*, ossia un ordine etico e sociale. Quindi, le clausole di extraterritorialità, contenute nei trattati diseguali, non suscitarono inizialmente nel popolo cinese quel senso di inadeguatezza (che fu piuttosto percepito dall'osservatore occidentale), bensì la Cina si attendeva dall'ordine etico e sociale dello straniero un ordinamento capace di garantire la pace. Contrariamente alle aspettative cinesi, gli occidentali si presentarono come individui privi di un ordine morale da seguire e particolarmente pericolosi in virtù anche delle loro armi da ID., pp. 4-5-6.

⁴⁸ Sul tema vedi Timoteo M., *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., p. 65 ss.

parità con le potenze occidentali⁴⁹. Attraverso commissioni e vere e proprie ‘spedizioni’ di studiosi in occidente⁵⁰, la Cina cominciò a considerare i codici che l'Europa aveva elaborato⁵¹ ed anche a studiare diverse carte costituzionali occidentali⁵². Ne emersero vari progetti di codici sia di diritto sostanziale che processuale, ma nessuno di questi entrò in vigore⁵³; i motivi furono diversi, ma in particolare si era diffuso il pensiero che i valori tradizionali cinesi non potessero integrarsi con le tecniche del sapere occidentale che richiedevano di adottare anche i valori propri della dottrina giuridica occidentale per poter funzionare adeguatamente; si affermò l'idea che si sarebbe potuto parlare di diritto solo dopo aver imposto la tecnologia occidentale come base dell'organizzazione sociale⁵⁴. Nel 1905 l'Impero celeste, nel disperato tentativo di non crollare, provvide all'abolizione del sistema degli esami imperiali (colonna portante dell'organizzazione imperiale) introducendo un sistema universitario sul modello di quello sviluppatosi nell'Europa continentale⁵⁵.

Fu così che, nel 1911 con l'Impero ormai al collasso, saliva al potere il 1° gennaio del 1912, il Partito nazionalista 国民党 (*guomindang*) ponendo fine alla dinastia Qing (1644- 1911) e dando vita al governo provvisorio

⁴⁹ Losano M. G., *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, cit., p. 407.

⁵⁰ In realtà le commissioni di studio oltre che in Europa e in America si diressero anche in Giappone dove erano già state istituite facoltà di giurisprudenza su modello occidentale e codici sempre a matrice occidentale erano già stati adottati, Jones C. W., *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, cit., p. 19.

⁵¹ Tra i riformatori non è possibile omettere di nominare Shen Jiaben (1840-1913), funzionario dell'amministrazione Qing di ‘grandissima erudizione giuridica’ come definito da Crespi Reghizzi G., *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, in *Quaderni fiorentini*, 1985, p. 551 ss., p. 552, vedi anche Piquet H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 109 ss., Rossi P., *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, cit., p. 20 ss.

⁵² L'attenzione nei confronti delle costituzioni fu dovuta in particolar modo all'idea di perpetuare la sopravvivenza dell'Impero; vedi in proposito Luther J., *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 69 ss.

⁵³ Cavalieri R., *Cina*, in Cavalieri R., *Diritto dell'Asia orientale*, Venezia, Cafoscarina, 2008, p. 15 ss., p. 27.

⁵⁴ Rossi P., *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, cit., p. 15.

⁵⁵ Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, 43 *South Texas Law Review*, 2001-2002, p. 707 ss., p. 708; vedi anche Hou Xinyi, *Modern Legal Education in China*, in 31 *Oklahoma City University Law Review*, 2006, p. 293 ss., p. 294.

della Repubblica presidenziale (ispirata al modello americano) a Nanchino. Nella convinzione che il diritto autoctono non potesse condurre ad una modernizzazione del paese, in pochi anni vennero promulgate svariate costituzioni, prima sul modello americano, poi sul modello francese, ovvero con maggiori attribuzioni all'organo legislativo⁵⁶. La nuova repubblica nazionalista portò alcune fondamentali novità nell'ordinamento cinese: si affermava che la sovranità apparteneva ai cittadini della Repubblica ai quali erano riconosciuti i diritti politici (tra i quali quello di eleggere il futuro Parlamento)⁵⁷, il principio di eguaglianza dei cittadini e, per la prima volta, veniva sancita la separazione dei poteri⁵⁸. Nasceva quindi un governo profondamente ispirato alla tradizione giuridica occidentale ed ai suoi modelli, ma allo stesso tempo compromesso sia dall'instabilità istituzionale sia dall'introduzione di formule profondamente diverse da quelle tipiche della tradizione e della cultura cinese. Infatti, è certamente vero che il Partito nazionalista mirava da un lato a modernizzare la Cina attraverso l'introduzione di modelli occidentali, ma dall'altro l'influsso di tali modelli nelle campagne era pressoché nullo, più penetrante era invece nelle città⁵⁹. Da tali opposte tendenze, una autoctona (nelle campagne) ed un'altra di stampo occidentale (nelle città), non poteva che derivare una profonda debolezza delle istituzioni di governo⁶⁰.

Il quadro politico dell'epoca è segnato da lotte intestine. Con la vittoria del Partito nazionalista nel 1927, Chiang Kai-shek (Jiang Jieshi) instaurò il suo governo ed incoraggiò nuovamente lo studio del diritto occidentale con un articolato processo di codificazione e la stesura di nuovi testi costituzionali che risentivano dell'influsso del pensiero di Sun Yat-sen. In particolare furono approvate le così dette Sei leggi (o Sei codici) che comprendevano i codici di diritto civile e penale sia sostanziale che processuale (che risentivano fortemente del diritto tedesco), una

⁵⁶ Rinella A., *Cina*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 25, per un excursus sulle costituzioni cinesi del periodo nazionalista vedi Luther J., *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., p. 69 ss.

⁵⁷ Per maggiori chiarimenti sulle modalità di elezione vedi Luther J., *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., p. 81.

⁵⁸ Oltre al potere legislativo, esecutivo e giudiziario egli inserisce però i così detti tre principi del popolo, quello di nazionalità, quello di benessere e quello di democrazia, per approfondimenti vedi Luther J., *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., pp. 86- 88.

⁵⁹ Losano M. G., *I grandi sistemi giuridici: introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, cit., p. 420, vedi anche Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 17.

⁶⁰ Timoteo M., *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, cit., p. 67.

costituzione, (versione provvisoria nel 1931, definitiva nel 1947) che proclamò ufficialmente la preminenza del Partito nazionalista nel governo del paese nonché, nel 1932, una Legge sull'organizzazione dei tribunali che introduceva un ordinamento giudiziario basato sul modello francese e tedesco; le corti, dislocate nel paese sulla base delle circoscrizioni amministrative, erano organizzate su tre livelli: tribunale locale, tribunale alto ed una Corte suprema⁶¹.

Nonostante l'impronta marcatamente occidentale non mancarono norme in totale contrasto con i principi di pubblicità dei dibattimenti e delle decisioni⁶². Le Sei leggi non penetrarono mai nel paese anche perché durante il governo del Partito nazionalista il territorio era in realtà controllato da più personaggi, tutti parimenti forti, di regola burocrati, che tra il 1927 ed il 1949 tenevano unito il paese solo simbolicamente⁶³.

In sintesi, la prima fase repubblicana, dalla caduta dell'Impero Qing (1911) fino alla presa del potere da parte del Partito comunista cinese (1949), è caratterizzata da una commistione tra uno spirito innovativo, determinato dall'interesse verso i modelli giuridici occidentali e uno conservativo che sul piano effettivo di governo locale teneva ancora conto della tradizione confuciana, impossibile da sradicare⁶⁴.

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

*Servire il popolo*⁶⁵.

Nel 1934 Mao inizia la sua 'lunga marcia' volta a guadagnare alla causa rivoluzionaria il popolo cinese; l'approccio di Mao fu opposto rispetto a

⁶¹ Sul tema vedi Crespi Reghizzi G., *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, cit., p. 551 ss.

⁶² “...benché in apparenza venga stabilito che il dibattimento dei processi e la pronuncia delle sentenze devono essere pubblici, quando si tratta di danneggiamento dell'ordine pubblico, non è necessario rendere pubblica la decisione del tribunale”, Crespi Reghizzi G., *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, cit., p. 583.

⁶³ Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, in *17 Duke Journal of Comparative & International Law*, 2007, p. 533 ss, p. 536, vedi anche Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 180 ss.

⁶⁴ A. Rinella, *Cina*, cit., p. 26.

⁶⁵ Il periodo maoista è rappresentato da fasi talmente alterne che innumerevoli potrebbero essere i proverbi per questo paragrafo (soprattutto con riferimento alla Rivoluzione culturale (1966-1976), ma forse questo è quello che ha ancora un suo significato pur essendosi prestato a situazioni decisamente eclettiche, per approfondimenti vedi Stafutti S., Ajani G., *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 8 ss.

quello del Partito nazionalista, egli infatti cominciò la conquista della Cina proprio dalle campagne, ovvero da quelle zone in cui più debole era la presenza e l'influsso del partito nemico⁶⁶. Dopo alterne vicende tra i nazionalisti di Chiang Kai-shek ed i comunisti di Mao - da inserirsi nel contesto generale del secondo conflitto mondiale⁶⁷, ma anche in quello particolare dell'aggressione giapponese, - nel 1949 il Partito comunista cinese (PCC) sale al potere fondando la Repubblica popolare cinese (RPC). Nel febbraio del 1949 il PCC, prima ancora di fondare ufficialmente la RPC (ottobre 1949), decreta l'abrogazione delle Sei leggi del Guomindang e di tutte le altre norme da esso emanate in quanto ritenute “uno strumento reazionario atto a difendere i proprietari fondiari e la classe burocratica e dei *compradores* ed un'arma usata per schiacciare e imbrigliare la popolazione”⁶⁸.

Il PCC è ormai al potere e al Partito nazionalista ed al suo leader, Chiang Kai-Shek, non resta che rifugiarsi sull'isola di Taiwan; anche i Sei codici elaborati in base ad un attento studio del diritto occidentale seguono i loro promotori, circostanza che li rende ancora in vigore sull'isola sebbene emendati⁶⁹. Per legittimare ed affermare la creazione della Repubblica popolare cinese, il 30 settembre del 1949, viene approvato il Programma comune, ovvero un documento normativo di rango costituzionale, sebbene

⁶⁶ Il Partito comunista cinese nasce nel 1921 con l'intento di ribellarsi alla piccola nobiltà che aveva preso il potere sotto la guida del Partito nazionalista, ma alla prima riunione del PCC tenutasi a Shanghai proprio nel 1921 i presenti erano solo cinquanta, la famosa *Lunga marcia* (1934) partì dal Sud e si concluse a Nord, ovvero a Pechino (Beijing in cinese 北京, letteralmente capitale del nord), durante l'aggressione giapponese del 1937 il Partito nazionalista si alleò forzatamente con il PCC per sconfiggere il ‘nemico esterno’ sebbene né Mao né Chiang Kai-shek si fidassero l'uno dell'altro, ma l'alleanza forzosa permise al PCC di guadagnare sempre più consensi sul territorio; conclusasi l'aggressione giapponese, nel 1945 il PCC aveva già più di un milione di membri, Chow D. C. K., *The legal system of the People's Republic of China in a nutshell*, St. Paul, Thomson West, 2003, pp. 118-119.

⁶⁷ Dal 1939 le potenze occidentali si trovarono impegnate nella Seconda guerra mondiale e le esigenze che da essa scaturirono furono una delle cause della conclusione dei patti diseguali, il conflitto mondiale, sotto tale profilo, influi più che quindici anni di riforma giuridica portata avanti dal Partito nazionalista, Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, in 82 *Harvard Law Review*, 1968-1969, p. 967 ss., p. 970.

⁶⁸ Crespi Reghizzi G., *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, cit., p. 559.

⁶⁹ Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 184.

non ne possedesse l'equivalente valore giuridico formale⁷⁰. Il principio fondante del Programma era costituito dalla dittatura democratica del popolo, infatti i diritti connessi all'esercizio del potere statale dovevano essere riconosciuti solo nelle mani del popolo, quindi, l'organizzazione della società non era basata sull'individuo e sui diritti soggettivi ad esso connessi, ma alla volontà popolare e all'interesse collettivo; ai vari livelli territoriali venivano costituite le Assemblee e i governi popolari le cui competenze non erano però distinte con precisione, vi era inoltre un netto disconoscimento della dottrina occidentale della separazione dei poteri in favore dell'unità delle funzioni statali e la soggezione di ogni istituzione alla direzione e al controllo del PCC, sebbene all'interno del Programma mancasse qualsivoglia riferimento al socialismo⁷¹.

Con la successiva costituzione del 1954 venne consacrata nel paese la “legalità socialista” volta a garantire il rispetto delle leggi e della stessa costituzione, allo scopo di “rendere effettive la dittatura del proletariato e l'edificazione del socialismo, in attesa della cessazione della lotta di classe e dell'avvento del comunismo”⁷²; nel rispetto del principio dell'unitarietà del potere statale il diritto scaturiva dalle direttive del PCC stesso; il ruolo preminente del Partito nella guida del paese venne così ulteriormente consacrato. Il modello per questa nuova costituzione era rappresentato dalla costituzione sovietica approvata durante il periodo staliniano nel 1936⁷³, in questo senso il principio del centralismo democratico ed il suo corollario, ovvero il ‘principio della doppia dipendenza’, entravano nella realtà cinese;

⁷⁰ Si tratta di un documento di sette capitoli e sessanta articoli preceduti da un preambolo Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3, vedi anche Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 195.

⁷¹ Popolo inteso come entità, non come insieme di singoli cittadini, tutti dotati di tali poteri sovrani, nel Programma comune infatti si fa genericamente sempre riferimento al popolo Rinella A., *Cina*, cit., p. 26.

⁷² Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., pp. 4-5.

⁷³ “...secondo l'ideologia marxista-leninista il socialismo è una fase transitoria verso la realizzazione del comunismo, cioè verso una società senza stato e senza diritto, nella quale non esistono più le classi sociali, la cui continua lotta ha caratterizzato tutta la storia dell'umanità. [...] finché lo stato esiste [...] si deve però avvalere del diritto. I teorici del socialismo hanno, di conseguenza, dovuto elaborare una concezione socialista del diritto alla cui base sta il principio della legalità socialista, in virtù del quale i cittadini devono obbedire alle leggi perché [...] giuste, in quanto emanate da uno stato socialista. [...] uno degli elementi fondamentali dell'ideologia socialista [è] il principio dell'unitarietà del potere statale. La dottrina marxista-leninista rifiuta il principio della separazione dei poteri [...]”, Kelemen K., *I sistemi giuridici dell'Europa orientale*, in Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 191 ss., p. 198.

in base al primo “l'unità nel fondamentale, nell'essenziale non è contraddetta bensì assicurata dalla molteplicità dei dettagli, nelle particolarità locali, nei modi di affrontare una questione e di realizzare il controllo; la necessità oggettiva di unità e accentramento dell'amministrazione non esclude, anzi favorisce la massima espressione dell'iniziativa e dell'attivismo locali [...] che si distinguono per tradizioni o condizioni economiche particolari o per la speciale composizione etnica della popolazione⁷⁴”, in base al secondo, ogni organo rappresentativo deve dipendere in senso orizzontale dai cittadini che l'hanno eletto (esso è conseguentemente tenuto a render conto del suo operato ai suoi elettori, i quali possono revocare in qualsiasi momento singoli suoi componenti), in senso verticale dipende invece dall'organo del potere statale di livello gerarchicamente superiore che ne può sindacare l'attività annullando o sospendendo le sue decisioni, il tutto in un contesto di severa disciplina di partito e di una netta sottomissione della maggioranza alla minoranza⁷⁵.

Non solo le politiche del Partito costituivano il diritto dello stato, ma il diritto stesso era il tramite per la loro attuazione ed il loro impatto cominciava a farsi sentire sulla selezione dei funzionari e sul controllo delle attività della pubblica amministrazione (base fondamentale dell'organizzazione della società cinese allora come oggi), venivano inseriti soggetti politicamente fedeli all'interno di tutte le istituzioni del paese (dai tribunali all'esercito, dalle scuole alle imprese pubbliche). Il potere statale era nelle mani dell'Assemblea nazionale del popolo (ANP), organo legislativo supremo che esercitava i suoi poteri anche a livello decentrato attraverso il controllo dell'operato delle corrispondenti Assemblee rappresentative popolari, anch'esse titolari a livello locale della funzione legislativa e di un ruolo di indirizzo degli organi esecutivi e giudiziari⁷⁶.

La funzione giurisdizionale era attribuita ai tribunali popolari, i quali, ai sensi dell'art. 78 della costituzione del 1954, erano indipendenti e soggetti soltanto alla legge.

“People's court shall conduct adjudication independently and shall be subject only to the law”⁷⁷.

⁷⁴ Crespi Reghizzi G., voce *Centralismo democratico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, p. 268 ss., p. 268.

⁷⁵ Crespi Reghizzi G., voce *Centralismo democratico*, cit., pp. 269- 271.

⁷⁶ Cavalieri R., *Cina*, cit., pp. 29-30, per approfondimenti vedi anche Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., pp. 202- 203.

⁷⁷ Versione inglese citata da Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 971.

Al vertice della piramide giudiziaria veniva confermata la Corte suprema che, al pari delle corti popolari inferiori (suddivise in tre livelli: di base, intermedio e superiore), doveva rispondere del suo operato alle Assemblee popolari del livello corrispondente⁷⁸.

Il diritto sotto Mao era considerato come uno strumento della classe al potere al servizio delle politiche del Partito comunista, per questo motivo rigettava nettamente la distinzione tra amministrazione e giurisdizione. Le decisioni prese dai quadri del Partito venivano definite ‘giuridiche’, ma in realtà non si basavano su procedure predeterminate, e i giudici, in quanto semplici membri del PCC, erano giuridicamente impreparati e ovviamente sottoposti alle indicazioni politiche; in questo senso l’attività giudiziaria non differiva in modo significativo da qualsiasi altra attività amministrativa⁷⁹.

Dovendo riconoscere anche una certa importanza all’arbitrato stragiudiziale⁸⁰, le controversie venivano principalmente valutate sulla base di una prospettiva socio-politica, ovvero con un’ottica sempre rivolta agli interessi prioritari della collettività. In particolare “le questioni ed i problemi sorti tra le parti in giudizio venivano considerati preliminarmente per le possibili ripercussioni che una soluzione, in un senso o in un altro, avrebbe potuto provocare sul pubblico interesse, valutato secondo i dogmi del marxismo-leninismo e con il fine di ‘rieducare’ i cittadini alla lealtà verso la patria e all’osservanza delle leggi”⁸¹.

Interessante, però, sottolineare il fatto che pur in presenza di un forte controllo politico, negli anni immediatamente successivi al 1954⁸², l’organizzazione delle corti era contrassegnata da caratteri di indipendenza

⁷⁸ Taruffo M., *L’organizzazione giudiziaria in Cina*, cit., p. 761.

⁷⁹ Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford, Stanford University Press, 1999, p. 88, vedi anche Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell’Asia orientale*, p. 200 ss.

⁸⁰ Sono del 22 marzo del 1954 le Regole generali provvisorie della Repubblica popolare cinese per l’organizzazione dei collegi popolari di arbitrato, citate da Dell’Aquila E., *Il diritto cinese*, cit., p. 176-178.

⁸¹ Sotto la guida di Mao nella Legge organica dei tribunali popolari del 21 settembre del 1954 è stabilito, ex art. 3 che: “I Tribunali popolari faranno tutto il possibile per educare i cittadini alla lealtà verso la patria ed al rispetto delle leggi”, come citato da Dell’Aquila E., *Diritto cinese*, cit., p. 192 vedi anche pp. 184-185.

⁸² E’ il così detto “Periodo dei cento fiori” che promuove il pluralismo di pensiero e la libertà critica di tutti i cittadini verso le istituzioni di Partito, al fine di migliorarne il funzionamento verso la costruzione socialista, Castellucci I., *Le grandi tradizioni giuridiche dell’Asia*, cit., p. 76, per una spiegazione approfondita dello slogan “Che cento fiori sboccino, che cento scuole contendano” vedi Stafutti S., Ajani G., *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d’ordine per capire la Cina*, cit., p. 18 ss.

(art. 78) non trascurabili e rafforzata da una spinta verso un aumento della preparazione professionale dei giudici, circostanza che li portava a prendere decisioni sempre più in base alle norme giuridiche che delle direttive politiche. In tale contesto il controllo del Partito, soprattutto quello decentrato e orizzontale tendeva ad allentarsi⁸³.

“Publications that appeared in 1956 and 1957 frequently refer to court decisions that frustrated prosecutions brought by police and procuracy, and, just as the Hundred Flowers period in the spring of 1957 revealed judicial dissatisfaction with Party interference, the Anti-Rightist Movement that followed it in 1957-1958 revealed Party dissatisfaction with what, at least by that time, it deemed to be judicial interference with the struggle against the enemy”⁸⁴.

Le corti erano dunque posizionate a metà strada tra la loro precedente sottomissione ai governi locali ed una completa indipendenza dagli stessi che era garantita invece dalla costituzione⁸⁵. Ovviamente la mancanza di radici storiche della dottrina della separazione dei poteri⁸⁶ rendeva l'affermazione del principio dell'indipendenza delle corti mitigato dai sistemi di controllo che il Partito poteva esercitare, tra i quali avevano particolare importanza i poteri di nomina e destituzione dei presidenti delle corti da parte dell'Assemblee popolari nonché il fatto che i mandati per i vice-presidenti e gli altri giudici ordinari erano attribuiti dai rispettivi Comitati permanenti⁸⁷. La rottura fra URSS e Cina, tra il 1954 ed il 1957, comportò sul piano giuridico l'abbandono della costituzione di un sistema

⁸³ Taruffo M., *L'organizzazione giudiziaria in Cina*, cit., p. 769.

⁸⁴ Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 989.

⁸⁵ Nonostante i documenti del PCC non risulta comunque facile capire la reale portata del principio “What reasons did they give for writing art. 78 into the Constitution; how did they explain its meaning; and did they appreciate its implications? What effect did its promulgation have upon Party and government personnel and upon lawyers, intellectuals, and the masses? Did the original interpretation of article 78 change with the dramatic changes that occurred in the political and legal climate during the five years immediately following enactment of the Constitution in 1954?” Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 972.

⁸⁶ Non si deve dimenticare che la Costituzione del 1912 di Sun-Yat Sen non aveva fatto altro che riprendere dei principi occidentali poco o nulla penetrati nella coscienza giuridica cinese.

⁸⁷ Vedi Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 979-980 e p. 984 ss. per ciò che riguarda l'influenza del PCC. Ciononostante “Party members [...] must be educated to know that the law of the state and Party discipline must both be observed and...that violation of the law of the state is a violation of Party discipline”, ID. p. 985.

formalizzato di tipo europeo continentale sia pure nella sua versione socialista. Fu così che, tra il 1957 ed il 1958, il sistema delle corti venne messo sotto accusa e l'azione del Partito fu focalizzata a recuperare il controllo sugli organi giudiziari ad ogni livello. I principi di legalità e di indipendenza, che la magistratura stava sempre più applicando, venivano criticati in quanto idee “borghesi” e da combattere⁸⁸.

Contemporaneamente l'economia veniva pianificata al fine di determinare la politica economica nazionale, regolare l'attività produttiva e di scambio delle imprese, stabilendo obiettivi e modalità per realizzarli ed, in ossequio ai principi socialisti, i beni venivano classificati in beni di consumo o di produzione. Nel 1958, con il “Grande balzo in avanti”⁸⁹, Mao lanciò la campagna di mobilitazione ideologica e di collettivizzazione dell'economia⁹⁰.

Nonostante un breve intervallo di due anni (1962-1963), in cui Mao parve consentire un certo riassetto istituzionale, la Rivoluzione culturale (o Grande rivoluzione), il cui inizio è convenzionalmente fissato nell'anno 1966, è alle porte: nell'idea predominante del sopravvento della “linea di massa”, il diritto veniva percepito come ostacolo alla realizzazione di una società comunista. Fu così che l'apparato giuridico formale venne smantellato; dopo la chiusura del Ministero della giustizia nel 1959 anche i tribunali vennero privati delle funzioni giurisdizionali loro proprie; le facoltà di giurisprudenza vennero chiuse e la persecuzione politica e culturale si abbatté su avvocati, giudici, docenti e notai oltre che su intellettuali ed artisti⁹¹, in un'evoluzione correntemente definita come nichilismo giuridico⁹².

Nel sovra esposto contesto la breve costituzione del 1975 doveva meramente servire a consolidare i nuovi risultati politici conseguiti. Veniva dichiarata l'instaurazione di uno stato socialista, si sanciva il principio

⁸⁸ Taruffo M., *L'organizzazione giudiziaria in Cina*, cit., p. 769.

⁸⁹ Il “Grande Balzo” fu promosso all'VIII congresso del PCC, si tratta di un vero e proprio ‘salto in avanti’ che Mao voleva fare nel campo della produzione attraverso l'introduzione di un modello di sviluppo decentrato che avrebbe dovuto coinvolgere le grandi masse rurali. Per approfondimenti vedi Stafutti S., Ajani G., *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 27 ss.

⁹⁰ Cavalieri R., *Cina*, cit., pp. 30- 31.

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

⁹² Lo Wing- Hung C., *Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China*, in 11 *Columbia Journal of Asian Law*, 1997, p. 469 ss.

dell'unità del potere statale, dal quale derivava una totale assimilazione della funzione amministrativa e giurisdizionale, il cui operato veniva controllato dal governo popolare a livello centrale. Il rilievo dato alla magistratura all'interno della costituzione era scarsissimo, solo l'art. 25 disponeva che:

“La Corte popolare suprema, i Tribunali popolari locali ai diversi livelli e i tribunali popolari speciali esercitano la funzione giudiziaria. I Tribunali popolari rispondono e rendono conto del loro operato alle Assemblee popolari dei livelli corrispondenti e ai loro organi permanenti. I presidenti dei Tribunali popolari sono nominati e rimossi dalle loro funzioni dagli organi permanenti delle Assemblee popolari ai livelli corrispondenti. Le funzioni e i poteri degli organi della Procura sono esercitati dagli organi della pubblica sicurezza ai diversi livelli. Sia nel procedimento d'inchiesta che nel giudizio deve essere applicata la linea di massa. Nei casi gravi di crimini controrivoluzionari, le masse debbono essere mobilitate perché [abbia luogo] la discussione e la critica”⁹³.

La giustizia tornava quindi ad essere pesantemente subordinata all'autorità politica, in particolare, la linea di massa doveva ispirare l'attività dei giudici ben più che la legge nell'evidente mancanza di qualsivoglia riferimento all'indipendenza delle corti; si parla in questo contesto delle “Guardie rosse” che, all'interno dei ‘tribunali’, spesso improvvisati nelle scuole o nelle fabbriche (ma anche in piazza), perseguivano i nemici politici, ovviamente in assenza di garanzie sostanziali e procedurali⁹⁴; non esisteva nella costituzione del 1975 un equivalente dell'art. 78 della costituzione del 1954.

Sempre sotto la guida di Mao Zedong si consacrava il ruolo dei mezzi di informazione, soprattutto durante la Rivoluzione culturale a causa dell'enorme debolezza delle altre istituzioni; manifesti, giornali e radio diventano veri e propri strumenti di governo e quindi di Partito, la loro funzione non era però solo quella di diffondere al popolo le politiche del PCC, ma anche quella di essere veri e propri regolatori della vita civile del paese; incaricati dunque di raccogliere, per riferirle nuovamente al Partito, le reazioni popolari. Significativamente, i caratteri utilizzati per tradurre il termine ‘media’ 舆论监督 (*yulun jiandu*) letteralmente significano ‘supervisione della pubblica opinione’⁹⁵. Da questo momento in poi essi

⁹³ Testo dell'articolo 25 della Costituzione della Repubblica popolare cinese del 1975 come citato da Dell'Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, cit., p. 197.

⁹⁴ Castellucci I., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Trento, Uni Service, 2008, p. 77.

⁹⁵ Si pensi inoltre che con la chiusura dei tribunali i giornali spesso servivano a comunicare e ad assegnare le decisioni del Partito comunista cinese circa la colpevolezza o meno di un

possono essere considerati il tramite per la comunicazione tra Partito comunista cinese e il popolo. Il PCC aveva come fine quello di portare avanti le idee rivoluzionarie attraverso la linea di massa e doveva essere capace di comprendere quantomeno le principali esigenze della popolazione. L'era maoista è stata quindi caratterizzata da una totale dissoluzione della dimensione giuridica dello stato nella politica almeno fino agli inizi degli anni Settanta, quando, grazie alle così dette quattro modernizzazioni di Zhou Enlai (dell'agricoltura, dell'industria, della tecnologia e della difesa), il radicalismo dell'epoca rivoluzionaria cominciò a ridursi ed i rapporti internazionali mostrarono qualche segno di apertura⁹⁶.

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

*Che il gatto sia bianco o nero, se acchiappa i topi è un bravo gatto*⁹⁷.

Nel settembre del 1976 il timoniere Mao muore; è l'episodio che, assieme all'arresto della 'Banda dei quattro'⁹⁸, segna la conclusione della Rivoluzione culturale e consente a Deng Xiaoping di prendere la guida del paese promuovendo una linea pragmatica e moderata di riforma⁹⁹.

Proprio nel 1978, infatti, durante il terzo plenum dell'XI congresso del Partito comunista cinese iniziava il cambiamento del ruolo del diritto, dalle parole che seguono risulta chiaro che Deng non aveva dubbi circa il ruolo predominante e di massima autorità della legge¹⁰⁰:

“[T]o safeguard people's democracy, it is imperative to strengthen the socialist legal system so that democracy is systematized and written into law in such a way as to

determinato individuo Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, in 105 *Columbia Law Review*, 2005 p. 1 ss., pp. 9- 15.

⁹⁶ Il 25 ottobre del 1971 la RPC sostituì la Repubblica cinese di Taiwan nel seggio permanente del consiglio di sicurezza dell'ONU.

⁹⁷ Soprattutto in occidente rappresenta lo slogan della Cina post-maoista, per le origini e le attribuzioni a Deng Xiaoping vedi Stafutti S., Ajani G., *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 36 ss.

⁹⁸ Si tratta di fedeli esponenti di vertice della banda maoista, tra i quali la moglie dello stesso Mao, significativo il fatto che vede la fine dell'era maoista consacrata da un processo giudiziario formale.

⁹⁹ Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 22.

¹⁰⁰ Circa il collegamento tra il diritto socialista di Mao e l'evoluzione dello stesso attuata da Deng vedi Lo Wing- Hung C., *Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China*, cit., p. 473 ss.

ensure the stability, continuity and full authority of this democratic system and these laws; there must be laws for people to follow, these laws must be observed, their enforcement must be strict and law breakers must be punished. From now on, legislative work should have an important place on the agenda of the National People's Congress and its Standing Committee. Procuratorial and judicial organisations must maintain their independence as is appropriate; they must faithfully abide by the laws, rules and regulations, serve the people's interests, and keep to the facts, they must guarantee the equality of all people before the people's laws, and deny anyone the privilege of being above the law”¹⁰¹.

A segnare le distanze con il passato fu la costituzione approvata il 5 marzo del 1978, certamente vicina alla costituzione del 1954¹⁰² quanto a contenuti, ma importante perché confermava l'avvio di un cambiamento fondamentale nella storia della Cina. Essa fu destinata a durare pochi anni; già dal 1980 iniziarono infatti i lavori per una nuova costituzione approvata poi il 4 dicembre del 1982 con ampio favore anche da parte dei cittadini dimostrato attraverso la procedura della consultazione pubblica¹⁰³. La costituzione del 1982 è composta da 138 articoli e preceduta da un lungo Preambolo nel quale vengono delineati gli avvenimenti più importanti della storia del paese. La costituzione cambia, come tutte le costituzioni socialiste, con il mutare degli ordinamenti politici; essa è sempre legata ad un particolare momento storico del quale rappresenta una sorta di bilancio e per il quale definisce il programma politico da seguire. Nell'impossibilità di delineare in questa sede in modo esaustivo la storia della costituzione cinese dal 1982 ad oggi è importante comprendere che essa si inserisce nel contesto della politica della così detta “porta aperta” che ha guidato la Cina in direzione di un'economia di mercato (socialista)¹⁰⁴ con il progressivo abbandono dell'economia di piano tipica del periodo precedente.

¹⁰¹ Zou Keyuen, *Judicial reform in China: Recent Developments and Future Prospect*, in 36 *The International Lawyer*, 2002, p. 1039 ss., p. 1040, una traduzione italiana delle parti più rilevanti è disponibile in Timoteo M., voce *Cina*, cit., p. 196.

¹⁰² Giuridicamente uno dei ripensamenti più rilevanti fu quello di non collegare la stabilità del regime all'assenza del diritto, di conseguenza si superò la concezione di un diritto quale ostacolo formale per una rapida transizione verso una società socialista. Rinella A., *Cina*, cit., p. 31.

¹⁰³ Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 14.

¹⁰⁴ “Economia socialista di mercato” è una formula che nasce nel 1992 durante il XIV congresso del PCC, talvolta indicata quale ossimoro, è certamente il perno su cui si è sviluppato il diritto cinese negli ultimi anni. “The market economy, justified by that formula, demanded forms of legal regulation unknown in the old planned and closed economy in which public ownership dominated. The Chinese approach has been very inventive”, Lo Wing- Hung C., *Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China*, cit., p. 470.

In occidente siamo abituati a vedere la costituzione come la Carta fondamentale di un paese all'interno della quale sono disciplinati i poteri fondamentali dello stato nonché i diritti fondamentali dei cittadini. Una lettura non contestualizzata della costituzione cinese potrebbe aiutarci a trovare le principali risposte che chi è intenzionato a comprendere l'ordinamento cinese vorrebbe conoscere.

Il potere legislativo è attribuito all'Assemblea nazionale del popolo (ANP) ed al suo Comitato permanente, la funzione esecutiva spetta al Presidente della Repubblica popolare cinese, al Consiglio di Stato e alla Commissione centrale militare (che controlla le forze armate), mentre quella giudiziaria spetta alla Corte suprema e alla Procuratura (o Procura) suprema del popolo. Se la costituzione del 1982 avesse incorporato la separazione dei poteri e non sancisse il principio fondamentale del ruolo guida del PCC, questa potrebbe essere la suddivisione da adottare, ma uno dei principi costituzionali è rappresentato dall'unitarietà dei poteri statali che appartengono al popolo; ex art. 1 cost. “la Repubblica popolare cinese è uno stato socialista di dittatura democratica popolare, guidata dalla classe operaia e basata sull'alleanza operai- contadini”.

Di conseguenza la struttura dello stato cinese deve essere pensata come una piramide al cui vertice è posizionato l'organo legislativo (espressione della volontà popolare¹⁰⁵) che, a livello centrale è rappresentato dall'ANP e dal suo Comitato permanente¹⁰⁶, gli altri cinque organi (Presidente RPC, Consiglio di Stato, Commissione centrale militare, Corte suprema e Procuratura suprema del popolo) sono tutti sottoposti al potere legislativo, non esiste dunque una separazione di poteri autonomi e distinti bensì una mera distinzione di funzioni. La piramide descritta si ripete anche ai livelli amministrativi decentrati, il popolo infatti esercita a livello locale i suoi poteri attraverso le Assemblee parlamentari locali (o Assemblee popolari locali ALP), più in particolare al di sotto del livello centrale si trova quello delle province (n. 23 -con Taiwan-), delle municipalità che dipendono direttamente dal controllo centrale (Pechino, Shanghai, Tianjin e

¹⁰⁵ L'articolo 2 della costituzione stabilisce infatti che: “All power in the People's Republic of China belongs to the people. The National People's Congress and the local people's congresses at various levels are the organs through which the people exercise state power. The people administer state affairs and manage economic, cultural and social affairs through various channels and in various ways in accordance with the law”.

¹⁰⁶ L'Assemblea nazionale del popolo ai sensi dell'art. 61 della costituzione si riunisce una sola volta all'anno e la prassi dimostra che generalmente ciò accade nel mese di marzo per non più di due o tre settimane, per il resto dell'anno è sempre riunito il Comitato permanente sebbene non possa sostituirsi *in toto* all'ANP, ex art. 58 entrambi sono depositari del potere legislativo dello stato.

Chongqing) e delle cinque regioni autonome (Mongolia interna, Xingjian, Xizang o Tibet, Guanxi Zhuang, Ningxia); ad un livello intermedio si trovano le amministrazioni di prefettura o distretto (che sono circa 300); ad un livello inferiore vi sono le contee (circa 3000); ed al livello più basso i distretti -talvolta definiti contee- (anche quelli autonomi per un totale di circa 46.000 unità). Per quanto concerne il Partito, anch'esso è organizzato in maniera piramidale ed ad ogni livello sono presenti dei comitati volti a far rispettare le politiche centrali anche ai livelli amministrativi decentrati¹⁰⁷. Ai sensi dell'art. 3 della costituzione tutte le istituzioni statali della RPC applicano il principio del centralismo democratico in base al quale tutti gli organi legislativi sono eletti dal popolo e responsabili verso quest'ultimo nonché dallo stesso supervisionati. Correlativamente, dal momento che l'Assemblea nazionale del popolo è l'organo supremo (art. 57 cost.) tutti gli organi amministrativi, giudiziari e procuratoriali sono dallo stesso creati e dallo stesso supervisionati; sul piano organizzativo tale principio comporta l'elettività di tutti gli organi dirigenti e la responsabilità degli altri organi del potere statale verso gli organi rappresentativi (controllo/dipendenza orizzontale). In altri termini la sovranità popolare viene ad essere attuata per mezzo di tali organi dislocati ai vari livelli attraverso la rigida applicazione della disciplina di Partito ed il principio maggioritario delle decisioni collegiali nonché il valore tassativo e vincolante delle decisioni degli organi superiori nei confronti di quelli inferiori (controllo/dipendenza verticale); quindi, tutti gli organi dello Stato ed i funzionari pubblici sono soggetti al controllo del popolo per il tramite delle stesse Assemblee popolari che si avvalgono di diversi meccanismi di supervisione; così si esprime il principio del centralismo democratico ed il suo corollario ovvero il principio del 'doppio controllo' (o doppia dipendenza). L'organizzazione del sistema cinese è inoltre completata dalla circostanza che l'applicazione della costituzione e delle leggi è supervisionata dalla stessa ANP (art. 62 (2) cost.), mentre al Comitato permanente è attribuita la funzione di interpretazione e supervisione delle relative applicazioni¹⁰⁸. La Legge sulla

¹⁰⁷ Per alcune linee guida sulla storia del PCC e dei suoi organismi vedi Chow D. C. K., *The legal system of the People's Republic of China in a nutshell*, cit., p. 115 ss., in particolare sul ruolo dei political-legal committee ID. p. 197 ss.

¹⁰⁸ La legge sulla legislazione del 2000 ha rafforzato la funzione legislativa e di interpretazione legislativa del Comitato permanente, in proposito vedi Antonelli R. F., *La legge sulla legislazione*, in 119 *Mondo cinese*, 2004, disponibile su http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/119/119_anto.htm. I dubbi circa tale "supervisione costituzionale" non sono pochi e sono connessi soprattutto a contrasti normativi forti derivanti da troppi organi idonei ad emettere norme la cui gerarchia, di fatto, non è poi semplice da stabilire cosa che ad esempio rende difficile valutare l'effettiva disciplina di un

legislazione del 2000, che ha tentato di porre ordine nella gerarchia delle fonti del diritto, ha inoltre specificato che entro trenta giorni dall'emanazione l'organo dal quale proviene l'atto deve sottoporlo all'organo addetto alla supervisione; più in particolare le leggi approvate dal Comitato permanente devono essere sottoposte alla supervisione dell'ANP, le norme emanate dalle Assemblee provinciali devono essere sottoposte alla supervisione del Comitato permanente, i regolamenti del governo, sia a livello centrale (Consiglio di Stato) che a livello provinciale, devono essere sottoposti alla supervisione dei comitati permanenti dei rispettivi livelli amministrativi, i regolamenti governativi provenienti da amministrazioni posizionate al di sotto del livello provinciale devono essere supervisionati dai governi provinciali cui afferiscono (artt. 88 e 89 Legge sulla legislazione del 2000). La questione di legittimità o di costituzionalità di una norma già in vigore può invece essere sollevata dall'autorità che deve applicarla (o da altro organo dello stato) o dai cittadini stessi; l'organo addetto a tale controllo è il Comitato permanente dell'Assemblea nazionale del popolo¹⁰⁹.

diritto ed un costante ritardo dell'Assemblea nazionale del popolo e del suo Comitato permanente nel prestare attenzione alle eventuali questioni proposte dovuto soprattutto al fatto che entrambi gli organi legislativi svolgono un numero di funzioni rilevanti, sul tema si veda in generale Balme S., Dowdle M.W. (edited by), *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009; Tong Zhiwei, *Development of Chinese constitutionalism in the mid and short run*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009., p. 149 ss.; Luther J., *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene editore, 2009, p. 223 ss., p. 237.

¹⁰⁹ Prima di citare l'articolo è bene ricordare che più di venti anni fa fu avanzata la proposta di costituire quanto meno una commissione apposita all'interno degli organi legislativi atta a decidere tali questioni, la proposta sta tornando attuale perché potrebbe essere un primo (sebbene piccolo) passo verso un maggiore costituzionalismo, sul tema vedi Luther J., *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 228. L'articolo 90 della Legge sulla legislazione (2000) che qui rileva stabilisce che: "Where the State Council, the Central Military Committee, the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, all special committees of the Standing Committee and the standing committee of the People's Congress of all provinces, autonomous regions and municipalities directly under the central government deems that an administrative regulation, local regulation, autonomous regulation or special rule contravenes the Constitution or any law, it may make a written request to the Standing Committee of the National People's Congress for review, and the working office of the Standing Committee shall distribute such request to the relevant special committees for review and comments. Where any state organ and social group, enterprise or non-enterprise institution or citizen other than the bodies mentioned above deems that an administrative regulation, local regulation, autonomous regulation or special rule contravenes the Constitution or any law, it may make a written proposal to the Standing Committee of National People's Congress

E' necessario specificare che esistono altri principi cardine dell'ordinamento cinese. Anche nell'attuale costituzione rimane forte l'affermazione del ruolo-guida del PCC; l'aderenza ai principi del marxismo-leninismo (nel suo sviluppo dato dalle teorie di Deng Xiaoping¹¹⁰ e dalla dottrina delle tre rappresentatività¹¹¹); nonché il rispetto della dittatura democratica del popolo all'insegna della via socialista. Infatti in base a quanto stabilito nel Preambolo:

*“[u]nder the leadership of the Communist Party of China and the guidance of Marxism-Leninism, Mao Zedong Thought, Deng Xiaoping Theory and the important thought of ‘Three Represents’, the Chinese people of all nationalities will continue to adhere to the people's democratic dictatorship and the socialist road, persevere in reform and opening to the outside world, steadily improve various socialist institutions, develop the socialist market economy, develop socialist democracy, improve the socialist legal system and work hard and self-dependently to modernize the country's industry, agriculture, national defense and science and technology step by step, and to promote the coordinated development of material civilization, political civilization and spiritual civilization to build China into a socialist country that is prosperous, powerful, democratic and culturally advanced”.*¹¹²

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

for review, and the working office of the Standing Committee shall study such proposal, and where necessary, shall distribute such proposal to the relevant special committees for review and comments”.

¹¹⁰ A Deng si attribuisce lo sviluppo della teoria delle “quattro modernizzazioni” (industria, agricoltura, difesa, ricerca scientifica) nonché il riconoscimento dell'economia di mercato socialista, l'emendamento costituzionale del 1999 ha incluso nel Preambolo il suo pensiero, Chen J, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden-Boston, M. Nijhoff, 2008, p. 93.

¹¹¹ Teoria formulata da Jiang Zemin in base alla quale il PCC rappresenta le forze produttive più avanzate della Cina, tenendo conto della loro evoluzione, degli orientamenti della cultura più avanzata e degli interessi della maggioranza del popolo cinese, in altre parole, dal momento che il PCC rappresenta le forze più avanzate del paese mantiene il suo controllo sulla società, la sua legittimazione nella stessa e la sua utilità per la stessa, Rinella A., *Cina*, cit., p. 38.

¹¹² Questo il testo inglese della costituzione disponibile su http://www.leggicinesi.it/view_doc.asp?docID=384.

paese. Ciò che è necessario specificare è che sebbene proprio nel Preambolo si legga che in Cina esiste e si sviluppa la cooperazione multipartitica essa non è reale, gli altri otto partiti esistenti sono solo partiti ‘satellite’¹¹³. Conferma di ciò è data dal fatto che i quattro emendamenti (1988, 1993, 1999 e 2004) apportati alla costituzione del 1982 sono stati tutti voluti dal PCC¹¹⁴; non è dunque difficile immaginare che non sia chiaro e delineato il rapporto tra il ruolo guida del PCC ed il primato della costituzione¹¹⁵.

Gli emendamenti poco sopra citati sono stati tutti strumentali ad una modernizzazione del sistema cinese: con il primo è stato introdotto, infatti, un settore privato dell'economia da affiancarsi all'economia pubblica socialista; successivamente vi è stata l'abolizione della pianificazione economica a favore di un'economia di mercato (socialista); con l'emendamento del 2004 vi è stato il riconoscimento dell'eguale trattamento delle imprese statali e private e l'inserimento della tutela da parte dello stato dei diritti umani¹¹⁶; sebbene cronologicamente anteriore, la riforma costituzionale del 1999 è forse quella che più interessa in questa sede. La riforma ha infatti affiancato al principio di legalità socialista contenuto nell'articolo 5 della costituzione, il concetto di *rule of law*, o meglio, questa

¹¹³ E' vero infatti che il potere è unico ed appartiene al popolo, che in teoria dovrebbe esercitare i suoi poteri di supervisione e controllo attraverso le Assemblee parlamentari locali, ma in realtà non è libero di scegliere il suo partito; sebbene la Cina si dichiari un sistema multipartitico fondato sulla leadership di un solo partito “tale pluralità non implica una sostanziale diversità tra essi e il PCC, costituzionalmente intangibile; ne consegue che il sistema partitico cinese è sostanzialmente fondato su un partito unico e su alcuni partiti satellite del primo, i quali non hanno che un significato decorativo; sono stati infatti definiti dei meri ‘vasi da fiore’”, Rinella A., *Cina*, cit. pp.43-44 e pp. 98-99. A conferma di ciò vi è anche la circostanza che molti dei leaders dei “partiti satellite” sono essi stessi affiliati al PCC ad esempio i leaders del *China Democratic League*; *China Democratic National-Construction Association*, *China Party for Public Interest* ed il *Taiwan Democratic Self-Government League*, Zhu Suli, “*Judicial Politics*” as *State-Building*, in Balme S., Dowdle M. W. (Edited by), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 23 ss., p. 25.

¹¹⁴ In conseguenza della XIII Assemblea nazionale del PCC nel 1987 fu specificato che il ruolo guida dello stesso doveva presentarsi come un ruolo politico e non di controllo diretto sulla RPC. Nella stessa occasione emerse dunque la necessità di separare il PCC dagli altri organi statali per evitare eventuali usurpazioni di poteri nei loro confronti, Chow D. C. K., *The legal system of the People's Republic of China in a nutshell*, cit., p. 131.

¹¹⁵ Zou Keyuen, *Judicial reform in China: Recent Developments and Future Prospect*, cit., p. 1048.

¹¹⁶ Molti sono i testi di riferimento si ricordano in particolare Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 304 ss., Cavalieri R., *Cina*, cit., p. 36 ss., la traduzione e spiegazione in italiano degli emendamenti è presente in Timoteo M., voce *Cina*, cit., 199 ss., Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 17 ss.

è stata la traduzione inglese che gran parte della dottrina ha dato ai simboli 法治 (*fazhi*)¹¹⁷.

Se pensiamo al fatto che anche la traduzione italiana di *rule of law* in *stato di diritto* non è pacifica, ci si può immaginare quanto difficile possa essere trovare una corretta traduzione del termine in cinese. Si potrebbe dunque dire che la Cina con la riforma del 1999 ha introdotto nel suo ordinamento un governo della legge, ma questo potrebbe riportare ad un'idea di principio di legalità socialista già da tempo conosciuto. Si rende dunque necessaria una precisazione sul significato di 'stato di diritto' per capire come se ne possa parlare anche in rapporto all'ordinamento cinese. Le esperienze storiche dello stato di diritto sono state diverse: basti pensare allo sviluppo del Rechtsstaat in Germania, a quello della *rule of law* inglese, all'accezione nordamericana che ne è poi derivata¹¹⁸. Ciononostante è possibile individuare una base di valori condivisi da queste esperienze in modo tale da "ricomporre la diversità delle esperienze storiche in un quadro teorico coerente ed unitario"¹¹⁹, ovvero in modo tale da ricavarne quella che può essere definita la descrizione dello stato moderno.

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

¹¹⁷ Il testo originario stabiliva che: “Lo Stato protegge l'uniformità e la dignità del sistema legale socialista (法制 -*fazhi*-)”, dopo l'emendamento del 1999 l'art. 5 della costituzione afferma che: “La Repubblica popolare cinese governa il paese attraverso il rule of law (法治 -*fazhi*-) e costruisce uno stato socialista fondato sulla legge”, nonostante l'omofonia i caratteri la cui traslitterazione equivale a *zhi* sono diversi, in particolare sono diversi i loro radicali (nella lingua cinese il radicale rappresenta la parte del carattere che dà il significato allo stesso) se il primo 制 *zhi* ha il radicale del coltello -che porta a concepire il diritto come un sistema di comandi-, il secondo 治 *zhi* ha il radicale dell'acqua che porta invece a concepire il diritto come strumento di governo del potere statale, per ulteriori approfondimenti anche linguistici vedi Timoteo M., voce *Cina*, cit., pp. 197- 198. Sul medesimo tema vedi Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 6; circa l'origine del 法 *fa*, anch'esso caratterizzato dal radicale dell'acqua ID., p. 9.

¹¹⁸ Zolo D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in Costa P., Zolo D., *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 17 ss., p. 21.

¹¹⁹ Zolo D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 33

giuridica dei poteri pubblici e del loro rapporto con i poteri dei soggetti individuali, anch'essi giuridicamente definiti. Il "principio di differenziazione" si esprime sia come differenziazione del sistema politico-giuridico rispetto agli altri sottosistemi sociali, in particolare quello etico-religioso e quello economico, sia come criterio di delimitazione, coordinamento e regolazione giuridica di distinte funzioni statali, sommariamente corrispondenti alla posizione di norme (*legis latio*) e all'applicazione di norme (*legis executio*)"¹²⁰.

Gli scopi dello stato di diritto si sono ripresentati recentemente in uno scenario globale, ovvero si usa far riferimento alla nozione di stato di diritto come all'insieme di quelle condizioni capaci di assicurare un "ordine politico stabile e [...] un livello accettabile di tutela dei diritti soggettivi, in particolare dei diritti civili [...]", in altre parole si raccomanda lo stato di diritto come struttura garante di un "ordine politico minimo"¹²¹, ordine che pare essere strumentale al raggiungimento della democrazia a sua volta prodromico alla crescita economica. Ecco, può dunque dirsi che anche la Cina si sia indirizzata verso quell'ordine politico minimo e lo stia facendo attraverso quella che può essere definita una *promessa costituzionale*¹²², fatta con la suddetta introduzione della *rule of law* (*fazhi*) proprio in costituzione. Il 'paradosso cinese'¹²³ è rappresentato dal fatto che pur in assenza dei caratteri propri della *rule of law* la Cina sembra già aver raggiunto successi economici non indifferenti, per questo motivo è necessario domandarsi quali siano in realtà gli scopi e gli effetti della promozione della democrazia nel mondo¹²⁴.

Al fatto che la nozione introdotta è accompagnata dall'aggettivo socialista, si collega la considerazione che non sono pochi gli impedimenti ad una sua realizzazione concreta. E' sufficiente sfogliare l'indice di uno dei maggiori contributi sullo stato di diritto in Cina - *China's Long March*

¹²⁰ Zolo D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 34.

¹²¹ Zolo D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., p. 67.

¹²² Ajani G., *La Rule of Law in Cina*, in 126 *Mondo Cinese* 2006, disponibile su http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/126/126_ajan.htm.

¹²³ Ajani G., *La Rule of Law in Cina*, cit. Al 'paradosso cinese' si collega anche il così detto Beijing Consensus per il quale può intendersi "a pragmatic approach to reforms and support for a larger role for the state in guiding the economy and ensuring equitable growth, [...] to refer to market reforms without democracy", in reazione (o contrapposizione) al più conosciuto Washington Consensus, Peerenboom, R., *China modernizes: threat to the west or model for the rest?*, Oxford, Oxford university press, 2007, p. 6.

¹²⁴ Alford W. P., *Exporting the Pursuit of Happiness*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Foundation Press, 2009, p. 37 ss.

*toward Rule of Law*¹²⁵ - per comprendere che i valori contenuti nella nozione contrastano in svariati ambiti con l'organizzazione del sistema cinese. Basti, a questo proposito, pensare al ruolo guida del PCC; ma vi sono contrasti anche con il sistema legislativo, con l'organizzazione amministrativa eccessivamente burocratica ed infine con l'organizzazione stessa della magistratura che ancora non può dirsi effettivamente indipendente né professionalizzata.

Quelle elencate sono circostanze che rendono difficoltosa l'attuazione della *rule of law* e che non derivano solo da scelte politiche del passato, ma anche da contraddizioni sorte dopo l'inizio della riforma economica e giuridica cinese. Ciononostante questi ostacoli non rendono la nozione di *stato di diritto socialista* contenuta nell'art. 5 priva di significato; tale accezione è stata ed è tutt'oggi strumentale a processi di adeguamento del sistema giuridico cinese a parametri propriamente occidentali¹²⁶. Non a caso pare esserci un collegamento tra la terza riforma costituzionale e l'adesione della Cina alla Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) nel 2001¹²⁷, così come quest'ultima pare esser stata uno dei principali stimoli per le profonde riforme sia giuridiche che economiche ancora oggi in corso in Cina. Come noto, infatti, l'OMC richiede la promozione della trasparenza nel paese così come un accesso ed uno scambio di informazioni per le attività commerciali; la Cina in questo senso aveva già mostrato le debolezze del sistema e nonostante la messa in opera di svariate riforme per adeguarsi agli standard internazionali il percorso non può dirsi concluso¹²⁸.

¹²⁵ Peerenboom R., *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

¹²⁶ Ajani G., *La Rule of Law in Cina*, cit.

¹²⁷ E' il caso di precisare che non solo i negoziati per l'accesso della Cina all'OMC, avvenuto nel dicembre del 2001, sono durati quindici anni, ma anche che l'adesione è stata condizionata ad una sorta di clausola precauzionale volta a disciplinare dei meccanismi provvisori di revisione (Transitional Review Mechanism- TRM) affinché gli altri Stati membri potessero controllare l'andamento delle riforme giuridiche in atto in Cina nei vari settori commerciali. Tali meccanismi dovrebbero essersi conclusi, sebbene studi sul tema effettuati mentre tali controlli erano ancora *in fieri*, non sembrassero delineare un effettivo funzionamento degli stessi. Sul tema vedi Farah D. P., *L'adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio: ovvero come conciliare cultura e diritto*, in 124 *Mondo Cinese* 2005, disponibile su http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/124/124_fara.htm

¹²⁸ Sul tema Cavalieri R., *L'adesione della Cina alla WTO: implicazioni giuridiche*, Lecce, Argo, 2003, vedi anche Clarke D. C., *China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson - Foundation Press, 2009, p. 31 ss.

E' anche in questa prospettiva che deve leggersi tutta la gran mole di leggi emanate dall'Assemblea nazionale del popolo e dal suo Comitato permanente negli ultimi anni¹²⁹.

E' degno di nota il fatto che per alcuni

“[l'] aggettivazione “socialista” della rule of law sembrerebbe un sintomo della concezione ancora strumentale nella Cina popolare delle disposizioni normative, ed in particolare delle regole dello stato di diritto; in altre parole, il principio della rule of law costituirebbe l'aspetto dinamico che consente e favorisce l'effettività del sistema legale quale elemento (sovra) strutturale, nell'ottica peraltro della funzionalizzazione in senso socialista dell'ordine giuridico, senza negare perciò lo scopo ultimo della realizzazione della società comunista, come tale priva non solo di classi sociali antagoniste, ma anche del diritto e dello stato”¹³⁰..

La perdurante ambiguità (o flessibilità¹³¹) del termine *fazhi*, potrebbe riflettere una continua avversione cinese nell'ammettere leggi che possano frenare la discrezionalità degli organi di governo; vi è, infatti, chi¹³² ritiene che il termine *fazhi* richiami quello di *renzhi* (*rule by man*), a tal punto da volersene discostare il meno possibile. L'apparente assunzione di questo principio nella costituzione cinese pone alcuni rilevanti problemi di interpretazione; innanzitutto perché lo stato di diritto non ha alcuna tradizione nella cultura giuridica cinese ed è pertanto inevitabile che un principio di tale portata non sia in grado di produrre i suoi effetti se non

¹²⁹ L'adesione alla OMC ha, quindi, ancor più condotto la Cina a bilanciare l'esperienza del governo socialista dell'economia con una nuova disciplina dei rapporti privati e delle strutture economiche sociali necessarie all'apertura della Cina agli scambi internazionali. Per alcune riflessioni sul ruolo della legge in Asia vedi Ginsburg T., *Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia*, in Merryman J. H., Clark D. S., Haley J. O., *Comparative Law: Historical Development of the Civil Tradition in Europe, Latin America, and East Asia*, New Providence, N. J., LexisNexis, 2010, p. 65 ss.

¹³⁰ Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 27.

¹³¹ L'art. 1 della Legge sulla legislazione (2000) è emblematico per questa ambiguità: “This Law is enacted in accordance with the Constitution in order to standardize lawmaking activities, to perfect state legislative institutions, to establish and perfect the socialist legal system with Chinese characteristics, to safeguard and develop socialist democracy, to promote the governance of the country through legal mechanisms, and to build a socialist country under the rule of law”, nello stesso articolo si dà spazio sia ad una *rule by law* che ad una *rule of law*, ma d'altra parte proprio questa flessibilità pare essere la sostanza della “costruzione di un sistema socialista con caratteristiche cinesi” come sottolineato da Castellucci I., *Rule of Law with Chinese Characteristics*, (2007) in Castellucci I., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Trento, Uni Service, 2008, p. 97 ss., p. 100.

¹³² Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, in *8 Pacific Rim Law & Policy Journal*, 1999, p. 581 ss., p. 585.

dopo un congruo periodo di radicamento; e se Zhou Enlai (1898-1976) interrogato sul significato della Rivoluzione francese (1789) rispondeva asserendo che era troppo presto perché se ne potesse dire qualcosa, forse, potrebbe dirsi altrettanto per ciò che concerne la *rule of law* socialista in Cina, sebbene giuristi e sinologi, cinesi ed occidentali, continuino abbondantemente ad occuparsene¹³³; è ormai forse vero che a distanza di più di dieci anni qualche considerazione più conclusiva potrebbe apparire fattibile anche in considerazione del fatto che parte della dottrina ha pure iniziato a parlare di un costituzionalismo sempre più forte nella Cina contemporanea¹³⁴.

Inoltre i cinesi stessi cominciano ad essere più familiari con l'espressione introdotta e con il suo significato sebbene talvolta paia non essere volutamente riempita di significato. Al proposito è importante ricordare che nel 2006 in una delle tante campagne di propaganda della "*socialist rule of law theory*" Luo Gan, presidente del Comitato politico-giuridico del PCC a livello centrale affermava che la *rule of law* socialista comportava di: 1) governare il paese attraverso la legge; 2) dare attuazione alle leggi per il popolo; 3) mantenere la giustizia e l'equità; 4) servire la situazione generale; e 4) seguire la leadership del Partito. In un intervento successivo l'allora presidente della Corte suprema aggiungeva che era poi necessario evitare la "*negative influence of Western rule of law theory*". Difficile attribuire un significato preciso a quest'ultima affermazione, ma vi è chi sostiene che fosse riferita proprio alla concezione occidentale del principio dell'indipendenza della magistratura¹³⁵.

Se la costituzione deve essere inquadrata nell'attuazione della politica della "porta aperta" di Deng Xiaoping altrettanto deve farsi con la generale riforma economica che, a partire dal 1979, la Cina ha intrapreso con l'emanazione di un gran numero di leggi guidata dall'idea di attrarre l'investitore straniero e soprattutto capitale estero¹³⁶. Tale riforma ha portato ad un cambiamento nella percezione del ruolo della legislazione che ha

¹³³ Ajani G., *La Rule of Law in Cina*, cit. vedi anche Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Fondation Press, 2009, p. 37 ss., p. 38.

¹³⁴ Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, cit.

¹³⁵ Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, in 191 *China Quarterly*, 2007, p. 620 ss., pp. 627-628.

¹³⁶ Sul tema vedi in generale Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit. e Moccia L. (a cura di), *Profili emergenti del sistema giuridico cinese*, Roma, Philos, 1999.

gradualmente assunto la funzione di regola generale, astratta ed uniforme applicabile a tutta la società e non in base alle classi¹³⁷.

“[...] nello scenario principale di questo quadro [...] la fase di sviluppo del mondo cinese porta in primo piano un più problematico rapporto politica-economia che [...] chiama in causa proprio il ruolo del diritto come fattore di modernizzazione e strumento di cambiamento socio culturale. Tanto da far ritenere che [...la riforma successiva] non sia, né possa essere (per molto tempo ancora), quella politica (Mr. Democracy), ma piuttosto quella giuridica (Mr. Law)”¹³⁸.

Infatti, sono state adottate una serie di leggi volte in primo luogo ad agevolare gli scambi commerciali¹³⁹ con l'estero, a tal fine si è anche reso necessario garantire, almeno sulla carta, l'investitore straniero attraverso l'introduzione di leggi quanto mai influenzate dai modelli occidentali sia a matrice romano-germanica che anglo-americana, tanto che oramai risulta improprio riferirsi alla Cina come ad un paese senza diritto o senza operatori del diritto¹⁴⁰. Comunque

“[tali] strumenti non implicano necessariamente (o immediatamente) l'adesione al modello democratico - e talvolta, in particolare in Asia orientale, riescono a

¹³⁷ Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 21.

¹³⁸ Moccia L., *Il diritto in Cina*, cit., p. 209.

¹³⁹ Già nel 1995 veniva scritto che l'influenza di modelli stranieri e la loro recezione da parte dei legislatori di vecchi e nuovi paesi post-socialisti aveva raggiunto dimensioni mai viste prima e che per ovvie ragioni l'attenzione cadeva prima di tutto sui settori più vicini alla pratica degli affari, espandendosi poi, per il tramite della pratica comparativa, a tutti i settori dell'ordinamento giuridico, dal diritto pubblico, al diritto penale, financo alle procedure. Giustamente l'autore sosteneva poi che il legislatore avrebbe dovuto porsi la seguente questione: *'Does the X model respond today to the needs of a postsocialist economy?'*...domanda necessaria per accrescere le possibilità di una nuova legislazione duratura idonea a ricevere all'interno del paese ricevente l'autorità per divenire effettivo Ajani G., *By Chance and Prestige*, in *43 American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 93 ss., pp. 115-116, altrettanto dovrebbe farsi per la “nuova Cina”, sebbene, almeno formalmente, non possa definirsi un paese post-socialista.

¹⁴⁰ Anche la professione di avvocato che è sempre stata molto ostacolata, talvolta dichiarata illegittima perchè contraria al populismo in quanto ‘di parte’, con l'avanzare della riforma, sta acquistando nuova dignità, per alcune riflessioni sull'abbondante produzione legislativa vedi Crespi Reghizzi G., *Cina 2003: L'osservatorio del giurista*, disponibile su <http://www.leggicinesi.it/dottrina/ReghizziCinaOsservatorioGiurista.pdf>. E' poi almeno da accennare che i fatti di piazza Tian'an men secondo alcuni hanno danneggiato il sistema giuridico che già da dieci anni era in formazione tra gli altri Cohen J. A., *Law and Leadership in China*, in *Far Eastern Review*, come citato da Kim M. Seong-hak, *A distant premise: Judicial Independence in the People' Republic of China*, in *24 Korean Journal of Comparative Law*, 1996, p. 17 ss.

prosperare anche all'interno di sistemi politici totalitari- ma richiedono perlomeno che sia garantito un minimo grado di certezza (o di prevedibilità) e uniformità delle regole e che le singole istituzioni statali agiscano in maniera adeguatamente indipendente e fondino la loro attività su norme tecniche, generali e astratte, piuttosto che sull'opportunità politica del caso concreto; inoltre impongono che si formi una classe di giuristi professionisti, scientificamente preparata e professionalmente autonoma”¹⁴¹.

Il pragmatismo cinese ha fatto sì che l'inizio della grande riforma venga fatto coincidere con l'approvazione della legge del 1979 sulle *equity joint ventures*, società sino-estere; in un brevissimo periodo di tempo la Cina è stata in grado di costruire una struttura fatta di regole giuridiche volte a regolare i rapporti commerciali nazionali, internazionali e a tutelare, in un certo senso, l'imparzialità degli stessi stabilendo *ex lege* dei limiti nei confronti dell'amministrazione¹⁴². Moltissime le leggi approvate sia di natura sostanziale che sistemologica; in quest'ultimo gruppo rientrano la legge del 1986 sui principi generali di diritto civile (di stampo principalmente germanico), sulle corti e sulle procure popolari (1979), sulla magistratura (1995), sulle procedure (1979, 1991), sui contratti (1999), e, la legge sull'arbitrato (1994), più recentemente sui diritti reali e sul diritto del lavoro (2007) e siamo oramai nell'era degli emendamenti e delle riforme di tali leggi, alcune già avvenute. Sono poi stati perfezionati istituti quali il *Legal aid* che ha avuto uno sviluppo a partire dagli anni Novanta attraverso strutture istituite prevalentemente all'interno delle università fino ad arrivare all'emanazione di un vero e proprio regolamento a livello nazionale nel 2003¹⁴³. Particolare importanza è poi da attribuirsi alla Legge sulla legislazione del 2000, in un sistema stratificato come quello cinese, era infatti necessario fare ordine circa una gerarchia delle fonti del diritto, nonostante le ambiguità irrisolte e le difficoltà riscontrate nel rispetto dei principi stabiliti dalla stessa, essa “stabilisce, per la prima volta, la gerarchia

¹⁴¹ Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 5.

¹⁴² Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 173 ss.

¹⁴³ Carpi A., *Il legal Aid nella Cina contemporanea*, in 1 *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 177 ss., vedi anche Liebman B. L., *Lawyers, Legal Aid, and Legitimacy in China*, in Alford W. P., *Raising the Bar, The Emerging Legal Profession in East Asia*, Cambridge- Massachusetts, Harvard University Press, 2007, p. 311, Fu Hualing, *Access to Justice and Constitutionalism in China*, in Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 163 ss.

e la competenza delle fonti scritte del diritto, contribuendo, almeno sul piano formale, a mettere ordine in questa materia”¹⁴⁴.

Superata la difficoltà linguistica, vuoi grazie alle traduzioni disponibili in lingua inglese, vuoi per un accesso diretto delle fonti, il giurista occidentale, in particolar modo il *civil lawyer* non ha difficoltà particolari nel comprenderle, ma proprio tale circostanza, se rapportata alla diversissima storia, cultura, tradizione, scrittura, diviene forse preoccupante. La difficoltà nel rapportarsi al diritto cinese risiede infatti nella mancanza di una chiave di lettura della stessa, di principi giuridici guida ampiamente condivisi; in questo senso risulta difficile parlare di tale insieme di norme disomogenee come di un sistema giuridico coerente¹⁴⁵.

Interessante, a questo proposito, la constatazione che attraverso le leggi sulle procedure, sia civili che penali, si sia tentato di codificare il processo cinese, che era tendenzialmente informale. Questa, al pari di altre osservazioni, hanno fatto pensare ad una *ambivalenza cinese*, dovuta ad una continua ricerca di un equilibrio tra regole formali e quella discrezionalità e quel particolarismo che oramai da secoli, se non da millenni, fanno parte del sistema cinese¹⁴⁶. Infatti, la modernizzazione tecnico-scientifica, entro la quale si inserisce quella giuridica, è stata anche considerata come una questione di contrapposizione tra 体 (*ti*), (dal significato di corpo) e 用 (*yong*), (sostanza e funzione)¹⁴⁷ dalla quale emergeva l'assunto seguente:

¹⁴⁴ Per una spiegazione critica dei principali articoli vedi Antonelli R. F., *La legge sulla legislazione*, cit., il testo inglese della legge è disponibile su http://www.leggicinesi.it/view_doc.asp?DocID=440, come già stabilito in costituzione essa è la fonte primaria, seguita dalle leggi fondamentali (in teoria emanate dall'ANP), e dalle leggi 'ordinarie' approvate dal Comitato permanente, a livello di fonti normative secondarie vi sono i regolamenti amministrativi emanati dal Consiglio di Stato (supremo organo esecutivo dello stato- art. 85 cost.), a livello locale le Assemblee locali popolari, i Comitati permanenti delle province, delle regioni autonome e delle municipalità emanano le leggi locali (conformi alla costituzione, alle leggi nazionali e ai regolamenti del Consiglio di Stato), ulteriori disposizioni sono dedicate ai regolamenti delle autonomie ed ai regolamenti speciali.

¹⁴⁵ Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 149.

¹⁴⁶ Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, cit., p. 581.

¹⁴⁷ Impostazione teorica di ufficiali Qing, arrivata fino ai giorni nostri, “La dialettica *ti* e *yong* è una caratteristica propria della componente filosofico-culturale [...] indipendente dalla filosofia politica del momento [...]. Per Mao *ti* rappresentava la tradizione, seppur nella propria interpretazione marxista della società cinese, mentre *yong* rappresentava il progresso scientifico e l'arte dell'amministrazione statale dell'occidente [...]”, tale dialettica è stata in parte risolta da Deng Xiaoping con la formulazione della perifrasi “economia socialista di mercato”, Rossi P., *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni*

“il sapere cinese come sostanza, il sapere occidentale come funzione”¹⁴⁸.

Non è casuale probabilmente la diffusione, negli ultimi anni, di libri non necessariamente tecnici, volti ad aiutare lo straniero che voglia avere rapporti con la Cina; piccoli manuali che vanno oltre il mero dettato normativo, tentando piuttosto di interpretare le leggi anche alla luce del modo di ‘praticare’ il diritto in Cina. Consigli dunque sul come comportarsi per arrivare ad una maggiore comprensione di un mondo in cui la discrasia tra legge scritta e diritto vivente apparirebbe altrimenti eccessiva¹⁴⁹.

Dal momento che la mera approvazione di una legge, per quanto simile ad un testo normativo occidentale, non è sufficiente a modificare le caratteristiche di un sistema essendo poi necessaria una sua reale e concreta applicazione, anche un sistema di corti sufficientemente preparato ed indipendente diviene di fondamentale importanza; di conseguenza le riforme volte a modificare il sistema giudiziario, di seguito analizzate, devono intendersi nella medesima prospettiva.

2. Più in particolare: l'organizzazione giudiziaria cinese

2.1. L'odierno sistema delle corti

Dopo aver delineato in modo schematico che a livello centrale il potere legislativo è esercitato dall'Assemblea nazionale del popolo e dal suo Comitato permanente quando la stessa non è riunita¹⁵⁰, che il potere esecutivo è nelle mani del Consiglio degli affari di stato, del Presidente della Repubblica e delle Commissioni militari, resta ora da delineare l'organizzazione ed il contesto in cui operano gli organi giudiziari del paese

sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese, cit., p. 54.

¹⁴⁸Rossi P., *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese, cit., p. 52.*

¹⁴⁹Chieng A., *La pratica della Cina*, Milano, Obarrao, 2006, Cavalieri R. (a cura di), *Cina: commercio internazionale e investimenti esteri*, IPSOA, 2006.

¹⁵⁰Le leggi organiche o fondamentali possono essere approvate esclusivamente dall'ANP, mentre le leggi adottate dal Comitato permanente sono le c.d. leggi ordinarie, per maggiori approfondimenti sulle fonti del diritto in Cina vedi Antonelli R. F., *La legge sulla legislazione, cit.*

che ai sensi dell'art. 123 della costituzione sono le corti e le procure popolari¹⁵¹.

Le corti, secondo un comune pensare, dovrebbero essere le maggiori protagoniste di un sistema giuridico per l'applicazione della legge; conseguentemente dovrebbero contribuire, attraverso l'attuazione delle norme, a rendere un paese uno stato di diritto anche nel caso in cui si tratti di uno stato di diritto 'socialista' con *caratteristiche cinesi*, o uno stato che applica il principio di legalità socialista¹⁵². Le corti cinesi sono organizzate secondo un sistema piramidale delineato sia in costituzione che nella Legge organica sulle corti popolari della RPC del 1979, emendata nel 1983 ed ovviamente nella Legge sulla procedura civile approvata nel 1991 ed emendata nel 2007.

Come precedentemente accennato, le corti cinesi non sono posizionate sullo stesso livello dell'organo legislativo ed anzi, in base al principio della supremazia popolare, l'Assemblea nazionale del popolo e le decentrate Assemblee locali popolari hanno il potere di supervisionarne l'operato. In base poi al principio del doppio controllo, gli organi giudiziari collocati al livello gerarchicamente superiore devono supervisionare l'operato di quelli inferiori correggendone eventuali errori (controllo verticale); quindi, sebbene formalmente (art. 12 della Legge organica sulle Corti popolari della RPC) il giudizio di appello debba rappresentare l'ultima istanza di giudizio, ovvero, la decisione definitiva, esistono dei meccanismi di controllo che da tale gravame fuoriescono.

La distribuzione delle corti popolari della RPC è articolata su quattro livelli¹⁵³. La corte di massima istanza è la Corte suprema popolare 最高人民法院 (*zuigao renmin fayuan*) che ha sede a Pechino, al livello gerarchicamente inferiore si trovano le Alte corti popolari 高级人民法院 (*gaoji renmin fayuan*) che rappresentano le corti d'appello per le Corti intermedie popolari 中级人民法院 (*zhongji renmin fayuan*) ed infine le

¹⁵¹ Il mio lavoro analizzerà solo le corti popolari e non anche le Procure popolari, vi sono infatti norme diverse che le regolano dovute alle differenti funzioni svolte.

¹⁵² Chen J., *Implementation of Law in China - an Introduction*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 1 ss., p. 8.

¹⁵³ Per un approfondimento sull'attività delle corti in generale vedi Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 250 ss.; Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation*, cit., p. 147 ss.; Ajani G, Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 437 ss.

corti di rango inferiore sono le Corti popolari di base 基层人民法院 (*jiceng renmin fayuan*). Posizionati allo stesso livello amministrativo di queste ultime si trovano i Tribunali popolari 人民法庭 (*renmin fating*), la cui istituzione è stata determinata principalmente dalla necessità di avvicinare i tribunali ai cittadini delle zone rurali più remote evitando l'enorme problema rappresentato dagli spostamenti da una parte all'altra dell'immenso paese; esiste poi una giurisdizione speciale composta principalmente da corti marittime, militari, forestali e ferroviarie¹⁵⁴.

All'interno di ciascuna corte è presente un presidente, un vicepresidente, un presidente di sezione per ciascuna delle sezioni presenti, i rispettivi vice-presidenti di sezione ed infine i giudici ordinari; un'attenzione particolare la meritano poi i Consigli giudiziari all'interno di ciascuna corte le cui funzioni dovrebbero consistere nel riassumere l'esperienza di lavoro della corte e nel discutere i casi più importanti e complessi, essi, quando si riuniscono, sono presieduti dal presidente della corte e, generalmente, sono considerati gli organismi più professionalizzati di ogni organo giudiziario¹⁵⁵. Solo il presidente della corte è eletto dall'Assemblea parlamentare del livello corrispondente, i restanti giudici - siano essi presidenti di sezione, vice-presidenti, membri dei Comitati giudiziari o giudici ordinari - sono nominati dal Comitato permanente dell'Assemblea popolare del corrispondente livello¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Come specificato la Corte suprema è una ed ha sede a Pechino, le Alte corti sono 29 e si trovano nelle Municipalità sottoposte direttamente al controllo centrale (Pechino, Shanghai, Tianjin e Chongqing) nonché a livello di provincia e nelle Regioni autonome come il Tibet; le Corti intermedie sono c.a. 350 distribuite nelle città amministrare dalle province e nelle Municipalità, circa 3.000 sono le corti di base distribuite nelle città rurali e nei distretti urbani, mentre non vi è certezza sui numeri dei Tribunali popolari, ma certamente sono più di 14.000 dislocati su tutto il territorio del paese specialmente nelle aree rurali. Per quanto riguarda le corti specializzate, in realtà, l'art. 2 (2) della Legge organica sulle corti del popolo cita espressamente solo le corti militari e si riferisce alle altre con un generico (other special people's court) Le informazioni riportate sono state riprese da una lettura congiunta di quanto riportato in Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 250 ed in Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation*, cit., p. 150, vedi anche Balme S., *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, in Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 179 ss., p. 180.

¹⁵⁵ Il ruolo del Consiglio giudiziario sarà più ampiamente trattato nel prossimo capitolo al par. 3.3.

¹⁵⁶ Art. 62 (7), art.67(11) Cost., art. 11 Legge sulla magistratura della Repubblica popolare cinese (1995 emendata nel 2001) ed art. 11 della Legge organica sulle corti popolari (1979 emendata nel 1983).

Ex art 10 c. 2 e 4 della Legge organica delle corti popolari, le decisioni vengono generalmente prese da un giudice collegiale 合议庭 (*heyiting*), a tutti e quattro i livelli della gerarchia giudiziaria, sebbene nelle Corti popolari di base il collegio possa essere costituito da un giudice togato e da due giudici popolari¹⁵⁷, anziché da tre giudici togati come accade nelle corti superiori.

Come sopra accennato, ogni corte è a sua volta suddivisa in sezioni 庭 (*ting*) specializzate per materia; si prevedono, ad ogni livello di corte, le sezioni per gli affari civili, per le cause penali e per le controversie economiche, alle quali si aggiungono ulteriori sezioni specializzate che possono essere istituite sia nell'ambito delle corti di livello superiore che in quelle di base; si è ad esempio proceduto all'istituzione di sezioni specializzate per le vertenze su questioni di diritto industriale e proprietà intellettuale¹⁵⁸.

Si può aggiungere che le corti di base hanno competenza a decidere la quasi totalità delle cause sia civili che penali, ma alcune categorie di vertenze possono essere sottratte alla loro giurisdizione e devolute alle Corti intermedie popolari o alle Alte Corti popolari secondo criteri non sempre predeterminati; infatti, in base a quanto predisposto dal Titolo II Sezione I della Legge sulla procedura civile del 2007, la possibilità che una corte superiore ha di avocare un caso pendente davanti ad una corte inferiore è molto vasta¹⁵⁹ e sottoposta a condizioni tutt'altro che oggettive e trasparenti. Ciononostante non è frequente che l'avocazione avvenga nelle forme stabilite dalla Legge sulla procedura civile; più frequentemente avviene in modo informale o attraverso l'esercizio dei poteri di supervisione, come meglio analizzato in seguito.

La Corte suprema del popolo, organo di massima istanza, giudica delle impugnazioni proposte contro le sentenze emanate dalle Alte corti popolari e dalle Corti speciali popolari; ai sensi dell'art. 32 della Legge sulle corti popolari è giudice di primo ed unico grado per le cause civili e penali di particolare rilevanza nazionale. In generale, comunque, le decisioni dei casi

¹⁵⁷ Art. 10 Legge organica sulle corti del popolo (1979 come emendata nel 1983), sono altresì disciplinati dall'art. 40 della Legge sulla procedura civile (1991 emendata nel 2007). Sembra prassi consolidata il fatto che i giudici popolari (people's assessors) si uniformino a quanto stabilito dal giudice professionale.

¹⁵⁸ *Notice of the Supreme People's court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts* (2009-2013), del 17 marzo 2009, par. I (3).

¹⁵⁹ Artt. 18, 19, 20, 21 Legge sulla procedura civile approvata dal Comitato permanente dell'ANP nel 2007, vedi anche Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit.

più importanti e complessi devono essere approvate dal presidente della corte¹⁶⁰. Rispetto all'attività decisionale della Corte suprema popolare sembrano esserci altre due funzioni principali disciplinate dagli artt. 30 e 33 della Legge organica sulle Corti popolari della RPC, ovvero, quella di supervisione e quella di interpretazione legislativa della Corte medesima.

L'attività di supervisione legislativa (art. 30) della Corte suprema è volta a valutare e controllare l'operato delle corti di giustizia ordinaria e speciale dei vari livelli sottostanti. Invece, la più interessante funzione di interpretazione legislativa (art. 33¹⁶¹) si può avere in tre diverse circostanze ovvero: 1) quando un caso sia pendente davanti alla Corte suprema stessa e la legislazione necessiti di essere più dettagliatamente interpretata; 2) su richiesta di un'Alta corte popolare; oppure 3) su stimolo dell'emanazione da parte dell'ANP o del suo Comitato permanente di una nuova disposizione legislativa. Nella maggior parte dei casi si tratta di opinioni espresse dai supremi giudici della RPC a seguito dell'emanazione di nuove disposizioni legislative. E' evidente che la portata dell'opinione potrà essere altrettanto necessariamente generale ed astratta in assenza di uno stimolo *incidenter tantum*; in realtà il dettato normativo limiterebbe tale attività alle sole questioni inerenti il procedimento giudiziario, ma è oramai prassi consolidata che si verifichi anche su altre materie¹⁶². Dibattiti dottrinari sono avvenuti circa la forza vincolante di tali interpretazioni e probabilmente deve ritenersi che, nel rispetto del principio della supremazia del Parlamento, tali interpretazioni non costituiscano fonte del diritto *de iure* in quanto atti giurisdizionali, non sono infatti menzionate nella Legge sulla legislazione del 2000, ma, ciononostante, rivestono grande rilievo nell'ordinamento giuridico cinese tanto da essere definite comunque “fonte fondamentale del diritto” da parte della dottrina, di conseguenza con valore normativo tanto da affiancarsi “alle leggi ordinarie, rivestendo il carattere di vere e proprie normative di attuazione”¹⁶³.

Esse non vengono dunque trascurate dalle corti inferiori, sia perché nelle fasi dell'impugnazione la controversia su una questione ‘interpretata’ potrebbe anche giungere alla Corte suprema (o supervisionata dalla stessa) sia perché, in caso di incertezza del giudice inferiore sull'applicazione, è frequente che lo stesso richieda, più o meno formalmente, alla Corte di

¹⁶⁰ Ajani G, Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 441.

¹⁶¹ Articolo 33 della Legge organica sulle corti del popolo (1979 emendata nel 1983): “The Supreme People's Court gives interpretation on questions concerning specific application of laws and decrees in judicial proceedings”.

¹⁶² Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 283.

¹⁶³ Timoteo M., voce *Cina*, cit., p. 203.

livello gerarchicamente superiore, istruzioni sulla causa che difficilmente vengono disattese¹⁶⁴. Più in generale, in Cina, a causa del principio gerarchico e del sistema fortemente burocratico, vi è la prassi delle corti superiori di rispondere a domande poste dalle corti inferiori su questioni giuridiche di casi ‘particolari’ che la corte inferiore si trova a dover decidere, anche al di là del formale potere di interpretazione giurisdizionale della Corte suprema. Le richieste di chiarimenti da parte delle corti inferiori possono giungere alla corte superiore sia tramite richieste formali scritte che, più informalmente, per telefono. Ovviamente non vi è un obbligo della corte inferiore di seguire quanto ‘suggerito’ dalla corte superiore, ma accade comunque che il parere, anche se non seguito, venga tenuto in grande considerazione. Appare immediata la potenziale inutilità dell'appello; in un certo senso è come se la corte superiore si trovasse ad aver già deciso, se non su tutte le questioni, quantomeno sulle più importanti, e senza aver preso visione dei documenti adottati in causa dalle parti, ma meramente in base a quanto riportato dalla corte inferiore oralmente o per iscritto. Ovviamente, la frequenza di questa prassi varia da corte a corte e da giudice a giudice, ma è un problema reale¹⁶⁵.

In Cina non esiste una Corte costituzionale e non è concesso ai giudici sindacare sulla conformità delle leggi alla costituzione, circostanza che non stupisce in quanto perfettamente in linea con il principio di unitarietà dei poteri statali¹⁶⁶. Come precedentemente accennato sono piuttosto gli organi legislativi ad effettuare la così detta “*supervisione* costituzionale”; infatti, il controllo del rispetto della costituzione nelle leggi viene effettuato dai medesimi. Anche in Cina però sembrano intravedersi le basi di una più chiara efficacia dei principi stabiliti in costituzione¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Tali interpretazioni sono idonee ad aprire l'annosa questione circa la teoria delle fonti del diritto in Cina per la quale si rimanda, oltre che alla Legge sulla legislazione del 2000, a Antonelli R. F., *La legge sulla legislazione*, cit.

¹⁶⁵ Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 260 ss.

¹⁶⁶ Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, cit., p. 29.

¹⁶⁷ Tong Zhiwei, *Developments of Chinese Constitutionalism in the mid and short run*, cit., p. 150 ss.; Luther J., *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 223 ss.; Antonelli R.F., *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile?*, in *5 italianieuropei*, 2009, p. 155 ss.; Yu Xingzhong, *Western Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China, 1978-2005*, in Balme S., Dowdle M.W. (edited by), *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 111 ss.; Dowdle M.W., *Beyond 'Judicial Power': Courts and Constitutionalism in Modern China*, in Balme S., Dowdle M.W. (edited by), *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 199 ss.

2.2. L'attuale contesto della riforma giuridica cinese

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

Il nuovo diritto scritto nasceva dall'esigenza di riformare il sistema e dalla necessità di attrarre ricchezza, soprattutto attraverso gli investimenti da parte di uomini d'affari occidentali, abituati però ad uno stato di diritto, a procedure giudiziarie tendenzialmente eque e certe, a fasi esecutive coerenti con quanto predisposto *ex lege* e, in particolar modo, ad un potere statale limitato. Tutto questo rendeva necessario che la Cina si dotasse di un sistema giuridico, che, almeno in parte, fosse rivolto alla tutela della dignità umana, della libertà individuale ed ovviamente anche degli affari¹⁶⁸.

*“When society is a small, close-knit collection of kin, informal means of intervention suffice to resolve conflicts. But as economic activity becomes more complex and commerce expands, group, ties weaken, and the demand for more formal means of intervention grows”*¹⁶⁹.

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

L'organizzazione delle corti cinesi deve essere letta in un contesto in cui la discrezionalità rimane parte integrante di tutto il sistema e non solo

¹⁶⁸ Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, cit., p. 583; “In sum, rule of law ensures that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand-rules which make it possible to foresee with fair certainty how authority will use its coercive powers in given circumstances and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge”.

¹⁶⁹ *The World Development Report 2002, Charter 6. The Judicial System*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, p. 15.

caratteristica peculiare del giudice; inoltre, il tradizionale (sebbene ridimensionato dai recenti studi) e millenario disfavore nei confronti della risoluzione formale delle controversie, di matrice confuciana, non ha ancora del tutto lasciato il posto ad una maggiore fiducia del popolo nei confronti delle corti e dei giudici. Il contesto delle corti cinesi è dunque peculiare perché alla costituzione di un sistema formale di organi giudiziari vede affiancarsi delle caratteristiche proprie della tradizione cinese, il *guanxi* ad esempio, ovvero l'importanza delle relazioni personali, spesso così forte da prevalere sull'applicazione della legge; per questo motivo nel contesto cinese è ancor più difficile bilanciare la certezza del diritto con quella che può essere la discrezionalità del giudice spesso mossa più che da regole giuridiche da legami personali¹⁷⁰.

Inoltre, permangono gravi elementi di criticità riconducibili *in primis* alla corruzione, la quale, oltre che come causa di mal funzionamento delle corti, deve essere vista come una conseguenza di questo e spesso inserita in contesti di forte protezionismo locale¹⁷¹. Altro elemento di debolezza dell'ordinamento giudiziario è la poca professionalità dei giudici, nonché un costo della giustizia spesso sproporzionato sia rispetto al tenore di vita che rispetto ai risultati con essa raggiungibili. Per tutelare le corti sono stati sviluppati dei meccanismi volti ad assicurare il preventivo pagamento dell'attore alla corte stessa, ma l'incognita che il ricorrente, anche vittorioso, non recuperi quanto speso è reale¹⁷²; il tutto aggravato dalla difficoltà dell'esecuzione delle sentenze¹⁷³.

Quale incentivo può esserci a rivolgersi alle corti se poi permane l'incertezza di cadere nelle mani di un giudice corrotto, nella bassa competenze giuridica del medesimo, nella normale alea di trovare una forte

¹⁷⁰ Piquet H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, cit., 53 ss.

¹⁷¹ Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 278.

¹⁷² Li Yuwen, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospect*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 55 ss.

¹⁷³ He Xin, *Enforcing Commercial Judgments in the Pearl River Delta of China*, 57 *American Journal Comparative Law*, 2009, p. 419 ss. vedi anche Wu Peng, *The Good, The Bad and the Legal: Lawering in China's Wild West*, 21 *Columbia Journal Asian Law*, 2007-2008, p. 183 ss., Chen J., *Mission Impossible: Judicial Efforts to Enforce Civil Judgments and Rulings*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 85 ss. e Li Xuebing, *The Recognition and enforcement of foreign Arbitral Awards or foreign Judgements in China*, disponibile su http://www.vmaa.org/docs/Li%20Xuebing_Nov1605_Seminar.doc, che dimostra una migliore situazione per ciò che concerne l'esecuzione dei lodi arbitrali.

controparte. Non è infatti raro che per una causa giudiziaria intere famiglie siano state rovinare¹⁷⁴. Sempre dalla storia e dalla suddivisione territoriale, iniziata a partire dai tempi dell'Impero, l'odierno contesto dell'organizzazione giudiziaria cinese deve essere considerato nella sua dimensione di suddivisione amministrativa che segue i quattro livelli di amministrazione territoriale decentrata¹⁷⁵ con le inevitabili divergenze tra le zone più ricche della Cina orientale rispetto a quelle occidentali più povere e rurali che accentuano ancor più le problematiche sovra esposte¹⁷⁶.

Se a partire dal 1978 la riforma giuridica si è principalmente dimostrata strumentale ad una crescita economica, dal 1999 la Cina si trova in una fase di profonda trasformazione prettamente giuridica volta a contenere le incongruenze del sistema e a rafforzare l'indipendenza e la professionalità dei giudici; proprio nel 1999 la Corte suprema ha approvato il primo di tre piani di riforma quinquennale rispettivamente riferibili agli anni 1999-2003, 2004-2008 ed è, infine, in atto il terzo piano di riforma quinquennale che, approvato nel 2009, si esaurirà nel 2013. Dall'analisi di tali piani quinquennali si possono desumere i maggiori problemi riscontrati dalle corti cinesi negli ultimi anni. Essi rappresentano certamente ambizioni di non poco conto, coinvolgono proposte di riforma sia delle corti in quanto istituzioni sia della loro organizzazione interna da applicarsi ovviamente nel rispetto della leadership del Partito, della dittatura democratica del popolo, sostenendo l'esercizio indipendente dei poteri giurisdizionali e prestando anche attenzione alle esperienze estere¹⁷⁷.

La volontà politica di una riforma giuridica effettiva è anche evidente nelle parole dell'ex Presidente della Corte suprema, Xiao Yang, che così si esprimeva nel maggio del 2006:

“Judicial system reform is considered an important action for implementation the strategy of the rule of law, an important part of the political system reform, and an

¹⁷⁴ “By winning a case, one may get back a sheep, but lose a cow” proverbio riportato da Li Yuwen, *Court Reform in China: Problems, Progress and Prospects*, cit., p. 62.

¹⁷⁵ Mazza M., *Decentramento e governo locale nella Repubblica popolare cinese*, cit.

¹⁷⁶ La problematica è fortemente sentita in Cina, dimostrazione è data dal terzo programma quinquennale di riforma giuridica che dichiara una grande carenza di giudici nelle zone più povere, stipendi non adeguati ed una preparazione giuridica insufficiente; vedi *Notice of the Supreme People's court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts* (2009-2013), del 17 marzo 2009, par. 3 (14).

¹⁷⁷ Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation*, cit. p. 155 ss.

important aspect of improving the party's leadership competence... and developing socialist democratic policies"¹⁷⁸.

Le ambizioni riportate non hanno risolto problemi che riguardano il sistema nel suo complesso e non solo le corti in quanto organi giudiziari. La prospettiva di obiettivi troppo astratti e descritti in modo molto generico ha fatto ritenere le riforme poco fruttuose perché incapaci di fornire indicazioni precise e concretamente utili per risolvere le debolezze del sistema¹⁷⁹.

L'efficacia maggiore della riforma pare invece riscontrarsi sul tema della professionalità del giudice che ha portato all'introduzione di norme volte a migliorare la generale preparazione dei magistrati¹⁸⁰, ma anch'esse, come più avanti esposto, talvolta troppo flessibili e poco incisive.

Una delle conseguenze del pensiero di Xiao Yang si riscontra nel terzo programma di riforma che assume importanza per il fatto di voler migliorare la trasparenza all'interno dell'ordinamento giudiziario. In esso si raccomanda di pubblicare le decisioni giudiziarie su internet e delineare le modalità della fase esecutiva dei procedimenti, da sempre critica. Lo stesso Prof. Cohen nell'aprile 2009 affermava che restava da testare l'attuazione di questi buoni propositi, ovvero, come applicare la *mass line*, indicata dal Partito, ai problemi concreti dell'ordinamento giuridico in modo da avvantaggiare effettivamente il popolo. Sempre secondo Cohen la riprova di quanto sopra consiste nel constatare se i giudici continueranno ad indossare le vesti giuridiche occidentali, che oramai portano dal 2001 (anno di modifica della Legge sulla magistratura cinese) che, in teoria, simboleggiano la supremazia della legge anche sulla stessa *mass-line*¹⁸¹.

Nella considerazione dell'importanza del Partito nel contesto di riforma ed applicazione della stessa, rilievi importanti nascono anche dal fatto che il nuovo presidente della Corte suprema, Wang Shengjun, contrariamente al suo predecessore, ha fatto carriera nella polizia e nel Partito ed a lui è stato assegnato quel ruolo proprio per rafforzare l'influenza del PCC sulla magistratura. A lui adesso il compito di attuare quanto annunciato da Hu Jintao durante la *National Conference on Political-Legal Work*; ovvero di

¹⁷⁸ Balme S., *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 154 ss., 165.

¹⁷⁹ Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 625.

¹⁸⁰ Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 625.

¹⁸¹ Cohen J. A., *The Court of Mass Appeal*, South China Morning Post, 4 aprile 2009.

controllare che giudici e procuratori guardino “*as supreme the Party's cause, the people's interest and the Constitution and laws*”¹⁸².

Teoria che è diventata nota con il nome di “*the Three Supremes*” e della quale devono ancora essere inquadrati gli sviluppi, non dimenticando che lo scopo ultimo è quello di raggiungere una società armoniosa¹⁸³.

3. Profilo storico del concetto di magistratura in Cina.

3.1. Premessa

E' interessante comprendere quale sia il ruolo del giudice all'interno delle corti popolari cinesi. Capire quindi se l'organizzazione del sistema agevola un ruolo attivo del giudice in un'era in cui è comune parlare di giuridicizzazione del diritto anche nei confronti dei paesi asiatici¹⁸⁴, oppure se la storia e la tradizione facciano preferire un ruolo passivo del medesimo a ‘mera bocca della legge’ (o delle politiche del Partito comunista cinese)¹⁸⁵. Prima di scendere in tali considerazioni e commenti è necessario esaminare come la Cina abbia inquadrato la figura del magistrato imperiale prima e del giudice poi alla luce delle norme approvate. Lo status del giudice infatti è strettamente connesso al buon funzionamento delle corti e, soprattutto, le riforme potrebbero essere maggiormente in grado di risolvere ataviche problematiche che affondano le loro radici nella storia o nella tradizione di un paese solo se anche gli amministratori della giustizia, con i loro comportamenti fossero in grado di modificare prassi scorrette ed incoerenze radicate.

3.2. Dalla figura del magistrato imperiale al giudice odierno

Nell'analizzare l'organizzazione della società nell'epoca imperiale si è notato come l'accentramento delle funzioni sia stato caratteristica

¹⁸² Hu Jintao come citato da Cohen, J. A., *China Reform Era Legal Odyssey*, in *Far Eastern Economic Review*, 2008.

¹⁸³ Anche questa espressione è da attribuire a Hu Jintao e viene oramai da alcuni anni ripetuta dalla stampa, dai leader di Partito ed anche dalla Corte suprema, per approfondimenti vedi Stafutti S., Ajani G., *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, cit., p. 114 ss.

¹⁸⁴ Ginsburg T., Chen Albert H.Y. (edited by), *Administrative Law and Governance in Asia*, London-New York, Routledge, 2009.

¹⁸⁵ Piquet H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, cit., p. 186.

fondamentale del sistema cinese sin dagli albori dell'Impero celeste. Come già anticipato non vi era dunque distinzione tra la funzione amministrativa e la funzione giudiziaria nel senso che a livello centrale era l'Imperatore che delegava ai mandarini (ovvero gli amministratori) le funzioni per dirigere la società nelle diverse aree del territorio. L'interesse del paese e l'armonia dello stesso sono dunque sempre stati preponderanti anche per quella che noi definiremmo l'amministrazione della giustizia. Il diritto si è sviluppato non per tutelare le 'persone', o più precisamente, non era rivolto a garantire direttamente i diritti e gli interessi individuali del popolo, quanto piuttosto, la sua evoluzione è correlata al mutare delle condizioni necessarie al mantenimento di una società armoniosa; le leggi pertanto andavano principalmente a correggere i comportamenti del popolo che risultavano contrari alla morale confuciana propria di una società virtuosa.

Tale impostazione non poteva non riflettersi su quelli che possiamo definire gli amministratori della giustizia che però, prima di tutto, erano amministratori e protettori degli interessi del paese, nonché esponenti, custodi ed interpreti della tradizione cinese¹⁸⁶.

I magistrati imperiali divenivano tali solo dopo il superamento di difficilissimi esami basati su testi confuciani¹⁸⁷: non erano però solo dei giudici, erano anche i riscossori dei tributi e più in generale gli amministratori di un distretto composto da villaggi, clan, ecc. che rappresentavano comunque una più o meno ampia fetta della società. Essi si occupavano dei servizi postali, della distribuzione del sale, della sicurezza del territorio, dei lavori pubblici, delle riserve di grano per sopravvivere nei momenti di carestia, del benessere sociale e quindi anche dell'istruzione e delle funzioni connesse ai cerimoniali. Tra tutte queste mansioni vi era anche quella di risolvere dispute 'legali', attribuzione che consentiva loro di stabilire punizioni più o meno severe; tale attività era comunque solo una piccola, sebbene rilevantissima, parte del loro compito. La loro formazione, basata su testi confuciani, non era certo una preparazione specialistica, né i loro supervisor né i loro collaboratori la possedevano. Casomai, una specializzazione tecnico-giuridica veniva richiesta a quei funzionari che a

¹⁸⁶ Moccia L., *Il diritto in Cina*, cit., p. 113.

¹⁸⁷ "un'ampia letteratura ci descrive le fatiche decennali dei candidati, l'"inferno degli esami" le vite spese (nella maggior parte dei casi senza successo) per raggiungere l'ambito riconoscimento, ma ci descrive anche il superamento dell'esame, soprattutto ai primi posti della graduatoria, come un motivo di orgoglio e di festeggiamento per la famiglia, il clan, il villaggio e perfino il distretto di appartenenza del diplomato, che vedevano ripagati gli sforzi compiuti per la sua educazione". Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 83.

livello centrale erano addetti alla predisposizione delle leggi (*fa*)¹⁸⁸. Erano la cultura e la virtù a guidare la società, non certo i tribunali e l'attività di risoluzione delle controversie; come detto, queste erano, se possibile, da prevenire per non infrangere quell'armonia tra cielo, uomini e terra che dall'Imperatore doveva discendere in ogni meandro dell'Impero attraverso l'operato dei suoi funzionari guidati dalle virtù della morale confuciana.

Il magistrato imperiale era dunque un 'funzionario colto' perché intriso di letteratura e di filosofia e il diritto altro non era se non una parte di quell'ordinamento del sociale¹⁸⁹, che il magistrato ricercava all'interno dei testi filosofici e letterari; spesso testi confuciani.

La stessa denominazione dei magistrati imperiali è idonea a dimostrare l'ampiezza delle loro funzioni, sia a livello centrale che a livello locale, il titolo ed il nome che li caratterizzava evocava un insieme di compiti tra i quali vi era anche quello di risolvere le controversie, non esisteva una distinzione tra giurisdizione civile e penale, più semplicemente occupare un determinato ruolo all'interno della società significava amministrarla in ogni suo aspetto e pertanto anche risolvere i conflitti.

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

La tabella proposta¹⁹⁰ è in questo esemplare:

Dinastie	Qualifica attribuita ai magistrati imperiali a livello centrale	Qualifica attribuita ai magistrati imperiali a livello locale
夏 Xia	大理	理、士、正、史
商 Shang	司寇	正、史
周 Zhou	大司寇、小司寇、士师、	诸侯王、司寇、大理、廷理?、

¹⁸⁸ Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, cit., p. 83.

¹⁸⁹ Grossi P., *Prima lezione di diritto*, Roma, Universale Laterza, 2006, p. 16.

¹⁹⁰ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu, (Studies on the Chinese Judiciary)*, Beijing, Law Press, 2009, pp. 3-4. Da una semplice disamina anche del solo nome si intuisce come la funzione prettamente giudiziaria si sia nel tempo distaccata da tutte le altre funzioni amministrative; infatti l'attuale 审判员 (*shenpanyuan*) letteralmente significa 'colui che giudica', (o funzionario della decisione) mentre il, 法官 (*faguan*), altro termine con cui viene indicato il giudice letteralmente significa 'ufficiale della legge', invece gli ideogrammi riportati in tabella evocano ben più ampie funzioni.

	司刑、司圜、掌囚	廷尉
秦 Qin	廷尉	郡守、法曹、县令、县丞、 曹，秩、啬夫、游缴、里长
汉 Han	廷尉	县令、郡太守、州刺史、决曹掾
魏晋南北朝 Wei Jin Nanbeichao	廷尉，大理寺卿、少卿、 正、监、平，司直，秋官 大司寇，三公尚书，都官 尚书等	县令、郡太守、州刺史、县尉、 法曹、贼曹
隋 Sui	刑部尚书，大理寺卿、少 卿、正、监、平，大理 丞，御史大夫	州刺史、郡太守、县令、户曹 参军、法曹参军
唐 Tang	大理寺卿、少卿、主簿、 司直、评事、狱丞、刑部 尚书、侍郎，御史大夫、 中丞	县令、县丞、主簿、县尉、主 典，府尹、州刺史、都督、都 护都、司法左史、法曹参军事、 司法参军事、户曹参军事
五代 Wudai	come sopra	节度使、推官、衙推
宋 Song	同唐，(宫中) 审刑院知 院事、评议官	提点刑狱公事，知州、司法参 军、司理参军，知县
元 Yuan	设于大宗正府的 推事官 ，刑部尚书，奥鲁	路总管府、路转运史、提点刑 狱公事、推官、知府、知州、 知县
明 Ming	刑部尚书、御史左右侍 郎,大理寺卿、少卿，左 都御史、右都御史，五军	提刑按察使、总督、 布政使、推官、知府、知州、 知县

	都督、五军断事官	
清 Qing	大理寺卿、御史中丞，左都御史、通政司通政使、三法官长官	提刑按察使、总督、同知、通判、胥吏、幕友

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

In tale cornice era ovviamente più importante guardare ai fatti piuttosto che ai codici imperiali. La risoluzione delle cause che non richiedevano l'applicazione di quelle leggi scritte (*fa*) volte alla repressione di condotte criminose avveniva tendenzialmente per via stragiudiziale, all'interno di organizzazioni locali o da parte degli stessi magistrati o funzionari in veste non tanto di giudici, quanto di arbitri, affinché, attraverso l'ideologia confuciana applicata per il tramite dei *li* e tenendo conto delle esigenze del caso concreto, si potesse trovare una soluzione. Generalmente il magistrato si faceva assistere da uno o più segretari la cui attività pratica aveva reso competenti nelle questioni legali¹⁹¹. Era compito del magistrato istruire il processo, valutare le prove e raccogliere le testimonianze; a tal fine convocava la comunità per comprendere cosa fosse intervenuto ad interrompere l'armonia; in tal senso la giustizia individuale, ovvero riferita al caso di specie e non in base a regole necessariamente prestabilite, ha sempre avuto un peso maggiore rispetto alla certezza del diritto. La cosa importante era ristabilire l'ordine in quel particolare momento ed in quel particolare caso; l'esigenza della prevedibilità e della certezza del diritto non era contemplata, l'armonia contava ben più di qualsiasi legge che, invece, serviva solo in quanto funzionale al benessere di una società virtuosa che avrebbe volentieri fatto a meno di punizioni, condanne e tribunali¹⁹².

¹⁹¹ Per approfondimenti sulla risoluzione delle controversie e sul ruolo degli *shensi* vedi Timoteo M., *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, cit., p. 302 ss.

¹⁹² Dell'Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, cit., p. 18. Si è inoltre affermato che sebbene quanto esposto rappresenti un'immagine veritiera, dagli studi effettuati, pare che la risoluzione stragiudiziale debba intendersi più come frutto dell'aspirazione confuciana che una rappresentazione della realtà, di conseguenza il punto

Le funzioni del magistrato erano dunque inserite in un più ampio sistema burocratico. Ovviamente non mancavano gli eccessi di violenza e quelle che all'occhio dell'occidentale potrebbero apparire ingiustizie, ma tutto sommato il sistema funzionava ed ha continuato a funzionare fino all'arrivo delle potenze occidentali¹⁹³. Come anticipato nel precedente paragrafo è importante sapere che quanto sopra non era esattamente ciò che accadeva nella pratica, ma non bisogna dimenticare che in realtà, quanto predicato dal confucianesimo era ciò che più era penetrato nella coscienza sociale.

Anche con l'attuazione delle prime norme a matrice occidentale quali i codici del Partito nazionalista ed in particolare la costituzione, i giudici cinesi continuavano preferibilmente a cercare la giustizia migliore per il caso loro sottoposto piuttosto che rimettersi all'applicazione di quelle leggi così distanti dal diritto autoctono fino a quel momento conosciuto¹⁹⁴.

Sotto la guida del Partito comunista, ed in particolare sotto la vigenza della costituzione del 1954, i giudici avevano preso coscienza delle loro funzioni, ma, come analizzato nel paragrafo 1.4. di questo capitolo, la loro repressione non tardò ad arrivare e le politiche del PCC tornarono così preponderanti da rendere necessaria una valutazione preventiva dei possibili effetti collettivi della causa che si sarebbero potuti ripercuotere sulla società; se, infatti, il giudice avesse rilevato la sussistenza di un più vasto interesse collettivo il suo compito sarebbe stato quello di attingere all'ideologia marxista-leninista per comporre la causa esplicando così la sua funzione educativa non solo nei confronti delle parti, ma anche nei confronti di tutti coloro che assistevano al processo che si tramutava così in una vera e propria "lezione politica". Solo quando non vi erano interessi generali sottostanti, il giudice poteva decidere la controversia tenendo conto delle leggi (se esistenti) o più verosimilmente basarsi sulle consuetudini, sulla tradizionale equità ed ovviamente sulle indicazioni del PCC¹⁹⁵. Quando poi nel 1979 l'organizzazione delle corti dovette essere ricostruita a seguito della Rivoluzione culturale, ex art. 34 della Legge organica sulle corti popolari della RPC (1979), venne specificato che qualsiasi cittadino che avesse compiuto il ventitreesimo anno di età poteva essere nominato

di vista tradizionale è stato parzialmente modificato, Cavalieri R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, pp. 98-99 vedi anche Sacco R., voce *Cina*, cit., p. 361 ss. e il recente aggiornamento Timoteo M., voce *Cina*, cit., p. 185 ss.

¹⁹³ Jones W. C., *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, cit., p. 17 ss.

¹⁹⁴ Per una comprensione più approfondita del ruolo delle corti sotto il Partito nazionalista vedi *supra* 1.3. ed i relativi riferimenti.

¹⁹⁵ Dell'Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, cit., pp. 186-187.

giudice. La legge venne poi emendata nel 1983 con l'aggiunta del generico (e difficilmente verificabile) requisito di possedere un'adeguata conoscenza del diritto da parte di ogni giudice (art. 34 (2) Legge organica sulle corti del popolo).

E' a questo periodo che si riconduce la nomina a magistrato di molti poliziotti in pensione o membri anziani dell'esercito; la conseguenza inevitabile è stata quella di inserire nel circuito una magistratura non qualificata. Infatti, a partire dagli anni Ottanta molti dei giudici cinesi hanno raggiunto la loro posizione attraverso trasferimenti dal Partito o dai ranghi dell'esercito: la maggior parte era priva non solo di un'istruzione giuridica, ma anche di un'istruzione in senso lato. Pare, infatti, che gli ex militanti nell'esercito fossero considerati ottimi candidati alla nomina perché, al pari della polizia, erano stati incaricati di mettere in atto la dittatura proletaria e possedevano pertanto una prospettiva adeguata e corretta del lavoro che sarebbero andati a svolgere¹⁹⁶.

Solo nel 1995 il giudice viene riconosciuto e disciplinato in quanto tale da un'apposita Legge sulla magistratura della Repubblica popolare cinese, approvata dal Comitato permanente dell'ANP ed emendata nel 2001, proprio al fine di accrescere la professionalità dei giudici e rafforzare lo status e l'indipendenza delle corti (art. 1¹⁹⁷).

3.3. La magistratura cinese e le sue caratteristiche

Ai sensi dell'art. 2¹⁹⁸ della Legge sulla magistratura cinese viene definito giudice quella persona che esercita l'autorità giudiziaria dello stato nel rispetto della legge; con precisione si stabilisce che devono considerarsi giudici i presidenti delle corti, i loro vice, i membri dei Consigli giudiziari, i presidenti ed i vice presidenti delle sezioni istituite all'interno delle corti, i giudici ordinari ed i loro assistenti. Il candidato alla nomina di giudice deve

¹⁹⁶ Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., pp. 253- 254.

¹⁹⁷ Articolo 1 Legge sulla magistratura della RPC (1995 emendata nel 2001): "This law is enacted in accordance with the Constitution to enhance the quality of judges, to strengthen the administration of judges, and to ensure that the People's Courts independently exercise judicial authority according to law, that judges perform their functions and duties according to law and that law is administered impartially".

¹⁹⁸ Articolo 2 Legge sulla magistratura della RPC (1995 emendata nel 2001): "Judges are judicial persons who exercise the judicial authority of the State according to law, and they include the presidents, vice-presidents, members of judicial committees, chief judges and associate chief judges of divisions, judges and assistant judges of the Supreme People's Court, local People's Courts at various levels and special People's Courts such as military courts".

essere un cittadino cinese in salute che abbia compiuto il ventitreesimo anno di età, garante della costituzione, dotato di buone qualità politiche e professionali; deve possedere qualifiche particolari anche da un punto di vista dell'istruzione (art. 9); né i pregiudicati, né coloro che già sono stati espulsi da un pubblico impiego possono aspirare a divenire giudici (art. 10). L'art. 12, infine, stabilisce per i neocandidati alla nomina di giudice l'obbligatorietà del superamento di un esame nazionale che sarà analizzato nel capitolo III più nel dettaglio.

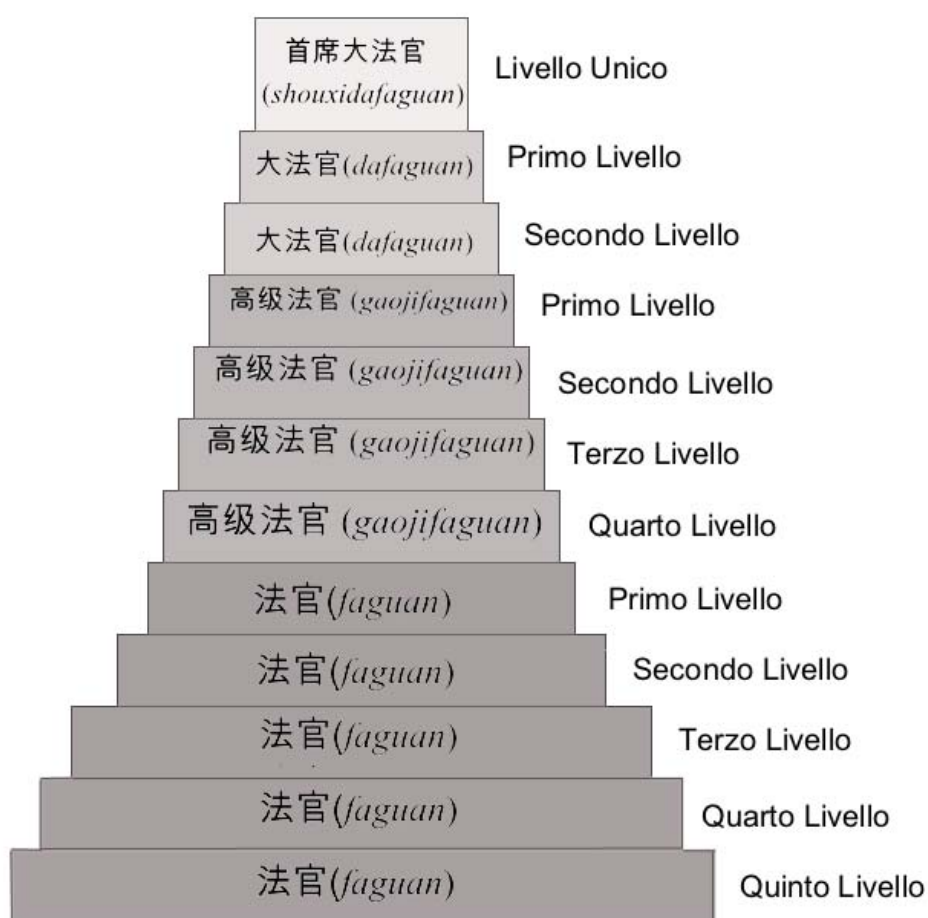
Nonostante la predisposizione di una legge apposita, volta a disciplinare la figura del giudice, molte caratteristiche lo avvicinano ancora agli altri impiegati pubblici, fatto che non ha aiutato e ancora oggi non agevola da un lato i giudici stessi a prendere coscienza del loro ruolo, dall'altro, le corti in quanto istituzioni a cercare di assumere un ruolo più rilevante all'interno della società.

Si deve infatti pensare che i giudici non solo sono strettamente controllati dalle Assemblee parlamentari del livello corrispondente alle quali devono rendere conto del loro operato, ma sono anche inseriti in una ben precisa scala gerarchica (Art. 18 Legge sulla magistratura 1995 emendata nel 2001), che crea notevoli pressioni nella decisione dei singoli casi e, come meglio descritto in seguito, pesanti pressioni in vista delle possibili valutazioni gerarchiche eventualmente svolte dai giudici sovraordinati. Queste le forme di controllo che integrano la *judicial accountability* del giudice cinese nello svolgimento delle sue funzioni.

Di conseguenza, quando si parla di costruzione piramidale con riferimento alle corti cinesi non è sufficiente parlare di una semplice edificazione verticale delle corti, ma è necessario individuare anche le dodici categorie di giudici suddivise in quattro gruppi.

Il gruppo gerarchicamente inferiore è il gruppo dei giudici semplici, ovvero i 法官 (*faguan*), suddiviso a sua volta in cinque livelli; un secondo gruppo composto da giudici di livello superiore -*senior judges*- 高级法官 (*gaojifaguan*), letteralmente Alti giudici, a sua volta suddiviso in altri quattro livelli; ed i Grandi giudici, questa la traduzione letterale 大法官 (*dafaguan*) che occupano due livelli della gerarchia; al vertice della piramide si trova poi il *chief judge* 首席大法官 (*shouxidafaguan*).

La figura proposta vuole illustrare la scala gerarchica ed i dodici diversi gradi che un giudice può ricoprire¹⁹⁹.



¹⁹⁹ La gerarchia e la composizione di ciascuna corte sono previste nel dettaglio in un documento (*zhonghua renmin gongheguo faguan dengji zhanxingguiding*) elaborato congiuntamente dal Partito, del Ministro degli *Human affairs* e la Corte suprema del popolo del 12 dicembre 1997 in attuazione di quanto previsto dalla Legge sulla magistratura.

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

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

All'interno di ciascuna corte la percentuale di distribuzione dei dodici gradi di giudici varia notevolmente; ad esempio, il vice presidente della Corte suprema dovrà necessariamente appartenere al rango dei *Grandi giudici*, ricompresi tra la secondo ed la terza fascia, mente la corrispondente carica, ma a livello di corte di base potrà essere occupata o da un *Senior judge* (settima fascia) ovvero da un giudice ordinario di ottavo livello. I piani quinquennali già citati si sono impegnati a ridimensionare non tanto la gerarchia in sé e per sé, quanto ad inserire anche nelle corti di base giudici di livelli superiori dotati quindi di maggiori competenze perché da più tempo inseriti nel sistema; si è suggerita la possibilità di fare carriera nelle corti non solo a seguito delle valutazioni effettuate annualmente, ma anche in considerazione dell'anzianità di servizio, preferendo dunque inserire i neo-reclutati nelle corti di base piuttosto che nelle corti di livello superiore.

I problemi in tal senso non sorgono soltanto in merito all'eventuale controllo e supervisione svolto in base a tale gerarchia, ma anche in rapporto alle qualità professionali dei giudici stessi. Tendenzialmente, infatti, i giudici dei livelli più alti dovrebbero essere anche quelli più professionalmente preparati. Costituire le corti di base con giudici poco qualificati significa aumentare la sfiducia del popolo²⁰⁰ nelle stesse e il dato non può essere considerato irrilevante dal momento che il 90% del totale delle cause è di loro competenza. Anche i dati statistici dimostrano questa

²⁰⁰ Considerazioni interessanti sul ruolo della *fiducia* connesso all'accesso delle corti vedi Landry P., *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, in Ginsburg T., Moustafa T., *Rule by law, The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 207 ss., p. 210 ss.

tendenza: diminuiscono infatti gli accessi alle corti in primo grado, mentre aumentano gli appelli proposti dalle parti²⁰¹.

La sfiducia nei confronti degli organi giudiziari è dovuta anche all'accostamento dei giudici con la figura dell'impiegato statale, la commistione tra amministrazione e giurisdizione è richiamata dalla legge stessa in materia di impiego pubblico approvata il 27 aprile del 2005 dal Comitato permanente dell'ANP che continua ad applicarsi ai magistrati laddove non diversamente disposto²⁰². All'articolo 2 della stessa si stabilisce infatti che devono considerarsi ufficiali statali coloro che svolgono una funzione pubblica *secundum legem* e che compongono l'organico dell'amministrazione ricevendo un salario dalle finanze pubbliche. I giudici vengono esplicitamente citati all'articolo successivo quali esempio di ufficiali statali sottoposti ad una diversa disciplina circa la nomina, il licenziamento, la supervisione, la gestione dei diritti e dei doveri (art.3).

Sempre nell'ambito della riforma giudiziaria che oramai da una decina di anni coinvolge il paese, la Corte suprema del popolo, a specificazione degli emendamenti della Legge sulla magistratura avvenuti nel 2001, ha pubblicato un Codice etico dei giudici cinesi, non dissimile da quelli presenti in molti paesi occidentali se non fosse per alcuni dettagli prettamente riferibili al sistema cinese ed ai suoi problemi, in particolare a quelli connessi alla bassa professionalità idonea ad influire notevolmente sull'operato delle corti e conseguentemente sulla fiducia che in queste riponeva il popolo. Il codice si compone di 50 articoli che toccano condotte fondamentali al fine di rendere effettivi i principi di imparzialità, efficienza, integrità, decoro, formazione ed evitare incompatibilità con attività non conciliabili con la professione del magistrato²⁰³.

Ai sensi dell'art. 1 del codice si richiede al giudice di non derogare la sua imparzialità in modo tale da indurre il popolo a credere che davanti alle corti

²⁰¹ Le statistiche sembrano dimostrare che dopo un iniziale accesso alle corti in aumento costante dal 1996 al 2004, negli ultimi anni pare esserci stata una diminuzione dei casi. In realtà la diminuzione riguarderebbe le cause di primo grado mentre gli appelli sarebbero pressoché duplicati tra il 1995 ed il 2006 circostanza che fa presumere una maggiore familiarità con le procedure, ma una minore fiducia dei cittadini nei confronti delle corti di base, Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 621 ss. per ulteriori statistiche vedi anche Landry P., *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, cit., p. 207 ss.

²⁰² Articolo 3 Legge sull'impiego pubblico 2005.

²⁰³ O'Brien R., *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, Adelaide, Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference 28-30 September 2005, p. 1 ss., disponibile su <http://www.unisa.edu.au/hawkeinstitute/gig/aapae05/documents/obrien.pdf>.

si possa ottenere una giustizia sostanziale; in realtà, come evidenziato nei paragrafi precedenti, il giudice cinese, mosso da quella discrezionalità e flessibilità volta a mantenere il paese unito, (sia che si tratti di una discrezionalità esercitata per mantenere una società armoniosa, sia che si tratti di una discrezionalità politica derivante da direttive di Partito mutevoli o che potevano prestarsi, a seconda dei casi, a soluzioni diverse), è sempre stato propenso a porre attenzione ad una giustizia sostanziale. Per quanto riguarda l'idea di una giustizia procedurale: le leggi sulle procedure (sia civile che penale) sono andate a disciplinare spesso in modo purtroppo lacunoso un processo tendenzialmente informale. I giudici cinesi non sono infatti nuovi a violazioni di norme procedurali fatte per agevolare od ostacolare la discussione o l'esecuzione di un caso o per assecondare le relazioni personali più della legge, o ad aggirare anche le nuove disposizioni apportate dalla riforma per continuare prassi oramai consolidate nelle corti e che spesso restano impunte.

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

Sempre connessa all'imparzialità del giudice vi è poi la sua indipendenza, che il codice stabilisce, ma che, come verrà ampiamente trattato nel II capitolo, in molti casi non è effettiva a causa di influenze improprie che spesso si frappongono tra il magistrato e la sua decisione. Il Partito è da molti considerato una delle maggiori fonti di influenza sulle decisioni del giudice anche se in realtà spesso questo si è fatto promotore di riforme a favore di una maggiore indipendenza della magistratura. Altra grande interferenza per l'indipendenza decisionale del giudice è costituita dal protezionismo locale, infatti la decentralizzazione delle corti fa sì che troppa dipendenza delle medesime dagli organi di governo locale di pari livello (per ciò che riguarda il reclutamento e la destituzione dei magistrati, ed il finanziamento) le sottoponga a pressioni continue. In questo senso dal combinato disposto degli artt. 2, 4 e 7 del Codice etico viene richiesto al giudice di non assecondare interferenze da parte di organi amministrativi o sociali -soprattutto i media- né da individui, rifiutando qualsivoglia contatto con questi al di fuori del procedimento in modo tale da poter decidere in base a quanto disposto *ex lege*, con giudizio indipendente ed in base a quanto reputato corretto. Similmente, ogni giudice non dovrebbe avere voce in capitolo su quanto deciso da un collega a meno che la questione non

arrivi sul suo tavolo tramite quelli che dovrebbero essere i regolari canali di appello di una decisione.

La neutralità del giudice, stabilita dall'articolo 5, comporta che lo stesso non si lasci andare a giudizi impropri nei confronti delle parti dimostrando di sostenere un ricorrente piuttosto che un altro; a ciò si collega il divieto di qualsivoglia discriminazione nei confronti delle parti.

Ai fini di incentivare l'efficienza nelle corti il Codice dispone il divieto di dare precedenza alle proprie esigenze private compromettendo la rapidità dei processi ed il loro svolgimento (artt. 18 e 19).

Le disposizioni che seguono possono apparire quasi assurde, poiché si richiede proprio al giudice di controllare che le parti rispettino i tempi nel deposito dei documenti (art. 21), questo *a contrario* aiuta a desumere quanto poco peso abbiano le procedure e quanto un processo formale si vada ad inserire in un contesto decisamente informale, come se le parti ed i loro avvocati non avessero stimolo a far valere le loro pretese e difese.

Ai fini di un comportamento eticamente corretto si richiede al giudice di non abusare della propria posizione per ottenere vantaggi per sé, per la sua famiglia o per terzi, soprattutto se sono le parti in causa ad offrirli sotto forma di regali, inviti a cena o quant'altro. I giudici non dovrebbero svolgere attività in grado di ledere la loro integrità morale e non dovrebbero rendere pubblica la loro attività in modo tale da poter usufruire di vantaggi altrimenti non ottenibili. La professione di giudice è poi incompatibile con quella dell'avvocato, anche se svolta part-time o sotto forma di consulenza legale; soprattutto se richiesta da una delle parti in causa.

Viene inoltre richiesto al giudice di rispettare un certo protocollo per ciò che riguarda l'apparenza ed il comportamento dentro e fuori dalla corte; l'art. 32 in particolare gli chiede di rivolgersi alle parti in modo educato, evitando di ammonirle in modo rude. Tali disposizioni possono apparire scontate ai nostri occhi, ma non lo sono per la maggior parte dei giudici cinesi, soprattutto per quelli appartenenti alle corti di base.

Parallelamente si richiede al giudice di essere consapevole del suo ruolo e quindi di perseverare e mantenere quei principi di giustizia, modestia e prudenza che dovrebbero essere propri della sua persona (art. 35); nel successivo articolo si richiede anche allo stesso di essere continuamente aggiornato e coltivare quella che noi chiameremmo un formazione continua (o permanente). In questo senso la loro professione *latu sensu* dovrebbe anche incarnare uno stile di vita adeguato idoneo ad allontanarli da attività incompatibili con il pubblico interesse, oppure immorali (art.39). I magistrati delle corti devono essere cauti nel frequentare locali pubblici dove potrebbero incontrare le parti di un procedimento in atto o i loro

avvocati; parimenti non devono esporsi eccessivamente nel concedere dichiarazioni ai giornalisti.

Laddove la formulazione del principio risulti eccessivamente generica spetta alla Corte suprema procedere a spiegazioni ed integrazioni in modo da guidare passo-passo la condotta dei giudici²⁰⁴.

Nonostante disposizioni così particolareggiate, alle volte anche ‘puerili’, il merito del Codice è appunto quello di evidenziare i reali problemi della società cinese e della sua magistratura; qualsiasi riforma si voglia attuare, anche se basata su enunciazioni legislative impeccabili, troverà grandi difficoltà ad essere applicata se le leggi vengono poi interpretate da giudici incapaci, pigri o corrotti. D'altra parte è anche vero che molti principi sanciti dal Codice in realtà non trovano attuazione nella prassi anche a causa di deficienze ed incongruenze proprie del sistema²⁰⁵. I capitoli che seguono proveranno a descrivere sia la condizione normativa del principio dell'indipendenza della magistratura cinese ed eventuali sue applicazioni pratiche; sia gli aspetti che riguardano la professionalità dei magistrati.

²⁰⁴ La descrizione dettagliata del Codice etico è riportata da Li Yuwen, *Professional Ethics of Chinese Judges*, in 47 *China Perspectives*[Online], May-june 2003 disponibile su <http://chinaperspectives.revues.org/274>.

²⁰⁵ Balme S., *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, cit., p. 176.

CAPITOLO II

Il principio di indipendenza del giudice Tra accezione occidentale e 'caratteristiche cinesi'

SOMMARIO: 1. Significato di *judicial independence*. – 1.1. Premessa. – 1.2. L'accezione della tradizione giuridica occidentale. – 1.3. Le garanzie occidentali. – 1.4. Il diritto cinese e l'indipendenza della magistratura. – 1.5. L'accezione cinese. – 2. Le 'garanzie' cinesi. – 2.1. Premessa. – 2.2. Reclutamento, destituzione e durata della carica. – 2.3. Mobilità e finanziamento. – 3. L'indipendenza della magistratura cinese: le principali influenze – 3.1. Le influenze sull'indipendenza interna. – 3.2. La valutazione individuale del giudice all'interno della corte di appartenenza ed il controllo verticale da parte delle corti gerarchicamente superiori. – 3.3. Il ruolo del Consiglio giudiziario. – 3.4. Le influenze sull'indipendenza esterna. – 3.5. Il ruolo degli organi legislativi. – 3.6. Il ruolo del Partito comunista cinese. – 3.7. L'influenza dei mezzi di comunicazione di massa. – 3.8. L'influenza delle parti e degli organi di governo locale: il *guanxi*, la corruzione ed il protezionismo locale.

1. Significato di *judicial independence*

1.1. Premessa

Il principio dell'indipendenza della magistratura¹ è oramai comune alle maggiori democrazie consolidate, nei paragrafi che seguiranno si troverà una trattazione comune di quella che viene definita la tradizione giuridica occidentale (così detta *Western Legal Tradition*²), in parte espressa attraverso consolidati principi del diritto internazionale. La scelta è stata effettuata per diversi ordini di motivi: da un lato, non sarebbe stato semplice trattare in maniera esaustiva tutti gli ordinamenti dell'area di riferimento, dall'altro, pur in presenza di circostanze pratiche differenti, esiste una

¹ Il termine magistratura nei paragrafi che seguono dovrà intendersi nell'accezione di giudice, ovvero come magistratura giudicante e non anche come magistratura requirente.

² Sebbene ciascun ordinamento giuridico abbia una sua precisa identità, sia il sistema di *common law* che quello di *civil law* concorrono a definire la tradizione giuridica occidentale. In realtà anche il sistema di 'diritto socialista' e diritti come quello il canonico sono parte della WLT come esplicitato da Moccia L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 56-57, vedi anche Timoteo M., *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Bologna, Libreria Bonomo, 2005, p. 4 ss.

matrice culturale simile³ che, oramai da qualche anno, si sta concretizzando in un avvicinamento tra le due principali famiglie giuridiche, quella di *civil law* a matrice romanistica e quella di *common law* di stampo anglo-americano; infine, parlare della tradizione giuridica occidentale nel suo insieme aiuta a comprendere meglio convergenze e divergenze con la Cina, paese di centrale importanza per quella che può essere definita la tradizione est-asiatica. Nell'epoca in cui *civil law* e *common law* sembrano avvicinarsi sempre di più, nonostante il perdurare di alcune incontestabili differenze⁴, l'accezione occidentale di indipendenza della magistratura viene dunque esposta attraverso documenti di portata internazionale in considerazione dell'emergente consenso circa requisiti e principi finalizzati a stabilire una soglia minima di indipendenza, imparzialità ed integrità del giudice⁵.

Quando nel Seicento, nella civiltà politico-giuridica europea cominciò a crearsi l'idea che l'individuo era destinatario di fondamentali diritti di libertà che lo stato doveva proteggere e definire con certezza, munendoli di difese ed astenendosi dall'interferire con l'esercizio che se ne faceva, si posero le basi non solo per lo sviluppo generale del diritto, ma soprattutto per quell'idea di costituzione che si è andata poi consolidando a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, nella quale si legge che lo stato è costituito da poteri tra i quali quello politico che deve essere limitato davanti alle libertà ed ai diritti fondamentali del cittadino (art. 16⁶). In altri termini vi è racchiusa l'essenza del principio di legalità volto ad assoggettare i pubblici poteri alla legge⁷. Se il costituzionalismo è finalizzato a porre un limite al potere statale, non è

³ Idee come quelle di J. Locke, *Two Treatises on Civil Government*, Montesquieu, *De l'esprit des lois*, o di A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist*, solo per citarne alcuni, sono infatti, ampiamente circolati sia nella famiglia di *common law* che in quella di *civil law*.

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

⁵ IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, 2002, disponibile su http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/pnacm007.pdf

⁶ "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution", citato da Lanchester F., *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, come citato da Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, Milano, I.S.E.S.A.O., 1996, p. 3.

⁷ Guastini R., *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle Discipline privatistiche*, Torino, 1993, p. 497 ss.

difficile comprendere che sia un concetto strettamente legato alla dottrina della separazione dei poteri e quindi anche all'idea della creazione di istituzioni indipendenti idonee a giudicare di eventuali violazioni di tali limiti⁸. Similmente in Inghilterra ed in Nord America una magistratura indipendente cominciò ad essere considerata essenziale per il mantenimento del diritto e della libertà⁹. Le costituzioni occidentali iniziarono a porre dei limiti all'autorità del legislatore imponendo il rispetto delle previsioni in esse contenute e affidando il controllo del suo operato ad organi giudiziari indipendenti inseriti in modelli istituzionali ispirati al principio della separazione dei poteri¹⁰.

“The judiciary is not just a body deciding cases within the formal hierarchy of courts, but it is also a constitutional institution negotiating its place within the separation of powers, a social institution that contributes to the solution of issues such as crime and family breakdown, and a set of legal professionals who have to establish their place both within the legal community and among professionals in general”¹¹.

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

⁸ Bognetti G., voce *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1993, p. 372 ss.

⁹ Articolo 39 Magna Charta Libertatum (1215) Preambolo “Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno.” Articolo 40 Preambolo “A nessuno venderemo, negheremo, differiremo o rifiuteremo il diritto o la giustizia”. Da Hamilton A., *Il Federalista*, n. 78, “E sono d'accordo con chi sostiene che ‘non esiste libertà se il potere giudiziario non sarà separato dai poteri legislativo ed esecutivo’. Dimostra, infine, che poiché la libertà non ha nulla da temere dal solo potere giudiziario, ma avrebbe tutto da temere se si unisse con uno degli altri due organi, poiché gli effetti di una tale unione sarebbero quelli di una soggezione del primo ai secondi [...]”, come riportati in Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2010, rispettivamente a p. 378 e p. 447.

¹⁰ Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 132 ss.

¹¹ Bell J., *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 350.

‘cause esterne’ che poco, o niente, avevano a che fare con l'organizzazione della giustizia. In realtà, spesso esiste una considerevole differenza tra la *law on the books* e la *law in action* circostanza che è stata soprattutto rilevata dagli Stati Uniti, la cui dottrina ha avviato un approccio differente nello studio dell'organizzazione giudiziaria¹². Infatti, è grazie agli Stati Uniti che il dibattito sul potere giudiziario si è sviluppato in termini più articolati¹³, circostanza che ha contribuito a mitigare l'idea europea-continentale di una magistratura appartenente ad una sfera tendenzialmente distinta dalla politica¹⁴.

Le parole di Toqueville in questo senso sono emblematiche:

“Non vi è avvenimento politico in cui non s'intenda invocare l'autorità del giudice; l'osservatore ne trae naturalmente la conclusione che il giudice è in America una delle prime forze politiche. Se in seguito esamina la costituzione dei tribunali, a prima vista, scopre solo attribuzioni e abitudini giudiziarie, il magistrato sembra introdursi solo per caso negli affari pubblici; ma è un caso che si ripete tutti i giorni. [Il giudice americano] rassomiglia dunque in modo perfetto ai magistrati delle altre nazioni; tuttavia è rivestito di un immenso potere politico”¹⁵.

La formazione degli operatori del diritto non è stata uniforme tra paesi appartenenti alla famiglia di *civil law* e quella di *common law* ciononostante, sia che si tratti di un giudice quale giurista pratico, sia che si tratti di un giudice quale dotto, la tradizione giuridica occidentale ha riconosciuto, e riconosce, l'importanza di una magistratura imparziale che, affidandosi a norme esistenti, siano esse di fonte legislativa o giurisprudenziale, dirime dispute con una decisione con forza di legge al termine di un procedimento che di regola ha natura contenziosa. Per questo motivo il giudice deve godere della fiducia delle parti ed essere percepito come *super partes*¹⁶, ovvero imparziale e, affinché ciò accada, è

¹² Per uno studio comparato sulla magistratura vedi Guarnieri C., Pederzoli P., *The Power of Judges, a comparative study of Courts and Democracy*, (English editor C. A. Thomas) Oxford, Oxford socio-legal studies, 2002, p. 4 ss., per un testo italiano vedi Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma, Laterza, 2002.

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

¹⁴ Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit., pp. 3-4.

¹⁵ De Tocqueville A., *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1992, pp.101-102.

¹⁶ Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit., p. 26.

indispensabile che goda di un certo grado di indipendenza. In realtà si suole distinguere tra un'indipendenza interna (o funzionale) e un'indipendenza esterna (o istituzionale); la prima si riferisce all'esercizio indipendente delle attribuzioni che al giudice sono affidate, ovvero alla struttura organizzativa del potere giurisdizionale, la seconda tutela invece la magistratura dall'interferenza proveniente da altri apparati pubblici¹⁷.

Quando si discute di indipendenza della magistratura l'analisi non può però limitarsi alla descrizione dell'autonomia decisionale del singolo giudice o del sistema delle corti nel loro insieme; da un lato è necessario prendere in considerazione le garanzie di cui godono i giudici che, almeno in teoria, dovrebbero rendere tale indipendenza effettiva; dall'altro è importante sapere che esiste un sistema di responsabilità (*accountability*) necessario per bilanciare proprio tali garanzie con l'importanza della funzione svolta¹⁸.

1.2. L'accezione della tradizione giuridica occidentale

Il principio di indipendenza della magistratura nella tradizione giuridica occidentale, nel corso dei secoli, passa dall'essere requisito necessario per la messa in opera dell'idea della separazione dei poteri a condizione (apparentemente indispensabile) per la creazione di uno stato di diritto (*rule of law*), componente essenziale per garantire il diritto ad un giusto processo così come sancito per la prima volta dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948¹⁹ e divenuto oramai comune alle maggiori democrazie²⁰.

¹⁷ Bartole S., voce *Indipendenza del giudice*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990, p. 1 ss.

¹⁸ “[...] the approach to the entire problem of judicial accountability - its tension and balancing with judicial independence - should consist in an effort to assure the best possible concrete environment for the implementation of the more ultimate values reflected in the basic rules of natural justice - judicial impartiality and procedural fairness - and, consequently, the fullest possible participatory (and in this sense, democratic) character of the judicial process”, Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 71.

¹⁹ Articolo 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948: “Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him”, disponibile su <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>.

²⁰ Vedi ad esempio Autheman V., Henderson K. (Editor), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, IFES Rule of Law White Paper Series, 2004, disponibile su http://www.ifes.org/publication/e34efa3403c4f206c11404a6fbc37cd0/WhitePaper_1_FINA_L.pdf.

Per il giurista occidentale fare riferimento all'indipendenza della magistratura significa considerarla nella sua duplice accezione di indipendenza del singolo giudice e conseguentemente del sistema delle corti nel loro insieme. Tale indipendenza, come ribadito recentemente anche in Europa²¹, non viene considerata privilegio garantito nell'interesse del giudice stesso, quanto piuttosto un principio a tutela dell'interesse della collettività per rafforzare la fiducia dei cittadini nel sistema giustizia; una garanzia di verità, libertà e rispetto di tutti i diritti. In sostanza si tratta di un mezzo con cui preservare l'imparzialità ed assicurare l'uguaglianza dei cittadini davanti alle corti²². Quanto sopra non riflette solo le intenzioni europee, rappresenta quanto stabilito anche a livello internazionale. Come anticipato, per garantire uno stato di diritto (quantomeno in occidente) viene richiesta la presenza di un'istituzione non dipendente dal potere legislativo, da quello esecutivo o da altre forze presenti nella società; un'istituzione quindi autonoma e libera. I documenti di portata internazionale in tema di indipendenza della magistratura sono moltissimi²³. Prendendo le mosse dalla stessa Carta delle Nazioni Unite (San Francisco, 26 giugno 1945)²⁴ è sufficiente leggere il preambolo per notare che i popoli delle Nazioni Unite sono decisi “a creare le condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altre fonti di diritto internazionale possono essere mantenuti”²⁵. Il riferimento diretto è al concetto di giustizia che però, anche nel lavoro delle NU è connesso all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura²⁶.

Nonostante la molteplicità dei documenti inerenti l'indipendenza dei giudici in campo internazionale²⁷, pare emergere un tratto comune in base al quale una giustizia indipendente ed imparziale si fonda su requisiti

²¹ Albrecht P. A., Thomas J., *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009.

²² Consultative Council of European Judges, Opinion n. 10 (2007) cit., II, 8-9 disponibile su <http://summitofhighcourts.com/docs/standarts//CCJE10.doc>.

²³ Solo per citare alcuni documenti in tema di indipendenza della magistratura: *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985); *Syracuse Principles* (1981); *Universal Charter of the Judge* (1999); *Beijing Principles* (1995), *The International Bar Association Minimum Standards of Judicial Independence* (1982), etc.

²⁴ Il testo è disponibile su <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>.

²⁵ La traduzione italiana è reperibile in Luzzatto R., Pocar F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, Terza edizione, Torino, Giappichelli, 2003, p. 3.

²⁶ Luu Tien Dung, *Judicial Independence in Transitional Countries*, 2003, disponibile su <http://www.osdp.org/oslocentre/docsjuly03/DungTienLuu-v2.pdf>, pp. 9- 10.

²⁷ Per approfondimenti sul tema vedi gli studi del Minerva Research Group affiliato al Max-Planck-Institut (Heidelberg) www.mpil.de/ww/en/pub/research/details/projects/minerva_jud_indep.htm.

universali e radicati sia nel diritto naturale che nel diritto positivo, da ricavarsi non solo dalle convenzioni stipulate, ma anche dalle consuetudini e dai principi generali di diritto²⁸.

Il diritto internazionale riconduce inoltre sia la *judicial independence* che la *judicial impartiality* nella più ampia categoria dei principi riconosciuti dalle nazioni civili²⁹. Appurato che risulta oramai anacronistico parlare di nazioni civili, dal momento che *a contrario* si dovrebbe ammettere l'esistenza di nazioni non civili, è di estrema importanza la circostanza che la Corte internazionale di giustizia li debba applicare per la risoluzione delle controversie (Art.38 (1)(c) Statuto della Corte³⁰).

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

“Historical analysis and contemporary profiles of the judicial functions and the machinery of justice shows the world wide recognition of the distinctive role of the judiciary. The principles of impartiality and independence are the hallmarks of the rationale and the legitimacy of the judicial function in every State. The concepts of the impartiality and independence of the judiciary postulate individual attributes as well as institutional conditions. These are not mere vague nebulous ideas but fairly precise concepts in municipal and international law. Their absence leads to a denial of justice and makes the credibility of the judicial process dubious. It needs to be stressed that impartiality and independence of the judiciary is more a human right of the consumers of justice than a privilege of the judiciary for its own sake”³¹.

²⁸ Paragrafo n. 32 del Report of the Special Rapporteur on Independence of Judges and Lawyers, E/CN.4/1995/39 February 1995, disponibile su <http://www1.umn.edu/humanrts/commission/thematic51/39.html>.

²⁹ Report of the Special Rapporteur on Independence of Judges and Lawyers, cit.

³⁰ L'articolo 38 (1)(c) “suggerisce un procedimento di comparazione attraverso il quale la corte arriverà a distillare i ‘principi generali’, che costituiranno la regola per il caso sottoposto ad essa”, è una ipotesi in cui il diritto comparato può presentarsi come diritto positivo vedi Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, cit., pp. 7-8, Per il testo integrale dello Statuto della Corte internazionale di giustizia vedi Luzzatto R., Pocar F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 17, vedi anche Reimann M., *Of Products and Process: The First Six Trento Volumes and Their Making*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Foundation Press, 2009 , p. 106 ss., p. 109.

³¹ Paragrafo n. 75 del Report to the Sub-Commission in 1985 (E/CN.4/Sub.2/1985/18 and Add. 1-6.) come citato del Report of the Special Rapporteur on Independence of Judges and Lawyers, E/CN.4/1995/39 February 1995, disponibile su <http://www1.umn.edu/humanrts/commission/thematic51/39.html>. Vedi anche Luu Tien Dung, *Judicial Independence in Transitional Countries*, cit., p. 8 ss.

L'esperienza globale³² sembra inoltre dimostrare che una magistratura indipendente è di cruciale importanza per il raggiungimento di traguardi necessari per l'attuazione della *rule of law*, la salvaguardia e l'attuazione del diritto di proprietà e dei diritti umani, la risoluzione delle dispute economiche e politiche, per la promozione della cooperazione giudiziaria internazionale in modo equo e prevedibile, per indirizzare, mitigare e prevenire la corruzione all'interno della magistratura, per promuovere la giustizia, l'armonia sociale e la legittimazione politica nazionale ed internazionale³³. La pratica internazionale non si ferma però ad evidenziare l'enorme importanza del principio, ma sottolinea anche alcuni requisiti necessari, anch'essi riconosciuti a livello internazionale, e strumentali all'effettiva applicazione del principio di indipendenza giudiziaria.

Ai sensi dell'articolo 2 degli *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary* l'imparzialità del giudice si ha quando la magistratura decide i casi ad essa sottoposti sulla base di fatti e nel rispetto della legge, senza restrizioni, influenze improprie, pressioni, minacce o interferenze dirette o indirette da parte di alcuno o per altra qualsivoglia ragione³⁴. In altri termini il prerequisito dell'indipendenza della magistratura nella tradizione giuridica occidentale è quello di un'indipendenza personale del giudice ed al fine di soddisfare tale condizione è necessario che sia assicurata ai giudici una carica sufficientemente duratura³⁵, che le nomine e le promozioni siano relativamente depoliticizzate, o comunque bilanciate, che gli stessi godano di uno stipendio adeguato per non renderli facili prede

³² In realtà è un'esperienza virtualmente globale “The Judicial Integrity Principles represent high priority consensus principles and emerging best practices found in virtually all global and regional governmental and non-governmental instruments and key international case law related to the independence and impartiality of the judiciary”. Garapon A., *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, in Peeremboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 37 ss., p. 38.

³³ IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, cit., p. 5 ss., vedi anche Autheman V., Henderson K. (Editor), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, cit.

³⁴ *UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, testo disponibile su <http://www2.ohchr.org/english/law/indjudiciary.htm> l'articolo 2 recita così: “The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason”.

³⁵ “When judges have lifelong tenure, they are both less susceptible to direct political pressure and less likely to have been appointed by the politicians currently in office”. The World Development Report 2002, Charter 6. The Judicial System, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, p. 27.

di possibili corruttori in un contesto di inamovibilità di sedi e di funzioni. Quanto sopra implica anche che non dovrebbero esservi né pesanti sanzioni né, tantomeno, licenziamenti, per usare un'espressione mutuata dalla tradizione di *common law*, 'during good behaviour'³⁶; di conseguenza sia le promozioni che i trasferimenti dovrebbero avvenire in base a regole precise e prestabilite³⁷.

Se nella tradizione giuridica occidentale tali principi hanno una loro tradizione, altrettanto non può dirsi in esperienze 'giuridiche' distanti da quella occidentale, per questo motivo, in quella che può essere definita la "via alla democrazia", molte organizzazioni internazionali si adoperano nell'elaborazione di documenti al fine di creare dei criteri guida per permettere a paesi non ancora democratici (spesso indicati come paesi in transizione) di intraprendere il loro cammino. Questo è quanto è avvenuto anche in seno all'*International Foundation for Electoral System* (IFES) che nel 2004 ha elaborato la così detta *global best practice* per raggiungere un livello accettabile di integrità della magistratura in base a principi condivisi³⁸.

Risulta evidente che soprattutto nel mondo occidentale non possa esserci che accordo su tali ampi e generali principi, tuttavia anche nella tradizione giuridica occidentale e quindi anche in quelle che vengono definite le più avanzate democrazie, non è facile trovare un consenso sulla messa in opera degli stessi, ovvero sulla linea di confine da tracciare tra eventuali comportamenti leciti ed illeciti del giudice³⁹. Il rischio di considerare principi troppo generali che solo in teoria si adattano a realtà molto diverse tra loro è quello di perdere il contatto con l'effettiva situazione di un paese,

³⁶ Per le garanzie dei giudici inglesi vedi l'*Act of Settlement* del 1701, la traduzione italiana delle parti fondamentali si trova citata in Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 397, vedi anche l'articolo III della Costituzione Federale degli Stati Uniti (17 settembre 1787), ID., p. 429.

³⁷ Su tali requisiti e per una comparazione tra gli stessi vedi Bell J., *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, cit., Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit., IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, cit.

³⁸ I principi ampiamente condivisi nell'esperienza occidentale sono elencati in Autheman V., Henderson K. (Editor), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, cit., similmente vedi Luu Tien Dung, *Judicial Independence in Transitional Countries*, cit.

³⁹ L'Italia in questo senso non fa eccezione, ma si tratta di un problema comune a molti paesi Autheman V., Henderson K. (Editor), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, cit., p. 16.

ovvero di omettere quegli elementi ‘muti’ che si ritrovano nella tradizione e nella cultura⁴⁰.

Quanto sopra deriva dal fatto che, nonostante sia frequente discutere di *judicial independence*, non è altrettanto comune riuscire a trovare una definizione concretamente applicabile della stessa. In questo contesto risultano veritiere le parole di Tom Ginsburg:

*“Judicial independence has become like freedom: everyone wants it but no one knows quite what it looks like, and it is easiest to observe in its absence. We know when judges are dependent on politicians or outside pressures, but have more difficulty saying definitively when judges are independent”*⁴¹.

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

1.3. Le garanzie occidentali

E' ormai noto che il principio dell'indipendenza della magistratura necessita di garanzie che lo sostengano ed avvalorino.

Per assicurare l'effettiva indipendenza del giudice sono necessari degli strumenti volti a garantirne la sua reale attuazione, poiché la sua semplice emanazione non significa automaticamente la vigenza dello stesso. I singoli ordinamenti sono spesso portati ad individuare delle particolari garanzie volte al pieno godimento dell'indipendenza sia sul versante interno che su quello esterno. Per accertare gli obiettivi predisposti *ex lege* nei diversi ordinamenti è importante far cenno alle principali garanzie di indipendenza che si possono trovare sancite nei diversi paesi afferenti alla tradizione giuridica occidentale⁴².

In realtà anche le garanzie, spesso stabilite all'interno delle Carte fondamentali di un paese, necessitano di essere alimentate ogni giorno per

⁴⁰ Possono ritenersi vere le seguenti parole di Rodolfo Sacco: “[...] l'interesse del giurista è attratto in prima linea dalla fonte parlata e dall'atto parlato, e non sa avvicinarsi in modo appropriato alla fonte muta e all'atto muto”, dove per atto muto si intende consuetudine, usi, contenuto che l'interprete assegna ad espressioni vaghe etc. Sacco R., *Il diritto muto*, in 26 *Rivista di diritto civile*, 1993, p. 689 ss., p. 700.

⁴¹ Ginsburg T., *Judicial Independence in East Asia: A Lessons for China*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 247 ss., p. 248.

⁴² Ovviamente anche le norme che disciplinano le garanzie si prestano a produrre effetti diversi da quelli attesi e dovrebbero essere considerati nei loro contesti applicativi.

non rischiare di restare lettera morta, come affermava nel 1955 Piero Calamandrei nel suo discorso agli studenti di Milano:

*“La Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé, la Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove; perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità”.*⁴³

Considerando valido quanto sopra per ogni paese della WLT si può affermare che in tema di magistratura il reclutamento è certamente un punto di partenza importante; non è un caso infatti che l'Unione Internazionale dei Magistrati⁴⁴ proprio durante i lavori della Prima Commissione di Studio abbia iniziato ad occuparsi del reclutamento identificando due principali approcci per il medesimo: 1) un reclutamento effettuato al fine di selezionare tendenzialmente giovani candidati con il primo e prevedibilmente unico obiettivo di accedere alla carica di giudice all'interno della quale è poi per loro possibile fare carriera; 2) un reclutamento quale punto di arrivo di una carriera di candidati già esperti e maturi, dinamici e di larghe vedute⁴⁵.

Nel primo approccio si inseriscono principalmente le magistrature dell'Europa continentale che vengono definite di professione e di selezione burocratica poiché si contraddistinguono per una configurazione formale che non si differenzia da quella propria di altre amministrazioni pubbliche. In particolare, il reclutamento mira a selezionare i futuri giudici, in base al merito attraverso concorsi pubblici o esami di stato che vengono generalmente rivolti a giovani laureati in giurisprudenza spesso privi di esperienze professionali. Superata la selezione l'accesso alla magistratura è garantito, così come le correlate garanzie, che generalmente si rispecchiano nell'immobilità della sede e delle funzioni e in uno stipendio idoneo alla funzione svolta. Come intuibile, è preclusa qualsivoglia forma di legittimazione democratica⁴⁶; il giudice così selezionato ha dunque il compito di interpretare formule legislative, ovvero, la sua attività creatrice si

⁴³ Piero Calamandrei Discorso sulla Costituzione agli studenti di Milano (1955), l'audio è disponibile su <http://www.youtube.com/watch?v=XRTG9duEnww>.

⁴⁴ Documenti e informazioni sull'Unione internazionale dei magistrati disponibili su www.iaj-uim.org.

⁴⁵ Reclutamento e formazione dei magistrati, Amsterdam 1996, disponibile su http://www.iaj-uim.org/site/modules/mastop_publish/print.phpo?tac=37

⁴⁶ Per alcune riflessioni sul tema vedi Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 40 ss.

cela tra gli articoli dei codici e delle leggi speciali⁴⁷ in quanto allo stesso si richiedono esclusivamente competenze di natura tecnica, le prove selettive sono infatti volte a valutare tutte le principali discipline giuridiche e si affidano all'inevitabile presupposto che, in linea di massima, i nuovi reclutati possano svolgere in modo sufficientemente adeguato tutte le mansioni associate al primo livello della gerarchia delle corti cui verranno assegnati; attraverso l'interazione con i colleghi più anziani, impareranno a comportarsi ed ad accrescere la loro professionalità. Con il passare degli anni e l'accertamento dei requisiti necessari, potrà poi avvenire la progressione di carriera. Tendenzialmente chi riesce ad accedere alla magistratura vi resta per l'intero arco della vita, anche se aspirando a scalare la gerarchia delle corti. Il retaggio del giudice quale funzionario pubblico, sebbene depositario di particolari garanzie, fa sì che la sua attività venga principalmente sanzionata sul piano disciplinare; assicurare il rispetto delle responsabilità rispecchia un'immagine affidabile del giudice chiamato a decidere in modo efficiente sulle cause⁴⁸, circostanza che ancora una volta, soprattutto in passato, vedeva l'esplicitarsi di un ruolo attivo dei giudici gerarchicamente superiori fatto che ha, talora, reso debole l'indipendenza interna del singolo giudice, il quale poteva essere esposto a condizionamenti magari non troppo visibili, ma comunque penetranti⁴⁹.

Nei paesi di *civil law* il reclutamento è spesso gestito e controllato da apposite scuole addette alla formazione perché, come sarà meglio analizzato nel prossimo capitolo, il possesso di una adeguata cultura giuridica è condizione indispensabile per svolgere in modo credibile ed indipendente la professione del giudice⁵⁰. Inoltre molti ordinamenti (non solo di *civil law*⁵¹)

⁴⁷ “L’abilità del giurista nei paesi della famiglia romano germanica, consiste nel saper trovare la norma, e nel formularla al livello giusto: non bisogna che la norma sia troppo generale, perché allora cesserebbe di essere una guida sufficientemente sicura per la pratica; bisogna invece che essa sia generale quanto occorre per riferirsi ad un certo tipo di situazione, però senza essere applicabile soltanto ad un caso particolare, come avviene della decisione del giudice” David R., Jauffret- Spinosi C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Parigi, Dalloz, 2002 (tr. it. a cura di Sacco R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 2004), pp. 78-79, vedi anche p. 80.

⁴⁸ *The World Development Report 2002, Charter 6. The Judicial System*, cit., p. 21

⁴⁹ Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit., Bell J., *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, cit.

⁵⁰ Sul tema vedi Oberto G., *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2008.

⁵¹ John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, in Albrecht P. A., J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009, p. 81 ss., pp. 82- 84 ss., vedi anche IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, cit., p. 15.

si sono dotati di Consigli della magistratura, volti proprio a rafforzare l'indipendenza dei giudici attraverso un allontanamento dal potere esecutivo (in particolare dai ministeri della giustizia) rispetto all'autorità giudiziaria⁵².

Diversamente, il reclutamento della magistratura angloamericana viene attivato in relazione a posti vacanti nei singoli organi giudiziari. Spesso i giudici vengono selezionati tra giuristi e avvocati con alle spalle un'effettiva esperienza pratica⁵³, questo fa sì che l'età media di accesso all'attività giudiziaria delle corti sia tendenzialmente elevata, non è un caso infatti che avervi accesso corrisponda spesso al punto di arrivo di una brillante carriera⁵⁴. Generalmente, i giudici delle corti di *common law*⁵⁵ sono individui in un certo senso noti per le loro capacità, fatto che agevola l'eventuale inserimento diretto in posizioni di estremo rilievo. Per tutti i motivi sopra esposti non desta stupore che il reclutamento avvenga principalmente attraverso la nomina da parte di autorità politiche⁵⁶.

⁵² Till S., *Autonomy for the Judiciary - political Expectations*, in Albrecht P. A., J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009, p. 47 ss., pp.47-48.

⁵³ E' talmente rilevante la pratica da far sì che in Inghilterra l'accesso alla magistratura sia condizionato al conseguimento di una laurea, ma non necessariamente in legge.

⁵⁴ In alcuni paesi può essere il culmine di una brillante carriera da avvocato, in altri di accademico.

⁵⁵ In questa sede il pensiero va principalmente ai giudici federali statunitensi ed ai giudici inglesi delle Corti superiori.

⁵⁶ Prendo in analisi le due maggiori varianti della famiglia di *common law*, quella inglese e quella statunitense, si può notare che in Inghilterra già dal XIII secolo i giudici venivano scelti tra i *Serjeant at Law*, ovvero da quegli eredi dei *narrators* che nell'affiancare gli *attorneys* già godevano di estrema dignità professionale e di prestigio. In maniera tendenzialmente continua il sistema è rimasto pressoché il medesimo. Fino al 1990, ovvero all'entrata in vigore del *Court and Legal Service Act*, il Lord Cancelliere, nato come dignitario della Corona e (fino al 2005) figura politica oltreché giuridica in quanto egli stesso giudice, proponeva ai sensi del *Supreme Court Act* del 1981 i giudici delle Corti superiori alla Corona cui spettava poi la nomina formale. La scelta dei *Lord Justice of Appeal* era effettuata tra *barristers* con almeno 15 anni di esperienza professionale o tra chi già era stato nominato giudice alla *High Court*. Con l'allargamento del *right of audience* anche nei confronti dei *solicitors*, anch'essi hanno oggi la possibilità di essere nominati giudici delle corti superiori. Fino al 2005 la nomina poteva essere definita politica perché il Lord Cancelliere era (ed è ancora oggi) membro del governo in carica, tuttavia valutazioni politiche non sembrano aver avuto particolare rilevanza perché tra la stretta cerchia dei *barristers* esiste una conoscenza anche personale di chi sia meritevole di divenire giudice, se il Lord Cancelliere avesse preferito scegliere un *barrister* politicamente impegnato, piuttosto che professionalmente capace, sarebbe certamente divenuto vittima di biasimo pubblico, Zweigert K., Kotz H, *Introduzione al diritto comparato, Volume I: Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 255 vedi anche Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 301 ss., con l'emanazione del *Constitutional*

“Practices of selection differ in large measure in accordance with the traditions and needs of the country concerned. A crucial consideration here is the very position of the judiciary in the framework of government that provides the rationale for the particular mode adopted and practiced. [...] Nevertheless, the guiding principles for the selection and tenure of the judiciary [...] display a commonly held ideal: Judges are expected to be impartial and hence must be given assurance of independence, security, and dignity of tenure. When these requirements are present, the fact that different techniques govern selection in those lands is hardly of great significance”⁵⁷.

Quella che può definirsi influenza politica si concentra nella fase iniziale del reclutamento perché poi il giudice di *common law* gode di forti garanzie di indipendenza, quali una carica tendenzialmente a vita (le procedure di rimozione sono generalmente complesse e raramente utilizzate) e la garanzia di uno stipendio alto e non modificabile⁵⁸.

Reform Act del 2005 e soprattutto sulla scia di quella *cultura dei diritti* iniziata in Inghilterra con lo *Human Rights Act* (approvato nel 1998 ed in vigore dall'ottobre del 2000), la scelta è stata quella di creare una nuova *Judicial Appointment Commission* volta a selezionare i candidati, il Lord Cancelliere, pur mantenendo il suo titolo, non svolge più funzioni giurisdizionali, ma quale Ministro della giustizia può invitare (se del caso ed una sola volta) la Commissione a rivalutare la sua scelta, dopodiché raccomanda il prescelto per la nomina formale da parte della Corona, ID., cit., p. 304. Si parla di nomina politica anche per i giudici federali degli Stati Uniti d'America dove la nomina avviene da parte del Presidente, per i giudici della Corte suprema, e generalmente da parte del Ministro della giustizia per i giudici federali delle corti inferiori, tale nomina deve però essere accompagnata dal parere favorevole del Senato (Articolo II sez. 2 Costituzione Federale degli Stati Uniti del 17 settembre 1787).

⁵⁷ Abraham H. J., *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, come citato da Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, Thomson/West, 2007, p. 97.

⁵⁸ Per quanto la nomina possa essere politica le garanzie di indipendenza, sia nel caso inglese che nel caso statunitense, sono talmente forti da non poter incidere sull'autonomia decisionale del giudice, i procedimenti di rimozione (*impeachment*) sono complessi e quasi mai utilizzati, la carica è spesso vitalizia e gli stipendi prestabiliti e certi. L' *Act of Settlement 1701* stabilisce “Che i giudici conserveranno il loro ufficio finché terranno una condotta degna (quamdiu se bene gesserint- *during good behaviour*- e riceveranno uno stipendio prestabilito e certo, ma su concorde indirizzo di entrambe le Camere del Parlamento sarà legittimo rimuoverli dalla carica)” e l' art. III Cost. USA così recita: “...I giudici della Corte suprema e quelli delle Corti di grado inferiore conserveranno il loro ufficio finché non se ne renderanno indegni con la loro condotta *-during good behaviour-*, e ad epoche fisse riceveranno per i loro servizi un'indennità che non potrà essere diminuita finché essi rimarranno in carica” la traduzione italiana si trova citata in Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 397, vedi anche l'articolo III della Costituzione Federale degli Stati Uniti (17 settembre 1787), ID., p. 429.

Da quanto sopra parrebbe che i giudici di *common law* possano godere di una indipendenza più forte⁵⁹, ma il controllo del rispetto dei principi contenuti nelle costituzioni approvate nel secondo dopoguerra (così detto controllo di costituzionalità delle leggi) ha favorito anche nell'Europa continentale un incremento del ruolo politico della magistratura in senso lato, così come l'istituzione dei Consigli superiori della magistratura, in grado di raggiungere ancor meglio il loro fine se costituiti in misura apprezzabile da membri afferenti alla magistratura stessa. Infatti, non più all'esecutivo, ma ai Consigli medesimi vengono demandati i poteri di valutazione e gestione dei giudici. Degna di nota è la circostanza che vede nominare i membri laici dei Consigli da parte degli organi legislativi consentendo, dunque, ai partiti politici di influenzare direttamente la magistratura senza passare per il tramite del ministro (della giustizia) e quindi dell'esecutivo⁶⁰.

I membri dei Consigli superiori della magistratura nei vari ordinamenti, dovrebbero essere rappresentanti di tutti i gradi della magistratura, caratteristica che va ad indebolire fortemente la storica valutazione effettuata in base alla piramide gerarchica; in conseguenza di ciò, più che sul merito, i meccanismi di avanzamento hanno cominciato a basarsi sull'anzianità di servizio. Sono poi comparsi altri attori in grado di garantire una maggiore indipendenza in tali sistemi, quali i già citati partiti politici (attraverso la scelta di alcuni membri dei CSM), i media (in grado di rendere note eventuali interferenze illegittime) e le associazioni dei magistrati che organizzano la partecipazione elettorale dei giudici stessi. Il fatto che si sia cominciato a parlare anche nei sistemi di *civil law* di un ruolo politico della magistratura rende necessario conciliare la loro indipendenza con il principio democratico⁶¹. Se, infatti, chi esercita una funzione politica deve risponderne (direttamente o indirettamente) davanti alla comunità, anche la magistratura dovrebbe farlo. Problemi non sorgono laddove si consideri il

⁵⁹ Il fatto che nei paesi di *common law* la giurisprudenza sia fonte del diritto può essere sintomo di una maggiore indipendenza della magistratura, ciononostante in molti paesi di *civil law* si può ormai dire che anche se i precedenti giudiziari non sono fonti del diritto *de jure*, lo sono *de facto*, *The World Development Report 2002, Charter 6. The Judicial System*, cit., p. 27.

⁶⁰ IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, cit., p. 15, vedi anche Guarnieri C., *Judicial Independence in Authoritarian Regimes: Lessons from Continental Europe*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 234 ss., p. 237.

⁶¹ Guarnieri C., Pederzoli P., *The Power of Judges, a comparative study of Courts and Democracy*, cit., p. 150 ss.

giudice un esecutore passivo e fedele della volontà del legislatore, ma è oramai noto che qualsiasi applicazione della legge contiene un grado maggiore o minore di interpretazione e dunque di creazione da parte dello stesso giudice. Il problema si è posto non solo negli ordinamenti di *civil law*, ma anche in quelli di *common law*. L'attività creativa dei giudici e le loro garanzie si conciliano con la democrazia laddove rispettino ed interpretino i fondamentali principi propri del diritto costituzionale di ogni paese democratico. Si tratta in sostanza di principi che hanno conosciuto una più precisa qualificazione nel diritto costituzionale evolutosi nel secondo dopoguerra nella maggior parte dei paesi europei, principi che ancora oggi rappresentano la base per il continuo bilanciamento tra l'autorità, indispensabile per l'organizzazione dello Stato e per regolamentare i rapporti tra i cittadini stessi⁶².

*"[...] independence of judges from the state can be built into any legal system. The main constraint is not the nature of the legal system, but rather political factors, which determine the degree of independence of the judicial system"*⁶³.

Quindi anche la magistratura più indipendente sulla carta può non esserlo *de facto*. Il concetto di indipendenza della magistratura è dunque un concetto relativo ed una magistratura indipendente può ostacolare un governo effettivamente democratico così come un governo effettivamente totalitario, a meno che i giudici non stiano attenti ad esercitare responsabilmente i loro poteri con il dovuto riguardo per gli altri poteri dello stato⁶⁴.

1.4. Il diritto cinese in materia di 'judicial independence'

Come spesso accade parlando di diritti presenti sul territorio cinese non è difficile cedere alla tentazione di pensare che si tratti di un ossimoro o che comunque prevalgano alcuni stereotipi⁶⁵. Se è vero che anche in occidente

⁶² Per approfondimenti vedi Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 40 ss., Guarnieri C., Pederzoli P., *The Power of Judges, a comparative study of Courts and Democracy*, cit., p. 150 ss.

⁶³ *The World Development Report 2002, Charter 6. The Judicial System*, cit., p. 15.

⁶⁴ Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, 82 *Harvard Law Review*, 1968-1969, p. 967 ss., p. 973.

⁶⁵ Per approfondimenti vedi Otto J. M., *Toward an Analytical Framework: Real Legal Certainty and Its Explanatory Factors*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2002, p. 23 ss., Moccia L., *Il diritto in Cina*, Torino, Bollati Boringhieri,

non sono univoci i concreti significati attribuiti al principio di magistratura indipendente non è difficile immaginare che anche sul territorio cinese non manchino discussioni in materia, soprattutto se si considera che la Cina è pur sempre uno stato socialista autoritario caratterizzato dalla presenza di un partito unico⁶⁶: il Partito comunista cinese (PCC).

In Cina il principio dell'indipendenza della magistratura, come descritto nel capitolo I, venne affermato per la prima volta nella costituzione a matrice sovietica del 1954 (art. 78) e per questo connesso al principio di legalità socialista che vedeva i giudici sottostare alla costituzione e alle leggi, in quanto prodotti della volontà del popolo, ma in attesa dell'avvento del comunismo; il principio di legalità era dunque ammesso perché garantito dalla proprietà collettiva dei mezzi di produzione, dal ruolo guida del Partito comunista, dalla dittatura del proletariato e dal centralismo democratico⁶⁷.

Il principio dell'indipendenza delle corti riappare nell'attuale costituzione cinese del 1982 all'articolo 126 il quale stabilisce che:

*“The people's courts exercise judicial power independently, in accordance with the provisions of the law, and are not subject to interference by any administrative organ, public organization or individual”*⁶⁸.

Altrettanto stabilisce la Legge organica delle corti del popolo all'art. 4⁶⁹ nella sua versione rivisitata nel 1983, la legge fu, infatti, approvata nel 1979 e l'art. 4 in origine disponeva che le corti dovessero amministrare la giustizia in modo indipendente, soggette soltanto alla legge⁷⁰.

2009, p. 13, più in particolare Peerenboom R., *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 69 ss.

⁶⁶ Come ricordato nel Capitolo I la Cina in realtà è caratterizzata da una pluralità di partiti, i quali però devono accettare l'ideologia dominante e quindi il programma del PCC, Rinella A., *Cina*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 99.

⁶⁷ Cavalieri R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica*, cit., p. 4.

⁶⁸ Tong Zhiwei, *Development of Chinese constitutionalism in the mid and short run*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009., p. 149 ss., p. 174.

⁶⁹ Articolo 4 della Legge organica sulle corti del popolo come emendato nel 1983: “The people's courts shall exercise judicial power independently, in accordance with the provisions of law, and shall not be subject to interference by any administrative organ, public organization or individual”

⁷⁰ Kim M. Seong-hak, *A distant premise: Judicial Independence in the People' Republic of China*, in *24 Korean Journal of Comparative Law*, 1996, p. 17 ss., p. 26.

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

Tuttavia ciò non porta ad escludere altri tipi di influenze:

“Therefore, other social entities are at least literally not precluded from interfering with judicial process. Indeed, leaders of the party in power at local level, leaders of standing committee of the people's congress of the same level as courts, and administrative leaders often give directions in writings submitted by parties in dispute and forward them to courts for ad judicature”⁷¹.

Diversamente l'articolo 8(2) della Legge sulla magistratura cinese del 1995 (emendata nel 2001) stabilisce che i giudici godono di alcuni diritti, tra i quali quello di non sopportare interferenze da parte di organi amministrativi, organizzazioni pubbliche o individui nella risoluzione dei casi.

“Judges shall enjoy the following rights:

1) [...]

2) to brook no interference from administrative organs, public organizations or individuals in trying cases according to law;

3) [...] etc”.

Quest'ultimo articolo, contenuto sulla legge dei giudici approvata nel 1995 ed emendata nel 2001, porta a ritenere che dalla metà degli anni Novanta anche nell'ordinamento cinese si possa parlare di un'autonomia decisionale del singolo giudice. La circostanza in realtà pare essere smentita dall'articolo 1 della stessa che riconduce tra gli obiettivi della legge quello di assicurare l'indipendenza, ma ancora una volta non si tratta di un'indipendenza decisionale dei giudici in qualità di individui, bensì di quella delle corti quali istituzioni:

“This law is enacted in accordance with the Constitution to enhance the quality of judges, to strengthen the administration of judges, and to ensure that the People's Courts independently exercise judicial authority according to law, that judges perform their functions and duties according to law and that law is administered impartially”⁷².

⁷¹ Tong Zhiwei, *Development of Chinese constitutionalism in the mid and short run*, cit., p. 174.

⁷² Legge sulla magistratura cinese (1995 emendata nel 2001), traduzione inglese disponibile su http://www.leggcinesi.it/view_doc.asp?docID=29

Considerazioni interessanti sulla storia del principio di indipendenza attraverso il mero dato normativo si riscontrano innanzi tutto nel fatto che nella costituzione del 1982 viene meno l'affermazione che le corti, nell'esercizio delle loro funzioni, debbano essere soggette solo alla legge, affermazione che in un primo momento persiste nella Legge organica sulle corti del popolo del 1979, ma che prontamente verrà rimossa nel 1983 sostituendo quanto originariamente disposto dall'art. 4 con un testo normativo pressoché identico a quello dell'art. 126 della costituzione.

Inoltre, nonostante la formale separazione avvenuta nel 1979 tra Partito e ordinamento giudiziario, gli articoli citati non fanno alcun espresso riferimento ad eventuali influenze politiche sull'attività delle corti, di conseguenza, soltanto un'interpretazione estensiva delle norme sopra citate potrebbe far rientrare tra le influenze improprie (che né le corti -art. 126 cost. ed art. 4 Legge organica sulle corti del popolo- né i giudici -art. 8(2) Legge sui giudici della RPC- dovrebbero subire) anche quella del Partito comunista cinese⁷³.

In dubbi possono diminuire pensando al fatto che il Preambolo della costituzione continua a dichiarare un ruolo guida del PCC circostanza che rende ancor più difficile considerarlo fonte di un'ingerenza illegittima sull'attività delle corti. Anche alla luce dei principi internazionali sopra ricordati non è semplice definire, anche solo da un punto di vista normativo, il concetto dell'indipendenza della magistratura all'interno del contesto cinese. Sebbene i principi di diritto internazionale debbano essere linee guida anche per la Cina, in considerazione del diverso contesto politico e culturale che caratterizza l'Asia, nel 1995 furono approvati a Pechino dei principi sull'indipendenza della magistratura proprio per la regione asiatica che, per ciò che riguarda la Repubblica popolare cinese furono firmati dal vice presidente della Corte suprema Mr. Wang Jingrong, rappresentante dell'allora presidente della Corte Ren Jianxin⁷⁴.

Per quanto di portata generale i principi (approvati il 19 agosto del 1995 ed emendati a Manila il 28 agosto del 1997) dispongono che la magistratura rappresenta un'istituzione di altissimo valore in ogni società (art. 1); pare che la Cina tenga quanto sopra in considerazione dato che già dal 1982 dedicava al sistema delle corti la sezione settima della costituzione (ovvero dall'articolo 123 all'articolo 135) e dato che approvava nel febbraio del

⁷³ Kim M. Seong-hak, *A distant premise: Judicial Independence in the People' Republic of China*, cit., p. 27 ss.

⁷⁴ I Beijing Principles sono disponibili su <http://lawasia.asn.au/objectlibrary/147?filename=Beijing%20Statement.pdf>.

1995, quindi con qualche mese di anticipo rispetto alla *6th Conference of the Chief Justice of Asia and Pacific* (durante la quale i principi vennero approvati), una legge apposita volta a migliorare la professionalità e lo status dei giudici cinesi.

Sempre nei principi approvati (art. 3) si legge che:

“Independence of the Judiciary requires that;

a) The judiciary shall decide matters before it in accordance with its impartial assessment of the facts and its understanding of the law without improper influences, direct or indirect, from any source; and

b) The judiciary has jurisdiction, directly or by way of review, over all issues of a justiciable nature”.

Ai sensi di quanto disposto dall' art. 3 (a) la magistratura dovrebbe quindi essere libera di decidere al di fuori di ciascuna interferenza impropria, diretta o indiretta, proveniente da qualsivoglia fonte. Sia le norme cinesi che quelle contenute nei *‘Beijing Principles’* necessitano di non facili operazioni ermeneutiche, infatti, anche stabilire quali interferenze debbano considerarsi proprie e quali improprie, può risultare tutt'altro che semplice.

Ancor più dettagliato ed interessante nel contesto cinese è il contenuto dell'articolo 6 dei *‘Beijing Principles’* in base al quale l'eventuale struttura gerarchica della magistratura, anche interna alla corte, non deve interferire in alcun modo con il dovere del giudice monocratico o collegiale di pronunciare la sua decisione⁷⁵. Disposizione simile è contenuta anche nel Codice etico approvato il 18 ottobre del 2001 dalla Corte suprema del popolo della RPC che ex art. 7 stabilisce che il giudice dovrebbe pensare in modo indipendente e giudicare in modo autonomo, avendo il coraggio di raggiungere la decisione che ritiene più corretta⁷⁶.

Infine, non ci si può qui astenere dal citare nuovamente l'articolo 5 della costituzione del 1982 come emendato nel 1999, poiché, se la Repubblica popolare di Cina ha realmente introdotto nel suo ordinamento la *rule of law*, le disposizioni sopra citate necessitano di una lettura più approfondita e

⁷⁵ Articolo 6 *Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region (1995)*: 6. “In the decision-making process, any hierarchical organisation of the judiciary and any difference in grade or rank shall in no way interfere with the duty of the judge exercising jurisdiction individually or judges acting collectively to pronounce judgement in accordance with Article 3”.

⁷⁶ Articolo 7 del Codice di condotta per i giudici della Repubblica popolare cinese (2001) come citato da Li Yuwen, *Professional Ethics of Chinese Judges*, in 47 *China Perspectives* [Online], May-june 2003: <http://chinaperspectives.revues.org/274>.

rivisitata alla luce del nuovo principio introdotto (di origine occidentale sebbene con “caratteristiche cinesi”). A tal fine è necessario chiedersi quale significato attribuiscono in Cina al principio di indipendenza della magistratura e quali meccanismi siano stati posti in essere al fine di garantirla.

1.5. L'accezione cinese

L'accezione cinese circa l'indipendenza della magistratura è argomento che da sempre desta interesse nella dottrina⁷⁷. Se fino a qualche anno fa l'approccio nei confronti del tema appariva pressoché uniforme, recentemente, in conseguenza delle grandi riforme che hanno coinvolto il paese, sono emersi diversi studi volti ad analizzare aspetti diversi della materia.

I principali approcci possono essere suddivisi in tre gruppi, il primo evidenzia un principio di *judicial independence in fieri*, ovvero, la Repubblica popolare cinese starebbe seguendo la ‘via americana’ per raggiungere un grado di indipendenza della magistratura tale da soddisfare le condizioni richieste da uno stato retto dalla *rule of law*⁷⁸ ed in questo senso i principi della *global best practice* starebbero segnando il cammino verso tale approdo; la Cina, però, al fine di attuare tali principi non potrebbe evitare di rimuovere dall'ordinamento delle forti incongruenze, prima fra tutte l'unitarietà dei poteri statali⁷⁹. Un secondo gruppo è individuabile in un approccio ‘strumentale’, ovvero volto ad introdurre e promuovere nell'ordinamento giuridico cinese una magistratura indipendente, ma al solo

⁷⁷ Il già citato articolo di Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and ‘Judicial Independence’: 1949-1959*, cit., rappresenta un punto di partenza importante, ma altri contributi citati sono seguiti. Soprattutto negli ultimi anni la questione ha assunto grandissima importanza tanto che solo nel 2009 è uscito il primo libro interamente dedicato al tema, come affermato dal curatore (nonché autore di alcuni contributi) Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, cit.

⁷⁸ Zou Keyuen, *Judicial reform in China: Recent Developments and Future Prospect*, in 36 *The International Lawyer*, 2002, p. 1039 ss., p. 1046, Henderson K. E., *Halfway Home and a Long Way to Go*, in Peerenboom R., *Judicial Independence Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 23 ss.

⁷⁹ Guo Daohui, Fan Linxin come citati da Li Yuwen, *Court Reform in China: Problems, Progress and Prospects*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2002, p. 55 ss., p. 77 e ss., vedi anche la posizione di Henderson K. E., *Halfway Home and a Long Way to Go*, cit., p. 25 che analiticamente riporta la situazione cinese alla *global best practice*.

fine di aumentare la ricchezza del paese ed attrarre ancora capitale (soprattutto estero); in questo senso lo scopo della riforma giudiziaria, l'applicazione dell'indipendenza, dell'imparzialità ed integrità del giudice, nonché la certezza del diritto sarebbero limitate al settore economico⁸⁰. Un terzo approccio che può essere definito *results oriented approach* da un lato tiene conto dell'utilità dei principi sanciti a livello internazionale, dall'altro li rapporta alla realtà cinese⁸¹. Tale approccio anziché cristallizzarsi sulla costruzione formale di un sistema di stampo occidentale mira, partendo dai problemi reali, a focalizzarsi su risultati concreti, sforzandosi di capire che in culture diverse anche il concetto di indipendenza può presentarsi secondo dinamiche non consuete per l'occidente. Tale nuovo approccio non si incentra sulle differenze tra ordinamenti partendo da una superiorità dell'occidente, non si basa su insegnamenti che l'occidente pretende di dare alla Cina, ma costituisce un metodo che, attraverso la reciproca comprensione, stimola il dialogo e porta alla costruzione di quel 'ponte'⁸² necessario affinché i rapporti con la Cina possano continuare a crescere e svilupparsi in base a principi più genericamente condivisi⁸³.

Se è difficile tracciare una griglia di riferimento sul tema dell'indipendenza della magistratura che riesca a ricomprendere tutte le dinamiche delle realtà occidentali, anche tra quelle che storicamente condividono valori simili, è facile comprendere che ancor più difficile è far

⁸⁰ In un certo senso sarebbero gli effetti del così detto "paradosso cinese", di una crescita economica avvenuta in assenza di quelli che vengono considerati elementi essenziali per la stessa. Alcune statistiche non sembrano smentire questo risultato anche se non è semplice capire quanto sia voluto o piuttosto la diretta conseguenza di un cammino intrapreso. Per alcune statistiche vedi Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence; Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 95 ss., per alcune riflessioni vedi Peerenboom R., *Is China Trapped in Transition?*, disponibile su www.fljs.org e più in generale Peerenboom, R., *China modernizes: threat to the west or model for the rest?*, Oxford, Oxford university press, 2007. In realtà l'ipotesi sembrerebbe smentita dal terzo piano di riforma quinquennale che sub par. I (3.5) dichiara che il miglioramento del sistema giustizia non deve riguardare solo la riforma economica, mentre il report annuale della Corte suprema all'Assemblea nazionale del popolo, reso noto l'11 marzo del 2009, inserisce proprio al primo punto la circostanza di aver perseverato in uno sviluppo economico e sociale rapido, vedi *The Supreme People's Court Work Report*, 17 marzo 2009 durante l'XI congresso dell'Assemblea nazionale del popolo, il primo sotto la presidenza di Wang Shengjun.

⁸¹ Garapon A., *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence; Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 37 ss.

⁸² Moccia L., *Il diritto in Cina*, cit., p. 38 ss.

⁸³ Garapon A., *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., p. 39 ss.

rientrare forzatamente la Cina in uno schema tracciato dall'occidente e che ne presuppone la superiorità, infatti anche l'ultimo programma di riforma quinquennale (2009-2013) ricorda che la Cina non deve copiare gli ordinamenti giuridici stranieri, ma assorbire le loro conquiste derivanti dalla *rule of law* rapportandole però alla situazione cinese⁸⁴.

Il fatto che i due articoli centrali dell'ordinamento cinese circa l'indipendenza della magistratura (art. 126 cost., art. 4 Legge organica sulle corti del popolo) parlino di un'indipendenza delle corti e non del singolo giudice non è casuale, infatti, diversamente da quanto si afferma in occidente, in Cina, l'indipendenza si ritiene riferita al sistema delle corti nel loro insieme, ma non al singolo giudice quale individuo⁸⁵.

Nel primo capitolo si è ricordato che tra i principi fondamentali dell'ordinamento cinese vi è quello della dittatura del popolo e quello del ruolo guida del Partito comunista inseriti nel contesto del così detto centralismo democratico (art. 3 cost.⁸⁶). L'idea di un sistema di corti indipendenti (e non di individui indipendenti) è dunque coerente con il centralismo democratico in base al quale la minoranza è subordinata alla volontà della maggioranza e gli organi periferici a quelli centrali. Rapportando quanto sopra al sistema delle corti si comprende, ad esempio, come mai il giudice collegiale sia preferito al giudice monocratico. In altri termini il giudice cinese è solo una componente dell'organizzazione delle corti, come il suo stesso nome cinese suggerisce 审判员 (*shenpan yuan*), un funzionario della decisione, in questo senso è la corte e non il giudice che ha facoltà di amministrare in modo indipendente la giustizia⁸⁷.

A quanto sopra deve anche aggiungersi la diffidenza nei confronti dell'operato dei giudici che ha portato a sviluppare dei meccanismi volti a correggere errori giudiziari ed assicurare così un coerente ed adeguato svolgimento della giustizia. Il sistema ha certamente una sua linearità, ma

⁸⁴ Notice of the Supreme People's court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009-2013), del 17 marzo 2009, Paragrafo I (3 n. 3).

⁸⁵ Nell'interesse che inevitabilmente il principio ha iniziato ad esercitare, soprattutto a seguito dell'introduzione della *rule of law* in costituzione, vi è chi ha ipotizzato di modificare così l'articolo 126 della costituzione: "Judges shall exercise adjudication powers independently and are subject solely to law", Tong Zhiwei, *Development of Chinese constitutionalism in the mid and short run*, cit., p. 182.

⁸⁶ Il principio democratico si applica a tutti gli organi del potere statale, quindi anche alle Assemblee parlamentari dislocate ai vari livelli amministrativi attraverso le quali (almeno in teoria) il popolo dovrebbe esercitare il suo potere.

⁸⁷ Woo Margaret Y.K., *Adjudication Supervision and Judicial Independence*, in 39 *The American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 95 ss., p. 114.

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

Si può forse affermare che l'indipendenza della magistratura in Cina è quel principio in base al quale le corti possono prendere delle decisioni servendosi di alcuni funzionari che possono agire singolarmente (giudici monocratici) o, cosa che più spesso accade, in gruppo (giudici collegiali) nel rispetto della volontà della maggioranza che (tendenzialmente) si riflette nelle politiche del Partito che per questo rappresentano la guida del paese. Al fine di tutelare la volontà della maggioranza esistono dei meccanismi per controllare (e se del caso ribaltare) le decisioni dei giudici; meccanismi strumentali ad eliminare dall'ordinamento eventuali errori giudiziari anche al di là di un interesse delle parti direttamente toccate dalla decisione. Se lo scopo della costituzione è quello di promuovere il benessere collettivo, un principio fondamentale costituzionalmente riconosciuto è valido solo se contribuisce al bene della nazione, di conseguenza, se i meccanismi correttivi delle decisioni delle corti agiscono per il compimento della volontà popolare non possono essere visti come ostacoli all'indipendenza della magistratura.

2. Le 'garanzie' cinesi

2.1.Premessa

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

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

analizzando quelle che possono essere considerate categorie occidentali è dato anche dai già citati *Beijing Principles* i quali, con appositi articoli disciplinano proprio il reclutamento, la destituzione, la durata della carica, la mobilità ed il finanziamento⁸⁸.

2.2. Reclutamento, destituzione e durata della carica

Ai sensi dell'art. 11 della Legge sulla magistratura cinese come emendata nel 2001 i giudici saranno nominati o rimossi dalla carica nel rispetto dei limiti dell'autorità e delle procedure previste dalla Costituzione cinese. Ai sensi dell'art. 62 della costituzione, l'Assemblea nazionale del popolo, organo legislativo supremo dell'ordinamento cinese ha la competenza di eleggere o designare le più alte cariche dello stato, in particolare al punto (7)⁸⁹ la disposizione afferma che è compito del Parlamento nazionale eleggere il presidente della Corte suprema⁹⁰ e, a completamento, ex art. 63 (4) lo stesso Parlamento nazionale in composizione plenaria ha facoltà di rimuoverlo dalla carica⁹¹.

I vice-presidenti ed i giudici della Corte suprema sono invece nominati e revocati dal Comitato permanente dell'ANP su indicazione del presidente della Corte suprema popolare (art. 67 (11)⁹²). Il procedimento è analogo nelle corti di livello sottostante, in questo caso la nomina viene effettuata, per quanto riguarda il presidente della corte, dall'Assemblea locale popolare di pari livello; il presidente una volta eletto proporrà (*at the recommendation*) il suo vice e tutti gli altri membri della corte stessa, ovvero i presidenti delle varie sezioni, i rispettivi vice ed i giudici ordinari; la nomina vera e propria avverrà poi da parte del Comitato permanente

⁸⁸ Dall' art. 13 al 32 disponibili su <http://lawasia.asn.au/objectlibrary/147?filename=Beijing%20Statement.pdf>

⁸⁹ Articolo 62 (7) costituzione: "The National People's Congress exercises the following functions and powers: [...] (7) to elect the President of the Supreme People's Court".

⁹⁰ Merita qui ricordare che ex art. 62 (8) è compito dell'ANP anche quello di "elect the Procurator-General of the Supreme People's Procuratorate", ma per i motivi menzionati *supra* cap I par. p. non vi saranno ulteriori approfondimenti sulla Procuratura in questa sede.

⁹¹ Articolo 63 costituzione: "The National People's Congress has the power to remove from office the following persons: [...] (4) the President of the Supreme People's Court". Specularmente ex art. 63 (5) ha il potere di rimuovere anche il Presidente della Procuratura suprema.

⁹² Article 67 The Standing Committee of the National People's Congress exercises the following functions and powers: (11) to appoint or remove, at the recommendation of the President of the Supreme People's Court, the Vice-Presidents and Judges of the Supreme People's Court [...].

dell'ALP del corrispondente livello. E' il caso di precisare che gli elenchi predisposti dal Presidente, vengono per lo più forniti dallo stesso Partito comunista cinese⁹³ che quindi, anche in questo caso, potrebbe limitare il potere propositivo del presidente della corte, anch'egli peraltro membro del Partito. I presidenti delle corti dei vari livelli sono sempre iscritti al Partito, mentre i giudici dei livelli inferiori potrebbero anche essere semplici simpatizzanti o persone nelle quali il Partito ripone comunque la propria fiducia⁹⁴. Un minimo di discrezionalità è assegnata ai presidenti delle corti (di tutti i livelli) nella nomina, ed eventuale rimozione, dei propri assistenti anch'essi appartenenti alla magistratura⁹⁵.

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

Parimenti è stato recentemente proposto di disciplinare con apposita legge i criteri di selezione dei magistrati da parte delle Assemblee parlamentari di tutti i livelli in modo da aumentare la trasparenza nella composizione delle liste e di accrescere la fiducia dei cittadini nella magistratura⁹⁶ in una società come quella cinese in cui il giudice è stato visto con diffidenza e la carica non ha goduto (e talvolta ancora non gode) di particolare prestigio.

Infatti, ai sensi dell'articolo 11 c. 7 della Legge sulla magistratura cinese spetta al Comitato permanente dell'ANP stabilire separatamente le modalità di nomina e rimozione, circostanza che rende i processi di nomina, destituzione, promozione e sanzione né pubblici né facilmente accessibili; in

⁹³ Van Rooij B., *Appendix II China's System of Public Administration*, in Chen J., Li Yuwen, Otto J.M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 323 ss., p. 331.

⁹⁴ Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, in 17 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2007, p. 533 ss., p. 539, il quale aggiunge che dal 1949 tutti i presidenti della corte suprema sono stati membri del partito, ad eccezione del primo, Shen Junrun.

⁹⁵ Articolo 11 c. 6 Legge sulla magistratura cinese del 1995 come emendata nel 2001.

⁹⁶ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), Beijing, Law Press, 2009, p. 59 ss.

sostanza i criteri di selezione e gestione del personale delle corti non sono né trasparenti né monitorati⁹⁷.

In base al sistema che può essere definito nomenklatura, il PCC crea due liste, in una si leggono le posizioni per le quali il Partito controlla la nomina, in un'altra la lista dei candidati per quelle posizioni. Quanto sopra non avviene solo per la magistratura, ma anche per il Partito stesso, il governo, le università, le imprese ed è un sistema che si ripete ad ogni livello dell'amministrazione statale. Se la nomenklatura garantisce il controllo del Partito sulle posizioni più rilevanti, il sistema pubblico cinese, ovvero le scelte degli impiegati pubblici⁹⁸ sono basate sulla fedeltà politica⁹⁹.

Le Assemblee parlamentari di livello nazionale e locale ed i rispettivi comitati permanenti, incaricati, come si è visto, di nominare i giudici, hanno anche il potere di rimuoverli dalla carica. La rimozione avviene come indicato dall'appena citato art. 11 c. 7 della Legge sulla magistratura in base a quanto deciso dal Comitato permanente dell'ANP.

La richiesta di destituzione di un giudice ex art. 13 (Legge sulla magistratura cinese) può avvenire per la perdita di alcuni dei requisiti richiesti per la nomina come ad esempio la perdita della cittadinanza cinese (n. 1); per esigenze organizzative della corte (n. 2); in caso di promozione, in quanto per l'avanzamento di un giudice ad un livello superiore è necessario formulare la richiesta di rimozione prima di essere nominato al superiore livello (n. 3); sempre al n. 3 si stabilisce che la richiesta di rimozione debba essere predisposta anche per il giudice che sia stato invece 'demansionato'; la destituzione avviene inoltre in caso di esito negativo della valutazione annuale della corte circa l'operato del giudice (n. 4); nel caso in cui il giudice non abbia potuto svolgere adeguatamente i suoi compiti per un lungo periodo di tempo a causa di motivi di salute (n. 5); per pensionamento (n. 6); per rinuncia o dimissioni da parte dell'interessato (n. 7); infine, per violazione di norme disciplinari o di legge o per aver commesso un crimine (n. 8).

⁹⁷ Peerenboom R., *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, cit., p. 77.

⁹⁸ Ad oggi quella dell'impiegato statale è una delle posizioni più ambite, ogni anno si presentano all'esame sempre più giovani anche laureati, la prospettiva di uno stipendio certo è divenuta allettante, inoltre vi partecipano sempre più giovani laureati circostanza che rende le amministrazioni statali sempre più professionalizzate, Feng Jianhua, *Popular Job*, in

⁹⁹ Van Rooij B., *Appendix II China's System of Public Administration*, cit., p. 331.

Oltre alle sovraesposte condizioni che legittimano la richiesta di rimozione l'art. 40¹⁰⁰ elenca in modo puntuale i casi di licenziamento dei giudici; esso può avvenire per una valutazione negativa delle competenze per due anni consecutivi (n. 1); nel caso in cui non sia stato accettato un demansionamento da un incarico per il quale non si era qualificati (n. 2) oppure nel caso in cui sia stato rifiutato un trasferimento dovuto a ristrutturazione o riduzione di organico (n. 3); in caso di assenze ingiustificate per più di quindici giorni consecutivi o per trenta giorni nell'arco dell'anno (n. 4) ed infine per non aver corretto i propri comportamenti connessi ai doveri professionali anche dopo un richiamo (n. 5).

Non si deve mai dimenticare che la Cina è caratterizzata da uno stato-partito e da un sistema fortemente burocratico presente anche nell'organizzazione e nell'attività delle corti nelle quali si ripresentano le stesse relazioni gerarchiche e burocratiche presenti nel sistema amministrativo statale (che coinvolgono anche il PCC stesso).

Dal momento che la costituzione definisce l'ANP come potere supremo dello stato e fonte delle istituzioni giuridiche, si può affermare che sia il Partito che le autorità amministrative esercitano un potere significativo sulle corti soprattutto per quanto riguarda il finanziamento, il reclutamento e la destituzione del personale. Proprio per questo motivo pare essere incentivata una maggiore partecipazione delle corti superiori nella nomina e conseguentemente più meritocrazia. I nuovi laureati vengono selezionati (con i criteri stabiliti anche dalla Legge sulla magistratura) e cominciano la loro carriera dalle corti inferiori, in questo modo (ed è lo stesso piano di riforma a prevederlo) i giudici della Corte suprema e delle corti superiori vengono selezionati tra i giudici delle corti inferiori più meritevoli. Per questo motivo devono essere migliorati ancora i mezzi di selezione per

¹⁰⁰ Articolo 40 Legge sulla magistratura cinese (1995, emendate nel 2001): "A judge shall be dismissed if he or she is found to be in any of the following circumstances:

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

scegliere davvero i giovani più preparati¹⁰¹, mentre per ciò che concerne la durata della carica niente dispone né la legge né la costituzione cinese.

Infatti, mentre la tradizione giuridica occidentale è abituata a ritenere una carica tendenzialmente vitalizia come una delle maggiori garanzie a tutela dell'indipendenza della magistratura, altrettanto non può dirsi per la Cina. Solo l'art. 124 della costituzione sancisce il termine di durata in carica del presidente della Corte suprema stabilendo un termine pari a quello della durata del mandato dell'Assemblea Nazionale del popolo, ovvero cinque anni, mandato che può essere rinnovato una sola volta. Da tale circostanza sembrerebbe potersi desumere che anche per gli altri magistrati si debba parlare di termini di nomina prefissati, magari in linea con le cariche degli organi che li eleggono, sebbene recenti riforme riguardanti soprattutto la progressione di carriera, sembrano far desumere cariche molto più lunghe; circostanza confermata anche dal fatto che la costituzione non pone limiti in tale senso¹⁰².

2.3. Mobilità e finanziamento

Nelle corti cinesi la mobilità dei giudici viene spesso utilizzata più che per motivi organizzativi per evitare il dilagare della corruzione e per agevolare l'imparzialità del giudice, ritenendo pericoloso che un magistrato svolga le sue funzioni in ambiente conosciuto e dove potrebbe avere nel tempo instaurato relazioni personali con soggetti sottoposti alla sua giurisdizione¹⁰³.

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

¹⁰¹ *Notice of the Supreme People's court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009-2013)*, del 17 marzo 2009, Paragrafo III (14).

¹⁰² Ancora nel terzo piano di riforma quinquennale si legge sub par. III (19) che per migliorare il sistema delle corti è necessario rinnovare il sistema delle promozioni e mirare ad avere effetti nel lungo termine per limitare il problema della corruzione. In questo senso parte della dottrina ha ipotizzato che vi sia uno scatto di carriera ogni cinque anni salvo il passaggio dalle Alte corti alla Corte suprema che può avvenire solo dopo 10 anni di lavoro in una Alta corte, sebbene sia solo un suggerimento è un primo passo per incentivare una carriera giudiziaria all'interno delle corti per coltivare professionalità ed esperienza. Tra l'altro alcune province sembrano aver spontaneamente iniziato ad adoperare meccanismi di questo tipo, Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 311 ed un recente regolamento della Corte suprema sembra andare nella stessa direzione.

¹⁰³ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 164, vedi anche Peerenboom R., *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 294-295

conseguenza di perdita di risorse esperte in un determinato ramo del diritto e la conseguente mancanza di personale altamente specializzato. Nonostante i buoni propositi che sostengono le ragioni della mobilità (e che portano ad effettuarla anche arbitrariamente) la corruzione continua a dilagare nelle corti cinesi. Maggiori problematiche sono dovute alla circostanza in base alla quale la mobilità è disciplinata dalla legge sugli impiegati pubblici (2005); ex art. 64¹⁰⁴ della stessa la possibilità di scambio tra magistrati è massima anche se generalmente la posizione di partenza e quella di destinazione tendono ad equipararsi¹⁰⁵ ed il trasferimento di un giudice può avvenire o su richiesta del giudice stesso, ovvero, cosa che più spesso accade, per esigenze (o presunte tali) organizzative della corte.

Dal momento che la legge sulla magistratura stabilisce che non possono lavorare nella stessa corte coppie *more uxorio*, giudici uniti in matrimonio o parenti fino al terzo grado¹⁰⁶, anche gli articoli 68 e 69 della legge sugli impiegati pubblici devono ritenersi riferibili ai giudici e dalla loro applicazione si deve desumere che né moglie e marito né parenti entro il terzo grado possano essere legati da un rapporto di subordinazione lavorativa all'interno della stessa corte o sezione. Più interessante è invece la previsione dell'art. 69, che stabilisce una preclusione regionale per il giudice nominato a svolgere una carica rilevante nella sua città o nella sua contea al

¹⁰⁴ Articolo 64 Legge sul pubblico impiego: “Those personnel, who are engaged in public office of state-owned enterprises, public institutions, people's associations or private organizations, may be transferred to the state organs to hold leading posts or non-leading posts above the deputy researcher level, or hold any other non-leading post at the corresponding level. The person transferred shall satisfy the qualification requirements of the suggested posts as prescribed in Article 11 of the present Law, and shall not have any circumstance as prescribed in Article 24 of the present Law. The state organ to which such person is transferred shall conduct a strict inspection over the candidates for deployment, carry out examination and approval in light of the power limit of administration, and, when necessary, conduct an examination over the candidates for transfer”.

¹⁰⁵ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 158 ss., se così non fosse difficile sarebbe riconoscere il trasferimento per un avanzamento di carriera da un demansionamento.

¹⁰⁶ In maniera oltremodo dettagliata, ma nemmeno troppo chiara, l'art. 16 della legge sulla magistratura prevede che: “Judges who are connected by husband-wife relationship, or who are directly related by blood, collaterally related within three generations, or closely related by marriage may not, at the same time, hold the following posts:(1) the president, vice-presidents, members of the judicial committee, chief judges or associate chief judges of divisions in the same People's Court;(2) the president, vice-presidents, judges or assistant judges in the same People's Court;(3) the chief judge, associate chief judges, judges or assistant judges in the same division; or(4) presidents or vice-presidents of the People's Courts at the levels next to each other”.

fine di evitare vantaggi illegittimi dovuti alla profonda conoscenza del luogo di appartenenza¹⁰⁷.

L'inquadrare ancora oggi la mobilità dei giudici all'interno della legge sull'impiego pubblico, crea alcune anomalie, infatti, ai sensi del primo comma dell'art. 65 di detta legge, non potrebbe ricoprire la carica di giudice l'impiegato pubblico che non ne abbia le qualifiche, non altrettanto può dirsi in merito alle cariche superiori; l'impiegato dirigenziale non sarà sottoposto ai medesimi requisiti richiesti dall'articolo 65 c. 1 e potrà essere spostato e svolgere anche l'attività di giudice se così stabilito da esigenze organizzative. Il trasferimento, in questo senso, può essere visto come un modo per aggirare i requisiti *ex lege* richiesti ai giudici. Altro effetto negativo della mobilità intesa in questi termini è quello di non permettere una specializzazione del giudice con una pratica acquisita nel corso degli anni; non è raro infatti che un giudice venga spostato da una sezione civile ad una penale o viceversa¹⁰⁸.

Per quanto concerne la mobilità da una zona all'altra del paese la vastità del territorio e l'enorme diversità di sviluppo economico dei vari distretti rende difficile attuare un adeguato sistema di trasferimento dei giudici e, di fatto, le corti dei distretti posti agli estremi confini della Cina ed in quelli ancora prettamente rurali (l'ovest del paese è molto più povero dell'est) costituiscono per i giudici trasferimenti assai disagiati e spesso rifiutati, anche perché la loro remunerazione è stabilita a livello locale e può variare considerevolmente in relazione alla ricchezza del distretto, infatti, le zone più ambite sono quelle in cui si trovano le ricche città costiere e quelle appartenenti alle così dette zone economiche speciali¹⁰⁹.

A questa enorme diversità di trattamento economico è dunque direttamente collegato il cronico problema della corrottibilità del giudice: infatti gli stipendi dei distretti poveri non permettono al magistrato della corte di assicurare a sé e alla sua famiglia un tenore di vita accettabile e lo

¹⁰⁷ 户枢不蠹流水不腐 (*hu shu bu du liu shui bu fu*) è un proverbio riferito alla corruzione che, più o meno, potrebbe così essere tradotto: “se la porta si muove sul perno la larva non mangia il legno, se l'acqua si muove non ristagna”, citato da Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 165.

¹⁰⁸ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 158 ss.

¹⁰⁹ He Xin, *Enforcing Commercial Judgments in the Pearl River Delta of China*, 57 *American Journal of Comparative Law*, 2009, p. 419 ss., p. 430. Sebbene ancora non vi siano precise disposizioni in proposito, la Corte suprema è consapevole del problema e consapevole di dover migliorare gli incentivi o creare sistemi di rotazione per rimediare alle grandi mancanze di organico di alcune province, Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 164.

rendono pertanto incline ad orientare la propria decisione in favore di una parte in cambio di offerte di denaro, regali o qualsivoglia altro beneficio.

Il problema della corruzione è legato anche alla modalità del finanziamento; esso deriva direttamente dagli organi esecutivi del livello corrispondente alla corte, fatto che oramai da tempo crea un evidente ostacolo all'indipendenza del giudice dal momento che non sono stabiliti standard minimi per gli stipendi¹¹⁰.

Con la crescita economica e l'aumento esponenziale del PIL cinese, anche l'importanza delle corti è cresciuta e con essa i loro fondi, in questo modo si è potuto pensare e programmare di accrescerne l'autorità. Sono così inevitabilmente aumentati anche i costi della giustizia, molte corti (soprattutto quelle più grandi e meglio funzionanti) hanno aumentato i costi dell'accesso alla giustizia proprio per poter marcare la differenza con altri organi giudiziari, conseguentemente nei centri economici avanzati, nelle maggiori città, come Pechino, Shanghai, la provincia del Guandong, si dispone di maggiori risorse rispetto ad altre aree del paese, circostanza che non fa che aumentare il divario tra grandi città, città piccole e campagne; laddove esistono corti più ricche vengono stanziati salari più alti per i giudici che saranno anche più qualificati e motivati. In tal modo si è scatenata una guerra al maggiore guadagno dove spesso le corti stesse andando contro gli interessi delle parti e contro quella che noi chiameremmo l'economia processuale, hanno disincentivato le *class actions* in favore di singole controversie. Per porre un correttivo a questa tendenza il governo sta sperimentando la tecnica di accentrare il finanziamento alle corti a livello nazionale per ridistribuirlo in modo proporzionale a livello locale. La proposta del finanziamento centralizzato delle corti è contenuta anche nel secondo programma quinquennale e ripresa e sponsorizzata dai media e studiosi di diritto cinese¹¹¹, ciononostante, vi è chi andando oltre la proclamazione di quello che potrebbe essere un primo passo per una maggiore indipendenza analizzando l'eventuale impatto di quella che potrebbe essere la reale portata di tal riforma e sostenendo che il problema del protezionismo locale e della 'dipendenza' o parzialità dei giudici nei confronti dei governi locali dispensatori delle loro finanze potrà essere migliorato, ma non risolto. Infatti, ciò che lega i giudici ai governi locali non è solo il denaro che questi mensilmente ricevono, ma anche le loro

¹¹⁰ Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, in 8 *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 1999, p. 581 ss., p. 591.

¹¹¹ Balme S., *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, in Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 179 ss., p. 182.

nomine ed i loro licenziamenti, le eventuali concessioni edilizie, i permessi scolastici per i loro figli, eventuali impieghi per le loro mogli, nonché l'esecuzione delle sentenze etc., senza valutare poi la circostanza che per il governo centrale potrebbe essere tutt'altro che semplice valutare le reali necessità economiche di una corte e dei suoi dipendenti¹¹².

Di conseguenza potrebbe essere reale l'ipotesi in base alla quale:

“This will recreate a certain level of financial dependency, although perhaps of a less extreme form than before. In other words, perhaps local government will no longer be able to threaten courts with the loss of all their cars. But they could still decline to upgrade old, small, domestic cars to big, new, imported ones. The refusal to bribe can be similar in effect to extortion”¹¹³

Pur perdurando una generale diffidenza nei confronti del magistrato e delle corti, derivante dalle citate ragioni culturali, la figura del giudice sta comunque acquisendo una sua dignità dal momento che in alcuni luoghi i salari della magistratura, stanno aumentando e tale professione sta divenendo dunque più appetibile¹¹⁴.

3. L'indipendenza della magistratura cinese: le principali influenze

3.1. Le influenze sull'indipendenza interna

Se il principio dell'indipendenza nel contesto cinese deve essere riferito alle corti e non al singolo giudice è inevitabile che la costituzione tuteli le corti, quali istituzioni, da ingerenze esterne e non anche i giudici da interferenze così dette interne.

L'indipendenza interna è principalmente riferita all'abilità dei giudici di esseri capaci di decidere su un caso senza subire le interferenze e senza rivolgersi alle gerarchie presenti all'interno di una stessa corte e soprattutto senza subire pressioni ed interferenze da parte dei giudici più anziani inseriti da più tempo nel sistema o collocati ad un livello gerarchico superiore.

¹¹² Le notizie sono tratte dal blog del Prof. Donald C. Clarke, *Politburo proposes to centralize court funding* e disponibili su http://lawprofessors.typepad.com/china_law_prof_blog/2008/12/politburo-propo.html

¹¹³ Blog Prof. Donald C. Clarke, *Politburo proposes to centralize court funding* cit.

¹¹⁴ Crespi Reghizzi G., *Cina 2003: L'osservatorio del giurista*, disponibile su <http://www.leggicinesi.it/dottrina/ReghizziCinaOsservatorioGiurista.pdf>, p. 3, per un quadro generale vedi Brown R. C., *Understanding Chinese Courts and Legal Process: Law with Chinese Characteristics*, London-Boston-The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 24 ss.

Il fatto che le corti cinesi siano strutturate in modo gerarchico non desta stupore, è questa una caratteristica mutuata dall'occidente e dagli studi iniziati nei primi anni dello scorso secolo (1902-1909). La gerarchia delle corti è principio comune sia dei sistemi di *common law* che di quelli di *civil law*; ciò che maggiormente stupisce nel contesto cinese è però il valore della gerarchia personale all'interno di uno stesso organo giudiziario.

Stupisce inoltre il controllo verticale che le corti superiori esercitano su quelle inferiori; controllo che fuoriesce dai comuni canali di impugnazione che la tradizione giuridica occidentale ben ha imparato a conoscere¹¹⁵.

Inoltre, fino al 1995 non esisteva una legge volta a disciplinare la figura del giudice e tanto meno veniva richiesta un'adeguata preparazione giuridica per coloro che volessero intraprendere tale professione.

Nei paragrafi seguenti saranno esaminate le maggiori influenze che possono minacciare l'indipendenza della magistratura cinese ed in particolare la valutazione che avviene all'interno di ciascuna corte, la supervisione di singoli casi effettuata dalle corti gerarchicamente superiori, *in primis* dalla Corte suprema, nonché il ruolo dei Consigli giudiziari. Tali influenze sono state definite *systemic influences* in quanto parti integranti del sistema che possono divenire illegittime se esercitate al di fuori del dettato normativo o per scopi prettamente personali¹¹⁶.

3.2. La valutazione individuale del giudice all'interno della corte di appartenenza ed il controllo verticale da parte delle corti gerarchicamente superiori

Quando si discute di valutazione all'interno delle corti cinesi è necessario distinguere tra due tipologie della medesima; un primo tipo di valutazione ha ad oggetto la corte considerata nell'insieme di tutte le sue sezioni (*ting*), siano queste civili, penali o amministrative. Una seconda tipologia di valutazione ha invece per oggetto gli individui, sia nella persona dei giudici che degli impiegati giudiziari, ovvero di tutto lo staff che lavora all'interno della corte.

Ai sensi dell'articolo 21 della Legge sulla magistratura cinese (1995 come emendata nel 2001) si stabilisce che la valutazione dei giudici debba essere effettuata dalla corte del popolo alla quale il giudice sottoposto a

¹¹⁵ Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, Thomson/West, 2007, p. 327 ss.

¹¹⁶ Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 97.

valutazione appartiene. L'articolo successivo chiarisce che tale valutazione avviene una volta l'anno in maniera routinaria (art. 22)¹¹⁷. Il soggetto attivo della valutazione è dunque identificato nella corte all'interno della quale il giudice (soggetto passivo) opera. Ai sensi degli articoli 48 e 49¹¹⁸ sempre della Legge sulla magistratura la corte svolge la valutazione tramite un'apposita commissione istituita al suo interno. La valutazione dovrebbe essere svolta in maniera oggettiva ed imparziale, il risultato dovrebbe essere contenuto in un unico documento sottoposto alla valutazione del presidente che a sua volta dovrebbe elaborare un nuovo documento definitivo ed ufficiale sottoscritto dalla stessa corte, e non più della commissione, che potrà contenere una valutazione molto schietta: ottimo, competente o incompetente¹¹⁹.

I contenuti della valutazione sono espressi dall'articolo 23 della Legge sui magistrati e riguardano il raggiungimento degli obiettivi assegnati, l'osservanza delle direttive stabilite dalla corte, la moralità della persona, la competenza, la padronanza della teoria del diritto, l'attitudine e lo stile di lavoro. Come sottolinea l'ultimo comma dell'articolo viene data particolare rilevanza ai risultati raggiunti dal giudice, ma la valutazione del giudice è tutt'oggi assimilabile ad un'attività prettamente amministrativa e burocratica¹²⁰.

Scopo della valutazione è quello di decidere se un giudice sia idoneo a continuare a svolgere il suo lavoro; di responsabilizzarlo maggiormente, valutandone le abilità lavorative, le conoscenze giuridiche specialistiche, circostanze che dovrebbero essere strumentali alla scoperta di nuovi (e giovani) talenti; ed aiutare a prevenire o limitare la dilagante corruzione.

¹¹⁷ Articolo 21 Legge sulla magistratura cinese come emendata nel 2001: "Appraisal of judges shall be conducted by the People's Courts the judges belong to".

Articolo 22 Legge sulla magistratura cinese come emendata nel 2001: "The appraisal of judges shall be carried out objectively and impartially, through the combined efforts of the leaders and masses, and routinely and annually".

¹¹⁸ Articolo 48 Legge sulla magistratura cinese come emendata nel 2001 "A People's Court shall establish a commission for examination and assessment of judges. The functions and duties of a commission for examination and assessment of judges are to guide the training, examination, appraisal and assessment of judges. Specific measures in this regard shall be formulated separately".

Articolo 49 "The number of persons on a commission for examination and assessment of judges shall be five to nine. The chairman of a commission for examination and assessment of judges shall be assumed by the president of the court it belongs to".

¹¹⁹ Articolo 24 della Legge sulla magistratura.

¹²⁰ Gli articoli sulla valutazione dei pubblici impiegati sono pressoché analoghi a quelli descritti vedi Legge sul pubblico impiego artt. 33-37.

Sebbene ai sensi dell'art. 48 della Legge sulla magistratura cinese ogni corte sia chiamata a stabilire al suo interno un'apposita commissione valutativa composta da un numero dispari di giudici (da un minimo di cinque ad un massimo di nove) e presieduta dal presidente della stessa¹²¹, ad oggi sono ancora moltissime le corti che ne sono prive ed in assenza dell'apposita commissione la valutazione è effettuata dal diretto superiore gerarchico¹²². Quando il voto della valutazione è positivo il giudice sarà destinatario di un premio o un avanzamento di carriera, in caso di voto negativo il giudice sarà sottoposto a sanzione. Anche in questo caso il parallelo con la Legge sugli impiegati pubblici della RPC del 2005 è immediato, il risultato positivo o negativo emerge infatti solo da una somma di numeri. Per scendere più nel dettaglio si precisa che la valutazione si compone di quattro parti a ciascuna delle quali corrisponde un punteggio per un raggiungimento massimo di 100 punti. Alla qualità ed all'efficienza del giudice corrisponde un massimo di 35 punti su 100; altrettanti punti vengono attribuiti per la valutazione della qualità dei casi decisi, mentre per l'esame del lavoro professionale (abilità nell'applicazione della legge, modalità di stesura di un atto giuridico, capacità nella ricerca di documenti idonei...) viene attribuito un massimo di 20 punti su 100. I restanti 10 punti potranno derivare da una valutazione morale basata sul senso della giustizia, sull'onestà, sul comportamento, sulla capacità di mantenersi aggiornati e sulla abilità di limitare l'attività del Consiglio giudiziario¹²³.

Sebbene tale complesso sistema possa apparire dettagliato non è immune da critiche in quanto eccessivamente semplicistico e generico, a tal punto da non permettere di comprendere con chiarezza quali siano i contenuti reali della valutazione, essendo, al contrario, idoneo a limitare l'indipendenza interna del giudice. Infatti, più casi un giudice è capace di decidere nell'arco di un anno, migliore sarà considerato il suo lavoro, in altri termini, nessuna rilevanza viene attribuita alla minore o maggiore difficoltà delle problematiche giuridiche affrontate, tanto che il giudice, per ottenere una migliore valutazione, cerca di decidere quanti più casi possibile¹²⁴.

Anche laddove la valutazione prettamente burocratica ed amministrativa possa essere idonea a fornire un'immagine della qualità dei giudici, si rivela

¹²¹ Articolo 49 Legge sulla magistratura (1995 emendata nel 2001).

¹²² Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 248.

¹²³ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 261.

¹²⁴ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 253.

del tutto inadeguata a risolvere all'origine le debolezze insite nel sistema giudiziario cinese. E' rilevante sottolineare che in assenza della citata commissione non solo il superiore gerarchico, ma anche il comitato politico-legale può effettuare il giudizio che si risolverà dunque in una valutazione soprattutto politica. Che si tratti di una valutazione politica o meno in mancanza di un miglioramento generale della professionalità del giudice enormi problemi continueranno a sussistere; la Cina avrebbe infatti bisogno di un sistema volto ad eliminare dalle corti giudici privi di qualifiche giuridiche per lasciare spazio a giovani talenti formati nelle oramai numerose università giuridiche e di un sistema organico e trasparente di valutazione per tutti i giudici. Al fine di ricevere una valutazione positiva un giudice dovrebbe essere in grado di analizzare e chiarire fatti concreti all'apparenza difficili da inquadrare giuridicamente, dovrebbe dunque essere capace di applicare la teoria alla pratica, evitare qualsivoglia tipo di discriminazione, rifuggire dalla corruzione; tutto questo in un'oculata gestione del tempo lavorativo. Parte della dottrina ritiene inoltre che al fine di incentivare una valutazione oggettiva ed indipendente potrebbe essere necessaria una repertorizzazione dei risultati¹²⁵.

La predisposizione di efficaci strumenti di valutazione diviene urgente per le rilevanti conseguenze derivanti da una valutazione negativa, che può portare il giudice non solo ad essere sottoposto a sanzioni, ma, ai sensi dell'articolo 40 (1) della Legge sui giudici, anche al licenziamento.

I criteri valutativi elencati all'articolo 23 della stessa legge non sono trasparenti, appaiono talvolta eccessivamente soggettivi e troppo simili a quelli di valutazione degli altri impiegati statali, non contribuiscono, in altri termini, ad incrementare nei giudici la consapevolezza del loro ruolo, che dovrebbe essere diverso da quello dell'apparato amministrativo.

Ancora più grave è la circostanza che non rende chiaro, in assenza della commissione prevista ex art. 48, quale sia il soggetto attivo della valutazione. La scala gerarchica divide i giudici in ben dodici livelli, se il giudice superiore ha facoltà di valutare l'attività di quello inferiore, è evidente che ciò non potrà che aumentare nel giudice di grado più basso la paura di sbagliare e di essere valutato negativamente, portandolo a seguire le indicazioni ricevute dall'alto. Infatti, è prassi consolidata proprio quella di rivolgersi ai giudici gerarchicamente superiori all'interno di una stessa corte o sezione anche per i casi più semplici; prassi necessaria e strumentale al mantenimento del proprio posto di lavoro ed incentivata dal fatto che anche

¹²⁵ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., p. 262 ss.

l'appello o la revisione di una sentenza sono considerati negativamente (in quanto una sentenza ribaltata è considerata un vero e proprio errore giudiziario)¹²⁶.

L'articolo 25 della Legge sulla magistratura cinese¹²⁷ prevede che il giudice sia informato per iscritto dei risultati della propria valutazione e, se in disaccordo, possa richiedere di “riconsiderare” la valutazione ricevuta; norma questa non attuabile nella pratica in quanto né la Legge sulla magistratura né altre leggi o provvedimenti della Corte suprema esplicitano le modalità con le quali effettuare la richiesta, a chi indirizzarla e quali siano i possibili effetti di un eventuale accoglimento. La mancanza di precise disposizioni in merito, potrebbe anche suggerire implicitamente di evitare tali richieste; appare dunque un sistema idoneo a sfociare nell'arbitrarietà.

Anche le riforme quinquennali esaminano l'argomento della valutazione, ma ancora una volta appare chiaro che prima ancora di una modifica del sistema valutativo, debba essere migliorata la professionalità del giudice¹²⁸. L'attuale valutazione gerarchico-burocratica non fa che avvalorare la tesi che persistono ancora degli elementi volti a far ritenere il giudice “*less as individual entity empowered to adjudicate and more as one component of the judicial system*”¹²⁹.

Le corti sono sottoposte ad un doppio controllo che si esplica in senso orizzontale da parte delle assemblee parlamentari a livello locale e dall'ANP a livello centrale, ed in senso verticale nel rispetto sia della generale gerarchia delle corti che della piramide interna composta dai vari giudici. In altri termini, ai sensi dell'art. 127 cost., la Corte suprema del popolo, in quanto organo di vertice, ha il potere di supervisionare l'attività di tutte le corti sottostanti e, nel rispetto dell'organizzazione gerarchica, le corti superiori hanno il potere di supervisionare l'operato di quelle inferiori.

Tale prassi, disciplinata agli artt. 177 - 188 della Legge sulla procedura civile del 1991 emendata nel 2007, viene indicata come supervisione sulle

¹²⁶ Li Yuwen, *Professional Ethics of Chinese Judges*, cit., p. 7. In proposito il Terzo programma di riforma quinquennale sprona le corti superiori a sviluppare dei meccanismi migliori per guidare le corti inferiori, *Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts (2009-2013)*, del 17 marzo 2009, Paragrafo II (7).

¹²⁷ Articolo 25 Legge sulla magistratura (1995 emendata nel 2001): “A judge shall be informed of the result of the appraisal in written form. If the judge disagrees with the result, he or she may apply for reconsideration”.

¹²⁸ Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden; Boston, M. Nijhoff, 2008, p. 156.

¹²⁹ Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, cit., p. 604.

decisioni 审判 监督 (*shenpan jian du*)¹³⁰ e può essere effettuata sia su decisioni civili che su decisioni penali e non va confusa con l'appello che può essere proposto solo dalle parti ed entro un periodo di tempo generalmente breve¹³¹. La supervisione può essere richiesta oltre che dalle parti anche dal presidente di una corte, dalla Corte suprema, dai Consigli giudiziari, dalla Procura¹³². Tralasciando la supervisione da parte della Procura che si occupa principalmente di casi penali, (sebbene possa avere voce in capitolo anche sui casi civili in forza del suo potere di controllo sul rispetto della legalità nell'amministrazione della giustizia¹³³) è bene concentrare l'attenzione sugli altri soggetti attivi della supervisione. Ciò che maggiormente stupisce è che si tratti di un tipo di supervisione volta a correggere eventuali errori giudiziari a prescindere da un interesse effettivo delle parti¹³⁴. Per proporla non vi sono limiti di tempo¹³⁵, cosa che ha fatto ribaltare i risultati di alcune sentenze anche dopo ben otto anni¹³⁶. Ai sensi dell'art. 177 il presidente di una corte che riscontri un errore giudiziario 'preciso, definito' (*definite error*) in una decisione resa dalla corte che presiede e reputi necessario valutarla nuovamente, rimette il caso al Consiglio giudiziario per la discussione e per la decisione del medesimo. La

¹³⁰ In inglese nota come *adjudication supervision*, la quale generalmente si risolve in un *retrial*.

¹³¹ Generalmente, per appellare, una parte può avere fino a due anni, Peerenboom R., *Judicial Independence and Judicial accountability: an empirical study of Individual case supervision*, in 55 *China Journal*, 2006, p. 67 ss., p. 71.

¹³² Woo Margaret Y.K., *Adjudication Supervision and Judicial Independence*, cit., p. 101 ss., vedi anche Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 89 ss.

¹³³ Art. 1 della Legge organica sulle procure popolari: 'The people's procuratorates of the People's Republic of China are state organs for legal supervision'.

¹³⁴ Woo Margaret Y.K., *Adjudication Supervision and Judicial Independence*, cit., p. 101. Sul tema è intervenuta anche la Corte suprema con il terzo programma quinquennale (2009-2013) stabilendo che il *retrial* debba essere riformato in considerazione dei diritti delle parti, valutando in maniera corretta la relazione tra la rettifica di un errore giudiziario e la forza del giudicato al fine di risolvere i problemi connessi, nonché gli scopi e le procedure applicate dalle corti superiori (II (4, 7)).

¹³⁵ Solo per le parti l'art. 184 dispone che "Any retrial petition by a party shall be made within two years after the judgment or ruling becomes legally effective; or be made within three months after the party has known or should know that the legal document on which the original judgment or ruling was made is cancelled or revised or that the adjudicating personnel were involved in any conduct of embezzlement, bribery, practicing favoritism for himself or relatives, or twisting the law in rendering judgment after two years".

¹³⁶ Peerenboom R., *Judicial Independence and Judicial accountability: an empirical study of Individual case supervision*, cit., p. 84.

Corte suprema ha invece il potere di supervisionare e chiedere una nuova discussione di qualsiasi sentenza emessa da una corte inferiore e, in presenza di errori precisi, ha il potere di avocare a sé la decisione del caso o di rimetterlo alla corte inferiore controllandone la decisione. Similmente possono comportarsi le Alte corti e le Corti intermedie del popolo nei confronti delle inferiori (art. 177 c. 2). Da un punto di vista procedurale la nuova decisione verterà sia sul diritto che sul merito della causa e potrà essere domandata sia nel caso in cui si sia in presenza di una sentenza di primo grado, sia nel caso in cui l'appello sia già stato richiesto da una parte (in inglese tale procedura viene infatti tradotta con il termine *retrial*), l'unica differenza consta nel fatto che soltanto la sentenza di primo grado supervisionata potrà essere ri-appellata¹³⁷, non anche quella già appellata prima della supervisione. La dizione generale di un *definite error* può prestarsi a svariate interpretazioni alle quali le parti non possono formalmente opporsi, esse potranno intervenire soltanto se interpellate dalla corte addetta alla rettifica dell'errore anche perché, contrariamente a quanto previsto dai regolamenti della Corte suprema in ordine ad un procedimento più trasparente perché pubblico, spesso la supervisione si svolge a porte chiuse. Vi è chi riavvisa in tale tecnica di revisione quel rimarcare un'esigenza di flessibilità che deve essere preferita alla stabilità delle decisioni volta anche a riportare in linea alcune sentenze con le politiche del PCC, si ripresenta dunque ancora una volta quel bilanciamento continuo tra discrezionalità e legge scritta non certo favorevole all'indipendenza del giudice, il quale preferirà scaricare le responsabilità sul Comitato giudiziario rimettendo allo stesso anche i casi più semplici piuttosto che rischiare di vedersi ribaltare una decisione in quanto errata e suscettibile di una valutazione negativa¹³⁸.

3.3. Il ruolo del Consiglio giudiziario

暗箱操作 *An xiang caozuo*¹³⁹.

Il Consiglio giudiziario (talvolta tradotto in italiano anche come comitato giudiziario ed in inglese come *judicial committee*, *adjudication committee* o *adjudicative committee*) in cinese si chiama 审判委员会

¹³⁷ Peerenboom R., *Judicial Independence and Judicial accountability: an empirical study of Individual case supervision*, cit., p. 71.

¹³⁸ Woo Margaret Y.K., *Adjudication Supervision and Judicial Independence*, cit., p. 119.

¹³⁹ E' una tipica frase cinese riferita al Consiglio giudiziario la cui traduzione è: "Decidere un caso a porte chiuse" ed è citato da Li Yuwen, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospect*, cit., p. 63.

(*shenpanweiyuanhui*), come accennato nel primo capitolo, è presente in tutte le corti del popolo ad ogni livello ed i suoi compiti, ai sensi dell'art. 11 c. 1 della Legge sulle corti popolari della RPC sono i seguenti: 1) riassumere l'attività giudiziaria della corte cui afferisce; 2) discutere i casi più importanti e difficili; 3) discutere altre questioni connesse all'attività giudiziaria sia civile che penale¹⁴⁰.

*“The adjudication committee hears precisely the cases one would expect it to hear: serious criminal cases, doctrinally complex cases, cases involving local institutions or their interests (which means virtually all administrative cases), and cases that are likely to be difficult to enforce without (or even with) the imprimatur of the entire court on the judgment”*¹⁴¹.

I suoi membri sono nominati ed eventualmente rimossi dai Comitati permanenti delle Assemblee locali di livello corrispondente alla corte entro la quale è inserito il Consiglio (art. 11 c. 2 L. corti del popolo e 67(11))¹⁴² in particolare ne fanno parte il presidente (*yuangzhang*) ed il vice presidente della corte (*fuyuanzhang*), i presidenti (*tingzhang*)¹⁴³ ed i vice presidenti delle sezioni (*futingzhang*), talvolta, inoltre, in casi realmente complessi possono essere chiamati in causa professori universitari o esperti del tema da trattare ed infine, senza diritto di voto, può partecipare anche il Procuratore capo della Procura del livello corrispondente¹⁴⁴.

Le perplessità sul ruolo del Consiglio si sono sviluppate soprattutto a partire dalla fine degli anni Ottanta quando la riforma giudiziaria cominciava a far sentire la sua voce, infatti sebbene la lettera della legge parli di *discussione* il comitato in realtà *decide* il caso senza esaminare

¹⁴⁰ Articolo 11 Legge organica sulle corti del popolo: “People's courts at all levels set up judicial committees which practice democratic centralism. The task of the judicial committees is to sum up judicial experience and to discuss important or difficult cases and other issues relating to the judicial work”.

¹⁴¹ Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, in 114 *Yale Law Journal*, 2005, p. 1675 ss., p. 1682.

¹⁴² Articolo 11 c. 2 Legge organica sulle corti del popolo: “Members of judicial committees of local people's courts at various levels are appointed and removed by the standing committees of the people's congresses at the corresponding levels, upon the recommendation of the presidents of these courts. Members of the Judicial Committee of the Supreme People's Court are appointed and removed by the Standing Committee of the National People's Congress, upon the recommendation of the President of the Supreme People's Court.”

¹⁴³ Non è detto che i presidenti delle sezioni siano sempre gli stessi, in questo senso la composizione del Consiglio giudiziario non è fissa.

¹⁴⁴ *Zuigaorenminfayuan shenpanweiyuanhui gonzuoguzi*, 20 agosto 1993, art. 5.

direttamente il fascicolo della causa. Generalmente la procedura è la seguente: se il giudice monocratico al quale è attribuito il caso (tra l'altro tale rara circostanza si ha generalmente per i casi più semplici come ricordato nel primo capitolo), non è in grado di prendere una decisione, si rivolge al presidente della sua sezione proponendogli la sua prospettiva sul caso; se il presidente (della sezione) concorda quella è la decisione. In caso contrario la causa viene sottoposta all'attenzione del vice presidente della corte che, se a sua volta incerto sul da farsi, può rivolgersi al presidente che a quel punto convoca sotto la sua presidenza il Consiglio addetto alla decisione. Nel caso in cui sia invece il giudice collegiale 合议庭 (*heyiting*) a non essere in grado di prendere la decisione e rivolgendosi al presidente della sezione non si raggiunga un accordo, la decisione potrà essere suggerita dal vice presidente della corte che chiederà poi al collegio di pronunciare la sentenza. Se il giudice collegiale però non concorda con il vice presidente, quest'ultimo non potrà che riportare il caso al presidente, il quale convocherà il Consiglio ed a maggioranza prenderà la decisione¹⁴⁵.

Lo schema che segue vorrebbe illustrare i vari passaggi:

¹⁴⁵ Li Yuwen, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospect*, cit., p. 63, vedi anche Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford, Stanford University Press, 1999, p. 261 ss.



I passaggi per giungere alla sentenza sono molti e non si fatica a credere che la separazione tra il procedimento che continua a proseguire davanti all'originario giudice collegiale (o monocratico) sia di gran lunga separato da quanto discusso dal Consiglio giudiziario (ecco perché *handling a case in camera- an xiang caozuo*).

Una volta riunito il Consiglio giudiziario i primi a parlare sono generalmente i giudici che conoscono in modo più approfondito le questioni da discutere, mentre il presidente è l'ultimo a prendere la parola dal momento che spesso si è formato in organi di governo statale diversi da

quelli giudiziari e le sue competenze giuridiche possono non essere elevate, inoltre, parlare per ultimo consente che non influenzi gli altri membri del Consiglio. la decisione viene presa a maggioranza (ed il voto del presidente vale uno proprio come gli altri giudici), ma, almeno all'esterno, si preferisce trasmettere che la decisione sia stata presa all'unanimità (anche se in realtà così non è stato), ciononostante nel caso in cui la decisione venga ridiscussa attraverso la poco sopra esposta supervisione del giudizio da parte di una corte superiore, ovvero attraverso la supervisione degli organi legislativi¹⁴⁶, il giudice che ha indirizzato il Consiglio verso una decisione (risultata poi) sbagliata può essere punito fino ad essere licenziato¹⁴⁷. Inoltre l'esame dei casi sottoposti al Consiglio viene talvolta svolto in modo assai sbrigativo, soprattutto quando allo stesso vengono sottoposti casi così detti seriali, circostanza che induce a ritenere che in realtà non vengano rimessi all'esame del Consiglio solamente i casi più complessi; per questi ultimi (che dovrebbero essere i soli) l'esame pare essere più attento ed approfondito¹⁴⁸.

Quanto sopra è reso possibile dal fatto che spesso il verbale del consiglio non è reso noto nemmeno alle parti. Per migliorare il sistema, il 20 agosto del 1993 la Corte suprema approvò delle norme per regolamentare la procedura¹⁴⁹, ma in realtà il documento è composto da soli quattordici articoli e lascia aperti molte problematiche già esistenti. Sebbene arrivi a stabilire quante volte la settimana il Consiglio debba riunirsi non esplicita se in caso di assenza di alcuni membri il Consiglio possa ugualmente tenersi e, cosa ben più grave, all'art. 13, stabilisce che quanto discusso dal Consiglio non debba essere comunicato all'esterno, nemmeno alle parti, questo non può che suscitare critiche circa la tanto imprecata pubblicità dei processi¹⁵⁰.

Anche questa tecnica decisionale conferma la tesi in base alla quale il giudice cinese non gode di un'indipendenza individuale, infatti, i fautori del Consiglio medesimo ritengono che una valutazione interna e collegiale dei casi specifici da parte del Consiglio sia utile proprio per prevenire eventuali

¹⁴⁶ Vedi infra par. 3.5.

¹⁴⁷ Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1682.

¹⁴⁸ Pare che maggiore attenzione venga posta per le controversie su questioni connesse allo sviluppo dell'economia (socialista) di mercato circa le quali manca spesso una consolidata produzione giurisprudenziale ed i magistrati si trovano in difficoltà nel decidere il contenuto della pronuncia da adottare. Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 84.

¹⁴⁹ *Zuigaorenminfayuan shenpanweiyuanhui gonzuoguize*, 20 agosto 1993.

¹⁵⁰ Il terzo piano di riforma quinquennale (2009- 2013) si è in proposito espresso asserendo che è necessario migliorare i meccanismi di trasparenza e pubblicità dei processi, ma senza prevedere particolari strumenti.

influenze esterne sui magistrati, una composizione più ampia e formata da giudici gerarchicamente superiori è infatti idonea a prevenire tentativi di corruzione, anche per il fatto che è più difficile corrompere un Consiglio numeroso piuttosto che un collegio di solito composto da tre giudici¹⁵¹.

Inoltre opinioni a favore del suo mantenimento sono dovute al fatto che spesso lo studio collegiale dei precedenti giurisprudenziali¹⁵² da parte del Consiglio giudiziario all'interno delle corti popolari può risultare utile per i singoli giudici, sebbene siano inevitabili delle perplessità poiché non è il giudice (monocratico o più verosimilmente collegiale) che segue il caso a prendere la decisione, ma piuttosto il Consiglio (che riceve solo un sunto sulla questione giuridica da trattare e non ha mai avuto contatti diretti con le parti in causa ed i loro avvocati)¹⁵³.

Ancora oggi, come in passato, il presidente ed il vice presidente dei Consigli giudiziari costituiti nelle varie corti sono quasi sempre membri del Partito comunista cinese di conseguenza in casi difficili o politicamente sensibili sono tendenzialmente propensi a seguire le raccomandazioni del Partito ed in particolare del comitato di Partito decentrato del livello corrispondente¹⁵⁴.

Il dibattito circa l'abolizione del Consiglio è ancora oggi attuale in particolare, coloro che si dichiarano favorevoli al suo mantenimento sostengono che il livello di istruzione giuridica all'interno delle corti sia ancora troppo basso per permettere ai giudici di risolvere i casi più complessi. Gli oppositori di tale Consiglio sostengono invece che non sia corretto che il giudice che si occupa del caso non sia lo stesso che poi si ritrovi a prendere la decisione; infatti avviene semplicemente una trasmissione di un riassunto di quanto accaduto nel procedimento e dei documenti procurati dalle parti¹⁵⁵. E' incongruente che *ex lege* il Consiglio debba essere interpellato per la risoluzione dei casi più complessi, ma poi decida sulla base di semplici riassunti predisposti dal giudice

¹⁵¹ Peerenboom, R., *China modernizes: threat to the west or model for the rest?*, cit., p. 212.

¹⁵² Per una prospettiva storica e attuale sul precedente giurisprudenziale in Cina vedi Lu Nanping, "Legal Precedents" with Chinese Characteristics: Published Cases in the Gazette of the Supreme People's Court, in *5 Chinese Law*, 1991, p. 107 ss.

¹⁵³ Peerenboom, R., *China modernizes: threat to the west or model for the rest?*, cit., p. 212.

¹⁵⁴ Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, cit., p. 605.

¹⁵⁵ La dottrina cinese ha elaborato questa metafora: la decisione presa dal Consiglio giudiziario equivale a delle medicine date da un medico che non ha svolto la visita, Zuo Weimin disponibile su <http://www.tianya.cn/publicforum/Content/law/1/4008.shtml>.

originariamente incaricato, il quale è dunque considerato in grado di sintetizzare il nucleo del problema. Non può che derivarne un senso di sottomissione o nel lungo termine di pigritia idoneo a far sì che un giudice si rivolga sempre con più facilità al Consiglio, sia per evitare di incorrere in responsabilità sia per disinteresse nella sua professione ed una percepita inadeguatezza delle sue capacità¹⁵⁶.

Nel secondo programma quinquennale (2004-2008) la Corte suprema ha proposto alcune modifiche per il ruolo del Consiglio giudiziario; in particolare ha proposto che lo stesso ascoltasse quanto meno i casi più complessi o quelli di applicazione più generale, in un certo senso la riforma mirava addirittura a rafforzarne il ruolo creando Consigli diversi volti ad evitare che soggetti analoghi si trovassero a dover decidere sia questioni civili che questioni penali¹⁵⁷.

Si deve considerare che il pragmatismo cinese ha fatto sì che tale Consiglio sorgesse per rispondere ad esigenze ben precise, per sopperire all'ignoranza giuridica dilagante in tutte le aree del paese e soprattutto in quelle rurali. Considerato il contesto cinese, non è infatti difficile pensare che il Consiglio possa aver avuto ed avere tutt'oggi effetti positivi nella risoluzione delle controversie, ciononostante se le situazioni all'interno delle corti cinesi dovessero migliorare e migliorasse quindi la professionalità del giudice, non continuerebbero a sussistere motivi per mantenerlo. La soluzione più plausibile, anche in considerazione del contesto geografico, sembra essere quella di provvedere ad una graduale eliminazione dei Consigli in base al livello di sviluppo e competenza dei giudici che compongono una certa corte. Se invece si preferirà la scelta di attribuire al Consiglio una funzione pedagogica l'attenzione dovrà piuttosto essere incentrata sulla risoluzione di palesi incongruenze. Non è infatti di buon esempio il fatto che talvolta non vi sia, nella pratica, trasparenza nei nomi di coloro che compongono il Consiglio spesso poi non viene redatto un verbale adeguato che garantisca il rispetto delle regole procedurali. Non sempre i membri del Consiglio sono in possesso di adeguata preparazione giuridica, ma le loro relazioni ed il loro peso politico fanno sì che in molti casi riescano ad ottenere risultati più soddisfacenti nella risoluzione delle cause; inoltre, nelle corti periferiche il Consiglio è realmente l'organismo più

¹⁵⁶ Peerenboom R., *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, cit., p. 78.

¹⁵⁷ Peerenboom, R., *China modernizes: threat to the west or model for the rest?*, cit., p. 213.

preparato della Corte e pertanto idoneo a frenare la corruzione e a guidare i giudici per la risoluzione dei casi più complessi e politicamente sensibili¹⁵⁸.

3.4. Le influenze sull'indipendenza esterna

Se l'indipendenza interna è caratteristica peculiare della tradizione giuridica occidentale, ma non dell'ordinamento cinese che mantiene un sistema prettamente burocratico e gerarchico, l'indipendenza esterna è tutelata anche dalla costituzione (art. 126). Anch'essa deve però essere considerata in un contesto dominato dal centralismo democratico, dal doppio controllo (che vede protagonisti attivi e passivi gli organi statali) e dal ruolo guida del PCC.

Le maggiori influenze sull'indipendenza esterna trattate nei paragrafi che seguono riguardano le interferenze da parte delle Assemblee parlamentari locali, posizionate allo stesso livello amministrativo della corte che devono controllare; il Partito comunista (considerato la maggiore causa di una debole indipendenza della magistratura)¹⁵⁹, il ruolo dei mezzi di informazione di massa le cui affermazioni spesso vengono considerate voce della volontà popolare ed infine, ma non per questo meno influenti, il ruolo esercitato dalle parti e dagli organi di governo locale; influenza questa che fa, più delle altre emergere problemi strettamente connessi al contesto cinese, quali il *guanxi*, la corruzione ed il protezionismo locale.

Nell'ambito delle influenze esterne che possono far pressione sull'indipendenza della magistratura si possono individuare alcune interferenze definite di sistema (*systemic interferences*)¹⁶⁰ che sono quindi legittime in quanto autorizzate dalla legge, ciononostante, possono divenire illegittime se un individuo abusa, per scopi personali, dei poteri che dalla legge gli sono conferiti, andando oltre la funzione ed il fine dell'intervento. Tra le *systemic interferences* rientra il ruolo esercitato degli organi legislativi che può essere considerato la messa in opera del potere di supervisione e controllo loro attribuito dalla costituzione, così come il ruolo del PCC laddove questo intervenga al fine di far rispettare le sue politiche,

¹⁵⁸ Zhu Suli, *Song fa xiexiang: Zhongguo jiceng sifazhidu yanjiu (Sending Law to the Countryside: Research on China's Basic-Level Judicial System)* Beijing, The Chinese University Press, 2000, come riportato da Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1685.

¹⁵⁹ Kim M. Seong-hak, *A distant premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, in *24 Korean Journal of Comparative Law*, 1996, p. 17 ss., p.21.

¹⁶⁰ Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 98.

ovvero le sue direttive (svolgendo il ruolo guida che la costituzione gli affida), sebbene formalmente, dal 1979, questo non debba più influire su singole decisioni¹⁶¹.

Sempre nell'ambito delle interferenze esterne se ne possono individuare alcune non di sistema (*non-systemic interferences*) che sono invece tendenzialmente illegittime; rientrano in questa categoria l'influenza esercitata dalle parti, dai funzionari dei governi che per proteggere interessi particolari della loro zona di afferenza spesso corrompono o influenzano i giudici servendosi in modo illegittimo della loro posizione¹⁶².

3.5. Il ruolo degli organi legislativi

In base a quanto disposto in costituzione l'Assemblea nazionale del popolo non è solo depositaria del potere legislativo, ma è anche organo deputato al controllo di quanto effettuato dalla Corte suprema del popolo; specularmente, in forza del principio del centralismo democratico, che ai vari livelli amministrativi si esplica attraverso le Assemblee locali popolari, anche queste ultime sono depositarie di un potere di controllo e supervisione sulle corti¹⁶³.

Tali poteri possono assumere varie forme; come analizzato nel paragrafo 2.2. di questo capitolo un'influenza particolarmente rilevante degli organi legislativi sulle corti è costituita dalla facoltà che le stesse hanno, supportate dai loro Comitati permanenti¹⁶⁴, di nominare e destituire i giudici all'interno delle corti dei rispettivi livelli; un secondo potere di supervisione si esplica attraverso la richiesta di rapporti annuali che la Corte suprema deve fornire all'Assemblea nazionale del popolo e le corti inferiori alle rispettive Assemblee parlamentari locali¹⁶⁵.

Con l'avvio ed il consolidamento della riforma sia economica che giuridica gli organi legislativi e le corti hanno assunto maggiore importanza; i primi infatti sono necessari per adottare normative di livello primario e secondario per attuare la riforma economica, le seconde supportano l'attività

¹⁶¹ Kim M. Seong-hak, *A distant premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, cit., p.20.

¹⁶² Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 98.

¹⁶³ Si deve qui ricordare che questo tipo di supervisione era già disciplinato nella costituzione 1954 e non era visto come violazione dell'indipendenza della magistratura (art. 78 cost. 1954), Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 981.

¹⁶⁴ Si ricordano qui gli artt. 62 (7) e 67 (11) della costituzione.

¹⁶⁵ Si ricorda l'articolo 128 della costituzione.

delle prime occupandosi del contenzioso e quindi della corretta applicazione delle leggi¹⁶⁶, pur rimanendo per importanza entrambe subordinate al Partito comunista cinese. In considerazione di tale aumento di autorità si è venuta sviluppando una terza modalità di controllo, ovvero la supervisione su singoli casi già giudicati o in corso di decisione¹⁶⁷.

Le radici di questo meccanismo, che probabilmente è quello che maggiormente è in grado di minare direttamente l'indipendenza della magistratura si ritrovano nell'impulso sollecitato da parte del popolo che in quanto sovente vittima di sentenze emesse da giudici corrotti, parziali e promotori di vantaggi per il territorio e non della giustizia si è rivolto agli organi legislativi; unico mezzo formale per esprimere il disappunto e le lamentele nei confronti delle corti. Questa ulteriore supervisione si sviluppa nella prassi a partire dalla fine degli anni Ottanta al fine di reprimere condotte illegittime e corrotte e, secondo alcuni, costituisce ancora oggi il miglior rimedio per esercitare un controllo effettivo¹⁶⁸.

Il procedimento per la 'supervisione legislativa' è generalmente il seguente: le Assemblee parlamentari raccolgono i reclami del popolo¹⁶⁹, li selezionano in base all'importanza, prestando particolare attenzione a quelle circostanze che hanno creato un diffuso malcontento nella società, dopodiché si adoprano per effettuare delle vere e proprie investigazioni; nei casi più rilevanti sono supportate dal Partito al fine di trovare prove a

¹⁶⁶ Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., pp. 253-255 vedi anche Young Nam Cho, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision over Courts by Chinese Local People's Congress*, in 176 *The China Quarterly*, 2003, p. 1068 ss.

¹⁶⁷ Peerenboom R., *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 69 ss., p. 81 ss.

¹⁶⁸ Young Nam Cho, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision over Courts by Chinese Local People's Congress*, cit., p. 1068 ss., p. 1070 ss.

¹⁶⁹ La costituzione all'art. 41 stabilisce che: "Citizens of the People's Republic of China have the right to criticize and make suggestions regarding any state organ or functionary. Citizens have the right to make to relevant state organs complaints or charges against, or exposures of, any state organ or functionary for violation of the law or dereliction of duty; but fabrication or distortion of facts for purposes of libel or false incrimination is prohibited. The state organ concerned must deal with complaints, charges or exposures made by citizens in a responsible manner after ascertaining the facts. No one may suppress such complaints, charges and exposures or retaliate against the citizens making them. Citizens who have suffered losses as a result of infringement of their civic rights by any state organ or functionary have the right to compensation in accordance with the law". Vedi anche Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, in 191 *China Quarterly*, 2007., pp. 629- 631.

sostegno delle loro tesi, condannare condotte illegittime, costringere la corte a porre rimedio al danno arrecato, punire il giudice direttamente responsabile talvolta anche con il licenziamento.

*“In major cases, the people's congress may request a report from the people's procuracy and the courts, and also conduct its own investigation. If [the people's congress] finds error, it may ask the procuracy or the courts to correct the case according to the law”*¹⁷⁰.

Non vi è dubbio che spesso questa supervisione sia stata uno strumento utile, nelle mani dei gruppi sociali più deboli, idoneo a smascherare ingiustizie spesso causate dal protezionismo locale, poiché le corti che più risentono di tale supervisione sono quelle di base. D'altro canto però a coloro che sostengono che tale attività altro non sia se non il legittimo esercizio del potere di supervisione sancito in costituzione (e che anzi senza una supervisione sui singoli casi il controllo non sarebbe efficace), si contrappongono coloro che asseriscono che il mantenimento di tale strumento altro non fa se non ledere l'indipendenza della magistratura¹⁷¹.

Come oramai noto, con riferimento alla Cina, è difficile trovare un'interpretazione univoca in determinate situazioni. Buone ragioni possono essere ritrovate in entrambe le posizioni, la differenza sostanziale è data casomai dal luogo d'analisi. Pertanto, in alcune zone del paese tale supervisione è stata ed è ancora certamente strumentale ad una più corretta e rigida applicazione della giustizia, in altre è invece idonea a minare l'indipendenza della magistratura. Non si fatica infatti a credere che la corruzione possa espandersi (o spostarsi) dalle corti alle Assemblee popolari che dunque decidono di supervisionare casi ai quali sono direttamente interessati o per i quali sono coinvolti loro amici o parenti ed, al fine di assecondarli, non si peritano a violare regole processuali in nome del pubblico interesse¹⁷².

E' poi necessario considerare che sebbene le corti debbano certamente tollerare la supervisione degli organi legislativi in quanto parte essenziale del centralismo democratico esse tentino comunque di sfuggirne e soprattutto di evitare un controllo puntuale su casi specifici fatto che in

¹⁷⁰ Peng Chong come citato da Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, cit., p. 608.

¹⁷¹ Cao Dingjian, *Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 35 ss., pp. 53-54.

¹⁷² Cao Dingjian, *Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law*, cit., p. 52.

costituzione non è disciplinato. Per questo motivo la supervisione legislativa ha incentivato la prassi delle corti inferiori di chiedere istruzioni alle corti superiori nella decisione dei casi più complessi (con ovvie conseguenze negative circa il funzionamento dell'appello), in questo modo, infatti, le Assemblee locali parlamentari poco avrebbero potuto fare nei confronti di una decisione proveniente, in un certo senso, da una corte superiore; ma la reazione delle stesse è stata allora quella di domandare agli organi legislativi superiori di supervisionare le corti che loro, in forza del principio gerarchico e del doppio controllo, non avrebbero potuto supervisionare¹⁷³.

In questa continua lotta di potere l'unica altra soluzione possibile ed efficace non poteva che essere quella di cercare il consenso del Partito; una decisione voluta dal Partito non è certo una decisione che necessita di essere supervisionata, è così che tra corti e organi legislativi si è allora creata una sorta di gara alla ricerca del maggior consenso politico¹⁷⁴.

Non vi è dunque dubbio che lo strumento possa essere una specificazione del più ampio controllo sulle corti, ma, d'altra parte, se mantenuto deregolarizzato non può che creare altra corruzione e vie di fuga che spesso poco importano un corretto esercizio della giustizia quanto piuttosto giochi di potere che, nel lungo termine difficilmente possono appagare le esigenze dei cittadini insoddisfatti¹⁷⁵. A tal proposito il terzo piano di riforma adottato dalla Corte suprema sembra prendere posizione chiedendo alle corti di accettare le costrizioni esterne tra le quali quelle delle Assemblee popolari con l'intensificarsi di controlli sulle interferenze improprie e perseguite in quanto crimini idonei ad impedire alle corti di esercitare correttamente i loro compiti¹⁷⁶.

¹⁷³ Young Nam Cho, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision over Courts by Chinese Local People's Congress*, cit., p. 1080.

¹⁷⁴ Young Nam Cho, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision over Courts by Chinese Local People's Congress*, cit., p. 1079.

¹⁷⁵ Se si pensa che gli organi legislativi controllano e supervisionano anche la corretta applicazione della costituzione e che anche questo potere è visto come specificazione della funzione più generale di controllo ed indirizzo degli organi giurisdizionali, si comprende meglio anche il controllo sulle singole decisioni, Luther J., *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene editore, 2009, p. 223 ss., p. 230.

¹⁷⁶ *Notice of the Supreme People's court on Issuing the Third Five-Year Reform Outline for the People's Courts* (2009-2013), del 17 marzo 2009, Paragrafo I (3.6) e par. II (10)

3.6. Il ruolo del Partito comunista cinese

Al fine di analizzare il rapporto tra la magistratura ed il Partito comunista cinese e soprattutto l'influenza che l'ultimo può avere sulla prima, non si può non ricordare che è la stessa costituzione cinese del 1982 a sancire il ruolo guida del PCC nell'amministrazione del paese¹⁷⁷. Al contempo l'art. 126 stabilisce che le corti del popolo debbano esercitare la loro funzione in modo indipendente; se le influenze dell'Assemblea nazionale del popolo e delle Assemblee parlamentari locali (depositarie di un generale potere di supervisione e controllo, sancito in Costituzione che, almeno in teoria, dovrebbe essere espressione della volontà popolare) sulla magistratura sono state descritte proprio nella prospettiva dell'organizzazione dell'ordinamento cinese, adesso si rende necessario conciliare il principio dell'indipendenza delle corti con lo stesso ruolo guida del PCC costituzionalmente stabilito.

Comprendere il ruolo del PCC, soprattutto da una prospettiva occidentale, può risultare complesso.

Sebbene discutere di un ruolo di *policy-making* delle corti sia oramai comune in svariati ordinamenti giuridici, in particolare in quello statunitense che non ha mai messo in discussione il ruolo, anche politico, svolto soprattutto dalla Corte suprema, nell'ordinamento cinese è più frequente discutere di un ruolo di forte ingerenza politica sulle corti da parte del Partito comunista, in particolare, l'organo che più spesso viene indicato come fonte di un'eccessiva ingerenza è il *political-legal committee*, ovvero un comitato presente a tutti i livelli di corte volto ad assicurare la leadership del PCC in tutti gli organi politico-legali del livello amministrativo corrispondente, infatti, generalmente ne fanno parte anche il presidente della corte ed il presidente della Procura (del livello corrispondente)¹⁷⁸. In tale contesto il termine ingerenza non è casuale dal momento che spesso il rapporto tra politica e magistratura viene letto (soprattutto nel mondo occidentale) in termini prettamente negativi; infatti può scattare il seguente binomio '*good judges and bad politicians*'¹⁷⁹. La differenza sostanziale è rappresentata dal fatto che, con riferimento all'ordinamento cinese, non si può non considerare anche e soprattutto la prospettiva storica quindi il ruolo che l'idea di 'partito' (quello nazionalista prima e quello comunista poi) ha assunto a partire dal 1911, ovvero dalla caduta dell'Impero celeste. Ne

¹⁷⁷ Si ricorda che il ruolo guida del Partito è sancito nel Preambolo della costituzione.

¹⁷⁸ Chow D. C. K., *The legal system of the People's Republic of China in a nutshell*, St. Paul, Thomson West, 2003, pp. 197-198.

¹⁷⁹ Garapon A., *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., p. 41.

conseguenze che, ad oggi, anche in considerazione dell'organizzazione e del funzionamento della giustizia, il riferimento alla politica ed al Partito comunista è inevitabile al fine di rappresentare un quadro realistico e veritiero della realtà cinese¹⁸⁰. Se si comprende infatti il ruolo storicamente assunto dal PCC si desume facilmente che esso è stato (ed è ancora) il motore delle riforme economiche e giuridiche, in sostanza il fulcro della crescita del paese¹⁸¹.

I preconcetti (soprattutto occidentali) che emergono (inevitabilmente) dall'intervento più o meno dichiarato del PCC nell'attività giudiziaria derivano dagli errori che lo stesso ha commesso nel passato più o meno recente e dalla constatazione che la Cina non sia riuscita a sviluppare, di concerto all'immensa crescita economica, uno sviluppo sostenibile, un diffuso senso civico e ad intraprendere con più decisione una cammino verso la democrazia¹⁸².

Recenti riflessioni svolte circa il ruolo del Partito rispetto all'organizzazione giudiziaria si ritrovano in uno scambio di opinioni intercorso tra il Professor Upham della New York University ed il Professor Zhu Suli preside della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Pechino. Il primo con un lungo articolo pubblicato nel 2005¹⁸³ traduceva in inglese una parte del libro del Professor Zhu, *Sending Law to the Countryside* (2000), la cui versione originale è in cinese, facendone anche consistenti critiche. Il libro cinese è incentrato sull'amministrazione della giustizia nelle zone rurali della Cina e ciò che il Professor Upham contesta è la mancanza di riferimenti al Partito nella descrizione della risoluzione delle controversie illustrate. Zhu, nell'impostare la sua risposta ricostruisce sia il ruolo del Partito nazionalista (Guomindang) che quello del Partito comunista nel contesto storico cinese. Con riferimento al PCC egli riconosce che soprattutto in passato alcuni interventi non sono stati né equi né costruttivi causando dunque dei veri e propri disastri all'interno dell'ordinamento stesso, come ad esempio le gravi conseguenze della Rivoluzione culturale (1966-1976), critica quel periodo di nichilismo giuridico caratterizzato dalla

¹⁸⁰ Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, cit., p. 533 ss.

¹⁸¹ 'It is still the major force mobilizing, promoting, and implementing reform within the judiciary, even though some of the reform measures promoted by the party have been clear mistakes and even though party leaders and policies have hindered the development of an independent judiciary', Zhu Suli, *The Party and the Courts*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 52 ss., p. 53.

¹⁸² Zhu Suli, *The Party and the Courts*, cit., p. 57.

¹⁸³ Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1675 ss.

chiusura dei tribunali e delle facoltà giuridiche, ma riconosce anche la presenza di membri del Partito e addirittura di organizzazioni ad esso connesse che, grazie alla loro influenza, ridussero e prevennero alcune delle iniquità che invece un più marcato radicalismo del PCC contribuiva a far sorgere¹⁸⁴.

Secondo Zhu le critiche di Upham si fondano su assunzioni prettamente occidentali, quali: 1) l'esistenza di “*some pure state of reality that deserves to be called “judicial autonomy”*”; 2) la possibilità di costruire un “*standard or objective model of this judicial autonomy, either as a political structure or as a set of social conventions*”; 3) il fatto che l'esistenza di un modello così costruito possa dimostrare che “*the CPP exercises a politically-related influence*”; 4) che sia possibile isolare ed esaminare “*the actual social effect of such influence*”¹⁸⁵. Tutti enunciati basati su esperienze occidentali che non tengono in considerazione il fatto che sia il Partito nazionalista che il PCC si sono trovati a dover costruire o ri-costruire uno stato, mentre, a suo avviso, in occidente i partiti altro non dovevano fare se non amministrare stati già unitari¹⁸⁶.

Per questo motivo non può essere sottovalutato il fatto che il PCC sia ancora oggi considerato la maggiore forza del paese, forza che riesce a promuovere ed attuare riforme anche all'interno della magistratura¹⁸⁷. Infatti, nel 1997 l'allora presidente cinese Jiang Zemin durante il XV Congresso del PCC, disse che era giunto il momento per il Partito di assegnare priorità alla promozione del sistema giuridico; due anni dopo veniva emanato il primo programma di riforma quinquennale, richiesta che partiva anche dal popolo e che il PCC non doveva deludere¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Le risposte del Prof. Zhu che, dopo l'articolo del Prof. Upham, riflettono la sua posizione, creando quello che lui stesso definisce un “*cross-cultural dialogue*” circa le critiche ricevute, sono almeno tre, la posizione del Prof. Zhu negli anni non sembra essere molto cambiata anche se talvolta muta la prospettiva di analisi. Un primo articolo del 2007 parte dalla storia dei Partiti in Cina (nazionalista e comunista), si tratta di Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, cit., p. 533 ss., un secondo contributo analizza la prospettiva del rapporto tra PCC e magistratura si tratta di Zhu Suli, *The Party and the Courts*, cit., p. 52 ss., infine un terzo articolo analizza il ruolo della politica nelle decisioni giudiziarie con particolare riferimento a quello che in occidente considereremmo il diritto costituzionale di un paese, si tratta di Zhu Suli, “*Judicial Politics*” as *State-Building*, in Balme S., Dowdle M. W. (Edited by), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, 2009., p. 23 ss.

¹⁸⁵ Zhu Suli, “*Judicial Politics*” as *State-Building*, cit., 24.

¹⁸⁶ Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, cit., p. 533 ss.

¹⁸⁷ Zhu Suli, *The Party and the Courts*, cit., p. 63.

¹⁸⁸ Li Yuwen, *Court Reform in China: Problems, Progress and Prospects*, cit., p. 57.

Con riferimento alla rilevante presenza del PCC sul territorio cinese, il Preside della facoltà giuridica dell'università di Pechino asserisce che non solo non è facile individuare nettamente l'influenza del PCC sulla magistratura, ma non è nemmeno utile o necessario. Infatti, le politiche del Partito permeano tutta la società ed i membri dello stesso sono presenti in tutte le istituzioni, ivi comprese le corti¹⁸⁹ cosa che non di rado rende difficile anche per lo stesso giudice comprendere quale sia la fonte dell'influenza¹⁹⁰.

Basti pensare al fatto che i Presidenti delle corti e spesso anche delle singole sezioni sono quasi sempre membri del Partito¹⁹¹.

Se si considera che ad oggi gli obiettivi centrali della politica cinese sembrano essere incentrati sulla riduzione del crimine e della corruzione, la crescita sostenibile del paese, la stabilità sociale e la legittimazione politica nazionale ed internazionale, si comprende come esse siano del tutto in linea con quella che in occidente verrebbe considerata l'attuazione della *rule of law*¹⁹². Quanto sopra sta a significare che spesso l'intervento (diretto o indiretto) del Partito non sia finalizzato a suggerire alle corti di ignorare o infrangere la legge, al contrario, consapevole, talvolta più degli stessi giudici, dei 'punti deboli' dell'organizzazione giudiziaria cinese, è volto ad indirizzare la risoluzione di casi su binari diversi rispetto a quelli della giustizia ordinaria per soddisfare maggiormente le esigenze del popolo dal quale dipende e che pertanto deve conoscere e soddisfare¹⁹³.

In altri termini, può accadere che, al fine di evitare problematiche maggiori (l'impossibilità di eseguire un giudicato ovvero di ottenere un rimedio adeguato attraverso l'applicazione di norme talvolta troppo generiche, o ancora per casi 'politicalmente sensibili o complessi' che la corte non potrebbe riuscire a trattare) il PCC suggerisca soluzioni più calzanti, idonee ed efficaci (come il rivolgersi alla così detta

¹⁸⁹ Zhu Suli, *The Party and the Courts*, cit., p. 67. Questo è anche il significato del ruolo di assoluta preminenza del PCC individuato da M. Mazza, per approfondimenti vedi Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 18 e ss.

¹⁹⁰ Questa mancanza di trasparenza può portare a conseguenze assai gravi, basti pensare al fatto che talvolta anziché di una linea politica del Partito può trattarsi dell'influenza di un singolo che a scopi del tutto personali intende esercitare una pressione sulla corte che si trova a decidere di un caso.

¹⁹¹ Resta il fatto che anche i non membri vengono scelti tra i simpatizzanti del Partito e sono dal Partito conosciuti.

¹⁹² Henderson K. E., *Halfway Home and a Long Way to Go*, cit., p. 31.

¹⁹³ Zhu Suli, "Judicial Politics" as State-Building, cit., p. 33.

riconsiderazione amministrativa¹⁹⁴, oppure alla mediazione o ancora all'arbitrato). Non è dunque raro che il Partito intervenga per porre rimedio ad una carenza di risorse, competenze e strutture per arrivare ad una effettiva riparazione del danno o comunque ad una adeguata soluzione del caso. Da questo punto di vista, quindi, si comprende come l'attività del PCC tenda, in un certo senso, ad evitare di porre le corti in una situazione difficile, dalla quale potrebbe derivare una minore credibilità delle medesime agli occhi del popolo ed una conseguente perdita di autorità¹⁹⁵.

Parte della dottrina americana ha accostato il rapporto tra legge statale e politiche del Partito al rapporto esistente tra *common law* ed *equity* in base alle seguente proporzione:

equità : common law = Party policy : State legal norms

In particolare è stato affermato che:

*“Just as equity provides a gloss on the common law, Party decisions provide a gloss State legal norms. But just as a rule of common law must give way when it conflicts with a principle of equity, so must any rule of state law give way when it is inconsistent with an ideological principle of the Party”*¹⁹⁶.

Come in caso di conflitto tra *common law* ed *equity* quest'ultima deve prevalere¹⁹⁷, similmente e come se si trattasse di una legge speciale, la politica del Partito prevale su quanto *ex lege* predisposto; un *civil lawyers* potrebbe modificare la proporzione stabilendo che:

legge speciale : codice = politiche del PCC : leggi statali

¹⁹⁴ Ovvero la possibilità di presentare ricorsi amministrativi attraverso atti e comportamenti di funzionari pubblici, appartenenti ad organi sia statali che locali. Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., p. 13.

¹⁹⁵ Zhu Suli, *The Party and the Courts*, cit., p. 57.

¹⁹⁶ Ralph H., Folsom et al., *Law and Politics in the People's Republic of China*, 1992, come citato da Zou Keyuen, *Judicial reform in China: Recent Developments and Future Prospect*, p. 1049.

¹⁹⁷ “Il conflitto più appariscente è riferibile all'inizio del XVII secolo, in connessione alla contesa tra le tendenze assolutistiche della monarchia - che si appoggia alle corti a lei fedeli, tra cui soprattutto la *Chancery Court*- e le resistenze del Parlamento, coalizzato invece con le corti di *common law*. Tale conflitto culmina nel contrasto tra Sir Edward Coke, Chief Justice del Common Pleas prima e del King's Bench poi, e il cancelliere Lord Ellesmere, e si risolve nel 1616, quando Giacomo I Stuart emana un decreto che dichiara la supremazia dell'*equity* in caso di conflitto”, Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 291.

Le situazioni che si possono presentare sono talmente diverse da rendere difficile il tracciare una linea di confine tra ingerenza legittima ed illegittima della politica perché non manca chi si iscrive al Partito con scopi personali, senza un vero impegno ideologico al socialismo (con caratteristiche cinesi) e che prevedibilmente utilizza la sua posizione di rilievo per intervenire nei procedimenti a fini personali e spesso illegali¹⁹⁸. L'interferenza non potrà che considerarsi negativa, ma in tal caso non sarà corretto riferirsi alla stessa come interferenza del Partito, si potrà piuttosto parlare di ingerenza di un membro del Partito che sfrutta la propria posizione predominante¹⁹⁹.

Sia la Costituzione che alcune leggi (prime fra tutte la Legge sulla magistratura e la Legge sulla procedura civile) imporrebbero ai giudici di resistere a tali pressioni, ma evidentemente ciò non è facilmente attuabile, considerando soprattutto che il magistrato cinese, non gode di uno status sociale e di un rispetto adeguato.

Permane un senso di incertezza e confusione poiché, da un lato parrebbero esserci le 'buone politiche del Partito', e, dall'altro, la presenza di membri disonesti, i quali in forza della loro posizione si permettono comportamenti *contra legem* o non nell'interesse comune. L'alea insita nell'organizzazione delle corti cinesi è dunque chiara, soprattutto ricordando anche il sistema di reclutamento, di promozione, di valutazione e di rimozione dei giudici.

Se da un lato la grande forza del Partito non poche volte è servita a dare voce alle esigenze popolari comprendendo e trasmettendo alle corti ciò che per i cittadini equivaleva ad un sentimento di giustizia ed equità idoneo a far pressione per la risoluzione di un caso concreto e questo grazie alla già sottolineata vicinanza del PCC al popolo, dall'altro questo non può che condurre ad una profonda discrezionalità e flessibilità del sistema ed è evidente come tale circostanza possa risultare grave per l'occidentale perché in contrasto con la dottrina della separazione dei poteri e con la certezza del diritto, ma, nella realtà cinese, la circostanza assume poca rilevanza poiché la maggioranza dei cittadini niente conosce - e pertanto non si cura- delle

¹⁹⁸ Zhu Suli, *The Party and the Courts*, cit., p. 56

¹⁹⁹ Ovvero di un gruppo di membri del Partito, in questo il ruolo del Partito nella storia non aiuta poiché è come se si fosse tramandata l'idea che chi arriva a raggiungere una posizione rilevante nel Partito può permettersi di chiedere favori anche alle corti a discapito della collettività, la cui felicità dovrebbe invece essere il principale obiettivo del Partito stesso, come recentemente affermato dal Prof. He Weifang “[...] a mature and righteous judicial system can serve as a regular channel to resolve social conflicts. Courts can shore up people's confidence by handling cases strictly in accordance with the law”, Ma Cho, *Just judiciary can ease social angst*, China Daily, 19 maggio 2010.

esperienze estere e delle relative opinioni, mossa piuttosto da propri ideali di giustizia²⁰⁰.

Tralasciando per un momento la comparazione con i principi e le costituzioni occidentali e dato per assunto che non esiste una griglia di riferimento che permetta di valutare una magistratura indipendente, si deve ammettere che, pur riconoscendo la possibilità di interferenze del Partito nelle decisioni giudiziarie, non è facile calcolarne gli effetti e le conseguenze. Come molte magistrature anche quella cinese non è certo immune da imperfezioni, alcune delle quali sono attribuibili al ruolo del Partito; ve ne sono altre, però, che possono essere attribuite ad una generale e reale trasformazione che mai, prima di adesso, la Cina aveva conosciuto²⁰¹. Nell'approccio è necessario sforzarsi di comprendere e di accettare alcuni principi di giustizia presenti nella società e soprattutto comprendere che in alcuni luoghi più remoti e rurali della Cina manca un determinato senso di legalità, giustizia e potere che possa far comprendere a molti quelle che possono essere percepite contraddizioni del sistema²⁰². E' lampante in una situazione di questo tipo che la certezza del diritto soccomba davanti a quella che il popolo percepisce come giustizia e che il Partito, per non perdere il consenso popolare, sente di dover seguire. Il rischio della generalizzazione, di dipingere le corti cinesi quasi come organi di Partito, è quello di sopravvalutarne, però, l'influenza, di tralasciare i problemi reali del paese e di non valutare esattamente l'effettivo impatto delle politiche del PCC sulla magistratura e sulla sua indipendenza²⁰³.

Quanto sopra può essere avvalorato dal fatto che negli ultimi anni vi è stata una presa di coscienza da parte del PCC circa il fatto che la modernizzazione del paese non può essere ulteriormente attuata dalla sola elite politica. Proprio tale evoluzione ha permesso al Partito di mantenere il suo ruolo nella realtà cinese. Attraverso l'ascolto, la comprensione, l'apprezzamento ed anche la mediazione dei diversi interessi che stanno alla base della società il PCC ha infatti intuito che era giunto il momento di ammettere al suo interno un maggiore grado di democrazia²⁰⁴. Sebbene non sia semplice intuire quali potranno essere i successivi sviluppi cinesi in tale senso, può apparire plausibile che dopo la riforma economica e quella

²⁰⁰ Garapon A., *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., p. 47.

²⁰¹ Geraci M., *China still needs time to develop*, China Daily, 25 maggio 2010.

²⁰² Upham F. K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1675 ss.

²⁰³ Garapon A., *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, cit., p.40.

²⁰⁴ Zhu Suli, *The Party and the Courts*, cit., p. 63.

giuridica sia giunto il momento per una riforma politica nella quale il ruolo del PCC deve, anche per i motivi sopra esposti, rimanere forte.

*“[...] cambiare lo stile di governo del partito e favorire la democrazia al suo interno, a condizione che il Pcc rimanga l'unico partito e continui a controllare l'esercito, i funzionari di governo e i media; [...]”*²⁰⁵.

Alcuni studi giurisprudenziali hanno comunque tentato di inquadrare in maniera più dettagliata l'influenza del Partito sulle decisioni delle corti ed il risultato che ne è emerso è stato il seguente.

E' stato notato che gli organi di Partito sono più propensi (ed ovviamente interessati) ad intervenire nei casi politici (*pure political case*)²⁰⁶, ovvero quelli che più minacciano, o vengono percepiti come minaccia, al sistema cinese ed al PCC stesso e conseguentemente della stabilità sociale e dell'armonia del paese²⁰⁷ per i quali, anche nel caso in cui venga instaurato un processo, il risultato può facilmente essere previsto con anticipo²⁰⁸.

D'altro canto

“[I]imitations on the independence of the courts in political cases reflects the nature of the regime, the current state of socio political stability, the dominant conception of law/ rule of law, China's model development, and the political contract between central and local governments. A single-party state is less likely than a democratic

²⁰⁵ Zhou Tianyong, *La via cinese alla democrazia*, in *Limes*, 2006, p. 97 ss., p. 97.

²⁰⁶ E' degno di nota il fatto che spesso tali tipi di casi non vengono nemmeno accettati dalle corti per timore che le stesse si trovino poi a fronteggiare poteri extragiuridici troppo forti; laddove accettati sono casi che vengono decisi dai Consigli giudiziari presenti all'interno di ciascuna corte, in generale vedi Calcina Howson Nicholas, *Judicial Independence and the Company Law in the Shanghai Courts*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 134 ss., vedi anche Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 95 ss.

²⁰⁷ Si tratta di casi che riguardano i dissidenti politici, gli attivisti dei diritti politici e sciali etc. Interessante in proposito un trafiletto del China Daily che si domanda tutto sommato cosa sia la stabilità sociale. L'articolo afferma che alcuni hanno male interpretato il concetto poiché lo rapportano ad una società priva di incidenti e dispute (tali fraintendimenti sono frequenti in particolare tra gli ufficiali del governo), ma esperti della *Tsinghua University* (Pechino) sostengono che si dovrebbe intendere la stabilità sociale come un concetto non statico infatti “only when everyone could express his interests and concerns can the society be stable in a real sense. Our nation has long emphasized social stability as a prerequisite for development. But only social stability in the true sense can stimulate social progress”, *What is social stability*, China Daily, 22 aprile 2010.

²⁰⁸ Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 101 e p. 108.

state to tolerate challenges to its authority, although the differences are easily overstated"²⁰⁹.

Il fatto che la Cina sia guidata dal PCC significa che le corti in un certo senso debbano attuare le decisioni del medesimo direttamente e dunque senza interferenza se le disposizioni politiche risultano di per sé chiare, domandando, invece, chiarimenti laddove non lo siano²¹⁰. Con riferimento a questi casi parlare di un'indipendenza della magistratura non sembra dunque avere molto senso.

L'attenzione degli organi di Partito viene richiamata anche dai casi che possono avere un risvolto socioeconomico rilevante, ovvero quei casi che vedono attivarsi un gran numero di persone; ad esempio quelli che vertono sul diritto del lavoro o sulla previdenza sociale. Sono cause queste per le quali il PCC dimostra interesse anche per non perdere consensi, sebbene non sia detto che ci sia la necessità di influenzare o controllare la decisione delle corti, infatti, in molte zone della Cina queste mancano ancora di risorse e competenze per poter offrire rimedi effettivi e spesso dunque vengono demandate a sistemi di mediazione, arbitrato, riconsiderazione amministrativa²¹¹. L'aumento di contestazioni su questioni di questo tipo è stato dovuto in gran parte agli effetti della riforma economica, la quale accentuando le differenze tra le condizioni sociali dei cittadini, ha fatto aumentare anche le pretese degli stessi²¹².

La situazione sopra illustrata non sembra essere troppo differente da quella illustrata dal Professor Cohen alla fine degli anni Sessanta, egli, infatti, nel commentare il significato del principio dell'indipendenza della magistratura sancito dall'articolo 78 della costituzione cinese del 1954 notava che il PCC si disinteressava dei casi poco importanti ed interveniva invece in quelli che avevano natura e rilevanza politica più forte, o meglio, erano gli stessi giudici a domandare in quei casi istruzioni al Partito ed a farle controllare prima ancora di emetterle²¹³. Ciò detto è anche necessario ricordare che non era affatto semplice distinguere quali fossero i casi che

²⁰⁹ Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 108

²¹⁰ Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., pp. 110-111.

²¹¹ Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 112.

²¹² Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 114.

²¹³ Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 998.

potevano rientrare tra quelli aventi “*an important policy nature*” o “*far-reaching implications*” questo perché i criteri erano (e lo sono ancora oggi) mutevoli. E' per questo motivo che persiste, ed ha un significato, la supervisione da parte degli organi legislativi, certamente corollario del principio del centralismo democratico che però deve anche essere letta in quel contesto di elasticità e discrezionalità proprio di uno stato-partito²¹⁴.

Ciononostante rispetto al passato vi sono delle considerazioni numeriche che possono risultare importanti come ad esempio il fatto che su circa 8 milioni di cause decise ogni anno dalle corti cinesi solo una piccola parte rientri oggi tra quelli politicamente sensibili e dunque escludendo sia i casi penali che quelli amministrativi residuano circa 4 milioni di cause civili decise tendenzialmente in assenza di interferenza del PCC, circostanza che purtroppo agevola, come meglio verrà analizzato nel paragrafo 3.8. di questo capitolo, altri tipi di influenze non meno dannose soprattutto per la reputazione delle corti²¹⁵.

Sono dati importanti perché permettono di ritenere che vi sia un aumento di indipendenza decisionale quantomeno in certi ambiti del diritto e nelle zone più avanzate del paese dove le corti sono costituite da giudici più preparati e professionalizzati e dove spesso l'indipendenza decisionale è connessa ad una maggiore efficienza della giustizia anche della fase esecutiva²¹⁶.

D'altra parte

*“Since the Party leads all state organs, all the judiciary is a state organ, how can it be said that Party leadership is inconsistent with the Constitution? Indeed by inquiring into individual cases, the Party can uncover any violation of law that might occur in the judicial process”*²¹⁷.

Sebbene nella costituzione odierna sia sancito solo un ruolo guida del PCC che deve essere inteso come ruolo di guida politica proprio per evitare ingerenze nei confronti degli altri organi dello stato vi è chi vede il Partito

²¹⁴ Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 999.

²¹⁵ Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 125, vedi anche Pei Minxin, Zhang Guoyan, Pei Fei, Chen Lixin, *A Survey of Commercial Litigation in Shanghai Courts*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 221 ss.

²¹⁶ Xin He, *Enforcing Commercial Judgments in the Pearl River Delta of China*, cit., p. 419 ss.

²¹⁷ Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, cit., p. 993.

come “fonte alternativa del costituzionalismo cinese”²¹⁸ e questo può trovare conferma nel fatto che le sue politiche ed i suoi documenti contribuiscono all'interpretazione del diritto cinese. In questo modo le politiche entrano nel diritto cinese, in un certo senso il diritto cinese stesso rappresenta una direttiva politica²¹⁹, quindi salvo specificazioni più precise, parlare genericamente di un'influenza politica sulle decisioni delle corti pare essere affermazione in un certo senso priva di significato.

3.7. *L'influenza dei mezzi di comunicazione di massa*

Che i mezzi di comunicazione di massa siano capaci di svolgere un ruolo determinante e di influenza sulle istituzioni non costituisce certo una novità, sebbene alcune caratteristiche proprie dell'ordinamento cinese riescano a rendere la questione più rilevante rispetto ad altri paesi. In Cina il diritto formale può soccombere davanti a diverse pressioni ed esigenze e i media sono spesso considerati fondamentali ‘controllori’ dell'operato della magistratura. I mezzi di comunicazione di massa e l'informazione in generale non possono certo dirsi ancora del tutto liberi, nati come braccio destro per la propaganda dello stato-partito, restano ancora oggi connessi allo stesso²²⁰.

In particolare, la forza dei mezzi di comunicazione di massa, tra i quali assumono grandissimo rilievo oltre ai giornali e la radio anche la televisione ed internet, è quella di essere capaci di creare l'opinione pubblica. Come spesso accade anche in occidente, i valori che smuovono la coscienza popolare sono frequentemente valori morali più che giuridici e, di conseguenza, in mancanza di riscontri testuali/legali la magistratura non dovrebbe subire influenze di questo tipo. La Cina rappresenta, invece, un caso a sé perché l'opinione pubblica ricopre un'importanza così

²¹⁸ Zhu Suli, *The Party and the Courts*, cit., p. 57, altrove il Prof. Zhu si riferisce ad PCC come ad una “*quasi-constitutional structure- a structure whose own internal democracy can supplement or even complete with (and through such competition improve) the more formal constitutional apparatus*”, Zhu Suli, “*Judicial Politics*” as *State- Building*, cit., p. 28.

²¹⁹ Castellucci I., *Rule of Law with Chinese Characteristics*, (2007) in Castellucci I., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Trento, Uni Service, 2008, p. 97 ss., p. 115.

²²⁰ In Cina il termine media non è paragonabile all'accezione occidentale, essi infatti non si limitano a scrivere articoli o copioni per programmi tv, ma rappresentano anche gli autori di dichiarazioni confidenziali tra leaders del Partito, Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, in 105 *Columbia Law Review*, 2005 p. 1 ss., p. 9 ss.

fondamentale da essere capace di influire notevolmente sull'esito delle cause.

Come accennato nel capitolo I il ruolo dei media si è andato consolidando soprattutto negli anni della Rivoluzione culturale, in assenza di altre istituzioni forti al di fuori del Partito e la 'commercializzazione' degli stessi si è avuta alla fine degli anni Settanta quando, per ridurre le spese statali, attraverso la vendita di pubblicità, i media si sono resi in parte più autonomi ed in parte più strumentali all'intero progetto della riforma economica: in sostanza dei veri e propri promotori della riforma²²¹. A partire dalla metà degli anni Novanta, quando il paese dimostra di intuire la necessità anche di una riforma giuridica che vada a coadiuvare quella economica, i media sono stati il tramite principale per avvicinare il popolo al diritto o meglio a quella nuova idea di legalità che stava crescendo nel paese, portatori di una maggiore consapevolezza giuridica tra il popolo²²². Essi hanno costituito una sorta di ponte verso la comprensione dell'importanza di un ordinamento giuridico più affidabile e certo. Strumentali a ciò sono state certamente le innumerevoli inchieste svolte da giornalisti al fine di palesare e rendere noti gravissimi casi di corruzione. Ovviamente, anche queste inchieste di denuncia devono essere considerate in un contesto in cui il PCC non ha mai smesso di svolgere un ruolo sia di guida che di controllo della società. Tipica influenza del PCC è rappresentata da richieste volte ad imporre ai giornalisti di non occuparsi di questioni delicate o idonee a creare allarmismi nella società per periodi di tempo più o meno duraturi o addirittura dall'astenersi dall'occuparsi di argomenti *off limits* quali critiche nei confronti dell'esercito, rapporti sulla leadership della nazione, commenti critici su politiche nazionali talvolta non condivise dalla gente, come ad esempio la pianificazione familiare²²³.

Negli ultimi anni, proprio la diffusione della televisione anche nelle aree più povere e riforme giuridiche come la pubblicità dei processi hanno

²²¹ Landry P., *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, in Ginsburg T., Moustafa T., *Rule by law, The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 207 ss., p. 224.

²²² Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 28.

²²³ Se si considera la gerarchia di queste direttive e si considera che talvolta alcune possano contrastare con altre si può intuire la difficile situazione in cui può venire a trovarsi un giornalista cinese ed infatti più che un controllo diretto sui contenuti, si preferisce aspettare che una determinata situazione sia già sotto controllo cosa che viene giustificata talvolta dall'esigenza di evitare inutili allarmismi (difficile in certi casi verificare se davvero di inutili allarmismi si possa parlare) Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 53

destato curiosità e maggiore interesse del popolo per la giustizia. L'aumento delle denunce di casi di corruzione, che spesso hanno coinvolto soggetti arricchitisi illegittimamente così distanti da certe realtà cinesi, sono sembrati quasi dei racconti per il popolo, storie mai sentite prima ambientate in case immense e lussuose dove spesso non mancano scandali sessuali; il popolo si è in parte avvicinato al diritto divenendone, tramite i mezzi di comunicazione, quasi protagonista²²⁴.

L'effetto sulla magistratura di un'opinione popolare è stato talvolta molto forte, i giudici si sono trovati, nei casi più eclatanti, ad occuparsi di cause i cui esiti erano già interiorizzati dalla società, esiti difficilmente disattendibili in quanto risultanti da quella che viene considerata la volontà popolare. Infatti, le conseguenze dell'influenza della volontà popolare sono state, a volte, pesanti fino a confermare decisioni volute dal popolo, in contrasto con quanto *ex lege* predisposto, ed inasprite per la parte in causa oramai condannata dall'opinione pubblica solo per sedare l'animo popolare a discapito della prevedibilità e della certezza del diritto²²⁵.

D'altro canto, l'attività dei mezzi di comunicazione di massa è stata anche capace di denunciare avvenimenti che altrimenti non avrebbero mai trovato voce, di concedere risarcimenti a soggetti lesi (in attesa di esecuzione da anni), di ottenere condanne nei confronti di ufficiali di governo (spesso nelle amministrazioni decentrate) che, in forza del loro potere politico, probabilmente non sarebbero mai stati puniti²²⁶.

Il fatto che le corti siano portate a seguire l'opinione pubblica formata dalla forza dei media può derivare da più fattori; da un lato, vi è certamente la insita debolezza delle corti, i pochi poteri che gli organi giudiziari hanno nei confronti delle altre istituzioni statali, la bassa professionalità dei giudici (talvolta così scarsa da non poter contrapporre all'opinione pubblica alcuna

²²⁴ Ad esempio la municipalità di Chongqing negli ultimi due anni è stata al centro di casi di corruzione e scandali che hanno coinvolto giudici, poliziotti ed imprenditori vedi ad esempio Wang Yan, *Officials protected 'majority of gangs'*, China Daily, 24 aprile 2010, Wang Huazhong, *Gang boss gets life jail*, China Daily, 13 aprile 2010 ed in particolare un caso quello di Xie Cai Ping ha coinvolto l'attenzione di tutti i cinesi così l'incipit di un articolo italiano "Orge, sangue e soldi la Cina davanti alla tv per la signora della mafia. A Chongqing inizia il maxiprocesso alla Triade: 2000 imputati, coinvolti giudici e poliziotti. A capo del clan la Caiping. A sua disposizione un harem di uomini e l'audience sale", disponibile su <http://www.antimafiaduemila.com/content/view/20594/48/>.

²²⁵ Peerenboom R., *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, cit., p. 85.

²²⁶ Il racconto di molti casi in cui i media hanno avuto particolare importanza si ha in Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 1 ss.

argomentazione giuridica), dall'altro, il sostegno più o meno diretto del Partito nei confronti dei media. Se le politiche del Partito devono davvero rappresentare l'opinione del popolo è improbabile che la politica si contrapponga ad una decisione giuridica con il rischio di perdere consensi²²⁷. Più prevedibile è la circostanza che il Partito si adopri, tanto quanto i media, a sostegno dell'opinione di maggioranza, poco importa se a discapito di leggi formali e procedure. In questo senso si è parlato di decisioni prese dai media più che dalle corti e qualcuno ha affermato che in certi casi può essere preferibile assumere un bravo giornalista piuttosto che un valido avvocato e vi è anche chi ha parlato di *'rule by instruction'* piuttosto che di *rule by law*²²⁸.

Il rilievo dei giornalisti è in alcuni casi così importante e forte da indurre una corte addirittura a consegnare direttamente la sentenza nelle mani dei giornalisti per sapere se l'indicazione ricevuta è stata correttamente recepita e, comunque, nonostante che il numero dei casi giudiziari eclatanti (che hanno registrato un forte e decisivo intervento dei media) non sia elevato, non vi è dubbio che le aspettative dell'opinione pubblica, guidata dai media, producano spesso l'effetto di fare assumere alle corti decisioni che, per essere consone al volere del popolo, disattendano le procedure e la legge. I media sono dunque capaci di sensibilizzare il popolo nei confronti della giustizia, ma possono essere in grado di trasmettere un concetto di giustizia non in linea con uno stato di diritto; ne consegue che vi è chi ritiene che i media stiano riportando il sistema verso una forma di giustizia simile a quella praticata dalle Guardie rosse nelle piazze soprattutto durante la Rivoluzione culturale²²⁹.

Sin qui ci si è riferiti ai mezzi di comunicazione di massa in generale, ma internet merita una trattazione separata perché ha caratteristiche diverse rispetto ai giornali, alla radio o alla televisione. Esso non è solo in grado di trasmettere delle informazioni, ma dà agli utenti la possibilità di inserire proprie opinioni e divulgarle. Ovviamente in paesi come la Cina dove ancora espressione e parola non sono totalmente libere esistono delle limitazioni anche per internet, ma le vie di fuga (soprattutto per i più esperti) sono sempre molte e la censura da parte del governo non è semplice²³⁰. Di

²²⁷ Del Corona M., *Pechino a caccia di consenso*, Corriere della Sera 23 agosto 2009.

²²⁸ He Weifang come citato da Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 1 ss.

²²⁹ Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 123.

²³⁰ Tra l'altro le limitazioni non sono sempre efficaci, o meglio, lo sono probabilmente per i fini che lo stato-partito ha, nel senso che l'accesso per certi siti è bloccato, ma esistono modi

conseguenza il controllo economico, politico e culturale sul popolo non è più in grado di garantire allo stato la sicurezza che gli altri mezzi di comunicazione riuscivano a garantire²³¹. Spesso la rete è considerata un mezzo per dar voce a gruppi di dissidenti e dunque come mezzo per proporre cambiamenti politici e trasformazioni che altrimenti non riuscirebbero a circolare; internet fornisce materiali altrimenti inaccessibili, o difficilmente diffondibili attraverso i mezzi di comunicazione tradizionali²³². Se tale è il potere di internet è facile pensare che, pur in assenza di una diretta mediazione da parte dei giornalisti, il 'popolo della rete' riesca a formare un'opinione pubblica (o che almeno tale possa apparire) idonea a pilotare anche l'attività della magistratura.

In Cina, una causa giuridica che ha avuto risonanza anche all'estero²³³, è in grado di dimostrare proprio come internet sia stato in grado di far pressione sui giudici.

per aggirare questo tipo di censura, è sufficiente installare dei programmi che permettono di collegarsi alla rete come se si operasse dagli Stati Uniti anziché dalla Cina riuscendo quindi ad accedere a qualsivoglia tipo di sito e non sono necessarie particolari abilità, talvolta anche gli studenti anche solo per controllare banalmente *face book*, (che in Cina è censurato), o *youtube* possono accedervi, i più inesperti pagando il server di riferimento, i più esperti riuscendo a creare il collegamento anche gratuitamente e comunque la cifra richiesta difficilmente supera i 10\$ al mese, certamente prezzi più che accessibili per molti occidentali, un po' meno per il popolo cinese che ancora vive con c.a. 2 \$ al giorno (vedi Peerenboom, R., *China modernizes: threat to the west or model for the rest?*, cit., p. 44). Questo dimostra come in realtà per quando possa essere diffuso lo strumento, il Partito riesce comunque a bloccare per i cinesi medi (e quindi la stragrande maggioranza) i siti opportuni. Altra via di fuga è rappresentata dalla diffusione dei telefoni cellulari che consentono l'accesso diretto senza necessità di dover accedere da providers cinesi, certo è che per ora la diffusione non è tale da creare sconvolgimenti abnormi, solo il futuro potrà spiegare le reali possibilità di tali tecnologie vedi anche Abbott J.P., *Democracy@internet.Asia? The Challenges to the Emancipatory Potential of the Net: Lessons from China and Malaysia*, in *22 Third World Quarterly*, 2001, p. 99 ss., pp. 102-109, per le maggiori norme di regolamentazione di internet vedi Bertolini E., *L'“apertura sorveglianza”: la via cinese alla governance e alla censura di internet*, in *Libertà e diritti civili*, 2008, p. 1063 ss., p. 1071 ss.

²³¹ Zhang M. Y., Stening B., W., *China 2.0: the transformation of an emerging superpower...and the new opportunities*, Singapore, J. Wiley & Sons (Asia), 2010, p. 80.

²³² Zhang M. Y., Stening B., W., *China 2.0: the transformation of an emerging superpower...and the new opportunities*, cit., p. 287.

²³³ Del Corona M., *I cinesi su internet contro le ingiustizie*, Corriere della Sera 23 agosto 2009, vedi anche Cohen J. A., Zhong O., *Public sentiment can play dangerous role in mainland justice. The people's will*, South China Morning Post 3 febbraio 2010, il caso è così popolare che anche wikipedia ha dedicato una voce http://en.wikipedia.org/wiki/Deng_Yujiao_incident ed anche su www.youtube.com innumerevoli gli spezzoni ed i video di telegiornali e programmi tv che ne trattano.

Il caso è quello di Deng Yujiao, una pedicure (o massaggiatrice), che svolgeva la sua attività nella località del Badong; anche in Cina, così come in altri paesi, centri benessere dove spesso lavorano ragazze addette ai massaggi, o comunque alla cura del corpo, nascondano in realtà attività di prostituzione. Nel caso di Deng la situazione che si era prospettata era la seguente. Alla ragazza è capitato di doversi difendere da un tentativo di violenza sessuale da parte di tre ufficiali del governo locale, nel tentativo di difesa Deng ha utilizzato un coltello²³⁴ con il quale ha ucciso uno degli ufficiali, ferito un secondo, mentre il terzo è rimasto illeso. A livello locale l'importanza degli ufficiali governativi non è da sottovalutare, il caso in un primo momento era passato inosservato, Deng era stata imputata per l'omicidio dell'ufficiale di governo e ritenuta socialmente pericolosa in quanto squilibrata²³⁵, era stata chiusa in un ospedale psichiatrico, legata ad un letto e lì abbandonata. L'immagine di Deng legata al letto e in lacrime è circolata sul web accompagnata dal verdetto del popolo: Deng è innocente.

Al momento del processo la volontà del popolo è stata assecondata, l'imputazione da omicidio è cambiata in assalto ed eccesso di legittima difesa, ma con sospensione della pena basata sul fatto che la ragazza si era volontariamente arresa, era stata provocata dalla vittima e non era totalmente capace di intendere e volere poiché soffriva di depressione. La ragazza è dunque tornata in libertà: le corti si sarebbero potute opporre difficilmente alla volontà popolare e il Partito, sempre in cerca di consensi, non avrebbe potuto comportarsi altrimenti, sebbene fosse in gioco la reputazione degli ufficiali di governo ed uno di loro avesse anche perso la vita²³⁶.

Resta il fatto che in Cina la sentenza è stata accolta come giusta ed appropriata in quanto del tutto in linea con la volontà democratica e pertanto segno di quella *judicial democracy* idonea a realizzare un'organizzazione migliore delle corti. Un ruolo così attivo e così influente sia dei giornalisti che dello stesso popolo della rete non può certo indurre ad una maggiore fiducia ed affidabilità nei confronti delle corti, ma davanti a tali obiezioni non è raro che i giornalisti si proclamino anche da un punto di vista giuridico più preparati dei giudici stessi. Anche in questo caso l'alea del

²³⁴ Le versioni non concordano vi è chi sostiene che si trattasse di una lima per le unghie, pare infatti che Deng fosse addetta alla cura dei piedi e non ai massaggi.

²³⁵ Nella sua borsetta la polizia aveva infatti rinvenuto degli antidepressivi.

²³⁶ Del Corona M., *Pechino a caccia di consenso*, Corriere della Sera 23 agosto 2009, vedi anche Cohen J. A., Zhong O., *Public sentiment can play dangerous role in mainland justice. The people's will*, cit.

sistema cinese è palese e la minaccia all'indipendenza e alla credibilità delle corti lo è ancora di più²³⁷.

Vi sono altri esempi di casi di tal portata; i giornalisti cinesi stessi sono consapevoli che l'opinione pubblica può non essere né equilibrata né corretta e che dunque da un punto di vista giuridico un'indagine del genere non dovrebbe aver significato, ma anche in ciò consiste la flessibilità e l'elasticità del sistema capace di assicurare la stabilità del paese. La grande potenzialità del web e la conseguente opinione pubblica che si forma è acclamata come una vera 'democrazia giudiziaria' anche da professori di diritto²³⁸. Si propone una giustizia ed un'applicazione del diritto che si differenzi, se del caso, da una zona all'altra del paese trovando sempre, però, il consenso popolare; è diffusa l'idea che la legge ponga dei limiti ai cittadini, può essere da questi non condivisa (talvolta nemmeno conosciuta) tanto da volerla spesso violare e di conseguenza per ottenere una giusta applicazione della norma sarebbe bene affidarsi al giudizio del popolo e del giudice che però prima ancora che giurista dovrebbe essere un sociologo esperto conoscitore delle realtà afferenti alla sua giurisdizione²³⁹.

Ancora nel 2010 il valore della certezza del diritto sembra dunque essere compreso con fatica nella realtà cinese e soprattutto sembrano marginali considerazioni che forse dovrebbero avere un certo peso come il fatto che la diffusione e l'accesso ad internet, sebbene in continua espansione, tocchino soltanto una piccola fetta della società, tra l'altro non equamente diffusa nelle diverse zone del paese²⁴⁰.

Queste sono le più evidenti e più note influenze dei mezzi di comunicazione di massa sul sistema delle corti cinesi, ve ne sono poi altre, altrettanto potenti, ma meno lampanti, rappresentate dallo scambio di rapporti interni tra i giornalisti ed il PCC, rapporti che arrivano direttamente sul tavolo dei membri del Partito e che, anche se non idonei a creare

²³⁷ Recenti statistiche circa la fiducia sono riportate in Landry P., *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, cit., p. 212. I media godono della stessa fiducia dei professionisti del diritto, ma le corti, quali istituzioni, sembrano godere di una fiducia ben maggiore, sebbene inferiore rispetto a quella dell'Assemblea nazionale del popolo e della Procura.

²³⁸ Chen Zhonglin, *Sifa Minzhu shi Sifa Gongzheng de Genben Baozheng* (*Judicial Democracy is the Crucial Guarantee of Judicial Impartiality*) in *5 Faxue Zazhi*, 2010, p. 23 ss.

²³⁹ Chen Zhonglin, *Sifa Minzhu shi Sifa Gongzheng de Genben Baozheng* (*Judicial Democracy is the Crucial Guarantee of Judicial Impartiality*), cit., p. 23 ss.

²⁴⁰ Le statistiche dicono che nel 1996 gli utilizzatori di internet non erano più di 40.000 aumentati a 12.300 nel 2000 Abbott J.P., *Democracy@internet.Asia? The Challenges to the Emancipatory Potential of the Net: Lessons from China and Malaysia*, cit., pp. 100- 102.

un'opinione popolare, possono comunque essere altrettanto (se non più) incisivi sull'operato della magistratura²⁴¹.

Se quanto sopra non bastasse ad indebolire il corretto funzionamento delle corti cinesi vi è un'ulteriore considerazione palesata dagli abusi e dagli effetti della corruzione anche sui giornalisti. I media infatti oltre a diffondere l'opinione pubblica possono anche artatamente crearla e, se corrotti, possono indirizzarla a loro arbitrio a favore di una parte ed a discapito di un'altra. Un lato positivo può essere invece rinvenuto nel fatto che un bravo giornalista possa, consapevole della propria capacità di influenza, portare avanti politiche ed ideali più giusti, si tratta sempre però di una scelta individuale; il sistema sembra mantenersi neutrale non agevolando né l'uno né l'altro comportamento, incentivando piuttosto una elasticità ed una flessibilità dei risultati a seconda delle situazioni²⁴².

3.8. *L'influenza delle parti e degli organi di governo locale: il guanxi, la corruzione ed il protezionismo locale*

*Cheating the State and coaxing the villages*²⁴³.

L'influenza delle parti e degli organi di governo locale rappresenta uno dei maggiori problemi che affliggono il sistema giudiziario cinese per la sua grande diffusione ad ogni livello di corte ed in tutte le zone del paese²⁴⁴. Questo tipo di influenza rappresenta uno dei problemi che anche gli investitori stranieri hanno dovuto imparare a conoscere bene per poter intraprendere investimenti duraturi e di successo²⁴⁵, infatti, l'incremento delle leggi a favore dello straniero, l'evoluzione della disciplina

²⁴¹ Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 101.

²⁴² Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, cit., p. 110.

²⁴³ E' uno slogan popolare utilizzato per descrivere i quadri di Partito o comunque gli amministratori delle aree decentrate, Lubman S., *Bird in a cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 111.

²⁴⁴ Lubman S., *Bird in a cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 266 ss.

²⁴⁵ Per ciò che concerne gli investimenti esteri la tendenza non è però univoca: "contrary to the expectations of local protectionism, there were also cases in which being a foreign-invested company was clearly advantageous, as the government wanted to protect its reputation as a san attractive destination for foreign investment", Peerenboom R., *Judicial Independence and Judicial accountability: an empirical study of Individual case supervision*, cit., p. 79.

commerciale sulle società da quelle a capitale forzosamente sino-estero alla possibilità di istituire società a capitale unicamente estero hanno costretto l'imprenditore non cinese a cercare di capire i caratteri tipici della comunità cinese. Caratteri come il 关系 *guanxi*, una diffusa corruzione ed un pesante protezionismo locale hanno rappresentato i maggiori problemi. Sebbene si tratti di tre accezioni molto diverse tra loro spesso l'una può essere causa dell'altra. Il *guanxi* letteralmente significa 'relazione': lo straniero lo collega spesso agli affari e ai rapporti di lavoro considerandolo come un legame intercorrente tra due persone che fanno affari insieme, in forza di tale relazione un parte può liberamente chiedere all'altra favori certa che in futuro potrà sdebitarsi con un ulteriore favore, la definizione del *guanxi* così inteso potrebbe essere la seguente:

*"social connections', dyatic relationships that are based implicitly (rather than explicitly) on mutual interest and benefit. Once guanxi is established between two people, each can ask a favour of the other with the expectation that the debt incurred will be rapid sometime in the future"*²⁴⁶.

Per il popolo cinese la definizione di *guanxi* è diversa in quanto connotata anche da un carattere affettivo venutosi a creare a seguito della condivisione di esperienze significative per la vita di un uomo, in questo senso la definizione potrebbe allora essere la seguente:

*"based on ascribed or primordial traits such as kinship, native place, and ethnicity, and also on achieved characteristics such as attending the same school... serving together in the same military unit, having shared experiences, such as the Long March, and doing business together"*²⁴⁷.

Quale reciproco scambio di favori il *guanxi*, che affonda le sue origini nella Cina imperiale, è ancora oggi di cruciale importanza. In sostanza si fonda su due perni, quello della prossimità e quello della reciprocità²⁴⁸. Proprio al contesto del *guanxi* si deve collegare la pressione e l'influenza che parenti, amici e conoscenti possono esercitare sul giudice. I magistrati

²⁴⁶ Mayfair Mei- Hui Yang, *Gift, Favors & Banquets: The Art of Social Relationship in China*, 1994 come citato da Lubman S., *Looking for Law in China*, in *20 Columbia Journal of Asian Law*, 2006, pp. 1ss., p. 70.

²⁴⁷ Gold T., Guthrie, Wank D., *An Introduction to the Study of Guanxi*, in *Social Connections in China: Institutions, Culture and the Changing Nature of Guanxi*, come citato da Lubman S., *Looking for Law in China*, cit., p. 70.

²⁴⁸ Piquet H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, Bruylant. 2005, p. 54.

(o meglio le corti) anche in base al dettato della Costituzione dovrebbero resistere a tali pressioni, ma questo non sempre avviene perché implicherebbe disattendere o rinnegare un legame esistente con un altro soggetto. La richiesta di favori fatta in base al *guanxi* non deve però essere assimilata alla corruzione.

La corruzione è stata piuttosto incrementata dal fatto che il principio del doppio controllo (connesso al centralismo democratico) ha allentato la supervisione verticale accentuando quella orizzontale, in tal modo si è reso difficile lo sviluppo e l'evoluzione delle corti (iniziato con la riforma) nelle amministrazioni decentrate che sono rimaste fortemente legate ai governi locali anche perché da questi finanziate. Inoltre, la riforma economica ha fatto sì che la diffusione di vantaggi statali sul territorio creasse le opportunità per raggiungere ed ottenere risorse e così soprattutto gli ufficiali dei governi locali, spesso sottopagati, sono divenuti facilmente corruttibili²⁴⁹.

Sebbene anche l'amministrazione centrale della Cina non sia immune dalla corruzione, il problema è più grave a livello locale e rappresenta per il PCC uno strumento pericolosissimo capace di impedire l'assimilazione delle politiche nazionali nelle innumerevoli zone decentrate della Cina, soprattutto in quelle gerarchicamente più lontane dall'amministrazione centrale, in queste ultime l'allentamento del controllo statale sugli ufficiali dei governi locali li ha resi più liberi di compiere scelte individuali nel tentativo di arricchire le zone amministrate a discapito di altre ed in violazione delle normative nazionali. Le campagne di riforma a livello centrale sono tante e pensate per impedire il dilagare della corruzione, ma resta il fatto che il controllo statale sulle corti rimane forte soltanto per certe decisioni²⁵⁰, mentre si è oramai allentato sugli ufficiali di governo locali²⁵¹.

In proposito, è stato recentemente notato che solamente le questioni socialmente e politicamente importanti vedono un forte intervento dello stato-partito, per molte altre la pressione non è più così marcata rendendo possibile da un lato una maggiore indipendenza per i giudici nella decisione delle cause più politicamente neutre, (soprattutto per i giudici più preparati, generalmente nelle città più grandi e ricche), dall'altro il formarsi di protezionismi e localismi del tutto immuni dalle indicazioni provenienti

²⁴⁹ Lubman S., *Looking for Law in China*, cit., p. 74.

²⁵⁰ Fu Yulin, R. Peerenboom, *A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, cit., p. 95 ss.

²⁵¹ Lubman S., *Looking for Law in China*, cit., p. 80, vedi anche Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 110 ss.

dall'alto creando ostacoli non indifferenti per una nuova concezione della legalità²⁵².

Ne è conseguito che gli ufficiali dei governi locali sono divenuti, anche per fini personali, più interessati alla gestione dei territori su cui possono esercitare i loro poteri. L'abuso ed il cattivo esercizio di un potere pubblico a scopi individualistici si è spesso risolto nel ricorso alla corruzione, ma nel contesto cinese, dove talvolta pressioni diverse si incrociano e scontrano, non è facile riconoscere quando una certa influenza sia vera e propria corruzione, piuttosto che un'interferenza strumentale proprio a disincentivare altre pressioni. Infatti con il termine corruzione si vuole intendere sia le violenze fisiche da parte dei giudici sulle parti come la cattura e la detenzione illegittima, ovvero una corruzione che in realtà non è fatta di un scambio tra giudice e parti bensì un'appropriazione indebita o una truffa nei confronti delle parti in causa, o ancora l'abuso d'ufficio e i favoritismi²⁵³.

In un contesto di scambi di favori, corruzione delle parti e pressioni del Partito (talvolta legittime perché finalizzate al bene della collettività, talaltra illegittime perché derivanti da un abuso di potere della propria posizione), comprendere o definire con esattezza il reale funzionamento e la concreta indipendenza delle corti è circostanza tutt'altro che semplice.

Non si deve quindi pensare ai giudici quali mere vittime della corruzione; nella realtà essi stessi sono protagonisti di condotte a volte scorrette; il Codice etico del 2001 impedirebbe loro di tenere determinati comportamenti²⁵⁴, tuttavia è ancora frequente che un giudice si incontri a pranzo con l'avvocato di una parte in assenza dell'avvocato di controparte, o che giudice ed avvocato alloggino nello stesso hotel per un determinato periodo di tempo instaurando amicizie e relazioni che non dovrebbero essere loro proprie. Come recita un noto proverbio cinese, accade anche che sia proprio il giudice ad ingannare le parti accettando di essere corrotto da entrambe, decidendo poi la causa in favore del 'migliore offerente'²⁵⁵. Ancora all'inizio del XXI secolo comportamenti di questo tipo non erano

²⁵² Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1699.

²⁵³ Li Ling, *Corruption in China's Courts*, in Peeremboom R. (edited by), *Judicial Independence in China, Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 196 ss.

²⁵⁴ Come illustrato nel Capitolo I par. 3.3.

²⁵⁵ Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., p. 256.

considerati illegittimi e poco sembra essere cambiato anche dopo la puntualizzazione della loro illegittimità²⁵⁶.

Concetto più ampio è quello del protezionismo locale che può presentarsi sotto svariati aspetti. I governi locali possono far pressione su una corte per far decidere un caso a favore di una parte piuttosto che di un'altra in ragione di un legame che questa ha con il territorio. *Guanxi* e corruzione possono integrare il protezionismo locale; tendenzialmente il giudice sotto pressione userà pretesti per evitare la fase esecutiva continuando a richiedere documenti a fini meramente dilatori o asserendo che la causa non è ancora pronta per la decisione. Possono essere predisposti dei freni laddove i localismi siano troppo evidenti, quali l'intervento dei media nel denunciare la situazione o la supervisione da parte delle corti superiori²⁵⁷.

Non seguire un'indicazione data dagli ufficiali di governo locale può però essere causa di nefaste conseguenze.

Emblematico in proposito il caso del giudice Jia Tingrun, presidente di una corte di base²⁵⁸.

Nel 1994 in località Lulong nella provincia dell'Hebei un imprenditore gestiva una fiorente azienda agricola e si stava velocemente arricchendo. I governatori locali infastiditi dal suo successo lo citano in giudizio adducendo motivazioni pretestuose circa l'appropriazione indebita di fondi pubblici. Il giudice (nonché presidente della corte) Jia Tingrun, esaminato il caso in modo approfondito, giunse alla conclusione che l'agricoltore non aveva commesso alcuna scorrettezza e volendo decidere il caso secondo la legge era propenso a dargli ragione, ma gli ufficiali locali, informati del probabile esito del processo a loro sfavorevole, azionando meccanismi non giuridici trovarono il modo di far pressione per mezzo del loro potere locale, della Corte intermedia gerarchicamente superiore (*Qinhuangdao Municipal Intermediate Court*) nonché del PCC. Le conseguenze per il giudice Jia, che aveva resistito a queste pressioni, furono gravi in quanto venne trasferito in una provincia sperduta con stipendio dimezzato e demansionato. L'imprenditore fu costretto a chiudere l'azienda nonché condannato a sette anni di reclusione. Soltanto nel 2001, dopo otto anni un avvocato decise di riaprire la causa che questa volta si risolse in favore dell'imprenditore, ma il

²⁵⁶ Proprio il nel Terzo piano di riforma quinquennale (2009- 2013) la Corte suprema del popolo avvisa della necessità di migliorare il Codice etico (par. III (16)).

²⁵⁷ Un recente articolo del China Daily analizza il problema evidenziando le pericolose conseguenze del protezionismo non solo sul lavoro stesso del governo, ma anche la stabilità sociale, Xie Yu, *Get rid of interference in local courts*, China Daily, 24 maggio 2010.

²⁵⁸ Informazioni disponibili su <http://news.sohu.com/91/29/news204742991.shtml>.

risarcimento per Lulong fu di modesta entità e l'azienda non poté essere riaperta in quanto tutte le attrezzature ed i macchinari erano oramai divenuti obsoleti ed inutilizzabili²⁵⁹.

Maggiori e più efficaci potranno essere le pressioni laddove più stretto è il legame dei finanziamenti e delle nomine, come visto nei capitoli precedenti. Evidenze ulteriori di comportamenti scorretti si presentano nelle corti di base dove già di per sé il bilanciamento tra discrezionalità e legge formale non è semplice. Per capire il perché in talune zone della Cina sia così semplice corrompere basta ricordare quali siano le condizioni di alcuni giudici, soprattutto di quelli che operano nelle corti di base.

Non mancano a questo proposito testimonianze dirette. Attori e convenuti si permettono di rivolgersi al giudice in modo rude e maleducato, di essere scomposti in aula o di non presentarsi in giudizio anche se convocati, con l'intento di risolvere la questione offrendo al magistrato un lauto banchetto e non mancando di sottolineare le sue condizioni di povertà, corruzione e bassa professionalità, tentando così a loro volta di corromperlo²⁶⁰. Tali testimonianze asseriscono che sussistono ancora oggi situazioni nelle quali i giudici vivono in condizioni simili a quelle esistenti nelle unità di lavoro dell'epoca maoista 单位 (*danwei*), sottopagati, non rispettati e privi di indipendenza²⁶¹.

Le corti di base operano in una situazione critica non solo in conseguenza della corruzione e del protezionismo locale, ma in quanto manca un'idea di giustizia assimilabile a quella ormai creatasi a livello centrale. Per meglio comprendere il contesto è utile riportare alcune descrizioni ed alcuni casi offerti dal Prof. Zhu²⁶², il già citato preside dell'Università di Pechino.

Egli prova a descrivere le difficoltà delle corti cinesi partendo dall'assunto che spesso non sono le parti a rivolgersi al tribunale, quanto piuttosto è il giudice che si spinge verso le aree più remote del paese. Egli descrive una sorta di giustizia itinerante, sintomo allo stesso tempo della

²⁵⁹ Li Yuwen, *Professional Ethics of Chinese Judges*, cit., pp. 5-6.

²⁶⁰ Balme S., *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 154 ss., pp. 163- 164.

²⁶¹ Balme S., *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, cit., p. 156.

²⁶² Zhu Suli, *Song fa xiexiang: Zhongguo jiceng sifazhidu yanjiu (Sending Law to the Countryside: Research on China's Basic-Level Judicial System)* cit., come tradotto in Upham F. K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1675 ss.

debolezza e della forza delle corti²⁶³, debolezza perché evidenzia una difficoltà di penetrazione del governo centrale nelle aree periferiche, forza perché costituisce un tentativo di riacquisizione di potere da parte del governo centrale; portando nelle campagne la giustizia si riconducono anche le zone più remote della Cina sotto la guida del governo centrale. Infatti se i consensi ed i maggiori successi del PCC erano giunti dalle campagne, ovvero dalle zone in cui l'influenza del Partito nazionalista era pressoché nulla, dal 1979 con l'avvio della riforma economica, la prospettiva si è ribaltata, il governo centrale è ora più debole nelle campagne e si serve dei giudici per riportare la proiezione del potere burocratico anche ai margini della società²⁶⁴. E' lo stesso Zhu a sostenere che non si tratta di un problema connesso ad una cultura giuridica diversa tra città e campagna, quanto piuttosto di una scarsa influenza della nuova cultura che ha regolato con leggi materie che prima non erano disciplinate e che in alcune realtà tali sono rimaste²⁶⁵.

Emblematico in questo senso il *Field Ox case*²⁶⁶; il caso è idoneo a dimostrare come nelle corti di base vengano in realtà ancora oggi adottate decisioni che non trovano alcun appiglio giuridico. Questi i termini del caso: nel 1984 il contadino A presta al suo vicino confinante B, anch'egli contadino, 300 RMB²⁶⁷; il prestito serve a B per comprare un campo del valore di 600 RMB; dopo tre anni il bue di B muore e per i successivi nove anni A consente a B di utilizzare il suo bue per arare il terreno senza richiedere alcun tipo di compenso. In questo periodo di tempo A compra e vende dei buoi e B non fa obiezioni. Nel 1995 accade che uno dei buoi di A partorisce un vitello, che nel 1996 A riesce a vendere per 1000 RMB, compravendita che non viene comunicata a B il quale non vi partecipa. Un mese dopo B comunica ad A che necessita di un bue per arare il campo, così lo prende e poi lo vende senza dirlo ad A.

²⁶³ Upham F. K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1680.

²⁶⁴ Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep?* cit., p. 1680.

²⁶⁵ Non è raro infatti che venga attribuito alla tradizione (soprattutto confuciana) l'essere la conseguenza di una diversità dell'organizzazione sociale cinese derivante dall'influenza confuciana, Rossi P., *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 9 ss., p. 28.

²⁶⁶ descritto da Zhu e riportato in lingua inglese da Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1689.

²⁶⁷ La cifra equivale iù o meno a 30 euro.

In conseguenza di ciò A cita in giudizio B pretendendo il guadagno totale della vendita del bue. Il giudice riconosce che in un certo senso tra i due si è instaurata una relazione che può essere paragonata ad una sorta di società e dunque stabilisce che B debba restituire ad A una parte del ricavato della vendita. In realtà il giudice stabilisce che B debba restituire più di 1000 RMB ad A in forza del fatto che B negli ultimi nove anni non ha mai corrisposto alcunché ad A per tutte le attività svolte con i suoi buoi e nel suo campo. B fa appello alla corte intermedia che non riesce ad inquadrare giuridicamente il fatto soprattutto circa l'esistenza o meno della comproprietà. La Corte si domanda se il bue fosse in comproprietà o se invece vi fosse un mero “usufrutto” di B nei confronti del bue di A, rimette dunque la questione alla corte inferiore. Il giudice della corte inferiore non più in composizione monocratica, ma collegiale (*heyiting*), aumenta la parte che B può trattenere a 650 RMB e non chiede alle parti di addurre ulteriori prove. A non è certo soddisfatto della decisione, ma l'accetta.

L'autore asserisce che il caso è stato semplicemente deciso secondo buon senso, poiché non vi sono appigli giuridici né qualificazioni giuridiche del rapporto, infatti in realtà il rapporto non viene giuridicamente qualificato, il diritto viene quasi utilizzato come strumento per convincere le parti della correttezza della decisione, ma, *ex lege*, tra A e B non si era venuto a creare alcun rapporto obbligatorio se non in base a quello che può considerarsi una consuetudine locale. A suo avviso questa è la giustizia nella Cina rurale, egli ritiene infatti che i giudici delle corti inferiori siano:

*“agents of the Central Government but with limited power who must devise means to survive personally and institutionally in a setting that is not ready to accept national authority and in the face of national norms drafted with indifference to the varieties of behaviour the judges encounter”*²⁶⁸.

Il governo centrale richiederebbe alle corti inferiori anche nelle zone più povere di avere un ruolo politico più definito, ovvero contribuire direttamente alla stabilità sociale, ma se si considera la forza del *guanxi* e quanto questa possa valere in realtà amministrative di dimensioni non grandi, se si aggiunge il problema della corruzione e del protezionismo locale, nonché la mancata applicazione dei modelli giuridici approvati a livello centrale si comprende la varietà e la poliedricità del sistema delle corti cinesi e la difficoltà di renderne una definizione univoca.

²⁶⁸ Upham F. K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1714.

CAPITOLO III

La professionalità del giudice *Un confronto tra oriente e occidente*

SOMMARIO: 1. La professionalità del giudice tra oriente e occidente. – 1.1. Premessa. – 1.2. La prospettiva occidentale. – 2. La formazione dei magistrati in Cina. – 2.1. La storia: l'organizzazione degli esami imperiali e le prime università. – 2.2. Le attuali norme di riferimento e l'esame nazionale per l'accesso alle professioni legali. – 2.3. Considerazioni ed esempi – 3. Considerazioni conclusive. – 3.1. Un nuovo ruolo per il giudice cinese? – 3.2. Elementi di modernizzazione e criticità.

1. La professionalità del giudice tra oriente e occidente

1.1. Premessa

Non vi è dubbio che la riforma economica abbia prodotto in Cina enormi cambiamenti, capitale straniero ed una crescita che il paese non aveva mai conosciuto prima tanto da far consacrare Hu Jintao, l'odierno Presidente, come l'uomo più potente del paese¹.

Ad uno sguardo 'velato' dalle categorie occidentali le incoerenze del sistema sembrano però molteplici. Non vi è dubbio che la riforma giuridica sia ancora in corso, il programma quinquennale iniziato nel 2009 ne è chiara dimostrazione e tale ulteriore progetto di riforma può leggersi come evoluzione e condizione necessaria per mantenere i successi raggiunti, in questo senso le parole di Xiao Yang del 2006, ricordate nel capitolo I², sembrano essere emblematiche.

Ancora nel 2010 i problemi che affliggono le corti cinesi sono consistenti ed evidenti. Nei paragrafi precedenti si è notato che frequentemente l'indipendenza della magistratura è ostacolata da forti pressioni provenienti sia da altre istituzioni collaterali o gerarchicamente superiori del sistema piramidale sia dalla stessa organizzazione delle corti; esse sono di frequente così incisive anche a causa della poca resistenza che i giudici pongono nel contrastarle, spesso a causa di una scarsa preparazione giuridica e culturale.

¹ Questo il risultato della rivista *Forbes* del novembre del 2010, per maggiori dettagli vedi <http://forbes.com/profile/jintao-hu>.

² Capitolo I, paragrafo 2.1.

Da parte del governo centrale, non sembrano però mancare apposite indicazioni circa la richiesta di una preparazione più adeguata della magistratura in conseguenza di svariate avvertenze riportate dalla Corte suprema stessa. Non per ultimo, proprio nel report annuale che la Corte consegna all'Assemblea nazionale del popolo (riferito al 2008 ed emesso il 10 marzo del 2009) si legge che persistono dei problemi nella preparazione dei giudici; molti non hanno profondamente compreso il significato di portare avanti una *rule of law* socialista con caratteristiche cinesi, infatti, gran parte della magistratura ha difficoltà ad adattarsi alle nuove situazioni emergenti, mancano di senso di giustizia ed in generale di professionalità³.

Questo capitolo intende descrivere quali siano state queste indicazioni nel corso degli ultimi anni, quali effetti possono aver prodotto partendo dal presupposto che una formazione adeguata rappresenta una delle migliori garanzie per un giudice, poiché è in grado di assicurare una forma di autonomia non meno importante rispetto alle varie tipologie di influenza: l'indipendenza dall'ignoranza⁴.

“Greater professional identity among judges is unlikely to alter how they decide sensitive cases, but it may assist them as they seek to combat interference from both within and outside the courts”⁵.

1.2. La prospettiva occidentale

*Theoria sine praxis rota sine axis
Praxis sine theoria caecus in via⁶.*

In occidente siamo abituati a ritenere che lo sviluppo del diritto vada in un certo senso di pari passo con l'evoluzione degli operatori del diritto⁷.

³ *Supreme People's Court Work Report*, 10 marzo 2009 comunicato durante l'XI congresso dell'Assemblea nazionale del popolo.

⁴ Oberto G., *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2008, p. XIV.

⁵ Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, in 191 *China Quarterly*, 2007, p. 620 ss., p. 631.

⁶ Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, Thomson/West, 2007, pp. 56 e 54.

⁷ Per una disamina sulla *legal profession* nella tradizione giuridica occidentale vedi Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Fondation Press, 2009, p. 628 ss., Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, cit., p. 51 ss.

*“In fact the western legal tradition, understood as foundation of both common law and civil law, displays a highly professionalized style where the lawyer (in his different capacities as a private professional, a judge, and a professor) performs a social role distinct that of the politician or of the priest, for example”*⁸.

Questo, infatti, è quanto è accaduto nella tradizione giuridica occidentale; in Inghilterra già nel XIII secolo aveva cominciato a nascere un ceto di giuristi pratici, il sistema dei *writs* sempre più sofisticato aveva reso difficile stare in giudizio di persona. Nell'Europa continentale, invece, il giurista si è sviluppato come dotto, come studioso di un diritto già ampiamente presente in epoca romana e per il quale si è ricominciato ad avere interesse intorno all'anno Mille con la nascita delle prime università. Sebbene con modalità differenti il giurista della tradizione giuridica occidentale ha iniziato a godere sin dall'inizio di un grande rispetto da parte della comunità e la sua indiretta partecipazione all'edificazione di regole sociali non trovava una legittimazione né nel suo potere politico né dalla sua autorità religiosa, bensì dalla sua conoscenza tecnico-professionale acquisita attraverso lo studio e la pratica del diritto⁹.

In Inghilterra, ad esempio, gli avvocati (*attorney*) si formavano affiancando chi prima di loro -con la pratica- aveva acquistato esperienza e già a partire dal XIV secolo si poteva parlare di un reclutamento dei giudici prescelti tra le file degli avvocati più prestigiosi. Sebbene diversa, era comunque altamente considerata la figura del giudice di *civil law* che si formava sui testi studiati nelle università. Nel continente europeo erano dunque le università ad occupare un ruolo centrale per la formazione dei giuristi, mentre, in Inghilterra, il diritto ed i giuristi cominciarono a formarsi attorno alle corti di Westminster¹⁰.

L'idea comune alla tradizione giuridica occidentale era dunque quella che chi era istituzionalmente chiamato ad emettere sentenze doveva possedere una solida cultura generale e giuridica (poco rilevava se acquisita sui testi o con la pratica), condizione indispensabile per svolgere in maniera adeguata tale funzione.

⁸ Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., p. 310.

⁹ Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., p. 310, sull'importanza del diritto romano come base commune per lo sviluppo del diritto vedi anche p. 341ss.

¹⁰ Ad onor del vero, la radice comune della tradizione giuridica occidentale circa la figura del professionista del diritto può essere ritrovata nella figura del *giurisperiti* di epoca romana (V secolo d. C.) Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., p. 631.

Per motivi indicati anche in premessa del precedente capitolo la scelta effettuata in questo lavoro è stata quella di affidarsi principalmente a principi internazionali per tracciare una comparazione sul profilo della formazione del magistrato, dal momento che ormai da qualche anno, anche a livello sovranazionale, si è convenuto che tra i principi fondamentali, quali l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, debba rientrare anche la formazione e la competenza dei medesimi¹¹.

In realtà la professionalità e la competenza del giudice sono state considerate come condizioni necessarie per l'indipendenza e conseguentemente per la garanzia ad un giusto processo stabilito per la prima volta nella *Universal Declaration of Human Rights* del 12 ottobre 1948.

Anche il Consiglio d'Europa sulla base delle indicazioni fornite dalle Nazioni unite ha asserito che il reclutamento, così come la progressione di carriera dei giudici, deve essere basato sul merito tenendo in considerazione le qualifiche, l'integrità, l'abilità e l'efficienza degli stessi al fine di garantire una magistratura realmente indipendente¹².

L'argomento della formazione, per tutte le implicazioni sovra esposte, è dunque divenuto di particolare importanza; sebbene stabilito sempre in termini più che mai generali: l'articolo 10 dei Principi fondamentali relativi all'indipendenza della magistratura del 1995 (predisposto dalle Nazioni unite) stabilisce che “*persons selected for judicial office shall be individuals of integrity and ability with appropriate training or qualifications in law*”¹³.

Anche in base a quanto stabilito dalla già citata prima commissione di studio dell'Associazione internazionale dei magistrati, sia che un paese adotti un sistema di reclutamento basato sulla nomina di esperti che culminano la loro carriera all'interno dell'organizzazione giudiziaria, sia che vengano reclutati tramite un sistema maggiormente burocratico, lo scopo è quello di inserire nella magistratura soggetti competenti, dinamici, di ampie vedute e soprattutto coscienti del ruolo che sono chiamati a svolgere e

¹¹ Autheman V., Henderson K. (Editor), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, IFES Rule of Law White Paper Series, 2004, disponibile su http://www.ifes.org/publication/e34efa3403c4f206c11404a6fbc37cd0/WhitePaper_1_FINA_L.pdf.

¹² Autheman V., Henderson K. (Editor), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, cit. p.6.

¹³ Questo l'incipit dell'articolo 10 disponibile su <http://www2.ohchr.org/english/law/indjudiciary.htm>.

responsabili di eventuali errori commessi nello svolgimento delle loro attività¹⁴.

In questo senso non è rilevante soltanto la preparazione giuridica del magistrato, ma anche il profilo psicologico del candidato, le sue abilità comunicative, la sua capacità di ascolto, le sue attitudini sociali e la sua capacità organizzativa del lavoro. Il giudice, inoltre, deve sempre stare al passo con i cambiamenti della società, per questo motivo l'apprendistato richiesto, subito prima o immediatamente dopo il reclutamento, deve essere accompagnato da una formazione continua (o permanente) dello stesso.

Il diritto infatti è mutevole e deve essere conosciuto nel suo graduale sviluppo, solo così si possono acquisire capacità professionali specialistiche e la consapevolezza delle questioni sociali più rilevanti. In questo senso una remunerazione adeguata per il lavoro svolto deve servire anche a tenere alte le proprie abilità e competenze e soprattutto la formazione dei giudici non deve subire influenze improprie e deve pertanto essere regolata all'interno dalla stessa magistratura. La Carta europea sullo statuto dei giudici del 1998 stabilisce al proposito (artt. 2.3 e 2.1) che “ *the selection and recruitment of judges by an independent body or panel, base the choice of candidates on their ability to assess freely and impartially the legal matters which will be referred to them, and to apply the law to them with respect for individual dignity*” e lo statuto assicura “*by means of appropriate training at the expense of the State, the preparation of the chosen candidates for the effective exercise of judicial duties.[...] hereof, ensures the appropriateness of training programmes and of the organization which implements them, in the light of the requirements of open-mindedness, competence and impartiality which are bound up with the exercise of judicial duties*”¹⁵.

E' circostanza generalmente accettata che:

*“[...] the decision on what courses are taught and the manner of their teaching must be independent as otherwise there can be an imperceptible, but wholly improper, influence on the independence of decision making”*¹⁶.

¹⁴ Recruitment and Training of Judges in a Modern Society disponibile su http://www.iaj-uim.org/site/modules/mastop_publish/?tac=37; § 1.3.

¹⁵ European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum Strasbourg, 8 - 10 July 1998, disponibile su <http://www.summitofhighcourts.com/docs/standarts/COE1.doc>, vedi anche Oberto G., *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, cit., p.8.

¹⁶ John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, in Albrecht P. A., J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009, p. 81 ss., p. 83.

Lo studio del diritto in considerazione dell'accesso alle professioni legali, quasi ovunque, coincide con l'inizio dello studio universitario¹⁷.

Prendendo ancora una volta in considerazione le due maggiori famiglie della *Western Legal Tradition (WLT)*, quella di *common law* quella di *civil law*, non si possono non evidenziare alcune differenze circa la preparazione alla *legal profession*.

La tradizione di *common law* tende ad inquadrare la professione giuridica come un'unica entità; in questo senso è frequente che un giurista passi dall'essere assistente di un giudice a socio di uno studio legale oppure decida di mettersi in proprio e, se davvero meritevole, venga poi scelto quale giudice (punto di arrivo di una brillante carriera); laddove si realizzi quest'ultima circostanza, il merito sarà da attribuirsi alle sue qualità e alle sue caratteristiche anche individuali, non è raro infatti che i giudici di *common law* (specialmente quelli delle corti superiori) siano conosciuti per nome¹⁸ e per le loro inclinazioni (anche politiche). Diversa è invece la concezione delle *legal professions* nei paesi di *civil law*; il cammino per divenire magistrato (giudicante o requirente), avvocato o notaio è diverso e, sebbene non precluso, il passaggio da una professione all'altra è molto raro. Spesso il giovane laureato sceglie la professione che preferisce e si prepara per i rispettivi concorsi/ esami al fine di realizzare quanto prefisso, in questo senso non è scorretto affermare che molte volte la scelta iniziale è quella definitiva¹⁹.

Anche l'insegnamento impartito nelle università contrassegna un approccio diverso; tendenzialmente nelle università che si sono sviluppate in *civil law* si ha un insegnamento più cattedratico e teorico volto ad impartire agli studenti gli strumenti della così detta *grammar of law*. Nei paesi di

¹⁷ Anche se in Inghilterra non è obbligatorio il possesso di una laurea in legge, molti degli odierni giuristi hanno frequentato una facoltà giuridica. Negli Stati Uniti è invece ancora frequente iniziare gli studi giuridici dopo aver raggiunto la 'laurea di primo livello' (*undergraduate degree*), Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, cit., p. 628.

¹⁸ "Many of the great names of the common law are those of judges [...] The great names of the civil law are not those of judges (who knows the name of a civil law judge?) but those of legislators [...] and scholars [...]", Merryman J. H., *The Civil Law Tradition*, come citato da Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, cit., p. 52.

¹⁹ Merryman J. H., *The Civil Law Tradition*, come citato da Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, cit., p. 58 ss.

common law l'attenzione è invece focalizzata sulla risoluzione di casi concreti, un approccio pratico in sostanza:

*“Statutory or code provisions are systematically presented on a level which seems to provide only vague guidelines for the solution of actual cases. Occasional references to actual cases will almost invariably be made in generalized form. The legal problems in a case will be treated in the abstract, as illustrations of how the court evolved legal rules, adapted to the solution of the case, from the more general ones found in the code or statute. When on a rare occasion the discussion does descend to the level of particular facts, it will be abruptly cut off by the remark that a *questio facti* is involved which does not merit further analysis. The American lawyer would thus discover that, more often than not, where his interest really begins the law teacher's seems to end”²⁰.*

Questo è il bagaglio culturale che il giurista si porta dietro, per questo motivo il *civil lawyer* davanti ad una questione giuridica prevedibilmente ricercherà la soluzione corretta, il *common lawyer* penserà invece a trovare i migliori argomenti per la discussione della causa.

Dal momento che sia la pratica che la teoria sono di fondamentale importanza per svolgere la professione, il *civil lawyer* più preparato sulla teoria dovrà, una volta superato l'esame (o il concorso), integrare la sua formazione con la pratica svolgendo un periodo di apprendistato più o meno lungo (o frequentando una delle scuole predisposte in vari paesi proprio per la magistratura) apprendendo le arti del mestiere dall'affiancamento di un giudice più esperto. Correlativamente il *common lawyer* proprio attraverso la pratica capirà a sua volta che una solida base di *grammar of law* è necessaria per trovare argomentazioni giuridiche più forti²¹.

La formazione dei magistrati è dunque divenuta prerogativa della tradizione giuridica occidentale, vi sono paesi, come la Francia, che riconoscono un vero e proprio diritto alla formazione permanente²², altri che stabiliscono linee guida in Codici etici²³, come l'Italia (fino al 2007)²⁴,

²⁰ Damaska M., *A Continental Lawyer in an American Law School: Trials and Tribulations of Adjustment*, come citato da Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, Thomson/West, 2007, p. 53 ss., p. 55.

²¹ Damaska M., *A Continental Lawyer in an American Law School: Trials and Tribulations of Adjustment*, cit., p. 57.

²² Legge organica 92-189 del 25 Febbraio 1992

²³ Secondo alcuni i Codici etici sono molto importanti perché stabilisce chiaramente degli standard di condotta e rafforzano il sistema disciplinare John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, cit., p. 85, per uno sguardo ai codici etici approvati in alcuni paesi europei vedi Kreth E., *Ethics of Judicial Behaviour*, Albrecht P. A., Thomas J., *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009, p. 171 ss.

impegnando il magistrato ad interrogarsi continuamente sul livello della propria professionalità e preparazione.

Inoltre a livello europeo per una maggiore collaborazione e comunicazione tra i magistrati si pongono obiettivi come quello di sviluppare le conoscenze linguistiche dei magistrati, diffondere i risultati dei loro studi e creare strumenti diffusi di formazione²⁵.

I tratti comuni che sembrano potersi desumere dall'esperienza della tradizione giuridica occidentale sembrano dunque riferirsi al fatto che la formazione venga sempre più concepita come un diritto nei confronti dello stato e come dovere (giuridico o deontologico) del singolo giudice, in quanto strettamente connesso alla sua indipendenza²⁶, per rendere effettivi tali scopi è necessario che il potere giudiziario sia in grado di proteggere la reputazione delle corti e dei giudici da eventuali critiche provenienti dall'esterno (opinione pubblica, media, etc.) spiegando in modo comprensibile al pubblico il perché delle decisioni più difficili da accettare per la società²⁷.

2. La formazione dei magistrati in Cina

2.1. La storia: l'organizzazione degli esami imperiali e le prime università

Nella Cina imperiale l'addetto alla risoluzione formale delle controversie era il magistrato imperiale che, come già detto nel I capitolo, per divenire tale doveva superare dei difficilissimi esami kejvkaoshi: (科举考试)²⁸.

L'enorme dimensione del paese imponeva suddivisioni del territorio e della società per poter governare e controllare lo stato: la Cina era divisa in province, a loro volta suddivise in amministrazioni locali più piccole fino ad

²⁴ Approvato dall'associazione italiana dei magistrati il 7/5/1994, in realtà con la l. n. 111 del 30 luglio 2007 è stato poi sancito un vero e proprio obbligo giuridico di coltivare una formazione permanente (o continua).

²⁵ Inoltre, per le principali esperienze europee di formazione dei magistrati si ricordano l'*Ecole nationale de la magistrature* in Francia, il modello tedesco della formazione in due fasi di cui una universitaria ed una pratica, e l'Accademia della magistratura per la formazione continua, nonché la Scuola superiore della magistratura italiana istituita con d.lgs n.26 del 30/1/2006 e nella l. 111 del 30/7/2007.

²⁶ Oberto G., *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, cit., p. 10.

²⁷ John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, cit., p. 87.

²⁸ Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, in 43 *South Texas Law Review*, 2001-2002, p. 707 ss., p. 708.

arrivare a centri amministrativi che potevano comprendere dai 100.000 ai 250.000 abitanti. Ogni porzione di territorio era presieduta da un magistrato che dirigeva e controllava tutte le funzioni della propria amministrazione all'interno della giurisdizione²⁹. Al fine di accedere alla carica di magistrato era necessario superare degli esami basati sulla conoscenza dei classici confuciani. In altri termini si voleva accertare che il candidato fosse in possesso di un'etica propria di un uomo colto che non poteva che risultare dalla sua ricchezza culturale³⁰. Per dodici secoli la Cina ha utilizzato la cultura come parametro per raggiungere i livelli più prestigiosi della società:

*“Literati have been the bearers of progress toward a rational administration and of all ‘intelligence’”*³¹.

Conseguentemente gli amministratori della società ed anche della giustizia dovevano essere soltanto quegli uomini dotati di un'istruzione letteraria.

In Cina, la prima traccia del sistema degli esami imperiali sembra risalire agli anni in cui si presume vissuto Confucio, ma la costituzione definitiva degli stessi risale alla dinastia Ming (1368- 1644), durante la quale ogni villaggio venne dotato di una sua scuola ove gli ufficiali selezionavano i fanciulli più meritevoli. Per poter amministrare una parte di territorio i mandarini dovevano dunque superare gli esami imperiali e la qualifica per la loro carica ed il loro livello dipendeva dal numero di esami che avevano superato con successo. Gli esami erano difficili e plurimi, i livelli essenziali del sistema degli esami erano tre, ovviamente più alto era il numero di esami superati più alta era la carica assunta nella società³².

Chi non aveva superato tutti gli esami ed aveva comunque raggiunto un determinato livello di preparazione poteva aspirare a coadiuvare il magistrato imperiale nel suo lavoro di amministrazione. Dal momento che le relazioni umane hanno sempre contato molto in Cina -anche e soprattutto durante l'Impero- si poteva ravvisare una certa garanzia di imparzialità nel fatto che colui che superava con successo gli esami riuscendo ad accedere alla carica più alta veniva inviato ad amministrare non il distretto dal quale proveniva, ma territori lontani, in cui favoritismi erano più difficili ed era

²⁹ Per approfondimenti Timoteo M., voce *Cina*, in *Aggiornamento del Digesto di Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, Torino, Utet, 2010, p. 181 ss., p. 186.

³⁰ Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, Milano, Utet, 2007, p. 60.

³¹ Weber M., *The Religion of China*, New York London, Free press Collier-Macmillan, 1968, p. 107.

³² Weber M., *The Religion of China*, cit., p. 115.

inoltre prevista una rotazione triennale delle cariche per i magistrati di distretto³³.

Si può ritenere che gli esami imperiali facessero parte della cultura giuridica cinese poiché costituivano il tramite per reclutare i mandarini, che tra le loro varie attività erano anche incaricati dell'amministrazione della giustizia; sarebbe però scorretto non ricordare nella storia dell'istruzione giuridica cinese la già ricordata scuola dei legisti, che costituì un vero e proprio sistema d'insegnamento del diritto, in particolare il maestro Zheng Xi che fu uno dei massimi esponenti della scuola stessa che iniziò ad insegnare diritto ai suoi studenti³⁴.

L'incontro con le potenze occidentali a metà dell'Ottocento ebbe tra i suoi effetti anche quello di portare la dinastia Qin, ormai prossima all'estinzione, ad abolire il sistema degli esami imperiali in favore di un'organizzazione universitaria modulata sull'esempio dell'Europa continentale; fu così che tra il 1906 ed il 1907 venne istituito il primo istituto di istruzione giuridica del paese, ovvero la *Jingshi Law School*³⁵. Pare che già nel 1910 il numero degli studenti di diritto ammontasse a 10.000, fino ad arrivare, durante la Repubblica nazionalista cinese, a contare 20.000 studenti; il sistema universitario istituito ai primi del secolo scorso, rimasto in piedi fino al 1949, si ispirava al modello universitario tedesco, già adottato dai giapponesi che mediarono affinché approdasse anche in Cina³⁶.

Con l'abolizione delle Sei leggi del Guomindang (Partito nazionalista), tutti i giudici che operavano nel precedente regime vennero da Mao cacciati dai tribunali³⁷ ed inviati a rieducarsi nei campi di lavoro attraverso lavori manuali; i nuovi giudici, spesso meri funzionari del PCC nell'attesa della promulgazione di nuove norme dovevano utilizzare per la risoluzione dei casi i "principi politici del Partito, i programmi, le leggi, i regolamenti, le

³³ Timoteo M., voce *Cina*, cit., p. 189

³⁴ Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, 43 *South Texas Law Review*, cit., p. 707.

³⁵ Questa in realtà è l'opinione prevalente, poiché vi è chi sostiene che debba ritenersi che la prima università giuridica cinese sia stata fondata a Tianjin e sia la Peiyang University, come affermato da Hou Xinyi, *Modern Legal Education in China*, in 31 *Oklahoma City University Law Review*, 2006, p. 293 ss, p. 294.

³⁶ Hou Xinyi, *Modern Legal Education in China*, cit., p. 294.

³⁷ "In 1952-1953, there was a movement on a smaller scale known as the judicial Reform Movement, during which about 80% of judges formerly appointed by the Kuomintang government were removed", Chen A. H. Y., *Introduction to the Legal System of the People Republic of China*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Foundation Press, 2009, p. 303 ss., p. 305.

ordinanze e i proclami emanati dai governi popolari e dall'esercito di liberazione” ed era fatto espresso divieto di utilizzare le leggi del periodo nazionalista³⁸. A partire dagli anni Cinquanta l'università cinese cominciò a prendere esempio dall'organizzazione sovietica e su quel modello la neonata Repubblica popolare cinese fondò il Dipartimento di diritto della *Renmin University* a Pechino; in seguito nacquero anche diverse facoltà di legge: *Beijing University*, *Beijing College of Political Science and Law*, e *Fudan University*³⁹. Altri funzionari del PCC furono dunque inviati a studiare nelle suddette università i principi del diritto socialista fianco a fianco con coloro che fino a qualche anno prima avevano composto l'organico⁴⁰ delle corti sotto il controllo di Chiang Kai-shek⁴¹. In questi anni la professionalità del giudice era dunque incentrata sulle flessibili direttive politiche e sui principi ad essa sottostanti, l'accesso alle università non era libero, coloro che volevano accedervi dovevano superare un esame di ammissione istituito nel 1952; vi era una forte selettività sottoposta al controllo statale, l'esame nazionale per l'accesso alle università faceva parte di un più ampio contesto di economia pianificata: lo stato “aveva il potere di regolare e decidere l'accesso alle diverse facoltà secondo le esigenze produttive previste e a prescindere dalle preferenze e aspirazioni individuali⁴²”. Da un lato il lavoro era garantito a chi usciva dalle università e le spese per lo studio erano totalmente a carico dello stato, dall'altro mancando il libero mercato del lavoro anche l'impiego era rimesso all'arbitrio statale⁴³. Dopo il 1957, sebbene esistessero ancora sia giudici che avvocati, cominciò a venir meno l'istruzione giuridica e con essa il sistema delle professioni legali scomparve per tutti gli anni che sono passati alla storia come gli anni della Rivoluzione culturale⁴⁴ (1966-1976).

³⁸ Crespi Reghizzi G., *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, in *Quaderni fiorentini*, 1985, p. 529 ss., p. 559.

³⁹ Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, cit., p. 708.

⁴⁰ Si tratta in particolare degli assistenti dei giudici, non dei giudici stessi che, come detto, dovevano ‘rieducarsi’.

⁴¹ Zou Keyuan, *Professionalising Legal Education in the People's republic of China*, in 7 *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 2003, p. 159 ss., p. 161.

⁴² De Giorgi L., *Il sistema universitario cinese fra eredità storica e riforme*, cit., p.1 De Giorgi L., *Il sistema universitario cinese fra eredità storica e riforme*, in 2 *Cosmopolis*, 2007, disponibile su <http://www.cosmopolisonline.it/20071201/degiorgi.php>.

⁴³ De Giorgi L., *Il sistema universitario cinese fra eredità storica e riforme*, cit., vedi anche Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, cit., p. 713.

⁴⁴ Zhu Suli, *An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China*, in 22 *McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2009-2010, p. 75 ss., p. 78.

Fatto curioso è che Mao Zedong, prima di far chiudere tutte le facoltà di legge del paese pensò di sostituire tutti i testi giuridici con i suoi scritti politici, idea che non andò mai in porto, ma ciononostante i suoi principi circolarono comunque ampiamente nelle università; si può dunque sintetizzare affermando che in quegli anni la professionalità del giudice era incentrata sull'apprendimento delle elastiche e flessibili politiche di Partito⁴⁵.

Ancora agli inizi degli anni Settanta i professori di diritto in territorio cinese erano pressoché introvabili, era comunque difficile poterci dialogare ed in proposito risultano interessanti le iniziative di alcuni professori di diritto che, provenienti dall'occidente e riusciti ad arrivare in Cina, ne andavano alla disperata ricerca⁴⁶. Solo alla fine degli anni Settanta e dopo la morte di Mao la Cina più moderata di Deng comprese l'importanza di ricostruire l'ordinamento giuridico e le università di giurisprudenza cominciarono a riaprire perché la ricostruzione dell'ordinamento doveva passare anche dall'istruzione.

Gli ultimi trenta anni sono stati di cruciale importanza per l'educazione giuridica, uno dei motivi principali è da ricercarsi nel fatto che un sistema di norme, se non coadiuvato da professionisti del diritto, non poteva condurre ad uno sviluppo dell'economia, a politiche democratiche ad una cultura avanzata e ad una società armoniosa⁴⁷.

⁴⁵ Interessante quanto riportato da Cohen circa una lettera ricevuta da un ex giudice cinese che aveva svolto la sua attività tra il 1950 ed il 1954 e poi si era rifugiato ad Hong Kong: "In free countries the judiciary is independent, and everyone is required strictly to observe the express rules of law. This, however, is not the case in Communist China. When I was receiving my special judicial training, I was repeatedly told that in the execution of law, the interest of the various political movements is imperative. Law is flexible. Any mechanical application of legal provisions will result in the error of dogmatism. After all, law is an instrument of political class struggle. Therefore, during each political movement secret instructions constantly came down from superiors. These instructions were the criteria on which court decisions were based, and they were by no means open to the public. Thus, in doing your research work, you should never accept at face value the published policies and statutory documents. Instead, you ought to try to understand the essence of Communist law from living examples while studying the statutes and decrees published in each period. If you depart from this, it will not be possible to achieve anything", Cohen J. A., *Interviewing Chinese Refugees: Indispensable Aid to Legal Research on China*, in Cohen J. A. (Edited by), *Contemporary Chinese Law; Research Problems and Perspectives*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1970, p. 84 ss., pp. 114-115.

⁴⁶ Cohen J. A., *Notes on Legal education in China*, in 1 *Student Law*, 1972-1973, p. 40 ss.

⁴⁷ Zuo Haicong, *Legal Education in China: Present and Future*, in 34 *Oklahoma City University Law Review*, 2009, p. 51 ss., p. 51.

In teoria lo sviluppo di questi ultimi anni della *legal education* in Cina è stato notevole anche se in realtà nei primi momenti di funzionamento dell'università chi vi aveva studiato più che alla pratica del diritto era destinato alla teoria del medesimo e quindi a proseguire la strada accademica quale professore o ricercatore⁴⁸. Ad oggi l'istruzione giuridica viene impartita sia nelle facoltà prettamente giuridiche sia nelle facoltà di scienze politiche⁴⁹; un diploma in legge è parimenti ottenibile frequentando degli appositi corsi predisposti da Dipartimenti costituiti a livello locale dagli uffici decentrati dei Ministeri della giustizia e dell'educazione⁵⁰. Sebbene riformato, rispetto al periodo maoista, l'esame per l'accesso alle università non è mai stato abolito, ma oggi serve a smistare gli studenti in base al voto riportato nelle diverse università della Cina e può essere considerato un mezzo importante per la preselezione dei futuri candidati alla professione legale. In un certo senso si può dire che la funzione dell'esame per l'accesso all'università sia simile a quel sistema di esami imperiali abolito nel 1905. L'esame di accesso rispecchia la struttura e l'organizzazione degli esami imperiali anche se questi ultimi non erano volti alla promozione dell'istruzione ma alla selezione di ufficiali per gli amministratori pubblici e giocavano un ruolo molto importante nella cultura tradizionale cinese stabilendo una concezione della struttura e dell'organizzazione della conoscenza per agevolare una continuità del sistema imperiale cinese⁵¹.

Le finalità odierne dell'esame per l'accesso all'università sono invece diverse, esse mirano a selezionare i futuri studenti universitari che devono essere politicamente degni di fiducia, accademicamente ben preparati e fisicamente sani. Dal 1952 l'esame di accesso è stato uno strumento di discriminazione politica che ha seriamente danneggiato lo sviluppo del paese. Negli anni Novanta vi era ancora un'enfasi forte sulle qualifiche politiche che rappresentavano la prima e più importante condizione per l'accesso alle università. Generalmente le materie che gli studenti dovevano

⁴⁸ Crespi Reghizzi G., *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, cit., p. 529 ss.

⁴⁹ Zou Keyuan, *Professionalising Legal Education in the People's republic of China*, cit., p. 181.

⁵⁰ Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, cit., p. 709.

⁵¹ Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, in *42 Issues & Studies*, 2006, p. 171 ss., p. 179.

preparare includevano politica, lingua cinese, matematica, lingue straniere, storia e geografia⁵².

Le migliori facoltà di giurisprudenza in Cina sono cinque⁵³, ma sul territorio cinese ve ne sono ormai più di 400, che rappresentano più di un terzo di tutte le università cinesi; gli studenti che le popolano sono circa 200.000, cifra che rappresenta circa un sesto di tutti gli studenti universitari cinesi⁵⁴. Coloro che hanno accesso alle università migliori sono gli studenti che in sede di esame nazionale hanno riportato i migliori punteggi⁵⁵. Superato l'esame di accesso, contrariamente a quanto avveniva in passato durante la così detta economia di piano, ogni studente è tenuto a pagare in proprio le tasse universitarie, esiste comunque un sistema di borse di studio statali che assiste circa il 30% degli iscritti⁵⁶. Dal 1995 il Ministro dell'educazione di concerto con il Ministro della giustizia ha introdotto piani di studio e corsi di laurea sul modello americano, ad esempio il *Juris Master* (JM) che era volto a modificare il tipo di insegnamento impartito dalle università cinesi considerate troppo teoriche e troppo poco idonee a preparare gli studenti anche da un punto di vista pratico⁵⁷. Il modello del JM ha riscosso successo tra gli studenti, però solo in teoria, le professioni legali e le tecniche di insegnamento sono ancora non sufficientemente sviluppate, ed anche le stesse conoscenze dei professori non sono idonee per programmi che si affidano alla simulazione in classe di processi quali ad esempio i *moot court* o quella che più in generale può definirsi la *clinical legal education*. Esperienze interessanti e di successo si sono avute soprattutto nelle grandi città, prime fra tutte Pechino che con il sostegno della *Ford Foundation* ha introdotto corsi universitari basati soprattutto sulla pratica che nel 2002 hanno portato alla costituzione del *Committee of Chinese Clinical Legal Educators* (CCCLE) costituito da undici università e specializzato nell'insegnare gli aspetti pratici del diritto⁵⁸. La maggior critica mossa dagli studiosi occidentali, ma riconosciuta anche dai cinesi stessi, è che l'insegnamento impartito nelle loro università continua ad essere troppo

⁵² Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., pp. 179- 180.

⁵³ China University of Politics and Law, Beijing; East China University of Politics and Law, Shanghai; South-West China University of Politics and Law, Chongqing; Northwest Institute of Political Science and Law, Xi'an; Zhongnan University of Economics and Law Wuhan.

⁵⁴ Hou Xinyi, *Modern Legal Education in China*, cit., p. 295.

⁵⁵ Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, cit., p. 710.

⁵⁶ Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, cit., p. 712.

⁵⁷ Zhu Suli, *An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China*, cit., p. 80.

⁵⁸ Zhu Suli, *An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China*, cit., p.80.

teorico e poco pratico⁵⁹. Le università cinesi offrono oggi percorsi di studio triennali e quadriennali, master il cui accesso è sottoposto all'esito positivo di un esame che pare essere molto complesso; i corsi di dottorato non sembrano per ora essere molti, ma sono comunque in aumento. Il primo e più comune diploma a conclusione dello studio universitario cinese è il *bachelor of law degree*, che viene conseguito dopo un corso di studi quadriennale. Le condizioni di ammissione sono due: l'aver concluso la scuola superiore ed aver superato l'esame nazionale per l'accesso all'università; il sistema cinese offre anche la possibilità di poter frequentare ulteriori tre anni di studio per ottenere un *master of law*.

Anche l'attuale organizzazione dell'istruzione giuridica rientra in un più ampio contesto di sviluppo ed attuazione della *rule of law*, infatti, migliorare l'istruzione è condizione necessaria per ottenere strutture giuridiche e istituzionali competenti; basti pensare che nel 1989 solo il 10% dei giudici e procuratori a tutti i livelli avevano un'istruzione universitaria, nel 1991, solo il 65% di tutto il personale delle corti era dotato di istruzione superiore (*college educated*)⁶⁰, solo nel 1995 con l'entrata in vigore della Legge sulla magistratura cinese è stato richiesto a coloro che volevano entrare a far parte della magistratura di avere un livello minimo di preparazione giuridica e con la modifica della suddetta legge del 2001 è stato introdotto un esame nazionale. Le facoltà di giurisprudenza costituiscono il primo passo per creare un ceto di giuristi capaci di interpretare e far vivere nelle loro decisioni un sistema di norme per il momento non sempre coerente e non sempre chiaro, ma comunque in continuo sviluppo.

2.2. Le attuali norme di riferimento e l'esame nazionale per l'accesso alle professioni legali

Come sottolineato nel capitolo I e nel precedente paragrafo è stato solo nel 1995 che l'ordinamento cinese ha iniziato a delineare in maniera

⁵⁹ Zhou Shiwen, *The Reform Strategy of Legal Education in China*, in 22 *Pac. MCGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2009-2010, p. 69 ss.; Mao Ling, *Clinical Legal Education and the Reform of the Higher Legal Education System in China*, in 30 *Fordham International Law Journal*, 2006-2007, p. 421 ss.; Erie M.S., *Legal Education Reform in China Through U.S. Inspired Transplants*, in 59 *Journal of Legal Education*, 2009-2010, p. 60 ss.; Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 171 ss.; Hou Xinyi, *Modern Legal Education in China*, cit., p. 293.

⁶⁰ Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, in 8 *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 1999, p. 581 ss., p. 587.

puntuale la figura del giudice ed i requisiti richiesti per lo svolgimento della sua funzione.

Anche la professionalità del giudice può essere letta in combinato disposto con la *rule of law*, a tal proposito è necessario analizzare l'organizzazione dell'istruzione giuridica in Cina di cui l'esame giuridico di stato una importante componente. Infatti, migliorare l'istruzione è condizione necessaria per attuare strutture giuridiche e istituzionali e per promuovere lo stato di diritto; è importante che il diritto non resti lettera morta nei testi giuridici, ma possa essere attuato perché compreso ed interpretato dall'opera di giuristi e giudici che applicandolo possano farlo divenire diritto vivente.

Fino al 1983, anno della riforma della Legge organica sulle corti cinesi, non era obbligatorio, come già ricordato, per chi volesse diventare giudice possedere un'istruzione giuridica e ancora oggi molti giudici nominati in quegli anni non sono in possesso di una laurea in materie giuridiche. Dal 2001 giudici, procuratori e aspiranti avvocati devono aver ricevuto un'istruzione giuridica di livello quantomeno universitario; infatti, da quello stesso anno sulla scia della riforma giuridica avviata dal governo, si è tentato di qualificare ulteriormente la figura del giudice, di migliorarne la professionalità e soprattutto di verificarne la preparazione giuridica condizionando l'accesso alla magistratura al superamento di un esame giuridico nazionale tradotto in inglese come *National Judicial Examination* ed in Cina noto come 国家司法考试 (*guojiasifakaoshi*)⁶¹.

Oggi, per divenire giudice in Cina è necessario essere cittadino cinese; avere almeno 23 anni di età, godere di buona salute, possedere buone qualità professionali e politiche nonché condurre una vita ispirata a principi morali.

Inoltre, per la prima volta si richiede al giudice di difendere la costituzione e di possedere una laurea o un diploma di laurea che possa dimostrare le sue capacità giuridiche consolidate da un'esperienza lavorativa in campo giuridico della durata minima di due anni; sono richiesti invece almeno tre anni di esperienza per poter essere nominato giudice di una Alta corte del popolo o della Corte suprema (art. 9 Legge sulla magistratura cinese⁶²); l'articolo in parola specifica che non è necessario il possesso di

⁶¹ In realtà l'esame era già attivo per accedere alla professione di avvocato e notaio, ma da quando è stato esteso anche ai candidati per l'accesso alla magistratura pare che sia divenuto più complesso ed articolato.

⁶² Articolo 9 legge sulla magistratura cinese come emendato nel 2001: "A judge shall possess the following qualifications:

(1) to be of the nationality of the People's Republic of China;

(2) to have reached the age of 23;

una laurea in legge ed è sufficiente una qualsiasi laurea purché idonea a garantire competenze giuridiche, tale ultima affermazione può suscitare qualche perplessità che può essere attenuata se si pensa al fatto che in Cina la laurea in legge può essere ottenuta anche con un percorso universitario diverso da quello prettamente giuridico; precisa inoltre che il praticantato possa ridursi da due anni ad un anno per coloro che possiedono un dottorato (anche non in legge) un master in materie giuridiche (anche non in materie giuridiche), laddove la nomina sia per un'Alta corte o per la Corte suprema gli anni di pratica devono comunque essere almeno due. Come spesso accade quando le leggi cinesi si dilungano in elenchi talvolta ridondanti vi è sempre un comma 'rinnegate' volto ad introdurre eccezioni a quelle che sembrano regole precise, da un lato si allentano i requisiti per i giudici già in servizio che non ne siano in possesso (per i quali saranno sufficienti dei corsi di aggiornamento, delle scuole serali), il tutto comunque rimesso alla discrezionalità della Corte suprema, dall'altro, viene disposto che allorquando ottenere le qualifiche suddette sia molto difficile, sempre su approvazione della Corte suprema, e previo superamento di un esame, anche un corso universitario di 2 o 3 anni, purché in materia giuridica, potrà essere sufficiente per essere un candidato alla nomina.

Particolari indicazioni sulle modalità di attuazione dell'esame sono state emanate dalla Corte suprema il 31 Ottobre 2001 (*Measures for the*

(3) to endorse the Constitution of the People's Republic of China;

(4) to have fine political and professional quality and to be good in conduct;

(5) to be in good health; and

(6) to have worked in law for at least two years in the case of a graduate from a four-year course in the law specialty of an institution of higher education or a graduate from a four-year course in a non-law specialty of such an institution who possesses the professional knowledge of law, and to have worked in law for at least three years in the case of the said graduate to be appointed judge of a Higher People's Court or the Supreme People's Court; to have worked in law for at least one year in the case of a person holding a Master of Law degree or Doctor of Law degree; or a person holding a master's degree or doctor's degree of non-law specialty who possesses the professional knowledge of law, and to have worked in law for at least two years in the case of the said person to be appointed judge of a Higher People's Court or the Supreme People's Court.

The judicial persons who, before this Law is implemented, do not possess the qualifications as provided by sub-paragraph (6) of the preceding paragraph shall receive training. The specific measures shall be formulated by the Supreme People's Court.

Where it is really difficult to apply the provisions in sub-paragraph (6) of the first paragraph regarding the academic qualifications, such qualifications for judges may, upon examination and approval by the Supreme People's Court and within a limited period of time, be relegated to include graduates from a two-or-three-year course in the law specialty of an institution of higher education”.

Implementation of National Judicial Exam) in accordo con la Procuratura suprema del popolo ed il Ministro della Giustizia⁶³.

Le norme attuative dell'esame nazionale per l'accesso alla professione legale sono in vigore dal 1 gennaio del 2002; ai sensi dell'articolo 2 delle Misure attuative chiunque venga nominato per la prima volta alla carica di giudice [...] dovrà superare il *National Judicial Examination* e l'esame dovrà essere espletato rispettando i principi di giustizia ed equità, esso è predisposto dal Ministro della giustizia con l'aiuto della Corte e della Procuratura suprema del popolo (art. 4), la sua attuazione è invece rimessa al solo Ministro della Giustizia (art. 5); la prova si tiene una sola volta l'anno e la data di svolgimento viene comunicata al pubblico con almeno tre mesi di anticipo (art. 6), l'esame deve valutare le conoscenze giuridiche dei candidati.

Dal combinato disposto dell'art. 9 della Legge sulla magistratura cinese e l'art. 13 delle *Measures for implementation* per partecipare all'esame è necessario godere del diritto di elettorato attivo e passivo, avere piene capacità civili; non potrà dunque partecipare all'esame di ammissione per l'accesso alle professioni legali chi è stato giudicato colpevole per un reato doloso; chi è stato rimosso dal pubblico impiego oppure coloro ai quali è stata revocata la licenza di avvocato, o coloro che sono stati espulsi da precedenti edizioni del *sifakaoshi* (art. 18).

Nonostante tali precise indicazioni, la prima edizione del nuovo esame unificato tenutasi nel marzo del 2002 non ha applicato in maniera rigida il dettato normativo e, per questo motivo, su 360.000 iscritti soltanto il 7% è riuscito a superare l'esame con successo; nella successiva edizione del 2003 è stato introdotto, come requisito necessario, il possesso di una laurea almeno triennale (non necessariamente in materie giuridiche), nonostante ciò quello stesso anno, così come negli anni successivi anche questa regola è stata derogata, infatti, coloro che provenivano dalle zone più povere della Cina (per i quali ottenere un diploma di laurea non è semplice) potevano comunque partecipare all'esame seppur con minori prospettive di successo⁶⁴.

Ai sensi dell'art. 15 delle *Measures of implementation* la lista di coloro che hanno superato con successo la prova deve essere resa pubblica dal Ministro della Giustizia previa consultazione della Corte suprema e della Procuratura suprema del popolo. A coloro che avranno superato le prove

⁶³ Il documento è disponibile su <http://en.cnci.gov.cn/Law/LawDetails.aspx?ID=6308>

⁶⁴ Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), Beijing, Law Press, 2009, p. 49.

verrà consegnato un certificato dal Ministro della Giustizia medesimo volto ad attestare le loro qualifiche giuridiche professionali⁶⁵.

Tale certificato non consente automaticamente l'accesso alla magistratura, è solo un primo passo che dovrà essere seguito da un adeguato periodo di pratica e soprattutto dalla nomina da parte delle Assemblee locali popolari o dei loro Comitati permanenti del livello corrispondente alla corte per la quale la nomina viene effettuata.

L'esame deve consistere in una prova equa, giusta, volta a testare le seguenti materie⁶⁶:

职业道德 (*zhiyedaode*) etica professionale

法理学 (*falixue*) teoria del diritto

法制史 (*fazhishi*) storia del diritto

宪法 (*xianfa*) diritto costituzionale

经济法 (*jingjifa*) diritto dell'economia

国际法 (*guojifa*) diritto internazionale

国际私法 (*guojisifa*) diritto internazionale privato

国际经济法 (*guojijingjifa*) diritto economico internazionale

司法制度和法律职业道德 (*sifazhidu he falvzhiyedaode*) sistema di diritto ed etica professionale

刑法 (*xingfa*) diritto penale

刑事诉讼法 (*zingshi susongfa*) diritto processuale penale

⁶⁵ In proposito si deve notare la differenza che intercorre tra il *sifakaoshi* e il *gongwuyuankaoshi*, ovvero l'esame per l'accesso al pubblico impiego, quest'ultimo, infatti, in caso di esito positivo garantisce un posto sicuro all'interno dell'amministrazione, un salario certo e rispettabile. Negli ultimi anni l'affluenza a tale competizione è aumentata in maniera esponenziale. Con la riforma del pubblico impiego del 2005, tra l'altro, anche i requisiti e le qualifiche per i partecipanti a quest'ultimo esame sono state notevolmente elevate e conseguentemente sono stati licenziati molti impiegati pubblici non ritenuti idonei, perchè non qualificati, in modo tale da lasciare posti di lavoro per i talenti più giovani e preparati, Feng Jianhua, *Popular Job: In a Tight Job Market, More and More Young Chinese Are Opting for the Civil Service*, in *2 Beijing Review* 49, 2006, p. 26 ss.

⁶⁶ Le materie sono tratte dai volumi per la preparazione all'esame ovvero i tre volumi *Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu*, [manuale di preparazione all'esame di accesso alle professioni legali], Beijing, Law Press, 2010, per comprendere l'importanza data al diritto penale è sufficiente pensare che uno dei tre volumi è interamente dedicato a tale materia.

行政法和行政诉讼法 (*xingzhengfa he xingzheng susong fa*) diritto amministrativo e processuale penale

民法 (*minfa*) diritto civile

商法 (*shanfa*) business law

民事诉讼法与仲裁制度 (*minshi susongfa yuzhongcaizhidu*) diritto processuale civile e arbitrato

L'esame consiste in una prova scritta, con divieto dell'utilizzo di manuali, si svolge in due giorni durante i quali il candidato deve sostenere quattro prove⁶⁷.

Con lo svolgimento della prima prova si può raggiungere un massimo di 150 crediti. Il candidato ha a disposizione tre ore per rispondere a 100 domande (test a risposta multipla) di cui 50 consistono in 4 affermazioni delle quali soltanto una è corretta, le restanti 50 domande consistono in 4 affermazioni, per le quali le risposte corrette possono essere due, in altre ancora il numero delle risposte giuste può variare (una sola risposta giusta, o due, o tre o addirittura tutte e quattro le affermazioni possono essere corrette). Per ogni risposta esatta il candidato riceverà due crediti⁶⁸.

La prima prova è volta a valutare la conoscenza della teoria, della storia, del diritto costituzionale, del diritto commerciale, del diritto internazionale pubblico e privato, del diritto commerciale internazionale e della deontologia del diritto. La seconda prova è strutturata nello stesso modo della prima, ma mira a testare le conoscenze del candidato circa il diritto e la procedura penale, il diritto e la giustizia amministrativa. La terza è, invece, incentrata sul diritto civile, il diritto commerciale, la procedura civile con una particolare attenzione per l'arbitrato. La quarta prova, infine, richiede una vera e propria elaborazione scritta dal momento che consiste in un saggio atto a dimostrare le capacità tecniche e l'abilità di scrittura del candidato. I crediti attribuiti al saggio sono ulteriori 150 ed il tempo a disposizione è di tre ore e mezzo; ancora una volta verranno testate le conoscenze sulla teoria del diritto, il diritto costituzionale, il diritto e la giustizia amministrativa, il diritto e la procedura penale, il diritto e la procedura civile, il diritto commerciale; i quesiti sono proposti sottoforma di

⁶⁷ Articolo 9 *Measures for the Implementation of National Judicial Exam*.

⁶⁸ Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 185; vedi anche , Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), cit., pp. 49- 50.

analysis questions (il cinese *fexiti*)⁶⁹; alcune delle domande sono volte a comprendere la capacità del candidato di analizzare un caso e di valutare la conoscenza di documenti giuridici formali; in questa parte dell'esame, i candidati devono impostare il caso nel rispetto della domanda e strutturare l'atto più appropriato al quesito proposto. L'analisi di un caso concreto mira soprattutto a valutare le abilità pratiche del candidato attraverso la stesura di un atto d'accusa o di un giudizio e l'analisi dei documenti giuridici forniti.

Il voto finale di tutte e quattro le prove deve tenere in considerazione la forma, la chiarezza, l'uniformità del linguaggio, la punteggiatura e la grammatica. In ogni prova il candidato dovrà tentare di dimostrare le sue conoscenze e le sue capacità.

Per superare l'esame è necessario ottenere un minimo di 360 crediti; una diversa valutazione con crediti ridotti ad un minimo di 335 viene applicata per i candidati appartenenti alle zone disagiate della Cina dell'ovest⁷⁰.

2.3. Considerazioni ed esempi

Nelle librerie cinesi possono essere trovati vari manuali e formulari per lo svolgimento dell'esame, essi contengono domande e test su cui esercitarsi ed anche esempi di possibili soluzioni dei casi proposti, nonché i contenuti fondamentali delle materie giuridiche da conoscere⁷¹.

Se è vero che un paese fondato sullo stato di diritto attribuisce grande importanza alla formazione dei giudici, dal sistema di selezione e dalla tipologia di domande proposte ai candidati è possibile desumere anche indirettamente l'indirizzo che il governo cinese intende conferire all'amministrazione della giustizia. Particolare importanza assumono le domande incentrate sulla teoria generale del diritto, sul diritto pubblico, diritto amministrativo e deontologia dal momento in cui è proprio da queste materie che si può desumere la rilevanza attribuita in Cina all'introduzione ed applicazione della *rule of law*. Esistono in proposito alcuni studi che si sono focalizzati principalmente sul contenuto delle questioni proposte tra il

⁶⁹ Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 186.

⁷⁰ Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 184.

⁷¹ *Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu*, [manuale di preparazione all'esame di accesso alle professioni legali], cit. ad esempio.

2002 ed il 2005, ovvero nei primi quattro anni in cui si è svolto l'esame unificato per l'accesso alle professioni legali⁷².

La prima considerazione che ne è emersa è che nel periodo esaminato l'ideologia marxista-leninista non sembra aver costituito parte formale dell'esame, ciò a riprova dell'elevato standard professionale che si vuole conferire allo stesso, notevole è la gamma delle materie giuridiche proposte, la cui conoscenza è testata sia da un punto di vista pratico che teorico. Si passa infatti dal testare la conoscenza di norme specifiche di diritto bancario a norme più generali di diritto privato, pubblico ed internazionale. Da quanto sopra potrebbe desumersi che un esame così strutturato e di portata così vasta sia indice della carenza di un sistema giuridico formato da norme organiche, considerazione in base alla quale può ancora ritenersi valida la dichiarazione di Lubman del 1999 secondo la quale con riferimento alla Cina non sia possibile parlare di un sistema giuridico in senso proprio (*legal system*), quanto piuttosto di istituzioni giuridiche singolarmente considerate (*legal institutions*)⁷³. Al proposito si ricorda che durante lo svolgimento dell'esame ai candidati non è permessa la consultazione dei manuali⁷⁴, fatto che presuppone la predominanza dello studio mnemonico delle materie rispetto ad un'analisi ragionata di principi astratti e generali da applicarsi ai singoli casi concreti. Tale approccio sembra conciliarsi meglio con un'idea di stato di diritto socialista nel quale alla libertà di pensiero è, invece, preferita l'unità dello stesso⁷⁵. In questo senso la *rule of law* con i suoi principi a matrice occidentale sembra essere penetrata in settori specifici del diritto (privato), piuttosto che assorbita dall'ordinamento nel suo insieme e trasposta nei principi più generali del diritto pubblico assumendo dunque "caratteristiche peculiari cinesi". A tal proposito il diritto civile e il diritto commerciale occupano l'area di esame più importante e ciò corrisponde alla grande rilevanza che la Cina oggi attribuisce alla sua crescita economica;

⁷² Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 186 ss.

⁷³ E' quanto si ricava dalle prime pagine del volume di Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford, Stanford University Press, 1999, p. 3, nelle quali premette che "[b]ecause of the lack of a unifying concept of law, and even more so because of the fragmentation of authority that marks China today, I have nowhere in this book referred to a Chinese legal system, only to Chinese legal institutions".

⁷⁴ Articolo 9 delle *Measures for the Implementation of National Judicial Examination* (1 gennaio 2002), disponibili su <http://en.nci.gov.cn/Law/LawDetails.aspx?ID=6308>

⁷⁵ O'Brien R., *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, Adelaide, Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference 28-30 September 2005, p. 1 ss., disponibile su <http://www.unisa.edu.au/hawkeinstitute/gig/aapae05/documents/o'Brien.pdf>, p. 7.

non a caso sono queste stesse le aree del diritto cinese maggiormente sviluppate così come particolare rilievo viene conferito all'area delle relazioni e del commercio internazionale⁷⁶.

La limitata importanza attribuita al diritto pubblico è segno del più lento e minore sviluppo che questo campo ha avuto rispetto al diritto privato ed il suo minor ruolo nella pratica, soprattutto nei rapporti economici e negli scambi commerciali⁷⁷.

Non è facile comprendere quanto sia popolare oggi l'esame giuridico nazionale, i numeri non sono certo paragonabili a quelli degli esami per l'accesso all'impiego pubblico, ma ciò può essere dovuto ad una serie di fattori, il più importante dei quali è rappresentato dal fatto che una volta superato il *civil servant exam* il soggetto ha la certezza che verrà impiegato in una pubblica amministrazione, cosa che invece non accade per l'esame strumentale all'accesso alle professioni legali che dimostra soltanto l'idoneità del soggetto a svolgere questo ruolo, ma che dovrà essere seguito oltre che da un periodo di pratica⁷⁸ anche dalla nomina degli organi legislativi di pari livello rispetto a quello della corte in cui si renda vacante un posto.

Per ciò che concerne la pratica, dal 1985 la Corte suprema ha istituito a Pechino una scuola atta a formare i giudici (*National judge college*) ma ciò non sembra aver influito in modo significativo sulla generale preparazione dei giudici, nemmeno con l'istituzione nel 1997 di un vero e proprio *Judicial Training College* sempre a Pechino⁷⁹, particolari miglioramenti sembrano essere avvenuti dopo l'accesso della Repubblica popolare cinese nell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e con corsi specifici sulle materie ad essa connesse⁸⁰.

Il sistema di reclutamento per il giudice cinese sembra dunque collocarsi a metà strada tra i sistemi di *civil law* e di *common law* della tradizione giuridica occidentale, infatti è necessario superare un esame che non è un

⁷⁶ Dagli indici del *Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu*, [manuale di preparazione all'esame di accesso alle professioni legali], Beijing, Law Press, 2010.

⁷⁷ Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 177 ss.

⁷⁸ Gli artt. 26, 27 e 28 della Legge sulla magistratura cinese non danno particolari indicazioni sul training dei giudici, ma si desume che possa avvenire prima della nomina o durante, sebbene non manchino critiche sul tema per una mancanza di sistematicità ed organizzazione, Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), Beijing, Law Press, p. 268 ss.

⁷⁹ Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit., pp. 253-254.

⁸⁰ Zou Keyuan, *Professionalising Legal Education in the People's republic of China*, cit., p. 178.

concorso e non dà accesso alla magistratura, ma costituisce una *condicio sine qua non* pur non fornendo alcuna garanzia circa la futura professione, l'esame è combinato con una nomina da parte degli organi legislativi nazionali per ciò che riguarda la Corte suprema e le corti inferiori.

Il sistema sembra male organizzato ed offre scarse certezze lavorative rispetto alle fatiche prospettate, interessante sarebbe poter verificare se i giudici nominati negli ultimi anni siano davvero i più professionalizzati e se tutti abbiano dovuto affrontare il *sifakaoshi*, o se davvero può dirsi ancora esistente un sistema assimilabile a quello della nomenklatura (e se lo stesso si stia rimodellando sui nuovi requisiti richiesti stilando dunque le liste con i nominativi di coloro che abbiano superato con successo l'esame o se invece il Partito stia intervenendo sugli esiti e le promozioni per spingere i 'suoi' futuri giudici).

A completamento del quadro generale fornito circa l'esame nazionale e delle considerazioni sopra espresse può risultare utile sintetizzare alcuni esempi di domande proposte durante lo svolgimento degli esami, oltre ai manuali di preparazione all'esame giuridico nazionale si trovano facilmente in rete le prove e le questioni sottoposte agli esami degli anni precedenti⁸¹.

Una delle domande che riguardano la teoria generale del diritto, proposta nella prima edizione del 2002, mirava a descrivere *a contrario* il concetto di *legal system*; il candidato doveva infatti considerare corrette le seguenti circostanze: 1) l'affermazione in base alla quale l'ordinamento giuridico cinese è composto dalle leggi nazionali attuali; 2) il fatto che l'odierno sistema cinese affonda le radici nelle prime proposte di riforma emerse dopo gli studi di Shen Jiaben; 3) il fatto che nonostante alcune differenze, anche l'ordinamento di Hong Kong fa parte del sistema giuridico cinese. Se il candidato riconosceva la correttezza delle tre affermazioni dimostrava di essere al corrente dell'ampiezza del significato dell'idea di ordinamento giuridico e delle sue diverse accezioni, considerando invece scorretta la risposta che portava a ritenere inesistente un *legal system* ai tempi dell'Impero a causa della mancanza di una puntuale divisione tra diverse aree del diritto⁸².

⁸¹ Uno dei siti internet è <http://www.chinalaws.org/sfks/ShowArticle.asp?ArticleID=2523>.

⁸² I termini precisi della domanda (si trattava di un test a scelta multipla con una sola risposta errata da individuare) erano i seguenti:

Per '*legal system*' deve intendersi:

- a) the current national law should work as a basis for examining the Chinese legal system;
- b) the modern legal system in China stems from the law reforms of Shen Jiaben;
- c) the legal system in China is a unified system, although there are some differences between the legal system in Hong Kong and that of the mainland;

Domande di questo tipo non sembrano essere comunque frequenti, più spesso vengono proposti test sulla relazione tra diritto e morale ad esempio è capitata una domanda volta ad accertare se morale e diritto fossero principi validi ed obbligatori nell'organizzazione della società, nonostante esistano differenze tra norme morali e norme giuridiche, il candidato doveva desumere dalle enunciazioni proposte quali delle relazioni espresse fra diritto e morale fosse vera o falsa⁸³.

Tale tipologia di domande pur non essendo direttamente riconducibile alla categoria delle domande 'politiche' che ufficialmente non fanno parte del programma di esame, se non per ciò che riguarda la storia del diritto, sono comunque prodromiche per i valutatori a determinare quanto la linea di pensiero del candidato sia vicina ai dettami del marxismo-leninismo-maoismo ed in sintonia con il pensiero dominante cinese, caratteristiche queste che continuano pertanto ad essere rilevanti nella netta distinzione tra la filosofia del diritto cinese e quella non marxista e comunque occidentale⁸⁴.

Un altro gruppo di domande è invece più prettamente riconducibile a categorie del diritto occidentale ed ai suoi corollari quali ad esempio la successione delle leggi nel tempo⁸⁵, la gerarchia delle fonti, oppure i diversi canoni ermeneutici di interpretazione della legge; talvolta sono state proposte anche domande a matrice comparatistica, come ad esempio la

d) China lacked a legal system during the imperial period because there was no division into different fields of law.

La risposta sbagliata è la (d), il candidato per rispondere correttamente avrebbe dovuto considerare esatte le risposte (a), (b), (c), la domanda è riportata in Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., pp. 188- 190.

⁸³ I termini precisi della domanda (si trattava di un test a scelta multipla con una sola risposta errata da individuare) erano i seguenti:

a) legal norms emphasize both duties and rights, whereas moral norms only emphasize duties;

b) the compulsory character of moral norms is a purely psychological one;

c) Marxist jurisprudence argues against a one-sided emphasis on the priority of the stability of law;

d) moral norms that are reflected in legal norms are always abstract.

L'ultima risposta è sbagliata perché le norme morali costituiscono un concetto storico il cui contenuto cambia con il trascorrere del tempo, le norme morali riflettono il pensiero dei governatori di ciascuna epoca (*interests of the ruling class*) e tali interessi non sono astratti, ma concreti. La domanda è riportata in Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 190.

⁸⁴ Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., pp. 190- 191.

⁸⁵ Il candidato deve dovrebbe sapere che *lex posteriori derogat anteriori*.

differenza tra le fonti del diritto nei paesi di *common law* e in quelli di *civil law* (il candidato dovrebbe infatti sapere che l'ordinamento cinese non considera il diritto non scritto una fonte formale del diritto, almeno nella teoria, avvicinandosi in questo senso più alla famiglia di *civil law* che di *common law*⁸⁶).

Vi sono poi domande idonee, almeno nella teoria, a far ritenere che l'ordinamento cinese sia in transizione verso un concetto di stato di diritto così come inteso in occidente, ovvero il candidato deve riconoscere la differenza tra il concetto di *rule of law* e *rule by law*, sapendo che con la prima accezione deve intendersi la protezione giuridica dei cittadini cioè il diritto deve servire come limite per i poteri statali; mentre con la seconda definizione il diritto altro non è se non il più importante strumento per regolare i rapporti tra il popolo, ma non per questo sufficiente a frenare i poteri dello stato⁸⁷. Nel 2010 non sono mancate domande volte a sottolineare il fatto che il giudice deve essere indipendente nella formulazione della decisione; il candidato doveva infatti considerare corretta l'attività del magistrato che decidesse la causa in base ai fatti e secondo criteri di neutralità ed imparzialità, nel rispetto di quanto *ex lege* predisposto e senza interferenza alcuna da parte dei giudici gerarchicamente superiori o da parte di altro organo amministrativo; oppure riconoscere le differenze intercorrenti tra la professione di magistrato (giudicante e requirente), avvocato e notaio riconoscendone la diversità di funzioni nonostante la formazione simile e l'emanazione di regolamenti talvolta uguali per le diverse professioni⁸⁸.

Per quanto concerne la valutazione della conoscenza del diritto pubblico, le prove spaziano da domande sulle fonti del diritto volte in particolare a testare se il candidato conosce ad esempio la Legge sulla legislazione del 2000, oppure volte a stabilire un'adeguata conoscenza dei rapporti tra le diverse fonti nazionali e locali, in considerazione anche dell'esistenza di

⁸⁶ Domande che possono essere definite di diritto comparato possono essere sottoposte al candidato oltre che sottoforma di test a risposta multipla anche con la richiesta di elaborazione di un breve saggio; ad esempio nel 2005 il candidato dovevano argomentare la seguente questione: "States practicing a common law system adhere to a system of binding precedent; i.e. the primary source of law is judicial opinion and judges are bound by their previous decisions. In China, written law and judicial interpretations are the main sources of law; at the same time, the Supreme People's Court exercises supervision over lower courts by publishing model cases. Please give your point of view relating to precedents, model cases, and judicial interpretations".

⁸⁷ Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., pp. 191-192.

⁸⁸ Si tratta della domanda n. 49 proposta nell'edizione del 2010.

regioni amministrative speciali⁸⁹, nonché domante volte a testare il rapporto tra politiche statali, (come ad esempio la pianificazione familiare), ed i diritti dei cittadini, e quale interesse debba prevalere in caso di contrasto⁹⁰.

Oltre a molte altre complesse categorie di domande riguardanti il diritto penale ed il diritto amministrativo, l'esame verte anche sulla conoscenza da parte dei candidati di quel Codice etico, descritto nel capitolo I paragrafo 3.3., che delinea gli atteggiamenti che dovrebbero essere propri di un giudice e quelli che invece non risultano consoni alla sua professione⁹¹.

Anche in questo caso si producono degli esempi di alcune domande, durante l'esame del 2004 venne sottoposto un quesito volto a tracciare il corretto comportamento nei rapporti tra giudici e avvocati, sarebbe infatti opportuno che gli stessi non fossero legati da rapporti di amicizia pregressi, o che nuovi rapporti si vengano a creare in conseguenza di esperienze condivise al di là del rapporto lavorativo, come ad esempio il fatto di trascorrere insieme un breve viaggio⁹².

A distanza di sei anni la deontologia professionale continua comunque ad avere una sua rilevanza, anche nell'edizione del *sifakaoshi* del 2010 il candidato doveva essere in grado di identificare le azioni che un giudice non avrebbe dovuto commettere per non violare il Codice etico; in particolare il candidato doveva riconoscere che, nonostante comportamenti poco corretti di uno degli avvocati delle parti, non può essere il giudice, tantomeno in udienza, a richiedere che la parte in causa venga difesa da un altro avvocato,

⁸⁹ Un esempio è costituito da Hong Kong e Macao per approfondimenti vedi Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit., p. 215 ss.

⁹⁰ I termini precisi della domanda erano i seguenti: Ms. Liu who had violated the one-child policy by giving birth to three daughters and as a result was forced out of her bed and taken before the village committee for 'education measures'. Il candidato deve capire che in questo caso, pur essendo stata infranta la legge, c'è stata la violazione della libertà domestica della Signora Liu in quanto forzosamente portata via dalla sua casa, la domanda è riportata in Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., p. 194.

⁹¹ O'Brien R., *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, cit., p. 1 ss.

⁹² I termini precisi della domanda (si trattava di un test a scelta multipla) erano i seguenti: In the following examples which conditions violate the regulations concerning the mutual relations of judges and lawyers? a) Lawyer Chen in a case addresses the directing judge as his university fellow student. b) Judge Wang invites the defendant to go to seek advice from Lawyer Tian. c) A certain law firm invites Judge Yang take part in celebrations on moving offices. d) A certain law firm invites all the personnel of the trial chamber in a certain court to go out on a tour. I comportamenti scorretti sono evidenziati nelle risposte (a), (b), (d); la domanda è riportata in O'Brien R., *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, cit., p. 5.

così come l'inammissibilità delle prove non può essere comunicata al solo avvocato che l'ha prodotta al fine di avvantaggiarlo spronandolo a trovare prove più convincenti, o ancora a rilasciare dichiarazioni pesanti circa il mal funzionamento della giustizia attribuendo la colpa al personale corrotto; il candidato doveva invece riconoscere come comportamento corretto quello che porta il giudice, che individua in uno degli avvocati in causa un suo compagno di scuola, ad astenersi dal giudicare la causa⁹³. Inoltre, non deve mancare tra giudici e avvocati il reciproco rispetto durante il dibattimento in aula nella considerazione dei rispettivi ruoli: un giudice non deve impedire ad un avvocato di esporre le ragioni del proprio cliente, senza un giustificato motivo e con l'intento di avvantaggiare la parte concorrente⁹⁴.

Tali domande, volte a valutare la preparazione dei candidati circa le regole di condotta contenute nel Codice etico del 2001, potrebbero apparire scontate agli occhi di un osservatore occidentale, ma non lo sono nel contesto cinese; infatti la discrezionalità e la flessibilità da sempre presente nei comportamenti di tutti gli operatori del diritto fanno sì che queste siano costantemente violate in quanto non ancora assimilate e non percepite come comportamenti illegittimi⁹⁵.

Il riscontro pratico della portata dell'esame nazionale per l'accesso alle professioni legali può essere desunto dalla disamina di alcuni dati statistici.

La prima edizione (marzo 2002) dell'esame nazionale (*sifakaoshi*) allargato anche ai futuri giudici ha contato 360.000 partecipanti, come immediata considerazione è stato notato un aumento di circa il 65% rispetto al numero dei partecipanti dell'anno precedente (220.000), quando l'esame nazionale era destinato soltanto a coloro che volevano intraprendere la professione di avvocato o notaio; la percentuale dei promossi dell'anno 2002

⁹³ Domanda n. 89 del National judicial examination del 2010.

⁹⁴ Una domanda proposta nell'edizione dell'esame del 2003 prefigurava la seguente situazione: durante un processo penale il giudice impedisce ripetute volte all'avvocato della difesa di parlare, quest'ultimo fa obiezione che gli viene negata, decide allora di alzarsi ed allontanarsi dall'aula, passa davanti al P.M. che gli dice: "Devi stare attento!", l'avvocato allora, preoccupato delle eventuali conseguenze negative comunica al suo cliente la sua intenzione di rinunciare al mandato. Il test chiedeva al candidato di individuare quali condotte un operatore del diritto non avrebbe dovuto tenere: a) The conduct of the judge in many times stopping the lawyer from speaking. b) The conduct of the lawyer in leaving the court c) The procurator's speaking thus to the lawyer. d) The conduct of the lawyer in suggesting to the party that the representation relationship be terminated. I comportamenti scorretti sono evidenziati nelle risposte (a), (b), (c), (d), ovvero tutti quelli proposti; la domanda è riportata in O'Brien R., *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, cit., p. 6.

⁹⁵ Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, cit.; Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, cit.

è stata molto bassa, circa il 7%, ulteriore riprova della difficoltà insita nell'esame. Negli anni successivi il numero dei partecipanti è sempre andato crescendo fino a superare la soglia dei 400.000 iscritti nel 2009. Certamente la grande riforma giuridica può influire sulle prospettive di guadagno e quindi di una brillante carriera attirando sempre più candidati pronti ad intraprendere una professione legale⁹⁶.

Anno di riferimento del <i>guojiasifakaoshi</i>	Numero degli iscritti	Candidati che hanno superato l'esame con successo
2002	360.000	7%
2003	197.000	10%
2004	195.000	11%
2005	244.000	14.39%
2006	280.000	15%
2007	294.000	22.39%
2008	370.000	27-30%
2009	410.000	non disponibile

La costante crescita della percentuale di soggetti che ogni anno supera l'esame con successo può essere idonea a testimoniare una sempre maggiore preparazione dei candidati e di conseguenza dei futuri giudici. Nell'edizione dell'ottobre del 2003 i candidati furono 197.000 con una percentuale di successo pari al 10%, il calo dei partecipanti nella seconda edizione fu dovuto principalmente a due fattori: l'innalzamento delle qualifiche richieste per l'iscrizione e la bassa percentuale di successi dell'anno precedente costituivano un forte disincentivo per i candidati, oltre al fatto che, anche in caso di esito positivo, non veniva garantito un posto di lavoro⁹⁷. Il trend dei dati non subisce sostanziali variazioni nell'anno 2004 con un numero di partecipanti pari a c.a. 195.000 ed una percentuale di successo di circa l'11%. Nell'esigua percentuale dei promossi vi erano candidati provenienti prevalentemente dalle ricche città e province della costa⁹⁸ e questi stessi

⁹⁶ La statistica è disponibile su <http://www.yuloo.com/news/1012/523832.shtml>

⁹⁷ O'Brien R., *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, cit., p. 2; Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, cit., 184.

⁹⁸ Iscrivere all'esame può risultare molto costoso per alcuni cinesi e soprattutto i corsi di preparazione possono arrivare a costare quanto un intero anno di iscrizione all'università. Anche i prezzi sono disponibili on line: <http://www.chinalaws.org/sfks/ShowArticle.asp?ArticleID=2523>.

erano per altro in possesso di titoli universitari più elevati. Pochissimi i candidati promossi che provenivano dalle province più povere dell'ovest della Cina, dove le opportunità di istruzione e la qualità dell'educazione sono ancora assai limitate. Concludendo gli effetti positivi della riforma si ritrovano quasi esclusivamente nelle aree più ricche ove ad oggi sono presenti sezioni specializzate (come ad esempio le sezioni dedicate alla proprietà intellettuale), altamente professionalizzate nelle quali operano giudici non solo laureati, ma spesso in possesso di qualifiche ulteriori⁹⁹.

3. Considerazioni conclusive

3.1. Un nuovo ruolo per il giudice cinese?

*Protecting rights is the improvement of justice*¹⁰⁰.

E' difficile ipotizzare un nuovo ruolo per il giudice cinese, la riforma giuridica appare infatti estremamente frammentata, con realtà ancorate al passato e quasi totalmente immuni da quelle che sono state le riforme degli ultimi anni. Sono avvenuti comunque grandi cambiamenti, esistono realtà dove è possibile riscontrare indipendenza e professionalità della magistratura, perché all'interno delle corti sono state create sezioni estremamente specializzate nelle quali lavorano giudici che non solo hanno conseguito una laurea in legge, ma anche master e dottorati, coesistono però realtà diametralmente opposte in cui il magistrato prende le decisioni secondo il buon senso ed in base ad una discrezionalità (che talvolta sfocia in arbitrarietà guidata da legittime o illegittime politiche di Partito) che è stata avvicinata al rapporto intercorrente tra *common law* ed *equity* in Inghilterra. Non vi è dubbio che vi siano affinità, ma anche sostanziali differenze: la centralizzazione dell'amministrazione della giustizia in Inghilterra servì ad omogeneizzare le norme del paese, mentre in Cina *l'aequitas* (ovvero l'influenza politica) varia e di molto da corte a corte predisponendo di volta in volta rimedi anche molto diversi tra loro e spesso in assenza di qualsiasi regola procedurale.

⁹⁹ Peerenboom R., *Judicial Independence and Judicial accountability: an empirical study of Individual case supervision*, in 55 *China Journal*, 2006, p. 67 ss., p. 75.

¹⁰⁰ Slogan che negli ultimi anni è divenuto molto popolare soprattutto nelle corti di base, citato da Balme S., *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, in Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 179 ss., p. 197.

In futuro però il ruolo della magistratura cinese potrebbe subire più marcati cambiamenti in quanto di giustizia e di corti si parla molto e questo interesse fa sì che vi possano essere sempre più atti volontariamente (o involontariamente) coraggiosi decisi da giovani giudici nati e cresciuti in una Cina moderna (e sempre che questi comincino a popolare le corti di ogni livello).

Nel caso di seguito riportato (noto come *Seed case*¹⁰¹) la protagonista è una giovane giudice (Li Huijuan) che sognava di portare avanti principi di giustizia simili a quelli che ritrovava nelle soap opera che oggi proliferano nella televisione cinese, spesso ambientate nella Cina imperiale¹⁰². Il giudice Li Huijuan ha conseguito una laurea in legge presso la *Henan University* e successivamente un master presso la prestigiosa *University of Politics and Law* a Pechino, può ritenersi pertanto uno di quei giudici altamente professionalizzati appartenente alla nuova generazione. Nello svolgimento del suo lavoro (e per la precisione nell'applicazione di un contratto) nel 2003 si è trovata ad applicare una norma provinciale che stabiliva il prezzo di un seme, norma che è risultata essere in palese contrasto con quanto disposto a livello nazionale; il giudice Li, ben conoscendo la gerarchia delle fonti, resa più chiara dalla Legge sulla legislazione del 2000, ha spontaneamente dichiarato invalida la norma provinciale in favore di quella nazionale¹⁰³.

E' importante sottolineare che durante l'esame degli atti Li ricevette una lettera da parte di un ufficiale del governo locale nella quale le veniva richiesto di fare attenzione nella risoluzione del caso; si trattava

¹⁰¹ Zhao Lei, Li Huijuan: tiaozhan difang lifa (Li Huijuan: challenging local legislation), come citato da Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 632, vedi anche Yardley J., *A Judge Tests China's Courts, Making History*, The New York Times, 28 novembre 2005 disponibile su <http://www.nytimes.com/2005/11/28/international/asia/28judge.html>.

¹⁰² "Television stations carry numerous shows and mini-series depicting all kinds of legal disputes and their resolution. [...] Chinese media broadcast very pointed educational or fictional programs that convey clear messages that propaganda departments are eager to disseminate during legal education campaigns. Judges and lawyers embody a stylized modern society that citizens are encouraged to join, and a host of soap operas include characters who see their disputes adjudicated in invariably well-organized and corruption-free court staffed by righteous judges", Landry P., *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, in Ginsburg T., Moustafa T., *Rule by law, The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 207 ss., pp. 224-233.

¹⁰³ Il caso è diventato popolare anche in occidente tanto da essere spesso citato in documenti in lingua inglese: Yardley J., *A Judge Tests China's Courts, Making History*, cit., Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 632, Balme S., *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, cit., p. 180 ss.

evidentemente di una disputa di una certa importanza (quantomeno a livello locale) e l'applicazione del prezzo previsto dalla norma provinciale piuttosto che quello stabilito a livello nazionale comportava differenze economiche importanti. Nelle more del procedimento ricevette anche la visita di una delle parti, ma riuscì a non affrontare l'argomento. La sua decisione fu dunque quella di dichiarare nulla la norma provinciale applicando, invece, quella nazionale per la risoluzione del caso. La questione seppur non particolarmente eclatante nei fatti suscitò scalpore prima nell'amministrazione locale e successivamente nella corte. La giovane giudice era preoccupata per la sua carriera, anche se priva di rimpianti circa la decisione presa e disposta a rispondere delle sue responsabilità; la ragazza venne comunque momentaneamente sospesa¹⁰⁴ e fu reintegrata nel posto di lavoro soltanto un anno dopo; le fu concesso una sorta di permesso dal lavoro (tra l'altro in concomitanza della sua gravidanza) durante il quale Li continuò i suoi studi giuridici a Pechino. Nel frattempo, al fine di difendere la sua posizione, Li aveva preso contatti con un'Associazione tramite la quale il caso non solo fu portato a conoscenza della Corte suprema, ma venne anche preso in grande considerazione dai media, riscuotendo particolare attenzione da parte della dottrina. A distanza di pochi mesi, anche il Comitato permanente dell'ANP, organo *ex lege* deputato a risolvere i conflitti tra norme¹⁰⁵, si occupò della questione. Infatti, l'errore del giudice Li consisteva proprio nell'essersi permessa di sindacare la legittimità di una legge locale, appropriandosi di un potere proprio invece del Comitato permanente (organo legislativo). Il comportamento del giudice deve essere considerato in un contesto in cui raramente il Comitato permanente si occupa in realtà di conflitti di questo tipo sebbene portati alla sua attenzione. La pressione dei media e l'interesse suscitato dal caso hanno invece indotto l'organo legislativo a trattare la questione. Una volta risolto il conflitto tra norme, la causa è tornata all'Alta corte dell'Henan nel 2004 la quale è giunta, di fatto, alla stessa conclusione già presa un anno prima dal giudice Li, ma, come la stessa autorità giudiziaria non ha mancato di sottolineare, nel rispetto delle procedure e soprattutto dei poteri del legislativo.

In sostanza, il gesto della giudice fu considerato una sfida politica, sebbene non fosse nelle sue intenzioni, la risonanza è stata tale da indurre molti studiosi a ritenere che l'attuazione della riforma giuridica stesse

¹⁰⁴ In realtà l'Alta corte del popolo dove il caso fu appellato chiese alla Corte intermedia del popolo (quella che aveva emesso la sentenza impugnata decisa da Li Huijuan) di licenziarla, Balme S., *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, cit., p. 180.

¹⁰⁵ E' sempre la legge sulla legislazione ex art. 90 a stabilirlo.

finalmente portando dei risultati, ovvero una maggiore autonomia del magistrato non più mero esecutore delle politiche statali (incoraggiato all'inerzia al fine di commettere meno errori), ma vero interprete della legge¹⁰⁶.

Quanto riportato rappresenta una tendenza che negli ultimi anni parte della dottrina continua a sottolineare. Sebbene possa apparire eccessivo accostare il così detto *Seed case* alla sentenza americana del 1803 *Marbury v. Madison*¹⁰⁷, poiché non sancisce alcun potere di *judicial review* nell'ordinamento, è certamente vero che per la storia giudiziaria della Cina rappresenta una sentenza di estrema importanza e rafforza l'idea che, soprattutto le corti di base ed intermedie stiano acquisendo una maggiore consapevolezza del loro ruolo. Se fino a qualche anno fa la riforma giuridica sembrava a senso unico con interventi del Partito, dell'Assemblea nazionale del popolo e della stessa Corte suprema per rimediare a lacune e carenze del sistema¹⁰⁸, ovvero una riforma che si muoveva dall'alto al basso, negli ultimi anni si intravedono inversioni di tendenza, infatti, soprattutto le corti inferiori stanno iniziando a confrontarsi con le corti di pari livello per apprendere come casi simili siano stati altrove risolti; internet in questo senso rappresenta una fonte di conoscenza fino a qualche tempo fa sconosciuta¹⁰⁹. La conseguenza che ne deriva è rappresentata dal fatto che se le risposte vengono trovate nelle decisioni di altre corti non verranno cercate altrove, in particolare non nel PCC (o di chi lo rappresenta a livello locale) o nelle corti superiori:

*“The growth of horizontal relationships suggests that courts may be able to expand their own autonomy by looking to other courts for guidance rather than to party-state officials or court superiors”*¹¹⁰.

Sviluppi ulteriori rispetto a tale presa di coscienza si evidenziano anche (e soprattutto) in una maggiore consapevolezza del ruolo svolto dalla costituzione. Come è noto nei paesi socialisti la costituzione ha un valore diverso rispetto a quello ricoperto nei paesi occidentali poiché è percepito

¹⁰⁶ Yardley J., *A Judge Tests China's Courts, Making History*, cit.

¹⁰⁷ E' il Prof. He Weifang ad accostare le due sentenze pur sottolineandone le differenze come citato da Yardley J., *A Judge Tests China's Courts, Making History*, cit.

¹⁰⁸ Per consultare l'Annual Report on China's Judicial Reform in lingua inglese vedi il blog del Prof. Xu Xin disponibile su <http://justice.fyz.cn/art/811949.htm>.

¹⁰⁹ Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 631.

¹¹⁰ Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 631.

più come un documento politico piuttosto che prettamente giuridico¹¹¹, l'influsso della *rule of law*, nonostante le ambiguità esposte nei capitoli precedenti, si è però fatto sentire anche sui diritti costituzionalmente garantiti e sulla loro funzione.

Il collegamento tra magistratura e costituzione in occidente segue generalmente il seguente sillogismo:

*“constitutions are phenomena that are regarded as laws; law is a phenomenon that is enforceable by courts; therefore constitutions must be phenomena that are enforced by courts; and therefore constitutionalism is principally a product of judicial power”*¹¹².

Ovviamente, affinché un giudice possa sentirsi svincolato nell'interpretare la costituzione, deve poter godere di un certo grado di indipendenza che torna dunque a giocare un ruolo molto importante.

Come anticipato nel primo capitolo e come dimostrato dal *Seed case*, in Cina non esiste né un organo *ad hoc* che valuti la conformità delle norme (nazionali e locali) alla costituzione né è data al giudice la possibilità di pronunciarsi su eventuali norme incostituzionali, bensì la costituzione e la Legge sulla legislazione prevedono che sia l'organo legislativo (principalmente il Comitato permanente) ad occuparsi di eventuali difformità tra legislazione e costituzione.

Tale 'supervisione costituzionale' fa sì che solo i diritti (fondamentali¹¹³) costituzionali sanciti anche in altre leggi riescano, se

¹¹¹ “Il costituzionalismo si pratica laddove i politici e i tecnici delle istituzioni riconoscano insieme la costituzione come fonte di legittimazione e limitazione dei propri poteri e, forse ancor prima, laddove gli stessi cittadini sentano la costituzione come una base delle proprie pretese di sicurezza e giustizia”, Luther J., *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene editore, 2009, p. 223 ss., p. 224.

¹¹² Albert Venn Dicey come citato da Balme S., Dowdle M. W., *Introduction: Exploring for Constitutionalism in 21st Century China*, in Balme S., Dowdle M. W. (Edited by), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, 2009., p. 1 ss., p. 2.

¹¹³ Da quando l'emendamento costituzionale del 2004 ha introdotto all'art. 33 della costituzione che “The State respects and protects human rights” è aperto il dibattito sul se debbano considerarsi diritti fondamentali solo quelli elencati in costituzione o anche altri. I diritti esplicitamente dichiarati in costituzione sono: 1) diritti e libertà civili; 2) diritti politici; 3) libertà personale; 4) diritti sociali economici e culturali, Tong Zhiwei, *Development of Chinese constitutionalism in the mid and short run*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009., p. 149 ss., pp. 158-159.

violati, a trovare una qualche forma di tutela, mentre gli altri ne restano privi¹¹⁴.

E' necessario qui ricordare che la tradizione giuridica che la Cina ha alle sue spalle non ha mai conosciuto l'idea di diritti che appartengono all'uomo in quanto tale, non rientra nella cultura cinese l'idea di diritti naturali e così anche i diritti stabiliti in costituzione vengono percepiti dalla maggior parte dei cittadini cinesi come concessioni dello Stato¹¹⁵. Non è un caso infatti che l'attività stessa di supervisione costituzionale non sia in realtà molto praticata e rappresenti piuttosto un eventuale controllo sugli organi più che un controllo sugli atti¹¹⁶.

“In questa prospettiva, la costituzione si presenta come la parte più importante dell'indirizzo politico predefinito dal partito e sancito dallo stesso congresso del popolo come titolare formale del potere costituente. La supervisione servirebbe a garantire la stessa supremazia del potere costituente, una “rule of the assembly” più che una “rule of law” e un governo dell'assemblea più che un governo della legge”¹¹⁷.

Il nuovo ruolo del giudice cinese che pare intravedersi sembra aprire una strada diversa sul tema. Infatti, sebbene non possa né decidere né sollevare questioni di costituzionalità ad un organo diverso rispetto a quello che ha emesso l'atto può provare a rendere direttamente effettivi nelle sue decisioni diritti costituzionalmente garantiti¹¹⁸.

Quanto sopra è dimostrato da due casi, molto diversi tra loro nei presupposti, ma idonei a dimostrare una scossa non indifferente per l'ordinamento giuridico cinese.

Il primo caso, del 2002, evidenzia una maggiore consapevolezza da parte dei cittadini dei diritti garantiti. Si tratta infatti di un caso in cui un cittadino è ricorso all'autorità giudiziaria basando esclusivamente il suo

¹¹⁴ Tong Zhiwei, *Development of Chinese constitutionalism in the mid and short run*, cit., p. 167 ss., il quale sottolinea anche che in realtà l'abbondanza di fonti legislative spesso lacunose e contrastanti rende difficile in concreto tale supervisione tanto che, fino ad oggi, nessuna legge è mai stata dichiarata invalida per non conformità alla costituzione e le questioni esaminate non sono mai state trattate in tempi utili, ID., p. 175.

¹¹⁵ Chow D. C. K., *The legal system of the People's Republic of China in a nutshell*, St. Paul, Thomson West, 2003, p. 107.

¹¹⁶ Luther J., *Il ‘costituzionalismo’ può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 223 ss., p. 230.

¹¹⁷ Luther J., *Il ‘costituzionalismo’ può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 230.

¹¹⁸ La novità non è di poco conto se si pensa alla preclusione data ai giudici di citare nelle loro sentenze gli articoli della costituzione.

ricorso sul principio di eguaglianza davanti alla legge costituzionalmente garantito, circostanza in realtà preclusa e mai messa discussione¹¹⁹.

Il soggetto si era infatti sentito leso dai criteri di ammissibilità che un bando per un concorso pubblico di una banca aveva apposto al fine di assumere alcuni lavoratori; era preclusa la partecipazione a tutti gli uomini di altezza inferiore ad 168 cm. La circostanza era parsa al ricorrente alquanto strana soprattutto in previsione del lavoro che poi sarebbe andato a svolgere del tutto scollegato dall'altezza corporea (impiegato in banca). Per questo motivo ha deciso di ricorrere alla corte del popolo per lesione del diritto di uguaglianza (art. 33 della costituzione) per i cittadini maschi di altezza inferiore a quella richiesta. Nonostante il rigetto della domanda, il caso oltre a dimostrare una crescente attenzione nei confronti del diritto e dei diritti da parte del popolo ha una sua importanza perché ha contribuito al dibattito costituzionale (al tempo solo agli inizi) scatenando l'attenzione dei media e degli studiosi¹²⁰.

Il secondo caso, noto come *Qi Yuling case*, evidenzia invece una maggiore consapevolezza del giudice nei confronti dei diritti costituzionalmente garantiti. La vicenda può così essere riassunta; la figlia di un quadro di Partito, Chen Xiaoqui, aveva partecipato ad un concorso pubblico per l'ammissione ad un istituto di studi superiori (*Jining Commercial School* nella provincia dello Shandong). Il padre, venuto a conoscenza che il nome della figlia non era in graduatoria, soppresse la notizia che dichiarava vincitrice del bando Qi Yuling iscrivendo all'istituto superiore, proprio sotto questo nome, la figlia la quale, anche dopo il diploma, continuò a lavorare per dieci anni sotto falso nome. Dopo ben undici anni l'originaria vincitrice del concorso venuta a conoscenza dell'imbroglio citò in giudizio la scuola e l'amministrazione scolastica per vedersi risarcito il danno patito sia per la violazione del diritto al nome che per la violazione del diritto allo studio. La corte, che non poteva non dare ragione a Qi Yuling, concesse un risarcimento di 35.000 RMB¹²¹ per violazione del diritto al nome, ma rigettò la domanda di risarcimento per violazione del diritto all'istruzione asserendo che azioni successive erano prova di una sua rinuncia allo stesso. Qi Yuling, convinta delle sue ragioni presentò dunque appello alla Alta corte del popolo della provincia dello Shandong asserendo che i comportamenti successivi alla presunta esclusione dalla scuola non potevano ritenersi atti di rinuncia di un suo

¹¹⁹ Antonelli R. F., *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile?*, in *5 italianieuropei*, 2009, p. 155 ss., p. 159-160.

¹²⁰ Antonelli R. F., *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile?*, cit., p. 160.

¹²¹ La somma equivale a circa 3.500 euro.

diritto civile. Nella difficoltà del caso l'Alta corte fece richiesta di chiarimenti alla Corte suprema del popolo la quale la guidò nella constatazione del fatto che il diritto all'istruzione della ricorrente è un diritto costituzionalmente garantito (art. 46) per il quale non si può parlare di rinuncia¹²².

Si tratta del primo caso in cui il risarcimento del danno è stato riconosciuto direttamente in base a diritti costituzionali ed anche in questo contesto i paragoni con la sentenza *Marbury v. Madison* non sono mancati, ma non sono mancate anche le critiche; gli sviluppi sono ancora tutti da vedere anche perché fino a questo momento la questione si è fermata al campo dei diritti sociali ed economici, nonché del diritto di uguaglianza, meno ai classici diritti di libertà¹²³.

“[...] non è impossibile ipotizzare che il passo ulteriore possa essere quello di appellarsi alla Costituzione per vedere riconosciuti diritti ben più sensibili [...]. E se, fino ad oggi, il principio della ragion di Stato e dell'ordine pubblico sono sempre stati considerati di interesse prevalente, in un contesto sociale in continua e rapida evoluzione, una mutata sensibilità del mondo giudiziario, dagli organi inferiori o periferici alla Corte suprema di Pechino, o dello stesso organo legislativo [...], potrebbe oggettivamente influire sul processo di democratizzazione per via giudiziale o costituzionale, favorendo contestualmente maggiori spazi di pluralismo politico”¹²⁴.

3.2. Elementi di modernizzazione e criticità

Nonostante gli innegabili progressi ed i cambiamenti apportati negli ultimi anni la professionalità dei giudici cinesi resta ancora un grosso problema dal quale ne conseguono anche criticità circa la reale loro indipendenza, sia individuale che istituzionale.

Lo stesso articolo 9 della Legge sulla magistratura cinese non è perfetto poiché ammette troppe eccezioni nei requisiti di eleggibilità dei giudici, eccezioni pensate per agevolare coloro che già lavoravano nelle corti e nominati con i vecchi sistemi, rimesse tra l'altro alla discrezionalità della Corte suprema. La predisposizione di scuole serali, di corsi di aggiornamento per i giudici della vecchia guardia non in possesso degli

¹²² Yu Xingzhong, *Westernn Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China*, 1978-2005, in Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 111 ss., pp. 119-120.

¹²³ Luther J., *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, cit., p. 241 ss.

¹²⁴ Antonelli R. F., *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile*, cit., p. 161.

adeguati titoli di studio sono discutibili e poco servono ad aumentare le loro competenze. A ciò si aggiunga che nelle aree rurali dove maggiore, in teoria, sarebbe il bisogno di un accrescimento della cultura giuridica dei magistrati, nemmeno vengono considerate alcune delle indicazioni provenienti dal livello centrale; come esposto nel secondo capitolo, infatti, si ritiene che sia ancora troppo presto per gettare le basi di un nuovo modo di amministrare la giustizia nel rispetto delle norme adottate, è lo stesso preside della facoltà di legge di Pechino a ritenere che nelle zone periferiche e disagiate del paese è bene che i giudici conoscano le usanze e le caratteristiche delle terre che amministrano affinché possono decidere le cause secondo buon senso anziché secondo il diritto; le esigenze delle zone rurali appaiono spesso in conflitto con le norme mutuata dal diritto occidentale ed inserite nel contesto cinese. La prima condizione per l'applicazione delle leggi dovrebbe infatti essere l'accettazione delle stesse da parte dei destinatari, le norme dovrebbero formare un 'ordinamento del sociale' capace di tutelare i cittadini e di lasciare un margine di discrezionalità al giudice attraverso l'interpretazione delle leggi; non sempre infatti discrezionalità e leggi formali devono essere considerate come due opposti, l'elasticità necessaria per fornire una giustizia individuale può essere ricercata all'interno delle norme, non necessariamente al di là di esse. Diversamente il rischio maggiore è quello di aumentare il dislivello tra est ed ovest, città e campagne, abbandonando sempre più le zone rurali e povere nell'attuale arretratezza ed escludendole dalla modernizzazione del paese.

“Without a unified legal system strong enough to withstand outside interference and judges both skilled and secure enough to discover and apply the rules neutrally, basic courts will continue to serve as administrative agents of the local government and population rather than instruments of National unification”¹²⁵.

In altri termini, una giustizia così frammentata e così diversa da una zona all'altra non riesce a svolgere alcuna funzione di collante nazionale, le proposte di incentivare la partecipazione di giovani talenti anche e soprattutto nelle zone disagiate della Cina potrebbero, invece, essere il primo passo per una diffusione di un comune ideale di giustizia; certo è che non tutto può dipendere dai soli giudici, anche lo stato dovrebbe in questo senso adoprarsi per ristabilire un maggiore controllo verticale sugli organi di amministrazione decentrati, nonché rimuovere circostanze che

¹²⁵ Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, in 114 *Yale Law Journal*, 2005, p. 1675 ss.,, p. 1701.

inevitabilmente indeboliscono la figura del giudice eliminando anche pericolosi protezionismi locali e relazioni personali che possono sfociare in vera e propria corruzione¹²⁶. Se così fosse non vi sarebbe necessariamente bisogno di amministratori della giustizia che devono conoscere approfonditamente le realtà che amministrano, alcuni problemi possono essere meglio identificati se osservati con maggiore imparzialità e minor coinvolgimento.

Qualcuno ritiene che la modernizzazione delle aree rurali possa essere ancora oggi affidata a militari in pensione poiché gli stessi da un lato conoscono il territorio (poiché vi sono nati), ma dall'altro hanno perso i contatti personali in quanto durante il servizio sono stati trasferiti anche in zone lontane; (tra l'altro l'abitudine alla mobilità li rende idonei ai possibili e frequenti trasferimenti), inoltre l'organizzazione dell'esercito in cui hanno militato li ha educati ad essere selezionati in base al merito e ad avere grande rispetto del loro lavoro; nell'interscambio di opinioni tra i professori Upham ed Zhu, all'appunto del primo circa la mancanza di conoscenze giuridiche degli ex soldati, il secondo risponde asserendo che nelle lontane campagne cinesi, ancora per molto tempo non sarà necessario parlare di professionalità dei giudici¹²⁷.

Trattare la professionalità dei magistrati come una questione avulsa dall'intera organizzazione del sistema giudiziario cinese non aiuta a comprendere e descrivere il reale contesto delle corti; infatti, la mancanza di professionalità è certamente una grande causa della difficoltà di resistenza alle pressioni cui vengono sottoposti i giudici, ma dall'altro lato è anche una circostanza che dipende fortemente da istituzioni esterne e diverse rispetto alla magistratura stessa. Le carenze di istruzione giuridica non devono essere addebitate solo alla volontà e alla morale dei singoli, bensì contestualizzate. Come si può pretendere che un giudice studi e effettui scelte di vita consone alla sua professione se è spesso sottopagato ed inserito in un rigido sistema gerarchico che lo sottopone a continui controlli da parte dei suoi colleghi e superiori? Dove può essere rintracciata la coerenza tra norme del Codice etico come quella che impedisce ai giudici di sindacare

¹²⁶ Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1679 ss.

¹²⁷ Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, cit., p. 1688 ss., articolo in cui Upham, come già anticipato, traduce e riprende gran parte del libro scritto in cinese dal prof. Zhu Suli, *Song fa xiexiang: Zhongguo jiceng sifazhidu yanjiu (Sending Law to the Countryside: Research on China's Basic-Level Judicial System)* Beijing, The Chinese University Press, 2000.

l'operato degli altri magistrati se poi è il sistema stesso a mantenere le gerarchie e a non eliminarle nemmeno laddove la legge lo consentirebbe? La valutazione dei singoli all'interno di una corte dovrebbe infatti essere di competenza di una apposita commissione, allora perché non istituirla realmente in ogni corte, permettendo che la sindacabilità dell'operato dei giudici si risolva in un giudizio più che altro politico? Come si può pensare che un giudice riesca a specializzarsi se i casi più complessi gli vengono sottratti per essere rimessi ad un Consiglio giudiziario che spesso è il primo a non rispettare le regole di un processo pubblico e trasparente? quale l'incentivo di attribuire una sentenza ad un preciso giudice (monocratico o collegiale), se le corti superiori e ancora i Consigli giudiziari sono spesso i primi a non fornire i verbali dei loro incontri che hanno condotto alla decisione? Più banalmente come si può pretendere l'incorruttibilità della magistratura a fronte di stipendi spesso molto bassi e spesso non elargiti alle scadenze prestabilite? Quale il buon esempio se molte condotte illegittime restano impunte? Quali le possibilità di tutela del giudice nei confronti delle istituzioni locali, che non solo pagano il suo stipendio (uffici di governo locale), ma che hanno anche il potere di rimozione (Assemblee locali popolari ed i rispettivi comitati permanenti)? Come può un giudice sentirsi libero di prendere una decisione in modo indipendente ed imparziale se esistono meccanismi come quello della supervisione dei singoli casi, aldilà del sistema del gravame, che consente di rivalutare nel diritto e nel merito decisioni prese anche a distanza di otto anni in nome del senso di correttezza dell'intero sistema ed a prescindere da qualsiasi interesse di parte? A cosa possono servire tante leggi scritte se poi la certezza del diritto non è riconosciuta come valore, ma anzi il senso di correttezza del sistema muta con il mutare delle politiche?

Anche l'esame per l'accesso all'università non è perfetto, se in origine ricordava gli esami imperiali per l'accesso all'amministrazione dell'Impero e controllava e pianificava i futuri ingressi al lavoro, adesso lascia libera la scelta, esistono anche in Cina i laureati disoccupati¹²⁸, ma non è libera la scelta all'università, laddove lo studente superi l'esame verrà assegnato alla facoltà prescelta solo se il suo punteggio glielo consente, altrimenti dovrà rinunciare o accontentarsi di una facoltà di livello nettamente inferiore oppure, sempre se il voto è idoneo, restare nell'ateneo prescelto, ma cambiando facoltà. Molti studenti hanno iniziato a studiare giurisprudenza perché la loro votazione lo consentiva e, perché intravedono in quel titolo

¹²⁸ Lu Ling, *Graduate Education's Trying Times*, in *Beijing Review*, in 2 *Beijing Review* 49, 2006, p. 28 ss.

una professione redditizia, (questo infatti ciò che maggiormente interessa gli studenti cinesi). Per molti giovani, spesso figli unici (per la politica sulla pianificazione familiare) oggi assistiti nella vita quotidiana non solo dai genitori, ma anche dai nonni, l'università è diventata quasi una moda, talvolta manca quell'interesse e quella volontà di studiare; parimenti accade anche tra i professori che in quelle facoltà insegnano, appare più importante inseguire la carriera ed i benefits che questa comporta, come avere a disposizione un autista, un ufficio proprio ed un cellulare all'ultimo grido pagato dall'università, piuttosto che fare ricerca, pubblicare articoli e seguire allievi di talento¹²⁹.

Le ambiguità del sistema cinese sembrano essere molteplici, si possono giustificare in nome di quell'elasticità tanto cara al maoismo ed alla successiva dottrina socialista cinese, ma allora davvero la Cina si troverebbe intrappolata nella sua stessa transizione¹³⁰.

Dopo un avvio veloce ed un'economia in crescita oramai da anni dovrà forse fare i conti con le sue contraddizioni oppure sono anch'esse strumentali alla crescita ottenuta proprio attraverso la flessibilità? vi è forse un controllo non percepibile all'osservatore esterno, ben più capillare di quello che possiamo immaginare? O invece, dopo una riforma economica di tale portata, quindici anni di piani quinquennali per la riforma giuridica (che scadranno nel 2013 con l'esaurirsi del terzo programma) è giunto il momento anche di una riforma politica, dove il PCC continui ad avere un ruolo guida ma rimodellato secondo criteri più democratici?¹³¹

Se è infatti vero che l'indipendenza della magistratura non dipende dalla natura del sistema giuridico, ma più che altro dall'influenza politica che può essere limitata garantendo ai giudici una carica vitalizia, rendendo le loro decisioni rilevanti (*de jure* o *de facto*), permettendo alle corti supreme di controllare la legittimità dei casi amministrativi, stabilendo *ex lege* un salario prestabilito per la magistratura (evitando non solo la coruttibilità, ma anche vere e proprie mancanze di risorse) si comprende la poca sistematicità della riforma cinese. Il successo delle riforme giudiziarie dipende da molti fattori e certamente anche da una maggiore professionalità del giudice alla quale si collega una maggiore responsabilizzazione dello stesso nello svolgimento delle sue funzioni, tale circostanza deve essere correlata da incentivi concreti che spronino la magistratura ad assolvere le sue funzioni in maniera efficace; a questo fine sarebbero necessarie

¹²⁹ Lu Ling, *Graduate Education's Trying Times*, in *Beijing Review*, cit., pp. 28-29.

¹³⁰ Peerenboom R., *Is China Trapped in Transition?*, disponibile su www.fljs.org.

¹³¹ Zhou Tianyong, *La via cinese alla democrazia*, in *Limes*, 2006, p. 97 ss.

procedure snelle e trasparenti, da un lato per agevolare l'attività del giudice, ma dall'altro anche per monitorarla meglio.

E' difficile comprendere se davvero a breve giungerà il momento di una riforma politica volta a portare più democrazia nel paese soprattutto perché non è facile prevedere se una riforma di questo tipo possa compromettere la stabilità del paese (esigenza primaria ad oggi per la Cina) e per il raggiungimento di una società armoniosa. Vi è chi inquadra la riforma giudiziaria come uno strumento per affidare alle corti un ruolo di “valvola di sfogo” per le lamentele di cittadini insoddisfatti; non si deve dimenticare che uno degli effetti della riforma è stato proprio quello di aumentare le disparità non solo da una zona all'altra del paese, ma anche all'interno di una stessa comunità. Se la funzione delle corti si risolvesse in quanto sopra inevitabile sarebbe l'attenzione sul fatto che proteste e lamentele all'interno delle corti sono certamente più controllabili dal PCC rispetto a quelle che avvengono al di fuori delle istituzioni statali. In questo senso andrebbero dunque considerati i traguardi raggiunti dalla magistratura, casi di routine dove il magistrato è libero di decidere in modo indipendente affiancati da casi “politicamente sensibili” affidati al Consiglio giudiziario e meccanismi di supervisione sempre pronti ad intervenire a correggere ‘errori giudiziari’¹³².

Un giudice quale mero funzionario delle decisioni più semplici, privo dunque di qualsiasi ruolo istituzionale.

*“Le juge, dont la mission est de l'appliquer [la loi] à des situations concrètes, peut et doit le faire d'une manière en quelque sorte automatique, mécanique, sans avoir même besoin de réaliser une interprétation ou de créer une règle de droit supplétive. Il doit seulement constater la situation de fait à laquelle il convient d'appliquer une disposition légale”*¹³³.

Questa l'immagine del giudice certamente più simile al giudice della tradizione romano-germanica che non può non piacere alla leadership ed al legislatore cinese, un giudice che rientra in uno scenario di un sistema giuridico irrealista, ma straordinariamente armonioso ed equilibrato¹³⁴.

Sebbene sia innegabile che oramai l'amicizia con *Mr. Law* sia in corso da tempo, non è ancora chiara la sincerità di tale amicizia e forse solo un

¹³² Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, cit., p. 635.

¹³³ Gérard Sautel come citato da Piquet H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 96.

¹³⁴ da Piquet H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, cit., p. 186.

legame con *Mr. Democracy* potrebbe essere in grado di svelare le vere intenzioni della Repubblica popolare cinese¹³⁵.

La Cina è dunque oramai un paese con molte leggi e con molti operatori del diritto, si contano infatti più di 200.000 giudici, 140.000 avvocati, 400 università di giurisprudenza, un sistema di corti dislocato sul territorio che risolve circa 8 milioni di cause all'anno, la prossima sfida delle corti cinesi sarà dunque quella di restare al passo con la società, tentando, per quanto possibile, di porre un rimedio ai punti più deboli del sistema¹³⁶.

E' innegabile che in poco più di trenta anni la Cina sia profondamente cambiata, ma gli effetti nel lungo termine non sono ancora chiari. probabilmente anche il futuro del paese avrà "caratteristiche cinesi" e rimane aperta la possibilità che non avesse poi torto chi affermò che sono forse gli occidentali a non aver capito che esiste qualcosa *oltre la rule of law*, mentre la Cina lo ha capito 2500 anni orsono:

*"The trouble with you Westerners, is that you've never got beyond that primitive stage you call "rule of law": You're all preoccupied with the "rule of law". China has always known that law is not enough to govern society. She knew it twenty-five hundred years ago, and she knows it today"*¹³⁷.

¹³⁵ Antonelli R. F., *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile?*, cit., 162.

¹³⁶ Cohen J. A., *China's Legal Reform at the Crossroad*, in *Far Eastern Economic Review*. 2006.

¹³⁷ Jones C. W., *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, in Hsu, *Understanding China's Legal System: Essay in Honor of Jerome A. Cohen*, New York, New York University Press, 2003, p.7 ss., p. 7.

Indice delle opere citate

Abbott J.P., *Democracy@internet.Asia? The Challenges to the Emancipatory Potential of the Net: Lessons from China and Malaysia*, in 22 *Third World Quarterly*, 2001, p. 99 ss.

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

Ahl B., *Advancing the Rule of Law through Education? An Analysis of the Chinese National Judicial Examination*, in 42 *Issues & Studies*, 2006, p. 171 ss.

Ajani G., Serafino A., Timoteo M., *Diritto dell'Asia orientale*, Milano, Utet, 2007.

Ajani G., *La Rule of Law in Cina*, in 126 *Mondo Cinese* 2006, disponibile su http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/126/126_ajan.htm.

Ajani G., *By Chance and Prestige*, in 43 *American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 93 ss.

Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009.

Albrecht P. A., Thomas J., *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009.

Alford W. P., *Exporting the Pursuit of Happiness*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Foundation Press, 2009, p. 37 ss.

Antonelli R. F., *Cina, diritto e democrazia: un'amicizia possibile?*, in 5 *italianieuropei*, 2009, p. 155 ss.

Antonelli R. F., *La legge sulla legislazione*, in 119 *Mondo cinese*, 2004, disponibile su http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/119/119_anto.htm.

Autheman V., Henderson K. (Editor), *Global Best Practice: Judicial Integrity Standards and Consensus Principles*, IFES Rule of Law White Paper Series, 2004, disponibile su http://www.ifes.org/publication/e34efa3403c4f206c11404a6fbc37cd0/WhitePaper_1_FINAL.pdf

Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009.

Balme S., Dowdle M. W., *Introduction: Exploring for Constitutionalism in 21st Century China*, in Balme S., Dowdle M. W. (Edited by), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 1 ss.

Balme S., *Local Courts in Western China: The Quest for Independence and Dignity*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 154 ss.

Balme S., *Ordinary Justice and Popular Constitutionalism in China*, in Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 179 ss.

Bartole S., voce *Indipendenza del giudice*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990.

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

Bertolini E., *L'“apertura sorveglianza”: la via cinese alla govenance e alla censura di internet*, in *Libertà e diritti civili*, 2008, p. 1063 ss.

Bognetti G., voce *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, p. 372 ss.

Brown R. C., *Understanding Chinese Courts and Legal Process: Law with Chinese Characteristics*, London-Boston-The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 24 ss.

Calcina Howson Nicholas, *Judicial Independence and the Company Law in the Shanghai Courts*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence*

in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 134 ss.

Cao Dingjian, *Functions of the People's Congress in the Process of Implementation of Law*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 35 ss.

Cao Pei, *La dottrina confuciana e il "governo dell'uomo": l'umanesimo cinese originario*, in Costa P., Zolo D., *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 739 ss.

Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

Carpi A., *Il legal Aid nella Cina contemporanea*, in 1 *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 177 ss.

Castellucci I., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Trento, Uni Service, 2008.

Castellucci I., *Rule of Law with Chinese Characteristics*, (2007) in Castellucci I., *Le grandi tradizioni giuridiche dell'Asia*, Trento, Uni Service, 2008, p. 97 ss.

Cavaliere R. (a cura di), *Cina: commercio internazionale e investimenti esteri*, Milano, IPSOA, 2006.

Cavaliere R., *Cina*, in Cavaliere R., *Diritto dell'Asia orientale*, Venezia, Cafoscarina, 2008, p. 15 ss.

Cavaliere R., *Diritto dell'Asia orientale*, Venezia, Cafoscarina, 2008.

Cavaliere R., *Il virus della legalità: caratteristiche e implicazioni della riforma giuridica cinese*, Milano, I.S.E.S.A.O., 1996.

Cavaliere R., *L'adesione della Cina alla WTO: implicazioni giuridiche*, Lecce, Argo, 2003.

Cavaliere R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, Franco Angeli, 1999.

Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, Thomson/West, 2007.

Chen A. H. Y., *Introduction to the Legal System of the People Republic of China*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Foundation Press, 2009, p. 303 ss

Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden; Boston, M. Nijhoff, 2008.

Chen J., *Implementation of Law in China - an Introduction*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 1 ss.

Chen J., *Mission Impossible: Judicial Efforts to Enforce Civil Judgments and Rulings*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 85 ss.

Chen Zhonglin, *Sifa Minzhu shi Sifa Gongzheng de Genben Baozheng (Judicial Democracy is the Crucial Guarantee of Judicial Impartiality)* in 5 *Faxue Zazhi*, 2010, p. 23 ss.

Cheng Tien-His, *The Development and Reform of Chinese Law*, 1 *Current Legal Problems*, 1948.

Chieng A., *La pratica della Cina*, Milano, Obarrao, 2006.

Chow D. C. K., *The legal system of the People's Republic of China in a nutshell*, St. Paul, Thomson West, 2003.

Clarke D. C., *China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson - Foundation Press, 2009, p. 31 ss.

Clarke D. C., *Politburo proposes to centralize court funding* e disponibili su http://lawprofessors.typepad.com/china_law_prof_blog//2008/12/politburo-propo.html.

Cohen J. A., *China's Legal Reform at the Crossroad*, in *Far Eastern Economic Review*, 2006.

Cohen, J. A., *China Reform Era Legal Odyssey*, in *Far Eastern Economic Review*, 2008.

Cohen J. A., *Interviewing Chinese Refugees: Indispensable Aid to Legal Research on China*, in Cohen J. A. (Edited by), *Contemporary Chinese Law; Research Problems and Perspectives*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1970, p. 84 ss.

Cohen J. A., *Notes on Legal education in China*, in *1 Student Law*, 1972-1973, p. 40 ss.

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

Cohen J. A., *The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959*, in *82 Harvard Law Review*, 1968-1969, p. 967 ss.

Cohen J. A., Zhong O., *Public sentiment can play dangerous role in mainland justice. The people's will*, *South China Morning Post* 3 febbraio 2010

Confucio, *Dialoghi* (trad. it. e cura di T. Lippiello), Torino, Einaudi, 2006.

Confucio, *Dialoghi*, tr. di Tomassini

Costa P., Zolo D., *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002.

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

Crespi Reghizzi G., *Cina 2003: L'osservatorio del giurista*, disponibile su <http://www.leggicinesi.it/dottrina/ReghizziCinaOsservatorioGiurista.pdf>

Crespi Reghizzi G., *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, in *Quaderni fiorentini*, 1985, p. 551 ss.

Crespi Reghizzi G., *La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*, in *Quaderni fiorentini*, 1985, p. 529 ss.

Damaska M., *A Continental Lawyer in an American Law School: Trials and Tribulations of Adjustment*, in Chase O. G., Hershkoff H., Silberman L., Taniguchi Y., Varano V., Zuckerman A., *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, Thomson/West, 2007, p. 53 ss.

David R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (tr. italiana a cura di Sacco R.), Padova, 1980.

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

De Giorgi L., *Il sistema universitario cinese fra eredità storica e riforme*, in *2 Cosmopolis*, 2007, disponibile su <http://www.cosmopolisonline.it/20071201/degiorgi.php>.

Del Corona M., *I cinesi su internet contro le ingiustizie*, Corriere della Sera 23 agosto 2009.

Del Corona M., *Pechino a caccia di consenso*, Corriere della Sera 23 agosto 2009.

Dell'Aquila E., *Il diritto cinese: introduzione e principi generali*, Padova, Cedam, 1981.

De Tocqueville A., *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1992.

Dowdle M.W., *Beyond 'Judicial Power': Courts and Constitutionalism in Modern China*, in Balme S., Dowdle M.W. (edited by), *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 199ss.

Erie M.S., *Legal Education Reform in China Through U.S. Inspired Transplants*, in 59 *Journal of Legal Education*, 2009-2010, p. 60 ss.

Farah D. P., *L'adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio: ovvero come conciliare cultura e diritto*, in 124 *Mondo Cinese* 2005, disponibile su http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/124/124_fara.htm

Feng Jianhua, *Popular Job: In a Tight Job Market, More and More Young Chinese Are Opting for the Civil Service*, in 2 *Beijing Review* 49, 2006, p. 26 ss.

Fu Hualing, *Access to Justice and Constitutionalism in China*, in Balme S., Dowdle M. W., *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 163 ss.

Fu Yulin, Peerenboom R., *A New Analytic framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence; Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 95 ss

Garapon A., *A New Approach for Promoting Judicial Independence*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 37 ss.

Geraci M., *China still needs time to develop*, *China Daily*, 25 maggio 2010.

Gianformaggio L., voce *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, p. 278 ss.

Ginsburg T., Chen Albert H.Y. (edited by), *Administrative Law and Governance in Asia*, London-New York, Routledge, 2009.

Ginsburg T., *Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia*, in Merryman J. H., Clark D. S., Haley J. O., *Comparative Law: Historical Development of the Civil Tradition in Europe, Latin America, and East Asia*, New Providence, N. J., LexisNexis, 2010, p. 65 ss.

Ginsburg T., *Judicial Independence in East Asia: A Lessons for China*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 247 ss.

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

Guarnieri C., Pederzoli P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma, Laterza, 2002.

Guarnieri C., Pederzoli P., *The Power of Judges, a comparative study of Courts and Democracy*, (English editor C. A. Thomas), Oxford, Oxford socio-legal studies, 2002.

Guarnieri C., *Judicial Independence in Authoritarian Regimes: Lessons from Continental Europe*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 234 ss.

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

Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu, [manuale di preparazione all'esame di accesso alle professioni legali], Beijing, Law Press, 2010

He Xin, *Enforcing Commercial Judgments in the Pearl River Delta of China*, 57 *American Journal Comparative Law*, 2009, p. 419 ss.

Henderson K. E., *Halfway Home and a Long Way to Go*, in Peerenboom R., *Judicial Independence Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 23 ss.

Herrfahrdt H., *La preistoria dei 'patti diseguali' della Cina (1939)*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 1 ss.

Hou Xinyi, *Modern Legal Education in China*, in 31 *Oklahoma City University Law Review*, 2006, p. 293 ss.

Hsu (Edited by), *Understanding China's Legal System: Essay in Honor of Jerome A. Cohen*, New York, New York University Press, 2003.

IFES/USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, 2002, disponibile su http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/pnacm007.

Jernigan, *Cina*, in *Law and Commerce*, New York, 1905.

John Thomas Lord Justice Sir, *Some Perspectives on Councils for the Judiciary*, in Albrecht P. A., J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009, p. 81 ss.

Jones C. W., *Trying to Understand the Current Chinese Legal System*, in Hsu (Edited by), *Understanding China's Legal System: Essay in Honor of Jerome A. Cohen*, New York, New York University Press, 2003, p.7 ss.

Kelemen K., *I sistemi giuridici dell'Europa orientale*, in Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 191 ss.

Kim M. Seong-hak, *A distant premise: Judicial Independence in the People's Republic of China*, in *24 Korean Journal of Comparative Law*, 1996, p. 17 ss.

Kreth E., *Ethics of Judicial Behaviour*, Albrecht P. A., Thomas J., *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009, p. 171 ss.

Lanchester F., *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIII, p. 769 ss.

Landry P., *The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data*, in Ginsburg T., Moustafa T., *Rule by law, The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 207 ss.

Li Ling, *Corruption in China's Courts*, in Peeremboom R. (edited by), *Judicial Independence in China, Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 196 ss.

Li Xuebing, *The Recognition and enforcement of foreign Arbitral Awards or foreign Judgements in China*, disponibile su http://www.vmaa.org/docs/Li%20Xuebing_Nov1605_Seminar.doc.

Li Yuwen, *Court Reform in China: Problem, Progress and Prospect*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 55 ss.

Li Yuwen, *Professional Ethics of Chinese Judges*, in 47 *China Perspectives*[Online], May-june 2003 disponibile su <http://chinaperspectives.revues.org/274>.

Liang Zhiping, *Explicating "Law": A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture*, in 3 *Journal of Chinese Law*, 1989, p. 55 ss.

Liebman B. L., *Lawyers, Legal Aid, and Legitimacy in China*, in Alford W. P., *Raising the Bar, The Emerging Legal Profession in East Asia*, Cambridge- Massachusetts, Harvard University Press, 2007, p. 311.

Liebman B., *China's Courts: Restricted Reform*, in 191 *China Quarterly*, 2007, p. 620 ss.

Liebman B., *Watchdog or Demagogue? The Media in the Chinese Legal System*, in 105 *Columbia Law Review*, 2005 p. 1 ss.

Lo Wing- Hung C., *Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China*, in 11 *Columbia Journal of Asian Law*, 1997, p. 469 ss.

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

Lu Ling, *Graduate Education's Trying Times*, in *Beijing Review*, in 2 *Beijing Review* 49, 2006, p. 28 ss.

Lu Nanping, *"Legal Precedents" with Chinese Characteristics: Published Cases in the Gazette of the Supreme People's Court*, in *5 Chinese Law*, 1991, p. 107 ss.

Lubman S., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford, Stanford University Press, 1999.

Lubman S., *Looking for Law in China*, in *20 Columbia Journal of Asian Law*, 2006, p. 1ss.

Luther J., *Il 'costituzionalismo' può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene editore, 2009, p. 223 ss.

Luther J., *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 69 ss.

Luu Tien Dung, *Judicial Independence in Transitional Countries*, 2003, disponibile su <http://www.undp.org/oslocentre/docsjuly03/DungTienLuu-v2.pdf>.

Luzzatto R., Pocar F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, Terza edizione, Torino, Giappichelli, 2003.

Ma Cho, *Just judiciary can ease social angst*, China Daily, 19 maggio 2010.

Mao Ling, *Clinical Legal Education and the Reform of the Higher Legal Education System in China*, in *30 Fordham International Law Journal*, 2006-2007, p. 421 ss.

Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Fondation Press, 2009.

Mazza M., *Decentramento e governo locale nella Repubblica popolare cinese*, Milano, Giuffrè, 2009.

Mazza M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Milano, Giuffrè, 2006.

Menski W., *Comparative Law in a Global Context: the Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Merryman J. H., Clark D. S., Haley J. O., *Comparative Law: Historical Development of the Civil Tradition in Europe, Latin America, and East Asia*, New Providence, N. J., LexisNexis, 2010.

Moccia L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè Editore, 2005.

Moccia L., *Il diritto in Cina*, Torino, Bollati Boringhieri, 2009.

Moccia L. (a cura di), *Profili emergenti del sistema giuridico cinese*, Roma, Philos, 1999.

O'Brien R., *Ethics and the Unified Justice Examination of the People's Republic of China*, Adelaide, Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference 28-30 September 2005, p. 1 ss., disponibile su <http://www.unisa.edu.au/hawkeinstitute/gig/aapae05/documents/obrien.pdf>.

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

Otto J. M., *Toward an Analytical Framework: Real Legal Certainty and Its Explanatory Factors*, in Chen J., Li Y., Otto J. M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2002, p. 23 ss.

Paderni, P., *Recenti studi sull'amministrazione della giustizia e sul diritto nella Cina del XVIII e XIX secolo*, in 97 *Mondo cinese* 1998, disponibile su http://www.tuttocina.it/mondo_cinese/097/097_pade.htm.

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

Peerenboom, R., *China modernizes: threat to the west or model for the rest?*, Oxford, Oxford university press, 2007.

Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Peerenboom, R., *China modernizes: threat to the west or model for the rest?*, Oxford, Oxford university press, 2007.

Peerenboom R., *Is China Trapped in Transition?*, disponibile su www.fljs.org

Peerenboom R., *Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumption*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 69 ss.

Peerenboom R., *Judicial Independence and Judicial accountability: an empirical study of Individual case supervision*, in 55 *China Journal*, 2006, p. 67 ss.

Peerenboom R., *What's Wrong With Chinese Rights: Toward a Theory of Rights with Chinese Characteristics*, in 6 *Harvard Human Rights Journal*, 1993, p. 29 ss.

Pei Minxin, Zhang Guoyan, Pei Fei, Chen Lixin, *A Survey of Commercial Litigation in Shanghai Courts*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 221 ss.

Piquet H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

Posner R. A., *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

Reimann M., *Of Products and Process: The First Six Trento Volumes and Their Making*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Fondation Press, 2009, p. 106 ss.

Rinella A., *Cina*, Bologna, Il Mulino, 2006.

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

Ruskola T., *Legal Orientalism*, in Mattei U., Ruskola T., Gidi A., *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 7th ed., New York, Thomson-Fondation Press, 2009, p. 43 ss.

Sacco R., voce *Cina*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, II, Torino, 1988, p. 360 ss.

Sacco R., *Il diritto muto*, in 26 *Rivista di diritto civile*, 1993, p. 689 ss.

Stafutti S., Ajani G., *Colpirne uno per educarne cento. Slogan e parole d'ordine per capire la Cina*, Torino, Einaudi, 2008.

Tanshigui, *Zhongguo faguan zhidu yanjiu*, (*Studies on the Chinese Judiciary*), Beijing, Law Press, 2009.

Taruffo M., *L'organizzazione giudiziaria in Cina*, in 48 *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 757 ss.

Till S., *Autonomy for the Judiciary - political Expectations*, in Albrecht P. A., J. Thomas, *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe!*, Berlino, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag Intersentia, 2009, p. 47 ss.

Timoteo M., voce *Cina*, in *Aggiornamento del Digesto di Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, Torino, Utet, 2010, p. 181 ss.

Timoteo M., *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Bologna, Libreria Bonomo, 2005.

Timoteo M., *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, in Varano V. (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 301 ss.

Tong Zhiwei, *Development of Chinese constitutionalism in the mid and short run*, in Ajani G. (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene Editore, 2009, p. 149 ss.

Upham F.K., *Who Will Find the Defendant if He Stays with this Sheep? Justice in Rural China*, in 114 *Yale Law Journal*, 2005, p. 1675 ss.

Van Rooij B., *Appendix II China's System of Public Administration*, in Chen J., Li Yuwen, Otto J.M. (edited by), *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 323 ss.

Varano V., *Civil Law e Common Law: tentativi di riflessione su comparazione giuridica e cultura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, Supplemento al n. 4, numero speciale su “Due Iceberg a confronto: Le derive di Common law e Civil law”, p. 39 ss.

Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2010.

Wang Huazhong, *Gang boss gets life jail*, China Daily, 13 aprile 2010.

Wang Yan, *Officials protected 'majority of gangs'*, China Daily, 24 aprile 2010.

Weber M., *The Religion of China*, New York London, Free press Collier-Macmillan, 1968.

Woo Margaret Y.K., *Adjudication Supervision and Judicial Independence*, in 39 *The American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 95 ss.

Woo Margaret Y.K., *Law and discretion in the contemporary Chinese Courts*, in 8 *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 1999, p. 581 ss

Wu Peng, *The Good, The Bad and the Legal: Lawering in China's Wild West*, 21 *Columbia Journal Asian Law*, 2007-2008, p. 183 ss.

Xie Yu, *Get rid of interference in local courts*, China Daily, 24 maggio 2010.

Yardley J., *A Judge Tests China's Courts, Making History*, The New York Times, 28 novembre 2005, disponibile su <http://www.nytimes.com/2005/11/28/international/asia/28judge.html>.

Young Nam Cho, *Symbiotic Neighbour or Extra-Court Judge? The Supervision over Courts by Chinese Local People's Congress*, in 176 *The China Quarterly*, 2003, p. 1068 ss.

Yu Xingzhong, *Western Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China, 1978-2005*, in Balme S., Dowdle M.W. (edited by), *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p. 111 ss.

Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, 43 *South Texas Law Review*, 2001-2002, p. 707 ss.

Zhang M. Y., Stening B., W., *China 2.0: the transformation of an emerging superpower...and the new opportunities*, Singapore, J. Wiley & Sons (Asia), 2010.

Zhou Shiwen, *The Reform Strategy of Legal Education in China*, in 22 *Pac. McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2009-2010, p. 69 ss.

Zhou Tianyong, *La via cinese alla democrazia*, in *Limes*, 2006, p. 97 ss.

Zhu Suli, *An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China*, in 22 *McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2009-2010, p. 75 ss.

Zhu Suli, "Judicial Politics" as State- Building, in Balme S., Dowdle M. W. (Edited by), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 23 ss.

Zhu Suli, *Song fa xiexiang: Zhongguo jiceng sifazhidu yanjiu (Sending Law to the Countryside: Research on China's Basic-Level Judicial System)* Beijing, The Chinese University Press, 2000.

Zhu Suli, *Political Parties in China's Judiciary*, in 17 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2007, p. 533 ss.

Zhu Suli, *The Party and the Courts*, in Peerenboom R. (edited by), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 52 ss

Zolo D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in Costa P., Zolo D., *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 17 ss.

Zou Keyuen, *Judicial reform in China: Recent Developments and Future Prospect*, in 36 *The International Lawyer*, 2002, p. 1039 ss.

Zou Keyuan, *Professionalising Legal Education in the People's republic of China*, in 7 *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 2003, p. 159 ss.

Zuo Haicong, *Legal Education in China: Present and Future*, in 34 *Oklahoma City University Law Review*, 2009, p. 51 ss.

Zweigert K., Kotz H, *Introduzione al diritto comparato, Volume I: Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1998.

Glossario

Cinese	Pinyin	Italiano
天命	tianming	mandato del cielo
礼	li	rito
王	wang	Imperatore
革命	geming	rivoluzione, cambio di investitura
中国	zhongguo	Cina
化	hua	cambiare/civiltà
法	fa	legge
人治	renzhi	governo dell'uomo
法治	fazhi	governo della legge
国民党	guomindang	Partito nazionalista
舆论监督	yulunjiandu	media/supervisione della pubblica opinione
法制	fazhi	principio di legalità
体	ti	corpo
用	yong	funzione/uso
最高人民法院	zuigao renmin fayuan	Corte suprema del popolo
高级人民法院	gaoji renmin fayuan	Alte corti del popolo
中级人民法院	zhongji renmin fayuan	Corti intermedie del popolo
基层人民法院	jiceng renmin fayuan	Corti popolari di base
人民法庭	renmin fating	Tribunali del popolo
合议庭	heyiting	giudice collegiale
庭	ting	sezione di una corte
审判员	shenpanyuan	giudice/funzionario

		della decisione
法官	faguan	giudice/ufficiale della legge
高级法官	gaojifaguan	Alti giudici
大法官	dafaguan	Grandi giudici
首席大法官	shouxidafaguan	Chief judge
院长	yuanzhang	Presidente di una corte
副院长	fuyuanzhang	vice-presidente di una corte
审判委员会	shenpanweiyuanhui	membri del consiglio giudiziario
庭长	tingzhang	Presidente di sezione
副庭长	futingzhang	vice-presidente di sezione
助理审判员	zhulishenpanyuan	Assistenti giudici
户枢不蠹流水不腐	hu shu bu du liu shui bu fu	proverbio cinese/ se la porta si muove sul perno la larva non mangia il legno, se l'acqua si muove non ristagna
暗箱操作	An xiang caozuo	Proverbio cinese/decidere un caso a porte chiuse
关系	guanxi	relazione
单位	danwei	unità di lavoro
科举考试	kejvkaoshi	esami imperiali
国家司法考试	guojiasifakaoshi	esame giuridico nazionale
职业道德	zhiyedaode	etica professionale
法理学	falixue	teoria del diritto
经济法	jingjifa	diritto dell'economia

法制史	fazhishi	storia del diritto
宪法	<i>xianfa</i>	diritto costituzionale
国际法	guojifa	diritto internazionale
国际私法	guojisifa	diritto internazionale privato
国际经济法	guojijingjifa	diritto economico internazionale
司法制度和法律职业道德	sifazhidu he falvzhiyedaode	sistema di diritto ed etica professionale
刑法	xingfa	diritto penale
刑事诉讼法	zingshi susongfa	diritto processuale penale
行政法和行政诉讼法	xingzhengfa he xingzheng susong fa	diritto amministrativo e processuale penale
民法	minfa	diritto civile
商法	shanfa	business law
民事诉讼法与仲裁制度	minshi susongfa yuzhongcaizhidu	diritto processuale civile e arbitrato