

Concezioni dei diritti nel dibattito cinese contemporaneo*

Elena Consiglio

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Due opposizioni concettuali tra i diritti e il pensiero cinese antico. - 3. Teorie marxiste dei diritti. - 4. L'orientamento ai diritti dell'ordinamento giuridico. - 5. La giustificazione dei diritti. - 6. La "costituzionalizzazione" del diritto civile.

1. *Introduzione*

Il codice civile della Repubblica Popolare Cinese è stato adottato il 28 marzo 2020 dall'Assemblea nazionale del popolo ed è entrato in vigore il primo gennaio 2021. I 1260 articoli di cui si compone sono suddivisi in sette capitoli: disposizioni generali; diritti di proprietà; contratti; diritti della personalità; matrimonio e famiglia; successione; responsabilità per illecito. Xi Jinping, determinato sostenitore della necessità per la Cina di dotarsi di un codice civile, ha affermato che esso: "integra in modo sistematico le norme giuridiche civili formate dalla pratica negli ultimi 70 anni dalla fondazione della Repubblica Popolare Cinese, attinge all'eccellente cultura giuridica della nazione cinese da oltre 5.000 anni e ai risultati benefici della costruzione della civiltà giuridica umana"¹.

Il codice civile non è stato compilato in un giorno. Anni di studio, teorizzazione e applicazione hanno preceduto la sua emanazione. La strada percorsa dalla fine della rivoluzione culturale a oggi dai giuristi cinesi ha richiesto sforzi concettuali, elaborazione di sintesi, adattamenti e creazioni, per dotare il paese di un sistema giuridico "moderno", adeguato alle mutate circostanze economiche e sociali, nel solco della tradizione giuridica cinese e nel contesto del pensiero socialista come declinato dagli intellettuali e dai capi politici cinesi². La dottrina cinese si è impegnata anche

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ J. Xi, *Chongfen renshi banbu shishi minfadian zhongda yiyi yifa genghao baozhang renmin befa quanyi* (Fully Understanding the Importance of the Promulgation of the Civil Code, Provide Better Protection to People's Lawful Rights and Interests in Accordance with the Law), in *Qinshi*, 12, 2020. Disponibile qui: <http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-06/15/c_1126112148.htm>.

² A. H. Chen, *The Rise of Rights. Some Comparative Civilizational Reflections*, in *Journal of Chinese Philosophy*, 1998, 25, pp.5-30; R. C. Keith, Z. Lin, *Zhiqiu Law and Justice in China's New Marketplace*, London, 2001; R. C. Keith, *Legislating Women's and Children's Rights and Interests in the PRC*, 1997, 149 *The China Quarterly*, pp. 29-55; A. H. Chen, *The Developing Theory of Law and Market Economy in Contemporary China*, in G.Wang, Z. Wei (eds.), *Legal Developments in China. Market Economy and Law*, Hong Kong-

nell'elaborazione di concezioni teoriche sui diritti³, che hanno preparato la codificazione e che potrebbero forse costituire anche uno dei punti di partenza per l'interpretazione delle disposizioni codicistiche.

In quanto opera di codificazione, il nuovo codice civile cinese è foriero di novità per il diritto inteso in senso oggettivo. La sistematizzazione e l'ordinamento di istituti che finora erano stati normati da testi di legge diversi è in se stessa un'acquisizione degna di nota, perché ordina e modella in modo più organico tali materie. Sebbene non sia considerato né definitivo né completo⁴, il codice civile rappresenta un passo avanti verso un sistema giuridico più ordinato. In quanto legge che regola in modo organico questioni relative a diritti e obblighi in materia civile, il codice rappresenta un'innovazione anche per il diritto inteso in senso soggettivo. È su questo aspetto che questo contributo intende concentrarsi.

A partire dalla fine degli anni '80, la dottrina cinese aveva iniziato a discutere la questione teorica degli elementi fondamentali del diritto, inteso come ordinamento, e quella dell'orientamento generale del sistema giuridico⁵. La natura dei diritti e la relazione tra diritto e dovere costituivano problemi teorici pressanti, posti con particolare veemenza e cogenza dal passaggio dall'economia di piano all'economia socialista di mercato. Nelle mutate circostanze economiche, l'attribuzione di diritti agli individui ha costituito un passaggio obbligato, un elemento necessario alla funzionalità

London, 1997, pp. 3-21; A. H. Chen, *Socio-legal Thought and Legal Modernization in Contemporary China: A Case Study of the Jurisprudence of Zhu Suli*, in G. Doeker-Mach, K. A. Ziegert (eds.), *Law, Legal Culture and Politics in the Twenty First Century*, Stuttgart, 2004, pp. 227-249; A. H. Chen, *Is Confucianism Compatible with Liberal Constitutional Democracy?*, in *Journal of Chinese Philosophy*, 2007, pp. 195-216; J. Chen, *From Administrative Authorization to Private Law: a Comparative Perspective of the Developing Civil Law in the People's Republic of China*, Dordrecht-London, 1997; B. Dwayne, B. Loren, *Property Rights, Labour Markets, and Efficiency in a Transition Economy: The Case of Rural China*, in *The Canadian Journal of Economics. Revue canadienne d'Economique*, 35, 2002, pp. 689-716; R. Randle Edwards, *Civil and Social Rights: Theory and Practice in Chinese Law Today*, in R. Randle Edwards, L. Henkin, A. J. Nathan, *Human Rights in Contemporary China*, New York; P. Randall Peerenboom, *What's Wrong With Chinese Rights?: Toward a Theory of Rights with Chinese Characteristics*, Harvard Human Rights, 6, 1993, p. 29 ss.; Y. Xia, *Zou xiang quanli de shidai. Zhongguo gongmin quanli fa zhan yan jiu. Toward an Age of Rights—A Research of the Civil Rights Development in China*, Beijing, 2007; A. Chen, *Developing Theories of Rights and Human Rights in China* in R. Wachs, (ed), *Hong Kong and 1997: Essays in Legal Theory*, Hong Kong, 1993, pp. 123-140.

³ J. E. Epstein, *The Theoretical System of Property Rights in China's General Principles of Civil Law: Theoretical Controversy in the Drafting Process and Beyond*, in *Law and Contemporary Problems*, 52, 1989, pp. 177-216; F. X. Huang, *The Path to Clarity: Development of Property Rights in China*, *Colum. J. Asian L.*, 17, 2003-2004, pp. 191-224; X. Sun, R. Zhong, *Rights' Protection and Private Economy Development—Brief Evidence from Zhejiang Province*, in *Nomocracy Research*, 2, 2007, pp. 3-7.

⁴ S. Li, Shaohua, X. Peng, *The Civil Code of People's Republic of China: Major Features and Contributions to the World*, in *US-China Law Review*, vol. 17, no. 8, August 2020, pp. 317-330; L. Wang, X. Bingwan, *Personality Rights in China's New Civil Code: A Response to Increasing Awareness of Rights in an Era of Evolving Technology*, in *Modern China* 47.6, 2021, pp. 703-739.

⁵ Il dibattito sulle questioni delle categorie fondamentali e dell'orientamento del sistema giuridico è iniziato con conferenza di Changchun sulle categorie fondamentali del diritto, giugno 1988. A. H. Chen, *Citizens' Rights and Duties*, in *South China Morning Post*. 7 March 1986.

degli scambi nel mercato, ma allo stesso tempo ha imposto il graduale abbandono di vecchie teorie sui diritti che avevano perso il loro potenziale esplicativo di fronte a una realtà in rapida evoluzione. Ai giuristi è stato richiesto di elaborare nuove teorie in grado di risolvere i problemi concreti scaturiti dall'introduzione graduale dei diritti di proprietà, del riconoscimento della libertà di iniziativa privata. L'impianto teorico giuridico socialista, nella forma declinata dalla dottrina giuridica cinese, è stato gradualmente modificato e in parte abbandonato.

In questo articolo saranno illustrati alcuni punti di natura teorica, come discussi dalla giurisprudenza cinese, che pertengono in particolare alla giustificazione dei diritti e alla loro collocazione nell'ordinamento giuridico. Non si pretende di presentare un'illustrazione esaustiva, l'intento è piuttosto fare luce su alcune premesse teoriche fondamentali che si ritiene possano mettere a fuoco specifici elementi di differenza rispetto ai contesti della codificazione ottocentesca (codice napoleonico) e novecentesca (codici civili del dopoguerra), prevalentemente attuati in sistemi liberaldemocratici, e illuminare aspetti significativi della codificazione del ventunesimo secolo (codice civile cinese), che si attuerà in un sistema "socialista con caratteristiche cinesi". Si auspica che queste riflessioni possano favorire una più profonda comprensione del dibattito sui diritti nel contesto cinese, sottolineando alcuni tratti che, si ritiene di potere affermare senza cadere in grossolane generalizzazioni, sono distintivi della tradizione culturale e giuridica cinese antica e contemporanea.

2. Due opposizioni concettuali tra i diritti e il pensiero cinese antico

Il conflitto tra la nozione di diritto in senso soggettivo (diritto individuale) e la tradizione filosofica pratica - morale, politica e giuridica - cinese è stato spesso rimarcato. Cheng Liaoyuan e Wang Renbo affermano che, senza eccezioni significative, le filosofie cinesi antiche hanno concepito l'individuo come "un servo" e rappresentato la struttura dell'ordine sociale come rigida, predefinita e modellata analogicamente sulla famiglia⁶. Le relazioni fondamentali tra l'imperatore e i suoi ministri (così come quella tra i ministri e il popolo) erano pensate come simmetriche o analoghe alle relazioni tra padre e figlio, moglie e marito, fratello maggiore e fratello minore⁷. In questo contesto, il futuro dell'individuo, per Cheng e Wang, era "scritto in modo incondizionato" così da annichilire la "creatività" personale e obliterare lo spazio della scelta che sottende il concetto di "diritto" (soggettivo)⁸.

⁶ Cheng Liaoyuan, Wang Renbo (2014) *Quan li lun* [On Rights] Guilin Shi Guangxi shi fan da xue chu ban she pp. 147-150.

⁷ Si tratta delle le relazioni gerarchiche incluse tra le cinque relazioni fondamentali, eccezion fatta per quella paritaria tra amico e amico.

⁸ L. Cheng, R. Wang, *op. cit.*, p. 149.

In particolare, vi sarebbero alcune opposizioni concettuali fondamentali tra la cultura giuridica tradizionale e il concetto contemporaneo di “diritto soggettivo”. Questo concetto è espresso attraverso l’espressione 权利 (“quanli”) composta dai caratteri 权 “quan” (potere) e 利 “li” (interesse). Nei testi classici della tradizione cinese i due caratteri compaiono separatamente⁹. Il carattere “quan” esprime il significato di un esercizio del potere bilanciato, ponderato, mentre il termine “li” esprime il significato di “interesse personale”. L’uso corrente delle due parole, con il significato di “diritto” compare solamente verso la fine del secolo XIX¹⁰ nelle traduzioni degli studiosi cinesi delle opere di autori francesi, americani, giapponesi e tedeschi sui “diritti dell’uomo e del cittadino”, un nuovo concetto che si era imposto giuridicamente e politicamente a seguito delle rivoluzioni illuministe in Europa e in Nord America. Per tradurre il termine “diritto soggettivo” i pensatori cinesi usarono i caratteri “quan” e “li”, per significare una scelta ponderata che tiene in considerazione soltanto gli interessi dell’individuo portatore di diritti¹¹.

Chen e Wang osservano che, nella cultura tradizionale cinese, la visione da parte della società di “quan” e “li” era generalmente negativa, come mostra una citazione dall’antico libro di Tang: “[a]lla gente non piacciono snobismo, potere [quan] e interesse [li]”¹². Allo stesso modo, nel classico confuciano “Il libro dei mutamenti”¹³, “quan” denota un potere che può anche essere usato in conflitto con la giustizia e quindi il termine acquista un marcato senso derogatorio¹⁴. Sebbene nel Xunzi “quan” si riferisce al potere di prendere una decisione dopo avere ponderato e giudicato i vantaggi e gli svantaggi in specifiche circostanze¹⁵, sembra essersi attestato un uso autoritativo del termine. Questo uso è testimoniato, ad esempio, dal Lijin o libro dei riti, in cui “quan” è usato nell’espressione “zheng quan jie”, con riferimento a Jie, l’ultimo imperatore della dinastia Xia (XXI-XVI secolo a.C.), tradizionalmente considerato un tiranno; negli “Annali Penali”, compilati durante le dinastie Jin e Wei, l’uso del termine “quan” denota autorità e potere¹⁶. Nei classici confuciani, l’uso di “quan” e “li” sembra implicare un potere “amorale”, e avere un significato opposto a ciò che è morale. Nella parte del Xunzi “incoraggiamento all’apprendimento” “quan” e “li” sono definiti esplicitamente in opposizione a ciò che è stabile e costante (道, dao, la Via¹⁷): “questo è perché poteri e interessi non possono cambiarla [la Via], la gente

⁹ L. Cheng, R. Wang, *op. cit.*, pp. 147-150.

¹⁰ M. Svensson, *Debating Human Rights in China: A Conceptual and Political History*, in Rowman and Littlefield, 2002, pp. 84-85.

¹¹ Ibid.

¹² L. Cheng Liaoyuan, R. Wang, *op. cit.*, p.147.

¹³ L. Cheng Liaoyuan, R. Wang, *op. cit.*, pp. 147-150.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Per una interpretazione del concetto di “Via” (dao 道), nel pensiero del Xunzi si veda LKC Cheung, *The Way of the Xunzi*, in *Journal of Chinese Philosophy*, (28, 3), 2001, 301.

non può cambiarla e il mondo non può cambiarla. La vita e la morte sono decisi da essa. Dunque essa è chiamata pratica morale”¹⁸. In un altro passaggio, Xunzi scrive: “Chiedigli di entrare in contatto con musica e ragazze, potere e interessi, odio e rabbia, pericolo e rischio, e poi osserva se può mantenere la sua pratica morale”¹⁹. “Quan” e “li”, dunque, secondo il pensiero antico, possono costituire impedimenti, distrazioni o ostacoli sulla via della perfezione morale. Il perseguimento dell’interesse personale e di posizioni influenti per puro e semplice amore del potere ha una connotazione morale negativa. Lo *junzi*, il saggio, l’uomo giusto, come esso viene descritto in questi testi, cerca piuttosto la moralità sociale, la giustizia, l’appropriatezza delle azioni²⁰. Nel sottolineare questi aspetti, Cheng e Wang avanzano la tesi che, nel pensiero antico, sfera individuale e dimensione morale sono in reciproca opposizione. Secondo Cheng e Wang, nella tradizione cinese la libertà e l’interesse personale sono in forte contrasto con la moralità sociale, concepita come un’espressione della via immutabile, dell’ordine secondo cui natura e società sono sempre state regolate e sempre continueranno a esserlo²¹. Cheng e Wang identificano in questo una prima incompatibilità tra assunti generali della filosofia tradizionale e idea di diritto soggettivo.

Cheng e Wang individuano la seconda opposizione concettuale nel modello della società imperiale antica, una società regolata dalle pratiche rituali. Questo modello, per Cheng e Wang, è antitetico ai diritti. Nelle pratiche rituali, individui diversi ricoprono ruoli diversi. Doveri, privilegi e facoltà sono associati a ogni persona in ragione della posizione ricoperta in relazione agli altri all’interno di una codificata e rigida etichetta rituale²². Questo schema, nella Cina antica, rifletteva i ruoli familiari (come ad esempio la relazione tra padre e figlio) ed era basato sui parametri morali fondamentali condivisi dalla società²³. Nella visione dei due autori, questa etica fondata sul *ruolo* dell’individuo si scontra inevitabilmente con l’idea moderna di diritti che appartengono al titolare a prescindere dal suo ruolo all’interno della famiglia o nella società. In questo senso, per Cheng e Wang, il concetto di diritti nel senso contemporaneo “non ha spazio negli antichi rituali cinesi”²⁴. Se i diritti sono intesi come la garanzia di scelte libere di un individuo autonomo, in grado di esercitare il proprio giudizio per esprimere liberamente i suoi desideri e realizzare le sue aspirazioni, l’etica tradizionale, fortemente imperniata sui ruoli, può entrare in conflitto con i diritti. Ciò perché i desideri personali, se diversi da quelli compatibili con i doveri associati al proprio ruolo, devono essere sintonizzati ai valori e alle idee della pratica rituale, e dunque modificati o abbandonati

¹⁸ Xunzi, *The Great Learning and the Doctrine of the Mean*, 2006, available at <[http://www.indiana.edu/~p374/Daxue-Zhongyong_\(Eno-2016\).pdf](http://www.indiana.edu/~p374/Daxue-Zhongyong_(Eno-2016).pdf)>

¹⁹ Xunzi, *The Way to be a Lord*, in E.L. Hutton, (trans), *Xunzi: The Complete Text*, Princeton, 2016, p. 117.

²⁰ L. Cheng, R.Wang, *op. cit.*, p. 147.

²¹ L. Cheng, R.Wang, *op. cit.*, pp. 147-150.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

del tutto. In questo modo i margini per la scelta individuale sono minimizzati per riflettere meglio i valori della pratica rituale. In sostanza, il problema principale della pratica rituale è quello della scelta: scegliere chi essere, che desideri realizzare, che posizione ricoprire, qual è il comportamento appropriato a seconda della posizione che si ricopre. In questo senso riti e ruoli, secondo Cheng e Wang implicano privilegi e doveri, non scelte. Nella comprensione tradizionale, ciò che spetta all'individuo sembra appartenere alle funzioni sociali articolate lungo i dettami di norme rituali, più che determinato dalle scelte individuali. Quindi non c'è spazio per i diritti che sono, essenzialmente, scelte individuali libere.

È doveroso a questo punto specificare che la critica alla tradizione antica da parte di Cheng e Wang non è mossa dalla prospettiva liberale, secondo cui il soggetto deve essere libero e sovrano di se stesso, ma dalla prospettiva marxista. Il punto di partenza è l'idea di Marx secondo cui l'essere umano è uno “ζῷον πολιτικόν (zoon politicon), non solo un animale sociale, ma anche un animale che solo in società può isolarsi”²⁵ (nel senso di individualizzarsi). Sulle base di questo argomento, Cheng e Wang concludono che la società comunista ideale non attribuisce ruoli prefissati agli individui, ma piuttosto è una società in cui, come scrivevano Marx ed Engels: “nessuno ha una sfera di attività esclusiva ma ognuno può realizzarsi in qualunque campo desideri, la società regola la produzione generale e pertanto in tal modo mi permette di fare oggi questa cosa e domani quell'altra, la mattina andare a caccia, il pomeriggio pescare, la sera allevare il bestiame, dopo pranzo criticare, così come mi vien voglia; senza diventare né cacciatore, né pescatore, né pastore, né critico”²⁶. Dunque, per i filosofi cinesi, il marxismo offre un'alternativa all'etica tradizionale e allo stesso tempo apre lo spazio ai diritti, perché permette all'individuo di esercitare il suo potenziale creativo e libero nella società.

3. Teorie marxiste dei diritti

La teoria del diritto socialista affermata dalla fondazione della Repubblica Popolare Cinese sosteneva alcuni capisaldi in tema di diritti, in aperta opposizione alle teorie “borghesi”. Da quella prospettiva, la critica ai diritti borghesi si impernia sull'assunto che le società capitaliste sono divise tra ricchi e poveri, classi di sfruttati e classi di sfruttatori, impiegando anche una serie di argomenti morali. Non solo nelle società capitaliste vi sono ineguaglianze economiche, di reddito e di opportunità, ma inoltre queste sono moralmente inferiori per via dell'affermazione in esse di un

²⁵ K. Marx, *Grundrisse: Foundations of the Critique of Political Economy* (1857), London, 1973, p. 18.

²⁶ K. Marx, F. Engels, *The German Ideology. Part One with selections from Parts Two and Three, together with Marx's Introduction to a Critique of Political Economy* (1845), in C.J. Arthur (ed.) International Publishers, 1970, p. 53.

individualismo eccessivo, di una competizione sfrenata e di un bieco materialismo. Al contrario, il contesto socialista sarebbe più adatto a garantire un più universale e pieno godimento dei diritti grazie alle specifiche condizioni economiche, poiché nella società socialista i mezzi di produzione non sono nelle mani di pochi ma sono di tutti (o di proprietà statale o di proprietà collettiva), e il principio che regola la distribuzione è “da ciascuno secondo le sue capacità, a ciascuno secondo il suo lavoro”. In virtù di questi presupposti, secondo i teorici cinesi, nelle società socialiste ogni individuo può godere al meglio dei diritti per realizzare se stesso e le proprie aspirazioni.

Gli assunti fondamentali dell’approccio marxista cinese ai diritti sono stati sintetizzati da Albert Chen, il quale sostiene che questo approccio è caratterizzato da una combinazione di queste caratteristiche: 1) visione economicistica, secondo cui i diritti dipendono dalle condizioni economiche; 2) visione storica, secondo cui i diritti cambiano nella storia; 3) visione di classe, secondo cui i diritti devono essere attribuiti alle classi degli sfruttati e non a quelle degli sfruttatori; 4) visione statalista, secondo cui i diritti sono attribuiti dallo stato attraverso la legge; 5) visione dello sviluppo, secondo cui i diritti variano a seconda del livello di sviluppo; 6) visione dell’unità dei diritti e dei doveri, secondo cui i diritti sono intrinsecamente legati ai doveri e la componente prevalente è il dovere; 7) visione emancipatoria, secondo cui i diritti vanno attribuiti alle classi dei lavoratori per la loro progressiva liberazione²⁷.

Il passaggio dall’economia di piano all’economia di mercato è andato di pari passo con un processo di legiferazione e innovazione giuridica. Gradualmente la nozione di “classe” ha lasciato il posto alla nozione di “interesse” nelle teorizzazioni dei giuristi cinesi e la tesi dell’unità fondamentale dei diritti e dei doveri ha lasciato spazio a nuove concezioni che danno preminenza ai diritti.

L’idea centrale negli approcci marxisti che i diritti sono legati al contesto economico, storico e al livello di sviluppo di un popolo assume una direzione specifica quando si associano i diritti al livello di sviluppo. Le condizioni economiche che caratterizzano il livello di sviluppo di un paese determinano le concezioni dei diritti elaborate in quel paese. Questa idea riflette l’impostazione marxista che le condizioni economiche determinano le leggi e le ideologie, e in particolar modo che le relazioni

²⁷ A. Chen, *Developing Theories of Rights and Human Rights in China*, cit., pp. 123-140. Un’altra classificazione degli elementi essenziali delle tesi marxiste dei giuristi cinesi sui diritti degna di nota è quella operata da Andrew Nathan. Secondo Nathan i diritti nel contesto cinese sarebbero caratterizzati come 1) diritti concessi solo alle classi progressiste; 2) la loro previsione cambia da una costituzione all’altra; 3) sono programmatici, indefiniti, e mutano a seconda degli obiettivi; 4) sono sempre malleabili, ovvero aperti alla legislazione che riflette i cambiamenti socio culturali e politici; 5) sono applicati attraverso la pratica sociale più che attraverso istituzioni giuridiche formali; 6) la loro realizzazione in pratica dipende da percorsi gerarchici di deferenza per raggiungere il valore più che da idee di sovranità popolare. RR Edwards, L. Henkin, AJ Nathan, *Human Rights in Contemporary China*, New York, 1986. Tali teorizzazioni sono state elaborate in relazione soprattutto ai diritti umani, tuttavia si ritiene possano essere estese ai diritti soggettivi, in virtù della comune matrice filosofica di riferimento (marxista-leninista-Mao Zedong pensiero).

economiche determinano il contenuto dei diritti all'interno dei cambiamenti specifici che sono il frutto di sviluppi storici precisi. Queste premesse teoriche sono ancora oggi in grado di spiegare l'introduzione graduale dei diritti che ha portato oggi alla promulgazione del codice civile, e l'attenzione ad aspetti specifici di protezione della persona umana da nuove insidie cagionate dal progresso tecnologico e dalle sue applicazioni, ad esempio, alla genetica.

4. L'orientamento ai diritti dell'ordinamento giuridico

La dottrina cinese oggi prevalente afferma che gli elementi fondamentali costitutivi del diritto in senso oggettivo, cioè come ordinamento giuridico, sono le posizioni soggettive attive e passive: diritti e doveri. La tesi kelseniana che il diritto è costituito da norme, seppure avanzata da qualcuno, è stata criticata con l'argomentazione che concepire il diritto come un insieme di norme non permette di considerare gli individui come persone autonome e libere, perché se il diritto coincidesse con la legge dello stato, ne discenderebbe che lo stato potrebbe imporre qualsiasi regola di condotta ai destinatari delle norme senza che questi siano necessariamente trattati come esseri capaci di autodeterminarsi.

Secondo la posizione più conservatrice, il diritto in senso soggettivo è solo un riflesso del dovere. Tutto l'ordinamento giuridico, secondo questa prospettiva, sarebbe orientato al dovere, elemento dominante e preminente rispetto ai diritti²⁸. A partire dalla fine degli anni '80 vengono formulate delle tesi diverse. Alcuni autori, come Guo Yuzhao e Zhang Buyun difendono la tesi intermedia dell'eguale importanza nel diritto di diritti e obblighi o doveri²⁹. Altri invece pongono i diritti al centro, come l'asse attorno a cui ruota l'intero ordinamento giuridico: tutto il diritto sarebbe orientato ai diritti più che ai doveri. Zhang Buyun, ad esempio, sostiene che in una società in cui esiste un mercato in cui si scambiano merci, la legge deve riconoscere non solo la legittimità della proprietà privata individuale, ma anche l'eguaglianza sul mercato di ogni operatore economico³⁰.

Zhang Wenxian, giurista cinese dell'Università di Jilin, esponente di rilievo della c.d. "scuola nordorientale", sostiene la tesi descrittiva e prescrittiva che l'ordinamento giuridico nel suo insieme è e deve essere orientato ai diritti³¹. Ciò significa non solo che

²⁸ H. Zhang, *On Duties as the Centre of Gravity of Law*, 5 Chinese Legal Science, 1990.

²⁹ B. Zhang, *A Historical Evaluation of Whether Law is Rights-Oriented or Duties-Oriented*, in *Science of Law* (1991); Y. Guo, *An Analysis of the Theory of "Rights-Oriented"*, 3 Chinese Legal Science (1991); A. Chen, *Developing theories of Rights and Human Rights in China*, cit., pp. 125-149.

³⁰ B. Zhang Buyun *op. cit.*; A. Chen Albert, *ult. op. cit.*, pp. 125-149.

³¹ W. Zhang Wenxian, *Cong Yinyu Benwei dao Quanli Benwei shi fa de Fasban Guilu* (Legal Development from Duty Orientation to Rights Orientation) *Faxue* (Law) 9, 1990, pp. 15-25; Id., *Quali*

i diritti sono gli elementi fondamentali che compongono l'ordinamento giuridico, ma anche che l'ordinamento giuridico tutto è posto in essere per realizzare i diritti. Dunque, anche la previsione dei doveri e degli obblighi giuridici è un mezzo per assicurare la realizzazione dei diritti. I diritti sono il fine fondamentale per cui è posto in essere l'ordinamento giuridico e per cui sono conferiti poteri allo stato. Secondo Zhang, l'orientamento fondamentale verso i diritti rende i cittadini signori della vita politica e sociale e non “meri oggetti da amministrare” da parte del potere pubblico³². Sono in particolare il diritto civile e il diritto commerciale che, nel contesto dell'economia di mercato, stabiliscono le regole giuridiche da osservare per scambi tra soggetti liberi ed eguali. In questo senso è teorizzato anche il legame che unisce diritto civile, diritti individuali e stato di diritto. Secondo Zhang, diritto civile e diritto commerciale sono in special modo rilevanti per lo stato di diritto perché postulano la libertà contrattuale, l'eguaglianza delle parti nel contratto e i diritti (di proprietà): questi elementi conducono allo stato di diritto³³. Per Zhang e la scuola nordorientale tutta, il diritto serve a regolare il comportamento umano e le relazioni sociali. I suoi elementi di base sono diritti e doveri. Diritti e doveri compongono tutti i processi giuridici, dalla creazione all'applicazione del diritto. Non solo, secondo Zhang i conflitti nel diritto sorgono da contrasti fra diritti e doveri. Autonomia, autocoscienza, capacità di autocreazione e autodisciplina, quali attributi dell'essere umano, sono riconosciuti da un ordinamento giuridico che sia orientato alla realizzazione dei diritti. Questa linea teorica ha aperto la strada alla codificazione: il diritto in senso soggettivo è al centro del codice civile cinese.

5. La giustificazione dei diritti

La giustificazione dei diritti soggettivi individua la ragione fondamentale per l'attribuzione di un diritto inteso in senso ampio, cioè come pretesa, potere, immunità, privilegio, e altre posizioni attive comparabili, a un soggetto. In particolare, la giustificazione dei diritti individua un elemento fondamentale che fonda l'attribuzione o il riconoscimento di una certa posizione soggettiva. Anche se il diritto non coincide completamente con la sua giustificazione, quest'ultima influenza l'interpretazione del diritto nella sua applicazione pratica. Più precisamente, giustificazioni diverse determinano ampiezza e limiti diversi del medesimo diritto. La questione della

Benwei Zhi Yuyi He Yiyi Fenxi (An Analysis of the Semantic Meaning and Significance of Rights Orientation) *Zhongguo Faxue* (Chinese Legal Studies), 5, 1990, pp. 24-32.

³² W. Zhang, *Cong Yimu Benwei dao Quanli Benwei shi fa de Fasban Guiliu*, cit., pp. 15-25; Id., *Quali Benwei Zhi Yuyi He Yiyi Fenxi*, cit., pp. 24-32.

³³ W. Zhang, *The Necessary Path for China to Enter the Rule-of-Law Society*, in *Science of Law*, 4, 1989, p. 9.

giustificazione del diritto è se esiste una ragione, un senso centrale e focale dotato di priorità esplicativa rispetto a tutti gli altri e in virtù del quale i diritti sono attribuiti al soggetto³⁴.

Le giustificazioni dei diritti offerte dai giuristi cinesi sono incentrate su ciò che ognuno di loro ritiene essere l'elemento centrale (yaosu 要素) dei diritti, su cui si fonda la loro attribuzione ai soggetti. Sotto questo aspetto, è possibile individuare cinque diverse concezioni. Una prima posizione ritiene che l'elemento chiave dell'attribuzione dei diritti sia la libertà degli esseri umani (teoria della volontà o scelta); il secondo gruppo individua l'elemento chiave nell'interesse; il terzo trova la giustificazione dei diritti nell'interesse e nella libertà insieme; il quarto afferma che l'elemento chiave per l'attribuzione dei diritti è il potere; il quinto gruppo identifica questo elemento nel "potere della legalità".

Le teorie giustificano i diritti facendo leva rispettivamente su interesse (interest theory) e scelta (choice o will theory) sono due posizioni classiche della teoria del diritto Anglo-americana ed Europea³⁵. Nel pensiero giuridico occidentale, la prima concezione è stata sostenuta da Jeremy Bentham, Rudolf von Jhering, e più di recente da Joseph Raz, Matthew Kramer, e altri, mentre la seconda concezione è stata difesa

³⁴ B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hartz a Raz*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds), *Analisi e diritto*, Torino, 2002.

³⁵ Il dibattito filosofico sulla giustificazione dei diritti è monumentale e non può essere ricostruito in questa sede. Gli elementi essenziali di questo dibattito possono essere rinvenuti in questi testi che non costituiscono una elencazione esaustiva: W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in W.W. Cooke, (ed.), New Haven-London, 1919; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., 1885; J. Bentham, *Of Laws in General*(1782), in H.L.A. Hart (ed.), Athlone Press, 1970; H.L.A. Hart, *Between Utility and Rights* (reprinted) in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, p.198 ss.; H.L.A.Hart, *Bentham on Legal Rights* (reprinted) in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, pp. 162 ss.; H.L.A. Hart, *Are There any Natural Rights?*, in *Philosophical Review*, 1955, pp. 64-175; J. Feinberg, *Duties, Rights, and Claims* (1966), in J. Feinberg, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton, 1980; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (revised edition), 1978, London; M. H. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, 1998; M. H. Kramer, *Refining the Interest Theory of Rights*, in *American Journal of Jurisprudence*, 2010, pp. 55 ss.; M. H. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford, 1998; M. Kramer, H. Steiner, *Theories of Rights: Is There a Third Way?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, pp. 281 ss.; H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1946; N. MacCormick, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights* (1976), reprinted in N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, 1982, pp.154 ss.; N. MacCormick, *Rights in Legislation*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford, 1977, pp. 189 ss.; J. Raz, *The Nature of Rights* (1984), reprinted in J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, pp.165 ss.; J. Raz, *Legal Rights* (1984), reprinted in J. Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, 1994 pp. 238 ss.; J. Waldron, *The Right to Private Property*, Oxford, 1988; P. M. S. Hacker, J. Raz, *Law, Morality and Society*, Oxford 1977; N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, 1982; J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1970; J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1996; N.E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, London, 1986; J. Waldron, *Liberal Rights*, Oxford, 1993; C. Wellman, *An Approach to Rights*, Berlin, 1977.

da Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart. Le due tesi individuano rispettivamente la protezione di un interesse e di una scelta come la ragione fondamentale per l'attribuzione di posizioni attive (pretesa, potere, privilegio, immunità e combinazioni di queste), ovvero sia per attribuire un "diritto" a una persona.

Le concezioni cinesi sono elaborate nell'ambito del pensiero giuridico socialista. A nostro parere, le teorie cinesi sulla ragione ultima di attribuzione/riconoscimento dei diritti si ispirano a tesi liberali e marxiste, ma sono compatibili con elementi peculiari della tradizione giuridica cinese, un aspetto che si proverà a mettere in evidenza e che, a nostro avviso, si applica anche alla previsione dei diritti del nuovo codice civile.

La teoria della libertà (*zìyou shuō* 自由说) afferma che la giustificazione dei diritti poggia sulla garanzia della libertà individuale ed è un'acquisizione più recente nel dibattito cinese, dominato dalla giustificazione basata sull'interesse. Questa teoria si impernia sulla libertà di scelta, intesa come la capacità di determinare aspetti della condotta propria e altrui. Non consiste solo nel potere giuridico che un individuo ha di decidere se un altro soggetto debba o non debba portare a termine una certa azione nei suoi confronti a suo piacimento, agendo come un sovrano in relazione alla condotta che costituisce l'adempimento del diritto. Così la prospettiva cinese sui diritti come libertà non coincide con la prospettiva che un diritto consiste solamente nella possibilità di azionare una sanzione contro la persona che viola un dovere, come nell'approccio di Kelsen, o più genericamente nell'aver controllo sui doveri di altri nei propri confronti, come sostenuto da H.L.A. Hart³⁶.

La giustificazione cinese dei diritti che si basa sulla libertà sembra piuttosto essere fondata su una concezione dell'essere umano, che, da una parte, è in linea con premesse marxiste, e, dall'altra, è compatibile anche con idee sviluppate dal pensiero antico, in particolare dal filone di pensiero confuciano, riguardo la natura degli esseri umani e la loro relazione con il mondo naturale e la società. Il punto centrale è l'idea che l'essere umano è in grado di agire per trasformare la natura: l'essere umano è co-creatore del mondo e della storia. Inoltre, l'essere umano non *si trova* in relazione con altri esseri umani e con il mondo, ma bensì è *costituito* dalle relazioni con altri esseri umani e con il mondo (il contesto in cui si trova ciascun essere umano)³⁷.

A questo punto, è necessario specificare che, in generale, l'idea dei diritti naturali, che sottolinea l'aspetto della libertà degli individui ma che traslascia la loro dimensione sociale, non ha trovato grande risonanza tra i giuristi cinesi, con l'eccezione importante della teoria della giustificazione dei diritti di Zhou Fucheng. Sposando la teoria dei

³⁶ J. Waldron, *Can Common Goods Be Human Rights?*, in J. Waldron, (ed), *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991* Cambridge, 1993, pp. 339 ss., p. 352.

³⁷ Per ulteriori argomentazioni su questo si rinvia a Li Buyun, *On the Origin of Human Rights*, *Tribune of Political Science and Law*, in *Journal of China University of Political Science and Law*, 2004, vol 22, n. 2. Si consenta di rinviare inoltre alle argomentazioni sostenute nel primo capitolo di E. Consiglio, *Chinese Legal Theory and Human Rights*, London, 2019.

diritti naturali, Zhou cita Grozio per affermare che il prototipo del diritto è la libertà: “I diritti conferiti dalla legge, siano essi pubblici o privati, ... sono originariamente chiamati “libertà” ... il primo vero diritto è una forma di libertà³⁸.”

Per la maggior parte, la previsione giuridica dei diritti serve a garantirne il rispetto stabilendo gli obblighi degli altri verso il detentore del diritto. Wang Chunguo sostiene che un “legal right, regulated by legislation, is a permission which allows people to act autonomously, (and require others to) perform or not to perform certain actions. Broadly speaking, it also includes the function and right, which are enjoyed by the state organs, social organisations, and governmental officials”³⁹, che hanno il dovere di agire in conformità alla legge. Chen Zhonglin individua la ragion d’essere dei diritti nel fatto che un individuo che è titolare di un diritto: “can act according to his wishes without being interfered by others, or even request the other people to act in accordance with his wishes⁴⁰”. Questa tesi sembra coincidere con la posizione classica della choice theory o will theory, secondo cui la capacità di controllare l’adempimento del dovere di un altro è l’unica caratteristica rilevante per stabilire se un individuo è titolare di un diritto. Dunque qualsiasi diritto implicherebbe una pretesa concernente il dovere di qualcun altro, un potere attraverso cui la persona può controllare l’adempimento del dovere e la libertà di decidere se accettare o rifiutare l’adempimento del dovere. Il problema di questa teoria è che se si giustificano i diritti con la capacità di scelta, questo in linea di principio escluderebbe l’attribuzione di diritti a quei soggetti privi della capacità di scelta, come ad esempio minori, malati terminali, e così via.

Ma c’è un’altra versione della teoria della libertà, che in parte differisce dalla concezione classica appena tratteggiata della teoria della scelta. Il punto dell’attribuzione dei diritti, secondo questa versione, è la capacità degli esseri umani di agire liberamente per trasformare il mondo in cui vivono. Al cuore di questa tesi c’è il concetto di libertà in Marx. Secondo Marx, la libertà è “l’essenza dell’esistenza spirituale”. Gli esseri umani sono in grado di uscire dalla condizione naturale esercitando attività “libere e consapevoli” (*ziyou zijue buo dong* 自由自觉活动). Questa è precisamente la ragione per cui sono attribuiti i diritti⁴¹. Gli esseri umani sono gli unici esseri animali in grado di trasformare in modo consapevole la natura attraverso il lavoro, per raggiungere i loro fini. Tuttavia gli esseri umani sono animali sociali e hanno bisogno della società per essere liberi. In questo senso, c’è una relazione necessaria tra l’essere umano e la società. Nella società gli esseri umani possono realizzare la propria libertà o diventare servi di qualcun altro. La trasformazione delle condizioni sociali e naturali è il processo di “materializzazione” e richiede un lavoro

³⁸ Zhou Fucheng (1966) *Selected Saying of the Bourgeois Philosophers and Political Thinkers from the Renaissance to the 19th century* The Commercial Press p. 681.

³⁹ C. Wang, *Modern jurisprudence: History and Theory*, Hunan, 1995, p. 223.

⁴⁰ Z. Chen, *Guanyu renquan gainian de ji ge jiben wenti* [Several Basic Issues on the Concept of Human Right], 2009 manoscritto in possesso dell’autrice, tradotto da Ma Xiao-wei.

⁴¹ L. Cheng, R. Wang, *Quan li lun*, cit., p. 166.

umano. L'esercizio della libertà, in ogni caso, richiede condizioni favorevoli, la capacità delle persone di trasformare la realtà è solo potenziale, ed è messa in atto quando gli individui si scambiano il lavoro nella società: "In order to actualise their ability to become free, people should first of all have the right to realise their ability⁴²." La dottrina del materialismo storico è il punto di partenza. La natura intrinseca dei diritti, si afferma, è quella di attività "libere e consapevoli". Gli esseri umani diventano soggetti esercitando la facoltà della coscienza. Il prerequisito della libertà è il fatto che gli esseri umani possiedono abilità umane, che li rendono in grado di trasformare la loro realtà. È questa capacità di trasformare la natura, più che di adattarsi ad essa, l'elemento distintivo degli esseri umani rispetto agli animali. Tra le abilità dell'essere umano vi è la capacità di acquisire e creare conoscenza. Però, per attuarsi, le abilità umane necessitano di alcune condizioni di sviluppo sociale. Per indicare quanto importanti sono le condizioni sociali per l'effettivo esercizio della libertà Cheng e Wang portano l'esempio di Copernico, lo scienziato che ha elaborato la teoria eliocentrica. Usando la sua conoscenza (abilità) e ricerca (lavoro), Copernico scoprì la verità: il pianeta terra gira attorno al sole e non l'opposto. Ma la verità che scoprì venne considerata eretica e censurata a causa dell'oscurantismo religioso e Copernico fu sottoposto a processo e condannato. Cheng e Wang menzionano anche il caso della Germania del 1930 dove formalmente era riconosciuta dalla legge la libertà di associazione ma c'era solo un partito: il partito Nazista. Le condizioni sociali sono necessarie per l'esercizio della libertà:

"Per un sistema sociale illuminato ed efficace è impossibile eliminare completamente l'alienazione delle persone, ma è possibile ridurre il costo della libertà nella misura maggiore possibile. Da un lato, è in relazione allo sviluppo economico, politico e culturale che le condizioni per la libertà sono determinate, così come la previsione dei diritti per un numero maggiore di soggetti, la mobilitazione di risorse e di garanzie per tali diritti; dall'altro lato, la libertà e la capacità dei soggetti dovrebbe essere migliorata permettendo a più persone di partecipare nella gestione della società e nella pratica della democrazia. Una società illuminata e sana non può eliminare i limiti naturali che ha la libertà, ma può rendere il limite 'ragionevole'⁴³. Cheng e Wang notano che "il diritto del soggetto dipende dalla sua scelta di senso tra le scelte significative che la società può offrire⁴⁴". La base dei diritti è la libertà di scegliere il proprio comportamento per soddisfare i bisogni umani determinati dalle condizioni naturali e sociali. Deve esserci un ventaglio di alternative significative tra cui il soggetto può scegliere per esercitare la libertà di scelta secondo coscienza. La giustificazione

⁴² Ibid.

⁴³ L. Cheng, R. Wang, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁴ L. Cheng, R. Wang, *op. cit.*, p. 161.

dell'attribuzione dei diritti agli individui è dunque l'esercizio della scelta tra opzioni alternative in modo che l'individuo possa soddisfare i suoi desideri, interessi, fini⁴⁵.

La concezione della teoria della scelta, come declinata dagli studiosi del diritto cinesi è influenzata dal marxismo: il materialismo dialettico e il materialismo storico sono alla base della sua elaborazione. Tuttavia sembra possibile ravvisare quanto meno una compatibilità di tale concezione con le premesse della tradizione intellettuale del passato. In particolare, vi si ritrova l'idea della libertà come un processo che include elementi cognitivi, un processo che può essere ostacolato dalle circostanze del contesto, comprese le limitazioni sociali. Tale assunto risuona con le concettualizzazioni dell'essere umano e della sua evoluzione nella società elaborate dagli intellettuali confuciani. Queste influenze, da approfondire, rimarrebbero in ogni caso indirette, implicite, manca un riconoscimento esplicito del loro influsso, sebbene a nostro avviso, proprio sulla loro scia si innestano alcune delle "caratteristiche cinesi" dei diritti⁴⁶. Nonostante il fatto che, nei due sensi specificati precedentemente, la tradizione filosofica antica può costituire un ostacolo alla concettualizzazione dei diritti individuali e quindi viene rigettata dagli autori cinesi, in realtà essa rimane presente in alcuni assunti di fondo sull'essere umano e sulla società. Pertanto, la concezione cinese dei diritti presenta dei tratti distintivi e specifici rispetto a quelle elaborate in altre epoche, e da altre comunità politiche e giuridiche.

Le teorie dell'interesse sostenute dagli studiosi cinesi condividono la premessa che la giustificazione dei diritti consiste nel riconoscimento dell'importanza di un interesse, un interesse che si ritiene debba essere protetto. Si ricorderà che il secondo carattere che compone la parola diritto individuale, 权利 (*quanli*) è il carattere 利 *li*, che significa interesse. La concezione che i diritti sono "interessi legittimi", o teoria dell'interesse (*liyì shuō* 利益说), è ampiamente supportata dalla dottrina giuridica cinese⁴⁷, secondo cui il "bisogno" è alla base delle relazioni sociali, poiché gli esseri umani possono soddisfare i loro bisogni soltanto attraverso la cooperazione con altri esseri umani. Secondo Cheng e Wang, la soddisfazione dei bisogni è parte integrante della realizzazione dell'interesse di un individuo. La soddisfazione degli interessi al di fuori della società sarebbe impossibile per le limitazioni intrinseche degli individui: gli esseri umani sono vulnerabili, mortali, fragili, e pertanto devono organizzarsi con altri esseri umani per sopravvivere e anche per realizzarsi mettendo a frutto le loro capacità e fiorire. Per questa ragione la dottrina cinese definisce il "bisogno" come un attributo

⁴⁵ Li Buyun concorda che gli esseri umani sono liberi per natura e che sono contraddistinti dalla capacità di porre in essere attività "libere e consapevoli". B. Li, *On the Origin of Human Rights*, *Tribune of Political Science and Law*, in *Journal of China University of Political Science and Law*, vol 22, n. 2, 2004.

⁴⁶ Si veda anche R. Weatherley, *The Discourse of Human Rights in China: Historical and Ideological Perspectives*, New York, 1999.

⁴⁷ S. C. Angle, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, Cambridge, 2002, p. 29; Cfr. Z. Tong, *Right, Power and Faquanism. A Practical Legal Theory from Contemporary China*, Leiden, 2018, pp. 27-28

inalienabile degli individui (gli esseri umani non possono eliminarlo); inoltre, la nozione di interesse può essere decostruita sotto molteplici livelli e aspetti. Il perseguimento degli interessi dipende dalle condizioni materiali: “la dottrina di Marx non ha mai negato il significato dei bisogni politici e spirituali, ma è solo una spiegazione dialettica della relazione tra questo tipo di bisogni e i bisogni materiali⁴⁸.”

La circostanza che gli interessi siano tra loro in conflitto è riconosciuta ampiamente dalla dottrina giuridica cinese⁴⁹. Il conflitto è reale, non apparente, come si poteva credere nell'antichità, in cui l'ordine sociale era dato e pertanto i criteri di risoluzione dei conflitti erano più largamente accettati. La conflittualità dei diritti comporta la necessità di positivizzarli, per proteggere l'interesse che è giudicato meritevole di tutela: la previsione legislativa dei diritti modifica la natura della precedente relazione (sociale) di aiuto e cooperazione reciproci e pone in essere una relazione basata su diritti e obbligazioni per soddisfare un certo interesse. È proprio il conflitto di interessi riconosciuto dalla comunità che porta all'attribuzione di diritti ai soggetti. La scelta della condotta da prescrivere per soddisfare l'interesse è operata dalla società ed è un momento cruciale nel determinare la previsione legislativa dei diritti⁵⁰. La teoria dell'interesse è sostenuta da Li Buyun e Xu Bing⁵¹, che affermano che: “Diritto si riferisce a specifici interessi del cittadino che lo stato definisce chiaramente e che il potere dello stato garantisce⁵². Anche Zhang Qingfu afferma che gli interessi, inclusi gli interessi che vantano un riconoscimento costituzionale, sono oggetto di previsione normativa per garantire gli interessi del titolare. I diritti riflettono, incorporano e proteggono interessi sostanziali, spirituali e personali nel nome di leggi costituzionali e altre fonti normative⁵³. Tra gli studiosi che trovano l'elemento chiave per l'attribuzione dei diritti nella protezione dell'interesse delle persone vi sono Liang Zhiping, Qiu Hanping, e Yuan Kunxiang. In particolare, Liang Zhiping spiega come il concetto dei diritti possa essere compreso da due prospettive: da un lato, il diritto manifesta una pretesa, una richiesta o un'aspettativa ragionevole; dall'altro lato, le intenzioni soggettive sono collegate da vicino con gli interessi oggettivi⁵⁴. Per Qiu Hanping, i diritti personali, come riconosciuti dalla legge, proteggono interessi e

⁴⁸ L. Cheng, R. Wang (2014) *Quan li lun*, cit., p. 203.

⁴⁹ Z. Liang, *Explicating “Law”: A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture*, (3) *Journal of Chinese Law*, 1989; Z. Liang, *Law and Fairness at a Time of Change* (2) *China Perspectives*, 1995, pp. 30-36; Z. Liang, *Fabian Zhongguo Fade Guoqu, Xianzai yu Weilai* [The Difference of Law: Chinese Law Past, Present and Future] *Zhongguo zhengfa daxue chubanshe*, 2002, pp. 64-67; K. Yu, *Toward an Incremental Democracy and Governance: Chinese Theories and Assessment Criteria*, (24) *New Political Science*, 2002, p.181; K. Yu, *From the Discourse of Sino-West to Globalisation: Chinese Perspectives on Globalisation*, 2004, China Centre for Comparative Politics; L. Cheng, R. Wang, *op.cit.*

⁵⁰ L. Cheng, R. Wang, *op. cit.*, pp. 160-172.

⁵¹ Tsinghua University Law School, KoGuan Research Centre executive director.

⁵² B. Li, B. Xu, *Quanli yu yiwu* [Rights and Obligations], Shaanxi, 1986, p. 1.

⁵³ Q. Zhang, *Basic Theories of Constitutional law* Shehui kefawenxian chubanshe, 1994, p. 491.

⁵⁴ Z. Liang, *Xunqiu ziran zhixu zhong de hexie: Zhongguo chuantong falu wenhua yanjiu* [Seeking for the harmony in the natural order-A study on the Traditional Chinese legal culture], Beijing, 1997, p. 173.

stabiliscono limiti al potere⁵⁵. Yuan Kunxiang afferma che i diritti sono stabili e protetti dalla legge come interessi, e non possono essere goduti singolarmente da una persona⁵⁶.

Sembrerebbe che l'interesse del detentore del diritto sia nella maggior parte delle posizioni dottrinali la giustificazione per l'attribuzione di diritti. La posizione che giustifica i diritti in virtù dell'esistenza di un interesse "legittimo" implica che interessi che non sono ritenuti "legittimi" non meritano di essere elevati al rango di diritti. La qualificazione di un interesse come legittimo è dunque un punto cruciale. In questo senso, la giustificazione degli interessi potrebbe ben includere "interessi personali" ma escludere "interessi egoistici". Ora, la qualificazione di un interesse come legittimo è normalmente effettuata da chi fa le leggi, che ha il potere di stabilire quali siano gli interessi che vanno considerati legittimi, che vanno riconosciuti e protetti, e che vanno invece distinti da altri interessi la cui soddisfazione non è ritenuta rilevante, oppure da quelli che possono essere considerati dannosi per la realizzazione di altri interessi individuali o pubblici. In ogni caso, come dimostra la diversità delle concezioni che giustificano i diritti facendo leva sull'interesse, la presenza di teorizzazioni diverse su queste questioni mostra un certo pluralismo nell'accademia cinese.

Oltre alle teorie fondate sulla scelta e a quelle fondate sull'interesse, la dottrina giuridica cinese avanza altre giustificazioni per l'attribuzione/riconoscimento di diritti che possono essere denominate: teorie miste, teorie del potere della legalità e teorie della competenza.

Alcuni giuristi cinesi affermano che la ragione per il conferimento dei diritti consiste nella protezione dell'interesse e della libertà insieme. In un certo senso, tale concezione prevede che l'esercizio delle libertà sia un interesse della persona umana. Pertanto, le teorie della scelta sarebbero una parte delle teorie dell'interesse e tutte le teorie della scelta sarebbero "miste". Tra i più preminenti difensori della teoria mista vi è Sun Guohua, il quale sostiene che un diritto è "ciò che il suo titolare può usare per soddisfare i suoi interessi e godere delle sue libertà"⁵⁷. In particolare, i diritti ci permettono di agire⁵⁸, nel senso che un diritto è un 'permitted domain in which the right holder acts to satisfy his interest, where satisfaction of the interest is guaranteed by the legal obligation of the others'⁵⁹. Secondo Wu Buyun, un altro sostenitore della teoria mista, un diritto è sia un tipo di libertà sia un limite per le persone nel loro contesto, nella loro rete sociale. Tuttavia la previsione e il godimento dei diritti è limitato dalla struttura socio-economica e dallo sviluppo culturale. Un "diritto" significa "l'entusiasmo e la creatività degli esseri umani e il godimento di interessi materiali e spirituali"⁶⁰.

⁵⁵ H. Qiu, *General Theory of Law*, Shanghai, 1935, p. 91.

⁵⁶ K. Yuan, *Introduction to Law*, Beijing, 1980, p. 121.

⁵⁷ G. Sun (ed), *Basic Theory of Law* Tianjin renmin chubanshe, 1998, pp. 348-349.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ B. Wu, *Introduction to the Philosophy of Marxism*, Shaanxi, 1992, pp. 199-200.

Il secondo gruppo di teorici sostiene la tesi del “potere della legalità” (*falu shang de li shuo* 法律上的力说). Si ricorderà che il carattere “quan” 权, la prima parte dell’espressione che in cinese significa “diritto” in senso soggettivo, vuol dire “potere”. La teoria del “potere della legalità” sostiene che i diritti danno il potere a chi ne è titolare di intraprendere certe attività, incluso il potere istituzionale di modificare relazioni giuridiche. Questo potere è attribuito e garantito agli individui dallo stato. Secondo questa prospettiva, i diritti, garantiti dal potere dello stato, costituiscono la capacità o il potere che abilita gli individui a intraprendere attività per soddisfare un certo interesse o per modificare le relazioni giuridiche. Questo potere ha natura “giuridica”, e permette al soggetto portatore di diritti di ottenere o mantenere interessi specifici secondo la legge. Secondo Gao Weijun, un diritto è concepito come potere che abilita le persone a determinare il loro comportamento ragionevole alla luce della legge⁶¹. Per Li Zhaowei, un “diritto è potere, detenuto legittimamente dal soggetto del diritto”⁶². Per Zheng Yubo, “un diritto è potere fondato sulla legge”⁶³.

L’ultima teoria che vale la pena menzionare è la teoria della competenza o qualificazione (*zige shuo* 资格说), che fa riferimento alla capacità o abilità di agire in un certo modo per godere del diritto. I difensori di questa teoria, tra cui Liu Jinguo e Zhang Guicheng, considerano che fondamentalmente il diritto è regolato dallo stato attraverso la legge, e costituisce insieme un permesso e una garanzia che permette alle persone di tenere certe condotte⁶⁴. In modo simile, Chen Shouyi spiega che il soggetto della relazione giuridica ha la capacità di agire (o non agire), o di chiedere ad altri di agire o non agire⁶⁵. Al contrario, Yu Keping descrive un diritto come la capacità che gli individui hanno di agire senza interferenze da parte degli altri (incluso il potere pubblico)⁶⁶.

6. La “costituzionalizzazione del diritto civile”

Esponenti politici e giuristi hanno evidenziato l’intento del codice civile di “mettere le persone al primo posto”⁶⁷, una vocazione definita “umanistica”. Il

⁶¹ W. Gao, *General introduction of law*, Nanking, 1943, p. 89.

⁶² Z. Li Zhaowei, *Jurisprudence*, 1979, p. 273.

⁶³ Y. Zheng, *Introduction to law*, Sanmin, 1981, p. 115.

⁶⁴ L. Jinguo, Z. Guicheng, *Jurisprudence*, Beijing, 1995, p. 164.

⁶⁵ S. Chen, *Basic Theory of Law*, Beijing, 1981, p. 350.

⁶⁶ K. Yu, *Communitarianism*, Beijing, 1988, p. 80.

⁶⁷ W. X. Zhang, *The historic positioning and contemporary traits in the coming Civil Code of People Republic of China*, in *Business and Economic Law Review*, 1, 2018, pp. 1-16. L. Shaohua, X. Peng, *The Civil Code of People's Republic of China: Major Features and Contributions to the World*, in *US-China Law Review* 17, no. 8 (August 2020), pp. 317-330, spec. pp. 318-319. Il richiamo è qui all’ideale del buon governo confuciano, secondo cui imperatore e ufficiali dello stato hanno il dovere morale di curare il popolo, antepo-

legislatore cinese rivendica la scelta di dedicare un libro ai diritti di personalità come un aspetto di superiorità della codificazione cinese rispetto alle altre⁶⁸. Tra le previsioni generali del codice civile, in cui sono riprodotte le regole generali sul diritto civile già in vigore dal 2017, si legge: “la legge protegge la libertà personale e la dignità della persona fisica” (art. 109, libro I, Disposizioni generali). L’inserimento di un libro, il libro IV, che contiene 51 articoli (989-1039), sui diritti di personalità (sebbene non sia chiaramente definito cosa siano i diritti della personalità) è una peculiarità del codice civile cinese, ed è stata presentata come il segnale di un’attenzione particolare alla persona. Il libro IV disciplina il diritto alla vita, integrità fisica e alla salute, il diritto al nome, il diritto all’immagine, i diritti alla reputazione e all’onore, il diritto alla privacy e la protezione dei dati personali. Oltre a questi, le persone fisiche hanno titolo ad altri diritti e interessi della personalità che si fondano sulla libertà personale e sulla dignità delle persone (art. 990 comma secondo). Dunque si tratta di una lista aperta. I diritti della personalità non possono essere trasferiti, alienati o ereditati (art. 992). Nelle intenzioni del legislatore cinese, dotare i diritti di personalità di queste caratteristiche serve a tutelare la dignità e la libertà personale.

Wang Liming, tra i redattori del codice civile cinese, è stato tra i difensori della scelta di dedicare un libro del codice ai diritti della personalità⁶⁹, una “delle innovazioni maggiormente degne di nota nel codice civile cinese”. La scelta, a lungo dibattuta⁷⁰, è motivata dalla “consapevolezza crescente dei diritti di personalità [nella popolazione cinese], insieme alla loro vulnerabilità dovuta alle nuove tecnologie”. Secondo Wang Liming e Xiong Binwan, “dietro alla scelta tecnica di inserire nella struttura del codice civile un libro a parte vi è uno sforzo vigoroso, accademico e legislativo, di rispondere alla crescente consapevolezza dei diritti di personalità tra il pubblico e degli ubiqui rischi tecnologici a cui [gli individui] sono esposti nella Cina contemporanea, come la

gli interessi del popolo ai propri, di guidare il popolo con la benevolenza e con l’esempio morale, senza mai abusare del loro potere. La matrice confuciana si è poi congiunta e ha innervato l’ideale socialista del governo del popolo per il popolo.

⁶⁸ “il codice civile dà preminenza alla cura umanistica. (...) Due parti del Codice Civile sono dedicate rispettivamente ai diritti della personalità e alla responsabilità per fatto illecito per preservare ulteriormente la dignità personale e proteggere la proprietà e la vita delle parti di relazioni giuridiche civili. Le leggi civili tradizionali, specialmente quelle rappresentate dal Codice Civile tedesco, dedicano la maggior parte degli articoli alla protezione della proprietà, generando in questo modo un serio difetto persistente nel sistema giuridico – la proprietà è sopravvalutata mentre le persone sono sottovalutate. A confronto, il Codice Civile rimedia a questo difetto di sistema dedicando una parte a sé stante ai diritti della personalità e alla responsabilità per colpa, cosa che ancora una volta incorpora la filosofia di mettere le persone al primo posto” (L. Shaohua Li, X. Peng, *The Civil Code of People’s Republic of China: Major Features and Contributions to the World*, in *US-China Law Review*, 17, no. 8 (August 2020), pp. 317-330, spec. pp. 318-319).

⁶⁹ L. Wang, *Lun rengequan duli chengbian de liyou* (Reasons for a Separate Book on Personality Rights) (206) *Faxue Pinglun* (Law Review), 2017.

⁷⁰ M. Yan, *The Civil Code of the People’s Republic of China, Personality rights, and freedom of expression*, in *JCL*, 16:2 (2021).

diffusa raccolta di geometria facciale e informazioni biometriche da parte di soggetti pubblici e privati, la pubblicazione di informazioni sulla parte inadempiente tramite applicazioni come TikTok e WeChat per obbligarli a eseguire le decisioni delle corti e l'applicazione di ingegneria genetica a embrioni umani come misura per la prevenzione di malattie⁷¹.

L'inserimento dei diritti della personalità nel codice civile cinese è stato definito "costituzionalizzazione del diritto civile"⁷². Stante l'impossibilità di applicare direttamente le previsioni costituzionali per la tutela dei diritti davanti alle corti di giustizia in assenza di una legge di attuazione che ne regoli la concreta applicazione⁷³, la previsione dei diritti di personalità da parte di una legge dello stato li rende azionabili davanti alle corti di giustizia. Non si tratta di una garanzia comparabile al meccanismo del sindacato di costituzionalità della legge o alla diretta applicabilità delle norme costituzionali. Tuttavia vi è una nota importante: il passaggio ad un'era che potrebbe essere denominata "epoca della normazione dell'interpretazione". Certamente, dopo la codificazione, il compito di applicare il diritto sarà principalmente delle corti di giustizia. Al momento, uno dei problemi concreti è assicurare la uniforme ed esatta applicazione della legge. La Corte suprema del popolo è depositaria della funzione nomofilattica. Essa guida l'interpretazione delle corti attraverso delle "opinioni" che vengono emanate sui punti più controversi e in generale sull'interpretazione dei testi di legge. Tali pronunce devono essere seguite dalle corti a tutti i livelli. Ciononostante, il fenomeno di pronunce diverse in casi simili (同案不同判, *tong an butong pan*) è un problema serio che mina la credibilità e l'autorevolezza delle corti, e che rischia di compromettere la puntuale attuazione delle norme del codice civile. Per questa ragione lo stato ha cercato di normare l'esercizio dell'attività interpretativa da parte dei giudici: in aggiunta alle opinioni interpretative sul codice civile emesse della Corte suprema del

⁷¹ "The growing consciousness of personality rights, coupled with their vulnerability under modern technologies, has led to one of the most noteworthy innovations in China's new Civil Code (...) behind the technical structure of a separate book is a vigorous academic and legislative endeavor to respond to the growing consciousness of personality rights among the public and the ubiquitous technological risks they face in contemporary China, such as the widespread collection of facial geometry and biometric information by public and private entities, the disclosure of defaulters' information through apps like TikTok and WeChat to coerce them to comply with court decisions, and the application of gene-editing tools on human embryos as a disease prevention measure", L. Wang, B. Xiong, *Personality Rights in China's New Civil Code: A Response to Increasing Awareness of Rights in an Era of Evolving Technology*, in *Modern China*, 2021, Vol. 47(6) pp. 703-739.

⁷² Z. Luo, *Minfadian caoan renequan bian de xianfaxue shengsi* (Constitutional Law Aspects of the Draft Civil Code's Book on Personality Rights) in *Zhejiang Social Sciences*, 2, 2020; L. Wang, *Mingfadian bian delifa liangdian tese yu shiyong* (Personality Rights Book of the Civil Code: Legislative Spotlights, Special Features, and Applications) in *Falu Shiyong* (National Judges College Law Journal), 17, 2020.

⁷³ L'opinione della corte suprema cinese a seguito del caso famoso Qi Yuling ha stabilito che i diritti fondamentali previsti dalla costituzione non possono fondare cause civili e amministrative in mancanza di una specifica legge che li attui e ne regoli condizioni di esercizio, limiti, estensione, rimedi in caso di violazione.

popolo, è stato richiesto ai giudici di fare riferimento ai casi precedenti in modo sistematico nel giudicare i casi concreti. Anche se il riferimento al precedente mantiene la valenza tipica che esso ricopre nei sistemi di *civil law*, attraverso la normazione dell'uso del precedente - cioè la sua stabilizzazione e la regolamentazione - si vuole raggiungere il fine di una giustizia più affidabile, meno contraddittoria, più certa, e più credibile. Un sistema più certo e più efficiente di amministrazione della giustizia, che prevede anche la stabilizzazione dei significati normativi e l'uniforme applicazione del diritto, non garantisce però necessariamente un diritto più giusto, anche se in un certo senso l'aumento della certezza giuridica realizza il valore dell'eguaglianza in misura maggiore. Senza dubbio l'aumento della certezza del diritto è necessario ad accrescere la fiducia del popolo nell'amministrazione della giustizia e di conseguenza ad aumentare la fiducia complessiva nel diritto e il livello generalizzato di osservanza delle norme giuridiche. Inoltre, la previsione dei diritti della personalità permette in linea di principio ai cittadini cinesi di difendersi dagli abusi degli ufficiali dello stato invocando anche le disposizioni del nuovo codice civile. Tuttavia la costituzionalizzazione del diritto civile e la normazione dell'interpretazione potrebbe anche avere lo scopo di sostituire ai discorsi e alle teorizzazioni sui diritti umani quelle sui diritti civili della personalità. Se i diritti della personalità, sebbene li si possa sfruttare economicamente sono, per espressa previsione codicistica, inalienabili e inviolabili, ciò che li rende diversi dai diritti umani è l'aspetto della tutela nei confronti dello stato. Quando è la legge a conferire i diritti, la legge può anche toglierli; quando è il potere politico a definire l'ambito di esercizio dei diritti, manca lo spazio interpretativo che permette alle corti di contrapporre i diritti a quel potere.

Abstract: This contribution aims at illustrating selected aspect of the Chinese jurisprudential debate on rights. In particular, it presents the debate on the general orientation of law with reference to rights and duties, and the explanation of rights according to Chinese scholars. While Chinese contemporary legal philosophers hold that some basic premises of the ancient philosophical tradition are at odds with rights, it is argued that some other features of the same tradition are at least compatible with the contemporary theorizations on rights.

Elena Consiglio
Concezioni dei diritti nel dibattito cinese contemporaneo

Keywords: rights; duties; justification of rights; Chinese jurisprudence on rights; constitutionalisation of civil law

Elena Consiglio - ricercatrice in filosofia del diritto, Università degli studi di Palermo (elena.consiglio@unipa.it)