

FAZHI (法治).
L'ESPANSIONE DELLA *WESTERN LEGAL TRADITION*
NELLA CINA DEL TERZO MILLENNIO*

GIAMPIERO DI PLINIO

Università "G. D'Annunzio" (Chieti-Pescara)

Sommario:

§1. Rule of Law vs *Fazhi* (法治). §2. Taking Rights Seriously, in Beijing? §3. "Spirito del capitalismo", mercato globale e Cina del terzo millennio. §4. I diritti tra relativismo teoretico e *law in action* §5. Tre corollari minimalisti.

§1. Rule of Law vs *Fazhi* (法治)

La lingua cinese è caratterizzata da:

«estrema vaghezza (...) spesso ricercata dal legislatore cinese, al fine di riflettere la natura unitaria dello stato senza calpestare i bisogni regionali, lasciando all'interpretazione legislativa l'attribuzione di significati effettivi alle leggi (...) L'uso della legge come mezzo nelle mani di coloro che erano (e sono) al potere ha condizionato la lingua, al punto da renderla volontariamente ambigua, tale da essere adattata ai vari contesti e soggetta a diverse applicazioni. Quest'ambiguità intenzionale si fonde e si sovrappone con l'ambiguità causata dalla natura della lingua stessa»¹.

* Questo saggio deve la sua esistenza alla circostanza che qualche anno fa ho accettato volentieri di tenere un corso di diritto pubblico comparato nel Corso di laurea in Mediazione linguistica e comunicazione interculturale della sorella Facoltà di Lingue della mia Università, il quale, con mia grande e incredula sorpresa, non solo non si è estinto nella seconda settimana, ma ha prodotto un notevole numero di relazioni e correlazioni in tesi di laurea, prima nelle lingue più classiche della *Western Legal Culture*, poi in arabo e cinese. I giovani, così, si sono vendicati delle ore buttate a sentire le mie lezioni e mi hanno costretto a studiare oggetti meravigliosi, contagiandomi con il loro entusiasmo e facendomi uno dei regali più belli che ho ricevuto nel mio "mestiere" di giurista e professore.

¹ Il passo del testo sopra riportato è contenuto nell'eccellente elaborato di GIADA GEROTTO, alla cui laurea sono stato relatore nel 2009 per una tesi su «*Il WTO e la Costituzione economica cinese*». inserire riferimento bibliografico.

Si legga ora questo dialogo tra uno studente italiano in *stage* e il giovane cameriere di un noto locale nella zona universitaria di Pechino:

«Quante ore lavori al giorno?... Dodici ore a turni alterni sette giorni su sette... E ti va bene così? Non è troppo?... No perché? Ho un lavoro, ho tempo libero, ho un po' di soldi; nel tuo paese invece?... Più o meno otto ore al giorno con due riposi settimanali... Vedi amico, ecco perché la Cina adesso è così potente»².

I passi sopra citati colgono due inquadrature, forse le più significative, della causa efficiente della difficoltà di introdurre in Cina la visione occidentale del diritto e dei diritti. Da un lato l'ambiguità linguistica, o meglio quella che noi percepiamo come ambiguità semantica, che in realtà è un effetto di un sistema "materiale" di valori "asiatici" solidificati nelle peculiarità cinesi dalla differente deriva storica, dall'altro la questione dei "diritti fondamentali" e della loro relatività (o meglio storicità) o della loro universalità³.

a) Sul primo punto: è più che nota l'importanza che la *Western Legal Tradition* attribuisce al concetto di *rule of law* nella costruzione di un sistema giuridico e delle garanzie dei diritti. Nella nostra cultura giuridica, al di là delle diverse, e talora variopinte, interpretazioni, vi è da secoli il generale riconoscimento che si tratta di un concetto, o meglio di un modo di essere dei rapporti tra individuo e autorità, centrale e di nucleo⁴. Come il *kernel* dei sistemi operativi informatici, che se lo togli non funziona più nulla, la *rule of law* è descritta come insostituibile e vitale, perché sottopone il potere a regole precostituite segnando il passaggio da ogni variante storica dell'assolutismo giuridico alla supremazia del diritto sul potere, nelle varie manifestazioni in cui questa si è storicamente presentata. Sotto questo profilo, la dottrina della *rule of law* ingloba variamente altre grandezze giuridiche, dal principio di

² Il passo del testo sopra riportato è di FAUSTO LEONI, che dovrebbe laurearsi entro il 2011. Spero che i due giovani, ora citati, non me ne vogliano per averli in qualche modo tirati dentro i miei ragionamenti, la cui responsabilità è sempre e solo mia, e poi comunque loro ormai sono molto più bravi di me nel diritto cinese.

³ Sulle difficoltà dello studio del diritto cinese nella sua evoluzione storica ved. MOCCIA L., *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e tradizionalismo*, Torino, 2009.

⁴ *Rule of law* è la formula di maggior successo per indicare il *core* del costituzionalismo occidentale consistente, in termini molto generali, nella limitazione del potere attraverso il diritto e i suoi formanti (la legge, la Costituzione, i giudici, la dottrina). Gli equivalenti nelle altre lingue occidentali sono "*Stato di diritto*", "*Rechtsstaat*", "*État de droit*", ma il concetto ha a che fare con una catena di nozioni e istituti, dal principio di legalità a quello di certezza del diritto, dal principio di eguaglianza formale al controllo di costituzionalità sulla legge stessa, dal principio di astrazione del diritto moderno (in contrapposizione alla concretezza del diritto antico) al controllo reciproco dei poteri sovrani (*checks and balances*), dalla indipendenza della magistratura alla garanzia dei diritti fondamentali. La letteratura in argomento è incontrollabile. Per farsi un'idea, si possono vedere i vari saggi contenuti in COSTA P., ZOLO D. (cur.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2006³.

legalità alla certezza del diritto, dalla divisione dei poteri alla garanzia giurisdizionale dei diritti, che hanno in comune, oltre alla caratteristica di essere in fondo sfaccettature di uno stesso nucleo, la funzione primaria, che è quella di creare un ambiente giuridico favorevole al modo di produzione capitalistico e ai teoremi del mercato inteso come valore strutturale del sistema sociale moderno. Non si tratta necessariamente di una cosa bellissima e avvolta in cornici di santità; in nome della *rule of law* sono stati affermati i più nobili ideali, ma sono state anche perpetrate le più violente nefandezze⁵.

Dal punto di vista della lingua cinese, la traduzione di *rule of law* è stata per lungo tempo un assemblaggio di misteri. La chiave non è 法律 (*falu guize*, regola di diritto) ma 法治 (*fazhi*, da 法 *fa*, legge e 治 *zhi*, governare), intesa però come “legalità comunista”, cioè come uso della legge per governare, come governo attraverso la legge, *rule by law*, insomma, e non *rule of law*⁶. La tradizione confuciana, filtrata dall'età maoista, è del tutto aliena

⁵ Mattei U. & Nader L., *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell 2008 (tr. it. *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano 2010).

⁶ Scriveva la sopra citata laureanda nelle conclusioni della sua tesi, a proposito del saggio di XIAO JINMING e DUAN YIJUN che aveva il compito di tradurre: «L'espressione 法治 *fazhi*, elemento cardine nel testo di Xiao, ha cominciato a crearmi problemi già dalla traduzione del titolo. La traduzione come *rule by law*, che mi veniva fornita da tutti i dizionari a mia disposizione, sembrava, a prima vista, generare una serie di perplessità quando ci si basava sulle conoscenze legate al diritto di tradizione occidentale, nel quale ben più diffuso risulta invece il sintagma *rule of law*, che indica il ruolo dominante della legge sull'arbitrio umano, e variamente tradotto, a seconda dei contesti, con l'italiano “stato di diritto” o “principio di legalità”. Il *by* inglese, tuttavia, dice qualcosa in più rispetto a *of*: *By* rende un complemento di mezzo. Dunque, non un “governo della legge”, ma un “governare per mezzo della legge”. D'altronde, l'espressione cinese, formata da 法 *fa* (legge) e da 治 *zhi* (governare), non esplicita alcun nesso logico esistente tra le due parole. In un controllo incrociato, l'espressione *rule of law* non era assente nel lessico giuridico cinese, bensì appariva tradotta come 法律 *falu guize*, (regola della legge). Piccoli passi avanti li ho avuti solo proseguendo nella traduzione. La struttura 依法治国, 建设社会主义法治国家 *yi fa zhi guo, jianshe shehuizhuyi fazhi guojia*, che compare nelle prime righe dell'articolo, sembrava infatti già cominciare a chiarire il concetto sotteso all'espressione *fazhi*. Una traduzione appropriata è risultata “governare il paese in conformità con la legge, costruire un paese socialista governato per mezzo della legge”. È l'utilizzo di quel *fazhi* con un'accezione socialista, infatti, che ha reso, dopo vari studi dell'applicazione del concetto di *rule of law* in Cina, più chiaro il significato: uno stato socialista, infatti, non può esser considerato uno stato democratico, per cui tanto meno può esser detto stato di diritto. O meglio, non può esser considerato tale guardando ai concetti di democrazia e di stato di diritto come utilizzati nella tradizione giuridica occidentale. Tuttavia, riprendendo il discorso del lasciare al di qua della Grande Muraglia tutte le categorie tipicamente occidentali, per la comprensione appropriata di *fazhi* occorre tornare di qualche passo indietro nella storia cinese. Del resto, tra lingue diverse raramente due concetti sono assolutamente identici, sia per la natura delle lingue, che difficilmente rende corrispondenti anche due parole all'interno dello stesso sistema linguistico, e sia per l'indubbia influenza che esercitano la cultura e le condizioni socio-politiche sulle singole società. L'idea di *rule of law*, anche sulla base della tendenza al rifiuto delle proprie tradizioni a vantaggio dei concetti culturali occidentali, che per un certo periodo ha caratterizzato (e caratterizza) la Cina, è attualmente accettata come un prodotto delle culture democratiche di tradizione giuridica occidentale. Eppure, già i legisti, nella Cina imperiale, opponevano al 人治 *renzhi*, governo dell'uomo, il 法治 *fazhi*, governo per mezzo della legge ... L'evoluzione della lingua e delle condizioni storico-politiche, che non possono non esser prese in considerazione, ha portato alla comparsa del 法治, *rule by law* ... governo del paese per mezzo della legge (*by law*, appunto), ad

dall'idea che qualcuno possa dare regole all'esercizio del potere, che non siano quelle derivanti dalla morale (o, nel periodo rosso, dal materialismo storico e dal socialismo "scientifico"). La legge, in questa ottica, non è un limite al potere ma uno strumento del potere, un attrezzo più o meno utile utile nel *toolkit* della dittatura del proletariato⁷. Solo a partire dagli ultimi decenni del Novecento la Cina ha avviato la transizione dalla *rule by law* alla *rule of law*, anche se con una "colorazione" socialista⁸; si tratta di un processo già ampiamente studiato in letteratura⁹, riguardo al quale possiamo qui porre due questioni strettamente correlate: quale sarà il suo impatto sulla penetrazione in Cina del modello occidentale dei diritti fondamentali? e, soprattutto, quali ne sono le cause efficienti?

b) Sul secondo punto, il trapianto dei *Western Human Rights* in Cina, il problema non è cinese. I cinesi non hanno mai chiesto agli americani o agli italiani o a qualsiasi altro popolo di condividere la loro visione della vita e dei diritti¹⁰. L'Occidente ha invece una irriducibile ossessione: estendere a tutto il mondo, ma soprattutto ai cinesi, con le buone o con la forza, il proprio modello dei diritti umani/fondamentali, e, insieme ad essi, le proprie scale di valori¹¹. Mentre le ragioni politiche di questo assillo possono essere

intendere un sistema legale in cui la legge fosse strumento nelle mani di coloro che detenevano il potere. Questa identificazione tra le due espressioni ha generato una sovrapposizione tra il concetto stesso di sistema legale e quello di governo per mezzo della legge, entrambi tradotti indiscriminatamente come 法制 *fazhi*. Solo nel 1976, si è cominciato a discutere nuovamente di 人治 *renzhi* e 法治 *fazhi*, opponendo l'idea di uno stato di diritto, seppure "a colorazione cinese", a quella del governo degli uomini...». Grazie, dottoressa GEROTTO, e mi perdoni i puntini.

⁷ Si noti che, accettando per un attimo un atteggiamento massimalista e schematico, si potrebbe dire che tutte le borghesie nazionali (ma anche multinazionali) negli Stati della tradizione giuridica occidentale, hanno sempre utilizzato, spesso in modo sotterraneo, questa accezione del rapporto tra legge e potere, modellando il diritto secondo i propri scopi attraverso il potere di pressione e/o di corruzione sui governi, sui legislatori e sui giudici.

⁸ Infatti, il nuovo testo dell'art. 5 della Costituzione cinese dopo la riforma del 1999 contiene l'espressione "socialist rule of law State", la cui migliore traduzione è "stato socialista di diritto"; ved. tra gli altri JIEFEN LI, *Socialist Rule of Law with Chinese Characteristics*, in «Issues & Studies» 43, 1/2007, 115 ss.

⁹ Ved. ad es. PEERENBOOM R., *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002.

¹⁰ Per fare un solo esempio, la Cina ha velocemente assunto un ruolo chiave in materia di cooperazione allo sviluppo dell'Africa subsahariana, che aspetta invano l'aumento degli aiuti promessi dai grandi paesi industrializzati, mentre la Cina ha quasi raddoppiato in venti anni l'aiuto finanziario, e si è recentemente impegnata a aumentarli ancora, obiettivo notevole da parte di un paese che fa ancora parte dei dieci principali beneficiari dell'aiuto pubblico allo sviluppo. Per di più mentre le potenze occidentali hanno il chiodo della "condizionalità", cioè impongono riforme politiche e garanzie di diritti (sul modello occidentale) in cambio di aiuti, la Cina (come a denti stretti si riconosce anche in ambienti vicini al Fondo Monetario Internazionale: JACOBY U., *Getting Together*, in *Finance & Development*, 2/2007) non chiede nulla di tutto questo, non impone condizioni politiche o giuridiche, ma solo apertura commerciale in condizioni di reciprocità.

¹¹ Ved. ad es. la proposta di RAWLS J., *The Law of Peoples*, Cambridge (MA) - London, 2000. Può destare sorpresa scoprire l'autore del seguente passo, che riporto da un saggio di O. BUCCI ["Oriente" e "Occidente" nella storiografia europea: responsabilità dell'Occidente nella creazione delle categorie

facilmente ricondotte a contesti non sempre nobili e disinteressati¹², il suo fondamento scientifico è profondamente debole, riducendosi sostanzialmente all'insostenibile teorema della universalità non di un nucleo di diritti fondamentali dell'uomo (che già farebbe parecchio discutere), ma proprio del modello occidentale dei diritti fondamentali¹³.

§2. Taking Rights Seriously, in Beijing?

Uno dei maggiori filosofi del diritto viventi, RONALD DWORKIN, ha narrato la sua esperienza di conferenziere in favore dei diritti umani alla Law School della Tsinghua University di Pechino e in numerose altre città¹⁴, nel contesto di un ciclo di incontri organizzato da istituzioni ufficiali cinesi (in particolare il Centro di Ricerca per la *rule of law* e per i diritti umani di Pechino), in cui all'illustre giurista, con grande suo stupore, è stato chiesto espressamente di trattare i temi di legalità, diritti umani e democrazia. Le perplessità di DWORKIN, come egli stesso ricorda, derivavano da ciò, che:

orientalistiche e il ruolo assunto dai circoli culturali europei nella loro formulazione, riprodotto in «Iura Orientalia» I (2005), 1 ss.]: «l'Inghilterra ha una duplice missione da compiere in India: da un lato distruttrice e rigeneratrice ad un tempo: distruggere la vecchia società asiatica e gettare fondamenta materiali della società occidentale in Asia dall'altra»: si tratta di KARL MARX (nell'antologia, curata da MAFFI, K. MARX, F. ENGELS, *India, Cina, Russia*, Il Saggiatore, Milano 1960, 86 s.; sul contesto, oltre al citato scritto di BUCCI, ved. SOFRI A., *Il modo di produzione asiatico*, Torino 1973). La cosa davvero curiosa è che gli attuali custodi dell'occidente ossessionati dalla “westernisation” della Cina, alla fine, sono marxisti!

¹² Una discussione sul punto nel mio Su alcuni presupposti strutturali della performance dei processi di democratizzazione nelle aree economiche deboli, in ORRÙ R., SCIANNELLA L. (cur.), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino 2004. Più grossolanamente, la *ideological war* a colpi di diritti umani produce l'utile effetto di legittimare barriere commerciali ai prodotti cinesi (o meglio, ai prodotti cinesi con marchio cinese, perché circolano invece liberamente nei mercati occidentali prodotti fatti dai cinesi in Cina o fuori, o da altri popoli a “basso” livello di diritti, ma con marchi di più o meno prestigiose ditte europee ed americane: anche questa è rule of law?).

¹³ Difficile da accettare anche da parte di chi ritiene comunque di aderire a una versione minimalista della teoria dell'universalità dei diritti (ALGOSTINO A., *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene 2005).

¹⁴ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously in Beijing*, in *NY Rev. Books*, September 26, 2002. L'autore è un vessillo vivente della battaglia globale per i diritti fondamentali. Il più citato, anche se non, a mio avviso, il più importante, dei suoi lavori è appunto *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 1977. La sua critica serrata al positivismo giuridico, sostituito nella sua ricostruzione della teoria del diritto dalla dottrina della interpretazione “per principi” e per ‘valori’, è deliberatamente connessa alle sue posizioni ‘militanti’ in materia di diritti fondamentali, perché consente di spezzare le croste delle leggi ‘ingiuste’ reinterpretandole in senso conforme alla massima espansione dei diritti e delle libertà individuali. Semplificando, DWORKIN contrappone vistosamente la dottrina alla politica, dato che le leggi positive, e le restrizioni ai diritti che esse contengono, sono evidentemente prodotti della “ragion di stato” dei governi nelle varie circostanze storiche. A prescindere dagli aspetti scientifici delle posizioni di DWORKIN (che non condivido: cfr. DI PLINIO G., *Costituzione e scienza economica*, in *Il Politico*, 3/2009, 168 ss.), sarebbe stato ragionevole aspettarsi reazioni durissime da parte delle autorità politiche cinesi alla presenza e ai discorsi del costituzionalista. Sorpresa: nessuna repressione, anzi, ospitale affabilità e cortese interesse! Qui di seguito vediamo perché.

«China's record of ignoring the rule of law, suppressing democracy, and systematically violating human rights is notorious, and the universities, like every other Chinese institution, are in the end under the ruling Communist Party's control»¹⁵.

Allora, perché invitavano proprio *lui*? In effetti, qualche preoccupazione l'avrei avuta anch'io.

Sorprendentemente, le conferenze cinesi di DWORKIN ebbero uno strabiliante successo, con un migliaio di partecipanti ciascuna, applausi, domande e interventi, con relazioni di accademici di alto livello che passavano essi stessi il sistema giuridico cinese a pettine fitto, con critiche anche radicali e audaci proposte di riforma¹⁶, dimostrando una profonda conoscenza del diritto e della giurisprudenza occidentali. Il primo giorno, alla Tsinghua, il tema era la *rule of law*; studiosi di vari paesi, ma anche provenienti da università cinesi, hanno criticato il modello giuridico cinese, ammettendo che un gran numero di giudici manca di competenza legale e decide su basi morali o politiche piuttosto che giuridiche, suggerendo una maggiore divulgazione degli indirizzi giurisprudenziali, nella speranza non solo di sviluppare un sistema di precedenti giudiziari, ma anche di scoraggiare la corruzione e di migliorare la qualità dei processi, e l'introduzione del *judicial review*, consentendo alle corti di disapplicare la legislazione e gli altri atti di governo che violano la costituzione cinese. Tuttavia, lo sfondo è rimasto

¹⁵ Op. ult. cit. Più in dettaglio, DWORKIN afferma che la prassi giuridica in Cina si allontana dai due principi irrinunciabili dello Stato di diritto (*principio di legalità*, cioè predeterminazione di regole all'uso del potere, e *principio di separazione*, in particolare indipendenza assoluta della magistratura dagli altri poteri), per seguire la cosiddetta "visione confuciana" (la legge non è una questione di regole o di principi generali, ma di virtù, giustizia e ragionevolezza, caso per caso), adattata però, dopo la rivoluzione comunista, alla "linea del partito", con conseguenze vistose, come ad esempio che i giudici cinesi non conoscono alcun sistema di precedente giudiziale, o che in pratica non esiste pubblicità delle decisioni giurisdizionali. A chiare lettere, DWORKIN afferma che il sistema giuridico cinese è gravemente difettoso. Molti giudici sono ex funzionari minori di partito, molti non sono assolutamente preparati nelle materie giuridiche e molti altri sono apertamente corrotti. I leader politici continuano senza scrupoli a utilizzare i processi penali per promuovere le loro politiche o per scopi personali. Una disposizione di diritto penale che vieta agli avvocati di incoraggiare la falsa testimonianza è spessissimo utilizzata per incriminare e arrestare gli avvocati stessi i cui clienti, che avevano confessato dei crimini (sotto tortura, dice DWORKIN), avevano poi ritrattato tali confessioni in tribunale. La situazione è ancora peggiore sul fronte della violazione dei diritti umani, come testimoniano i rapporti di *Amnesty International* che portano ad esempio la reclusione e, frequentemente, la tortura di migliaia di dissidenti politici e di attivisti dei diritti umani, l'applicazione massiva della pena di morte per reati come l'evasione fiscale, lo sfruttamento della prostituzione e l'appropriazione indebita, la repressione di ogni forma di associazionismo di massa non inquadrato nel partito ufficiale, come ad esempio la setta religiosa del *Falun Gong*, fino all'assurdo dell'arresto di una donna tibetana accusata di aver guardato a casa sua un video del DALAI LAMA.

¹⁶ Considerati i preoccupanti 'primati' negativi sopra descritti, confessa l'illustre giurista: «I was surprised by the discussions that my lectures and other formal and informal remarks provoked» (op. cit.).

sostanzialmente teorico, con lunghe discussioni sui modelli generali e alternativi (positivismo giuridico, teoria dei valori) di concretizzazione della *rule of law*¹⁷.

Nei giorni successivi, alla Tsinghua, all'Università di diritto e scienze politiche di Pechino, alla Fudan University di Shanghai, alla Zhejiang University di Hangzhou, alla Hong Kong University e durante un incontro in una grande libreria di Pechino organizzato da *Dushu*, la principale rivista intellettuale cinese, DWORKIN si è direttamente e in prima persona scatenato sul tema dei diritti umani. Partendo dalla convinzione diffusa in occidente che le tradizioni cinesi e l'opinione popolare avallino una visione più collettivista, meno individualistica, dei diritti e doveri dei cittadini rispetto alla visione post-illuminista della *Western Legal Tradition*, ha affermato che i cosiddetti "valori asiatici" adottati dai cinesi sono meno favorevoli ai diritti umani rispetto ai cosiddetti "valori occidentali", perché questi ultimi, a differenza dei primi, poggiano su due principi fondamentali: in primo luogo che il destino di ogni essere umano vivente è ugualmente importante, e in secondo luogo che, nonostante ciò, c'è una persona che ha una responsabilità particolare per la riuscita di ogni vita, ed è la persona a cui tale vita appartiene. Il primo principio impedisce di sacrificare alcune persone per il bene degli altri o della comunità nel suo insieme, come fa il governo che arresta e tortura gli avversari politici a scopo intimidatorio, o come ha fatto il governo cinese concentrando investimenti e ricchezze nelle città costiere, importanti dal punto di vista commerciale, a scapito della popolazione rurale, a cui non è data la possibilità di godere della recente prosperità del paese¹⁸. Il secondo principio esige che il governo rispetti i diritti di cui gli individui hanno

¹⁷ Come annota DWORKIN (op. cit.), una ampia parte del dibattito si era focalizzata sulla valutazione di una causa decisa da una corte locale. Un anziano agricoltore aveva una giovane amante che viveva con la moglie e con lui; quando si è ammalato di cancro sua moglie l'ha lasciato, e la sua amante si è presa cura di lui fino alla sua morte. In punto di morte l'anziano ha deciso di cambiare idea, lasciando tutti i suoi averi all'amante. Il suo nuovo testamento non violava alcun requisito giuridico formale, ma la corte locale si rifiutò comunque di farlo rispettare e ordinò il trasferimento delle proprietà alla moglie. Secondo il giudice il testamento era offensivo nei confronti del pubblico locale che credeva nella santità del matrimonio. Gli oratori (cinesi) che hanno affrontato l'argomento sembravano tendenzialmente convenire sul fatto che la decisione fosse sbagliata, ma erano in disaccordo sul perché. Uno di essi, che si è definito un positivista giuridico, ha trovato la decisione errata in quanto il giudice aveva menzionato la moralità nel suo ragionamento; gli altri, che rifiutavano tutti il positivismo giuridico, la trovavano errata perché il giudice avrebbe dovuto affrontare la questione morale in senso stretto, e non facendo un rinvio al giudizio popolare, il che compromette l'indipendenza giudiziaria così come qualsiasi rinvio al governo. Molti di essi hanno citato come esempio un caso in cui la Corte d'Appello di New York ha rifiutato a maggioranza l'attuazione di un testamento in favore del nipote del defunto, in quanto suo assassino, affermando che i giudici possono far riferimento non solo a statuti specifici, ma anche, interpretando tali statuti, a principi generali presupposti dalla legge stessa, come il principio che nessuno deve trarre vantaggio dai reati che ha commesso.

¹⁸ Non per cercare il pelo nell'uovo, ma non si tratta in fondo di un clone di quanto è avvenuto un po' dappertutto negli stati industrializzati, tra città e campagna, nord e sud, costa e interno?

bisogno per gestire le proprie vite: il diritto, tra gli altri, di praticare liberamente qualsiasi religione, di esternare il proprio pensiero su questioni politiche e morali, di scegliere le proprie posizioni politiche e le persone con cui condividerle. La Cina violerebbe anche questo secondo principio, perché arresta i dissidenti, vieta qualsiasi attività politica al di fuori del partito comunista, e perseguita il *Falun Gong*, un movimento religioso senza fini politici, ma con una notevole capacità di organizzare riunioni e manifestazioni di massa in difesa delle proprie pratiche religiose¹⁹.

Ma allora, come si spiega: che proprio DWORKIN viene invitato in Cina, ufficialmente e da istituzioni governative, a parlare dei diritti umani; che le sue vibranti conferenze hanno un folto pubblico che addirittura sembra apprezzare e condividere le sue “bombe teoriche” anticinesi; che non solo non viene arrestato ma viene educatamente applaudito anche dai funzionari di partito presenti? Lasciamo che sia lui stesso a dircelo:

«Several partial explanations seem plausible. Chinese academics and intellectuals are apparently now convinced that the government will not punish or try to prevent pleas for more democracy or better protection of human rights that are made in academic forums, or on other occasions that carry little threat of fomenting political movements. The Communist leaders, several people told me, are very much aware that the Party came to power through mass movements and is likely to lose power only in the same way; it is therefore frightened of any group, even a non-political group like the Falun Gong, that has demonstrated its power to produce mass meetings and demonstrations, or of any publication, like that of *The Tiananmen Papers*, that threatens to embarrass the present Party leaders and undermine their personal position. But the Party is not frightened of purely academic discussions in which only general philosophical opinions and aspirations are mooted. (When I asked why no attempt was made to interfere with my own lectures, once the tenor of the lectures had become known to the Party members who attended, I was told, with great delicacy, that I seemed incapable of bringing a crowd into the streets)»²⁰.

¹⁹ Anche qui, con le dovute gradazioni di scala, il pensiero (critico) va ai fatti nostri, dal Vietnam a Guantanamo, da Genova alle “stragi di stato” e a tanti altri fatti che allineati l’uno accanto all’altro misurano la lunga performance della vergogna occidentale. Ved. comunque il severo giudizio di SACCO L., *Diritto costituzionale e libertà religiosa in Cina: il problema Falun Gong*, in «*Iura Orientalia*» III (2007), 175 ss.

²⁰ DWORKIN, *Taking Rights Seriously in Beijing*, op. cit.

I custodi della costituzione materiale cinese, quindi, non temono una dottrina o una teoria o una riforma giuridica, ma l'uso "antisistema" di massa che se ne potrebbe fare (e come dargli torto: non è lo stesso anche da noi?). Non temono la *rule of law*, né i diritti di libertà in sé, anzi, come vedremo tra poco, stanno adottando la prima e hanno già la versione cinese dei secondi (e non sono lontani da adottare anche quella occidentale, compresi soprattutto i vizi, piuttosto che le virtù), e non temono tanto meno DWORKIN, che non porta le masse in piazza.

Dunque? Tanto tuonò, che piovve? Cosa resta a un intellettuale che spara tutte le sue "bombe intelligenti" e poi viene applaudito dai suoi bersagli?

Dal punto di vista della teoria giuridica, debbo confessare di non condividere nemmeno una briciola del ragionamento che porta DWORKIN a costruire la sua dottrina dei diritti, non tanto (anzi, affatto) sul piano emotivo, e non soltanto sul piano pratico (cioè argomentando che le mani di *tutti* i potenti sono ugualmente sporche di denaro e di sangue, e che è sotto gli occhi di tutti la violazione generalizzata da parte delle potenze occidentali degli stessi diritti umani che esse stesse pretendono di rendere universali. Potrei, disponendo di un *livre infini*, fare l'elenco, ma basta rinviare al sito di *Amnesty International*. DWORKIN (ma lo stesso vale per tutti noi) dovrebbe insegnare la sua dottrina in primo luogo ai nostri governi e ai poteri forti delle nostre luccicanti società occidentali.

I miei dubbi riguardano soprattutto il valore scientifico delle sue tesi. DWORKIN rifiuta il positivismo giuridico, perché altrimenti sarebbe costretto ad ammettere che esso costituisce un limite alla espansione dei diritti, e transita il diritto attraverso l'etica²¹. Di striscio noto che in relazione al diritto cinese l'illustre giurista americano critica proprio la sua derivazione dall'etica confuciana rinata come araba fenice con la mediazione dell'etica comunista: ma allora o DWORKIN propone una scala delle etiche buone e cattive, oppure dovrebbe ammettere che la Cina ha sempre seguito le sue teorie, proprio perché ha posto l'etica (la *sua* etica) entro il nucleo della sua costituzione materiale, molto più di quanto abbiano mai fatto e fanno i "positivismi giuridici" della *Western Legal Tradition*; in entrambi i casi il suo ragionamento appare al di fuori di ogni canone scientifico. Ma non è soltanto per questo che respingo la dottrina dworkiniana.

²¹ «In Dworkin's view, every legal interpretation reflects an underlying theory about the general character of law; he assesses three such theories. One, previously influential, takes the law of a community to be only what the established conventions of that community say it is. Another, currently popular, assumes that legal practice is best understood as an instrument of society to achieve its policy goals. Dworkin opposes both views, arguing that the most fundamental purpose of law is not to report consensus or provide efficient means to social goals, but to be ethical; that is, to meet the requirement that a political community act in a coherent and principled manner toward all its members» (<http://its.law.nyu.edu/facultyprofiles/profile.cfm?section=bio&personID=19891>). Il corsivo è mio.

Le etiche non sono assemblaggi di valori dello spirito sospesi nel cielo ma costrutti socialmente utili. In altri lavori ho espresso il teorema secondo cui la regola etica non può essere imposta, cioè trasformata in regola giuridica, in generale, sempre e comunque, ma solo quando la serie di comandi in essa contenuti è coerente con la *costituzione economica* della società alla quale si dirige; altrimenti, un'etica "incoerente" provoca reazioni dell'economia, vere e proprie sanzioni materiali, quantitative e ineluttabili che sbriciolano il tessuto connettivo della società e del diritto stesso²². Se è lo stadio di sviluppo dei rapporti di produzione che, configurando la "natura delle cose" detta i ritmi del processo storicamente determinato di integrazione umanità/natura, un'etica "contro natura" divora in breve tempo la possibilità di perpetuarsi, di essere ripetuta, di consolidarsi e trasformarsi in regola giuridica sostenuta da effettività e convinzione collettiva.

Come corollario invertito, si può in secondo luogo dedurre che ciascuno stadio di sviluppo delle forze produttive, in rapporto dialettico con le altre variabili storiche in un dato tempo e in un dato luogo, seleziona l'etica più coerente con la sua configurazione e con le esigenze della sua stabilizzazione di lungo periodo, trasformandola necessariamente in ordinamento giuridico.

Può la bellezza di un'idea dei diritti umani nobile quanto quella di DWORKIN spezzare il nesso dialettico tra *design* delle etiche e modi di produzione, in Cina, ma non solo in Cina?

Sarebbe altamente desiderabile, ma lo credo impossibile, almeno a breve termine.

§3. "Spirito del capitalismo", mercato globale e Cina del terzo millennio

La prova dinamica per eccellenza del suddetto teorema è data dalla comparsa e dal successo dell'etica protestante nell'Europa del '500. Una seconda, più moderna conferma, direttamente rilevante in queste pagine, è data proprio dalla penetrazione della cultura, e della materia, del mercato nella Cina del terzo millennio.

Partiamo da CALVINO. MAX WEBER sapeva benissimo, senza bisogno degli attacchi dei suoi critici²³, che le dinamiche materiali del mercato, dello Stato e del profitto non erano figlie ("funzioni derivate") della

²² Ved. recentemente DI PLINIO G., *Costituzione e scienza economica*, op. cit.; IDEM, *Da Calvino al "puzzle cinese": nuove formattazioni giuridiche dell'etica*, in VERALDI R. (cur.), *Etica, Economia, Società*, Roma 2009, 165 ss. (da cui sono tratti alcuni passi del paragrafo seguente); IDEM, *Primi appunti su evolucionismo e costituzione*, in *Scritti in memoria di Bruno Carboni*, Napoli 2010, 393 ss.

²³ A solo titolo di esempio, FISCHOFF E., *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism: The History of a Controversy*, in *Social Research*, XI, 1944.

grazia di Dio e dell'etica calvinista che la interpretava, ma che era esattamente vero l'inverso, che il modo di produzione capitalistico produceva da solo le sue basi etiche come funzioni derivate, e dunque selezionava le (e si appropriava delle) correnti e le forze di comunicazione e controllo sociale disponibili e coerenti con quelle funzioni: fino a quando 'altre' religioni o 'altri' apparati etici o 'altri' sistemi giuridici sono "incoerenti" vanno evitati e repressi, quando si riconvertono alla coerenza, vanno benissimo anche quelli²⁴. E a questo punto, l'unico problema dello "spirito del capitalismo", cioè della *Costituzione economica* del tempo, è quello di convertire le etiche "giuste" in comandi giuridici veri e propri: la genesi della *rule of law*, le rivoluzioni, la creazione degli Stati liberali, le Costituzioni, il principio di supremazia della legge sul potere, le codificazioni dell'Ottocento, il consolidamento delle pubbliche amministrazioni sono gli aspetti pratici e tecnici di quella immensa conversione²⁵, dimostrando che le etiche coerenti, da strumento di legittimazione e comunicazione sociale, diventano sistemi giuridici altrettanto giusti e coerenti.

Torniamo ora alla Cina del terzo millennio. Un arcano problema ricorrente in tutte le scienze sociali è se l'efficienza economica di un ordinamento politico sia condizionata dal livello di democrazia e diritti che essa esprime, e/o se sia vero l'inverso, cioè che il deficit sul versante dei diritti e della democrazia può essere colmato solo quando la performance economica di uno Stato sia qualitativamente e quantitativamente elevata. In sostegno della seconda ipotesi sono diffusamente intervenuto in altro luogo²⁶. La prima posizione, la cui analisi rileva maggiormente in questa sede, è espressa da un citatissimo passo di ELSTER:

«I suggest that pre-commitment – to be credible and effective – needs democracy, that is, the possession and exercise of political

²⁴ Ved. variamente TAWNEY R. H., *Religion and the Rise of Capitalism*, Mentor Books, New York, 1926; l'introduzione di Tawney e la prefazione dello stesso WEBER a MAX WEBER, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, nella traduzione di TALCOTT PARSONS, New York, 1930; TROELTSCH E., *The Social Teachings of the Christian Churches*, Allen & Unwin, London, 1931, in part. vol II, cap. III (579 ss.) e IV (807 ss.); GREEN R. W. (ed.), *Protestantism and Capitalism: The Weber Thesis and Its Critics*, D.C. Heath, Boston, 1959; HILL C., *Protestantism and the Rise of Capitalism*, in FISHER F. J. (ed.), *Essays in the Economic and Social History of Tudor and Stuart England*, London, 1961; KITCH M.J. (ed.), *Capitalism and the Reformation*, in *Problems and Perspectives in History*, London, 1967; MUNRO J., *The Weber Thesis Revisited - and Revindicated?*, in *Rev. Belge Phil. His.*, 51, 1973; MACKINNON M., *The Longevity of the Thesis: A Critique of the Critics*, in LEHMANN H. & ROTH G. (eds.), *Weber's Protestant Ethic: Origins, Evidence, Contexts*, Cambridge / New York, 1993; HAMILTON A., *Max Weber's Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, in TURNER S.P. (ed.), *Cambridge Companion to Weber*, Cambridge 2000.

²⁵ Sugli aspetti descritti nel testo sia consentito il rinvio al mio *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998 oltre ai lavori citati nella nota 1.

²⁶ DI PLINIO G., Su alcuni presupposti strutturali della performance dei processi di democratizzazione, cit.

rights (...). The promises of an executive are much more credible if there is a well-established procedure for throwing the executive out of office for failing to keep those promises (...). In summary, economic efficiency often requires pre-commitment, which – to be credible – requires that citizens be endowed with effective political rights»²⁷.

Altrettanto citato, a confutazione di questa tesi, è il “puzzle cinese”, che coniuga un livello assolutamente eccezionale di performance economica con un apparente “tasso zero” di *rule of law*, diritti e democrazia. Delle due l’una: o l’impatto di diritti e democrazia sull’efficienza economica è nullo, oppure la Cina possiede, formalmente o informalmente, un grado elevato di tali ingredienti.

Il discorso, tuttavia, appare più complesso, specie se si nota che l’exploit cinese si è sviluppato in parallelo al suo velocissimo adattamento alle regolazioni internazionali dell’economia²⁸. Come ha notato JEFFERSON:

«Through the process of international economic treaty making, China has adopted a set of pre-commitment devices that is effectively meeting the rising standards of predictability and accountability required to attract new rounds of investment and technology»²⁹.

Questo atteggiamento delle istituzioni cinesi entra in rotta di collisione con l’etica “comunista”, ampiamente recepita nella Costituzione formale della Repubblica Popolare Cinese. In pratica, al di fuori di ogni coerenza con questa, con una abilissima tecnica i governi cinesi hanno incorporato sul piano *effettuale e materiale* un sistema di regole e obblighi necessario per la competizione economica internazionale, così che la Cina appare sempre più dotata di una solida *Costituzione economica*³⁰ che non solo non configge con gli standard occidentali ma risulta addirittura sempre più attraente nelle arene transnazionali dell’economia e del commercio³¹. Solo

²⁷ ELSTER J., The Impact of Constitutions on Economic Performance, in Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics, World Bank, Washington, D.C., 1995, 215.

²⁸ AJANI G., La Rule of Law in Cina, in *Mondo Cinese*, 1/2006.

²⁹ JEFFERSON G. H., China's evolving (implicit) economic constitution, in *China Economic Review*, 2002, vol. 13, issue 4, 394.

³⁰ Una lettura diacronica in CHEN SU, The Establishment and Development of the Chinese Economic Legal System in the Past Sixty Years, (transl. XIE ZENGYI), in *Col. J. Asian L.*, 23, 1/2009, 109 ss.

³¹ JEFFERSON, *China's evolving (implicit) economic constitution*, cit. Per capire come questo processo si sia materializzato, va ricordato che il *framework* regolatorio in ambito internazionale delle materie monetarie, finanziarie e commerciali viene stabilito, ai vari livelli, dalle “istituzioni della globalizzazione”: Fondo Monetario Internazionale (IMF), Banca Mondiale (WB), e Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO). La Cina ha aderito a WB e IMF nel 1980. Nel dicembre 2001 la Cina ha aderito alla WTO, ma già dal 1988 aveva presentato richiesta di adesione alla *Multilateral Investment Guarantee Agency* (Agenzia Multilaterale di Garanzie sugli Investimenti della Banca Mondiale -

che, indissolubilmente legati all'economia di mercato, piovono in Cina anche "i" diritti (in particolare quelli 'proprietary', dal profitto alla privacy, dall'affidamento alla trasparenza amministrativa, in una lunga catena interconnessa) e "il" diritto (sotto forma di *rule of law*) del mercato, perché non si può adottare un'etica, senza i suoi annessi e connessi in termini soprattutto giuridici.

Tra le varie spiegazioni sulle ragioni che hanno imposto alla Cina tali adattamenti costituzionali materiali, ve n'è una che ha effetto sulla selezione delle "etiche coerenti": quella fondata sulle esigenze di legittimazione costituzionale delle istituzioni cinesi³², che non dispongono di una legittimazione democratico/rappresentativa in senso stretto, ma basano la loro leadership sull'efficienza dei risultati dell'azione di governo, valutata in ordine a tre finalità di rango costituzionale (crescita economica, stabilità sociale e integrità territoriale: come è facilmente comprensibile il primo di questi obiettivi, quantitativamente misurabile, è il più importante, a causa della sua strumentalità rispetto al conseguimento degli altri due). Attualmente commercio internazionale e investimento estero si muovono su scala mondiale a velocità inusitata, con una altissima frequenza di transazioni che richiedono standard elevati di stabilità istituzionale, *accountability*, credibilità, che possono essere garantiti solo attraverso una piena partecipazione "dentro"

MIGA). L'esempio di come tali *membership* hanno cambiato la Costituzione cinese è particolarmente illuminante. In base allo statuto della MIGA (secondo un prototipo/modello in sostanza poi recepito nell'ordinamento della WTO), quando sorge un contrasto tra un investitore straniero e un governo nazionale, la questione è deferita ad un meccanismo speciale di soluzione delle controversie, che comprende una fase negoziale, e, in caso di persistenza del contrasto, il deferimento della controversia ad un organismo collegiale arbitrale. Se la MIGA accerta che la nazione ospite ha torto ed è responsabile del danno subito dall'investitore straniero, essa onora automaticamente il suo contratto assicurativo con questo, e si rivolge al governo nazionale per il rimborso. È palese che un tale sistema spiana la strada per la più completa uniformizzazione delle regole interne del paese aderente alle discipline internazionali, che a loro volta riflettono l'evoluzione comune (e anche le etiche sottostanti) delle regolazioni commerciali e finanziarie del neocapitalismo occidentale. Sebbene la regolazione dell'investimento estero sia una prerogativa delle istituzioni sovrane degli Stati, nella misura in cui si accingeva ad acquisire l'associazione alla MIGA la Cina dovette accettare limitazioni alla sua sovranità economica, e di conseguenza mise mano a una revisione della sua legislazione commerciale interna (FENG Y., *China and the Multilateral Investment Guarantee Agency*, (May 1997). World Bank Policy Research Working Paper No. 1763, in <http://ssrn.com/abstract=569195>). A tal fine il legislatore cinese, con la riforma del 1986, ha riscritto alcuni commi dell'articolo 142 del Codice civile, imponendo a tutti i giudici cinesi, in caso di conflitto tra la legge cinese e i trattati internazionali stipulati dalla Cina, di applicare questi ultimi e disapplicare la prima. In tal modo, gli obblighi internazionali della Cina e l'impegno al rispetto dei diritti dell'investitore estero, nel quadro legale della regolazione internazionale della MIGA (processi analoghi si sono avuti nell'esperienza dell'ingresso nel WTO, che ne ha costituito una naturale evoluzione), vengono a sovrapporsi ai più rilevanti principi della Costituzione formale cinese, compresi i lapidei riferimenti alla "socialist rule of law" (JEFFERSON, *China's evolving (implicit) economic constitution*, cit.)

³² HORSLEY J. P., *The rule of law in China. Incremental progress*, in BERGSTEN F., GILL B., LARDY N. R., MITCHELL D. (eds.), *China : The Balance Sheet in 2007 and Beyond*, Cambridge, Public Affairs, 2007, in part. 105 s.

l'arena transnazionale, e con le regole di questa³³, pena l'isolamento commerciale e finanziario. Il governo cinese ha compreso questa rilevanza del modello internazionale di Costituzione economica attraverso un "learning process", che ha portato appunto a una costruzione graduale delle istituzioni del mercato³⁴.

La nuova Costituzione economica³⁵ cinese, sulla spinta della globalizzazione del modo di produzione e della transnazionalità commerciale, ha riprogrammato le sue etiche, selezionando quelle compatibili come funzioni derivate delle grandezze giuridiche quantitative rappresentate, in estrema sintesi, dai principi del mercato, del profitto d'impresa e della crescita economica, come valori "costituzionali". In conclusione, a me pare che, per assecondare questi processi, il diritto cinese è stato costretto a passare prima attraverso la *rule by law* per poi approdare alla *rule of law*, che è il *core* indispensabile per la sopravvivenza e lo sviluppo della costituzione economica del mercato, nella misura in cui crea l'unico terreno favorevole alla progettazione del ciclo produttivo e commerciale e dei suoi presupposti ineluttabili: competitività imprenditoriale e ricchezza sociale, reddito aziendale e prodotto interno lordo, profitto d'impresa e crescita economica.

Così CONFUCIO, nella sua castigata divisa maoista, si trova a riscoprire il diritto e quante cose si possono fare con il diritto, rendendosi conto che può tranquillamente cambiarsi d'abito mantenendo lo stesso controllo sulla società ma con diversi e più efficaci strumenti di legittimazione.

Ma si tratta davvero di un grande progresso?

Negli ultimi anni l'economia cinese è progredita a un tasso superiore all'8 per cento annuo; il prodotto interno lordo cinese, secondo il Fondo Monetario Internazionale, è cresciuto nel 2010 del 10 per cento e nel 2011 crescerà ancora altrettanto. Nel secondo trimestre del 2010, Pechino ha raggiunto un PIL in valore assoluto di 1.339 miliardi di dollari, superando per la prima volta il Giappone. La Cina è la seconda economia del mondo,

³³ CHOUKROUNE L., Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights, in Col. J. Asian L., vol. 19, 1/2005, 31 ss.

³⁴ JEFFERSON, *op. ult. cit.*, 398-399. Seguendo i modelli di BUCHANAN J. (*What Should Economists Do?*, Liberty Press, Indianapolis, 1979), e di NORTH D. (*Economic Performance Through Time*, in *American Economic Review*, 84, 1994), JEFFERSON e RAWSKI hanno costruito una convincente spiegazione delle riforme istituzionali cinesi a partire dagli anni ottanta, fondata su un modello di processo cumulativo, intorno a un circolo virtuoso di innovazioni normative a loro volta consistenti in dosi progressive di concorrenza e deregulation, e hanno concluso che «although official documents rarely use terms like 'ownership reform' or 'privatization' to describe these changes, recent initiatives amount to a policy of endogenous or induced privatization» (JEFFERSON G.H. & RAWSKI T.G., *How Industrial Reform Worked in China: The Role of Innovation, Competition, and Property Rights*, in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*, World Bank, Washington, D.C., 1995, 134 ss., 150).

³⁵ Intesa in senso materiale. Sul punto e per sviluppi DI PLINIO G., *Costituzione e scienza economica*, cit., *passim*.

dopo gli USA. Il ritmo e la potenza con cui tutto questo sta avvenendo sono sconvolgenti, e si accompagnano a una trasformazione altrettanto drammatica della società cinese, specie nelle zone urbane. Con il tradizionale status di “proletariato” dell’era comunista ormai dietro le spalle, i cittadini hanno, in forma sempre più consolidata, interessi privati in assetti proprietari³⁶, in imprese, in investimenti, e il risparmio delle famiglie è in progressivo aumento. La qualità della vita sta crescendo in misure mai viste in passato, con stili di vita e di consumo che iniziano a reggere il confronto con gli standard internazionali³⁷. Tuttavia questa espansione non segue un percorso equilibrato. Sebbene anche gli strati più bassi, che poi sono la grandissima maggioranza della popolazione cinese, fruiscano in varia misura degli effetti della crescita, il divario rispetto ai gruppi più agiati aumenta in misura impressionante e l’*Indice di Gini* ha sfiorato nel 2005 lo 0,5. La nuova Cina sta prendendo forma, e il modello è quello, in fondo miserabile, della struttura socioeconomica del capitalismo: pochi, ricchissimi e potenti da una parte, e molti (davvero molti) con modesto o basso (ma comunque “sufficiente”) reddito, senza potere, dall’altro.

È vero che la stragrande maggioranza dei cinesi vive oggi molto ‘meglio’ di trenta anni fa; non posso tuttavia fare a meno di chiedermi se la correlazione tra la conquista della *rule of law* e la smisurata crescita delle diseguaglianze sia soltanto una fortuita coincidenza.

§4. I diritti tra relativismo teoretico e *law in action*

In natura i diritti non esistono “in senso giuridico”. Le posizioni reciproche e le condizioni di esistenza nel dominio della vita naturale degli esseri viventi sono fondate sull’unghia e sul dente, sullo scatto e sul veleno, sulla selezione e sull’adattamento, o sulle gerarchie meccaniche delle relazioni di branco. Ma nemmeno i diritti esistono nel mondo di Robinson Crusoe, dato che non c’è alcuno, oltre lui stesso, nei confronti del quale farli valere. Almeno fino a quando non compare il buon selvaggio VENERDÌ³⁸. Dopo, mentre Robinson continua a fare quello che gli pare, Venerdì comincia, molto volentieri (Venerdì non si lamenta mai, anzi!) a fare quello che gli comanda Robinson Crusoe in particolare, per prima cosa, a professare la fede cristiana e

³⁶ REHM G. M., JULIUS H., *The New Chinese Property Rights Law: an Evaluation from a Continental Perspective*, in *Col. J. Asian L.*, vol. 22, 2/2009, 177 ss.

³⁷ In tal senso DINGJIAN CAI, *The Development of Constitutionalism in the Transition of Chinese Society*, in *Col. J. Asian L.*, 19, 1/2005, 3. Il saggio contiene una impressionante fotografia attualizzata della società, dell’economia e delle istituzioni cinesi.

³⁸ «Il legame giuridico nasce solo, ci racconta DE FOE, nel momento in cui il naufrago Robinson Crusoe incontra Venerdì» (A. Barbera, *Il cammino della laicità*, in CANESTRARI S. (cur.), *Laicità e diritto*, Bologna, Bononia University press, 2007).

a leggere la Bibbia. Qui accade che non appena si è costituita una struttura di potere, anche se comprendente solo due persone, sono nati come per magia le situazioni giuridiche soggettive – il diritto alla professione di una fede religiosa e il diritto all'istruzione – perché, per leggere la Bibbia, VENERDÌ deve comunque frequentare la scuola “pubblica” che Robinson “organizza” per lui. Poi presumibilmente al buon selvaggio è data la libertà di espressione, la libertà dall'oppressione fisica, cioè la libertà personale, la libertà di circolazione, ma non, ovviamente, almeno fino a quando non arriva qualcun altro con cui esercitarle, le libertà di riunione e di associazione. Il tutto, ancor più ovviamente, entro i limiti predisposti da Robinson Crusoe. Anzi, *sono proprio tali limiti a creare tutti questi diritti e tutte queste libertà*, nella misura in cui Robinson socializza il buon selvaggio, gli costruisce intorno un sistema di regole, fondata su una posizione di potere che allo stesso tempo lo configura e lo legittima come *designer* dei diritti.

Passando alle teorie, nel contesto delle dottrine giuridiche “occidentali” dominanti, in particolare il positivismo giuridico in tutte le sue variegate manifestazioni, i diritti dei soggetti presuppongono l'esistenza di un potere che stabilisce ordini e regole, cioè un sistema di “diritto oggettivo”. Sono le regole giuridiche a creare i diritti, è il diritto oggettivo a creare il diritto soggettivo. I diritti prendono vita quando sono consolidati nell'ordinamento giuridico, in una costituzione, in un insieme di leggi formali, nelle decisioni di giudici; in ogni caso, la condizione perché ci sia una nozione scientifica di ‘diritti’ del soggetto, è che questi siano garantiti dal diritto “oggettivo”, il quale a sua volta è positivo (“*positum*”/imposto), cioè sorretto e garantito da un sistema di poteri che dispone, in genere esclusivamente, della forza. Semplificando e riassumendo, se non c'è un potere supremo (il sovrano, la legge, la democrazia, la costituzione, il partito e così via), non ci sono (e in fondo non hanno ragione di essere) i diritti, cosicché si può sostenere che è proprio l'esistenza del potere costituito a creare i diritti e le libertà.

Tale prospettiva introduce una visione relativistica e storicizzata dei diritti, e, conseguentemente, della valutazione del modo in cui gli ordinamenti configurano i diritti stessi. Per il sistema giuridico feudale (e la sua corrispondente etica dominante) i modelli ‘concreti’ di diritti ‘fondamentali’, dalla condizione giuridica del servo della gleba al complesso di privilegi del vassallo sono eticamente e giuridicamente validi tanto quanto sono validi la capacità giuridica o voto censitario per lo stato liberale o l'eguaglianza sostanziale e il diritto alla salute per lo stato sociale interventista e la sua etica dominante. La pena di morte, come limite dei diritti fondamentali, è scientificamente valida sia se prevista da sistemi a *rule of law* che da sistemi assolutistici, o autoritari, o a *rule by law*; e in fondo, che si ammazzi qualcuno in nome del popolo, del partito, della religione, del diritto

o della democrazia, l'effetto è lo stesso. La stessa espansione storica del diritto occidentale e della *rule of law* può essere letta, dal punto di vista degli Stati occidentali, come il culmine della civiltà del diritto, o, dal punto di vista dei popoli che l'hanno subita, come il più efficiente e spietato strumento di sopraffazione e di saccheggio mai esistito, come dimostra con inaudita *vis denstruens* un recente libro³⁹.

A questo punto, abbiamo un primo costrutto per la dimostrazione dell'impossibilità di valorizzazione comparativa dei vari modi in cui il potere costituito, in veste di diritto "positivo", tratta i diritti. Se i diritti sono costruiti dalla legge, non ha senso reclamare che in Cina (o in Iran, o in Ecuador) siano introdotti cataloghi di diritti fondamentali simili a quelli costruiti dalle leggi italiane, o francesi o americane. Basterà guardare cosa dicono le leggi cinesi, che costruiscono la versione cinese delle posizioni di libertà e dei diritti dell'individuo nei confronti dei pubblici poteri⁴⁰. Qui è impossibile il giudizio etico: se la legge (cinese, italiana, americana) è il *prius*, i valori cinesi che fondano i diritti dei cinesi secondo le leggi cinesi sono eticamente equivalenti ai valori americani che fondano i diritti degli americani secondo le leggi americane. In sostanza, tutti i sistemi di diritti fondamentali in qualsiasi versione giuridica nazionale si presentino, sono giuridicamente, e scientificamente, fondati e legittimati in riferimento all'etica dominante e al sottostante modo di produzione nella propria società di riferimento⁴¹.

L'unico sistema per creare scale comparative sarebbe immaginare che i valori e i diritti non sono una conseguenza delle leggi ma esistono indipendentemente da esse, fondati su principi universali attraverso i quali le leggi positive degli stati vanno interpretate e giudicate ma, come ho sostenuto altrove⁴², questa sterile istanza giusnaturalistica potrebbe scientificamente trasformarsi in diritto solo in presenza di una traslazione sovranazionale e globale del pubblico potere, perché solo davanti a un potere globale potrebbe essere affermata la pretesa di diritti a valenza universale.

Dato che da questi esiti globali siamo ancora distanti (forse meno di quello che si potrebbe immaginare, ma comunque distanti), fatta eccezione

³⁹ Alludo al già citato *Plunder: When the Rule of Law Is Illegal*, di Mattei U. e Nader L.

⁴⁰ EHR-SOON TAY A., *I "valori asiatici" e il rule of law*, in COSTA & ZOLO (cur.), *Lo Stato di diritto*, op. cit., 683 ss.

⁴¹ Ritengo questa conclusione suffragata, oltre che dalle considerazioni precedentemente svolte sul rapporto tra etica e modo di produzione, dall'impostazione pragmatista o relativista o anti-fondazionista (a seconda delle versioni) su cui v. tra gli altri, in termini generali, RORTY R., *Truth and Progress*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

⁴² DI PLINIO G., *Tutti i colori della luce. Shari'a, diritti e costituzionalismo islamico*, in *Quaderni del Mediterraneo*, 2, Carabba, 2009, 333 ss., e anche in «*Iura Orientalia*» VI (2010) e in *Scritti in onore di L. Arcidiacono* (forthcoming).

l'accesso a comunità organizzate di Stati⁴³, non resta che allineare davanti a noi alcuni corollari, che, più che un elenco di conclusioni, rappresentano capitoli di un libro ancora da scrivere.

§5. Tre corollari minimalisti

In primo luogo, la relatività. Senza voler entrare in questa sede nelle questioni teoriche legate alla dicotomia tra “Asian Values” e civiltà giuridica occidentale⁴⁴, osservo che una funzione insostituibile del relativismo è quella di contrastare l'imperialismo culturale dell'occidente, e tutto quel che ne consegue in termini di imperialismo ‘materiale’. La resistenza del governo cinese non è tanto diretta ai cataloghi dei diritti in sé considerati – dato che la maggior parte dei prodotti in catalogo la Cina li possiede già, in versione asiatica o in versione universale⁴⁵ – quanto agli obiettivi di predominio occidentale veicolati mediante la “guerra ideologica”⁴⁶. Questo non significa che si deve tacere quando i governi (non solo quello cinese) violano i diritti umani, ma semplicemente che il *j'accuse* deve essere sincero, non deve essere usato come un grimaldello per colonizzare un Paese, e deve tener conto del comportamento complessivo di quel Paese verso i diritti, nonché delle versioni dei diritti fondamentali (e dei doveri fondamentali) che ne caratterizzano specificamente la cultura.

In secondo luogo, l'effettività. Se una legge dichiara di garantire una libertà o un diritto non vi è alcuna certezza che “in pratica” quel diritto sia *effettivamente* garantito. Non necessariamente la *law in action* coincide con precisione con la *law in the books*. Un occidentale che attacca la Cina sul piano dei diritti dovrebbe aver ben presente che nei propri ordinamenti, pieni di *rule*

⁴³ Come, prendendo gli esempi più rappresentativi, l'Unione Europea o il WTO, che legittimamente richiedono l'adattamento a requisiti specifici per l'accesso di nuovi Stati membri.

⁴⁴ In termini generali: HUNTINGTON S. P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996. Ved. anche WU SHU-CHEN, *La tradizione giuridica cinese e l'idea europea del rule of law*, in COSTA & ZOLO (cur.), *Lo Stato di diritto*, op. cit., 758 ss.

⁴⁵ Sul piano formale il diritto cinese ha tutto quello che serve, o quasi (ved. ad es. LI ZHENGUI, WANG ZHENMIN, *Diritti dell'uomo e Stato di diritto nella teoria e nella pratica della Cina contemporanea*, in COSTA & ZOLO (cur.), *Lo Stato di diritto*, op. cit., in part. 795 ss.), comprese le potenzialità del controllo di costituzionalità (LEE T.V., *Exporting Judicial Review from the United States to China*, in *Col. J. Asian L.*, vol. 19, 1/2005, 152 ss.)

⁴⁶ Si veda ad esempio *The endless ideological wars against China*, in *Global Times*, October 14 2010 (<http://opinion.globaltimes.cn/editorial/2010-10/581811.html>). Dall'ossessione per la critica alla Cina prendono sempre più distacco anche gli stessi intellettuali americani. Ad esempio, STANLEY LUBMAN, sulle pagine del *Wall Street Journal* (10 febbraio 2010), prendendo spunto dall'incauto attacco della CLINTON alla censura cinese su internet in occasione della visita del DALAI LAMA, ha scritto «Sino-American relations would be less roiled if the Obama administration muted its disapproval of conduct within China that foreigners cannot change, and focused instead on practices that can be more realistically affected by foreign pressure and influences (...) some Chinese clearly desire the strengthening of democratic values (...) the Obama administration should avoid criticism that Beijing characterizes as “ideological war”».

of law, costituzionalismi e garanzie formali dei diritti, si consumano quotidianamente violazioni *di fatto* degli stessi diritti la cui difesa si reclama in Cina, e basta ricordare Guantanamo, Genova, *sans papiers*, controllo e manipolazione di *media*, leggi *ad personam*, corruzione e mille altre immagini di cui la *Western Legal Tradition* non può certo andar fiera. Il primo corollario è che non bastano le riforme legislative, il secondo che dobbiamo guarire i nostri difetti prima di chiedere, o almeno mentre chiediamo, agli altri di farlo, il terzo che se le violazioni dei diritti sono un fenomeno trasversale non significa che abbiano la stessa intensità dappertutto. Che la Cina, sotto questo profilo, abbia problemi più gravi non dovrebbe sorprendere, data la sua storia e date le sue 'misure' e i suoi parametri assolutamente fuori scala sotto ogni aspetto, mentre sorprendente è la velocità con cui sta recuperando⁴⁷.

In terzo luogo, i contenuti. Avverto che qui il tono e l'argomentazione diventano strettamente "personali" e senza preoccupazioni di scientificità. L'idea di un "catalogo" di "diritti umani" è *troppo* buona, troppo nobile, troppo "indiscutibile" per non essere sospetta. Dentro la confezione, c'è di tutto: il pacchetto è inscindibile e, come avverte la nota in calce al catalogo, "i singoli prodotti non possono essere venduti separatamente". Se prendi la libertà personale devi prendere anche la *privacy*, che è buona cosa per chi ha molto da nascondere; se prendi la libertà di circolazione, devi prendere anche la libertà di possedere una barca da trenta metri e quattro Ferrari; se prendi la libertà di manifestazione del pensiero devi digerire anche proprietà privata di *mass media* e imperi mediatici; se prendi la libertà d'impresa, acquisti anche i nuovi manager e la *nouvelle cuisine* dei contratti collettivi; se prendi il pluralismo politico prendi anche frammentazione partitica, portaborse e costi della politica. Quello che manca – o comunque è più o meno debole a seconda della civiltà delle nazioni – nella *Western Legal Tradition* dei diritti fondamentali è la libertà della stragrande maggioranza delle persone di separare, diritto per diritto, il grano dal loglio. La Cina non è esente da questo tipo di critica, ma almeno parte da un sistema di valori che antepone (ma non ancora per molto) la comunità all'individuo, l'armonia sociale alla libertà individuale, il dovere soggettivo al diritto soggettivo, la parsimonia al consumismo, il dovere del lavoro (duro) al tempo libero,

⁴⁷ LIEBMAN B. L., *China's Courts: Restricted Reform*, in Col. J. Asian L., 23,, 1/2007, 1 ss.; IDEM, *Assessing China's Legal Reforms*, in Col. J. Asian L., vol. 23, 1/2009, 17 ss.; MO JIHONG, *The Constitutional Law of the People's Republic of China and its Development*, ivi 137 ss.; SANZHUAN GUO, *Implementation of Human Rights Treaties by Chinese Courts: Problems and Prospects*, in Chinese J. Intl L., 2009, 161 ss.

l'interventismo statale al libero mercato, il rispetto della leadership politica alla disaffezione politica, i legami familiari alla disgregazione familiare⁴⁸.

E, anche qui, non si deve comprare tutto a scatola chiusa, perché il grano va separato dalle erbacce anche nel suggestivo “universo parallelo” degli *Asian Values*.

GIAMPIERO DI PLINIO

⁴⁸ MONCERI F., *Bibliografia minima sugli “Asian values”*, in *Jura Gentium* (www.juragentium.unifi.it/it/surveys/rol/biblio.htm).