



“COMPARATIVE LAW MADE IN TAIWAN”: OVVERO LA COMPARAZIONE GIURIDICA SENZA IL DIRITTO COMPARATO

SALVATORE CASABONA

SOMMARIO: 1. Il mondo senza diritto comparato. – 2. Evoluzione del sistema giuridico taiwanese: trapianti, esperimenti comparatistici e formazione internazionale del giurista – 3. La formazione “comparatistica” del giurista taiwanese. – 4. Conclusioni.

1. “Il diritto comparato a Taiwan non esiste”, questa è l’affermazione pettorale che un osservatore distratto o un ricercatore *sedentario* farebbe all’esito di una mera ricognizione sui piani di studio delle law school taiwanesi.

Ecco allora che, forse per gioco e di certo per sfida con me stesso, mi piace riflettere sul tema proposto dalla prospettiva di chi poco o nessun interesse sembra mostrare nei confronti del ricco bagaglio metodologico del diritto comparato, e di chi sorride candidamente davanti al mio stupore per l’assenza di un qualsivoglia insegnamento di “comparative law” o “comparative legal systems/traditions” nei piani didattici delle facoltà di diritto.

Un punto di vista alieno ed alienante, dunque, e ciò tanto nel senso della profonda diversità del contesto preso in esame rispetto a quello familiare all’osservatore, quanto con riferimento alla dimensione destrutturante di tutte quelle “idee ricevute” e condivise su come intendere il diritto comparato.

Chi dunque ha bisogno del diritto comparato (oltre i comparatisti, verrebbe da dire con una nota di cinismo) in un contesto in cui non si riconosce ad esso alcuna specificità scientifica e metodologica?

2. Alcuni brevissimi cenni sull’evoluzione dell’ordinamento giuridico taiwanese sono necessari per proseguire nel ragionamento intrapreso.

Subito va detto che l’identità del sistema giuridico che ci occupa comincia a definirsi dal 1895 in poi, quando l’isola diviene colonia dell’Impero giapponese¹.

* Un sentito ringraziamento ai professori Wen-Yeu WANG, , Tay-sheng WANG, Ching-Ping SHAO, e Ying Chieh WU della National Taiwan University – College of Law, che hanno contribuito, con preziosi suggerimenti e indicazioni bibliografiche, alla elaborazione del presente lavoro.

¹ Per una lettura generale sulla storia di Taiwan, cfr. Murray A. Rubinstein, *Taiwan: a new history*, East Gate Book, London, 2015; con riferimento all’evoluzione dell’ordinamento giuridico taiwanese, cfr. Tay-sheng Wang, *Translation, codification, and transplantation of foreign laws in Taiwan*, , 25 Pac. Rim L. & Pol’y J. 307 2016; Tay-sheng Wang, *Taiwan*, in Poh-Ling Tan (a cura di), *Asian legal systems: law, society and pluralism in East Asia*,



Prima di quella data, oltre duecento anni di dominio cinese, preceduto da brevi (e sostanzialmente ininfluenti sotto il profilo giuridico) esperienze coloniali (quella olandese e spagnola, 1624-1662) nei fatti non consentono alcuna identificazione di Taiwan come sistema giuridico autonomo.

Durante il lungo periodo coloniale si verifica, soprattutto nei primi 30 anni, un innesto “selettivo” del diritto giapponese nell’ordinamento taiwanese sino ad allora a base tradizionale e consuetudinaria: così, mentre il sistema amministrativo, giudiziario e delle sanzioni penali viene imposto per garantire il controllo da parte dei nuovi governanti (implicando cioè il trapianto del codice penale, di procedura penale e di procedura civile di chiara ispirazione tedesca); differentemente, in un ottica di pacificazione e normalizzazione ², il diritto di famiglia e delle successioni e persino quello relativo agli scambi commerciali rimane di fonte consuetudinaria locale.

Viepiù, per aiutare i funzionari giapponesi a individuare e interpretare le consuetudini locali di Taiwan, viene istituita una Commissione governativa che, non limitandosi ad operare una mera traduzione linguistica delle stesse, procede ad interpretare il diritto a base consuetudinaria alla luce delle categorie giuridiche e dell’evoluzione giurisprudenziale del diritto tedesco del tempo: il risultato è una straordinaria opera di consolidazione e innovazione ³.

Questa interessantissima e avvincente esperienza d’ibridazione e comparazione giuridica termina tuttavia nel 1923, data in cui il sopravanzare del nazionalismo giapponese impone il pieno recepimento dei quattro codici, i quali rimarranno sostanzialmente in vigore anche dopo la seconda guerra mondiale⁴.

Importante notare come, sotto il profilo della formazione del giurista ⁵, sin dal 1910, gli aspiranti avvocati e giudici si trasferiscono in Giappone per proseguire gli

Butterworths, Sydney, 1997, p. 124-134; Tay-sheng Wang, I-Hsun Sandy Chou, *The Emergence of Modern Constitutional Culture in Taiwan*, 5 Nat'l Taiwan U.L. Rev. 1, 29–33 (2010); Tay-sheng Wang, *The Legal Development of Taiwan in the 20th Century: Toward a Liberal and Democratic Country*, 11 PAC. RIM L. & POL'Y J. 531, 531–39 (2002). In italiano, R. Cavalieri (a cura di), *Il diritto dell'Asia orientale*, Libreria Editrice Cafoscarina, Venezia, 2008; Gianmaria Ajani, Andrea Serafino, Marina Timoteo, *Diritto dell'Asia Orientale*, UTET, Padova, 2007.

² Edward I-te Chen, *The Attempt to Integrate the Empire: Legal Perspective*, in Ramon H. Myers, Mark R. Peattie (a cura di), *The Japanese colonial empire, 1895-1945*, Princeton University Press, 1984, p. 240 ss., 247.

³ Una versione in lingua inglese è rinvenibile in Santaro Okamatsu, *Provisional report on investigations of laws and customs in the island of Formosa*, 1902; Id., *Du mariage et du divorce selon le coutumes de l'île de Formose*, 30 J. Dr. Int'l Prive & Juris. Comparee 116 (1903); cfr. altresì Kitagawa Zentarō, *Theory reception – One aspect of the development of Japanese civil law science*, 4 Law Japan (1970) 1-16.

⁴ Chieng-liang Lee, *Rule of law in Taiwan: transplantation and codification*, in Wen-Yeu Wang (a cura di), *Codification in East Asia*, Springer, London, 2014, p. 167-177; Tsung-Fu Chen, *Transplant of civil code in Japan, Taiwan, and China: with the focus of legal evolution*, 6 NTU L. Rev. 389 2011.

⁵ Tay-sheng Wang, *Thinking of the development of legal education in Taiwan – An analysis of the history of law and society*, in Stacey Steele, Kathryn Taylor (a cura di), *Legal education in Asia : globalization, change, and contexts*, Routledge, New York, 2010, p. 321 ss.



studi⁶, il ché si traduce in una profonda influenza di quella cultura giuridica nel contesto taiwanese e tramite essa della tradizione tedesca, oggetto di un costante lavoro di traduzione e adattamento.

In seguito, invece, mete di elezione per il perfezionamento divengono rispettivamente la Germania⁷, negli anni '60 del secolo scorso, comportando ciò un diretto accesso alle fonti tedesche, senza la mediazione culturale della dottrina giapponese; nonché gli Stati Uniti, dagli anni '70 in poi, anche in ragione di equilibri geopolitici che vedevano (e tutt'ora vedono) Taiwan sotto l'ala protettiva della potenza nordamericana. Ecco allora la diffusione nelle università locali del metodo socratico⁸, di insegnamenti relativi all'analisi economica del diritto e ai *critical legal studies*, così come il trapianto giuridico di una serie numerosa di istituti soprattutto in materia di diritto commerciale e finanziario⁹, di diritto processuale penale¹⁰ e processuale civile¹¹.

La cultura giuridica dell'isola e il suo ordinamento sono così storicamente al centro d'intensissime dinamiche di *cross fertilization*: imposizioni normative e interpretazioni attualizzatrici del diritto consuetudinario durante il periodo coloniale giapponese¹²; imitazioni spontanee d'istituti provenienti dall'esperienza tedesca e nordamericana, considerate prestigiose *di per sè*, e soprattutto sino agli anni '80 oggetto

⁶ Il primo taiwanese a diventare avvocato è Qingyao Ye nel 1918 e il primo magistrato di origini taiwanesi è Yansheng Huang, nel 1931, cfr. Tay-sheng Wang, *Thinking of the development of legal education in Taiwan – An analysis of the history of law and society*, in Stacey Steele, Kathryn Taylor (a cura di), *Legal education in Asia : globalization, change, and contexts*, Routledge, New York, 2010, p. 321 ss.

⁷ Juei-Cheng Jao, *Comparative law of limitation of actions in insurance in England, Germany and Taiwan: A step for harmonization*, 3 NTU L. Rev. 1 2008; Peter Axel Windel, Tong-Shuan Yang, *Is there a need for independent labour courts?*, 7 NTU L. Rev. 319 2012; Yashuo Hasebe, Jiunn-Rong Yeh, Wen-Chen Chang, Chao-Chun Lin, Shu-Perng Hwang, *The reception of the Rechtsstaat concept in Japan: its contraction in administrative law and expansion in constitutional law*, 4 NTU L. Rev. 215 2009.

⁸ Kuan-Chun Chang, *The teaching of law in the United States: studies on the case and Socratic methods in comparison with traditional Taiwanese pedagogy*, 4 NTU L. Rev. 1 2009.

⁹ Wallace Wen-Yeu Wang, Carol Yuan-Chi Pang, *Minority controlling shareholders: an analytical framework and its application to Taiwan*, 2 NTU L. Rev. 81 2007; Dr. Li-Jiuan Chen, *The defensive measures in case of takeover under German Takeover Act and Delaware Corporate Law*, 2 NTU L. Rev. 93 2007; Andrew Jen-Guang Lin, *Common law influences in private law - Taiwan's experiences related to corporate law*, 4 NTU L. Rev. 107 2009; Yao-kuo Eric Chiang, *Horizontal model for regulatory reform of communications - The layers model reform in Malaysia and the UK, and proposals for Taiwan*, 8 NTU L. Rev. 1 2013; Ming-Jye Huang, *The Role of competent authority of competition law should play in regulations on parallel importation of works*, 1 E. Asian L. J. 41 2010.

¹⁰ Ming-Woei Chang, *Reforming the expert evidence system in Taiwan criminal justice: Lessons from the United States*, 10 NTU L. Rev. 255 2015.

¹¹ Kuan-Ling Shen, *Class action in taiwan: a new system created using the theory of "Right of Procedure Options"*, 5 NTU L. Rev. 39 2010.

¹² Sia consentito il rinvio a Salvatore Casabona, *Mediation in Taiwan: The ideology of harmony v. the ideology of justice* in A. Miranda (a cur di) *Mediation at the crossroad of different legal culture*, Rome, Aracne, 2014, p. 145 ss.



di recezione acritica¹³; ma anche trapianti per così dire *di secondo livello*, laddove la versione giapponese di istituti stranieri provenienti dalla tradizione di common law (caso emblematico è la legge sul trust) viene considerata maggiormente adattabile alla realtà taiwanese rispetto alla versione proveniente direttamente dall'ordinamento esportatore¹⁴.

3. La breve ricognizione storica sin qui condotta aiuta a capire alcune caratteristiche che continuano a connotare e denotare il sistema giuridico taiwanese.

Innanzitutto, la stragrande maggioranza dei professori universitari di diritto ha una formazione post-lauream svolta in prestigiose istituzioni straniere¹⁵.

Si prenda, ad esempio il caso della National Taiwan University, (il cui college of law è il migliore dell'isola e si è posizionato nel 2017 al 38° posto nel ranking mondiale): solo uno sui 43 componenti del corpo docente della Facoltà di legge ha una formazione esclusivamente taiwanese, i restanti hanno conseguito dottorati di ricerca o LLM in Germania, USA, Giappone, Inghilterra e Francia¹⁶.

Da qui, l'identificazione di un primo dato di rilevanza sistemologica che appare emergere con nitore dalla prassi (confermata ampiamente dalle testimonianze orali dei tanti colleghi incontrati): l'esperienza internazionale è considerata una vera e propria *pre-condizione* per l'accesso alla carriera accademica.

Il dato ovviamente è gravido di conseguenze sulla formazione del sistema giuridico considerato e sul tema che qui ci occupa.

Innanzitutto, complice un certo senso di subalternità culturale rispetto alle “grandi” tradizioni giuridiche (prima tra tutte quella tedesca), è estremamente difficile trovare articoli di dottrina – e ciò a prescindere da quanto noi chiameremmo “settori scientifico-disciplinari” - dove non vi sia un continuo e attento riferimento a istituti giuridici stranieri, richiamati come “modelli” da imitare.

Similmente, tra l'altro, avviene all'interno della Corte Costituzionale di Taiwan, in cui 9 dei 15 giudici che compongono il collegio si sono specializzati all'estero: la

¹³ Approccio che ha talvolta prodotto il rigetto delle soluzioni importate. Esempio è quello del “charitable trust”, recepito con legge ma caduto in disuso, preferendosi il ricorso all'istituto della fondazione.

¹⁴ Sul punto, sotto il profilo della recezione del trust nell'esperienza giapponese, si rinvia alla interessantissima ricostruzione contenuta in Frank Bennet, *Getting property right: informal mortgages in the Japanese courts*, 18 Pac. Rim L. & Pol'y J. 463, 477 (2009). Cfr. altresì Ying-Chieh Wu, *East Asian trusts at the crossroads*, 10 NTU L. Rev. 79 (2015).

¹⁵ A tacere del fatto che sin dall'istituzione della prima università taiwanese (College of Liberal Arts and Political Science, Taipei Imperial University, nel 1928), i libri di testo adottati nei corsi di studio provengono dal mondo accademico giapponese, tedesco, americano, francese e inglese: comportando ciò un importante sforzo linguistico da parte dei discenti ma anche una loro *profonda acculturazione ad “altre” esperienze giuridiche*, sin dai primi passi della loro formazione.

¹⁶ Wen-Chen Chang, *Court and judicial reform in Taiwan: gradual transformations towards the guardian of constitutionalism and rule of law*, in Jiunn-Rong Yeh, Wen-Chen Chang (a cura di), *Asian courts in context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 143-182, 165



conseguenza è quanto potremmo definire una “permeabilità naturale” della giurisprudenza costituzionale, seppur non sempre accompagnata da richiami espressi¹⁷, a soluzioni giuridiche straniere¹⁸.

Da una disamina dei curricula dei docenti universitari di materie giuridiche dei principali istituti universitari taiwanesi pubblici (National Taiwan University, National Taipei University, National Chengchi University), si evidenzia poi la costante presenza di pubblicazioni individuali almeno in due (se non tre) lingue: oltre il mandarino, l'inglese, il tedesco, il giapponese e talvolta il coreano.

Il dato ovviamente è di estremo interesse e rilevanza sotto il profilo della circolazione delle idee, ma ricorda a chi scrive i numerosi richiami fatti soprattutto ai “giovani comparatisti” (in occasione del XXI Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, svoltosi a Venezia nel 2011) a un maggiore impegno nelle pubblicazioni in lingua straniera, e ciò appunto al fine di evitare una marginalità e autoesclusione in contesti internazionali.

4. Sebbene la cultura giuridica taiwanese non riconosca alcuna specificità scientifica al “diritto comparato”, appare con una certa evidenza che la stessa non riesca al medesimo tempo neanche ad immaginare un giurista che non sia (anche) comparatista.

Ecco allora che il tema del “bisogno” del diritto comparato, meglio della comparazione giuridica, non si pone affatto nel contesto taiwanese. La domanda “who needs comparative law?” qui suona terribilmente “misleading”: la comparazione, intesa come attenzione a quanto accade in altri ordinamenti, è infatti un *fatto naturale*, direi spontaneo, come lo era – d'altro canto – nella riflessione dei grandi Maestri del passato nella tradizione giuridica occidentale.

Una naturalezza che discende dalla formazione internazionale che storicamente viene richiesta al giurista (soprattutto se operante nel mondo accademico), dalla perfetta conoscenza di almeno due lingue straniere, da un ordinamento giuridico,

¹⁷ Wen-Chen Chang, *Court and judicial reform in Taiwan: gradual transformations towards the guardian of constitutionalism and rule of law*, in Jiunn-Rong Yeh, Wen-Chen Chang (a cura di), *Asian courts in context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 143-182, 166: “Notwithstanding the scarcity of explicit citations, the interpretations of the Constitutional Court are rife with examples of foreign approaches like the principle of proportionality, the guarantee of due process, the political question doctrine, the distinction between content-based and content-neutral restrictions on expression, and the recognition of suspect classifications in equality cases”.

¹⁸ Wen-Chen Chang, Jiunn-Rong Yeh, *Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan*, in Tania Groppi, Marie-Claire Ponthoreau (a cura di), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Hart Publishing, 2013, p. 175 ss.

Cfr. altresì Wen-Chen Chnag, *An Isolated Nation with Global-minded Citizens: Bottom-up Transnational Constitutionalism in Taiwan*, in National Taiwan University Law Review, 2009, n. 3, p. 2013-235.



quello taiwanese, profondamente condizionato nel suo divenire da intensi e continui processi di imitazione e adattamento di soluzioni giuridiche provenienti dall'esterno.

Una comparazione, dunque, *senza confini* spaziali ma soprattutto di natura scientifico-disciplinare; una comparazione come concreto e indispensabile *strumento di lavoro* per osservare e ripensare il proprio ordinamento giuridico; infine, una comparazione *presa sul serio*, lontana forse dalla raffinatezza dello strumentario metodologico a noi noto, magari a tratti ingenua, ma di certo sforzo intellettuale autentico e sincero.