



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXVI ciclo

Common law con caratteri cinesi.

Il diritto nella Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong

tra flussi linguistici inglesi e cinesi

Relatore

Prof. Gian Antonio Benacchio

Dottoranda

Barbara Verri

anno accademico 2013-2014



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Barbara Verri

Common law con caratteri cinesi.
**Il diritto nella Regione Amministrativa Speciale
di Hong Kong tra flussi linguistici inglesi e cinesi**

Relatore Prof. Gian Antonio Benacchio

Anno Accademico 2013-2014

Indirizzo specialistico in Diritto privato, privato comparato e commerciale

XXVI ciclo

Esame finale: 17/03/2015

Commissione esaminatrice:

Prof. Maurizio Borghi, Università di Bournemouth

Prof. Stefano Bastianon, Università di Bergamo

Prof. Renzo Riccardo Cavalieri, Università Ca' Foscari Venezia

Prof. Peter Behrens, Università di Amburgo

*Alla mia famiglia e agli amici più cari
con immensa gratitudine per il loro continuo sostegno*

INDICE

ABSTRACT.....	1
INTRODUZIONE	3
CAPITOLO PRIMO	
UN PAESE, DUE SISTEMI: PROSPETTIVE DI ANALISI	
1. La circolazione del modello di <i>common law</i> nel contesto della colonizzazione.....	7
1.1 <i>Dalle prime colonie alla nascita dell’Impero britannico: il recepimento del modello inglese</i>	7
1.2 <i>Trapianto giuridico e lascito britannico: gli effetti della colonizzazione</i>	
2. La fusione del sistema di <i>common law</i> con altri sistemi: il caso delle <i>mixed jurisdictions</i>	20
3. Diritto e lingua. L’incidenza delle problematiche linguistiche negli ordinamenti plurilingue: l’apporto della comparazione	24
CAPITOLO SECONDO	
IL <i>COMMON LAW</i> DI HONG KONG SOTTO IL DOMINIO BRITANNICO	
1. La nascita del <i>common law</i> a Hong Kong. Dall’Impero cinese all’Impero britannico: il periodo coloniale.....	29
1.1 <i>La costituzione della Crown Colony</i>	29
1.2 <i>La struttura istituzionale della colonia</i>	33
1.3 <i>Le fonti del diritto della colonia e il recepimento del diritto inglese</i>	38
2. Il ritorno alla sovranità cinese e il periodo post-coloniale.....	44
2.1 <i>Dalla fase delle negoziazioni alla Joint Declaration del 1984....</i>	46

2.2 <i>Gli anni della transizione: dall'ultimo Governatore inglese al ritorno nella Repubblica Popolare Cinese</i>	50
--	----

CAPITOLO TERZO

IL *COMMON LAW* NELLA REGIONE AMMINISTRATIVA SPECIALE

1. Il <i>common law</i> oggi: alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale tra elementi di continuità e di innovazione	53
1.1 <i>Le istituzioni della RAS</i>	56
1.2 <i>Il sistema delle corti</i>	62
2. Le fonti del diritto all'interno della nuova RAS	67
2.1 <i>Aspetti costituzionali: la Basic Law</i>	68
2.2 <i>Le fonti primarie e secondarie</i>	70
2.3 <i>Common law e regole di equity</i>	73
2.4 <i>Il ruolo del diritto consuetudinario cinese</i>	75
3. I rapporti con lo Stato cinese: la “ <i>one country, two systems</i> ” <i>policy in action</i>	77
3.1 <i>Il ruolo e l'influenza della Cina continentale</i>	77
3.2 <i>Le relazioni Stato-Regione: tra autonomia e integrazione dei sistemi</i>	82

CAPITOLO QUARTO

IL BILINGUISMO GIURIDICO NELL'ORDINAMENTO DELLA RAS

1. Dal <i>legal English</i> all'affermazione del bilinguismo	87
1.1 <i>Post-colonialismo e dilemma della lingua giuridica: l'esperienza delle colonie nel sud-est asiatico</i>	87
1.2 <i>Il ruolo della lingua cinese dalla nascita della colonia alla Official Languages Ordinance</i>	91
1.3 <i>Il bilinguismo giuridico come espressione di un diritto fondamentale</i>	96
1.4 <i>Lingua “tecnica” e lingua “comune”: bilinguismo giuridico e sistema linguistico tripartito della RAS</i>	99

2. Il bilinguismo giuridico nelle istituzioni della RAS	101
2.1 <i>La lingua del legislatore</i>	101
2.2 <i>La lingua delle corti</i>	104
2.2.1 <i>La lingua nel processo</i>	104
2.2.2 <i>Il caso dei mixed-language trials</i>	109
2.2.3 “Can you imagine the reaction of an Italian tried in Rome by a judge who does not speak Italian?”: <i>la scelta della lingua processuale nella giurisprudenza delle corti</i>	111
2.2.4 <i>La lingua delle sentenze</i>	114
2.3 <i>La lingua degli operatori giuridici: avvocati e giudici</i>	115
3. Pluralità di versioni linguistiche del testo normativo e questioni interpretative	117
3.1 <i>Autenticità dei testi e parità di status: la Interpretation and General Clauses Ordinance</i>	117
3.2 <i>Pluralismo linguistico e divergenze linguistiche nella giurisprudenza delle corti della RAS</i>	122

CAPITOLO QUINTO

BILINGUISMO GIURIDICO E PROCESSI DI TRADUZIONE. *CASE STUDY* SULLA *STATUTE LAW* DI HONG KONG

1. Tradurre il diritto: concetti introduttivi	133
1.1 <i>La nozione di traduzione giuridica</i>	133
1.2 <i>Le problematiche rilevanti nel processo traduttivo: elementi testuali ed extra-testuali</i>	136
1.3 <i>I metodi principali adottati nella traduzione giuridica</i>	141
2. La traduzione dei testi giuridici dall'inglese al cinese: i rilievi critici del processo di trasposizione linguistica	144
2.1 <i>Il problema linguistico</i>	144
2.2 <i>Il problema legato alla cultura giuridica</i>	149
3. Le tecniche impiegate dalla Law Drafting Division	151
4. <i>Case-study</i> sulla traduzione di termini tecnici e semi-tecnici nella <i>statute</i>	

INDICE

<i>law</i> della RAS	156
4.1 <i>Terminologia tecnica dalla property law</i>	157
4.2 <i>Terminologia tecnica dalla contract law</i>	162
4.3 <i>Terminologia tecnica dalla tort law</i>	168
5. Le critiche avanzate ai risultati ottenuti nella traduzione del <i>common law</i> in cinese	171

CAPITOLO SESTO

IL DIBATTITO SUL BILINGUISMO E LE SUE PROSPETTIVE DOPO LA PRIMA FASE
DI ATTUAZIONE DEL SISTEMA

1. La prospettiva della dottrina sull'impossibilità di un <i>common law</i> in lingua cinese	177
2. Gli elementi a favore di un <i>common law</i> in lingua cinese.....	179
2.1 <i>Casi di bilinguismo giuridico in ordinamenti di common law: l'esperienza del Canada</i>	179
2.2 <i>La specialità del common law in due lingue nell'ordinamento della RAS: il trapianto linguistico nello stesso sistema giuridico</i>	182
2.3 <i>La realizzazione di un common law in cinese mediante l'adeguamento e l'assimilazione</i>	183
2.4 <i>Il fondamentale apporto degli strumenti metalinguistici nell'affermazione del bilinguismo giuridico</i>	188
3. Prospettive future per il <i>common law</i> bilingue della RAS	192

CONCLUSIONI	195
--------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	201
---------------------------	-----

SITOGRAFIA	215
-------------------------	-----

ABSTRACT

La ricerca si propone di esaminare l'ordinamento giuridico della Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong, costituita a seguito della fine del dominio coloniale britannico in terra cinese, analizzando come il ritorno sotto la sovranità della Repubblica Popolare Cinese ha inciso sul sistema di Hong Kong sia da un punto di vista della struttura giuridico-istituzionale sia da un punto di vista della lingua del diritto. L'analisi si svilupperà partendo da un preliminare inquadramento analitico con riferimento ai temi della circolazione dei modelli e dei flussi giuridici (con specifico riferimento ai processi storici della colonizzazione inglese), del fenomeno delle *mixed jurisdictions* e del bilinguismo giuridico e si dedicherà poi alla ricostruzione dell'evoluzione del sistema di *common law* di Hong Kong prima e dopo l'*handover*. In questa parte, dopo una ricostruzione da un punto di vista delle istituzioni e delle fonti del diritto della RAS, verranno messi in evidenza quali sono gli elementi di continuità e gli elementi di innovazione che si trovano all'interno dell'attuale sistema di Hong Kong. L'analisi si concerterà quindi sul tema del bilinguismo giuridico, prendendo in esame sia il suo sviluppo all'interno delle istituzioni giuridiche e della giurisprudenza delle corti della RAS, sia le strategie traduttive seguite nella costruzione del nuovo diritto bilingue. In questo contesto saranno altresì analizzate le questioni terminologiche legate alla trasposizione del diritto di *common law* in lingua cinese, esaminando alcuni termini impiegati nel lessico della *statute law* di Hong Kong. Infine si procederà a una riflessione conclusiva sulle criticità e sulle prospettive evolutive che segnano oggi il bilinguismo giuridico nell'ordinamento Hong Kong.

INTRODUZIONE

Il 1° luglio 1997 rappresenta una data di importanza storica che ha segnato il ritorno di Hong Kong alla sovranità della Cina e la fine del dominio coloniale britannico in territorio cinese¹. Da questo momento la *ex* colonia ha assunto il nuovo *status* di Regione Amministrativa Speciale, divenendo la prima espressione concreta della formula istituzionale, coniata da Deng Xiaoping, “*one country, two systems*” 一個國家，兩種制度 (*yige guojia, liang zhong zhidu*)².

Questo passaggio storico ha aperto per il sistema giuridico locale una nuova fase evolutiva destinata a proiettare nel sistema stesso nuovi elementi di complessità: se il diritto dell’epoca coloniale era stato segnato prevalentemente dal tema del rapporto tra diritto importato e diritto della popolazione nativa, il sistema giuridico della RAS si confronta con le molteplici sfaccettature che, nell’attuazione della formula “un paese, due sistemi”, caratterizzano il rapporto con il diritto della Repubblica Popolare Cinese³.

¹ In tale data si è tenuta all’Hong Kong Convention and Exhibition Centre, situato di fronte alla Golden Bauhinia Square, la cerimonia ufficiale dell’*handover* a cui hanno preso parte, in rappresentanza della Corona inglese, il Principe Carlo, il Primo Ministro Tony Blair e l’ultimo Governatore Chris Patten e, in rappresentanza della Repubblica Popolare Cinese, il Presidente Jiang Zemin e il Premier Li Peng. La cerimonia si è conclusa allo scoccare della mezzanotte quando le bandiere del Regno Unito e della colonia di Hong Kong si sono abbassate e sono state issate le bandiere della RPC e della neo-istituita Regione Amministrativa Speciale (la quale al suo interno raffigura il fiore *bauhinia*, simbolo della città di Hong Kong).

² La formula, inizialmente coniata in vista della riunificazione con Taiwan, è stata applicata alle due *ex* colonie di Hong Kong e Macao per gestirne l’integrazione nell’ordinamento cinese. Cfr. *infra* capitolo II, § 2.1.

³ Sul fronte, più immediatamente visibile del diritto vigente, nonostante Hong Kong sia una giurisdizione di *common law* e goda di autonomia legislativa, diverse leggi della RPC sono già direttamente applicabili alla RAS; sul punto cfr. oltre capitolo 3, § 3.

In questo contesto si è aperto un nuovo fronte destinato ad assumere un ruolo centrale per la conformazione del nuovo sistema giuridico: il fronte linguistico.

Dopo quasi un secolo e mezzo in cui la lingua del diritto era prevalentemente l'inglese, oggi la RAS si propone come ordinamento a bilinguismo giuridico perfetto in cui inglese e cinese hanno parità di valore negli atti normativi e all'interno delle istituzioni della Regione. Anche rispetto a tale caratteristica, se si prendono a riferimento altri ordinamenti in cui il diritto è plurilingue, Hong Kong costituisce un'esperienza del tutto peculiare. Infatti, essa è una delle poche realtà in cui i concetti tipici della cultura giuridica occidentale di *common law* devono trovare pari espressione in una lingua non occidentale⁴. Inoltre Hong Kong è l'unico ordinamento in cui il *common law* opera ufficialmente anche in lingua cinese. Tale ordinamento rappresenta, quindi, un fertile terreno di ricerca per quel filone di studi a cui la scienza del diritto comparato ha dato importantissimi apporti, ossia gli studi su Lingua e Diritto⁵.

Le peculiarità e le odierne dinamiche dell'ordinamento di Hong Kong non possono, tuttavia, essere compiutamente esaminate e comprese se non si procede in via preliminare ad una disamina dei processi storici della colonizzazione britannica che hanno condotto alla circolazione del modello di *common law*. Il presente lavoro, pertanto, dopo un preliminare inquadramento analitico con riferimento ai temi della circolazione dei modelli e dei flussi giuridici⁶, del fenomeno delle *mixed jurisdictions* e del bilinguismo giuridico, si dedicherà alla ricostruzione dell'evoluzione del sistema di *common law* di Hong Kong prima e

⁴ Ciò è vero anche rispetto alle altre *ex* colonie asiatiche dell'Impero britannico le quali, in seguito alla decolonizzazione e all'indipendenza nazionale, hanno optato per la progressiva sostituzione della lingua inglese con quella nazionale (sul punto si rimanda al capitolo 4, § 1.2).

⁵ A questo proposito ricordiamo che l'ultimo convegno della Società Italiana per la Ricerca nel Diritto comparato (S.I.R.D.), che si è tenuto a Como il 14-15 marzo 2014, è stato intitolato "*Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*". Per ampi riferimenti bibliografici al tema si rinvia al capitolo I, § 4.

⁶ Anche questo è un tema classico della riflessione comparatistica per cui si rimanda con riferimento al sistema di *common law*, al capitolo I, § 1; per un primo inquadramento di carattere generale si vedano A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimbourg, 1974 (1993), R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992, M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001, M. GRAZIADEI, *Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, pp. 337 ss.

dopo l'*handover*, per poi concentrarsi sul tema del bilinguismo giuridico. Con riferimento a quest'ultimo si prenderanno in esame le strategie seguite nella costruzione del nuovo diritto bilingue e il suo sviluppo all'interno delle diverse istituzioni giuridiche della RAS. Un'attenzione particolare sarà dedicata alle questioni terminologiche, con un *focus* sulle terminologie della *property*, della *contract* e della *tort law*. Infine si svolgerà una riflessione conclusiva sulle criticità e sulle prospettive evolutive che segnano oggi il bilinguismo giuridico nell'ordinamento Hong Kong.

CAPITOLO PRIMO

UN PAESE, DUE SISTEMI: PROSPETTIVE DI ANALISI

—

1. La circolazione del modello di *common law* nel contesto della colonizzazione

1.1 *Dalle prime colonie alla nascita dell'Impero britannico: il recepimento del modello inglese*

Il modello di *common law*, sviluppatosi in Inghilterra a partire dal XII secolo¹, ha trovato larga diffusione grazie a un'espansione coloniale del regno britannico avvenuta essenzialmente in due fasi. In un primo momento, dal XV secolo, la politica coloniale inglese fu limitata alla costituzione, nello sconfinato territorio del nuovo continente, di alcuni insediamenti coloniali² gestiti dai coloni secondo il modello di organizzazione sociale vigente nella madrepatria. In un secondo momento, l'espansione coloniale degli inglesi si fece più aggressiva e nell'Ottocento le mire imperialiste della Corona inglese portarono alla creazione

¹ Sullo sviluppo del modello di *common law* si rimanda a A. GAMBARO, S. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 2008, pp. 47 ss., U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2010, pp. 3 ss., V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Vol. I: Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2010, pp. 269 ss., J. VANDERLINDEN, *Histoire de la common law*, Bruxelles, 1996.

² Per un'analisi dell'esperienza giuridica nelle colonie americane, cfr. A. GAMBARO, S. SACCO, *op. cit.*, pp. 125 ss.

di un impero di dimensioni tali da coprire, alla fine del XIX secolo, un territorio pari ad un quarto della superficie del globo³.

Proprio in ragione di queste diverse fasi storiche, la circolazione e l'attuazione del modello giuridico inglese si contraddistinsero per modalità e forme differenti nel tempo e nello spazio: in alcuni casi l'adozione del modello fu una scelta discrezionale dei coloni dettata da esigenze di praticità e familiarità al sistema, in altri casi, invece, fu frutto di una vera e propria imposizione, più o meno incisiva, da parte del sovrano inglese.

Rispetto alle esperienze degli altri paesi europei (come Spagna e Francia), l'amministrazione inglese delle colonie si caratterizzava per una struttura non centralizzata che favoriva la formazione di governi autosufficienti i quali, tuttavia, erano sottoposti a un vincolo di stretta cooperazione tra madrepatria e comunità coloniale⁴. Vista l'estensione territoriale che arrivò ad assumere l'Impero, la scelta di affidare l'amministrazione della colonia ad un governo locale, dotato di una certa autonomia organizzativa e decisionale, era altresì fondata sulla consapevolezza dell'impossibilità di imporre un medesimo modello in realtà distinte che presentavano condizioni territoriali, culturali e religiose assai diverse tra loro. Al fine quindi di contemperare le esigenze dell'Impero con le peculiarità delle comunità locali, gli inglesi svilupparono molteplici strategie e tecniche da impiegare a seconda delle specificità proprie della colonia. Strettamente connesso a questo aspetto fu poi il coinvolgimento diretto delle *élites* locali le quali operarono quali veri e propri mediatori tra l'autorità inglese e la popolazione nativa e contribuirono significativamente al successo dell'amministrazione britannica nelle colonie⁵.

³ A ciò si aggiunga che l'Impero britannico contava al suo interno un numero complessivo di sudditi che rappresentava un quinto della popolazione mondiale (cfr. P. BURROUGHS, *Imperial Institutions and the Government of Empire*, in A. LOW, A. PORTER, W. LOUIS (eds.), *The Oxford History of the British Empire*, Oxford, 2009, p. 171).

⁴ Sul punto cfr. P. BURROUGHS, *op. cit.*, p. 170, il quale afferma che «*At the core of Imperial administration, therefore, lay a continuous interplay between mother country and colonial communities, between centre and periphery, a series of essentially bilateral relationships which entailed constant negotiation rather than the imposition of rule and the acceptance of subjection*».

⁵ Come osservato da P. BURROUGHS, *op. cit.*, p. 179, senza la cooperazione delle *élites* locali i pochi di funzionari britannici non avrebbero mai potuto governare così tanti sudditi delle colonie; l'autore evidenzia anche che oltre alle *élites* locali in alcuni territori si fece ricorso anche ai

Tra le caratteristiche che ricorrevano generalmente in tutti i possedimenti coloniali vi era la creazione di una forma di governo interno basata su una struttura di potere piramidale. All'interno dei possedimenti britannici era possibile distinguere tra due diversi regimi di governo in base al periodo coloniale⁶: un primo regime era derivato dall'esperienza coloniale nel Nord America e si caratterizzava per una suddivisione del potere, in base alle rispettive competenze, tra governatore e assemblea legislativa⁷; un secondo regime, più autoritario, era invece stato sviluppato per amministrare i territori conquistati nella fase dell'imperialismo ottocentesco e si caratterizzava per la concentrazione del potere nella figura del Governatore il quale era affiancato da organi ausiliari che avevano generalmente mere funzioni di supporto.

La forma del governo coloniale trovava il proprio fondamento giuridico nelle *royal charters*⁸ (o anche *letters patent*) che rappresentavano il documento costituzionale della colonia e i cui contenuti venivano di volta in volta appositamente individuati per ciascun possedimento⁹. Inizialmente le *royal charters* costituivano l'atto formale attraverso cui la Corona concedeva ai propri sudditi (solitamente organizzati in compagnie commerciali) la facoltà di stabilirsi in territori stranieri al fine di sviluppare nuove reti di scambio ed incrementare il commercio britannico. Con tali carte il monarca concedeva altresì l'autorità ai coloni di istituire un governo locale, il cui massimo esponente doveva essere il governatore nella sua qualità di rappresentante della corona imperiale, e di creare un apparato di corti per amministrare la giustizia nel territorio. Le *royal charters* spesso erano composte da *royal commissions* che nominavano e autorizzavano il governatore a guidare il governo della colonia e da *royal instructions* che offrivano indicazioni precise al governatore su come esercitare la sua autorità. Nel periodo iniziale del colonialismo inglese il governatore riuniva in sé le

governanti locali, quali principi indiani, sultani malesi, o capi africani i quali così continuavano ad esercitare l'autorità "tradizionale" sotto il controllo inglese (p. 181).

⁶ Si ricorda, tuttavia, che non tutti i territori occupati dagli inglesi si costituivano *Crown colonies* ma tra questi vi erano anche meri protettorati.

⁷ Questo modello venne ad esempio adottato in Nuova Scozia (1758), nell'Isola del Principe Edoardo (1773) e, dopo il 1791, in Canada (cfr. P. BURROUGHS, *op. cit.*, p. 185).

⁸ Come ricordato da U. MATTEI, *op. cit.*, p. 250, le *charters* attribuivano alle compagnie coloniali uno *status* assimilabile a una personalità giuridica di diritto pubblico.

⁹ Cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, Brisbane, 2007, pp. 132 ss.

funzioni legislative, esecutive e giudiziarie; a partire dal XVII secolo, tuttavia, le costituzioni imperiali iniziarono a prevedere anche l'istituzione di assemblee legislative formate da membri eletti localmente con il compito di emanare leggi ed imporre tasse. Successivamente, in particolare dopo la conquista del Québec nel 1763, l'ampliamento dei territori dell'Impero comportò una diversificazione nelle forme di governo coloniali e conseguentemente anche le *royal charters* assunsero nuovi contenuti: nello specifico, in alcuni casi tali carte sostituirono all'assemblea legislativa rappresentativa un consiglio formato da funzionari nominati che affiancavano il governatore nell'amministrazione della colonia; in altri casi, invece, le *royal charters* concessero la possibilità per tale consiglio di essere composto sia da funzionari nominati sia da membri esterni direttamente eletti¹⁰.

È opportuno tuttavia ricordare che le *royal charters* erano espressione diretta del potere della Corona per cui, nonostante l'evidente autonomia delle colonie, l'autorità di amministrare il territorio imperiale rimaneva comunque una *royal prerogative* del monarca inglese. A tale scopo, infatti, al monarca era riservato il potere di nominare e rimuovere i governatori e i funzionari di più alto livello, di dare istruzioni al governatore per svolgere il suo incarico nonché di esaminare ed eventualmente censurare la legislazione emanata dalla colonia. Solo il Parlamento di Westminster poteva eventualmente sostituirsi alla Corona attraverso un proprio atto normativo.

Quanto ai tratti distintivi dei governi coloniali, l'elemento emblematico, tipico della struttura interna centralizzata, era rappresentato dal governatore il quale nell'amministrare la colonia disponeva di poteri pressoché illimitati. Anche a seguito del progressivo formarsi delle assemblee legislative locali, il suo ruolo di vertice non venne diminuito: infatti, egli non solo assunse la veste di capo dell'organo legislativo ma beneficiò anche di un ampio potere discrezionale di porre veto alle leggi approvate dall'assemblea. L'organo di governo della colonia si componeva, infine, di un consiglio esecutivo che coadiuvava l'attività del governatore e che era composto da funzionari nominati dalla madrepatria (nello

¹⁰ Cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., pp. 132-134.

specifico dal Board of Trade) su suggerimento del governatore stesso. Spesso il consiglio era direttamente (e necessariamente) coinvolto nel processo legislativo e, in tali casi, rivestiva una funzione di camera alta analoga a quella della House of Lords¹¹.

L'assemblea legislativa, solitamente istituita sul modello di Westminster, aveva invece un generale potere di legiferare «*for the peace, order and good government of the settlement*» con l'unico limite di non emanare leggi in contrasto con il diritto inglese; tale ampio potere venne poi sostanzialmente consacrato dal Colonial Laws Validity Act del 1865. In ogni caso la legislazione coloniale era sottoposta al vaglio da parte della madrepatria¹²; conseguenza del rigetto dell'atto normativo era la sua abrogazione dal momento della pronuncia di negata approvazione.

Per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia, nonostante le diverse denominazioni utilizzate per indicare le corti, la struttura dell'apparato giudiziario nelle colonie¹³ era essenzialmente modellata su quella inglese, rispetto all'organizzazione, alle funzioni e alle procedure impiegate¹⁴. Sebbene in alcuni territori fossero state istituite delle corti supreme locali, al vertice della struttura giudiziaria di tutte le colonie vi era il Privy Council, organo consultivo della Corona inglese, che nel 1833 costituì al suo interno un apposito Judicial Committee a cui vennero riconosciute le funzioni giurisdizionali in materia di ricorsi in ultima istanza avverso le decisioni delle corti coloniali. In virtù del principio dello *stare decisis* (operante in tutto l'Impero), le decisioni del Privy Council erano direttamente vincolati per tutti i giudici coloniali¹⁵. La scelta di porre al vertice un organo giurisdizionale con sede a Londra era evidentemente

¹¹ *Ibidem*, p. 138.

¹² Dal 1660 venne inserito in tutte le costituzioni coloniali l'obbligo di inviare gli atti legislativi alla Corona per la loro approvazione; cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., pp. 147 ss.

¹³ Per una descrizione dettagliata sulla suddivisione interna dell'organo giudiziario coloniale, cfr. T. O. ELIAS, *Colonial Courts and the Doctrine of Precedent*, in *The Modern Law Review*, 1955, pp. 356-370.

¹⁴ Sebbene inizialmente l'istituzione delle corti fosse ritenuta di competenza dell'assemblea locale, dal 1723 venne affermato che tale potere spettava esclusivamente alla Corona in forza delle sue prerogative reali.

¹⁵ Dubbi, invece, sussistevano sulla vincolatività delle altre pronunce delle corti inglesi anche se il Privy Council poteva renderle vincolanti utilizzandole come *rationes decidendi* delle proprie decisioni; sul punto cfr. T. O. ELIAS, *op. cit.*, pp. 356-370.

dettata dall'esigenza di garantire coesione e certezza nel sistema giuridico dell'Impero nonché dalla necessità di assicurare un meccanismo per riferire al re, in ultima istanza, le controversie sorte nelle colonie¹⁶. Accanto al sistema di corti istituito e gestito dall'amministrazione inglese, in un rilevante numero di colonie si registrava inoltre la presenza di un sistema autoctono di tribunali tradizionali che amministravano la giustizia secondo il diritto consuetudinario del luogo, nei limiti della compatibilità di quest'ultimo con il diritto vigente nella colonia¹⁷. I due ordini di corti erano separati e concorrenti nelle rispettive aree di competenza anche se spesso i due sistemi convergevano come, ad esempio, attraverso il meccanismo dell'appello che dava la possibilità ai giudici delle corti inferiori inglesi (solitamente le c.d. Magistrates' Court) di riesaminare le decisioni rese dai tribunali locali¹⁸.

In merito al diritto applicabile nelle colonie, il recepimento¹⁹ del diritto inglese fu dettato dal principio della non automatica estensione, per cui il suo ingresso nelle colonie fu un processo lento che avvenne secondo modalità e gradi diversi. Da una prospettiva generale, tuttavia, la complessiva esperienza coloniale di trasposizione del diritto inglese fu, specialmente nella prima fase, contrassegnata da un atteggiamento di sostanziale inerzia da parte delle istituzioni inglesi (Parlamento e Corona)²⁰ e da una diffusa politica del *laissez-faire*²¹. Nonostante ciò, sin dai primi stabilimenti e insediamenti nelle colonie americane,

¹⁶ Ciò si spiegava anche in virtù del fatto che il diritto inglese considerava la corona quale «*fountain of justice*» e la creazione delle corti e la nomina dei giudici costituiva una prerogativa reale (cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., p. 412).

¹⁷ Sul punto cfr. T. O. ELIAS, *op. cit.*, pp. 356-370.

¹⁸ Sul punto cfr. T. O. ELIAS, *op. cit.*, p. 358; l'autore rileva anche che sebbene molti tribunali tradizionali fossero già esistenti al momento dell'arrivo degli inglesi, un numero rilevante di tali tribunali venne, invece, istituito per volontà della stessa amministrazione britannica.

¹⁹ Il fenomeno di estensione del diritto inglese alle colonie è noto come recepimento, anche se spesso si è trattato di un trapianto ovvero di un'imposizione del diritto della madrepatria (cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., pp. 6-7).

²⁰ Come osservato da B. H. MCPHERSON, *How equity reached the colonies*, in *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, 2005, p. 102, è stato solo a partire dal 1900 che l'Impero inglese attuò una politica sistematica di estensione della legge inglese nei possedimenti coloniali.

²¹ In India, ad esempio, il recepimento del diritto inglese non fu mai espressamente previsto per cui la sua introduzione fu il risultato di una combinazione di *royal charters*, trattati e concessioni imperiali, atti del Parlamento inglese, legislazione locale e pronunce delle corti; in Malesia, invece, il diritto inglese venne dapprima recepito attraverso singole leggi locali e in seguito recepito nella sua totalità attraverso il Civil Law Enactment del 1937 che riconosce validità anche al *common law* e *equity* (cfr. B.H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., pp. 319-323).

la principale preoccupazione del potere britannico fu di trovare una giustificazione che legittimasse l'applicazione del diritto inglese ai territori concessi ai coloni. La principale teoria adottata fu quella che concepiva il diritto inglese quale “*natural birthright*” in forza del quale nel momento in cui il suddito inglese si trasferiva nel territorio straniero portava necessariamente con sé il diritto della madrepatria e la facoltà di applicarlo nel territorio²². In conseguenza di tale approccio, non solo il diritto inglese era considerato applicabile esclusivamente in forza di un atto intenzionale dei coloni ma alla Corona era altresì preclusa ogni possibilità di imporre leggi sui sudditi stabiliti nei territori stranieri. Questo atteggiamento trovava giustificazione nell'opinione diffusa per cui un suddito inglese non poteva essere sottoposto a regole emanate senza il suo consenso o quello di un'assemblea legislativa in cui era legittimamente rappresentato²³. Alla Corona, quindi, una volta accordato ai sudditi la concessione di occupare e governare il territorio straniero, non era più consentito imporre leggi che avessero effetti su questi. Unica autorità a cui spettava, invece, il potere illimitato di emanare leggi direttamente applicabili nei territori delle colonie era il Parlamento inglese il quale, tuttavia, utilizzò tale potere in rare occasioni²⁴.

Questa politica di prudente estensione del diritto inglese assunse, tuttavia, una connotazione parzialmente diversa in quei casi in cui la Corona si trovò a governare una consistente comunità locale di origine non britannica. A tal proposito, infatti, si è soliti distinguere tra “*settled colonies*”, acquisite per occupazione a seguito della migrazione di sudditi inglesi (come nel caso dell'America del Nord), e “*conquered or ceded colonies*”, acquisite a seguito di

²² Tuttavia la “*birthright doctrine*” è stata da molti criticata in quanto troppo generica per giustificare il recepimento del diritto inglese; sul punto cfr. B. H. MCPHERSON, *How Equity Reached the Colonies*, cit., pp. 103-104. In ogni caso la dottrina del diritto inglese come diritto naturale acquisito dalla nascita venne successivamente avvalorata da una pronuncia del Privy Council nel 1722 (*Anonymous* [1722] 2 P Wms 75; 24 ER 646).

²³ Tale principio, infatti, si applicava in Inghilterra e pertanto doveva essere rispettato anche nelle colonie; sul punto cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., p. 5.

²⁴ In virtù della posizione di supremazia del Parlamento inglese, gli *Acts of Parliament* costituivano fonte gerarchicamente superiore alla legislazione coloniale ed entravano in vigore immediatamente senza bisogno di alcun atto di recepimento. Al Parlamento inoltre spettava l'autorità di modificare o abrogare in qualsiasi momento sia la legislazione creata dall'assemblea coloniale sia la legislazione eventualmente creata attraverso l'esercizio delle prerogative reali nelle colonie conquistate. Sul ruolo del Parlamento inglese nelle colonie, cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., pp. 4 ss.

un atto di conquista o cessione²⁵. In queste ultime alla Corona, in forza dei privilegi reali (*royal prerogatives*), era concesso il potere di imporre alla popolazione locale il diritto inglese. Nelle *conquered colonies*, quindi, il monarca inglese disponeva dell'autorità di imporre tale diritto "at will", ossia attraverso una manifestazione espressa, solitamente contenuta al momento della costituzione della colonia nella *royal charters* ovvero in un momento successivo in un Order-in-Council promulgato *ad hoc*. In alcuni casi l'estensione del diritto della madrepatria poteva altresì avvenire indirettamente attraverso l'inserimento nelle *royal charters* di disposizioni che obbligavano le corti coloniali a giudicare secondo il diritto inglese. Anche in questi casi però l'esteso potere della Corona era sottoposto ad alcune limitazioni. In particolare, a seguito del caso *Calvin*²⁶ del 1608, il Privy Council, pur confermando l'autorità del monarca a imporre leggi sulle *conquered colonies*, stabilì che tale potere era sottoposto a un duplice limite temporale: da una parte, era limitato alla vita del sovrano che aveva conquistato il territorio e, dall'altra parte, era circoscritto alla generazione degli abitanti conquistati in quanto le successive generazioni, essendo automaticamente sudditi inglesi, dovevano beneficiare del divieto di essere sottoposti a leggi emanate senza il loro consenso o quello di un'assemblea legislativa in cui erano legittimamente rappresentati. Il successivo caso *Campbell v Hall* del 1774 restrinse ulteriormente tale prerogativa reale, affermando che il potere della Corona di imporre leggi persisteva solamente fino a quando la colonia non si dotava di un'assemblea legislativa. Queste pronunce, insieme alla circostanza che nella pratica il sovrano esercitò raramente il potere di imporre leggi alle colonie²⁷, portarono progressivamente a una distinzione sempre meno netta e dunque una assimilazione di *status* tra colonie acquisite per occupazione e colonie acquisite per conquista o cessione.

²⁵ Su questa distinzione cfr. W. CORNISH, M. LOBBAN, K. SMITH, *Empire's Law*, in W. CORNISH, J. S. ANDERSON, R. COCKS, M. LOBBAN, P. POLDEN, K. SMITH (eds.), *The Oxford History of the Laws of England: Volume XI: 1820–1914 English Legal System*, Oxford, 2010, pp. 238 ss.

²⁶ Sul questo caso cfr. B.H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., p. 13.

²⁷ Una ragione per cui la Corona avrebbe fatto uso limitato delle sue prerogative sarebbe dovuta alla circostanza che solitamente i governi locali favorivano forme di governo con più forte e marcato potere esecutivo rispetto al modello inglese (cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., p. 13).

L'estensione del diritto inglese ai territori coloniali era comunque sottoposta a precisi limiti temporali e applicativi. In primo luogo, l'esigenza di evitare conflitti tra il potere legislativo conferito all'assemblea locale e quello conferito al parlamento londinese comportò l'individuazione in ciascuna colonia di un termine temporale (detta *cut-off date*) a seguito del quale gli atti normativi del Parlamento inglese non trovavano applicazione automatica, salvo il caso di legislazione emanata *ad hoc* per la colonia. La *cut-off date* se non espressamente indicata, si presumeva fissata alla data dell'insediamento nella colonia ovvero alla data di costituzione dell'assemblea legislativa locale. In secondo luogo, il recepimento del diritto inglese era limitato da un punto di vista contenutistico poiché trovava applicazione solo nei limiti in cui non era incompatibile con le condizioni locali delle colonie e dei suoi abitanti. Ciò comportava in concreto che le disposizioni del diritto inglese ritenute non idonee a soddisfare le esigenze autoctone venivano modificate o abrogate²⁸.

Oltre all'estensione per volere della madrepatria, il recepimento del diritto inglese poteva verificarsi anche per volontà della stessa assemblea legislativa della colonia la quale poteva applicare tale fonte mediante la sua incorporazione nel diritto locale²⁹. Tuttavia, a differenza degli atti normativi estesi espressamente dal Parlamento, la legge inglese così recepita se emendata (o abrogata) dalla madrepatria necessitava di un pari atto del legislatore coloniale che recepisce i cambiamenti intervenuti.

Il diritto inglese di matrice giurisprudenziale ha, invece, seguito un processo di recepimento in parte diverso e più diretto. Infatti, ritenendo che il diritto inglese dovesse trovare applicazione nelle colonie nel suo insieme, le corti coloniali, chiamate a giudicare secondo diritto, erano tenute ad applicare e dunque a recepire i principi di *common law* e le regole di *equity* (anche se per

²⁸ Sulle eccezioni e i limiti al recepimento del diritto inglese cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., pp. 360 ss.

²⁹ Tale incorporazione poteva avvenire tramite il richiamo alla normativa inglese ovvero tramite il suo inserimento nella normativa locale già esistente ovvero anche tramite codificazione (come è avvenuto per il codice penale del Queensland del 1899); sul punto cfr. B. H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., p. 5.

quest'ultimo il processo di ricezione fu decisamente più lento³⁰). Il diritto giurisprudenziale era, al pari degli atti del Parlamento, sottoposto al limite dell'inapplicabilità per circostanze locali. Tuttavia, a differenza del diritto di matrice statutaria, il *common law* non era sottoposto ad alcuna *cut-off date*, ciò in ragione del fatto che elemento essenziale per la sopravvivenza di tale fonte era garantire la sua evoluzione attraverso il susseguirsi delle pronunce³¹.

Da ultimo, a conclusione della trattazione del diritto applicabile nelle colonie, occorre menzionare il diritto preesistente della popolazione locale. Per quest'ultimo valeva il principio secondo cui le leggi esistenti erano conservate fino a quando non modificate o abrogate dalla legislazione coloniale; ciò valeva anche nel caso del diritto straniero applicato nel territorio in forza di una precedente occupazione da parte di un altro paese colonizzatore europeo³². È interessante osservare che nonostante l'occupazione territoriale autorizzasse gli inglesi ad imporre e sostituire il proprio diritto a quello delle popolazioni locali, nella pratica ciò accadde assai raramente. Questo ebbe l'effetto di creare colonie in cui spesso coesistevano una pluralità di diritti, ossia quello inglese e quello dei nativi del territorio occupato o conquistato³³. Tali situazioni si perpetuarono sino al periodo della decolonizzazione in cui all'indipendenza delle colonie seguì sul piano giuridico la creazione di ordinamenti giuridici improntati all'affermazione

³⁰ Su questo aspetto cfr. B. H. MCPHERSON, *How Equity Reached the Colonies*, cit., pp. 102-111; l'autore sostiene che tra i motivi del lento processo di recepimento delle regole di *equity* vi è la circostanza che lo sviluppo dei principi di *equity* come riconoscibili ed autonomi dal *common law* risale solo alla fine del XVII secolo per cui la loro conoscibilità era assai limitata al di fuori dell'Inghilterra. I primi riconoscimenti dell'*equity* nelle colonie si riscontrano nelle isole delle Indie Occidentali e in alcune colonie americane, soprattutto del sud, in cui la giurisdizione di *equity* veniva esercitata dal governatore coloniale eventualmente coadiuvato dai membri dell'Executive Council.

³¹ Nel caso *Trimble v Hill* del 1879 il Privy Council affermò che la necessità di applicare anche nelle colonie le decisioni delle corti inglesi discendeva dalla circostanza che «*the utmost importance that in all parts of the empire where English law prevails, the interpretation of law should be as nearly as possible the same*»; sul punto e sui metodi di ricezione del diritto inglese cfr. B.H. MCPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, cit., pp. 326 ss.

³² Tuttavia come notato da T. O. ELIAS, *op. cit.*, p. 357, anche nei casi di precedente dominio occidentale l'amministrazione della giustizia venne adattata al modello inglese.

³³ A tal proposito cfr. J. R. SCHMIDHAUSER, *Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Post-Colonial Judicial Systems*, in *International Political Science Review*, 1992, pp. 321-334. L'autore osserva che la coesistenza piuttosto che la sostituzione dei sistemi giuridici delle popolazioni locali era anche connessa a ragioni di tipo economico dato che le mire colonialistiche avevano duramente colpito le risorse finanziarie delle potenze europee; in ogni caso, non mancarono forme di esercizio della superiorità dell'ordinamento del conquistatore e situazioni in cui il sistema giuridico indigeno venne completamente sradicato.

dell'identità nazionale ma profondamente ancorati al modello di *common law* inglese.

1.2 *Trapianto giuridico e lascito britannico: gli effetti della colonizzazione*

Del maestoso Impero inglese oggi rimane traccia visibile nel Commonwealth britannico, entità che, seppur priva di un preciso *status* a livello giuridico, è certa espressione del senso di appartenenza e di discendenza comune tra le *ex* colonie e la madrepatria. Accanto a questa associazione libera tra nazioni, uno dei lasciti più significativi dell'Impero rimane il modello di *common law*, i cui effetti di lungo periodo si sono manifestati attraverso gli elementi più tipici di quel modello a livello di sistema e di regole applicate. Secondo alcuni studi³⁴, l'imposizione del sistema di *common law* nei territori coloniali avrebbe anche conferito a tali insediamenti vantaggi competitivi di lungo periodo e che li avrebbero resi più propensi ad avere maggiore successo economico.

Tralasciando le valutazioni di carattere prettamente economico, è comunque innegabile che, all'interno dello sconfinato Impero inglese, il trapianto giuridico del sistema di *common law* abbia prodotto esiti di lungo termine apprezzabili a livello normativo ed istituzionale, che continuano a testimoniare, anche a seguito dell'indipendenza, quel passato coloniale che costituisce comune denominatore di realtà estremamente eterogenee tra loro. Come è agevole intuire, tali lasciti inglesi si sono tuttavia stabilizzati nei singoli sistemi post-coloniali

³⁴ Cfr. R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 2008, pp. 285-332. Questa teoria si fonda sull'assunto che, rispetto ai sistemi di *civil law*, il sistema di *common law* avrebbe caratteristiche intrinseche (quali la forte protezione degli investitori, l'enfasi posta sul mercato e l'indipendenza della magistratura) tali da consentire un maggiore sviluppo economico. Tuttavia tale conclusione è stata sottoposta a numerose critiche tra cui K. W. DAM, *Legal Institutions, Legal Origins, and Governance*, in *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 303*, 2006, disponibile al sito http://ssrn.com/abstract_id=932694, il quale rileva, da una parte, che numerosi paesi di *civil law* (sia paesi dell'Europa sia alcuni paesi in via di sviluppo) hanno realizzato una crescita economica superiore e, dall'altra parte, che altrettanti paesi di *common law* (soprattutto quelli del terzo mondo) hanno realizzato risultati economici assai limitati. Per un'analisi di tali posizioni, cfr. R. J. DANIELS, M. J. TREBILCOCK, L. D. CARSON, *The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 111-178.

secondo gradi diversi che variano largamente da un ordinamento all'altro; ciò è maggiormente evidente se si ricorda che il fenomeno della circolazione dei modelli è direttamente condizionato dal contesto istituzionale e culturale del paese ricettore del trapianto giuridico. Nell'ambito della colonizzazione, infatti, il paese ricevente spesso si presentava come una realtà assai distante da quella del *common law* sia per valori sia per tradizione giuridica: la combinazione di questi fattori ha così inevitabilmente comportato una non esatta corrispondenza tra il modello importato e quello concretizzato nel paese ricettore³⁵.

Diversi studi, tuttavia, hanno cercato di individuare quali fattori hanno favorito nel lungo periodo il radicamento maggiore o minore del *common law* nei territori coloniali. Un primo studio³⁶ ha preso in considerazione la capacità del diritto trapiantato di rispondere ai bisogni della popolazione nativa e ha misurato il successo del trapianto giuridico esaminando sia il grado in cui il paese ricevente ha adattato il diritto inglese alle condizioni locali, sia il grado di familiarità della popolazione nativa con i principi fondamentali provenienti dal *common law*. In generale, secondo tale approccio, maggiore è la capacità del sistema imposto di rispondere alle esigenze della comunità, maggiore è il successo a lungo termine del trapianto giuridico. In questo contesto, tuttavia, le condizioni preesistenti all'imposizione del modello inglese sono evidentemente di fondamentale importanza: è emblematico il caso dell'Africa in cui la presenza di un radicato e solido diritto tradizionale di origine consuetudinaria ha comportato una certa resistenza nel recepimento del modello di *common law*³⁷.

Secondo un differente approccio³⁸ la diversità dei risultati tra le *ex* colonie britanniche può essere spiegato se si considera non solo il processo di trapianto

³⁵ Sul punto cfr. U. MATTEI, *op. cit.*, pp. 251 ss.

³⁶ Questa è la teoria formulata da C. J. MILHAUPT, K. PISTOR, *Law & Capitalism: What corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World*, Chicago, 2008; tale teoria è sintetizzata e commentata in R. J. DANIELS, M. J. TREBILCOCK, L. D. CARSON, *op. cit.*, pp. 111-178.

³⁷ Cfr. U. MATTEI, *op. cit.*, p. 253, secondo cui, come dimostrano le esperienze del Nord America e dell'Australia, il modello di *common law* è destinato a costituire elemento prevalente del sistema giuridico solo «*in quei contesti ove la popolazione autoctona, ridotta in numero, viene completamente soppiantata dal flusso migratorio europeo*».

³⁸ Cfr. R. J. DANIELS, M. J. TREBILCOCK, L. D. CARSON, *op. cit.*, pp. 111-178; tale studio prende in esame otto diverse esperienze coloniali (Barbados, Jamaica, Botswana, Nigeria, Kenya, India, Burma e Singapore) e cerca di identificare l'efficacia del trapianto di *common law* attraverso la

del modello al momento della costituzione della colonia ma anche le scelte e le strategie perseguite dagli inglesi successivamente all'insediamento. Tale studio pone l'enfasi del successo del trapianto giuridico sulla valutazione dell'esperienza coloniale nel suo complesso piuttosto che esclusivamente sulle condizioni iniziali dei singoli territori colonizzati. In particolare, a livello giurisprudenziale, lo studio ha messo in luce che nei casi in cui l'amministrazione britannica ha posto in essere una proficua integrazione tra elementi del *common law* ed elementi della tradizione indigena, il trapianto giuridico ha favorito assetti istituzionali che hanno contribuito a creare condizioni favorevoli per sviluppo, quali ad esempio il forte radicamento della *rule of law*³⁹.

Dal complesso di questi studi è dunque possibile ricavare un'importante conclusione di massima. Come già rilevato, la consapevolezza di non poter estirpare completamente i sistemi giuridici locali ha comportato una tendenza all'integrazione e dunque alla coesistenza tra il sistema di *common law* inglese e il sistema preesistente (anche se a questo veniva comunque assegnato uno *status* secondario)⁴⁰. Questa interazione tra i due livelli ha dunque implicato, da una parte, un'evidente influenza in termini di predominanza del modello inglese nell'apparato giuridico-istituzionale delle colonie ma, dall'altra parte, ha implicato altresì un'evoluzione del diritto inglese, e in particolare del *common law*, che ha acquisito elementi di originalità direttamente dal contesto locale in cui operava. Questo aspetto è stato certamente facilitato dal fatto che il *common law* per sua natura ha la capacità, attraverso le pronunce delle corti, di adattarsi più agevolmente alle società in cui viene applicato. Peraltro nei casi di forte processo di integrazione si è altresì assistito alla creazione di nuovo diritto, distinto da quello inglese nonché da quello delle altre colonie, che ha a sua volta generato fenomeni di circolazione delle regole giuridiche⁴¹.

valutazione del livello di rappresentanza della popolazione locale nelle assemblee legislative coloniali e il grado di integrazione tra meccanismi di risoluzione delle liti a livello di *common law* inglese e a livello di tradizione indigena.

³⁹ Cfr. R. J. DANIELS, M. J. TREBILCOCK, L. D. CARSON, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁰ Un esempio di questa coesistenza è dato dalle colonie del sud-est asiatico nelle quali la cultura giuridica estremamente diversa da quella occidentale ma fortemente radicata nella società è stata comunque conservata dagli inglesi; cfr. J. R. SCHMIDHAUSER, *op. cit.*, pp. 332-333.

⁴¹ Un esempio di questo fenomeno è dato da D. C. DONALD, *History's Marks on Hong Kong Law: from British Colony, to Chinese SAR*, in *Working Paper (Chinese University of Hong Kong. Centre*

2. La fusione del sistema di *common law* con altri sistemi: il caso delle *mixed jurisdictions*

In alcuni contesti territoriali, spesso in conseguenza della colonizzazione britannica, il modello di *common law* e di *civil law* sono entrati in contatto creando situazioni di coesistenza dei due modelli che possono essere definite con il nome di sistemi c.d. misti⁴². La definizione di tali ordinamenti è, tuttora, oggetto di ampio dibattito in dottrina, ma dall'evoluzione degli studi in materia è possibile identificare due diverse concezioni⁴³: da una parte, la concezione classica, più restrittiva, individua le *mixed jurisdictions* come quei sistemi in cui elementi di *common law* e di *civil law* si sovrappongono ed interagiscono in un medesimo sistema⁴⁴; dall'altra parte, la concezione c.d. pluralista estende tale nozione a tutti quei sistemi in cui vi è la mera presenza o l'interazione di due o più modelli di diritto o di tradizioni giuridiche⁴⁵. Indipendentemente dalla

for Financial Regulation and Economic Development), n. 5, 2011, pp. 28-29; nello specifico, l'insufficienza del *common law* britannico ad offrire un'adeguata risposta al problema dell'abuso di potere della maggioranza azionaria di una società (dovuto alla circostanza di una quasi eccezionalità nel panorama societario inglese di società composte da grandi azionisti) ha portato le corti di Hong Kong a sviluppare una significativa giurisprudenza *ad hoc* come nel caso *Re PCCW Ltd* [2009] HKEC 798. Sulla circolazione delle decisioni della RAS si veda anche il caso *Albert Cheng and Lam Yuk Wah v Tse Wai Chun* [2000] HKCFA 35 che ha rappresenta un importante precedente anche per le altre giurisdizioni di *common law* in materia di "malice in fair comment" nei casi di diffamazione (cfr. B. Y T TAI, *Hong Kong – Maintaining a Common Law Legal System in a Non-Western Culture*, in E. A. BLACK, G. F. BELL (eds.), *Law and Legal Institutions of Asia Traditions, Adaptations and Innovations*, p. 63).

⁴² Generalmente tali sistemi vengono denominati *mixed jurisdiction* ovvero, più raramente, *mixed legal system*; sul punto W. Q.C. TETLEY, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified)*, in *Uniform Law Review*, 1999, pp. 877-908, precisa che *mixed legal system* è inteso come un sistema in cui il diritto vigente è derivato da una o più tradizioni o famiglie giuridiche e *mixed jurisdiction* è inteso come paese, o regione all'interno di questo, in cui prevale un sistema di tipo misto. L'origine dell'espressione *mixed jurisdiction* è fatta risalire a T. B. Smith che introdusse per la prima volta il termine nel titolo di un proprio saggio nel 1963.

⁴³ Sul punto cfr. V. V. PALMER, *Two Rival Theories of Mixed Legal Systems*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 1- 28, disponibile al sito <http://www.ejcl.org>.

⁴⁴ Tale è la definizione data da of F.P. Walton il quale sostiene che «*mixed jurisdictions are legal systems in which the Romano-Germanic tradition has become suffused to some degree by Anglo-American law*» (cfr. V. V. PALMER, *Mixed Legal Systems - The Origin of the Species*, in *The Tulane European and Civil Law Forum*, 2013, pp. 102-103).

⁴⁵ Ad esempio il gruppo di ricerca JuriGlobe dell'Università dell'Ottawa ha definito e classificato i *mixed systems* come «*political entities where two or more systems apply cumulatively or interactively, but also entities where there is a juxtaposition of systems as a result of more or less clearly defined fields of application*»; tale studio, i cui risultati sono disponibili al sito <http://www.juriglobe.ca>, ha individuato undici categorie di sistemi misti a seconda della combinazione di due o più sistemi di diritto di riferimento indicati (ossia *civil law*, *common law*,

concezione a cui si aderisce, tra i sistemi misti sussistono vari gradi di “ibridismo” che sono il frutto delle diverse stratificazioni ed influenze delle culture giuridiche succedutesi nel corso dell’evoluzione di un ordinamento⁴⁶.

Da un punto di vista storico, in epoca moderna, le *mixed jurisdictions* devono la loro costituzione ad accadimenti storici assai differenti tra loro⁴⁷. Una prima ipotesi di creazione del modello misto è dovuta all’estensione indiretta del diritto di un diverso sistema; questo è stato il caso della Scozia che nel 1707 con l’Act of Union si è unificata con la Corona d’Inghilterra, acquisendo così nel proprio sistema anche il *common law* inglese⁴⁸, ovvero del Botswana e dello Zimbabwe che si qualificano sistemi misti per aver semplicemente recepito il diritto del Sud Africa, ordinamento già a sistema misto. Una seconda ipotesi ha riguardato quegli ordinamenti in cui gli elementi di *common law* ovvero di *civil law* sono stati introdotti volontariamente attraverso atti di recepimento interno; questo è stato il caso di Israele in cui il diritto di matrice di *civil law* è stato progressivamente immesso nell’ordinamento dallo stesso legislatore nazionale. Infine, la modalità più diffusa di formazione di un sistema misto è stata attraverso l’imposizione del modello di *common law* avvenuta per il susseguirsi di domini coloniali sul medesimo territorio; tra i casi più noti si ricorda il Québec, ceduto dalla Francia all’Inghilterra nel 1763, la Louisiana, venduta dalla Francia agli Stati Uniti nel 1803, e il Sud Africa, occupato dagli olandesi e poi conquistato dagli inglesi nel 1806⁴⁹. In tutti questi ordinamenti, prima del trasferimento di

diritto consuetudinario, diritto musulmano e diritto ebraico). Sul punto cfr. V. V. PALMER, *Two Rival Theories of Mixed Legal Systems*, cit., p. 18, in cui si sostiene che anche l’ordinamento inglese, a seguito dell’influenza esercitata dal diritto dell’Unione Europea, può essere definito a sistema misto, al pari della stessa Unione Europea che costituirebbe un sistema misto sovranazionale.

⁴⁶ Cfr. E. ÖRÜCÜ, *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 1-18, disponibile al sito <http://www.ejcl.org>; è, in ogni caso, opportuno ricordare che ciascun ordinamento può essere visto e analizzato come un insieme di “contaminazioni” e “prestiti” di altri sistemi giuridici.

⁴⁷ Per una ricostruzione storica sulla nascita delle *mixed jurisdictions*, cfr. V. V. PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide*, cit., pp. 25 ss., la quale suddivide la nascita dei sistemi misti in base a quattro momenti storici (ossia il colonialismo, l’estensione della *law of Cape* ai territori inglesi in Africa, l’Act of Union del 1707 e il periodo post-indipendenza di Israele).

⁴⁸ Conseguentemente all’unificazione delle due corone, la Scozia si trovò a condividere con l’Inghilterra il diritto pubblico e le istituzioni pubbliche mentre i rispettivi sistemi normativi privatistici continuarono a rimanere separati (cfr. V. V. PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide*, cit., pp. 37-38).

⁴⁹ Altri esempi sono Malta, le Filippine, Puerto Rico e Sri Lanka.

sovranità agli inglesi, il diritto vigente era di evidente ispirazione romanistica e, nello specifico, dell'Europa continentale; tale diritto, a seguito della cessione di dominio, venne conservato solo per gli aspetti inerenti il diritto privato mentre venne integralmente sostituito dal diritto inglese per gli aspetti inerenti il diritto pubblico, compresa l'organizzazione istituzionale del territorio.

La scelta di mantenere il sistema di *civil law* preesistente nei possedimenti di origine coloniale si giustificava in forza di ragioni di opportunità dettate dalle circostanze locali in cui si insediava il nuovo modello di *common law*. Infatti, quasi tutte queste colonie le regole di *civil law* erano ben radicate nel tessuto sociale. A ciò si aggiungeva che tali insediamenti erano quasi sempre composti da una maggioranza di popolazione di estrazione europea, non anglofona e spesso appartenente ai ceti sociali più alti, per cui l'imposizione di un diritto di *common law* avrebbe comportato non solo una oggettiva difficoltà per la popolazione locale a conoscere e comprendere tale apparato di regole introdotte coartatamente ma anche una rilevante resistenza da parte delle *élite* locali⁵⁰.

Da una prospettiva generale, il processo di imposizione del modello anglo-americano è solitamente avvenuto in due fasi principali. Una prima fase, riguardava l'instaurazione del modello di *common law* nel territorio, attraverso l'istituzione di un apparato amministrativo, esecutivo e giudiziario di stampo inglese; tale processo, alle volte, era seguito da reazioni ostili da parte della comunità locale che percepiva il nuovo modello come estraneo⁵¹. Una seconda fase, comportava l'assimilazione del *common law* al preesistente *civil law* sino a giungere alla creazione di un nuovo modello ibrido. In quasi tutti i sistemi misti l'assimilazione del *common law* è stata così profonda da portare ad una c.d. fase di secondo recepimento in cui, attraverso soprattutto l'intervento della

⁵⁰ Questa è la ragione per cui in altri territori, pur essendo presenti elementi di *civil law*, il subingresso della Corona britannica ha comportato l'applicazione *in toto* del diritto inglese (ciò è avvenuto, ad esempio, a New York in cui la popolazione olandese era notevolmente inferiore a quella anglofona per cui il diritto olandese venne totalmente abrogato e sostituito da quello inglese); su questo punto cfr. V. V. PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide*, cit., p. 26.

⁵¹ Ciò è, ad esempio, avvenuto in Québec in cui gli inglesi sostituirono il diritto francese preesistente con il diritto della madrepatria ma a seguito di forti resistenze da parte della popolazione locale, che si tradussero anche in forme di boicottaggio della giustizia, il diritto privato di matrice *civil law* (e, nello specifico, basato sui *cotûme de Paris*) venne reintrodotta con il Quebec Act del 1774 (cfr. V. V. PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide*, cit., pp. 30-31).

giurisprudenza locale, il diritto inglese (o americano) si è gradualmente esteso in settori del diritto privato precedentemente occupati dal diritto di matrice romanistica.

In base ai caratteri e al grado di assimilazione e integrazione tra i due modelli è possibile identificare varie tipologie di sistemi misti. Così è possibile distinguere tra ordinamenti in cui la compresenza di elementi riguarda l'intero sistema (come per il Sud Africa) ovvero ordinamenti in cui la compresenza di elementi è rinvenibile solo in alcune regioni (come per il Québec). Inoltre, è possibile distinguere tra ordinamenti originariamente di *civil law* in cui il *common law* si è imposto come modello dominante e ha circoscritto l'applicazione del primo solo ad aspetti di carattere privatistico (come il caso della Louisiana), e, sebbene più raramente, ordinamenti originariamente di *common law* in cui si sono progressivamente inseriti elementi di *civil law* (come il caso di Israele e del Camerun il quale, peraltro, rappresenta uno dei pochi ordinamenti in cui il *common law* è praticato in una parte minoritaria del paese mentre l'ordinamento prevalente è di matrice di *civil law*)⁵².

Distinzioni a parte, i sistemi misti possono essere altresì identificati per alcuni caratteri specifici che li accomunano. Tra i principali vi è la distinzione tra diritto pubblico di origine di *common law* e diritto privato di origine di *civil law* che può assumere la forma di diritto codificato ovvero non codificato (come in Scozia). Tuttavia, anche a seguito della seconda recezione, il diritto privato è stato sottoposto ad una marcata influenza del diritto inglese soprattutto nei settori del diritto commerciale⁵³. Un ulteriore aspetto comune alle *mixed jurisdictions*

⁵² Un'altra importante distinzione è fatta da E. ÖRÜCÜ, *Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search*, in E. ÖRÜCÜ, E. ATTWOOLL, S. COYLE (ed.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, 1996, pp. 335 ss., che ha suddiviso le *mixed jurisdictions* in quattro tipologie: sistemi misti, come la Scozia, in cui gli elementi del sistema giuridico sono storicamente distinti ma le istituzioni giuridiche sono uniche; sistemi misti, come l'Algeria, in cui gli elementi del sistema giuridico e delle istituzioni sono distinti e riflettono le differenze sia giuridico-culturali; sistemi misti, come lo Zimbabwe, dove sussiste un effettivo dualismo o pluralismo giuridico che richiede norme di conflitto interne; sistemi, come l'Olanda, dove le tradizioni giuridiche si sono amalgamate per affinità giuridico-culturale, ovvero sistemi, come la Turchia, dove la fusione delle tradizioni è avvenuta per imposizione da parte di una potenza coloniale o di una *élite* nazionale che ha eliminato gli usi locali e li ha sostituiti con elementi di un sistema giuridico di un'altra tradizione.

⁵³ Diversamente il diritto di proprietà è rimasto saldamente ancorato ai principi di *civil law* mentre numerose influenze del *common law* si sono verificate in materia di fatto illecito. Sulle influenze

riguarda la lingua del diritto: infatti, in quasi tutti gli ordinamenti misti si individuano problematiche significative inerenti alla trasposizione in una o più lingue di concetti giuridici afferenti a sistemi diversi. L'aspetto linguistico, inoltre, è altresì rilevante ai fini della conservazione del carattere misto del sistema, in particolare degli elementi di *civil law*: come è stato, infatti, osservato i sistemi misti in cui sono presenti due lingue riconosciute ufficiali, di cui una associata con il mondo di *civil law*, sono più propensi a preservare la dualità del sistema giuridico⁵⁴. Ad esempio, in Québec la presenza del francese quale lingua ufficiale ha consentito una maggiore conservazione dei canoni di diritto privato di derivazione continentale⁵⁵. Al contrario, in Louisiana il declino della lingua francese, sostituita dall'inglese per volontà del Congresso degli Stati Uniti, ha comportato evidenti le difficoltà a mantenere i caratteri tipici dell'ordinamento di *civil law*.

3. Diritto e lingua. L'incidenza delle problematiche linguistiche negli ordinamenti plurilingue: l'apporto della comparazione

Le esperienze delle *mixed jurisdictions* e degli ordinamenti in cui vige il bilinguismo o il multilinguismo giuridico mettono in luce la fondamentale relazione che lega il mondo delle regole giuridiche al linguaggio. Infatti, come il linguaggio ordinario, lo sviluppo della lingua del diritto è strettamente connesso all'evoluzione storica e alla tradizione giuridica di ciascun ordinamento per cui

del *common law* sul diritto privato, cfr. K. KIM, *Mixed Systems in Legal Origins Analysis*, in *Southern California Law Review*, 2010, pp. 693-729.

⁵⁴ Cfr. W. Q.C. TETLEY, *op. cit.*, pp. 877-908; secondo l'autore altri due fattori che contribuiscono alla conservazione dei caratteri di *civil law* sono un organo legislativo indipendente e un sistema di corti separate.

⁵⁵ È interessante notare che a partire dal 2001 il Canada ha promulgato tre diversi atti intitolati Federal Law-Civil Law Harmonization Act il cui scopo è armonizzare il diritto federale con il *civil law* del Québec «in order to ensure that each language version takes into account the common law and the civil law» (cfr. http://laws.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2001_4/page-1.html).

ogni sistema ha una propria ed unica lingua con cui si esprimono i giuristi⁵⁶. Nelle *mixed jurisdictions* è assai frequente riscontrare la formazione di ordinamenti definiti a bilinguismo (o multilinguismo) giuridico in cui due (o più) lingue vengono considerate ufficiali all'interno del medesimo ordinamento. L'ufficialità delle lingue comporta, in concreto, che il diritto deve trovare espressione in forma equivalente in entrambi gli idiomi: ciò significa non solo un obbligo per il legislatore di creare due (o più) versioni linguistiche autentiche dei testi normativi⁵⁷ ma anche la possibilità per i consociati di utilizzare indifferentemente le lingue ufficiali in tutte quelle situazioni in cui è coinvolto il mondo del diritto (dai rapporti con la pubblica amministrazione alle aule di giustizia). In questi ordinamenti il rapporto tra lingua e diritto è dunque regolato da complessi equilibri poiché il vocabolario giuridico assume il suo significato solo all'interno di un determinato ordinamento di appartenenza⁵⁸. Pertanto, sviluppare una nomenclatura giuridica in due (o più) lingue che abbia valore e significato paritetico significa, nel caso dei sistemi misti, ricercare per ciascun termine giuridico l'equivalente concettuale in entrambe le tradizioni giuridiche. Su questo aspetto, è emblematico il caso del Canada in cui la convivenza di *civil law* e *common law* associata alla presenza di due lingue ufficiali, il francese e l'inglese, ha comportato la trasposizione e la formazione della c.d. *common law en français*⁵⁹. L'esperienza canadese è altresì diventata un modello di riferimento per

⁵⁶ Sulle peculiarità della lingua del diritto cfr. A. BELVEDERE, voce *Linguaggio giuridico (Aggiornamento)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000.

⁵⁷ Come, infatti, osservato da R. A. MACDONALD, *Legal Bilingualism*, in *McGill Law Journal*, 1997, pp. 128-129, «*Legal bilingualism presupposes finding a method for reading and interpreting these legal materials that recognizes their equal authority [...] and that, in Canada, necessarily draws on both English- and French-language versions. Without such a methodology, the promise of legal bilingualism risks being transformed into a practice of de facto legal dualism, that is, the pretence that Canadian law can be completely understood by referring to only one of the two official texts*».

⁵⁸ Cfr. V. JACOMETTI, voce *Lingua del diritto e linguaggi specialistici*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2013, secondo cui «*i termini giuridici hanno un significato solo nell'ambito di un sistema giuridico e influenzano il significato di qualsiasi altra parola utilizzata in correlazione con un termine giuridico*».

⁵⁹ Attualmente il Canada è composto da sei province di *common law* inglese, tre province bilingue di *common law* e una provincia bilingue di *civil law*; il bilinguismo giuridico è costituzionalmente garantito dalla sezione 133 del Constitution Act del 1867 (che dispone l'obbligo per il parlamento di emanare leggi in inglese e francese) ed è stato successivamente riaffermato ed esteso dalla Official Languages Act e dalla Canadian Charter of Rights and Freedoms. Per un'analisi sul bilinguismo giuridico in Canada cfr. M. BASTARACHE, *Bilingual Interpretation Rules as a*

altri ordinamenti che si trovano ad affrontare situazioni linguistiche analoghe e ha largamente contribuito a sviluppare un dibattito sulle problematiche e sulle insidie che deve affrontare il giurista che opera in contesti plurilingue. Peraltro, la rilevanza del dibattito è maggiore se si considera che il discorso sulle problematiche di trasposizione di concetti giuridici da un ordinamento all'altro non è limitato ai paesi plurilingue ma può essere esteso anche a ordinamenti che condividono la medesima lingua: così, ad esempio, il *domicile* britannico e il *domicile* americano non indicano il medesimo concetto. Inoltre, con specifico riferimento all'inglese giuridico, si rileva che già da tempo la dottrina ha messo in luce l'esistenza di una pluralità di "World Englishes" e posto l'accento sulle conseguenze dell'utilizzo dell'inglese come lingua franca del diritto⁶⁰.

In questo dibattito sulla dinamicità della lingua del diritto come fenomeno legato alla storia e alla cultura giuridica di ciascun ordinamento, un contributo rilevante è dato dalla comparazione giuridica⁶¹: il comparatista, infatti, attraverso lo studio dei sistemi giuridici è costantemente chiamato a fare chiarezza sul significato di un determinato termine o istituto giuridico straniero. Una delle questioni principali che si trova ad affrontare la comparazione giuridica è proprio quella della traduzione di termini del diritto⁶². Come già accennato, tale tipo di operazione consiste nel trovare un'espressione adeguata che possa rendere il

Component of Language Rights in Canada, in P. M. TIERSMAN, L. M. SOLAN (ed.) *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012, pp. 159-174, e per uno studio sulle tecniche di redazione di testi bilingue impiegate dal legislatore canadese cfr. L. A. LEVERT, *Bilingual and Bijural Legislative Drafting: To Be or not to Be?*, in *Statute Law Review*, 2004, pp. 151-164.

⁶⁰ Sul punto cfr. B. POZZO, voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2013, pp. 706-731.

⁶¹ Sul tema cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *op. cit.*, pp. 7-10, nonché J. ENBERG, *Comparative law for translation: The key to successful mediation between legal systems*, in A. BORJA ALBI, F. PRIETO RAMOS (eds.) *Legal Translation in Context – Professional Issues and Prospects*, Oxford et al., 2013, pp. 9-25.

⁶² Cfr. R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000, il quale afferma precisamente che «La traduzione consta della ricerca del significato della frase da tradurre, e della ricerca della frase adatta per esprimere quel significato nella lingua della traduzione. La prima operazione spetta al giurista. La seconda spetta anch'essa al giurista. L'insieme delle due operazioni spetta al comparatista, unico competente a decidere se due idee, tratte da sistemi giuridici diversi, corrispondono l'una all'altra; e se una differenza di norme sfocia in una differenza di concetti». Un'occasione importante per affinare gli strumenti dell'analisi comparatistica sul tema della lingua del diritto è stata offerta dal diritto europeo; cfr., fra gli altri, G. A. BENACCHIO, B. PASA, *A common law for Europe*, Budapest-New York, 2005, pp. 82 ss., e E. IORIATTI, *Draft common frame of reference and terminology*, in A. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI (a cura di), *A factual assessment of the draft common frame of reference*, München, 2011, pp. 343-360.

concetto giuridico retrostante al termine da tradurre⁶³. In questa ricerca di equivalenza terminologica l'apporto della comparazione alla traduzione giuridica appare quindi decisivo: è, infatti, il comparatista che può individuare il c.d. genotipo concettuale del termine giuridico e cercare le opportune associazioni con termini giuridici di altri ordinamenti che condividono lo stesso genotipo⁶⁴. Proprio poiché lo scopo dello studio comparatistico è di mettere in luce i processi che hanno caratterizzato l'evoluzione della cultura giuridica di un determinato ordinamento e le eventuali stratificazioni di significati che hanno riguardato un certo concetto giuridico, il comparatista ha nel suo *background* gli strumenti necessari per identificare la corrispondenza di significati tra concetti appartenenti a diversi sistemi giuridici⁶⁵.

Il tema della traduzione giuridica, infine, può essere esteso fino a ricomprendere discorsi di carattere ancora più generale e costituire il punto di partenza per analizzare il fenomeno della circolazione dei modelli giuridici⁶⁶. Infatti, il processo di trapianto giuridico, soprattutto quando avviene per prestigio, coinvolge in modo rilevante anche un aspetto di traduzione del diritto dell'ordinamento preso a riferimento: attraverso l'opera di trasposizione linguistica i concetti del diritto straniero vengono così immessi ed assimilati nel sistema giuridico del paese ricevente⁶⁷. Parte della dottrina ha altresì sostenuto

⁶³ Quando questa corrispondenza non è rinvenibile l'unica soluzione è quella di non tradurre (cfr. R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, cit.).

⁶⁴ Sul punto cfr. R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, cit. e R. SACCO, *Lingua e Diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2000, pp. 117-134, in cui si sottolinea che mentre il fenotipo viene analizzato all'interno di ciascun ordinamento, il genotipo riguarda più esperienze e culture giuridiche; esempio emblematico è la traduzione di *contrat* e *contract* i quali, seppure identificano nozioni di contratto distinte tra loro, a livello di genotipo condividono l'elemento dell'accordo e dello scambio. Il comparatista, quindi, partendo da un livello di astrazione più elevato può analizzare il genotipo e impiegarlo nella traduzione. Sul valore del diritto comparato nel processo di traduzione giuridica, cfr. anche G. R. DE GROOT, *Legal Translation*, in J.M. SMITS (ed.) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Northampton, 2008, pp. 423 ss., in cui si afferma «Through comparative law, the translator of legal terminology needs to find an equivalent in the target language legal system for the term of the source language legal system».

⁶⁵ Cfr. B. POZZO, voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2013.

⁶⁶ Come sottolineato da B. POZZO, *op. cit.*, «La circolazione dei modelli giuridici attraverso le loro traduzioni è un fenomeno suggestivo ed importante per comprendere le motivazioni, le problematiche e le dinamiche sottostanti, che appare prodromico a quello della traduzione giuridica in quanto tale, e che ci aiuta a comprendere le varie stratificazioni che si sono avute, nel corso del tempo, all'interno del vocabolario di un unico ordinamento».

⁶⁷ Cfr. L. WANG, *Legal Transplant and Cultural Transfer: The Legal Translation in Hong Kong*, in *Across Languages and Cultures*, 2010, pp. 83-91, che distingue tra trapianti giuridici conseguenti

che, rispetto al trapianto per imposizione giuridica, questa forma di circolazione del modello (che spesso comporta una traduzione consistente non solo di regole ma anche di giurisprudenza ed opere dottrinali) ha altresì il fondamentale vantaggio di trasmettere la cultura giuridica straniera nella lingua e nella cultura di destinazione⁶⁸.

all'imposizione giuridica a livello socio-politico e trapianti giuridici conseguenti alla traduzione giuridica a livello socio-linguistico; esempi di trapianto giuridico attraverso la traduzione sono rinvenibili in Giappone e, successivamente, in Cina, paesi nei quali il recepimento del diritto di matrice occidentale è intervenuto anche attraverso la traduzione dei codici europei.

⁶⁸ Cfr. L. WANG, *op. cit.*, p. 87.

CAPITOLO SECONDO

IL *COMMON LAW* DI HONG KONG SOTTO IL DOMINIO BRITANNICO

—

1. La nascita del *common law* a Hong Kong. Dall'Impero cinese all'Impero britannico: il periodo coloniale

1.1 *La costituzione della Crown Colony*

Prima di diventare una colonia inglese Hong Kong, parte dell'Impero cinese a partire dalla dinastia Han¹, era un territorio formato da pochi villaggi i cui abitanti si dedicavano principalmente alla pesca. Questa remota isola nel Mar Cinese Meridionale, quasi sconosciuta agli occhi degli occidentali e degli stessi cinesi, si è trovata ad essere teatro di scontri (nonché incontri) tra la civiltà occidentale, rappresentata dalle potenze provenienti dall'Europa, e quella orientale, rappresentata dal millenario Impero cinese, che hanno condotto, dopo un secolo e mezzo di dominio britannico, a trasformare Hong Kong in uno dei centri finanziari più importanti del sud-est asiatico, fulcro vibrante di scambi commerciali e investimenti provenienti da tutto il mondo.

¹ Il territorio, inizialmente insediato dalle tribù dei Cento Yue, fu poi conquistato nel 111 A.C. dall'imperatore Wu Di della dinastia Han (cfr. J. M. CARROL, *A Concise History of Hong Kong*, Hong Kong, 2007, p. 9).

L'ingresso di Hong Kong nell'imponente Impero britannico fu frutto di una serie di coincidenze². Infatti, gli inglesi quando arrivarono in Cina non miravano a colonizzare il territorio dell'Impero cinese come avevano fatto in altri territori asiatici, a partire dall'India. L'obiettivo principale che essi si ponevano era, invece, di espandere il commercio e creare una rete di liberi scambi con l'Impero celeste³. In parte questo obiettivo fu inizialmente raggiunto e tra il XVII e il XIX secolo gli scambi commerciali tra Gran Bretagna e Cina conobbero una crescita esponenziale tanto che nel corso dell'Ottocento l'Impero cinese divenne il quarto maggiore partner commerciale della Gran Bretagna: sotto il monopolio della Compagnia delle Indie Orientali merce pregiata quale tè, seta e porcellana veniva importata dalla Cina in Inghilterra generando alti profitti per i mercanti inglesi e il governo britannico⁴. Gli scambi commerciali tuttavia erano circoscritti alla sola città portuale di Canton (l'attuale Guangzhou) nel sud della Cina e il commercio, sottoposto a numerose restrizioni, poteva esclusivamente essere svolto con i *cohongs*, commercianti cinesi autorizzati a trattare con gli stranieri.

Per lungo tempo le relazioni commerciali con l'Impero celeste furono condotte in una prospettiva unidirezionale: infatti, se gli inglesi si rivelarono assidui consumatori dei prodotti provenienti dall'oriente, l'atteggiamento dei cinesi nei confronti delle merci provenienti dall'occidente fu diametralmente opposto. Questa situazione si perpetuò sino a quando gli inglesi introdussero nel mercato cinese l'oppio⁵, sostanza prodotta nelle sconfinite piantagioni di papaveri della vicina India.

² Per una dettagliata ricostruzione della storia di Hong Kong si veda S. TSANG, *A Modern History of Hong Kong*, Hong Kong, 2004.

³ Come sottolineato da C. MUNN, in *Anglo-China: Chinese People and British Rule in Hong Kong, 1841-1880*, Hong Kong, 2001, p. 33, la funzione principale che gli inglesi affidarono a Hong Kong era quella di servire come «*depot for two semi-monopolistic and still technically illegal enterprises: the importation of opium into China and the traffic in labourers out of China*».

⁴ Per meglio comprendere la valenza di tali scambi commerciali, si consideri che le entrate provenienti dalle tasse sulle merci importate dalla Cina costituivano un considerevole guadagno per il governo britannico tanto che nei quattro anni precedenti alla prima guerra dell'oppio costituivano il 16% dei dazi doganali imposti e il loro ammontare consentiva di supportare l'83% dei costi per mantenere la Royal Navy (cfr. S. TSANG, *op. cit.*, p. 6).

⁵ Il commercio dell'oppio riuscì ad espandersi fortemente nonostante questa sostanza fosse considerata illegale in Cina: infatti, dal 1729 furono emanati diversi editti imperiali volti a proibire il commercio e il consumo di questa sostanza. Sul commercio dell'oppio in Cina, cfr. S. TSANG, *op. cit.*, pp. 5 ss.

Intorno al commercio dell'oppio, che divenne rapidamente un'enorme fonte di guadagno per l'Impero britannico e causa di notevoli problematiche a livello sociale ed economico per l'Impero celeste, si concentrarono le ragioni di una crisi anglo-cinese che andava da tempo montando anche sul fronte diplomatico.

Le relazioni tra i due imperi si spezzarono definitivamente quando nel 1839 l'ufficiale Lin Zexu si insediò a Canton con l'obbiettivo di porre fine al commercio dell'oppio. A seguito del mancato ottemperamento all'ordine di cessare la vendita della sostanza stupefacente, Lin Zexu confinò i mercanti inglesi nelle loro fabbriche e magazzini confiscando le scorte di oppio che vennero poi bruciate in pubblico. La reazione dura degli inglesi, finalizzata principalmente a tutelare gli interessi commerciali dei mercanti della madrepatria, portò all'inizio della prima guerra dell'oppio che vide nell'arco di poco tempo soccombere l'Impero cinese di fronte alla potenza nettamente superiore della forza navale britannica.

Durante lo scontro bellico gli inglesi tentarono di raggiungere un accordo con l'Impero cinese attraverso la Convenzione di Chuenpi in base alla quale la Cina doveva impegnarsi a cedere permanentemente l'isola di Hong Kong, pagare una cospicua indennità di guerra e condurre le relazioni ufficiali tra i due imperi a condizioni di parità. Nel 1841 gli inglesi, sulla base dell'accordo di Chuenpi, mai ratificato dalla Cina, presero quindi possesso dell'isola di Hong Kong proclamando la città porto libero⁶. A seguito di tale evento Hong Kong si trovò così a servire per lungo tempo gli interessi militari, diplomatici e commerciali degli inglesi.

Essendo entrambi gli imperi rimasti insoddisfatti dalla Convenzione di Chuenpi, le ostilità continuarono sino al 29 agosto 1842 quando venne firmato il Trattato di Nanchino⁷, il primo della lunga serie di "trattati ineguali" che la Cina

⁶ Cfr. S. TSANG, *op. cit.*, pp. 5 ss.

⁷ Il Trattato di Nanchino prevedeva condizioni molto onerose per l'Impero cinese ossia il pagamento di una consistente indennità di guerra, la cessione perpetua dell'isola di Hong Kong, l'apertura al commercio estero di ulteriori cinque porti insieme alla possibilità per i mercanti inglesi di concludere liberamente scambi con chiunque, l'applicazione nei porti di tariffe doganali fisse concordate tra gli inglesi e il governo Qing nonché il diritto degli inglesi di insediare nei porti i propri consoli ai quali spettava il potere di interloquire con le autorità cinesi. Il Trattato peraltro

fu costretta a stipulare con le potenze occidentali a partire dalla seconda metà dell'Ottocento⁸. Il Trattato di Nanchino, oltre a formalizzare all'art. 3 la cessione dell'isola di Hong Kong, introdusse la clausola di extra territorialità attraverso la quale si garantiva ai cittadini britannici di essere sottoposti sul territorio cinese al diritto della madrepatria ed essere giudicati da corti inglesi.

Nonostante le ampie concessioni ottenute con il Trattato di Nanchino, le aspettative britanniche di incrementare il volume degli scambi non si realizzarono nel breve termine; il porto di Hong Kong si rivelò comunque sin dall'inizio luogo strategico per gli obiettivi commerciali inglesi: infatti, alla fine del XIX secolo più del 50% delle importazioni della Cina e il 37% delle sue esportazioni transitava per il porto della colonia. Con il crescere dell'insoddisfazione degli inglesi per il mancato raggiungimento dei risultati economici che si erano prefissati, si fecero sempre più pressanti le richieste della classe dirigente inglese di revisionare il Trattato di Nanchino. Non essendo prevista dal trattato stesso alcuna clausola di revisione ed essendo le relazioni diplomatiche tra i due imperi rimaste problematiche (infatti, agli inglesi era ancora negata la possibilità di avere propri rappresentanti alla corte imperiale di Pechino), gli inglesi colsero l'occasione per rinegoziare le condizioni del trattato a seguito di un nuovo scontro bellico (la c.d. seconda guerra dell'oppio)⁹, terminato nel 1860 con la firma del Trattato di Tientsin. Tale accordo fu poi seguito a breve dalla Convenzione di Pechino¹⁰ la quale prevedeva la cessione perpetua della penisola di Kowloon a nord dell'isola di Hong Kong.

prevedeva anche la clausola della "nazione più favorita" che comportava l'automatica estensione alla Gran Bretagna di privilegi accordati dalla Cina ad altri paesi stranieri.

⁸ La sconfitta nella prima guerra dell'oppio e la firma del Trattato di Nanchino diedero inizio a un periodo di semi-colonialismo durante il quale le potenze occidentali occuparono e ottennero in concessione i principali porti della Cina.

⁹ La seconda guerra dell'oppio scoppiò a seguito della detenzione nel porto di Canton di una nave battente bandiera inglese (registrata a Hong Kong ma di proprietà di un mercante cinese) da parte di alcuni ufficiali cinesi. Questo evento fornì il pretesto per iniziare un nuovo scontro con l'Impero cinese che si concluse nell'estate del 1860 quando le forze armate britanniche, coadiuvate dalle truppe francesi, occuparono Pechino e bruciarono il Palazzo d'estate.

¹⁰ Il sistema dei trattati che caratterizzò i rapporti tra l'Impero cinese e l'Impero britannico – ovvero le altre potenze occidentali – è emblema della politica degli inglesi nei confronti della Cina, definita anche "imperialismo del libero scambio" in quanto diretta a massimizzare il commercio in tutto il territorio cinese e non a espandere l'Impero britannico e colonizzare il territorio come avvenuto per l'India (ove i costi dell'amministrazione coloniale si erano rivelati elevatissimi). Su questa politica

L'ultima acquisizione che determinò il consolidamento del dominio britannico nel territorio cinese avvenne nel 1898 con il conseguimento dei Nuovi Territori che furono ceduti all'Impero inglese per un periodo di 99 anni¹¹, con la convinzione, per gli inglesi, che la cessione rappresentasse in realtà un trasferimento permanente dei suddetti territori.

1.2 *La struttura istituzionale della colonia*

Come era già avvenuto per altri possedimenti coloniali¹², una volta preso possesso dell'isola di Hong Kong gli inglesi iniziarono a porre le basi per la costituzione del nuovo assetto politico-istituzionale della neo-acquisita colonia mediante la creazione di una c.d. "*administrative caretaker structure*"¹³ che per certi aspetti convergeva con il modello adottato dall'Impero cinese.

Gli elementi caratterizzanti l'ordinamento realizzato nella colonia si identificavano essenzialmente: a) nell'estensione del diritto inglese (composto da *statutes law* e *common law*); b) nella legislazione emanata dalla colonia stessa (ad esempio le *ordinances*), ispirata profondamente alla legislazione della madrepatria; c) nell'apparato istituzionale di matrice inglese volto a garantire l'efficiente amministrazione della colonia.

Per quanto riguarda l'assetto istituzionale, il primo documento fondamentale della struttura amministrativa della colonia fu la Hong Kong Charter del 1843 che, sebbene sottoposta a revisioni nel corso dei 150 anni di dominio inglese, ha sostanzialmente posto le basi della struttura politica-

cfr. J. GALLAGHER, R. ROBINSON, *The Imperialism of Free Trade*, in *The Economic History Review*, 1953, pp. 1-15, citato da S. TSANG, *op. cit.*, p. 35.

¹¹ Alla fine dell'Ottocento diverse potenze europee (tra cui Germania e Francia) ottennero da parte dell'Impero cinese la cessione temporanea di porti; sulla scia di tali iniziative, gli inglesi iniziarono le trattative per la cessione dei territori confinanti con la penisola di Kowloon (i Nuovi Territori) che si conclusero con la Seconda Convenzione di Pechino, firmata il 9 giugno 1898 ed entrata in vigore il 1° luglio 1898.

¹² Sul punto cfr. capitolo I, § 2.

¹³ Sul punto cfr. D. C. DONALD, *History's Marks on Hong Kong law: From British Colony, to Chinese SAR*, in *Working Paper (Chinese University of Hong Kong. Centre for Financial Regulation and Economic Development)*, n. 5, 2011, pp. 3 ss.; il modello istituzionale prescelto, osserva l'autore, era quello classico utilizzato per le colonie inglesi. Su questo aspetto v., *infra*, nel testo.

organizzativa della colonia sino al 1° luglio 1997, data in cui Hong Kong è ritornata sotto la sovranità cinese. Nel 1917 la Hong Kong Charter fu sostituita da due documenti, l'Hong Kong Letters Patent e le Royal instructions¹⁴, i quali disciplinavano, da una parte, la forma e la struttura del governo della colonia e, dall'altra parte, la composizione dell'organo esecutivo e dell'assemblea legislativa, nonché la procedura di formazione delle leggi. In forza della Hong Kong Charter (e, successivamente, del Letters Patent) venne così impiantato una struttura politico-amministrativa fortemente verticistica, tipica del sistema coloniale dell'Impero britannico.

Al vertice di questa struttura di governo fu posto il Governatore, un funzionario nominato direttamente dalla Regina (su indicazione del Primo Ministro) il quale godeva di ampi poteri esecutivi e legislativi ed era sottoposto al solo potere di veto del governo della madrepatria. La scelta di centralizzare l'intera amministrazione in un'unica figura istituzionale fu dettata principalmente dall'esigenza di assicurare più facilmente il mantenimento dell'ordine all'interno della colonia¹⁵. Al Governatore furono affiancati due ulteriori organi: l'Executive Council (ExCo) ed il Legislative Council (LegCo)¹⁶ i cui membri erano nominati, almeno inizialmente, dal governo della madrepatria e dal Governatore stesso. Il potere legislativo e il potere esecutivo, seppur formalmente separati, erano comunque strettamente connessi non solo in quanto il Governatore era sia capo dell'esecutivo sia organo con poteri legislativi, ma anche in quanto numerosi funzionari amministrativi sedevano di diritto nel Legislative Council. Questa struttura è stata pertanto definita “*executive-led system*” poiché il potere di

¹⁴ Il Letters Patent e le Royal Instructions from Queen Victoria rappresentano la costituzione della colonia; un altro documento importante è la Colonial Laws Validity Act del 1895 in cui si sancisce che la legislazione di Hong Kong non può essere in contrasto con la legislazione del Parlamento inglese.

¹⁵ Nel corso del XX secolo l'amministrazione della colonia si trovò più volte a dover sedare le rivolte e proteste della popolazione locale, animate spesso dal crescente sentimento nazionalista e dal profondo rancore nei confronti degli inglesi.

¹⁶ Il primo Legislative Council della colonia era composto da soli quattro membri: il Governatore, il Generale Maggiore, il Consulente legale del governo e il Chief Magistrate. Per lungo tempo l'assemblea legislativa è stata composta solo da funzionari pubblici sino al 1995 quando tutti i membri dell'assemblea furono scelti al di fuori della pubblica amministrazione. L'elezione dei componenti del Legislative Council fu gradualmente introdotta a partire dal 1985. Sull'evoluzione dell'assemblea legislativa si rimanda a A. COORAY, *Constitutional Law in Hong Kong*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 19.

amministrare il territorio era fondamentalmente concentrato in un unico soggetto che rispondeva solo alla monarchia inglese¹⁷.

Per quanto concerne le funzioni specifiche delle principali istituzioni della colonia, il Governatore era considerato il capo della colonia e il rappresentante della Corona nel territorio occupato. Ad esso erano riconosciuti ampi poteri tra cui quello di porre in essere tutti gli atti necessari all'amministrazione del territorio¹⁸ nonché quello di legiferare in tutte le materie necessarie¹⁹, salvo l'obbligo di consultare preventivamente il Legislative Council. A ciò si aggiungeva il potere di nominare (ovvero rimuovere) i giudici delle corti e il Capo dell'organo giudiziario nonché di designare altre cariche pubbliche.

L'Executive Council e il Legislative Council avevano, invece, funzioni più ristrette, principalmente consultive ovvero di supporto all'attività del Governatore.

Compiti principali dell'Executive Council²⁰ erano quelli di formulare politiche per indirizzare l'azione di governo, sottoporre pareri al Governatore sulle leggi da adottare nonché, quando autorizzato, emanare atti di legislazione delegata; altre funzioni minori erano esaminare petizioni ed appelli contro atti amministrativi e vagliare i disegni di legge. I pareri espressi dall'Executive Council nell'esercizio delle sue funzioni non erano vincolanti ma se il Governatore intendeva discostarsene doveva informare tempestivamente il governo inglese e motivare le ragioni del diniego di seguire il parere dato dall'organo esecutivo.

¹⁷ La continuazione dell'*executive-led government* fu fortemente auspicata dal governo cinese al momento delle trattative per il ritorno di Hong Kong alla sovranità della Cina (sul punto, v. capitolo III, § 1.1).

¹⁸ Art. 2 del Letters Patent. Tra i suoi poteri vi era la possibilità di assegnare terreni della colonia, nominare giudici e altri pubblici ufficiali, concedere la grazia e consultare e presiedere l'Executive Council (cfr. P. WESLEY-SMITH, *An Introduction to Hong Kong Legal System*, Hong Kong, 1993, p. 26).

¹⁹ In forza della Hong Kong Charter il Governatore aveva, infatti, «*power and authority to make and enact all such Laws and Ordinances as may from time to time be required for peace, order, and good government of the said Colony of Hongkong*». Inoltre, le Royal Instructions assicuravano «*No Law or ordinance shall be made or enacted by the said [Legislative Council] unless the same shall have been previously proposed by yourself, and that no question shall be debated at the said Council unless the same shall first have been proposed for that purpose by you*».

²⁰ Sulla composizione e sulle funzioni dell'Executive Council, vedi P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, pp. 26-27.

Il Legislative Council, insieme al Governatore, costituiva invece l'assemblea legislativa della colonia e le sue funzioni principali erano di promulgare leggi ed esercitare, seppur in forma limitata, un controllo sull'attività dell'organo esecutivo. Nonostante i circoscritti compiti dell'organo legislativo, il Legislative Council esercitava un importante ruolo di indirizzo dell'attività di governo attraverso il potere di interrogare l'esecutivo sulle azioni intraprese e proporre azioni alternative a quelle offerte dall'amministrazione. Un ruolo di controllo era, inoltre, esercitato in materia di approvazione delle voci di spesa pubblica del bilancio della colonia: infatti, in qualità di Financial Committee, il Legislative Council poteva porre veto o ridurre discrezionalmente voci di spesa proposte dal governo. I principali strumenti a disposizione dell'organo legislativo nella gestione della colonia erano dunque il potere di rifiutare l'approvazione di un disegno di legge e rigettare una richiesta di spesa pubblica.

Quanto all'amministrazione della giustizia²¹, l'instaurazione di un apparato giudiziario sul modello britannico si rivelò un tema sensibile sin dagli albori della colonia²². In concreto, il modello importato riprodusse pedissequamente i caratteri fondamentali del sistema giudiziario inglese, tra cui l'indipendenza delle corti, la *rule of law* e l'*adversarial system*.

Trattandosi di un sistema di *common law*, le corti della colonia erano vincolate dalla dottrina dello *stare decisis* che operava sia in senso verticale tra pronunce di corti di diverso livello, sia in senso orizzontale tra pronunce della medesima corte²³. L'apparato giudiziario era strutturato su più livelli. Accanto alle corti di livello più basso (Magistrates' Courts²⁴), che si occupavano

²¹ Le prime *ordinances* dirette a regolamentare la giustizia nella colonia vennero adottate sin dai primi anni dell'insediamento degli inglesi; tra queste ricordiamo la Civil Actions Arbitration Ordinance del 1844, la Justice of the peace – Summary Jurisdiction Ordinance del 1844, la Jurors Ordinance del 1845 e la Criminal Proceedings Ordinance del 1845.

²² Diversi autori (ad esempio, cfr. D. C. DONALD, *op. cit.*, pp. 17-18) hanno sottolineato che uno dei principali problemi dell'amministrazione della giustizia nella colonia era l'assenza di una classe di giudici e avvocati con adeguate competenze professionali; spesso, infatti, i giudici della colonia non avevano nemmeno avuto una formazione in campo giuridico.

²³ Tuttavia la Court of Appeal si riteneva non vincolata alle sue precedenti decisioni in caso di precedente decisione presa *per incuriam*, conflitto con una successiva pronuncia della House of Lords o del Privy Council ovvero una precedente pronuncia della High Court (cfr. P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, p. 73).

²⁴ La prima Magistrate Court fu istituita nel 1841 per giudicare i crimini commessi dalla popolazione locale in base al diritto consuetudinario cinese e i crimini commessi dagli inglesi e

principalmente di reati minori, e alcuni tribunali specializzati (Coroners, Labour Tribunal, Lands Tribunal, Small Claims Tribunal), a livello intermedio si trovava la District Court²⁵ e a livello superiore la Supreme Court of Judicature²⁶, costituita dalla Court of Appeal e dalla High Court; quest'ultima era la corte della colonia ad avere competenza generale in materia civile e penale. La Supreme Court esercitava in concreto la giurisdizione equivalente alle corti di *common law* inglesi, la Court of Chancery e le corti ecclesiastiche. Contro le pronunce della Court of Appeal era previsto il ricorso in ultima istanza al Judicial Committee del Privy Council²⁷, corte di appello generale per tutte le colonie e i domini della Corona inglese con sede a Londra, le cui decisioni erano direttamente vincolanti per tutte le corti della colonia²⁸. Nonostante il ricorso al Privy Council fosse in concreto assai limitato²⁹, l'autorità del Judicial Committee ricoprì comunque un'importante funzione all'interno dell'ordinamento di Hong Kong quale organo giudiziario di raccordo tra l'autonomia di aggiudicazione delle corti della colonia e il *common law* della madrepatria.

dagli stranieri in base agli usi e consuetudini della British Police Law (cfr. J. W. NORTON-KYSHE, *History of the Laws and Courts of Hong Kong: From the Earliest Period to 1898*, Hong Kong, 1971, p. 9).

²⁵ La District Court è stata costituita nel 1953 per far fronte all'ingente numero di casi pendenti avanti la Supreme Court.

²⁶ Sezione 3(1) della Supreme Court Ordinance del 1975; prima di tale riforma la Corte Suprema era rappresentata da un unico organismo il quale esercitava le proprie prerogative in composizione monocratica per le cause di primo grado e in composizione collegiale con due o tre giudici (la c.d. Full Court) per le cause di appello (cfr. S. H. C. Lo, *The Hong Kong Legal System*, Singapore, 2012, p. 138).

²⁷ Il Privy Council è un antico organo consultivo della monarchia; nel tempo si formò al suo interno una corte speciale (formalmente nel 1833 con il Judicial Committee Act), il Judicial Committee, competente a pronunciarsi sulle istanze contro le decisioni delle corti; le decisioni del Privy Council venivano espresse sotto forma di pareri alla Regina che nella prassi venivano sempre accettati e attuati attraverso un Order in Council (sul punto cfr. S. H. C. Lo, *op. cit.*, p. 141). Le decisioni della House of Lords, invece, non erano vincolanti ma erano comunque impiegate per il loro valore persuasivo; il Privy Council, tuttavia, nel caso *Tai Hing Cotton Mill v Liu Chong Hing Bank* [1987] HKLR 1041 stabilì un'eccezione a tale regola nel caso in cui la controversia sottoposta al suo giudizio doveva essere risolta applicando la legge inglese: in questa ipotesi la questione sarebbe stata devoluta alla House of Lords, in quanto giudice supremo della legge inglese, e la sua decisione sarebbe stata vincolante per la colonia.

²⁸ La vincolatività delle pronunce del Privy Council riguardava solo quelle decisioni deferite direttamente dalla colonia; le pronunce del Privy Council su appelli provenienti da altre giurisdizioni avevano solo valore persuasivo.

²⁹ Come evidenziato da P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, p. 61, il ricorso al Privy Council era assai limitato non solo per gli alti costi del procedimento ma anche perché i ricorsi di valore inferiore ai HK\$ 500.000 dovevano avere espressa autorizzazione (*leave*) all'appello da parte della Court of Appeal.

1.3 *Le fonti del diritto della colonia e il recepimento del diritto inglese*

Dal punto di vista del diritto applicabile alla colonia, al momento del ritorno alla sovranità cinese, Hong Kong poteva contare su tre fonti del diritto: il diritto importato dal sistema inglese (tra cui *statute law*, *case law*, regolamenti coloniali e Royal Prerogatives, quali il Letters Patent, le Royal Instructions e gli Orders in Council), il diritto prodotto dalla colonia (tra cui gli atti normativi del Legislative Council, la legislazione delegata e la giurisprudenza locale) e il diritto consuetudinario cinese derivato, in parte, dai codici della dinastia Qing. Tale sistema delle fonti fu in realtà il frutto di una lenta evoluzione e stratificazione, oggetto nel corso degli anni di ripensamenti e adeguamenti da parte del governo coloniale.

Il primo atto degli inglesi, a seguito dell'instaurazione del potere britannico nel 1841, fu l'affermazione di un doppio sistema di diritto in forza del quale la popolazione locale era governata dalle leggi e dagli usi vigenti in Cina mentre i cittadini britannici e stranieri erano sottoposti al diritto inglese. L'obiettivo di tale scelta era di lasciare inalterato il sistema di diritto praticato dai nativi e, contemporaneamente, introdurre un sistema parallelo basato sul diritto inglese tale da creare un sistema familiare all'interno del quale i commercianti inglesi potevano condurre i propri affari.

Tuttavia questo sistema si rivelò presto inefficace e venne immediatamente modificato con l'introduzione della Supreme Court Ordinance del 1844 che imponeva l'applicazione del diritto inglese a tutti i soggetti della colonia³⁰, salvo la non applicazione in caso di particolari circostanze o esigenze degli abitanti locali³¹. Le ragioni per l'indiscriminata estensione del diritto inglese

³⁰ Come è stato notato da diversi autori (tra i tanti, cfr. D. C. DONALD, *op. cit.*, pp. 9-10) il diritto inglese venne spesso imposto alla popolazione locale secondo modalità discriminatorie e dure a causa di una mancanza di comunicazione tra gli amministratori inglesi e la popolazione locale che continuava a sentirsi parte dell'Impero cinese.

³¹ Secondo D. C. DONALD, *op. cit.*, p. 16, il processo di trapianto del diritto inglese in Cina fu «*significantly facilitated by restricting the actual application of the common law to the European population and a relatively small segment of the Chinese population, with the remainder subject to informal Chinese institutions*».

anche alla popolazione locale³² erano principalmente dettate dall'esigenza di far fronte alla crescente immigrazione e criminalità incontrollata, assicurare la sovranità britannica sulla colonia e sancire la superiorità del diritto inglese sul diritto cinese il quale veniva generalmente concepito come un diritto di presunta inferiorità non idoneo a garantire giustizia. L'applicazione del diritto inglese anche alla popolazione locale era tuttavia contraria all'usuale prassi adottata dall'Impero britannico di consentire l'applicabilità del diritto locale preesistente³³.

Con la successiva Supreme Court Ordinance del 1873 si decise di limitare l'applicazione del diritto inglese proveniente dalla madrepatria al solo apparato normativo esistente al 5 aprile 1843 (anno dell'istituzione dell'assemblea legislativa all'interno della colonia), fermo restando l'applicazione del diritto cinese non espressamente abrogato o contrastante con la legislazione e il *common law* in vigore³⁴. Seppure nel testo della Supreme Court Ordinance del 1873 non fosse presente alcuna espressa distinzione tra diritto proveniente dagli *acts of Parliament* e diritto proveniente dal *common law*, nella pratica, le due fonti erano trattate diversamente: infatti, il limite temporale trovava applicazione ai soli *statutes* mentre il *common law* successivo al 5 aprile 1843 era regolarmente applicato dalle corti locali³⁵.

³² Uno dei motivi del successo nell'applicazione del diritto inglese alla popolazione locale è da individuare nell'opera di intermediazione tra governo e comunità locale svolto dall'*élite* di commercianti cinesi che ha rivestito un ruolo fondamentale nell'amministrazione della colonia e nel mantenimento dell'ordine sociale all'interno di questa soprattutto quali intermediari tra le due culture. Su questo aspetto, cfr. D. C. DONALD, *op. cit.*, pp. 10 ss.

³³ Sui motivi di questa scelta, cfr. C. MUNN, *op. cit.*, pp. 163-168, in cui si afferma anche che la giustificazione della decisione di imporre il diritto inglese derivava sia dal timore per la stretta vicinanza territoriale alla ancora ostile Cina sia dal fatto che Hong Kong era principalmente un territorio inabitato e gli immigrati avevano comunque consapevolezza che sarebbero stati sottoposti al diritto inglese.

³⁴ Il diritto cinese di formazione prevalentemente consuetudinaria trovava soprattutto applicazione per questioni inerenti al campo del diritto di famiglia e delle persone.

³⁵ Per un'analisi sugli effetti della Supreme Court Ordinance del 1844 e delle successive modifiche, cfr. P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, pp. 33 ss. L'autore in merito alla possibilità di applicare le regole di *common law* successive al 5 aprile 1843, sottolinea che tale scelta si giustificava sulla base che il *common law* era considerato immutabile e le pronunce successive a tale data rappresentavano mera esternazione di ciò che era già contenuto nel diritto; l'autore prosegue evidenziando che tale soluzione, seppur presenti una visione alquanto artificiale della natura del *common law*, ha comunque avuto il vantaggio di non cristallizzare il *common law* applicabile alla colonia e ha consentito il recepimento degli sviluppi del diritto giurisprudenziale inglese. Sulla recezione del *case law* inglese si veda anche G. W. BARTHOLOMEW, *English Law in Partibus Orientalium*, in A. J. HARDING (ed.), *The Common Law in Singapore and Malaysia*, Singapore, 1985, p. 15, il quale afferma che il recepimento non è stato sottoposto ad alcun limite in quanto «*the common law was*

Successivamente, con l'emanazione della Application of English Law Ordinance nel 1966 il sistema di applicazione e recezione del diritto della madrepatria fu nuovamente modificato. In particolare, per quanto concerne il diritto di fonte giurisprudenziale, in forza della sezione 3³⁶, *common law* e regole di *equity* continuarono a ricevere applicazione compatibilmente con il contesto sociale³⁷ e salva la possibilità di adeguarne il contenuto per ragioni legate alle specificità dell'isola e della sua popolazione nativa. Questo particolare meccanismo di adeguamento consentiva, di fatto, ai giudici di adattare i principi di *common law* alle specifiche esigenze della comunità locale, creando così una serie di precedenti modellati *ad hoc* per la realtà della colonia³⁸. La decisione di applicare o meno una determinata regola giurisprudenziale rimaneva tuttavia affidata al sindacato discrezionale del giudice. A tal proposito le corti della colonia adottarono un approccio abbastanza conservativo, per cui la regola di diritto era considerata inapplicabile solo in caso di risultati palesemente ingiusti. Questo atteggiamento restrittivo trovava però dei contemperamenti in quei settori più sensibili per la popolazione locale e, pertanto, in materia di famiglia, successioni e proprietà si riscontravano applicazioni più estensive³⁹. Per quanto

traditionally conceived of as having existed from time immemorial and was merely declared by the judges from time to time».

³⁶ Tale sezione recita «*The common law and the rules of equity shall be in force in Hong Kong (a) as far as they are applicable to the circumstances of Hong Kong or its inhabitants; (b) subject to such modifications as such circumstances may require; (c) subject to any amendment thereof (whenever made) by – (i) any Order in Council which applies to Hong Kong; (ii) any Act which applies to Hong Kong; or any Ordinance*»; nel 1971 venne introdotto un nuovo paragrafo alla sezione 3 il quale prevedeva che «*The common law and the rule of equity shall be in force in HK as provided in subsection (1) notwithstanding any amendment thereof as part of the law of England made at any time by an Order in Council or Act which does not apply to Hong Kong*».

³⁷ Un raro esempio di disapplicazione dei principi di *common law* in quanto non ritenuti compatibili con le condizioni legali è rappresentato dal caso *Yau Yeong Wood and Another v The Standard Oil Co. of New York* [1907] HKLR 55, nel quale il Chief Justice ha affermato «*I think it cannot fail to have struck even the learned Counsel who relied on these (English) cases how very inapplicable many of them seemed to be on the face of them to Chinese contractors [...] English law is only in force here under the Charter in so far as it may be applicable, and when I come to a series of decisions, the keynote to which is the custom or practice of a certain class of people who enter into contracts in England, I hesitate to apply them as of necessity to the people in Hong Kong*».

³⁸ Come sottolineato da P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, p. 36, tale meccanismo ha consentito al *common law* di esercitare un'adeguata funzione di controllo sociale in quanto altrimenti sarebbe rimasto un sistema di precetti completamente estraneo alla maggioranza degli abitanti locali.

³⁹ Esempi di modifiche al *common law* per esigenze prevalenti di circostanze locali sono la non applicazione delle disposizioni sulla successione testamentaria in caso di testamento invalido del *de cuius* e la possibilità di riconoscere alla concubina il diritto di non testimoniare contro il marito in un procedimento penale (cfr. P. WESLEY-SMITH *op. cit.*, pp. 36-37).

concerne gli *acts of Parliament*, invece, la sezione 4 eliminò il richiamo al periodo limite del 5 aprile 1843⁴⁰ ed incluse la possibilità di applicare la legislazione approvata dal Parlamento inglese solo in presenza di un atto formale che recepisce la legge. In forza della sezione 4, il recepimento del diritto della madrepatria poteva quindi avvenire mediante quattro modalità. La prima modalità era la diretta applicazione per effetto della presenza nell'atto inglese di una clausola espressa o implicita che estendesse la portata alla colonia⁴¹. La seconda modalità era rappresentata dall'estensione tramite un Order in Council, ossia un regolamento emanato dal monarca su parere del Privy Council⁴². La terza modalità era costituita dall'incorporazione in una legge locale, ossia la trasposizione del contenuto dell'atto inglese in una *ordinance*⁴³. Infine, per le leggi antecedenti il 1843, la quarta modalità di recepimento era realizzata tramite il richiamo dell'atto inglese nell'allegato finale della Application of English Law Ordinance in cui erano elencate tutte le leggi inglesi espressamente estese alla colonia⁴⁴. Indipendentemente dalla modalità di recepimento, il diritto legislativo inglese assimilato trovava applicazione, a differenza del *common law* e delle regole di *equity*, a prescindere dalle circostanze locali. L'unica eccezione a tale

⁴⁰ Gli effetti pratici di tale estromissione possono essere individuati nel caso *Gensburger v Gensbureger* in cui è stato affermato che l'omissione ha di fatto comportato la possibilità di applicare il *common law* vigente alla data in cui viene presa una decisione, ammettendo così la possibilità di applicare una regola di *common law* come modificata da una legge inglese, anche se tale legge non è stata adottata dalla colonia (sul punto cfr. P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, pp. 34-36). La decisione *Gensburger* è stata poi successivamente rovesciata nel 1971 con la modifica alla Application of English Act Ordinance che ha sancito alla sezione 3(2) la validità del *common law* e delle regole di *equity* anche se abolite da un atto del Parlamento inglese non recepito dalla colonia.

⁴¹ Questa categoria comprende gli atti normativi che trovavano applicazione a tutto l'impero britannico e dunque applicabili a tutte le colonie. Un esempio di questi atti è il Merchant Shipping Act del 1894 che consiste in una raccolta di disposizioni inerenti allo *status* di navi e mercantili inglesi nonché di disposizioni correlate alle attività di queste; il Parlamento inglese poteva inoltre promulgare leggi applicabili direttamente alla colonia come il caso del Hong Kong Act del 1985.

⁴² L'Oxford Dictionary of Law definisce Orders in Council come «*Government orders of a legislative character made by the Crown and members of the Privy Council either under statutory powers conferred on Her Majesty in Council or in exercise of the royal prerogative*».

⁴³ Come, ad esempio, è avvenuto per alcune parti del British Nationality Act del 1980; in altri casi l'esigenza di incorporare una legge inglese nella legislazione della colonia era per rispettare gli obblighi nascenti da un trattato internazionale a cui aderiva anche il Regno Unito.

⁴⁴ A seguito di questa riforma, la legislazione inglese in vigore fino al 5 aprile 1843 e applicabile a Hong Kong in forza della precedente Supreme Court Ordinance fu ridotta a soli 70 *statutes* (tra cui Habeas Corpus Act 1679) indicati in nell'allegato e successivamente, prima dell'*handover* il numero si è ridotto a 30. Tuttavia anche se l'applicazione delle leggi inglesi è stata limitata, occorre comunque ricordare che gran parte della legislazione della colonia è stata modellata sulla base delle leggi inglesi.

regola era rappresentata dalle leggi anteriori al 1843 le quali, infatti, potevano essere ancora sottoposte al meccanismo di adeguamento⁴⁵.

Sebbene l'Application of English Law Ordinance aveva il preciso intento di semplificare il recepimento del diritto della madrepatria, la novella del 1966 ebbe l'effetto di creare una discrepanza nel sistema delle fonti inglesi, non tenendo in debita considerazione l'interazione tra *statutes* e *common law*. Una conseguenza di questo mancato coordinamento fu, ad esempio, la permanenza all'interno del sistema della colonia di alcuni principi arcaici di *common law*, aboliti in Inghilterra da leggi successive al 1843 e non recepite dalla colonia attraverso una delle modalità descritte⁴⁶.

Accanto al recepimento del diritto inglese, l'apparato normativo della colonia si componeva anche della legislazione emanata dal Legislative Council il cui strumento principale era costituito dalle *ordinances*. Le prime *ordinances*, risalenti al 1844, erano principalmente dirette a garantire la piena funzionalità dell'acquisito porto di Hong Kong; in particolare, si trattava di leggi dirette a regolare l'attività commerciale⁴⁷, le esigenze primarie dei coloni⁴⁸ ed i rapporti con la comunità locale⁴⁹. Con il corso degli anni la produzione normativa della colonia si espanse fortemente coprendo un ampio numero di materie, anche se l'influenza del modello inglese fu sempre visibile e la legislazione coloniale spesso riprodusse i contenuti delle leggi emanate dal Parlamento inglese⁵⁰.

Quanto al processo di emanazione della legge, questo si articolava sostanzialmente in tre fasi: a seguito della formazione del disegno di legge (*bill*)⁵¹

⁴⁵ Ciò in virtù anche della sezione 75 dell'Interpretation and General Clauses Ordinance che disponeva che una disposizione di legge imperiale «*shall be read with such modifications as to names, localities, courts, officers, persons, moneyes, penalties or otherwise as may be necessary to make the same applicable to the circumstances of the territory*» (cfr. P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, Hong Kong, 1993, p. 38).

⁴⁶ Cfr. P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, pp. 33 ss.

⁴⁷ Cfr. Harbour Regulation Ordinance No. 18 of 1844.

⁴⁸ Cfr. Good Order and Cleanliness Ordinance No. 5 of 1844.

⁴⁹ Cfr. Registration of Inhabitant Ordinance No. 6 of 1844.

⁵⁰ Ad esempio la Sale of Good Ordinance è stata concepita sulla base del Sale of Good Acts inglese del 1893 (sul punto cfr. S. H. C. Lo, *op. cit.*, p. 8).

⁵¹ L'ufficio incaricato della stesura del disegno di legge era il Drafting Division dell'Attorney General's Chambers. Esistevano due tipologie di *bill*: i *public bills* che riguardavano questioni generali di diritto applicabili a tutti i consorziati e i *private bills* che riguardavano specifici individui, associazioni o società e trovavano applicazione solo a questi soggetti.

su proposta dell'Executive Council⁵², il Legislative Council provvedeva ad esaminare il testo il quale, una volta approvato, veniva promulgato dal Governatore e pubblicato in Gazzetta⁵³. La pubblicazione costituiva l'ultimo atto dell'*iter* legislativo interno, ma la legge così emanata necessitava comunque di essere trasmessa in Inghilterra per la sua approvazione definitiva da parte del governo centrale.

In linea di principio non esistevano limiti di materia alla competenza legislativa della colonia. Tuttavia alcune limitazioni al potere di legiferare discendevano sia dalle Royal Instructions⁵⁴ sia dal controllo degli atti normativi da parte della madrepatria la quale poteva sempre rifiutare (*disallow*) una legge se considerata viziata⁵⁵. Tali vizi potevano, ad esempio, consistere nell'emanazione di leggi in grado di avere effetti extraterritoriali, di modificare il *common law* come applicato in Inghilterra, di incidere sulla competenza del Judicial Committee o di cambiare lo *status* o i confini della colonia. Fino al 1985 un limite significativo al potere dell'assemblea legislativa era, inoltre, rappresentato dal divieto di emanare leggi contrarie agli atti del Parlamento inglese. Questo limite venne meno con l'Hong Kong Act del 1989⁵⁶ il quale, seppur con una portata ridotta⁵⁷, tentò di garantire alla colonia, in vista dell'*handover*, il potere di abrogare o emendare qualsiasi legge inglese in vigore nel territorio e promulgare atti normativi con valenza anche extraterritoriale.

⁵² Come già evidenziato l'Executive Council aveva il monopolio di proporre nuove leggi ma in caso di *private bills* era concesso un potere di proposta anche ai membri non appartenenti all'esecutivo del Legislative Council.

⁵³ Se non era disposto diversamente, la legge così pubblicata entrava in vigore allo scadere del giorno precedente alla pubblicazione sulla Gazzetta.

⁵⁴ Ad esempio, le Royal Instructions prevedevano che un disegno di legge non poteva contenere materie completamente diverse tra di loro; alcune materie poi (come il divorzio, il conio, la creazione di istituti bancari) dovevano avere il consenso della Corona per cui l'atto veniva firmato dalla Regina stessa e non dal Governatore (cfr. P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, p. 39). Per un elenco di tali materie, cfr. J. WHITE, *The English and Hong Kong Legal Systems*, Hong Kong, 1988.

⁵⁵ Ciò in forza del Colonial Laws Validity Act del 1895 (v. nota 14).

⁵⁶ Tale legge è stata attuata attraverso l'emanazione di due successivi Orders in Council della Regina, ossia gli Hong Kong Legislative Powers Orders del 1986 e del 1989.

⁵⁷ La portata dell'Hong Kong Act del 1985 è assai ridotta in quanto limitava il potere del governo di abrogare o modificare esclusivamente alla legislazione avente ad oggetto l'aviazione civile, la marina mercantile e il diritto marittimo nonché per attuare un accordo internazionale applicabile anche a Hong Kong.

Ultima fonte del diritto della colonia era rappresentata dal diritto consuetudinario cinese il quale era rimasto in vigore in forza del principio operante nell'Impero inglese secondo cui il preesistente diritto di un territorio ceduto continuava a rimanere valido sino a quando non espressamente sostituito⁵⁸. Le consuetudini cinesi vigenti nella colonia riguardavano principalmente aspetti legati al diritto di famiglia, successioni e trasferimento di proprietà ed erano composte essenzialmente dagli usi locali nonché da alcune regole tramandate dai codici della dinastia Qing. Tale fonte, come si è visto sopra⁵⁹, era tuttavia residuale e trovava applicazione solo quando ritenuto necessario dalle circostanze del caso concreto e solo in assenza di legislazione coloniale sul punto. In forza di ciò l'effettiva incidenza di tale diritto era assai circoscritta: non solo perché l'apparato normativo coloniale era alquanto esteso, ma anche perché spesso era assai difficile provare alle corti la certezza e l'esistenza dell'uso. A questo si deve anche aggiungere il fatto che i giudici locali, spesso di origine inglese e con una formazione esclusiva di *common law*, faticavano a comprendere e applicare tali precetti del diritto locale⁶⁰. La conseguenza fu una progressiva limitazione dell'applicazione del diritto cinese a circostanze del tutto eccezionali e, pertanto, nella seconda metà del XX secolo il diritto consuetudinario trovò espressione solo in alcune marginali questioni legate al matrimonio e al diritto di proprietà nei Nuovi Territori⁶¹.

2. Il ritorno alla sovranità cinese e il periodo post-coloniale

Dopo la seconda guerra mondiale, con la ridefinizione degli assetti di potere a livello internazionale e l'emergere di forti nazionalismi indigeni

⁵⁸ *Campbell v Hall* (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045.

⁵⁹ Cfr. *supra* § 1.3.

⁶⁰ Tuttavia si riscontrano alcuni sforzi dell'amministrazione della colonia per adattare il diritto inglese alla diversa cultura cinese; sul punto, un esempio in materia di giuramento da dichiarare prima di rendere testimonianza è descritto da D. C. DONALD, *op. cit.*, p. 18.

⁶¹ Sul punto cfr. S. H. C. LO, *op. cit.*, p. 9, la quale afferma, infatti, che «*The erosion of Chinese laws and custom also occurred as a result of the courts applying Chinese laws in very narrow circumstances only*».

all'interno delle colonie, si aprì la fase della decolonizzazione. Il nuovo assetto ebbe effetti sostanziali anche su Hong Kong: la Cina, infatti, guidata da Chiang Kai-shek, emergeva dal conflitto mondiale come una potenza vincitrice e la nuova posizione a livello internazionale della Repubblica di Cina faceva temere alla Gran Bretagna una formale richiesta del governo cinese di restituzione della colonia⁶². Nei successivi anni, nonostante la ferma opposizione alla restituzione del possedimento coloniale, gli sforzi compiuti dal governo inglese per preservare il dominio su Hong Kong non furono sufficienti. L'evidente declino dell'Impero britannico (tra le tante colonie, nel 1947 l'India ottenne l'indipendenza) e l'avvicinarsi del termine finale del periodo di cessione dei Nuovi Territori consentirono quindi alla neo-costituita Repubblica Popolare Cinese (RPC), succeduta al governo del Guomindang, di precisare i propri intenti sulla questione di Hong Kong. La posizione di Pechino sul punto era netta: essendo i trattati che regolavano lo *status* di Hong Kong da reputare "inequali"⁶³ e pertanto invalidi⁶⁴, tutti i territori ceduti alle potenze occidentali dovevano essere considerati, senza alcuna distinzione dagli altri, territori appartenenti alla RPC.

A partire dagli anni Sessanta, questa presa di posizione del governo cinese, unita alle dure rivolte occorse in quel periodo nella colonia, portò quindi il governo inglese a convincersi della necessità di aprire i negoziati con Pechino.

⁶² Nel corso della seconda guerra mondiale Hong Kong era caduta sotto il dominio del Giappone; a seguito della fine delle ostilità e della resa incondizionata dei giapponesi, gli inglesi si riappropriarono senza indugio di Hong Kong nonostante le pressioni di Chiang Kai-shek di ripristinare la sovranità cinese sulla colonia, ostacolate tuttavia dagli emergenti conflitti interni alla Cina dovuti all'ascesa del Partito Comunista guidato da Mao Zedong. Tuttavia, in una nota del 1945 fu lo stesso Chiang Kai-shek a sottolineare che, essendo lo *status* di Hong Kong regolato da un trattato firmato da Cina e Gran Bretagna, qualsiasi questione legata al suo ritorno alla Cina sarebbe stata risolta per vie diplomatiche.

⁶³ Secondo la Cina, infatti, tali trattati sarebbero stati conclusi in violazione della sovranità cinese e del principio di diritto internazionale di uguaglianza tra gli stati.

⁶⁴ A tal proposito è significativo ricordare che nel 1972 la Cina richiese alle Nazioni Unite di rimuovere Hong Kong e Macao dalla lista delle colonie in forza della Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza ai paesi e ai popoli coloniali in virtù del fatto che l'acquisizione dei due territori era avvenuta attraverso l'imposizione di trattati ineguali da parte di Gran Bretagna e Portogallo; le Nazioni Unite acconsentirono alla richiesta del governo cinese senza che vi fosse alcuna obiezione da parte della Gran Bretagna.

2.1 *Dalla fase delle negoziazioni alla Joint Declaration del 1984*

L'anno della svolta nei negoziati sulla questione dello *status* di Hong Kong fu il 1979 durante un incontro ufficiale diretto a rafforzare le relazioni con la Cina nel corso del quale emerse inequivocabilmente l'intenzione del governo cinese e del suo *leader* Deng Xiaoping di ripristinare la sovranità cinese sull'intera colonia allo scadere del periodo di cessione dei Nuovi Territori.

All'inizio degli anni Ottanta si aprirono quindi i negoziati per determinare il futuro della metropoli asiatica. In conformità ai propri piani annunciati, nel dicembre 1982 la Repubblica Popolare Cinese adottò una nuova costituzione che prevedeva all'art. 31 la possibilità di istituire regioni amministrative speciali attraverso una legge fondamentale. L'istituzione di tali regioni amministrative speciali era l'espressione concreta del noto principio "*one country, two systems*" (一個國家, 兩種制度 *yige guojia, liang zhong zhidu*) formulato alla fine degli anni Settanta dallo stesso Deng Xiaoping⁶⁵. Tale politica era stata originariamente pensata per riunificare la Cina con il territorio di Taiwan⁶⁶, ma venne poi messa in pratica per la prima volta con le due colonie di Hong Kong e Macao al fine di risolvere le questioni lasciate in sospeso dalla storia. In forza di tale approccio, la riunificazione di tali territori doveva essere dettata, da un lato, dall'affermazione dell'unitarietà del territorio cinese (*one country* / 一個國家, *yige guojia*) e, dall'altro, dalla possibilità di beneficiare di un alto grado di autonomia e di mantenere inalterato il sistema socio-economico di tipo capitalistico (*two systems* / 兩種制度, *liang zhong zhidu*)⁶⁷.

⁶⁵ Sull'evoluzione della politica "*one country, two systems*" e sulle sue implicazioni nel nascente sistema della regione amministrativa speciale si rimanda a P. M-F. LEUNG, *The Hong Kong Basic Law: Hybrid of Common Law and Chinese Law*, Hong Kong, 2007, pp. 16-29.

⁶⁶ Alla fine degli anni Settanta, infatti, la questione di Taiwan venne messa in agenda e nel 1981 Ye Jianying, Presidente del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo, formulò i nove principi che l'anno successivo Deng Xiaoping riprese. Tuttavia la politica "*one country, two systems*" venne respinta dal governo di Taiwan (su questo aspetto si rimanda a A. CHEN, *The Theory, Constitution and Practise of Autonomy: The Case of Hong Kong*, in OLIVEIRA J., CARDINAL P. (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders: Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Berlin-London, 2009, pp. 755-757).

⁶⁷ Così, infatti, si è espresso lo stesso Deng Xiaoping il quale in un successivo discorso del 26 settembre 1984 ha ribadito che «*We are pursuing a policy of "one country, two systems". More specifically, this means that within the People's Republic of China, the Mainland with its one billion*

Pur alla luce di questa innovativa politica in grado di conciliare le esigenze di autonomia della colonia inglese e le esigenze di sovranità della RPC, i negoziati tra il governo di Londra e quello di Pechino si rivelarono comunque assai difficili e complessi.

Solo con il superamento delle resistenze inglesi alla rinuncia della sovranità su Hong Kong e la garanzia da parte del governo cinese di assicurare l'indipendenza della colonia anche dopo il ritorno alla sovranità cinese, si riuscì a pervenire alla conclusione dei negoziati nel 1984 con la firma della Sino-British Joint Declaration (中英联合声明, *zhong ying lianhe shengming*)⁶⁸, documento fondamentale per il ritorno di Hong Kong alla Cina. Con tale atto, entrambi i paesi concordavano di trasferire la sovranità della colonia dalla Gran Bretagna alla Cina il 1° luglio 1997 e, in conformità al principio della “*one country, two systems*”, a partire da tale data Hong Kong si sarebbe trasformata in una Regione Amministrativa Speciale (RAS)⁶⁹ dotata di un alto grado di autonomia dal governo centrale di Pechino (eccetto per le questioni inerenti alla difesa e agli affari esteri)⁷⁰.

I tre allegati al trattato precisavano nel dettaglio gli accordi fissati nella Joint Declaration. Nello specifico, l'Allegato I indicava le politiche riguardanti il futuro di Hong Kong (come, ad esempio, disposizioni sulla forma di governo, sul

people will maintain the socialist system, while Hong Kong and Taiwan continue under the capitalist system» (il discorso completo è pubblicato in A. LAWRENCE, *China since 1919: revolution and reform: a sourcebook*, London, 2004).

⁶⁸ La Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong (中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明, *zhonghua renmin gongheguo zhengfu he dabuliedian ji bei ai'erlan lianhe wangguo zhengfu guanyu xianggang wenti de lianhe shengming*) era un accordo bilaterale composto da un accordo e tre allegati a cui si aggiungevano due memoranda, uno per ciascun governo, riguardanti le questioni sulla nazionalità dei cittadini di Hong Kong. Sul punto cfr. R. HORLEMANN, *Hong Kong's Transition to Chinese Rule: the Limits of Autonomy*, Londra-New York, 2003, pp. 9-12.

⁶⁹ Per esteso, Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China (HKSAR), 中华人民共和国香港特别行政区 (*zhonghua renmin gongheguo xianggang tebie xingzheng qu*).

⁷⁰ Questo accordo tuttavia lasciava irrisolte alcune questioni fondamentali come, ad esempio, la validità dei trattati stipulati: non a caso l'articolo 1 della Dichiarazione, in conformità alla visione cinese secondo cui la Cina non aveva mai perso la sovranità su Hong Kong, prevedeva che la RPC avrebbe *ripreso* la sovranità sulla colonia mentre la successiva clausola prevedeva, secondo la visione inglese della perfetta validità dei trattati dal punto di vista del diritto internazionale, la *cessione* dell'esercizio della sovranità su Hong Kong; sul punto cfr. J. CHAN, *From Colony to Special Administrative Region*, in J. CHAN, C.L. LIM (eds.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011, pp. 21 ss.

sistema giudiziario, sul sistema finanziario, economico e monetario); l'Allegato II disciplinava, invece, la costituzione del Sino-British Liaison Group le cui funzioni erano essenzialmente di effettuare consultazioni sull'implementazione della Joint Declaration, di discutere eventuali questioni per favorire la transizione al nuovo governo e di promuovere lo scambio di informazioni su questi temi tra i due paesi; l'Allegato III, infine, conteneva alcune disposizioni in materia di rilascio e rinnovo di locazioni di terreni nonché l'istituzione di un'apposita Land Commission che si occupasse di tali questioni.

Con la firma dell'accordo congiunto, il governo cinese si impegnava inoltre a mantenere inalterato per un periodo di 50 anni il sistema politico-istituzionale delineato nella Joint Declaration⁷¹. Ciò, in concreto, significava che per tale periodo a Hong Kong erano garantite sia l'indipendenza dal punto di vista esecutivo, legislativo e giudiziario sia la conservazione del diritto vigente nella colonia⁷². Anche a livello economico l'accordo garantiva la continuità del sistema capitalistico, consentendo di mantenere inalterato il sistema socio-economico in uso e lo stile di vita praticato; veniva inoltre assicurata l'indipendenza doganale⁷³ e la possibilità di mantenere la propria moneta locale (il dollaro di Hong Kong)⁷⁴. I diritti e le libertà fondamentali tra cui il diritto di espressione, di stampa, di associazione, di movimento, di sciopero, di credo religioso nonché il diritto di proprietà privata erano altresì espressamente garantiti⁷⁵.

⁷¹ Cfr. art. 3, punto 12.

⁷² Cfr. art. 3, punto 3, secondo cui «*The Hong Kong Special Administrative Region will be vested with executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication. The laws currently in force in Hong Kong will remain basically unchanged.*».

⁷³ Cfr. art. 3, punto 6, secondo cui «*The Hong Kong Special Administrative Region will retain the status of a free port and a separate customs territory.*».

⁷⁴ Cfr. art. 3, punto 6, secondo cui «*The Hong Kong Special Administrative Region will retain the status of an international financial centre, and its markets for foreign exchange, gold, securities and futures will continue. There will be free flow of capital. The Hong Kong dollar will continue to circulate and remain freely convertible.*».

⁷⁵ Cfr. art. 3, punto 5, secondo cui «*The current social and economic systems in Hong Kong will remain unchanged, and so will the life-style. Rights and freedoms, including those of the person, of speech, of the press, of assembly, of association, of travel, of movement, of correspondence, of strike, of choice of occupation, of academic research and of religious belief will be ensured by law in the Hong Kong Special Administrative Region. Private property, ownership of enterprises, legitimate right of inheritance and foreign investment will be protected by law.*».

La Joint Declaration forniva anche indicazioni precise circa i caratteri sostanziali che la struttura istituzionale di Hong Kong avrebbe dovuto assumere⁷⁶. In particolare, l'accordo bilaterale prevedeva che il governo della RAS doveva essere composto da residenti cinesi (secondo la nota formula coniata da Pechino “*Hong Kong people governing Hong Kong*”) e il Chief Executive doveva essere nominato dal Governo centrale della RPC a seguito di consultazioni svolte a livello locale. Era altresì previsto che i membri dell'organo legislativo dovevano essere selezionati attraverso libere elezioni. In ambito di amministrazione della giustizia, la Joint Declaration sanciva l'indipendenza del potere giudiziario esercitato dalle corti della RAS alle quali era riconosciuto altresì il potere di aggiudicazione finale e riconosceva all'autorità in carica di perseguire i crimini nella piena libertà da interferenze nell'esercizio della sua attività. A ciò si aggiungeva che i diritti e le garanzie processuali dei residenti di Hong Kong quali l'accesso alla giustizia, il diritto ad essere rappresentato davanti alle corti da un avvocato di propria scelta e il diritto ad impugnare avanti le corti gli atti posti in essere dall'organo esecutivo dovevano continuare ad essere ugualmente garantiti.

Le previsioni contenute nella Joint Declaration costituiscono quindi le linee guida per modellare la Legge Fondamentale istitutiva della RAS i cui lavori preparatori⁷⁷ iniziarono l'anno successivo alla firma dell'accordo sino-inglese e si conclusero nell'aprile del 1990 quando l'Assemblea Nazionale del Popolo approvò la versione finale della Legge Fondamentale⁷⁸ (la *Basic Law*), destinata ad entrare in vigore il 1° luglio del 1997 con il trasferimento di sovranità di Hong Kong.

⁷⁶ Cfr. P. WESLEY-SMITH, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ La stesura della Legge Fondamentale fu affidata a un comitato composto da 59 membri di cui 23 provenienti da Hong Kong.

⁷⁸ The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China, 中华人民共和国香港特别行政区基本法 (*zhonghua renmin gongheguo xianggang tebie xingzhengqu jibenfa*). La Risoluzione è stata adottata nella terza sessione del settimo Congresso Nazionale del Popolo il 4 aprile 1990 e promulgata dal decreto n. 26 del presidente della Repubblica Popolare Cinese il 4 aprile 1990.

2.2 *Gli anni della transizione: dall'ultimo Governatore inglese al ritorno nella Repubblica Popolare Cinese*

Nel 1985 con l'entrata in vigore della Joint Declaration iniziò il periodo di transizione che trasformò Hong Kong da colonia inglese a RAS cinese. Fallito il tentativo di operare una democratizzazione dell'apparato istituzionale⁷⁹ a seguito delle forti pressioni provenienti dall'autorità cinese, il governo della colonia intraprese una serie di attività istituzionali dirette a preparare Hong Kong al passaggio di sovranità⁸⁰.

Una prima area d'intervento riguardò la lingua delle istituzioni e del diritto⁸¹. Infatti, l'Allegato I della Sino-British Joint Declaration prevedeva l'utilizzo della lingua cinese, oltre all'inglese, in tutte le istituzioni e le corti della RAS. Sulla questione della lingua ufficiale, già nel 1974 con l'emanazione della Official Languages Ordinance (法定語文條例, *fading yuwen tiaoli*) il governo della colonia aveva tentato di introdurre il cinese quale lingua ufficiale ma l'emendamento aveva avuto scarsa risonanza anche perché non trovava applicazione né per la legislazione né per i procedimenti giudiziari avanti la District Court e le corti superiori a questa. Nel 1988 venne quindi introdotto un emendamento alla Official Languages Ordinance in forza del quale non solo la produzione normativa futura doveva essere emanata nelle due lingue ufficiali, ma anche la legislazione allora in vigore doveva essere tradotta ed autenticata in lingua cinese. Prese così il via l'imponente processo di traduzione in cinese di tutto il diritto legislativo coloniale, processo ultimato in soli dieci anni.

Una seconda area d'intervento riguardò la sistematizzazione del diritto applicabile a Hong Kong. Infatti, l'art. 2 dell'Allegato I della Sino-British Joint Declaration se, da una parte, garantiva il mantenimento delle leggi in vigore nella

⁷⁹ Tra le iniziative del governo coloniale per accelerare il processo di democratizzazione della colonia si veda il Libro Verde del 1984, intitolato *The further development of the representative government in Hong Kong*, e il successivo Libro Bianco del 1988, intitolato *The development of representative government: the way forward*. Alcune importanti riforme per rinforzare la separazione dei poteri furono comunque realizzate dall'ultimo Governatore, Chris Patten: così a far data dal 1993 il Governatore non costituiva più capo del Legislative Council e nel 1995 il Legislative Council veniva interamente eletto.

⁸⁰ Sul punto cfr. J. CHAN, *op. cit.*, pp. 23-32.

⁸¹ Su questo processo si rinvia anche al capitolo IV, § 1.2.

colonia, dall'altra parte, specificava che tale normativa non doveva essere in contrasto con la Legge Fondamentale e, in ogni caso, non poteva essere costituita da atti normativi del Parlamento inglese⁸². Al fine di rispettare tale previsione, venne quindi posto in essere un complesso procedimento di revisione e adeguamento della normativa⁸³ che consisteva nel porre al vaglio tutta la legislazione inglese allora vigente. Gli atti normativi del Parlamento inglese ritenuti essenziali per sistema di Hong Kong vennero introdotti attraverso un'apposita *ordinance*.

In questo processo, due furono i documenti fondamentali che dettarono le regole della continuazione del diritto inglese nella futura RAS: la Risoluzione sul trattamento delle leggi in precedenza vigenti a Hong Kong adottata, ai sensi dell'art. 160 della Legge Fondamentale, dal Comitato Permanente il 23 febbraio 1997 e la Hong Kong Reunification Ordinance (香港回歸條例, *xianggang huigui tiaoli*)⁸⁴. Il primo documento aveva sostanzialmente quattro funzioni: abrogava (totalmente o parzialmente) alcune *ordinances* della colonia ritenute incompatibili con la Legge Fondamentale; sanciva la prevalenza del diritto nazionale in caso di conflitto tra una legge nazionale della RPC applicabile a Hong Kong e una legge locale; forniva indicazioni di carattere generale sulle modalità di adeguamento del diritto coloniale⁸⁵; dettava alcune regole per l'interpretazione delle leggi adottate. Quanto, invece, alla Hong Kong Reunification Ordinance, questa riprese sostanzialmente il contenuto della Risoluzione del Comitato Permanente al fine di recepirla e renderla effettiva nell'ordinamento di Hong Kong.

⁸² La Sino-British Joint Declaration indicava altresì una serie di leggi espressamente escluse dalla recezione nel diritto della RAS quali la Letters Patent, le Royal Instructions e le leggi promulgate dal Parlamento inglese applicabili anche a Hong Kong.

⁸³ Questo complesso processo è noto come "*localization of English Acts*" e ha comportato non solo l'adozione delle disposizioni rilevanti dal diritto inglese ma anche la modifica di trattati e accordi internazionali a cui erano connesse le leggi inglesi per poter procedere alla rettifica della legislazione della colonia; sul punto cfr. J. CHAN, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁸⁴ Cfr. Y. P. GHAI, *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of the Chinese Sovereignty and the Basic Law*, 1999, pp. 381 ss. Sulla Risoluzione adottata dal Comitato Permanente, l'autore sostiene che il Comitato Permanente sembra aver superato la propria competenza ai sensi dell'art. 160 della Legge Fondamentale in quanto la sua funzione è esclusivamente quella di dichiarare se le leggi sono in contrasto e non apportare modifiche a queste poiché nel nuovo assetto della RAS la competenza di modificare la legge spetta esclusivamente al legislatore della Regione.

⁸⁵ Ad esempio, indicava alcuni criteri generali per la sostituzione di nomi, termini ed espressioni di derivazione coloniale.

Una terza area di intervento riguardò la salvaguardia dei diritti e obblighi nascenti da trattati internazionali a cui il Regno Unito aderiva e, per effetto, estesi anche alla colonia. Al fine di preservare tali accordi, i trattati bilaterali vennero rinegoziati con i rispettivi paesi firmatari delle convenzioni. Nei casi di accordi conclusi con Organizzazioni internazionali, l'adesione di Hong Kong fu subordinata all'accettazione espressa da parte dell'organizzazione, come, ad esempio, avvenne per l'Organizzazione Mondiale del Commercio la quale acconsentì alla partecipazione individuale di Hong Kong (accanto alla RPC) in quanto autonomia locale dotata di indipendenza doganale.

Infine, ulteriori interventi furono adottati per consentire la transizione al nuovo regime di alcune importanti istituzioni. Furono quindi iniziati i preparativi per sostituire il Judicial Committee del Privy Council e istituire la Court of Final Appeal⁸⁶. Un altro aspetto importante fu il reclutamento dei funzionari governativi che in forza dell'art. 61 della Legge Fondamentale dovevano essere cittadini cinesi o residenti permanenti di Hong Kong senza diritto di soggiorno in nessun paese straniero.

La lunga fase di preparativi terminò il 1° luglio 1997 quando, a seguito di una maestosa cerimonia, Hong Kong dopo 150 anni di dominio straniero ritornò a far parte del territorio cinese. Se per il Regno Unito questo momento determinò l'epilogo del suo passato coloniale, per la Cina questo momento rappresentò la fine dell'epoca dei trattati ineguali e dell'imperialismo occidentale.

⁸⁶ Sul processo di istituzione della Court of Final Appeal, cfr. J. CHAN, *The Judiciary*, in J. CHAN, C. L. LIM (eds.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011, pp. 293-294; la Court of Final Appeal Ordinance venne emanata nel 1995 ed entrò in vigore il 1° luglio 1997.

CAPITOLO TERZO

IL *COMMON LAW* NELLA REGIONE AMMINISTRATIVA SPECIALE

—

1. Il *common law* oggi: alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale tra elementi di continuità e di innovazione

Uno dei lasciti del dominio britannico più significativi per lo sviluppo di Hong Kong è rappresentato dal sistema giuridico. Come è stato rilevato in alcuni studi¹, gli elementi giuridico-istituzionali del *common law* hanno favorito la crescita economica e il successo della colonia, trasformandola negli ultimi cinquant'anni di dominio inglese in uno dei centri commerciali e finanziari più importanti del mondo². L'importanza di preservare la struttura di *common law* è stata puntualizzata prima nella Sino-British Joint Declaration e poi nella Legge Fondamentale, ossia nei due documenti che realizzano il quadro costituzionale dell'ordinamento giuridico di Hong Kong, rispettivamente, a livello internazionale e a livello interno.

Tra le numerose disposizioni della Legge Fondamentale che assicurano la continuità del sistema coloniale e l'autonomia della Regione³, l'art. 2 prevede che

¹ Cfr. R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 2008, pp. 285-332.

² Nel 2013 il World Investment Report pubblicato dalla United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ha mostrato che Hong Kong è il terzo destinatario mondiale di investimenti stranieri.

³ Nello stesso preambolo si legge che «*Upholding national unity and territorial integrity, maintaining the prosperity and stability of Hong Kong, and taking account of its history and realities, the People's Republic of China has decided that upon China's resumption of the exercise*

«*The National People's Congress authorizes the Hong Kong Special Administrative Region to exercise a high degree of autonomy and enjoy executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication, in accordance with the provisions of this Law*». La continuità dell'apparato normativo pre-1997 è altresì garantita dall'art. 8⁴ il quale sancisce espressamente la conservazione del diritto precedentemente in vigore nella colonia (composto, come già visto nel capitolo precedente, da *common law*, regole di *equity*, legislazione primaria e secondaria nonché usi locali) in quanto compatibile con la Legge Fondamentale. Altre disposizioni sono poi dirette a preservare la *rule of law*⁵ e a garantire la conservazione del sistema capitalista e dello stile di vita praticato nella colonia⁶. Tali concessioni, tuttavia, non sono state accordate incondizionatamente. La Legge Fondamentale, infatti, pone dei precisi limiti a tale autonomia istituzionale ed economica di Hong Kong. Un primo limite è determinato dall'art. 5 della Legge Fondamentale che sancisce il mantenimento del sistema capitalista e lo stile di vita per un periodo limite di 50 anni dall'entrata in vigore di tale legge. Un secondo limite è poi rappresentato da quelle disposizioni della Legge Fondamentale che impongono meccanismi di controllo da parte del Governo Centrale sull'attività politico-istituzionale della Regione⁷.

of sovereignty over Hong Kong, a Hong Kong Special Administrative Region will be established in accordance with the provisions of Article 31 of the Constitution of the People's Republic China, and that under the principle of "one country, two systems", the socialist system and policies will not be practised in Hong Kong. The basic policies of the People's Republic of China regarding Hong Kong have been elaborated by the Chinese Government in the Sino-British Joint Declaration».

⁴ L'art. 8 della Legge Fondamentale recita, infatti, che «*The laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary law shall be maintained, except for any that contravene this Law, and subject to any amendment by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region*».

⁵ Come, ad esempio, la possibilità di continuare ad applicare il diritto precedentemente in vigore, la sottoposizione del governo al rispetto della Legge Fondamentale e della legge, l'indipendenza delle corti e dell'organo che esercita la pubblica accusa; sul punto, cfr. S. H. C. LO, *The Hong Kong Legal System*, Singapore, 2012, pp. 72-73.

⁶ L'art. 5 della Legge Fondamentale dispone che «*The socialist system and policies shall not be practised in the Hong Kong Special Administrative Region, and the previous capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years*». La stessa Joint Declaration del 1984 prevedeva che i principi e le *policies* affermate nella convenzione «*will remain unchanged for 50 years*» (art. 3).

⁷ Sul punto v. *infra* § 3.

Alcuni elementi di continuità sono anche rintracciabili nella struttura organizzativa della RAS che è disciplinata nel Capitolo IV della Legge Fondamentale, intitolato «*Political Structure*». La forma di governo adottata è, infatti, plasmata sul modello vigente durante il periodo coloniale e, in particolare, sul c.d. “*executive-led*” system⁸ che viene pertanto conservato anche nella RAS. Nel nuovo assetto istituzionale, alla figura del Governatore succede quella del Chief Executive il quale è l’emblema del potere esecutivo della Regione. Tale scelta, fortemente voluta dal Governo cinese⁹, è stata dettata da esigenze dirette sia a preservare la continuità di un’organizzazione che si era dimostrata particolarmente efficiente, sia a garantire una forma di governo in grado di assicurare un forte potere centrale e, dunque, una maggiore facilità per la RPC di esercitare il suo controllo all’interno della Regione.

Tuttavia, accanto a numerosi elementi di continuità, si individuano altrettanti numerosi elementi di innovazione introdotti con il sistema della RAS. Tra questi, vi è anche un tenue tentativo di rafforzare la separazione dei poteri all’interno della struttura organizzativa. Infatti, sebbene la colonia, pur non riconoscendolo espressamente, designasse un sistema tendenzialmente formulato sulla separazione dei tre poteri, vi erano alcuni elementi (come i poteri riconosciuti al Governatore) che comportavano una forte ingerenza del potere esecutivo nelle altre due sfere. Al pari della colonia, anche il sistema della RAS non riconosce espressamente il principio di separazione dei poteri; quest’ultimo, tuttavia, risulta implicitamente affermato da diverse disposizioni della Legge Fondamentale (*in primis* l’art. 2 sopra richiamato)¹⁰ le quali, per certi aspetti,

⁸ Alcuni autori hanno però evidenziato che in concreto tale “*executive-led*” system non è più presente nella Regione (cfr. B. TAI, *The Chief Executive*, in J. CHAN, C. L. LIM (eds.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011, pp. 186 ss.). Per un’analisi sull’adozione dell’“*executive-led*” government si rinvia a P. Y. LO, *The Hong Kong Basic Law*, Hong Kong, 2011, pp. 276-286.

⁹ Sulla necessità di mantenere un forte potere centralizzato, lo stesso Deng Xiaoping durante una riunione del comitato incaricato di redigere la Legge Fondamentale affermò che «*it would not be appropriate for [Hong Kong’s] legal system to be a copy of [...] the separation of the three powers and a British or American parliamentary system*»; cfr. B. TAI, *op. cit.*, pp. 185-186.

¹⁰ Cfr. S. H. C. LO, *op. cit.*, p. 91. Tra queste disposizioni si ricorda la responsabilità dell’esecutivo nei confronti del Legislative Council, la possibilità per il Legislative Council di chiedere l’*impeachment* del Chief Executive, la necessaria approvazione del legislatore al bilancio e alle voci di spesa della RAS. La stessa giurisprudenza delle corti della Regione ha confermato che

hanno l'effetto di rafforzare la valenza e la portata di tale principio. In particolare, nel nuovo sistema creato dalla Legge Fondamentale è riconosciuta una maggiore autonomia all'organo legislativo, il quale non è più mero organo "al servizio" del Governatore ma acquisisce il ruolo di assemblea legislativa indipendente; inoltre, vengono creati una serie di meccanismi di "*check-and-balance*" tra potere legislativo e potere esecutivo per assicurare il reciproco controllo sulle attività svolte da ciascun organo. Ulteriori elementi di novità sono poi destinati ad emergere nel breve periodo con il progetto di democratizzazione intrapreso in questi ultimi anni dal governo della Regione e che dovrebbe condurre a un maggiore coinvolgimento dei cittadini della RAS attraverso l'elezione diretta del Chief Executive¹¹.

1.1 *Le istituzioni della RAS*

La struttura istituzionale della RAS è costituita da un organo di governo, identificato nel Chief Executive (行政长官, *xingzheng zhangguan*)¹² affiancato dalle Executive Authorities (行政机关, *xingzheng jiguan*)¹³, e da un organo legislativo, identificato nel Legislative Council¹⁴.

Per quanto riguarda il potere esecutivo¹⁵, analogamente al periodo coloniale, al vertice della struttura di governo è posto il Chief Executive il quale è definito dalla Legge Fondamentale capo e rappresentante della Regione¹⁶. Il Chief Executive, il cui ufficio ha durata quinquennale, rappresenta altresì la figura di collegamento tra la RAS e il Governo Centrale e la sua attività deve essere

l'operatività del principio di separazione dei poteri si riflette sia nella Legge Fondamentale sia nel *common law* (cfr. *Secretary for Justice v Lau Kwook Fai* [2005] 3 HKLRD 88 103).

¹¹ Per un'analisi sul processo di democratizzazione della RAS, cfr. A. CHEN, *Development of Representative Government*, in J. CHAN, C.L. LIM (eds.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011, pp. 217-247.

¹² Artt. 43-58 della Legge Fondamentale.

¹³ Artt. 59-65 della Legge Fondamentale.

¹⁴ Artt. 66-79 della Legge Fondamentale.

¹⁵ Il Governo della SAR include il Department of Administration, il Department of Finance, il Department of Justice, oltre a vari uffici, commissioni e divisioni (come, ad esempio, la Law Reform Commission).

¹⁶ Art. 43, comma primo, della Legge Fondamentale.

direttamente ispirata e funzionale alla politica “*one country, two systems*”. In forza di questo suo ruolo di collegamento egli è sottoposto ad un doppio regime di responsabilità: il Chief Executive, infatti, risponde nell’esercizio delle sue funzioni sia nei confronti dei cittadini della RAS sia nei confronti del Governo di Pechino¹⁷.

Il decisivo ruolo di collegamento è altresì ribadito dalle modalità con cui viene nominato il Chief Executive¹⁸: infatti, il potere finale di nomina – così come, implicitamente, il potere di rimuoverlo dall’incarico¹⁹ – spetta al Governo Centrale al quale è riconosciuta l’autorità di approvare il Chief Executive selezionato, a seguito di un’articolata procedura, dall’Election Committee²⁰.

Una volta insediato nel suo ufficio, il compito principale del Chief Executive è di attuare la Legge Fondamentale e guidare il governo della Regione. I poteri riconosciuti ad esso²¹ sono stabiliti dall’art. 48 della Legge Fondamentale; tra questi si menzionano il potere di determinare le politiche e le azioni

¹⁷ Art. 43, comma secondo, della Legge Fondamentale che afferma «*The Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region shall be accountable to the Central People’s Government and the Hong Kong Special Administrative Region in accordance with the provisions of this Law*».

¹⁸ Tra i requisiti richiesti dalla Legge Fondamentale, l’art. 44 dispone che il Chief Executive deve essere un cittadino cinese di non meno di 40 anni, residente permanente della Regione da almeno vent’anni senza diritto di soggiorno permanente in altro paese straniero; inoltre, in virtù dell’art. 47 della Legge Fondamentale deve essere una persona di integrità, dedicato ai suoi doveri e al momento in cui assume il suo ufficio deve dichiarare i suoi beni avanti il Chief Justice della Corte d’Appello della RAS.

¹⁹ L’art. 52 della Legge Fondamentale prevede l’obbligo per il Chief Executive di rassegnare le sue dimissioni in caso di: a) inabilità a svolgere i suoi compiti; b) rifiuto di firmare una legge approvata con la maggioranza di due terzi dal Legislative Council quando per la medesima legge era già stato precedentemente rifiutato per due volte di apporre la firma; c) rifiuto di approvare il bilancio pubblico predisposto dal Legislative Council quando, pur a seguito dello scioglimento dell’assemblea, viene riconfermato dalla nuova assemblea legislativa.

²⁰ L’Election Committee è composto da 1.200 membri scelti tra vari settori (tra cui industria, membri del Legislative Council, componenti dell’Assemblea Nazionale della RPC). Tuttavia, in vista del processo di democratizzazione in atto, si segnala che in forza dell’art. 45 della Legge Fondamentale che dispone «*The ultimate aim is the selection of the Chief Executive by universal suffrage upon nomination by a broadly representative nominating committee in accordance with democratic procedures*» è attualmente in discussione una modifica alla nomina del Chief Executive attraverso la sua elezione a suffragio universale nel 2017. Sulla nomina del Chief Executive, cfr. C. L. LIM, J. CHAN, *Autonomy and Central-Local Relation*, in J. CHAN, C. L. LIM (eds.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011, pp. 69-71 nonché S. YOUNG, R. CULLEN, *Electing Hong Kong’s Chief Executive*, Hong Kong, 2010.

²¹ Tra gli altri poteri riconosciuti al Chief Executive si segnala il potere di emettere Executive Orders (indicazioni di tipo amministrativo al fine di attuare le leggi e realizzare politiche di governo), concedere la grazia e commutare le pene, ricevere e gestire petizioni e denunce dai cittadini della RAS.

governative da perseguire, il potere di designare (e rimuovere) i funzionari governativi (*principal officials*) ed i membri dell'Executive Council che lo affiancano nell'attività di governo e il potere di nominare i giudici delle corti di qualsiasi livello²². Di decisivo rilievo è poi il riconoscimento del potere di firmare e promulgare le leggi approvate dal Legislative Council: attraverso questa prerogativa, infatti, è consentito al Chief Executive la possibilità di sindacare il contenuto degli atti normativi approvati e di rifiutare la loro promulgazione qualora ritenuti non conformi all'interesse generale della RAS, rimettendoli conseguentemente all'organo legislativo per il riesame del contenuto²³.

Il Chief Executive presiede altresì l'Executive Council (行政会议, *xingzheng huiyi*) che, come nella struttura della colonia, è un organo di supporto al capo della Regione nella definizione delle politiche. L'Executive Council è composto da 15 funzionari governativi e 14 membri esterni selezionati tra alti dirigenti amministrativi, membri del Legislative Council e importanti personaggi pubblici. Le principali funzioni attribuite a questo organo sono di fornire pareri al Chief Executive²⁴ ed emanare la legislazione sussidiaria su delega dell'assemblea legislativa. L'Executive Council, in ogni caso, risponde del suo operato direttamente al Legislative Council; l'organo esecutivo, infatti, deve: a) implementare le leggi approvate dal legislatore della RAS e presentare a questo gli indirizzi dell'azione governativa, b) ottenere l'approvazione dell'assemblea sulle disposizioni in materia di tassazione e spesa pubblica, c) rispondere alle interrogazioni sull'azione di governo eventualmente formulate dai membri del Legislative Council.

Le principali funzioni amministrative ed esecutive del governo sono esercitate da 12 *policy bureaux* e 61 dipartimenti ed agenzie. La struttura amministrativa della RAS ha subito un sensibile cambiamento rispetto al modello coloniale, soprattutto per quanto riguarda la nomina dei funzionari governativi di

²² La nomina, tuttavia, avviene sulla base di una lista i cui nominativi sono selezionati da una commissione indipendente (Judicial Officers Recommendation Commission) formata da giuristi; inoltre, le nomine dei giudici della Court of Final Appeal e del Chief Justice richiedono l'approvazione del Legislative Council.

²³ Art. 49 della Legge Fondamentale.

²⁴ Tali pareri non sono vincolanti per Chief Executive ma se si discosta dal loro contenuto deve darne espressa motivazione (art. 56 della Legge Fondamentale).

più alto livello (*principal officials*). Durante il periodo coloniale, infatti, questi erano principalmente funzionari della pubblica amministrazione (*civil servants*) che rispondevano del loro operato esclusivamente a titolo di responsabilità amministrativa: all'interno della colonia pertanto i funzionari, anche quelli di più alto livello, non erano sottoposti alla c.d. responsabilità politica. Nel sistema della RAS, invece, al fine di rendere i principali funzionari governativi responsabili anche nei confronti della comunità, è stato introdotto nel 2002 il Principal Officials' Accountability System (POAS)²⁵. Tale sistema si propone l'obiettivo di creare una struttura, simile a quella ministeriale, in cui ciascun funzionario è ritenuto responsabile per la realizzazione delle politiche assegnate alla sua competenza²⁶. A tal fine, i principali cambiamenti introdotti dal POAS sono la responsabilità dei *principal officials* nei confronti del Chief Executive per il mancato raggiungimento degli obiettivi delle politiche e la nomina dei *principal officials* attraverso un incarico direttamente conferito dal Chief Executive che può essere revocato in qualsiasi momento (per cui non sono più considerati meri dipendenti governativi).

Il potere legislativo della Regione è invece esercitato dal Legislative Council (立法會, *lifa hui*)²⁷ i cui membri, a differenza del regime coloniale, sono integralmente individuati tramite elezione. Attualmente i 70 membri, che rimangono in carica quattro anni, vengono eletti attraverso due modalità²⁸: 35 membri sono nominati attraverso l'elezione diretta a suffragio universale e 35 membri sono nominati attraverso l'elezione per circoscrizioni funzionali, ossia organizzate sulla base dell'appartenenza dell'elettore a particolari professioni, gruppi industriali o commerciali²⁹.

²⁵ Sul punto, cfr. R. CULLEN, X. YANG, C. LOH, *Executive Government*, in J. CHAN, C. L. LIM (eds.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011, pp. 251 ss.

²⁶ Tra gli altri obiettivi si segnala il miglioramento della cooperazione tra Governo e Legislative Council e la formulazione e attuazione di politiche coordinate.

²⁷ Art. 66 della Legge Fondamentale.

²⁸ Tuttavia anche per il Legislative Council la Legge Fondamentale all'art. 68, comma secondo, prevede che «*The ultimate aim is the election of all the members of the Legislative Council by universal suffrage*».

²⁹ Ad esempio, tra le *functional constituencies* vi sono l'Insurance functional constituency, la Legal functional constituency e la Finance functional constituency.

Il compito principale³⁰ assegnato al Legislative Council, essendo definito *legislature* della RAS, è quello di discutere ed approvare nuovi *statutes* (法律, *fa lu*). Il potere di introdurre disegni di legge (*bills* / 法案, *fa'an*)³¹ spetta principalmente al potere esecutivo, ossia al dipartimento governativo di riferimento ovvero alla Law Reform Commission (法律改革委员会, *fa lu gaige weiyuanhui*). Ai singoli membri del Legislative Council è comunque concessa la possibilità di formulare delle proposte di legge ma tale facoltà è sottoposta ad alcune considerevoli limitazioni³²: infatti, da una parte, è fatto espresso divieto di introdurre proposte di legge aventi ad oggetto la spesa pubblica, la struttura politica o il funzionamento del governo e, dall'altra parte, le proposte di legge relative a politiche governative richiedono il preventivo consenso scritto del Chief Executive. Un ulteriore limite è costituito dal fatto che i disegni di legge introdotti dai singoli membri del Legislative Council (nonché, in generale, le mozioni e gli emendamenti) si considerano approvati solo se ottengono il sostegno di entrambi i gruppi che compongono il Legislative Council, ossia del gruppo eletto a suffragio universale e del gruppo eletto dalle circoscrizioni funzionali³³. Quanto al contenuto delle nuove proposte di legge, la *Basic Law* garantisce ampia discrezionalità nella scelta delle materie su cui legiferare, salvo il rispetto della Legge Fondamentale e il divieto di emanare leggi nelle materie riservate alla competenza esclusiva del Governo Centrale, ossia affari esteri, difesa nazionale e rapporti tra autorità centrale e RAS. La stesura del testo del disegno di legge è affidata alla Law Drafting Division (法律草拟科, *fa lu caoni*

³⁰ L'art. 73 della Legge Fondamentale elenca le funzioni e i poteri riconosciuti al Legislative Council; tra questi si segnala il potere di approvare la nomina e la rimozione dei giudici della Corte d'Appello e del Chief Judge della Corte Suprema, la facoltà di sollevare interrogazioni sul lavoro del governo, di ricevere e gestire i reclami da parte dei residenti di Hong Kong e la possibilità di sottoporre ad *impeachment* del Chief Executive. Oltre alla Legge Fondamentale, l'organizzazione e le funzioni dell'assemblea legislativa della RAS sono disciplinate dalla Legislative Council Ordinance e dalla Legislative Council (Powers and Privileges) Ordinance.

³¹ Occorre distinguere tra *public bills*, che riguardano l'intera comunità e *private bills*, che riguardano diritti, doveri e interessi di una categoria di persone, compreso associazioni o società (cfr. S. H. C. LO, *op. cit.*, p. 178).

³² Art. 74 della Legge Fondamentale.

³³ Come osserva A. CHEN, *Development of Representative Government*, cit., p. 231, rispetto al sistema vigente sotto la colonia, la facoltà di proporre nuove leggi da parte dei singoli membri dell'assemblea legislativa è ridotta in quanto questo "*split voting mechanism*" non era richiesto.

ke)³⁴ e, prima della discussione avanti l'assemblea legislativa, l'Executive Council deve esprimere la sua approvazione a sottoporre al Legislative Council il testo così redatto.

Il procedimento di approvazione delle leggi si suddivide in tre letture³⁵ al termine delle quali il disegno di legge si considera approvato se è raggiunta la maggioranza dei membri del Legislative Council. Una volta approvato, l'atto normativo è presentato al Chief Executive il quale deve firmare e promulgare la legge. Tale passaggio non costituisce una mera formalità in quanto in forza dell'art. 49 della Legge Fondamentale il Chief Executive, entro tre mesi, ha il potere di rinviare la legge all'assemblea legislativa se la reputa non compatibile con gli interessi generali della RAS. Se a seguito del riesame il Legislative Council approva nuovamente il testo, il Chief executive potrà decidere di firmare l'atto oppure sciogliere l'assemblea legislativa. Tuttavia, nel caso in cui anche il successivo Legislative Council approvi a maggioranza qualificata la medesima legge, è il Chief Executive che dovrà rassegnare le dimissioni.

Apposta la firma del Chief Executive, la legge viene quindi ufficialmente pubblicata sulla Gazzetta della Regione. L'atto normativo tuttavia, pur entrando a tutti gli effetti in vigore, può essere ancora sottoposto a sindacato. Infatti, in forza dell'art. 17 della Legge Fondamentale che impone l'obbligo di notificare al Governo Centrale le leggi approvate dalla RAS³⁶, il Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo se ritiene l'atto non conforme alle

³⁴ La Law Drafting Division è un ufficio all'interno del Department of Justice.

³⁵ La prima lettura è meramente formale mentre la seconda lettura ha la finalità di manifestare lo scopo del progetto di legge; in seguito, il disegno di legge viene deferito alla House Committee che provvederà ad apportare gli aggiustamenti necessari al testo ed eventuali emendamenti; dopo aver completato l'esame, il progetto di legge viene nuovamente sottoposto al vaglio del Legislative Council per la seconda lettura; se approvato, si procederà a valutare nuovamente il testo in commissione e, infine, si procederà alla terza e ultima lettura. Sul procedimento di emanazione delle leggi nella RAS, cfr. S. H. C. LO, *op.cit.*, pp. 176 ss.

³⁶ Il comma terzo di tale disposizione recita, infatti, che «*If the Standing Committee of the National People's Congress, after consulting the Committee for the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region under it, considers that any law enacted by the legislature of the Region is not in conformity with the provisions of this Law regarding affairs within the responsibility of the Central Authorities or regarding the relationship between the Central Authorities and the Region, the Standing Committee may return the law in question but shall not amend it. Any law returned by the Standing Committee of the National People's Congress shall immediately be invalidated. This invalidation shall not have retroactive effect, unless otherwise provided for in the laws of the Region*».

disposizioni della Legge Fondamentale può rinviare la legge al Legislative Council. Al Comitato Permanente tuttavia non è consentito apportare delle modifiche all'atto normativo ma il suo rinvio ha l'effetto concreto di invalidare immediatamente la legge.

Da ultimo, un altro importante potere riconosciuto al Legislative Council è quello di esaminare e approvare il bilancio della RAS, le nuove voci di spesa pubblica e la tassazione applicabile. Attraverso l'esercizio di questa funzione il Legislative Council esercita così un significativo potere di controllo diretto sull'attività dell'esecutivo.

1.2 *Il sistema delle corti*

Altro elemento fondamentale della struttura istituzionale della RAS è l'indipendenza dell'organo giurisdizionale. Il sistema delle corti *post-1997* riprende quasi integralmente la struttura dell'apparato giudiziario del periodo coloniale. Tale continuità emerge sia dalla Legge Fondamentale³⁷ sia dalla Hong Kong Reunification Ordinance³⁸. L'art. 81 della Legge Fondamentale richiede comunque che la struttura, i poteri e le funzioni delle corti della Regione siano a tutti i livelli disciplinati direttamente dalla legge; per questa ragione ciascuna corte è regolata da una propria *ordinance* di riferimento³⁹.

I giudici delle corti di Hong Kong hanno piena ed esclusiva giurisdizione in tutte le controversie della Regione, eccetto i casi in cui la materia del contendere riguarda le prerogative dello stato, come la difesa e gli affari esteri⁴⁰.

³⁷ L'art. 81, comma secondo, stabilisce, infatti, che «*The judicial system previously practiced in Hong Kong shall be maintained except for those changes consequent upon the establishment of the Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region*».

³⁸ Questa, infatti, alla sezione 10 stabilisce che «*Subject to this Ordinance, the continuity of legal proceedings, the criminal justice system, the administration of justice and the course of public justice shall not be affected by the resumption of the exercise of sovereignty over Hong Kong by the People's Republic of China*».

³⁹ In ogni caso alle corti è consentito, in conformità alle disposizioni di legge, di regolamentare le proprie prassi e procedure interne.

⁴⁰ Se durante un processo sorgono questioni di fatto riguardanti atti di stato come la difesa e gli affari esteri, le corti devono ottenere un attestato dal Chief Executive su tali questioni che è

Anche se non è espressamente previsto dalla Legge Fondamentale, alle corti è altresì generalmente riconosciuto⁴¹ il potere di riesaminare le decisioni prese dalla pubblica amministrazione e di sindacare (ed eventualmente invalidare) gli atti amministrativi.

Quanto all'organizzazione dell'apparato giudiziario, le corti della RAS si dividono in corti inferiori (Magistrates' courts, District Court e una serie di tribunali specializzati) e corti superiori (High Court e Court of Final Appeal)⁴².

Le Magistrates' Courts (裁判 法院, *caipan fayuan*)⁴³, anche a seguito del passaggio di sovranità, sono rimaste le corti inferiori con competenza in materia penale per i casi di reati minori che comportano pene massime di due anni di reclusione e multe fino a 100.000 HK\$. Tuttavia, in una prima fase, tutti i procedimenti penali vengono instaurati avanti il Magistrate; se un reato risulta essere di competenza della corte superiore, il caso viene poi trasmesso alla District Court (o alla Court of First Instance). Attualmente vi sono sette Magistrates' Courts situate sul territorio di Hong Kong⁴⁴. I Magistrates si dividono al loro interno tra giudici permanenti, i quali godono di più ampi poteri in termini di competenza e imposizione della pena, e giudici speciali, i quali si occupano delle questioni minori.

Come per le Magistrates' Courts, il sistema di Tribunali specializzati è rimasto inalterato rispetto al periodo coloniale. Tali organi giudiziari, istituiti al fine di garantire una veloce ed efficiente risoluzione delle liti comuni, sono caratterizzati da una maggiore informalità nella conduzione del procedimento e da una maggiore flessibilità in materia di onere probatorio, oltre che da costi di giustizia notevolmente contenuti. Tra questi tribunali si trovano il Lands Tribunal (土地 审裁处, *tudi shencaichu*) che tratta di casi in materia di locazione e

vincolante per i giudici. Prima di rilasciare tale certificato, il capo dell'esecutivo deve ottenere un attestato analogo da parte del Governo Centrale.

⁴¹ *Ng Ka-Ling v HKRAS* [1999] HKCFA 72.

⁴² Alle corti superiori di Hong Kong sono riconosciuti i medesimi poteri delle corti superiori nella tradizione di *common law* inglese anche se non previsti espressamente da una legge tra cui il potere di sanzionare l'oltraggio alla corte commesso al di fuori delle aule e il potere di imporre delle misure cautelari a garanzia dei costi del processo (cfr. S. H. C. LO, *op.cit.*, p. 137).

⁴³ Si noti che la Magistrates Ordinance non istituisce un tribunale *ad hoc* in quanto prevede esclusivamente la nomina di *magistrates*; tuttavia la maggior parte dei procedimenti sono condotti in tribunale.

⁴⁴ Eastern, Kowloon City, Kwun Tong, Tsuen Wan, Fanling, Shatin and Tuen Mun.

costruzione di edifici, il Labour Tribunal (劳资 审裁处, *laozi shencaichu*) che esamina i casi in materia di lavoro per cause il cui valore non supera gli 8.000 HK\$, e il Small Claims Tribunal (小 额 钱 债 审 裁 处, *xiao e qianzhai shencaichu*) che giudica i casi il cui valore della controversia non supera i HK\$ 50.000⁴⁵.

A livello intermedio vi è la District Court (区域 法院, *qiyu fayuan*) che è competente a giudicare, in materia civile, le controversie di valore compreso tra i 50.000 HK\$ e 600.000 HK\$ e, in materia penale, i procedimenti per reati la cui pena non supera i sette anni di carcere.

A livello superiore vi è la High Court (高等 法院, *gaodeng fayuan*) che si compone della Court of Appeal e della Court of First Instance. La Court of First Instance (原 讼 法 庭, *yuan song fating*) ha competenze generali in materia civile e penale ed è sia giudice di primo grado sia giudice di appello per le cause decise dalle corti inferiori quali le Magistrates' Courts, il Small Claims Tribunal e il Labour Tribunal⁴⁶. In materia civile la corte si pronuncia in prima istanza nei casi aventi ad oggetto controversie di valore superiore ai 600.000 HK\$; in materia penale, si pronuncia, insieme alla giuria, nelle ipotesi di reato più gravi. La Court of Appeal (上 诉 法 庭, *shangsu fating*) è, invece, giudice di appello per tutte le questioni civili e penali decise in primo grado dalla Court of First Instance e dalla District Court nonché, quando previsto, dal Lands Tribunal e gli altri tribunali specializzati.

Al vertice del sistema si trova la Court of Final Appeal (终 审 法 院, *zhongshen fayuan*) che è stata introdotta dall'art. 81 della Legge Fondamentale al fine di sostituire la giurisdizione esercitata dal Judicial Committee del Privy Council. Alla corte di ultima istanza è pertanto espressamente riconosciuto il

⁴⁵ Oltre ai Tribunals, vi sono alcuni organi definiti quasi-giurisdizionali come l'Inland Revenue Board of Review (税 务 上 诉 案 例, *shuiwu shangsu anli*) e l'Immigration Tribunal (入 境 事 务 审 裁 处, *rujing shiwu shencaichu*).

⁴⁶ La sezione 12 della High Court Ordinance individua la giurisdizione della Court of First Instance attraverso il rinvio alle competenze esercitate dalle corti inglesi: così, in materia civile, la competenza della Court of First Instance corrisponde a quella esercitata dalle Chancery, Family and Queen's Bench Divisions della High Court of Justice in Inghilterra e, in materia penale, corrisponde a quella esercitata dalla High Court of Justice e dalla Crown Court.

potere di decisione finale all'interno della RAS, salvo il rispetto dell'obbligo di interpretazione del Comitato Permanente *ex art.* 158 della Legge Fondamentale, di cui si dirà in seguito. In materia civile la Court of Final Appeal ha competenza a decidere i ricorsi contro le decisioni della Corte di Appello e, in alcuni casi, della Court of First Instance; il ricorso alla corte superiore è sempre concesso se la controversia ha valore superiore a 1 milione HK\$, mentre per gli altri casi è necessario l'autorizzazione al ricorso (*leave*) da parte della corte che ha pronunciato la decisione (ovvero della stessa Court of Final Appeal se il giudice della sentenza impugnata ha negato il *leave*). In materia penale la Court of Final Appeal ha competenza a decidere i ricorsi contro le sentenze della Corte di Appello e della Court of First Instance che, a discrezione della corte, comportano questioni di diritto di estrema rilevanza. Solitamente la corte assume le proprie decisioni attraverso un collegio di cinque giudici composto dal Chief Justice, tre giudici permanenti e un giudice non permanente ovvero un giudice di un'altra giurisdizione di *common law* selezionato dal Chief Justice⁴⁷.

Nell'esercizio delle loro funzioni, i giudici della Regione sono tenuti a prendere le loro decisioni in conformità alle leggi vigenti nella RAS. A tal proposito, come si spiegherà oltre, ai giudici è consentito richiamare il *common law* e le regole di *equity* che rimangono, per espresso riconoscimento della Legge Fondamentale, in vigore nell'ordinamento della RAS; inoltre, è fatta altresì salva la possibilità di citare a sostegno delle proprie pronunce precedenti di altri ordinamenti di *common law*⁴⁸.

Un altro elemento rimasto invariato rispetto al sistema delle corti del periodo coloniale, strettamente connesso al sistema di *common law*, è la dottrina dello *stare decisis* che opera nelle corti della RAS sia in senso verticale sia in senso orizzontale ma secondo modalità e gradi diversi tra i vari livelli di corti⁴⁹. All'interno delle corti inferiori, la District Court, le Magistrates' Courts e i tribunali specializzati sono vincolati, in senso verticale, dalle decisioni della High

⁴⁷ Cfr. Hong Kong Court of Final Appeal Ordinance, sezione 16.

⁴⁸ Art. 84 della Legge Fondamentale.

⁴⁹ Cfr. S. H. C. LO, *op.cit.*, pp. 152 ss.

Court e della Court of Final Appeal⁵⁰; in senso orizzontale, invece, ciascun giudice è libero di discostarsi dalla decisione adottata da un altro giudice della stessa corte anche se difficilmente divergerà dal precedente in virtù del *judicial comity principle* (rispetto reciproco delle decisioni) che impone, anche ai fini di certezza del diritto, di discostarsi dalla pronuncia solo se reputata palesemente errata. Lo *stare decisis* nella Court of First Instance opera, in senso verticale, per le decisioni della Court of Final Appeal e della Court of Appeal; in caso di conflitto tra due decisioni Court of Appeal la regola adottata è quella di dare prevalenza alla decisione successiva se è stata resa prendendo in considerazione anche il precedente contrastante. In senso orizzontale, invece, la Court of First Instance non è vincolata dalle proprie decisioni⁵¹, anche se, tendenzialmente, la decisione presa da un altro giudice viene disattesa solo quando reputata errata. Parimenti la Court of Appeal è vincolata, in senso verticale, alle pronunce della corte suprema della RAS mentre, in senso orizzontale, può discostarsi dai suoi precedenti solo se li ritiene evidentemente errati⁵². Quanto alla Court of Final Appeal, essendo corte di ultima istanza, non è vincolata né dalle pronunce dei giudici inferiori né dalle proprie precedenti decisioni ma è tenuta ad applicare le interpretazioni date dal Comitato Permanente. Tuttavia la stessa corte ha tenuto a precisare che la facoltà di discostarsi dal proprio precedente deve essere esercitata con estrema cautela⁵³. Quanto alle decisioni del Privy Council, quale corte di ultima istanza della colonia, occorre precisare che queste sono vincolanti in quanto parte del diritto di fonte giurisprudenziale tramandato alla RAS solo se pronunciate prima del passaggio di sovranità; le pronunce successive hanno solo valore persuasivo e potranno essere richiamate a discrezione delle corti e applicate solo in assenza di una pronuncia sul punto della Court of Final Appeal. Parimenti, potranno essere utilizzate per la loro efficacia persuasiva anche le

⁵⁰ Tuttavia non è pacifico che la District Court sia vincolata alle decisioni della Court of First Instance in quanto spesso sono considerate di pari livello.

⁵¹ *Building Authority v Business Rights Ltd* [1999] 3 HKC 247, 251.

⁵² Cfr. *Attorney General v Lau Chiu-tak* [1984] HKLR 23.

⁵³ Nel caso *Solicitor (24/07) v Law Society of Hong Kong* [2008] 2 HKLRD 576, la Court of Final Appeal ha specificato quando una precedente decisione è da considerare «*plainly wrong*».

decisioni della House of Lords (e, ora, della UK Supreme Court) nonché delle altre corti supreme del Commonwealth⁵⁴.

2. Le fonti del diritto all'interno della nuova RAS

Nell'ottica della continuità con il precedente sistema giuridico, la Joint Declaration⁵⁵ e la Legge Fondamentale⁵⁶ dispongono la conservazione del diritto applicato durante il periodo coloniale; tuttavia, l'applicazione concreta di tale precetto si è rivelata una questione assai complessa⁵⁷, in ragione della preoccupazione del Governo Centrale di preservare la propria sovranità e impedire l'ingresso indiscriminato della legislazione inglese nel sistema della RAS. Proprio questa preoccupazione aveva portato durante la fase di redazione all'inserimento nella Legge Fondamentale di quel complesso meccanismo per esaminare la compatibilità delle leggi precedenti al 1997 e renderle conformi al nuovo sistema giuridico e costituzionale di matrice cinese.

La continuità del sistema delle fonti è sostanzialmente sancita dall'art. 18 della Legge Fondamentale⁵⁸ il quale individua quattro categorie di fonti del diritto della RAS costituite dalla Legge Fondamentale, dal diritto in vigore prima

⁵⁴ Inoltre si segnala che nel caso *HKSAR v Ng Kung Sui and Another* [2000] HKC 117, la Court of Final Appeal ha fatto espresso riferimento anche a due decisioni provenienti da giurisdizioni non di *common law* (precisamente da Germania e Italia).

⁵⁵ Cfr. Allegato I, secondo paragrafo.

⁵⁶ Cr. artt. 8 e 18.

⁵⁷ Sul punto, cfr. Y. P. GHAI, *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of the Chinese Sovereignty and the Basic Law*, Hong Kong, 1999, pp. 359 ss.; l'autore rileva anche che nelle altre ex colonie britanniche a seguito dell'indipendenza il processo di transizione è stato più semplice in quanto generalmente tutte le leggi continuavano a rimanere in vigore salvo la clausola in forza della quale tali leggi dovevano essere interpretate con le modifiche e gli adattamenti necessari per renderle conformi al nuovo assetto costituzionale.

⁵⁸ L'art. 18, ai commi primo e secondo, recita «*The laws in force in the Hong Kong Special Administrative Region shall be this Law, the laws previously in force in Hong Kong as provided for in Article 8 of this Law, and the laws enacted by the legislature of the Region. National laws shall not be applied in the Hong Kong Special Administrative Region except for those listed in Annex III to this Law. The laws listed therein shall be applied locally by way of promulgation or legislation by the Region*». In attuazione di tale disposizione la Hong Kong Reunification Ordinance alla sezione 7 prevede che «*The laws previously in force in Hong Kong, that is the common law, rules of equity, Ordinances, subsidiary legislation and customary law, which have been adopted as the laws of the HKSAR, shall continue to apply*».

dell'*handover* come indicato dall'art. 8 della Legge Fondamentale (ossia *common law*, regole di *equity*, *ordinances*, legislazione secondaria e diritto consuetudinario cinese), dalla legislazione di nuova produzione della RAS (ossia leggi emanate dal Legislative Council e legislazione secondaria, detta anche sussidiaria o subordinata) e dalle leggi nazionali della RPC direttamente applicabili in forza del loro richiamo nell'Allegato III della Legge Fondamentale.

2.1 *Aspetti costituzionali: la Basic Law*

La Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China (中华人民共和国香港特别行政区基本法, *zhonghua renmin gongheguo xianggang tebie xingzhengqu jibenfa*) è il documento fondamentale di Hong Kong che definisce la struttura politico-istituzionale del sistema giuridico della RAS e le relazioni tra l'autorità centrale e l'autorità regionale. La Legge Fondamentale è stata emanata dall'Assemblea Nazionale del Popolo il 4 aprile 1990 e la sua validità e autorità deriva direttamente dall'art. 31 della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese. Essa trova altresì il suo fondamento nella Sino-British Joint Declaration in quanto è stata emanata al fine specifico di attuare tale convenzione internazionale. In forza di ciò, la Legge Fondamentale presenta una natura molteplice, essendo contemporaneamente legge nazionale della Repubblica Popolare Cinese, "mini-costituzione"⁵⁹ della Regione Amministrativa Speciale e documento normativo che recepisce ed attua le obbligazioni di un trattato internazionale.

La Legge Fondamentale è suddivisa in nove capitoli⁶⁰ destinati a disciplinare tutti gli aspetti più rilevanti della Regione (sistema giuridico, sistema

⁵⁹ Tale termine si giustifica in base al fatto che Hong Kong non è un territorio indipendente ma la Legge Fondamentale opera comunque come costituzione poiché istituisce la struttura politico-giuridica della RAS.

⁶⁰ Tali capitoli sono: Principi Generali (capitolo I), Relazioni tra le Autorità Centrali e la Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong (capitolo II), Diritti fondamentali e doveri dei residenti (capitolo III), Struttura politica (capitolo IV), Economia (capitolo V), Educazione, scienza, cultura, sport, religione, lavoro e servizi sociali (capitolo VI), Affari esterni (capitolo VII), Interpretazione emendamenti della Legge Fondamentale (capitolo VIII), Disposizioni aggiuntive (capitolo IX). Per

economico e politiche sociali) in conformità al principio di “*one country, two systems*”. A completare la Legge Fondamentale, i tre allegati alla legge disciplinano le procedure per la selezione del Chief Executive (Allegato I), i metodi per la formazione dell’assemblea legislativa e le procedure di voto (Allegato II), le leggi nazionali della RPC applicabili anche alla RAS (Allegato III).

Trattandosi formalmente di una legge della RPC, il potere di emendare la Legge Fondamentale spetta unicamente all’Assemblea Nazionale del Popolo, mentre alla Regione è riservata la sola facoltà di proporre delle modifiche⁶¹.

Alla *Basic Law* è riconosciuto valore superiore nella gerarchia delle fonti dell’ordinamento di Hong Kong, essendo sottoposta al solo rispetto della Costituzione cinese. Tale superiorità, che le è valsa il titolo di “mini-costituzione”, discende non solo implicitamente dalla Legge Fondamentale stessa, la quale all’art. 11 afferma che tutte le leggi della Regione non possono essere in contrasto con questa, ma anche dalla Risoluzione emanata dall’Assemblea Nazionale del Popolo che, in ragione delle condizioni speciali di Hong Kong, ha riconosciuto espressamente il valore costituzionale della Legge Fondamentale all’interno della RAS⁶².

L’interpretazione in ultima istanza della Legge Fondamentale spetta, contrariamente al principio generale di separazione dei poteri, al Comitato Permanente dell’Assemblea Nazionale del Popolo in virtù dell’art. 158 della Legge Fondamentale. Ne consegue che, mentre alle corti è sempre consentito interpretare liberamente le disposizioni della *Basic Law*, alla Court of Final Appeal, in quanto giudice di ultima istanza, è fatto obbligo di richiedere l’interpretazione del Comitato Permanente quando la disposizione da interpretare

un’analisi sui contenuti dei capitoli della Legge Fondamentale si rimanda a A. COORAY, *Constitutional Law in Hong Kong*, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 57-59.

⁶¹ Le proposte di modifica devono essere approvate dai due terzi della delegazione dei rappresentanti della RAS nell’Assemblea Nazionale del Popolo, dai due terzi dei membri del Legislative Council e dal Chief Executive.

⁶² Risoluzione dell’Assemblea Nazionale del Popolo sulla Legge Fondamentale della Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong, adottata nella terza sessione dalla settima Assemblea Nazionale del Popolo il 4 aprile 1990; in tale documento si afferma espressamente che «*The Basic Law of Hong Kong Special Administrative Region is constitutional as it is enacted in accordance with the Constitution of People’s Republic of China and in the light of the specific conditions of Hong Kong*».

riguarda le materie di competenza esclusiva del Governo centrale ovvero i rapporti tra Governo centrale e RAS⁶³.

2.2 *Le fonti primarie e secondarie*

La legislazione della RAS si suddivide in legislazione primaria, costituita dalla *statute law* emanata dal Legislative Council, e legislazione sussidiaria, costituita da molteplici strumenti quali regolamenti, provvedimenti, ordini e statuti emanati principalmente dall'organo esecutivo in conformità al potere conferito dal legislatore.

La *statute law*, a sua volta, è composta dalle leggi in vigore prima del 1997, dalle leggi emanate dall'assemblea legislativa dopo il 1997 e dalle leggi nazionali della RPC che si applicano anche al territorio di Hong Kong in forza dell'Allegato III della Legge Fondamentale.

Quanto al diritto legislativo vigente prima dell'*handover*, la sua continuità è garantita dall'art. 8 della Legge Fondamentale che dispone «*The laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary law shall be maintained, except for any that contravene this Law, and subject to any amendment by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region*». Tale disposizione riveste la sostanziale funzione di preservare le leggi e i principi di diritto preesistenti al fine di consentire la piena conservazione e prosecuzione del sistema giuridico⁶⁴.

Tuttavia il diritto pre-1997 non è recepito incondizionatamente in quanto l'art. 8 della Legge Fondamentale impone dei limiti sostanziali. Innanzitutto, dal suo ambito sono esclusi i privilegi imperiali (quali il Letters Patent e le Royal Instructions) nonché le leggi promulgate dal Parlamento inglese estese alla

⁶³ Su questo sistema ibrido, cfr. S. H. C. LO, *op.cit.*, pp. 98-99.

⁶⁴ Sull'interpretazione di "*laws previously in force*", cfr. Y. P. GHAI, *op. cit.*, pp. 375-379, in cui l'autore osserva che una parte della dottrina cinese sosteneva che tale espressione fosse da intendere come periodo antecedente alla Sino-British Joint Declaration ovvero alla emanazione della Legge Fondamentale; tuttavia la Court of Final Appeal ha definitivamente sancito che tale espressione è da intendersi riferita alla legislazione in vigore al 30 giugno 1997.

colonia⁶⁵; queste ultime, quando ritenute necessarie per l'ordinamento della RAS, sono state recepite attraverso una *ordinance* locale. Sono altresì escluse tutte le leggi che violano i precetti della Legge Fondamentale; a tal fine, negli anni precedenti il passaggio di sovranità, il Joint Liaison Group è stato impegnato a determinare leggi e disposizioni normative in contrasto con i precetti della *Basic Law*⁶⁶. Alla cernita fatta dal Joint Liaison Group si è, inoltre, affiancata anche una selezione operata dal Comitato Permanente il quale, in forza dell'art. 160 della Legge Fondamentale, ha direttamente abrogato alcune leggi in vigore nella colonia⁶⁷. Nei casi in cui non si è proceduto alla semplice abrogazione, gli atti ritenuti incompatibili sono stati poi sottoposti ad un complesso processo di adattamento al fine di garantire il rispetto dell'art. 8⁶⁸. Da ultimo, la sezione 2A della Interpretation and General Clauses Ordinance, norma di chiusura di questo sistema, ha espressamente imposto che tutte le leggi precedenti al 1997 devono comunque essere interpretate, anche attraverso modifiche e adattamenti necessari, in modo da non violare la Legge Fondamentale ed essere conformi con il nuovo *status* di RAS⁶⁹.

Quanto alle fonti primarie di nuova produzione, queste sono costituite dalle *ordinances* (条例, *tiaoli*) emanate dal Legislative Council⁷⁰. Come sopra già

⁶⁵ Come osservato da Y. P. GHAI, *op.cit.*, p. 365, questa normativa (composta da circa 300 documenti normativi) costituiva una parte assai rilevante del diritto applicabile alla colonia.

⁶⁶ Tale processo ha comportato in alcuni casi l'abrogazione di parti sostanziali della normativa (come è avvenuto per le sezioni 2(3), 3 e 4 della Bill of Rights Ordinance) mentre in altri casi la semplice rimozione dei riferimenti alla Gran Bretagna o all'uso di "Royal" (cfr. I. DOBINSON, D. ROEBUCK, *Introduction to Law in the Hong Kong SAR*, Hong Kong, 2013, pp. 28-29).

⁶⁷ Nello specifico, 24 *ordinances* non sono state adottate (cfr. Risoluzione del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo sul trattamento delle leggi precedentemente in vigore a Hong Kong ai sensi dell'art. 160 della Legge Fondamentale della Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong, adottata il 23 febbraio 1997).

⁶⁸ Ad esempio, alcune leggi inglesi applicabili alla colonia in forza di Order in Council sono state mantenute attraverso l'emanazione di nuove *ordinances*, come è avvenuto per la Probate and Administration Ordinance, la Trustee Ordinance e l'Apportionment Ordinance.

⁶⁹ A tale scopo la sezione 2 prevede, ad esempio, che le disposizioni relative alla politica estera devono intendersi in modo da essere compatibili con i diritti internazionali e gli obblighi assunti dal Governo Centrale e che le disposizioni che attribuiscono privilegi al Regno Unito o ad altri paesi del Commonwealth, non contenuti in accordi reciproci tra Hong Kong e il Regno Unito o altri paesi del Commonwealth, non hanno più effetto.

⁷⁰ Si noti che la terminologia per indicare le fonti primarie (*ordinance*) è rimasta inalterata. Le *ordinances* possono essere suddivise in tre categorie: *ordinary*, *consolidating* (diretta a raccogliere in un unico testo più normative inerenti una medesima materia, come ad esempio la Landlord and Tenant (Consolidation) Ordinance) e *codifying* (diretta a riunire in un unico testo disposizioni di

illustrato, l'ambito della legislazione della RAS è assai esteso ma deve necessariamente rispettare i limiti imposti dalla Legge Fondamentale altrimenti l'Assemblea Nazionale del Popolo può decidere di invalidare la legge. Accanto a tali limitazioni, l'art. 23 della Legge Fondamentale impone anche alcuni obblighi a legiferare, ossia impone all'organo legislativo della RAS di emanare leggi nelle materie indicate in tale articolo (come, ad esempio, in materia di atti di tradimento, secessione, sovversione contro il Governo Centrale o furto di segreti di Stato). L'*ordinance* è solitamente composta da un titolo lungo e breve, che indica le finalità e l'oggetto della legge, da un preambolo, che contiene alcune spiegazioni formali sulla legge, e dal corpo della legge, che è suddiviso in sezioni e sottosezioni⁷¹. La produzione normativa della RAS è raccolta nei volumi della Laws of Hong Kong in cui le *ordinances* sono catalogate in base al capitolo, ossia il numero cronologico assegnato al momento della promulgazione.

Da ultimo, in eccezione al principio generale per cui le leggi della RPC non si applicano alla Regione, costituiscono fonti primarie della RAS le leggi nazionali della Repubblica Popolare Cinese indicate nell'Allegato III della Legge Fondamentale. Si tratta principalmente di leggi legate a questioni nazionali come la difesa⁷², le relazioni estere⁷³, la nazionalità⁷⁴, i confini territoriali⁷⁵, i simboli e l'identità nazionali⁷⁶. Tali leggi devono essere incorporate nell'ordinamento di Hong Kong tramite una legge⁷⁷ o un atto promulgativo del Governo della Regione (quale la pubblicazione sulla Gazzetta). La lista delle leggi nazionali applicabili alla RAS non è tuttavia a numero chiuso: infatti, al Comitato Permanente è sempre consentito estendere ulteriori atti normativi interni, previa consultazione

legge e di *common law* in un determinato settore, come ad esempio la Bills of Exchange Ordinance); cfr. I. DOBINSON, D. ROEBUCK, *op. cit.*, p. 41.

⁷¹ Cfr. I. DOBINSON, D. ROEBUCK, *op. cit.*, p. 98. All'interno delle *ordinances* vi è spesso una specifica sezione dedicata all'interpretazione la quale fornisce le definizioni delle parole chiave della legge.

⁷² Come la legge istitutiva del presidio militare cinese nella SAR.

⁷³ Come i regolamenti sui i privilegi e delle immunità diplomatiche.

⁷⁴ Come la legge sulla nazionalità.

⁷⁵ Come la legge sul mare territoriale e la zona contigua.

⁷⁶ Come la Risoluzione sulla capitale, sul calendario, sull'inno nazionale e la bandiera nazionale e le leggi sulla bandiera nazionale sull'emblema nazionale.

⁷⁷ Così è avvenuto per la National Flag and National Emblem Ordinance.

del Basic Law Committee⁷⁸ e del Governo della RAS. Si precisa, inoltre, che in caso di dichiarazione di stato di guerra o di stato di emergenza a causa di minacce alla sicurezza nazionale, è altresì consentito al Governo di Pechino emettere un ordine che estenda alla RAS l'applicazione di tutto il diritto vigente nella RPC.

Oltre alla legislazione primaria, la RAS è dotata di legislazione sussidiaria che è generalmente emanata dall'esecutivo e trova la sua fonte nell'*ordinance* che conferisce e delimita il potere di emanare tale legislazione secondaria⁷⁹. Il procedimento per la creazione della legislazione secondaria è più semplificato rispetto a quello previsto per le *ordinances*. Generalmente il testo, una volta approvato dall'Executive Council, viene sottoposto all'assemblea legislativa. Se il Legislative Council nelle due settimane successive non avanza obiezioni, l'atto normativo secondario viene promulgato ed entra in vigore il giorno in cui viene pubblicato nella Gazzetta; tuttavia, è possibile che il Legislative Council si riservi la facoltà di approvare preventivamente il testo della legislazione secondaria tramite la consueta procedura legislativa.

2.3 Common law e regole di equity

Common law e regole di *equity* rappresentano il diritto di matrice giurisprudenziale, costituito dalle regole e dai principi di diritto contenuti nelle decisioni delle corti. Tradizionalmente, *common law* ed *equity* si distinguevano in base all'organo che pronunciava il principio di diritto: il primo era, infatti, costituito dalle pronunce delle corti regie inglesi, mentre il secondo dalle pronunce della Court of Chancery. Successivamente con i Judicature Acts del 1873 e del 1875 la distinzione corti di *common law* e corti di *equity* venne abolita e, pertanto, le corti inglesi vennero unificate.

⁷⁸ Sul Basic Law Committee v. oltre § 3.1.

⁷⁹ Un esempio di delega di legislazione è contenuta nella sezione 376 della Securities and Futures Ordinance.

Nonostante l'unitarietà del sistema di corti, presente anche nel sistema di Hong Kong⁸⁰, *common law* ed *equity* rimangono ancora oggi separati soprattutto per quanto riguarda i rimedi offerti. Ciò emerge, ad esempio, dalla sezione 16 della High Court Ordinance⁸¹ la quale dispone che in caso di conflitto tra regole di *equity* e regole di *common law*, le regole di *equity* devono prevalere.

Come è stato già descritto nel capitolo precedente, il diritto di fonte giurisprudenziale inglese è entrato a far parte dell'ordinamento di Hong Kong prima con le Supreme Court Ordinances e poi con l'Application of English Law Ordinance le quali hanno avuto il merito di recepire nell'ordinamento coloniale il diritto inglese. Questa fonte è stata preservata nel sistema della RAS grazie alla sua espressa inclusione nell'art. 8 della Legge Fondamentale che ha fatto salvo tutto il diritto giurisprudenziale inglese vigente al 1997. In forza di ciò, il *common law* che oggi si applica nella RAS è ancora principalmente formato (o comunque derivato) dalle regole di diritto formulate nei casi giurisprudenziali decisi dalle corti di *common law* inglesi (ossia il King's / Queen's Bench, l'Exchequer e la Court of Common Pleas) mentre le regole di *equity* sono composte dai principi sviluppati dalla Court of Chancery inglese⁸². Ciò, tuttavia, non significa che il *common law* vigente nella RAS è cristallizzato alla data di riunificazione. Infatti, il diritto giurisprudenziale è in continua evoluzione sia attraverso le pronunce della Court of Final Appeal, la quale può liberamente decidere di discostarsi da un precedente inglese e adottare una propria regola di diritto, sia attraverso il meccanismo di adeguamento del *common law* al fine di renderlo compatibile con la Legge Fondamentale⁸³. Un processo analogo si

⁸⁰ La giurisdizione di *equity* è esercitata nella RAS dalla Court of First Instance, la quale ha giurisdizione corrispondente a quella della Court of Chancery, Family e Queen's Bench Divisions della High Court of Justice, nonché dalla District Court, per alcuni rimedi (quali l'esecuzione del trust, l'amministrazione dei beni di una persona deceduta e le esecuzioni in forma specifica); cfr. English AA.VV., *Law of Equity in Hong Kong*, in *Halsbury's Laws of Hong Kong*, Hong Kong, 2011, 165.

⁸¹ Tale sezione, infatti, recita «*The Court of Appeal and the Court of First Instance, when exercising jurisdiction in any civil cause or matter, shall continue to administer law and equity on the basis that, wherever there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law with reference to the same matter, the rules of equity shall prevail*».

⁸² Ma è compreso anche il diritto giurisprudenziale espresso dalle decisioni dei giudici di altre corti speciali, come la High Court of Admiralty.

⁸³ Cfr. sezione 2A della Interpretation And General Clauses Ordinance.

riscontra anche per le regole di *equity*, alcune delle quali sono state modificate o disapplicate dalle corti di Hong Kong⁸⁴.

La preponderanza del *case law* delle corti inglesi non ha quindi impedito, prima alla colonia e poi alla RAS, di sviluppare un proprio peculiare sistema di *common law* il quale ha proprio la capacità intrinseca di plasmarsi in base alle circostanze sociali e culturali dell'ambiente in cui si trova ad operare. Pertanto, le corti di Hong Kong, attraverso le loro pronunce, hanno sviluppato un apparato di regole giurisprudenziali originali, in grado di offrire soluzioni modellate sulle esigenze locali⁸⁵.

L'autonomia del *common law* praticato oggi a Hong Kong, sembra essere poi ulteriormente affermata all'interno del nuovo sistema della RAS. Come è stato infatti osservato⁸⁶, Legge Fondamentale, prevedendo all'art. 84 una facoltà per le corti della RAS di citare decisioni di altri ordinamenti di *common law* (compreso il Regno Unito), esprime la chiara intenzione di voler separare e rendere autonomo il *common law* praticato a Hong Kong da quello degli altri sistemi.

2.4 *Il ruolo del diritto consuetudinario cinese*

L'art. 8 della Legge Fondamentale garantisce la conservazione del diritto consuetudinario vigente prima del 1997. Ciò è ribadito dall'art. 40 che afferma «*The lawful traditional rights and interests of the indigenous inhabitants of the*

⁸⁴ Anche se le regole di *equity* sono ancora largamente riconducibili alle loro origini inglesi, un esempio di disapplicazione di un principio di *equity* è rappresentato dal concetto di *freehold interests in land* che non è applicabile alla RAS (cfr. *English Law of Equity in Hong Kong*, in AA.VV., *Halsbury's Laws of Hong Kong*, Hong Kong, 2011, § 165).

⁸⁵ Questo cospicuo diritto di fonte giurisprudenziale delle corti di Hong Kong è raccolto nei vari *law reports*. Le principali raccolte sono la Hong Kong Law Reports and Digest e la Hong Kong Cases; ci sono inoltre una serie di raccolte specialistiche (come la Hong Kong Tax Cases) oltre una raccolta dedicata alle decisioni cinesi (China Law Reports).

⁸⁶ Cfr. Y. P. GHAI, *op. cit.*, p. 368.

“*New Territories*” shall be protected by the Hong Kong Special Administrative Region»⁸⁷.

Nonostante questo espresso riconoscimento, la portata di tali usi è alquanto ridotta poiché, come nell’ordinamento coloniale, il diritto consuetudinario cinese trova applicazione solo qualora non sia in contrasto con la normativa della Regione. Tuttavia, in alcuni casi le stesse *ordinances* fanno espresso riferimento all’applicazione del diritto consuetudinario; un esempio è dato dalla New Territories Ordinance la quale prevede alla sezione 13 che «*Subject to subsection (2), in any proceedings in the Court of First Instance or the District Court in relation to land in the New Territories, the court shall have power to recognize and enforce any Chinese custom or customary right affecting such land*»⁸⁸. Come rilevato dalle corti, tale diritto costituisce in ogni caso una fonte autonoma per cui quando trova applicazione non può essere interpretato o combinato con gli altri principi di diritto vigenti nella RAS⁸⁹.

Ad oggi i principali settori in cui opera il diritto consuetudinario cinese sono il diritto di proprietà (*real properties*) nei Nuovi Territori⁹⁰, alcuni aspetti

⁸⁷ Su questo aspetto la Court of Final Appeal ha affermato che tali *traditional rights and interests* comprendono «*various property rights and interests such as exemption from Government rent and rates in respect of certain properties held by indigenous villagers and benefits relating to land granted to male indigenous inhabitants under what is known as the small house policy*» (*Secretary for Justice v Chan Wah* [2000] HKCFA 88); cfr. anche B. Y T TAI, *Hong Kong - Maintaining a Common Law Legal System in a Non-Western Culture*, in BLACK E. A., BELL G. F. (eds.), *Law and Legal Institutions of Asia - Traditions, Adaptations and Innovations*, Cambridge, 2011, pp. 70-71.

⁸⁸ Altri esempi sono contenuti nella Adoption Ordinance che alla sezione 25 (2) riconosce lo *status* e i diritti di una persona adottata in conformità al diritto consuetudinario cinese e nella Marriage Reform Ordinance che contiene diversi riferimenti al matrimonio tradizionale e al matrimonio *kim tiu*, come la sezione 7 che riconosce «*For the purposes of this Ordinance, a marriage shall constitute a customary marriage if it was or is celebrated in Hong Kong before the appointed day in accordance with Chinese law and custom. A marriage shall be deemed to accord with Chinese law and custom if it was celebrated or is celebrated before the appointed day in Hong Kong in accordance with the traditional Chinese customs accepted at the time of the marriage as appropriate for the celebration of marriage either- (a) in the part of Hong Kong where the marriage took place; or (b) in the place recognized by the family of either party to the marriage as their family place of origin. A customary marriage of persons who are subject to Chinese law and custom is hereby declared to be a valid marriage*».

⁸⁹ Cfr. *Re v Lau Wai Chau* [2000] 1 HKLRD 924.

⁹⁰ *Tang Che Tai v Tang On Kwai* [2007] HKCFI 341. Il caso riguardava la gestione di un *t’ong*, ossia di un terreno lasciato in eredità ai figli maschi e trasmesso ai discendenti in linea maschile destinato ad essere impiegato per il culto degli antenati.

del matrimonio (come ad esempio la validità del matrimonio cinese secondo gli usi⁹¹) e il diritto di successione⁹².

È interessante notare che con il processo di recepimento delle fonti avvenuto a seguito della costituzione della RAS, si è anche assistito in alcuni casi a un ripristino del diritto consuetudinario cinese in quanto alcune norme coloniali che abrogavano consuetudini cinesi non sono state recepite nell'ordinamento della RAS. Un esempio è costituito dalla *New Territories Exemption Ordinance*, promulgata nel 1994 ma non recepita nel diritto *post-1997*, che aveva abrogato la regola per cui alcune proprietà dei Nuovi Territori passavano solo in linea maschile⁹³.

3. I rapporti con lo Stato cinese: la “*one country, two systems*” *policy in action*

3.1 *Il ruolo e l'influenza della Cina continentale*

Le relazioni tra la RAS e la RPC sono dettate dal principio della “*one country, two systems*” che impone la ricerca costante di un equilibrio tra autonomia della Regione ed esercizio della sovranità da parte della RPC. Il bilanciamento “potere centrale – potere locale”⁹⁴ è disciplinato da diverse disposizioni della Legge Fondamentale. Da una parte, la Legge Fondamentale prescrive gli strumenti a garanzia della “*high degree of autonomy*” della RAS. Dall'altra parte, la Legge Fondamentale prescrive gli strumenti assegnati al Governo Centrale per consentire l'esercizio della sua sovranità. Tali strumenti

⁹¹ *Leung v Leung* [1999] 2 HKCFAR 94.

⁹² *Re v Lau Wai Chau* [2000] 3 HKCFAR 98. Il caso riguardava la possibilità di costituire attraverso un lascito testamentario un *trust* finalizzato al culto degli antenati.

⁹³ Cfr. I. DOBINSON, D. ROEBUCK, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁹⁴ Come osservato da A. COORAY, *op. cit.*, p. 163, all'interno della RPC possono individuarsi tre diversi tipologie di relazioni centro-periferia, ossia: a) le relazioni tra province e municipalità che sono rispettivamente sotto il controllo diretto del Consiglio di Stato e del Governo Centrale; b) le relazioni tra regioni autonome delle minoranze etniche e il Governo Centrale; c) le relazioni tra le regioni amministrative speciali e il Governo Centrale.

sono principalmente contenuti nel Capitolo II (Rapporto tra Autorità Centrali e Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong) nonché negli articoli 17, 45, 158 e 160 della Legge Fondamentale⁹⁵.

Oltre al presidio militare cinese stanziato nella RAS – che ha valenza essenzialmente simbolica – l'esercizio della sovranità del Governo Centrale si esprime in tre ambiti diversi: nei limiti alla potestà legislativa della RAS, nella nomina del Chief Executive e nel potere di interpretazione finale del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo.

Sul primo aspetto già si è evidenziato che il Governo Centrale ha competenza esclusiva nelle materie che riguardano gli affari esteri⁹⁶ e la difesa nazionale⁹⁷. A questo va aggiunto il potere di estendere l'applicazione alla RAS di leggi nazionali mediante inclusione nell'elenco dell'Allegato III, il potere di abrogare le leggi antecedenti al 1997 (art. 160 della Legge Fondamentale) nonché il potere di invalidare le leggi approvate dal Legislative Council (art. 17 della Legge Fondamentale).

Sul secondo aspetto si ricorda che la nomina del Chief Executive è sottoposta al gradimento del Governo di Pechino che deve approvare il capo della RAS selezionato dall'Election Committee (art. 45 della Legge Fondamentale). Inoltre, lo stretto collegamento tra RPC e potere esecutivo della RAS è rappresentato da alcuni obblighi di informazione sull'attività della RAS del Chief Executive e dalla responsabilità del capo della Regione nei confronti del Governo Centrale.

Il terzo aspetto è, invece, uno dei più controversi e dibattuti. L'art. 158 della Legge Fondamentale⁹⁸ stabilisce, infatti, che nel caso sorga una controversia

⁹⁵ Tuttavia, come sottolineato da A. CHEN, *The Theory, Constitution and Practise of Autonomy: The Case of Hong Kong*, in OLIVEIRA J., CARDINAL P. (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders: Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty By China*, Berlino-Londra, 2009, p. 762, tali strumenti di controllo sono stati raramente impiegati dal Governo Centrale; l'autore ipotizza, infatti, che «*a practice or unwritten norm seems to have been developed whereby the central government exercises utmost self-restraint so as to minimize its interventions and to maximize the SAR's autonomy*».

⁹⁶ Art. 13 della Legge Fondamentale.

⁹⁷ Art. 14 della Legge Fondamentale.

⁹⁸ Il comma terzo dell'art. 158 recita «*The courts of the Hong Kong Special Administrative Region may also interpret other provisions of this Law in adjudicating cases. However, if the courts of the Region, in adjudicating cases, need to interpret the provisions of this Law concerning affairs which*

sull'interpretazione di una disposizione della Legge Fondamentale concernente una delle materie di competenza esclusiva del Governo Centrale o i rapporti tra Stato e Regione, la corte, prima di pronunciarsi definitivamente, deve rimettere la questione dell'interpretazione al Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo⁹⁹. L'interpretazione così fornita dal Comitato Permanente è vincolante per tutti i giudici della Regione. L'esercizio del potere di interpretazione finale può essere esercitato non solo su richiesta delle corti ma anche in via autonoma dallo stesso Comitato Permanente ovvero su richiesta del Chief Executive¹⁰⁰. Tale obbligo di interpretazione preventiva ha effetti evidenti sul principio di separazione dei poteri e, in particolare, sull'indipendenza dell'organo giudiziario¹⁰¹. La giurisprudenza delle corti di Hong Kong (e soprattutto della Court of Final Appeal) ha quindi tentato più volte di circoscrivere l'ambito di applicazione di tale disposizione al fine di utilizzare il ricorso all'interpretazione del Comitato Permanente quale *extrema ratio*. A tal proposito, la Court of Final

are the responsibility of the Central People's Government, or concerning the relationship between the Central Authorities and the Region, and if such interpretation will affect the judgments on the cases, the courts of the Region shall, before making their final judgments which are not appealable, seek an interpretation of the relevant provisions from the Standing Committee of the National People's Congress through the Court of Final Appeal of the Region. When the Standing Committee makes an interpretation of the provisions concerned, the courts of the Region, in applying those provisions, shall follow the interpretation of the Standing Committee. However, judgments previously rendered shall not be affected».

⁹⁹ Come rilevato da R. CAVALIERI, *La corte di ultima istanza di Hong Kong recepisce l'interpretazione ufficiale degli articoli 22 e 24 c. 2 della Legge fondamentale in materia di immigrazione fornita dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo della Repubblica Popolare Cinese*, in *Diritto pubblico comparato*, 2000, p. 1329, questo potere è il riflesso del potere di interpretare le leggi attribuito in via generale al Comitato Permanente dall'art. 67, comma quarto, della costituzione cinese del 1982. Per un commento alle pronunce interpretative date dal Comitato Permanente cfr. Y. GHAI, *The Intersection of Chinese Law and the Common Law in the Special Administrative Region of Hong Kong: Question of Technique or Politics?*, in J. OLIVEIRA, P. CARDINAL (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders: Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Berlino-Londra, 2009, pp. 35 ss.; l'autore, evidenziando le ragioni sottostanti ai differenti approcci adottati dal Comitato Permanente e dalle corti della RAS, sostiene che le questioni sull'interpretazione della Legge Fondamentale costituiscono più una questione politica che giuridica.

¹⁰⁰ Questo potere non è espressamente previsto dalla Legge Fondamentale ma è stato riconosciuto dal Comitato Permanente sulla base delle disposizioni generali che qualificano il Chief Executive come capo della RAS e responsabile per l'attuazione della Legge Fondamentale nei confronti del Governo Centrale; infatti, il Chief Executive ha esercitato tale potere in due diverse occasioni (cfr. B. Y T TAI, *op. cit.*, p. 79).

¹⁰¹ Si è venuto così a creare un sistema di controllo ibrido (cfr. anche S. H. C. LO, *op. cit.*, pp. 98-99).

Appeal nel noto caso *Ng Ka Ling And Another v The Director of Immigration*¹⁰², si è espressa affermando che l'obbligo di chiedere l'interpretazione al Comitato Permanente sorge solo se ricorrono tre condizioni, ossia quando: a) la norma da interpretare ha ad oggetto una delle materie esclusive del Governo Centrale (*classification condition*); b) dall'interpretazione della norma dipende la risoluzione del caso da decidere (*necessity condition*); c) la risoluzione del caso dipende unicamente dall'applicazione in via esclusiva della norma da interpretare (*predominant test*)¹⁰³. Ancora più importante, nel caso *Ng Ka Ling And Another v The Director of Immigration* la Court of Final Appeal ha sancito che la valutazione della sussistenza dei tre suddetti requisiti spetta unicamente alla corte per cui, nell'ipotesi in cui il giudice concluda per l'insussistenza dei requisiti, la decisione che respinge la rimessione della questione interpretativa al Comitato Permanente «*would be the end of the matter*». Nonostante l'evidente scetticismo delle corti a ricorrere allo strumento interpretativo imposto dalla Legge Fondamentale, nel 2011 la Court of Final Appeal ha deciso per la prima volta di rimettere una questione interpretativa al Comitato Permanente¹⁰⁴.

Tra gli strumenti che disciplinano le relazioni tra la RAS e la RPC, la Legge Fondamentale non prevede alcun meccanismo per risolvere eventuali ipotesi di conflitto che potrebbero sorgere tra le due entità¹⁰⁵. Nonostante questo evidente vuoto normativo, nei quasi vent'anni dalla riunificazione i due sistemi si sono adoperati al fine di istituire una serie di meccanismi di consultazione, coordinamento e cooperazione di varia natura¹⁰⁶. Un esempio di organismo di raccordo è il Basic Law Committee: tale comitato, composto da sei membri della

¹⁰² *Ng Ka Ling And Another v The Director of Immigration* [1999] HKCFA 72. Per un commento su questo caso si rinvia a R. CAVALIERI, *op. cit.*, pp. 1319-1324.

¹⁰³ Nel caso *Ng Ka Ling And Another v The Director of Immigration*, infatti, due disposizioni erano rilevanti per la decisione di cui solo una riguardava una materia esclusiva.

¹⁰⁴ Il caso *FG Hemisphere Associates LLC v Democratic Republic of Congo* [2010] 2 HKLRD 66 riguardava, infatti, la possibilità di riconoscere l'immunità di uno Stato avanti le corti della RAS. Sul punto, cfr. J. CHAN, *The Judiciary*, in J. CHAN, C. L. LIM (eds.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011., pp. 315-318.

¹⁰⁵ C. L. LIM, J. CHAN, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁶ Su questo aspetto cfr. J. HUAN, *Intersection and Integration between the legal Systems of Hong Kong, Macao and Mainland China 50 Years After Their Return to China*, in OLIVEIRA J., CARDINAL P. (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders: Perspectives Of Evolution: Essays On Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Berlino-Londra, 2009, pp. 773-774, il quale auspica altresì la costituzione di un organismo interregionale chiamato "National Commission of Legal Consultation and Coordination".

RAS e sei membri della RPC scelti tra giuristi e accademici, lavora sotto il controllo del Comitato Permanente al fine di fornire pareri su questioni inerenti alla Legge Fondamentale quali la conformità delle leggi emanate dalla RAS alla *Basic Law*, la necessità di abrogare leggi anteriori al 1997, l'interpretazione da fornire ai sensi dell'art. 158 e le eventuali modifiche da apportare alla Legge Fondamentale¹⁰⁷. Un altro esempio di cooperazione tra le due entità è rappresentato dal coinvolgimento di Hong Kong nella politica cinese; ad esempio, attualmente la RAS ha 36 deputati nell'Assemblea Nazionale del Popolo, oltre ad alcuni rappresentanti nella Conferenza Politica Consultiva del Popolo. Infine, tra i due ordinamenti sono stati conclusi svariati accordi di cooperazione. In campo giuridico, sono state raggiunte diverse intese sulla cooperazione giuridica come, ad esempio, in materia di notificazione degli atti giudiziari e riconoscimento delle sentenze¹⁰⁸. In campo economico, vi sono numerosi accordi di cooperazione in campo commerciale sia a livello nazionale¹⁰⁹ sia a livello regionale¹¹⁰; nel 2010, inoltre, Hong Kong è stata per la prima volta inclusa nelle strategie di sviluppo della RPC attraverso una sezione del XII Piano Quinquennale appositamente dedicata alla RAS¹¹¹.

¹⁰⁷ Sulle funzioni del Basic Law Committee, cfr. C. L. LIM, J. CHAN, *op. cit.*, pp. 68-69.

¹⁰⁸ Oltre all'Arrangement of the Supreme People's Court on the mutual commissioning of the service of civil and commercial documents by the courts in Mainland and Hong Kong, si ricorda anche l'Arrangement on mutual enforcement of arbitral awards between Mainland and Hong Kong Special Administrative Region.

¹⁰⁹ Si veda, ad esempio, il Closer Economic Partnership Agreement (CEPA).

¹¹⁰ Come le varie iniziative svolte all'interno del Framework Agreement on Hong Kong/Guangdong Cooperation e nel Pan-Pearl River Delta Regional Cooperation and Development Forum.

¹¹¹ Il capitolo 57, "*Maintain Hong Kong and Macao's long term prosperity and stability*", prevede infatti tre punti su cui il Governo della RPC si impegna a sostenere e promuovere l'economia delle due RAS, ossia «1. *Support Hong Kong and Macao consolidate and lift competitive advantages. Support Hong Kong develop to the off-shore rmb business center and international asset management center, consolidate and lift its position as international finance, trade and shipping center, strengthen the global influences as financial center. Support Macao to build global tourism and leisure center. 2. Support Hong Kong and Macao to foster emerging sectors. 3. Deepen the cooperation between inland and Hong Kong/Macao. Implement the cooperation framework agreement between Guangdong/Hong Kong and Guangdong/Macao, promote regional economic development, build advanced manufacturing and service sector base. Strengthen planning and coordination, improve the transportation system between pearl river delta and Hong Kong/Macao*»; la traduzione in inglese del XII Piano Quinquennale è disponibile al sito <http://www.britishchamber.cn/content/chinas-twelfth-five-year-plan-2011-2015-full-english-version>.

3.2 Le relazioni Stato-Regione: tra autonomia e integrazione dei sistemi

Alla luce di quanto sopra descritto è doveroso domandarsi quale tipo di relazione leghi oggi l'ordinamento della RAS alla Cina continentale. La risposta a tale interrogativo non è univoca e il dibattito dottrinale sul punto è particolarmente acceso. Nello specifico, la dottrina è divisa nel qualificare tale relazione secondo tre diversi approcci¹¹²: l'approccio monistico considera l'ordinamento di Hong Kong come sistema subordinato all'ordinamento della RPC in forza di un rapporto di gerarchia sussistente tra i due ordinamenti¹¹³; l'approccio dualistico considera, invece, i due sistemi come distinti e disciplinati secondo una precisa divisione di competenze tra le due entità; e, infine, l'approccio pluralistico concepisce la presenza dei due sistemi come semplice coesistenza per cui tra le due realtà sussiste un relazione di tipo “heterarchical” e non gerarchica¹¹⁴.

Indipendentemente dalla concezione a cui si intende aderire è, in ogni caso, dato di fatto che il ripristino della sovranità cinese ha avuto l'effetto di creare una realtà giuridica del tutto peculiare e, per certi aspetti, unica: infatti, se si osserva l'ordinamento di Hong Kong da un punto di vista generale, l'attuale sistema giuridico di *common law* della RAS si inserisce all'interno di un più ampio sistema giuridico di matrice di *civil law* della RPC¹¹⁵. Nonostante parte

¹¹² Per l'analisi approfondita dei tre approcci si rimanda a C. CHAN, *Reconceptualising the Relationship between the Mainland Chinese Legal System and the Hong Kong Legal System*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 1-30.

¹¹³ I sostenitori della concezione monistica si dividono poi in «Kelsenian monists» i quali individuano il fondamento della subordinazione nel mero fatto che il sistema della RAS è derivato da quello della RPC e «Hartian monists» i quali individuano il fondamento della subordinazione nel fatto che gli organi giudiziari hanno accettato tale gerarchia tra i due sistemi (cfr. C. CHAN, *op. cit.*, p. 1).

¹¹⁴ Cfr. C. CHAN, *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁵ Nonostante questa non sia la sede per approfondire il tema, è comunque opportuno ricordare che l'ordinamento ha ancora al suo interno molteplici elementi provenienti da modelli diversi dal *civil law*. Ad esempio, alcuni retaggi del diritto imperiale (che, si ricorda, si è principalmente sviluppato in posizione subordinata rispetto al pensiero filosofico cinese) hanno influito sul *legal process* cinese: le nozioni centrali di *li* (il rito) e *fa* (la legge), nate rispettivamente dalla scuola confuciana e dalla scuola legista, sono ancora oggi rinvenibili nei discorsi dei giuristi cinesi. Parimenti, la struttura centralizzata dell'Impero celeste, fondata su un preciso bilanciamento di poteri tra centro e periferia, si ritrova ancora oggi nella struttura Governo centrale – Amministrazioni locali le quali svolgono un importante ruolo di raccordo tra l'autorità centrale e la numerosa popolazione di un territorio così vasto da amministrare. Accanto agli elementi che

della dottrina respinga l'idea di qualificare Hong Kong come vera e propria *mixed jurisdiction*¹¹⁶, è innegabile che negli anni successivi al 1997 si è verificata una reciproca influenza¹¹⁷ tra i due ordinamenti che ha condotto a un evidente fenomeno di “*mixing*” o “*hybridization*” dell'ordinamento della RAS. Come è stato rilevato in alcuni studi¹¹⁸, gli autori che negano tale fenomeno non tengono, infatti, in debita considerazione che per il caso di Hong Kong non è possibile utilizzare gli usuali criteri di classificazione dei fenomeni di “*mixing*” tradizionalmente studiati i quali prendono generalmente ad esame situazioni di

provengono dal sistema tradizionale, si sono poi inseriti numerosi elementi provenienti dalle tradizioni giuridiche dell'occidente. Infatti, a partire dall'Ottocento, con le guerre dell'oppio, si è fatto sempre più strada nell'ordinamento cinese il diritto di matrice occidentale il quale, attraverso un lento processo di recepimento, ha guidato la modernizzazione del diritto cinese prima nella Cina repubblicana e poi nella Cina popolare. Questo processo di modernizzazione, che ha subito una fase di arresto solo durante il periodo di Mao Zedong in cui si è assistito al c.d. nichilismo giuridico, è stato largamente ispirato ai modelli occidentali come dimostrano le numerose riforme attuate da Deng Xiaoping il quale ha avuto il merito di traghettare la Cina dal totalitarismo maoista al socialismo di mercato con caratteristiche cinesi. Oggi questo processo, specialmente a seguito dell'ingresso nel WTO, ha finito per proiettare la Cina nel nuovo contesto della globalizzazione, fenomeno che, come ben noto, non ha solo implicazioni economiche ma anche numerosi risvolti giuridici. Pur essendo la lettura sull'evoluzione dell'ordinamento cinese assai vasta, per un approfondimento su questi temi si rimanda a A. CHEN, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Hong Kong *et. al.*, 2011; M. TIMOTEO, voce *Cina* (aggiornamento), in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2010, pp. 181-238; F. R. ANTONELLI, *Il processo di modernizzazione del diritto cinese*, in G. SAMARANI, M. SCARPARI (a cura di), *La Cina. Vol. III: Verso la modernità*, Torino, 2009, pp. 399-442; R. CAVALIERI, *Il diritto nella Cina socialista e postsocialista*, in G. SAMARANI, M. SCARPARI (a cura di), *La Cina. Vol. III: Verso la modernità*, Torino, 2009, pp. 443-503; G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO (a cura di), *Il diritto dell'Asia orientale*, Torino, 2007; G. CRESPI REGHIZZI, *Cina 2003: l'osservatorio del giurista*, in *Mondo Cinese*, 2003, pp. 18 ss.; R. SACCO, voce *Cina*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1988, pp. 360-365; R. CAVALIERI, *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999.

¹¹⁶ Tra i tanti autori che sostengono tale tesi si veda C. WANG, G. ZHU, *A Tale of Two Legal Systems: The Interaction of Common Law and Civil Law in Hong Kong*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1999, pp. 917-944. Sulle diverse concezioni dottrinali di *mixed jurisdictions* si rinvia al capitolo I, § 3.

¹¹⁷ L'influenza della RAS nel sistema della RPC è particolarmente visibile nel campo del diritto privato e commerciale. Su questo aspetto il giudice della Court of Final Appeal, Timothy Lau, ha proprio osservato che «*Even though China is said to adopt the civil law, and Hong Kong the common law, but if you look at the ways China's legal system developed in the past few years, their civil law is not growing further and further away from Hong Kong's common law. In fact, the two are becoming more and more similar. In some aspects, they are exactly the same. For example, in the area of evidence, they basically adopt common law's ideas on the questions of the burden of proof and the standard of proof. To some extent, the Chinese legal system today is influenced by the Hong Kong legal system*» (cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law & the Post-colonial Predicament in Hong Kong*, Stanford, 2011, pp. 231-232).

¹¹⁸ Cfr. I. CASTELLUCCI, *Legal Hybridity in Hong Kong and Macau*, in *McGill Law Journal*, 2012, pp. 665-721, in cui l'autore, prendendo a riferimento la teoria di Vernon V. Palmer sulle *mixed jurisdictions*, ricostruisce gli elementi che definiscono il carattere misto dei sistemi delle due Regioni Amministrative Speciali della RPC.

ordinamenti misti le cui componenti derivano unicamente dalla *Western legal tradition*. Il caso di Hong Kong, invece, si caratterizza per un “*hybridization process*” del tutto peculiare in quanto riguarda l’integrazione tra il sistema di *common law* di tradizione occidentale e il sistema cinese che, per quanto sottoposto a innumerevoli prestiti e influenze dal mondo occidentale, è assai diverso e lontano da questa tradizione.

Ciò presupposto, il carattere misto della RAS emerge da una serie di elementi estranei alla tradizione di *common law* e di evidente derivazione del sistema cinese che si sono impiantati nell’ordinamento della Regione attraverso lo strumento normativo o il recepimento giurisprudenziale. Tra gli elementi provenienti dalla cultura giuridica della Cina continentale che hanno in parte mutato il *common law* di Hong Kong, quello più significativo è l’emergere nella RAS della c.d. “*rule of politics*”, tipica dell’ordinamento cinese¹¹⁹. Infatti, la forte presenza dell’elemento politico si riscontra nella RAS non solo a livello di connessione tra gli organi di vertice dei due sistemi, come dimostra il ruolo preminente del Chief Executive il quale intrattiene forti legami con il potere centrale e risponde direttamente al Governo di Pechino¹²⁰, ma anche ad altri livelli dell’ordinamento, come dimostra il potere di interpretazione finale assegnato in via esclusiva al Comitato Permanente dell’Assemblea Nazionale del Popolo¹²¹.

Tale progressivo incremento di elementi della tradizione giuridica cinese ha comportato che «*Principles, interpretations, and rules have started seeping into the system, occupying key junctions and coming to discharge systemic functions. This process occurred without producing an immediately detectable presence of Chinese law in the SARs, at least not in an “obviously relevant amount”.* The two SARs will probably be substantially sinicized before 2047 or

¹¹⁹ Per una disamina completa sugli elementi del sistema giuridico cinese che sono stati veicolati nella RAS cfr. I. CASTELLUCCI, *op. cit.*, pp. 689 ss.

¹²⁰ Inoltre, come sottolineato da I. CASTELLUCCI, *op. cit.*, p. 676, all’interno della RAS si sta sviluppando sempre più il concetto, tipico dell’ideologia socialista, di un unico potere che esercita contemporaneamente diverse funzioni, a scapito della separazione dei poteri di stampo occidentale.

¹²¹ In particolare I. CASTELLUCCI, *op. cit.*, p. 689, afferma che le interpretazioni del Comitato Permanente «*reveals a significant amount of flexibility introduced in the legal rules applicable in Hong Kong and in the ways they are interpreted. These findings are consistent with an instrumental concept and function of the law which typically belongs to the Chinese idea of the rule of law*».

2049, at the end of the transitional period provided for in the joint declarations and basic laws»¹²².

Il processo di integrazione tra le due realtà è, del resto, insito nella stessa “one country, two systems” policy, la quale, accanto all’idea di separazione dei due sistemi, richiama implicitamente l’idea di unità (e quindi necessaria convergenza) del paese¹²³. L’importanza del processo di integrazione è stato poi recentemente ribadita nel *White Paper on ‘One Country, Two Systems’ policy in Hong Kong* pubblicato il 10 giugno 2014 dal Consiglio di Stato della RPC¹²⁴. Tale documento, ripercorrendo le tappe principali dello sviluppo di tale politica e sottolineando i risultati positivi ottenuti¹²⁵, ha ulteriormente rafforzato il concetto di predominanza dell’unità del paese affermando che «*The ‘one country’ is the premise and basis of the ‘two systems’, and the ‘two systems’ is subordinate to and derived from ‘one country’*».

In questo lento processo di integrazione ed acquisizione della cultura giuridica cinese, un aspetto che sicuramente merita approfondimento è il ruolo della lingua quale strumento di veicolazione dei concetti provenienti dall’ordinamento della Cina continentale. Infatti, nel lavoro intrapreso dalla RAS di trasposizione del diritto di *common law* in cinese, numerosi studi sviluppati anche dagli stessi organi dell’amministrazione della RAS hanno progressivamente introdotto nell’ordinamento di Hong Kong istituti e nozioni giuridiche della RPC. L’analisi dei prossimi capitoli, pertanto, si concentrerà su questo specifico aspetto, cercando di mettere in evidenza le dinamiche sottese che legano

¹²² Cfr. I. CASTELLUCCI, *op. cit.*, p. 707.

¹²³ Come, infatti, rilevato da H. KUAN, *Is the “One Country, Two Systems” Formula Working?*, in W. GUNGWU, J. WONG (eds.), *Hong Kong in China: the challenges of transition*, Hong Kong, 1999, p. 38, «*The concept of “one country, two systems” goes beyond the preservation of the two different systems and the exercise of autonomy. The idea is to accommodate “diversity” in “unity”. Therefore, while our attention is necessarily focused on the most urgent issue of maintaining the boundary between the two systems, the final test lies in how successful the problem of “suspended” unity is to be solved. It is a long-term issue of full integration preceded by increasing interactions between the two systems on all fronts*».

¹²⁴ Una traduzione in inglese di tale documento è disponibile al sito http://www.chinadaily.com.cn/china/2014-06/10/content_17576281.htm.

¹²⁵ Il Consiglio di Stato arriva, infatti, ad affermare che «*‘one country, two systems’ is not only the best solution to the Hong Kong question left over from history but also the best institutional arrangement for the long-term prosperity and stability of Hong Kong after its return to the motherland*».

l'evoluzione del sistema giuridico della RAS all'emergere del nuovo elemento linguistico.

CAPITOLO QUARTO

IL BILINGUISMO GIURIDICO NELL'ORDINAMENTO DELLA RAS

—

1. Dal *legal English* all'affermazione del bilinguismo giuridico

1.1 *Post-colonialismo e dilemma della lingua giuridica: l'esperienza delle colonie nel sud-est asiatico*

Una delle espressioni dell'imperialismo britannico è rappresentata dall'imposizione della lingua inglese quale principale strumento di comunicazione del diritto e del governo durante il dominio coloniale. Hong Kong non è l'unico luogo in cui la fine del dominio inglese ha comportato una rivisitazione delle politiche interne sulla lingua del diritto. Da un esame delle esperienze nelle altre *ex* colonie inglesi dell'area asiatica che hanno mantenuto, in tutto o in parte, il sistema di *common law* anche dopo la loro indipendenza si possono individuare tre diversi approcci in relazione alla lingua del diritto adottata a seguito della dissoluzione dell'Impero britannico¹.

Il primo approccio può essere definito come monolingustico e consiste nel mantenere l'inglese come lingua ufficiale del diritto e lingua dominante delle istituzioni. Tale approccio è stato adottato da Singapore che ha preferito conservare l'inglese quale unica lingua giuridica; questa scelta, tuttavia, è stata

¹ Sui tre approcci cfr. A. CHEN, *Language, Law and the Case of Hong Kong*, Hong Kong, 1986, pp. 23 ss., e F. CHEUNG, *Bilingual Legislation for Hong Kong*, tesi di laurea non pubblicata, Ottawa, 1993, pp. 11 ss.

giustificata da circostanze etniche e linguistiche del tutto peculiari: infatti, la città-stato ha una popolazione composta da un rilevante numero di gruppi linguistici tra cui cinesi, malesi, indiani ed arabi. Pertanto, nel momento in cui Singapore ha ottenuto l'indipendenza (nel 1959) si è deciso di adottare una soluzione di compromesso: da una parte, è stato assegnato lo *status* di lingua ufficiale alle quattro lingue maggioritarie (malese, cinese, tamil ed inglese)² e, dall'altra parte, è stato riservato nel campo del diritto un ruolo esclusivo all'inglese non essendo possibile identificare una lingua autoctona da far prevalere sulle altre. Ad oggi, quindi, l'inglese è la lingua utilizzata per la versione autentica di tutti i testi normativi e per redigere le sentenze delle corti³. L'esperienza di Singapore, che conferisce all'inglese un ruolo di vera e propria lingua franca, rimane comunque un caso singolare; infatti, tra tutte le *ex* colonie britanniche, è stata l'unica che ha deciso di mantenere solo l'inglese quale lingua esclusiva del diritto.

Il secondo approccio, invece, è stato quello più diffuso ed è caratterizzato dalla realizzazione di un sistema in cui la lingua ufficiale del diritto, destinata a sostituirsi progressivamente all'inglese, è esclusivamente quella della popolazione nativa. In questi casi, dunque, la lingua locale è la sola lingua ufficiale mentre l'inglese è utilizzato a fini legislativi, giudiziari e ufficiali limitatamente a un determinato periodo di transizione che varia da ordinamento a ordinamento. Tra i paesi che hanno adottato tale politica linguistica si ricordano la Malesia, l'India⁴, il Pakistan⁵ e lo Sri Lanka⁶. Nell'ordinamento malese⁷, ad

² La sezione 7 del Republic of Singapore Independence Act del 1965, rubricato «*Official languages and national language*», dispone che «*Malay, Mandarin, Tamil and English shall be the 4 official languages in Singapore. The national language shall be the Malay language and shall be in the Roman script: Provided that (a) no person shall be prohibited or prevented from using or from teaching or learning any other language; and (b) nothing in this section shall prejudice the right of the Government to preserve and sustain the use and study of the language of any other community in Singapore*».

³ Sulla predominanza dell'inglese nell'ordinamento post-coloniale di Singapore cfr. R. H. HICKLING, *Language, Law and Singapore*, in *Malaya Law Review*, 1975, pp. 136-148.

⁴ L'art. 343 della Costituzione indiana dispone, infatti, che l'hindi è la lingua ufficiale. L'inglese doveva essere utilizzato per un periodo limitato a quindici anni successivi l'emanazione della costituzione; tuttavia, a seguito di un emendamento del testo costituzionale e di un emendamento dell'Official Language Act il periodo di transizione è stato esteso (senza prevedere un termine finale) e pertanto l'inglese continua ancora oggi ad essere la lingua utilizzata nel diritto e nelle occasioni ufficiali. Agli stati dell'unione è concesso impiegare per scopi ufficiali la lingua locale della regione ma la legislazione nazionale emanata nei dialetti locali deve essere necessariamente

esempio, la sezione 152 della Costituzione⁸, al momento della sua entrata in vigore, ha sancito il *malay* quale lingua nazionale dello stato federale e disposto un periodo di transizione di durata decennale durante il quale ha consentito l'utilizzo dell'inglese in attesa di sviluppare un vocabolario giuridico nella suddetta lingua nazionale. A partire da questo momento il governo malese ha intrapreso una serie di iniziative, anche nel settore dell'istruzione, per rafforzare il ruolo del *malay* in campo giuridico. Tuttavia, allo spirare del periodo di transizione, il National Language Act 1963/67, emendato nel 2006, ha di fatto previsto la prosecuzione – per un periodo di tempo indefinito – dell'utilizzo della lingua inglese in campo giuridico. Infatti, alle sezioni 4, 5 e 6 di tale atto si prevede espressamente che l'inglese può essere ancora utilizzato: a) per scopi ufficiali quando ritenuto opportuno; b) durante le sedute del Parlamento e dell'Assemblea legislativa; c) per la redazione dei testi di legge (i quali devono comunque essere redatti anche nella lingua nazionale)⁹. Su quest'ultimo aspetto, peraltro, si precisa che nella prassi attuale le leggi vengono ancora generalmente redatte prima in inglese e poi tradotte in *malay*. Il persistente ruolo fondamentale dell'inglese è parimenti confermato anche nella prassi giudiziaria delle corti malesi. Infatti, la sezione 8 del National Language Act 1963/67, nonostante

accompagnata da una traduzione in inglese (cfr. F. CHEUNG, *op. cit.*, p. 12). Altra disposizione significativa della Costituzione indiana è la sezione 348 che sancisce la lingua inglese quale unica lingua autorizzata nei procedimenti avanti la Corte Suprema e le altre corti di alto livello.

⁵ Nella costituzione del 1973 il Pakistan ha sancito l'urdu quale lingua ufficiale e previsto un periodo di transizione pari a quindici anni, poi successivamente esteso (cfr. F. CHEUNG, *op. cit.*, p. 13).

⁶ In Sri Lanka la Costituzione sancisce lo sinhala e il tamil quali lingue nazionali e il solo sinhala quale lingua ufficiale; l'inglese non ha valore ufficiale ma, nella prassi, il testo delle norme viene ancora redatto prima in inglese e poi tradotto in sinhala (cfr. F. CHEUNG, *op. cit.*, p. 13). Ad oggi, quindi tutte le leggi devono essere pubblicate in lingua inglese e nelle due lingue nazionali.

⁷ La Malesia ottenne l'indipendenza dalla Gran Bretagna nel 1957; la sua popolazione si compone di una maggioranza malese, seguita dall'etnia cinese e indiana.

⁸ Tale sezione, rubricata «*National language*», recitava «(1) *The national language shall be the Malay language and shall be in such script as Parliament may by law provide: Provided that (a) no person shall be prohibited or prevented from using (otherwise than for official purposes), or from teaching or learning, any other language; and (b) nothing in this Clause shall prejudice the right of the Federal Government or of any State Government to preserve and sustain the use and study of the language of any other community in the Federation. (2) Notwithstanding the provisions of Clause (1), for a period of ten years after Merdeka Day, and thereafter until Parliament otherwise provides, the English language may be used in both Houses of Parliament, in the Legislative Assembly of every State, and for all other official purposes*».

⁹ Per i testi di legge antecedenti il 1967 non ancora tradotti, la sezione 7 dispone che gli eventuali emendamenti devono essere necessariamente redatti solo in inglese.

affermi che in generale che i procedimenti debbano svolgersi nella lingua nazionale, dispone che la corte, dopo aver considerato gli interessi di giustizia coinvolti nel caso, può ordinare (d'ufficio o su istanza di una delle parti) che il procedimento si svolga in parte nella lingua nazionale e in parte in lingua inglese¹⁰. Come è stato quindi osservato, il risultato finale al termine del periodo di transizione non è stato quello atteso e il ruolo attualmente esercitato dalla lingua inglese comporta che nell'ordinamento malese «*for the foreseeable future, law will continue to operate bilingually*»¹¹.

Da ultimo, il terzo approccio è quello che prevede la creazione di un sistema di bilinguismo giuridico in cui l'inglese e la lingua della popolazione locale condividono pari *status*. L'obiettivo di tale politica è dunque di creare una struttura istituzionale in cui entrambe le lingue sono riconosciute come paritetiche all'interno dell'ordinamento e possono essere alternativamente utilizzate per qualsiasi scopo dinanzi alle istituzioni. Tra tutte le colonie dell'area asiatica Hong Kong è stato l'unico ordinamento ad aver intrapreso tale approccio e, analogamente al Canada¹², ha deciso di sviluppare di un sistema di *common law* integralmente bilingue in grado di operare sia in inglese sia in cinese¹³. Questa soluzione è stata adottata al fine di rispondere all'esigenza politica di mantenere un sistema di *common law* pur dopo il ripristino della sovranità cinese¹⁴.

¹⁰ Tuttavia si registra un uso limitato della lingua nazionale solo nei procedimenti avanti le corti inferiori mentre l'uso della lingua inglese rimane prevalente nei procedimenti avanti la High Court, la Court of Appeal e la Federal Court nonché nei procedimenti aventi ad oggetto dispute in materia commerciale e civile (cfr. R. POWELL, A. HASHIM, *Language Disadvantage in Malaysian Litigation and Arbitration*, in *World Englishes*, 2011, p. 95).

¹¹ Cfr. R. POWELL, A. HASHIM, *op. cit.*, p. 95.

¹² In Canada tuttavia l'aspetto del bilinguismo è un fenomeno ancora più complesso per la presenza di due sistemi differenti (*civil law* e *common law*); sul punto si rinvia al capitolo VI, § 2.1.

¹³ Sebbene non vi sia univocità di vedute sulla definizione di bilinguismo giuridico, rispetto all'ordinamento di Hong Kong il professor Albert Chen individua tale fenomeno al ricorrere di due elementi: la presenza di legislazione redatta e promulgata nelle due versioni linguistiche aventi pari valore autentico e la possibilità nei procedimenti avanti le corti di utilizzare entrambe le lingue nonché di redigere le sentenze in entrambe le versioni linguistiche (cfr. A. CHEN, 1997: *The Language of the Law in Hong Kong*, in *Hong Kong Law Journal*, 1985, p. 35).

¹⁴ Cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law & the Post-colonial Predicament in Hong Kong*, Stanford, 2009, p. 9.

1.2 *Il ruolo della lingua cinese dalla nascita della colonia alla Official Languages Ordinance*

Prima di arrivare all'affermazione di un ordinamento giuridico bilingue, la storia della colonia di Hong Kong si è sviluppata sin dagli albori all'insegna del dominio della lingua inglese. Infatti, con l'instaurazione del dominio inglese, i segnali della futura egemonia linguistica erano già rinvenibili nel Trattato di Tianjin del 1858 che all'art. 50 prevedeva «*All official communications, addressed by the Diplomat and Consular Agents of Her Majesty the Queen to the Chinese Authorities, shall, henceforth, be written in English. They will for the present be accompanied by a Chinese version, but it is understood that in the event of there being any difference of meaning between the English and Chinese text the English Government will hold the sense as expressed in the English text to be the correct sense. This provision is to apply to the Treaty now negotiated, the Chinese text of which has been carefully corrected by the English original*». Il tenore di questa disposizione rivelava, nuovamente, lo stato ineguale dei due imperi anche rispetto alla lingua¹⁵. Conseguenza di questo atteggiamento di supremazia fu l'unilaterale imposizione dell'inglese che divenne l'unica lingua attraverso cui si governava e si amministrava la giustizia a Hong Kong nonostante la quasi totalità degli abitanti fosse di etnia cinese e parlasse esclusivamente il cantonese¹⁶.

Questa politica linguistica perdurò per la maggior parte del regime coloniale e si accinse a cambiare solo nell'ultimo ventennio del dominio britannico. In particolare, a seguito del movimento studentesco degli anni

¹⁵ Sul punto cfr. B. K. TSOU, *Aspects of the Two Language System and Three Language Problem in the Changing Society of Hong Kong*, in S. WRIGHT, H. KELLY-HOLMES (eds.), *One Country, Two Systems, Three Languages: A Survey of Changing Language Use in Hong Kong*, Clevedon et al., 1997, pp. 22 ss.; l'autore, inoltre, osserva che tale articolo nella versione inglese e quella cinese presenta una sostanziale differenza: infatti, nella versione cinese dopo la frase «*They will for the present be accompanied by a Chinese version*» è aggiunta una parte non presente nella versione inglese e che recita «*upon China sending selected students to study English, and upon their acquiring proficiency in English*» a sottolineare l'importanza di conoscere approfonditamente la lingua inglese da parte del traduttore cinese prima di poter procedere alla traduzione.

¹⁶ In realtà, anche nelle altre esperienze coloniali l'inglese venne adottato come unica lingua ufficiale in quanto evitava il problema di scegliere tra le varie lingue o dialetti presenti su un unico territorio e rendeva per l'amministrazione britannica il compito di governare assai più agevole (cfr. B. K. TSOU, *op. cit.*, p. 22).

Sessanta, che sfociò altresì in diverse sommosse, aumentarono le istanze della popolazione locale dirette a promuovere l'uso della lingua cinese all'interno dell'amministrazione locale ed eliminare così quel “*language gap*” che nel corso degli anni aveva portato a situazioni di evidente disuguaglianza. A seguito di tali accadimenti, il governo inglese decise quindi di accogliere, in parte, le istanze dei locali e nel 1972 emanò la Official Languages Ordinance (法定語文條例, *fading yuwen tiaoli*)¹⁷ con cui si stabiliva che le relazioni tra governo e comunità locale potevano svolgersi attraverso l'impiego della lingua inglese ovvero della lingua cinese le quali erano dunque, da quel momento, da considerare in tali ambiti entrambe lingue ufficiali. Con il medesimo atto normativo, al fine di agevolare l'accesso alle informazioni relative ai processi legislativi, venne, inoltre, introdotta l'interpretazione simultanea per tutte le sedute del Legislative Council e del District Board; tuttavia, la legislazione rimaneva ancora promulgata e pubblicata unicamente in lingua inglese¹⁸. Sebbene ideologicamente la Official Languages Ordinance rappresentò un punto di svolta, nella pratica, i suoi effetti furono decisamente limitati come dimostrò la quasi assenza di iniziative del governo coloniale per promuovere nella pratica l'uso congiunto dell'inglese e del cinese negli ambienti dell'amministrazione locale.

Il passaggio da un'affermazione meramente formale all'attuazione concreta del bilinguismo si verificò solo a dieci anni di distanza da quel primo atto, a seguito della conclusione della Sino-British Joint Declaration il cui Allegato I sanciva espressamente che «*In addition to Chinese, English may also be used in organs of government and in the courts in the Hong Kong Special Administrative Region*». La firma di tale dichiarazione congiunta ebbe l'effetto di incoraggiare nuove riforme e iniziative al fine di dare effettiva attuazione entro il

¹⁷ Precedentemente, nel 1970, era stato istituito il Chinese Language Committee che aveva lo scopo di studiare la possibilità di elevare a ufficiale lo *status* della lingua cinese. Tra le raccomandazioni formulate dal comitato nei suoi quattro *report* pubblicati vi era anche la proposta di rendere il cinese una lingua ufficiale della colonia.

¹⁸ Infatti, la sezione 4(1) prevedeva espressamente che «*Every Ordinance shall be enacted and published in the English language*» anche se la sezione 4(2) disponeva che «*Nothing in subsection (1) shall be construed as restricting (a) the use of Chinese words or terms in any Ordinance; or (b) the publication of a translation of any Ordinance into the Chinese language*».

1° luglio 1997 al precetto sul bilinguismo sancito nella Joint Declaration¹⁹. A tal scopo nel 1986 venne lanciato il Bilingual Laws Project il cui obiettivo principale era quello di formulare testi autentici in cinese della legislazione vigente. Tra le principali giustificazioni che sottendevano all'ambizioso progetto di trasporre l'apparato normativo della colonia in lingua cinese vi era la convinzione da parte delle istituzioni locali che la traduzione dei testi normativi in cinese avrebbe consentito una maggiore diffusione delle fonti normative tra i membri della comunità locale²⁰.

A livello normativo nel 1986 vennero altresì promulgate le Hong Kong Additional Instructions che modificarono le precedenti Royal Instructions e accordarono la possibilità di emanare la legislazione di nuova produzione sia in inglese sia in cinese. Tali documenti sono stati seguiti nell'anno successivo dalla modifica della Interpretation and General Clauses Ordinance (釋義及通則條例, *shiyi ji tongze tiaoli*), che introdusse la pari autenticità del testo in lingua inglese e del testo in lingua cinese, e dalla modifica della Official Languages Ordinance, che introdusse l'obbligo di promulgare e pubblicare le leggi in entrambe le lingue ufficiali. Tale ultimo atto normativo conferiva altresì al Governor-in-Council²¹ il potere di correggere gli eventuali errori nel testo autentico e al General Attorney il potere di modificare il testo esistente nell'altra lingua ufficiale, senza

¹⁹ Tra le prime iniziative verso una riforma del regime linguistico si segnala il *Discussion Paper on Law in Chinese* pubblicato nel 1985 in cui si prendono in esame alcune delle principali problematiche legate alla creazione di due testi autentici dotati di pari valore; sul punto cfr. E. POON, *The Effectiveness of Plain Language in the Translation of Statutes and Judgments*, tesi di dottorato non pubblicata, Hong Kong, 2006, pp. 71 ss., disponibile al sito <http://hdl.handle.net/10722/159154>. Per un'analisi critica di tale *paper*, cfr. anche A. CHEN, *Language, Law and the Case of Hong Kong*, Hong Kong, 1986, pp. 21-22, il quale rileva che il *paper* non spiega il motivo per cui l'alternativa bilingue sarebbe la soluzione più indicata per il sistema di Hong Kong e non considera con adeguata sufficienza il problema dello sviluppo di competenze giuridiche in due lingue.

²⁰ Tuttavia, come osservato da A. LEE, *Language and the Law in Hong Kong: From English to Chinese*, in S. WRIGHT, H. KELLY-HOLMES (eds.), *One Country, Two Systems, Three Languages: A Survey of Changing Language Use in Hong Kong*, Clevedon, Philadelphia, Toronto, Sydney, Johannesburg, 1997, pp. 51 ss., tale assunto era alquanto criticabile poiché difficilmente la maggioranza della popolazione sarebbe stata in grado di leggere e comprendere un testo normativo in cinese (spesso prolisso e formulato con un linguaggio altamente tecnico) senza un'adeguata preparazione giuridica; parimenti, l'autore sottolinea che anche le altre giustificazioni fornite dalle istituzioni per sviluppare una legislazione bilingue (ossia agevolare la comunicazione tra gli operatori del diritto e contribuire a migliorare la cooperazione tra la Cina e Hong Kong nel campo economico e sociale) avevano rilevanza concreta assai trascurabile.

²¹ Il Governor-in-Council rappresenta il governatore di una colonia britannica che agisce dietro consiglio dell'Executive Council.

modificarne il contenuto, al fine di armonizzare le espressioni tra le due versioni autentiche²². Inoltre, la novellata Official Languages Ordinance alla sezione 4C prevedeva anche l'istituzione del Bilingual Laws Advisory Committee (BLAC), 雙語法例諮詢委員會, *shuangyu falu zixun weiyuanhui* al quale erano assegnate le funzioni di esaminare il testo autentico preparato dalla Law Drafting Division (法律草拟科, *falu caoni ke*) e offrire pareri al Governatore sulla pubblicazione delle versioni autentiche della legislazione formulata in lingua cinese.

Nel 1989 il Legislative Council adottò la prima legge redatta nelle due lingue (la Securities and Futures Commission Ordinance, 證券及期貨事務監察委員會條例, *zhengquan ji qihuo shiwu jiancha weiyuanhui tiaoli*) e nel successivo 1992 la Interpretation and General Clauses Ordinance, il primo atto legislativo cinese ad essere stato tradotto in cinese, venne dichiarato autentico. Nei cinque anni a seguire l'amministrazione coloniale, in particolare la Law Drafting Division e il BLAC, fu quindi impegnata in un consistente lavoro di traduzione delle *ordinances* vigenti e di gran parte della legislazione secondaria; al momento del passaggio di sovranità più di 500 atti di legislazione primaria della colonia erano stati tradotti²³.

Con l'entrata in vigore della Legge Fondamentale il principio di bilinguismo ha trovato un ulteriore fondamento nell'art. 9 il quale riprende pedissequamente la formulazione già inserita nella Joint Declaration affermando che «*In addition to the Chinese language, English may also be used as an official language by the executive authorities, legislature and judiciary of Hong Kong Special Administrative Region*». Se si analizza tale disposizione si può osservare come il bilinguismo giuridico sia stato percepito quale strumento a valenza politica diretto a manifestare il ripristino della sovranità della Cina nella Hong Kong postcoloniale; ciò è evidente se si prende in considerazione il dato letterale

²² Come osservato da F. CHEUNG, *op. cit.*, pp. 32-33, tale disposizione, lungi dal consentire un intervento diretto del potere esecutivo sulla legge, aveva la mera finalità di individuare un meccanismo attraverso cui realizzare un livello di esattezza tra i due testi nelle ipotesi in cui non esistesse o non fosse rinvenibile un equivalente nella lingua cinese, come ad esempio per il termine "Corona".

²³ Cfr. E. T. M. CHEUNG, *Bilingualism: Where Are We Heading?*, in M. WILKINSON, J. BURTON (eds.) *Reform of the Civil Process in Hong Kong*, Hong Kong, 2000, p. 248.

dell'art. 9 il quale nella sua formulazione indica innanzitutto il cinese quale lingua ufficiale e concede solo in via susseguente l'utilizzo anche dell'inglese. Come è stato, tuttavia, rilevato, il pregio di tale disposizione è da individuare nella possibilità per la RAS di continuare ad impiegare il sistema di *common law*, seppur in una lingua diversa, senza la necessità di imporre l'introduzione di elementi del sistema giuridico cinese che affermassero la sovranità della RPC anche nel campo del diritto²⁴.

All'interno dell'ordinamento giuridico della RAS il bilinguismo giuridico si esprime in concreto in due aspetti complementari: da una parte, impone la redazione e la promulgazione della legislazione vigente e futura nelle due versioni linguistiche (aventi pari valore); dall'altra parte, accorda la possibilità di condurre i procedimenti davanti alle corti della RAS in una delle due lingue ufficiali, a scelta discrezionale del soggetto che agisce in giudizio e del magistrato incaricato di giudicare il caso²⁵.

Tuttavia, nonostante il principio affermato dall'art. 9 della *Basic Law* e gli sforzi compiuti per attuare tale legge, è tuttora idea diffusa che la lingua inglese continuerà a rivestire un ruolo predominante; ciò non solo in ragione del fatto che prima del completo sviluppo di un *common law* in lingua cinese occorrerà un lungo periodo di tempo e rilevanti sforzi ma anche in ragione del fatto che attualmente l'inglese riveste innegabilmente un ruolo predominante a livello globale in quanto è la lingua internazionale del commercio e della finanza per eccellenza e dunque costituisce fattore essenziale per mantenere lo *status* economico di Hong Kong²⁶.

²⁴ Cfr. K. H. NG, *Is There a Chinese Common Law? An Empirical Study of the Bilingual Common-Law System of Hong Kong*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 2011, p. 120, in cui l'autore afferma proprio che «*Politically, legal bilingualism is seen as a means to manifest the political sovereignty of China in postcolonial Hong Kong. Legally, the new arrangement features an ambitious setup of a common-law system that is supposedly bilingual from top to bottom. It allows Hong Kong to continue to adopt the common-law system in the Chinese language without incorporating elements of the Chinese socialist legal system*».

²⁵ Sul punto cfr. A. CHEN, *Language, Law and the Case of Hong Kong*, cit., pp. 5-6, il quale tuttavia aggiunge che un approccio comprensivo della questione linguistica dovrebbe tenere conto non solo della *law in the books* ma anche della *law in action*.

²⁶ Sul punto cfr. Y. ZHAO, *Hong Kong: The Journey to a Bilingual Legal System*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 1997, p. 302.

1.3 *Il bilinguismo giuridico come espressione di un diritto fondamentale*

Accanto all'art. 9 della Legge Fondamentale, il bilinguismo trova un ulteriore fondamento giuridico nella Hong Kong Bill of Rights Ordinance (香港人權法案條例, *xianggang renquan fa'an tiaoli*). Infatti, il riconoscimento del cinese quale lingua ufficiale, oltre ad avere una valenza politica di affermazione della sovranità della RPC, può essere anche concepito come manifestazione di un diritto fondamentale dell'uomo²⁷ e, nello specifico, quale forma di libertà di espressione. Ciò è maggiormente apprezzabile in una realtà, come quella di Hong Kong, in cui la quasi totalità della popolazione parla una lingua diversa da quella che in precedenza aveva il monopolio nelle istituzioni²⁸. Nel concreto, questo diritto fondamentale ha una doppia valenza in quanto non si traduce solo nella possibilità per i cittadini di esprimersi con le istituzioni nella propria lingua ma comporta anche l'impegno del governo ad eliminare gli ostacoli e facilitare l'impiego delle lingue ufficiali in ogni settore dell'ordinamento²⁹. Tra le disposizioni della Hong Kong Bill of Rights Ordinance che riconoscono tale diritto fondamentale si ricordano l'art. 11 che dispone il diritto di un accusato di essere informato delle imputazioni a suo carico in una lingua che può comprendere³⁰ e l'art. 22 che dispone il divieto di discriminazioni sulla base della razza, colore, sesso, lingua, religione o qualsiasi altro *status*³¹.

²⁷ Tale diritto deve essere inteso come la possibilità per ciascun cittadino di esprimersi ed essere capito nella propria lingua in ogni settore dell'ordinamento. Diversi ordinamenti tutelano il diritto al plurilinguismo all'interno del proprio ordinamento, come avviene in Canada, nell'Unione Europea nonché nella Repubblica Popolare Cinese (che, infatti, all'art. 134 della Costituzione riconosce il diritto delle minoranze etniche di utilizzare la propria lingua nei procedimenti avanti le corti).

²⁸ Si tenga, infatti, in considerazione che dei sette milioni di abitanti della RAS circa il 93% è di etnia cinese (dati del censimento del 2011, disponibili al sito del Census and Statistics Department, <http://www.censtatd.gov.hk>). Sugli svantaggi di uso esclusivo dell'inglese in un paese di lingua nativa non inglese, cfr. A. CHEN, *Language, Law and the Case of Hong Kong*, cit., pp. 7 ss., il quale osserva che tra le conseguenze del monopolio linguistico di una lingua del diritto non parlata dalla popolazione locale vi è la realizzazione di una sorta di alienazione dei cittadini da tutto l'apparato governativo e giuridico.

²⁹ Sul punto cfr. A. CHEUNG *Language*, in J. CHAN, C.L. LIM (ed.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011, pp. 123 ss.

³⁰ Tuttavia l'applicazione giurisprudenziale di tale disposizione non è sempre uniforme (sul punto cfr. Y. ZHAO, *Bilingual Legal System in Hong Kong: Explorations in the Languages of the Law*, tesi di dottorato non pubblicata, Hong Kong, 2000, pp. 18 ss.). Ad esempio, nel caso *R v Tse Kim-ho & Anors* [1993] 3 HKPLR 298 la corte ha ritenuto la violazione della suddetta disposizione in quanto

Su questo aspetto alcuni significativi esempi di interpretazione e applicazione concreta del bilinguismo possono essere tratti dalla giurisprudenza delle corti di in Hong Kong. Un primo esempio è il caso *The Association of Expatriate Civil Servants of Hong Kong (AECS) v The Secretary for the Civil Service*³² avente ad oggetto la politica del governo della RAS di imporre il requisito della conoscenza della lingua cinese a tutti i funzionari impiegati nella pubblica amministrazione della RAS. Nello specifico, in forza di tale politica ai funzionari stranieri già in servizio prima dell'introduzione del requisito linguistico è stato consentito di mantenere il loro ruolo solo a fronte della dimostrazione di possedere una conoscenza adeguata della lingua cinese. Ritenendo la scelta operata dal governo della RAS illegittima e discriminatoria, la AECS si è rivolta alla Court of First Instance lamentando la contrarietà di tale politica sia all'art. 100 della Legge Fondamentale³³ sia all'art. 21, lett. c), della Bill of Rights Ordinance³⁴. In particolare, l'Associazione ha sostenuto che l'imposizione del requisito della conoscenza di entrambe le lingue costituisca una discriminazione poiché detto requisito non era giustificato dalla prova di una reale necessità di un uso prevalente del cinese nei vari settori dell'impiego pubblico. Respungendo le domande dell'AECS, la Court of First Instance, invece, è giunta alla conclusione che la politica bilingue del Governo non è discriminatoria in quanto giustificata da criteri di equità, necessità, razionalità e proporzionalità. Nel ragionamento della corte tali criteri sono, infatti, pienamente soddisfatti sulla base di precise circostanze quali l'estensione indiscriminata del

il ricorso nella versione cinese presentava, rispetto a quella inglese, alcune carenze nelle allegazioni e nelle difese dell'attore; al contrario, nel caso *AG v Tang Yuen-lin* [1995] HKC 209 la corte ha negato la violazione dell'art. 11 in relazione ad un ricorso presentato solamente in lingua inglese in quanto il convenuto non aveva provato di aver subito un pregiudizio concreto dalla mancata traduzione in cinese dello stesso.

³¹ Tale disposizione è particolarmente significativa in quanto recepisce l'art. 39 della International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

³² *The Association of Expatriate Civil Servants of Hong Kong v The Secretary for the Civil Service* [1998] HKCFI 316.

³³ L'art. 100 della Legge Fondamentale recita «*Public servants serving in all Hong Kong government departments, including the police department, before the establishment of the Hong Kong Special Administrative Region, may all remain in employment and retain their seniority with pay, allowances, benefits and conditions of service no less favourable than before*».

³⁴ Tale articolo dispone che «*Every permanent resident shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 1(1) and without unreasonable restrictions- [...] (c) to have access, on general terms of equality, to public service in Hong Kong*».

requisito a tutto il personale pubblico, la messa a disposizione di corsi di formazione linguistica per i dipendenti sprovvisti di una conoscenza adeguata della lingua cinese e la reale necessità di provvedere alla popolazione locale composta da oltre il 90% da persone di madrelingua cinese.

Una pronuncia, invece, che si è discostata notevolmente dalla *ratio* del caso dell'AECS e ha adottato un approccio diametralmente opposto rispetto alla promozione del bilinguismo in tutti i settori dell'ordinamento, è rappresentata dal caso *Li Yiu Kee v The Chinese University of Hong Kong*³⁵ in cui la Court of Appeal ha indirettamente avvalorato la politica di predominanza dell'inglese rispetto al cinese nel campo dell'istruzione universitaria. Questa controversia ha origine dal ricorso di uno studente il quale citava in giudizio la Chinese University of Hong Kong lamentando la predominanza della lingua inglese nell'offerta formativa dell'istituzione universitaria e dunque la mancata attuazione da parte dell'università della politica bilingue come prescritta dalla Chinese University of Hong Kong Ordinance. In particolare, lo studente sosteneva che l'espressione «*the principal language of instruction shall be Chinese*», contenuta nel preambolo dell'*ordinance*, sanciva il dovere per l'università di utilizzare la lingua cinese quale lingua principale di insegnamento. La Court of Appeal, tuttavia, pur riconoscendo i risvolti politici della decisione, si è pronunciata a favore dell'ente universitario, stabilendo che il preambolo dell'*ordinance* non rappresenta una disposizione vincolante e pertanto non ha alcun effetto giuridico. In particolare, i giudici hanno precisato che l'assenza di uno specifico obbligo di impiego del cinese quale lingua principale di insegnamento è confermata dal fatto che nel corpo della *ordinance* non si rinviene alcuna disposizione che affronta nel dettaglio tale questione linguistica. Al fine di eliminare ogni dubbio interpretativo, la corte è stata altresì chiamata a pronunciarsi in merito al significato corretto da attribuire alle due versioni linguistiche della *ordinance*. Alcuni dubbi interpretativi erano, infatti, stati sollevati sull'effettiva equivalenza semantica tra le espressioni “*shall*” e “為” (*wei*) poiché quest'ultima poteva essere intesa sia con una valenza prescrittiva sia

³⁵ *Li Yiu Kee v The Chinese University Of Hong Kong* [2010] HKCU 1607.

con una valenza meramente descrittiva³⁶. La corte, tuttavia, esaminando il significato e gli usi di “為” (*wei*), ha osservato che nella legislazione della RAS quando “為” (*wei*) è impiegato nel senso di “*shall*” è solitamente preceduto dal carattere “須” (*xu*)³⁷; non essendo presente tale carattere, la corte ha, pertanto, ribadito la necessità di assegnare alla disposizione un valore non prescrittivo, confermando così la non vincolatività del preambolo della Chinese University of Hong Kong Ordinance.

1.4 *Lingua “tecnica” e lingua “comune”: bilinguismo giuridico e sistema linguistico tripartito della RAS*

L'art. 9 della Legge Fondamentale afferma che la lingua cinese deve essere utilizzata quale lingua ufficiale nel sistema giuridico di Hong Kong ma non specifica quale tra le sette principali varianti della lingua cinese si deve intendere³⁸. Infatti, la maggioranza della popolazione di Hong Kong parla il cantonese³⁹ (che costituisce la variante dialettale più diffusa nell'area sud-orientale della Cina), anche se il 普通话 *putong hua* (la lingua comune creata

³⁶ La versione in inglese della disposizione recita «*the principal language of instruction shall be Chinese*» mentre quella in cinese «其 主要 授課 語文 為 中文» (*qi zhuyao shouke yuwen wei zhongwen*).

³⁷ A supporto della decisione il giudice Kwan nella sua motivazione (punto 121) ricorda proprio che da una ricerca sul glossario impiegato nella legislazione di Hong Kong «*The Chinese text of these legislative provisions, other than using the character “為”, also contained variants such as “須”, “即屬”, “即為”, “須...為”, “須作為”, “屬”, “是”, “可”, “可...為”. It would appear from the search results that in relatively few instances was the character “為” used alone. In a number of instances, “為” was used together with an auxiliary verb or adjunct like “須” (meaning “must”), “即” (meaning “be, mean, namely”) or “可” (meaning “can, may”) to make clear or amplify its meaning*».

³⁸ Il cinese è considerato, in generale, una sottocategoria della lingua Sino-tibetana al cui interno si trovano nove principali varianti (方言, *fangyan*, letteralmente “discorso regionale”), ossia mandarino, cantonese, wu, xiang, hakka, gan, e min. Sulla molteplicità della lingua cinese si rimanda a M. KURPASKA, *Chinese Language(s): A Look Through the Prism of The Great Dictionary of Modern Chinese Dialects*, 2010, Berlin.

³⁹ Dal censimento del 2011 (i cui dati sono disponibili al sito del Census and Statistics Department, <http://www.censtatd.gov.hk>) è risultato che circa l'89% della popolazione di Hong Kong parla il cantonese (mentre il mandarino è solo pari all'1,4%).

sulla base del mandarino) è la lingua ufficiale della Repubblica Popolare Cinese⁴⁰. Durante il dominio britannico, nonostante il monopolio della lingua inglese nel governo e nell'economia di Hong Kong, il cantonese non è mai caduto in disuso in numerosi aspetti della vita sociale, compresa l'istruzione primaria⁴¹. Tuttavia, per quasi tutto il periodo coloniale, il cantonese è stato considerato lingua di valore inferiore e quindi relegato a un ruolo del tutto marginale. Questa situazione ha creato nella colonia un particolare fenomeno linguistico che viene definito come “*diglossia without bilingualism*” nel senso che inglese e cantonese, pur condividendo un medesimo spazio territoriale, hanno trovato espressione all'interno delle rispettive comunità in modo nettamente separato: in particolare, il primo ha rappresentato la lingua della *élite* sociale, utilizzata nei documenti scritti e negli eventi ufficiali, mentre il secondo ha rappresentato la lingua della popolazione locale, impiegata solo per usi colloquiali ed informali⁴².

In ragione di questa situazione perdurata per tutta l'epoca coloniale, ancora oggi, nel contesto della lingua parlata il riferimento alla lingua cinese è inteso ad indicare generalmente il dialetto cantonese. Diversamente, nel contesto della lingua scritta, “cinese” fa riferimento al c.d. cinese moderno (ossia al 白话 *baihua* e, nello specifico, allo *Standard Modern Chinese*) per distinguerlo dagli altri stili classici; quest'ultimo viene utilizzato in tutte le forme di comunicazione scritta, non solo tra i cittadini della RAS ma anche nei rapporti con i cinesi della Cina continentale anche se Hong Kong, non avendo recepito la riforma attuata nella RPC negli anni Cinquanta, continua ad utilizzare il metodo di scrittura con i

⁴⁰ La People's Republic of China Law of the Country's Common Language and Writing, 中华人民共和国国家通用语言文字法 (*zhonghua renmin gongheguo guojia tongyong yuyan wenzi fa*), in vigore dal 2001, afferma, infatti, che «*putonghua and the standardized Chinese characters the common language and writing of the People's Republic of China*» (art. 2) e che «*the country promotes the popularization of Putonghua and the standardized characters*» (art. 3). Sulle politiche linguistiche della RPC e la promozione del *putong hua*, cfr. M. KURPASKA, *op. cit.*, pp. 10-14.

⁴¹ Questa situazione è anche conseguenza dell'atteggiamento di indifferenza del governo coloniale il quale non ha mai avuto l'intenzione di trasformare l'inglese in una lingua di massa ovvero nella lingua franca di Hong Kong (cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., p. 52)

⁴² La distinzione tra i due gruppi sociali e i rispettivi idiomi parlati (in cui l'inglese assume ancora un ruolo e una funzione di lingua elitaria impiegata nei settori più importanti quali il mondo degli affari e l'istruzione secondaria e universitaria) è ancora fortemente presente nella RAS tanto che si è parla di “*social bilingualism*” (su questo punto cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., pp. 51 ss.).

caratteri tradizionali (繁體字 *fanti zi*) invece che il sistema di caratteri semplificati (简体字 *jianti zi*). In virtù di questa complessa dimensione linguistica, il sistema di Hong Kong oggi può essere quindi definito sia “*trilingual*” (cantonese, inglese e mandarino) sia “*biliterate*” (*Standard Modern Chinese* e inglese)⁴³; ciò ha di conseguenza determinato l'adozione da parte dell'amministrazione della RAS di una politica linguistica, anche nel campo del diritto, analogamente definita “*biliterate and trilingual*” (兩文三語 *liang wen san yu*).

2. Il bilinguismo giuridico nelle istituzioni della RAS

2.1 *La lingua del legislatore*

Come già menzionato, attualmente la legislazione di Hong Kong è emanata e pubblicata nelle due lingue ufficiali della RAS. Il fondamento normativo della legislazione bilingue è contenuto nelle due importanti *ordinances* emendate nel 1987: la Official Languages (Amendment) Ordinance in cui si afferma che «*all ordinances shall be enacted and published in both official languages*»⁴⁴ e la Interpretation and General Clauses (Amendment) Ordinance in cui si dispone che «*(1) The English language text and the Chinese language text of an Ordinance shall be equally authentic, and the Ordinance shall be construed accordingly. (2) The provisions of an Ordinance are presumed to have the same meaning in each authentic text*»⁴⁵.

Dalla fine degli anni Ottanta lo sviluppo del bilinguismo giuridico che ha interessato il legislatore di Hong Kong si è diviso in due fasi: una prima fase, iniziata nel decennio antecedente il ritorno alla sovranità e conclusa pochi anni

⁴³ Cfr. G. HARRISON, L. K.H. SO, *The Background to Language Change in Hong Kong*, in S. WRIGHT, H. KELLY-HOLMES (eds.), *One Country, Two Systems, Three Languages: A Survey of Changing Language Use in Hong Kong*, Clevedon et al., 1997, p. 13.

⁴⁴ Sezione 4, «*Enactment of Ordinances in both official languages*».

⁴⁵ Sezione 10B, «*Construction of Ordinances in both official languages*».

dopo, ha riguardato il lavoro di traduzione dei testi normativi – di fonte primaria e secondaria – vigenti nella colonia; una seconda fase (quella attuale) riguarda, invece, la produzione e la promulgazione di testi normativi in versione bilingue inglese-cinese.

Per quanto concerne la prima fase, il complesso processo che ha portato alla traduzione di tutta la legislazione vigente nel periodo precedente l'*handover* si componeva essenzialmente di due momenti distinti. In un primo momento si procedeva all'elaborazione del testo normativo in cinese da autenticare: a tal fine la Law Drafting Division, al cui interno era stato costituito un apposito Bilingual Law Team⁴⁶, provvedeva alla traduzione, mentre il Bilingual Laws Advisory Committee (BLAC)⁴⁷ provvedeva al successivo controllo e revisione del testo tradotto. In un secondo momento, un'apposita sezione del Legislative Council esaminava il testo così formato ed eventuali problematiche individuate nella versione tradotta venivano discusse durante una seduta del LegCo al termine della quale l'assemblea doveva dare la sua approvazione alla versione cinese. Se approvato, il testo veniva inviato al Governatore il quale provvedeva a dichiarare l'autenticità della versione e pubblicarla in Gazzetta. In tale processo, potevano alle volte prendere parte altresì lo stesso Governatore, al quale era consentito correggere gli eventuali errori nel testo autentico, e il General Attorney, al quale era permesso apporre modifiche al testo esistente nell'altra lingua ufficiale al fine di armonizzare le espressioni tra le due versioni ufficiali.

Il processo di traduzione delle fonti normative inglesi si è tuttavia rivelato un'operazione assai delicata e complessa in quanto, al fine di poter definire i due testi come autentici, occorreva non solo formalmente assegnare pari valore giuridico ed entrambe le versioni ma queste dovevano altresì condividere i medesimi effetti giuridici ed essere percepite dalla comunità e dalle corti come testi parimenti attendibili⁴⁸. In questo contesto particolare attenzione doveva essere prestata alla terminologia di *common law* espressa in cinese la quale

⁴⁶ Attualmente all'interno del Law Drafting Division si trovano una English Drafting Unit e una Bilingual Drafting Unit che ha incorporato il Bilingual Law Team.

⁴⁷ I testi tradotti venivano quindi presentati dal Legal Department al BLAC per essere esaminati e confermati, salvo la possibilità per il comitato di proporre modifiche al testo.

⁴⁸ Sul punto cfr. Y. ZHAO, *Bilingual Legal System in Hong Kong: Explorations in the Languages of the Law*, cit., p. 30.

doveva tendere ad avere il medesimo significato ed i medesimi effetti giuridici dei rispettivi termini espressi in lingua inglese⁴⁹.

Per quanto concerne invece la seconda fase, l'attuale redazione dei testi normativi è integralmente affidata alla Law Drafting Division che è incaricata sia di elaborare la nuova legislazione sia di formulare gli emendamenti di quella esistente⁵⁰. Al fine di garantire una maggiore corrispondenza e coerenza tra le due versioni del testo normativo, la legislazione di nuova produzione è solitamente stilata attraverso il metodo della redazione in parallelo⁵¹, ossia entrambe le versioni vengono redatte e discusse contemporaneamente. Ciò significa che la versione cinese non costituisce più una mera traduzione del testo inglese definitivamente approvato. Tuttavia, nella prassi la versione in inglese rimane ancora il testo formulato per primo in quanto le linee guida fissate dall'assemblea legislativa per la redazione del disegno di legge (le c.d. *drafting instructions*) sono espresse solo in inglese. Generalmente sia la versione inglese sia quella cinese sono redatte da due consulenti bilingue⁵² (alle volte affiancati da un traduttore), anche se è possibile che la versione inglese sia redatta da un giurista madrelingua inglese mentre la versione cinese da un consulente bilingue. L'evidente vantaggio di procedere attraverso la redazione parallela dei due testi è che, rispetto alla mera traduzione della legislazione in cui il testo originale non può essere modificato, entrambe le versioni possono essere corrette e riviste in modo da armonizzare al meglio i due testi e il loro contenuto sia il più possibile equivalente.

Questa ricerca di equivalenza tra le due versioni, tuttavia, è stata contrassegnata da numerose difficoltà e incertezze legate alle diversità sotto il

⁴⁹ Su questi aspetti si rimanda al capitolo V.

⁵⁰ Mediamente la Law Drafting Division produce annualmente 25 disegni di legge e circa 150 atti di legislazione sussidiaria (cfr. LAW DRAFTING DIVISION, *How Legislation Is Made in Hong Kong: A Drafter's View of the Process*, 2012, p. 11, disponibile al sito <http://www.legislation.gov.hk/blis/eng/pdf/2012/drafting2e.PDF>).

⁵¹ Sul punto cfr. E. POON, *The Effectiveness of Plain Language in the Translation of Statutes and Judgments*, cit., pp. 50 ss.

⁵² Come ricordato dalla stessa Law Drafting Division, il consulente incaricato di redigere i disegni di legge deve essere un giurista che combina le competenze in materia di legislazione e procedimento di formazione delle leggi a competenze linguistiche (cfr. LAW DRAFTING DIVISION, *op. cit.*, p. 6).

profilo linguistico e sotto il profilo culturale delle due tradizioni giuridiche⁵³ e che alle volte hanno fatto dubitare della possibilità di poter trasporre e rendere operante il diritto di *common law* in una lingua diversa dall'inglese.

2.2 La lingua delle corti

2.2.1 La lingua nel processo

La sezione 5 della Official Languages Ordinance⁵⁴, che riprende il contenuto dell'art. 9 della Legge Fondamentale, è la norma di riferimento che legittima l'uso di entrambe le lingue ufficiali nei procedimenti avanti le corti della RAS. In generale, la lingua del procedimento, ossia quella in cui attraverso i verbali è documentato il processo e in cui è redatta la sentenza, è discrezionalmente scelta dal giudice che conduce il procedimento; tale decisione è considerata definitiva per cui non può essere impugnata dalle parti. Nonostante ciò, la sezione 5, punto 3), ammette espressamente che alla parte o al suo procuratore è sempre consentito esprimersi avanti la corte in una o entrambe le lingue ufficiali⁵⁵. Nella prassi, tuttavia, una volta che la corte ha determinato la lingua del procedimento, le parti sono generalmente tenute a rivolgersi in quella lingua salvo il caso in cui non parlino l'idioma scelto dal giudice. Alla parte è

⁵³ Come, infatti, è stato osservato «*although there are two texts and two languages, the law is one. This has put an extremely onerous burden on Hong Kong legislative counsel and translators, for they must ensure, whether in drafting new bilingual legislation or in translating existing legislation from English into Chinese, that no one single provision of a bilingual legislation can be understood and construed in one text as having a different meaning from its meaning in the other*» (cfr. T. YEN, *Bi-lingual Drafting in Hong Kong*, in *The Loophole*, 2010, p. 66, disponibile al sito http://www.opc.gov.au/calc/docs/Loophole_papers/Yen_Apr2010.pdf).

⁵⁴ La sezione 5 della Official Languages Ordinance, infatti, recita «(1) *A judge, magistrate or other judicial officer may use either or both of the official languages in any proceedings or a part of any proceedings before him as he thinks fit. (2) The decision of a judge, magistrate or other judicial officer under subsection (1) is final. (3) Notwithstanding subsection (1), a party to or a witness in any proceedings or a part of any proceedings may- (a) use either or both of the official languages; and (b) address the court or testify in any language. (4) Notwithstanding subsection (1), a legal representative in any proceedings or a part of any proceedings may use either or both of the official languages*». La versione precedente del 1974 consentiva, invece, la possibilità di utilizzare il cinese esclusivamente nelle Magistrates' Courts e nei tribunali specializzati.

⁵⁵ Parimenti, ai testimoni è riconosciuta piena libertà di rendere testimonianza in qualsiasi lingua.

comunque concessa la facoltà di presentare istanza alla corte affinché assegni la causa a un giudice bilingue che possa condurre il procedimento nella lingua processuale proposta dalla parte; tuttavia, anche in caso di accoglimento dell'istanza, la decisione finale sulla lingua da impiegare nel processo spetta sempre al giudice individuato il quale può quindi disattendere la richiesta della parte. Al fine di agevolare l'attuazione del bilinguismo nei procedimenti avanti le corti della RAS e tutelare le parti che parlano solo una delle due lingue, in tutti i gradi di giudizio è fornito un servizio di interpretariato⁵⁶. Qualora il procedimento preveda la presenza di una giuria, la selezione dei giurati deve avvenire tenendo in considerazione la competenza linguistica dei membri selezionati per cui ciascun giurato deve dimostrare di avere «*a sufficient knowledge of the language in which the proceedings are to be conducted to be able to understand the proceedings*»⁵⁷.

Il quadro normativo di riferimento è poi completato dai regolamenti interni di ciascuna corte i quali adottano alcune regole speciali, dirette a favorire l'attuazione del bilinguismo e rimuovere gli ostacoli tipicamente presenti nei procedimenti giudiziari che coinvolgono una pluralità di lingue. Ad esempio, le High Court Civil Procedure (Use of Language) Rules, al paragrafo 3, prevedono alcuni criteri da impiegare nella scelta della lingua processuale, disponendo che il giudice nel decidere l'idioma del procedimento deve dare primaria importanza al «*just and expeditious disposal of the proceeding*», criterio che comprende anche

⁵⁶ Va sottolineato che ben prima che iniziasse lavoro di trasposizione in cinese della legislazione di Hong Kong, gli interpreti nelle corti traducevano già il *common law* in cinese per cui un primissimo vocabolario giuridico di termini di *common law* in cinese è da ricondurre già al periodo coloniale (su questo aspetto si rimanda a E. N. S. NG, *The Tension between Adequacy and Acceptability in Legal Interpreting and Translation*, in S. B. HALE, U. OZOLINS, L. STERN (eds.), *The Critical Link 5: Quality in Interpreting: a Shared Responsibility*, Sydney, 2007, p. 40). Al 31 ottobre 2011, l'apparato giudiziario conta al suo interno 143 interpreti giudiziari dislocati nei vari uffici e livelli delle corti; ci sono inoltre alcuni funzionari, ossia i Law Translation Officers, incaricati di preparare i documenti delle corti in versione bilingue (cfr. LEGISLATIVE COUNCIL SECRETARIAT, *Informative Note – Use of Chinese in the Court Proceedings*, Hong Kong, 2012, p. 7, disponibile al sito <http://www.legco.gov.hk/yr11-12/english/sec/library/1112in17-e.pdf>). La presenza dell'interprete all'interno dei processi era già diffusa nel periodo coloniale, anche se nei primi procedimenti penali tale ruolo era rivestito dagli agenti di polizia locale che, tuttavia, erano spesso chiamati anche a testimoniare contro l'imputato (cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., p. 124).

⁵⁷ Sezione 4(1), lettera c) della Jury (Amendment) Ordinance; questa disposizione è stata modificata nel 1997 in quanto nella sua versione precedente il soggetto selezionato poteva assumere l'incarico di giurato solo se possedeva una buona conoscenza dell'inglese.

una valutazione dei costi relativi all'impiego di una lingua rispetto all'altra. Ai paragrafi 4 e 5 si dispone, inoltre, che qualsiasi documento del procedimento può essere prodotto in una delle lingue ufficiali, ma la corte, anche su istanza delle parti, ha potere discrezionale di ordinare che si proceda ad una traduzione autenticata del documento prodotto in una delle due lingue ufficiali di cui non si ha sufficiente conoscenza⁵⁸.

Sulla scelta della lingua processuale da impiegare nel giudizio è interessante rilevare che la High Court ha altresì formulato una serie di Guidelines for Judges and Judicial Officers⁵⁹ al fine di offrire alcune indicazioni di massima per la selezione della lingua. In particolare, i fattori che il giudice deve tenere in considerazione nella scelta della lingua ufficiale includono: le conoscenze linguistiche dell'imputato o delle parti ovvero dei rispettivi procuratori legali e del giudice stesso; la lingua in cui i testimoni renderanno le loro deposizioni; la preferenza espressa dall'imputato o dalla parte; gli elementi di fatto e gli elementi di diritto coinvolti nel procedimento; il numero di documenti di cui dovrebbe essere disposta la traduzione nell'altra lingua ufficiale. Le Guidelines specificano anche in quali circostanze è consigliato l'uso della lingua cinese, ossia quando: tutte le parti o i loro procuratori non si oppongono alla conduzione del processo in lingua cinese; le testimonianze (o la maggioranza di queste) devono essere raccolte in cinese; tutti (o la maggioranza) dei documenti sono in cinese; le questioni di diritto sono limitate o ritenute dal giudice e dagli avvocati di facile risoluzione. Diverso è, invece, il caso della scelta della lingua con cui si deve svolgere il giudizio di appello⁶⁰: in questo caso, infatti, la lingua utilizzata nel precedente grado può avere un ruolo significativo. Su questo aspetto le Guidelines dispongono quindi che i giudici nel determinare

⁵⁸ La corte accorda tale ordine in base al criterio di ragionevolezza; ad esempio, nel caso *Securities and Features Commission v Mandarin Resources Corp. Ltd & another*, HCCW n. 348 del 1996 [unreported], la corte ha rifiutato di ordinare la traduzione in cinese di tutti i documenti prodotti dall'attore in quando il convenuto non aveva fornito la prova di non avere sufficiente familiarità con la lingua inglese tale da non poter difendersi adeguatamente senza una traduzione in cinese della documentazione.

⁵⁹ Queste Guidelines sono pubblicate in *Hong Kong Civil Procedure*, 2009, Hong Kong, pp. 1168 ss.

⁶⁰ In ogni caso ai fini del ricorso in appello le sentenze sono tradotte su richiesta di un funzionario giudiziario ovvero di una delle parti.

la lingua dell'appello devono tenere in considerazione ulteriori fattori tra cui la lingua impiegata dalla corte inferiore, la quantità di documentazione (comprese le trascrizioni delle testimonianze) che deve essere tradotta nell'altra lingua ufficiale, l'eventuale esigenza di definire il giudizio in modo celere e le questioni di diritto sollevate con l'appello. Da ultimo, le Guidelines cercano di garantire un certo grado di flessibilità della lingua processuale a procedimento già iniziato: infatti, dispongono che qualora nel corso del giudizio emerga l'opportunità di condurre parte del procedimento nell'altra lingua, il giudice può sempre decidere di svolgere parte del procedimento in tale lingua ovvero, sentite le parti, decidere di sostituire *in toto* la lingua ufficiale del procedimento.

La determinazione della lingua rappresenta quindi un momento significativo nell'*iter* processuale di tutte le corti della RAS. Tuttavia, l'utilizzo alternativo delle due lingue, che formalmente per legge dovrebbe trovare applicazione a tutti i livelli giurisdizionali, nella realtà subisce una rilevante eccezione nei procedimenti avanti la Court of Final Appeal i quali si svolgono ancora esclusivamente in lingua inglese. Le ragioni di questa sostanziale differenza sono molteplici. Tra queste vi è la circostanza che la corte di ultima istanza opera in composizione collegiale ed il collegio è composto da cinque magistrati di cui uno è sempre scelto da una lista di giudici non permanenti che provengono da altre giurisdizioni di *common law*. All'interno quindi della Court of Final Appeal non è quindi attualmente possibile individuare un collegio formato da giudici che possono definirsi bilingue e garantire la conduzione di un procedimento anche in lingua cinese.

Escluso il particolare caso della Court of Final Appeal, si deve comunque rilevare che la lingua processuale prevalentemente usata nelle corti di Hong Kong è tuttora rappresentata dall'inglese, mentre si riscontrano ancora diverse resistenze all'impiego del cinese nei procedimenti giudiziari. A tal proposito è significativo rilevare che il primo processo interamente in cinese avanti una corte superiore (*Sun Er Jo v Lo Ching & Others*) si è svolto solo nel dicembre del

1995⁶¹, a quasi dieci anni di distanza dall'entrata in vigore della novella che, modificando la sezione 5 della Official Languages Ordinance, ha introdotto l'utilizzo di entrambe le lingue nei processi. Attualmente il cinese è soprattutto diffuso nei giudizi avanti le corti inferiori in cui la maggior parte dei magistrati è bilingue e pertanto i procedimenti sono generalmente condotti in cantonese⁶², salvo le ipotesi in cui una delle parti non parli tale lingua. L'impiego di tale lingua si giustifica anche sulla circostanza che questi procedimenti hanno solitamente ad oggetto mere questioni di fatto; l'assenza di questioni di diritto da dirimere comporta altresì che le decisioni vengono frequentemente pronunciate in udienza senza una successiva stesura per iscritto⁶³. L'inglese, invece, rimane in generale la lingua prediletta nei procedimenti avanti le corti superiori. A distanza di oltre un trentennio dall'attuazione del bilinguismo nelle corti, pertanto, si riscontra ancora la tendenza in forza della quale più il livello della corte è alto e meno frequente è l'uso del cinese⁶⁴. Le cause di questa propensione sono molteplici; tra queste, una delle principali è che nelle corti alte spesso si affrontano questioni di diritto più complesse e dunque l'utilizzo dell'inglese ha il vantaggio di rendere più agevole il reperimento dei precedenti giurisprudenziali (la maggioranza dei quali sono, infatti, in inglese⁶⁵) e la comprensione dei termini tecnici giuridici in quanto i rispettivi termini utilizzati nella formulazione cinese

⁶¹ *Sun Er Jo v Lo Ching* [1996] 1 HKC 1 è, infatti, il primo caso cinese giudicato dalla High Court mentre *R v. Kwong Kim Wah* [1996] 2 H.K.C. 161 è stata la prima sentenza ad essere stata massimata in cinese; cfr. A. S.Y. CHEUNG, *Constitutional and Legislative Provisions Governing the Use of Language in the Hong Kong SAR*, Hong Kong, 2010, p. 9, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=1711662>.

⁶² Dai dati forniti dal Hong Kong Judiciary nel 2013 il 99,97% dei casi trattati avanti i Magistrates sono stati procedimenti condotti in cinese (cfr. HONG KONG JUDICIARY, *Replies to Initial Written Questions Raised by Finance Committee Members in examining the Estimates of Expenditure 2014-15*, 2014, disponibile al sito http://www.judiciary.gov.hk/en/other_info/fc_questions/pdf/ja_e_1415.pdf).

⁶³ Questa circostanza comporta che le decisioni delle Magistrates' courts vengono raramente inserite nei *law reports* e, pertanto, non contribuiscono a sviluppare un vero e proprio *case law* in cinese (cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., pp. 236-237).

⁶⁴ Con riferimento al 2013 nella District Court i processi civili condotti in cinese costituiscono circa il 56% dei casi mentre nella High Court la percentuale di processi civili cinesi scende al 21% per i processi avanti la Court of First Instance e al 19% per i processi avanti la Court of Appeal (cfr. HONG KONG JUDICIARY, *Replies to Initial Written Questions Raised by Finance Committee Members in Examining the Estimates of Expenditure 2014-15*, 2014, disponibile al sito http://www.judiciary.gov.hk/en/other_info/fc_questions/pdf/ja_e_1415.pdf).

⁶⁵ Si ricorda, inoltre, che un importante ruolo nel *case law* è rappresentato dai precedenti (in lingua inglese) che provengono dalle altre giurisdizioni di *common law* che, circolando all'interno dei sistemi appartenenti a tale famiglia, spesso vengono richiamati anche dalla giurisprudenza locale.

sono spesso ritenuti ambigui e di non facile comprensione. Al contrario, l'utilizzo maggiore del cinese nelle corti inferiori si giustifica sulla base della circostanza che in tali giurisdizioni il procedimento si focalizza quasi esclusivamente sull'accertamento dei fatti i quali, dunque, hanno la prevalenza rispetto alle questioni di diritto⁶⁶. Questa circostanza comporta una netta suddivisione di competenze linguistiche nell'ambito della prassi giudiziaria: da una parte, il cantonese è associato alle questioni di fatto e, dall'altra parte, l'inglese rimane associato alle questioni di diritto e alla lingua dell'argomentazione giuridica⁶⁷.

Ciò premesso (escluso il caso del tutto peculiare della Court of Final Appeal) non si può tralasciare il fatto che dall'analisi della giurisprudenza successiva all'introduzione del bilinguismo si registra, comunque, una progressiva espansione del ruolo del cinese nelle corti della RAS. Questa maggiore importanza data alla lingua locale emerge sia dal crescente numero di giudici di ruolo con competenze bilingue sia dal crescente numero di procedimenti condotti in cinese nelle corti di alto livello. Questa tendenza rappresenta quindi un importante segnale che potrebbe far ipotizzare un possibile cambiamento nel *legal process* della metropoli asiatica diretto all'affermazione di un *common law* in lingua cinese.

2.2.2 *Il caso dei mixed-language trials*

Un altro fenomeno interessante, legato alla dicotomia “cinese – lingua dei fatti di causa” e “inglese – lingua delle questioni di diritto”, sono i c.d. *mixed-language trials*⁶⁸ ossia procedimenti di corti intermedie (soprattutto della District

⁶⁶ Altri motivi che giustificano il maggiore uso del cinese nelle corti inferiori sono la presenza di parti che stanno in giudizio senza il patrocinio di un procuratore (per cui l'utilizzo di una lingua a loro familiare è altresì espressione del diritto alla difesa) e la frequente presenza di prove e documenti generalmente formulati in cinese (la cui traduzione costituirebbe un inutile dispendio di risorse).

⁶⁷ Su questo punto si rimanda a K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., pp. 236-238.

⁶⁸ Cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., pp. 238-241, il quale sostiene che «*the mixed-language trial epitomizes the unique form of legal bilingualism in Hong Kong*».

Court e della Court of First Instance) condotti sia in cantonese sia in inglese. Questa modalità si fonda proprio sulla convinzione di giudici e avvocati che l'inglese meglio rappresenti la lingua del diritto e il cantonese meglio assolve ad essere la lingua dei fatti⁶⁹. Pertanto all'interno dei "processi a linguaggio misto", il cinese è solitamente impiegato durante l'escussione delle prove testimoniali⁷⁰ mentre l'inglese, rimanendo la lingua processuale del procedimento, è impiegato per le restanti attività processuali (verbalizzazione, *opening/closing statement* e sentenza). Tali tipologie di processi sono molto frequenti e sono spesso incoraggiati anche dai giudici stessi al fine evitare l'intervento di un interprete e ridurre così la durata dei procedimenti. Sebbene i *mixed-language trials* siano testimonianza concreta del bilinguismo giuridico nella RAS, il problema principale di tali procedimenti risiede nell'elevata possibilità di riscontrare errori nella traduzione delle testimonianze rese. Infatti, non essendo previsto l'intervento di un interprete, le dichiarazioni dei testimoni vengono tradotte direttamente da giudici e avvocati. A ciò si aggiunga che in caso di appello, il giudice di seconda istanza che non parli cinese sarà impossibilitato ad avere una trascrizione in inglese della testimonianza originale fedelmente tradotta da un professionista.

Accanto al fenomeno dei *mixed-language trials*, la prassi di adottare entrambe le lingue ufficiali all'interno del medesimo procedimento si verifica anche nei c.d. casi di *fusion*⁷¹, ossia quando un atto processuale viene redatto impiegando simultaneamente entrambe le lingue ufficiali. Questa pratica, tuttavia, è stata più volte censurata dalle corti superiori. Ad esempio, nel caso *Chan Kong v Chan Li Chai Medical Factory (Hong Kong) Ltd*⁷² la Court of Appeal ha dichiarato inammissibile un atto di citazione scritto in parte in inglese e in parte in cinese rilevando che, nonostante la sezione 5 della Official Languages

⁶⁹ Si noti, inoltre, che «*The high versus low distinction between English and Cantonese in the court hierarchy factually re-presents itself in the well-recognized form of the fact-law distinction at the level of a single trial*» (cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., p. 240).

⁷⁰ Nell'*adversary system* tipico del sistema di *common law* questa è una delle fasi fondamentali del processo (in particolare si veda la *cross-examination*).

⁷¹ Sui casi di *fusion* si rimanda a A. CHEUNG, *Language*, cit., pp. 126-129.

⁷² Cfr. *Chan Kong v Chan Li Chai Medical Factory (Hong Kong) Ltd* [2009] HKLRD 455.

Ordinance consenta alle parti di usare «*either or both of the official languages*», la sezione 4 della High Court Civil Procedure (Use of Language) Rules⁷³, con specifico riferimento ai documenti processuali, consente solo l'uso «*either of the official languages*» per cui, anche se i procedimenti possono essere condotti oralmente attraverso l'impiego simultaneo di entrambe lingue, negli atti scritti del processo è consentito l'impiego di una sola lingua al fine di preservare la coerenza e la chiarezza del contenuto⁷⁴.

2.2.3 “Can you imagine the reaction of an Italian tried in Rome by a judge who does not speak Italian?”: *la scelta della lingua processuale nella giurisprudenza delle corti*

Come descritto nel § 1.3, il bilinguismo giuridico assume un'importante valenza anche come diritto fondamentale; rispetto a tale aspetto la lingua del processo, intesa come possibilità per la parte poter scegliere la lingua in cui sarà condotto il procedimento, ha risvolti particolarmente rilevanti ed è stata oggetto di numerose pronunce da parte delle corti della RAS. Tra queste il caso *Re Cheng Kai Nam Gary*⁷⁵ rappresenta una fondamentale decisione in cui la Court of First Instance ha preso in analisi la questione se la richiesta di essere processato da un giudice bilingue costituisca un diritto costituzionale del soggetto imputato.

Il caso prende le mosse dall'impugnazione svolta avverso la decisione del giudice che assegna le cause ai vari ruoli (*listing judge*) il quale aveva respinto l'istanza dell'imputato di affidare il procedimento a un giudice bilingue (ossia a un giudice che parlasse sia inglese sia cantonese). Nel dettaglio, il caso riguardava un procedimento penale instaurato nei confronti di Cheng Kai Nam, *ex*

⁷³ Tale sezione, rubricata «*Documents in either official languages*», recita «(1) Any document which is required by any Ordinance to be – (a) filed in the Court; or (b) served on any person, for the purposes of any proceedings may be in either of the official languages».

⁷⁴ La corte afferma, infatti, che «*It was held in Cheung Kong (Holdings) Ltd v Chan Wai Yip Albert [2000] 4 HKC 591, 594H - 595C that although oral proceedings may be held in English or Chinese or both languages, in court documents the parties are restricted to one language so that there would be internal consistency of language in the document*».

⁷⁵ *Re v Cheng Kai Nam Gary* [2002] 1 HKC 41.

membro del Legislative Council, che era stato incriminato per il reato di corruzione. Il processo era stato inizialmente assegnato a un giudice che non parlava cantonese e pertanto l'imputato aveva proposto istanza di riassegnazione a un magistrato bilingue ma l'istanza era stata respinta. Ritenendo il diniego illegittimo, l'imputato aveva proposto ricorso contro tale decisione rilevando che in forza della Legge Fondamentale, nonché dell'International Covenant on Civil and Political Rights, egli era titolare del diritto fondamentale di essere giudicato da un giudice che parlasse anche il cantonese, essendo quest'ultima la sua lingua nativa. Esordendo quindi nella propria difesa con la domanda retorica «*Can you imagine the reaction of an Italian tried in Rome by a judge who does not speak Italian?*» l'imputato argomentava la sua tesi rilevando innanzitutto la necessità di dare importanza alla peculiare identità linguistica, prevalentemente cantonese. La predominanza della lingua cinese trovava altresì un forte fondamento giuridico anche nel dato letterale dell'art. 9 della Legge Fondamentale: questa, infatti, lasciava chiaramente intendere che, a seguito del ripristino della sovranità cinese, la lingua inglese doveva assumere un ruolo secondario ed essere considerata quale mera «*permitted language*». In forza di questo nuovo assetto costituzionale, l'imputato sosteneva quindi che il diritto costituzionale di impiegare la lingua cinese nelle corti della RAS sarebbe stato compromesso qualora non fosse stato garantito non solo il diritto di parlare cantonese nelle corti ma anche il diritto di essere compreso dai giudici senza l'intervento di un interprete.

La Court of First Instance, tuttavia, attraverso una ricostruzione del valore assegnato alle due lingue nelle disposizioni della *Basic Law*, ha respinto le tesi dell'imputato e confermato la legittimità del diniego ad essere giudicato da un giudice bilingue. Nello specifico, la decisione della corte ha sottolineato che l'art. 9 deve essere interpretato prendendo in considerazione l'intero contesto della Legge Fondamentale la quale, pur sostenendo l'unità territoriale della Repubblica Popolare Cinese, riconosce che Hong Kong ha una storia del tutto speciale⁷⁶. I giudici hanno quindi ricordato che questa unicità della storia di Hong Kong si

⁷⁶ A tal proposito la corte fa riferimento al preambolo della Legge Fondamentale in cui, al secondo comma, si fa espreso richiamo alle peculiarità della storia e della realtà di Hong Kong.

compone anche dell'adozione del *common law* la cui lingua principale è sempre stata l'inglese. In questa prospettiva, la stessa Legge Fondamentale riconosce non solo la necessità di preservare tale sistema (art. 8) ma, al fine di rendere maggiormente effettiva tale continuazione, permette anche di reclutare giudici provenienti da altre giurisdizioni di *common law* senza porre alcun requisito sulla necessità per questi di parlare cinese. In ragione di queste argomentazioni, la risposta all'interrogativo posto dall'imputato non può dunque che risiedere proprio nella peculiarità della storia di Hong Kong che, come molte altre giurisdizioni di *common law*, conserva l'inglese come lingua ufficiale delle corti nonostante la maggior parte della popolazione non sia madrelingua inglese⁷⁷. Alla luce di queste osservazioni la corte ha quindi affermato che il diritto all'uso della propria lingua deve essere considerato separato e distinto dal diritto fondamentale a un processo equo: tale diritto può essere pienamente garantito anche attraverso l'impiego di un interprete⁷⁸.

Questa soluzione, ha proseguito la corte, è altresì confermata dalla sezione 5 della Official Languages Ordinance la quale ha stabilito che spetta al giudice del procedimento decidere la lingua in cui si svolgerà il processo, salva sempre la possibilità per le parti di rivolgersi alla corte nell'altra lingua. La Court of First Instance ha ricordato, a tal proposito, che la decisione sulla lingua da impiegare nel procedimento è presa discrezionalmente dal giudice sulla base di ragioni di opportunità dettate dal caso e deve pertanto considerarsi definitiva e non impugnabile⁷⁹. Proprio su questa scelta discrezionale, la corte ha sottolineato poi che la scelta del *listing judge* deve essere ispirata anche a ragioni di efficienza

⁷⁷ La corte, rispondendo alla domanda retorica del procuratore dell'imputato, afferma, infatti, che «*Mr Lee asked the rhetorical question: 'Can you imagine the reaction of an Italian tried in Rome by a judge who does not speak Italian?' But Hong Kong is not Rome. Its history is very different. As a consequence, language rights in our courts of law are different too*».

⁷⁸ Sulla questione la corte osserva che «*the constitutional right of a person to use the Chinese language in a court of law in Hong Kong means no more than the right of that person to employ that language, that is, to utilize it, for the purpose of forwarding or protecting his interests. That right to employ or utilize the language does not imply a reciprocal obligation on the part of the court to speak and read that language. It is sufficient if processes, such as the employment of interpreters or translators, exist to facilitate the court comprehending what is said or written*».

⁷⁹ La corte conclude pertanto precisando che «*No doubt, in the interests of efficient case judgment and, when applicable, in the general interests of justice, a judge who does not speak Cantonese may determine from time to time that a case is better heard by a judge who does speak Cantonese. But that, of course, will be a matter for the judge to determine, his decision being final*».

dell'apparato giudiziario sia da un punto di vista di uso adeguato delle risorse economiche sia da un punto di vista della garanzia di una veloce definizione nell'assegnazione delle cause senza arrecare ritardi nei processi; costituendo questi aspetti imprescindibili esigenze dall'ordinamento giudiziario, il diritto a potersi esprimere nella propria lingua non può quindi condizionare i meccanismi di assegnazione delle cause ai ruoli e pertanto l'assegnazione operata deve ritenersi insindacabile⁸⁰.

2.2.4 *La lingua delle sentenze*

Una volta determinata la lingua processuale, la sentenza è redatta nella lingua utilizzata durante l'intero giudizio. Le stesse Guidelines for Judges and Judicial Officers formulate dalla High Court, al paragrafo 8, indicano espressamente che per la redazione della sentenza è da preferire l'uso della lingua con cui si è svolto il procedimento; tuttavia, al fine di non compromettere l'esigenza di garantire una giustizia in tempi brevi, le linee guida dispongono anche che il giudice può decidere di emettere la sentenza in inglese e provvedere alla sua redazione in cinese in un momento successivo, eventualmente con l'aiuto di un interprete.

Le sentenze pronunciate dalle corti vengono poi pubblicate nelle raccolte giurisprudenziali (*law reports*) nella lingua in cui sono state redatte; solitamente i *law reports* includono prima della sentenza l'indicazione in entrambe le lingue delle parole chiave della decisione al fine di agevolare il reperimento dei casi giurisprudenziali anche per chi non ha piena dimestichezza con entrambi gli idiomi. Tuttavia, soprattutto nel corso degli ultimi anni, si è diffusa la tendenza di tradurre anche nell'altra lingua le sentenze più significative così da facilitare

⁸⁰ Sul punto la corte afferma che «*The listing judge has a public duty to ensure that all of his judges are able to share in the case load. A variety of factors will influence the listing judge in deciding in any particular case when a matter is to be listed and who is appropriate to try the matter. [...] As I understand it, there are no rules or practice directions which set priorities for the listing judge. He therefore employs a broad discretion to ensure, in the public interest, that all his judges — bilingual and monolingual — are able to hear trials and that matters are listed as expeditiously as justice allows*».

ulteriormente l'accesso alle fonti da parte dei professionisti e del pubblico⁸¹. A tal fine nel 1998 è stata istituita un'apposita commissione, denominata Translation of Case Precedents (案例翻譯小組委員會, *anli fanyi xiaozu weiyuanhui*)⁸², con il compito di individuare le sentenze da tradurre e formulare strategie per una traduzione sistematica della giurisprudenza delle corti di Hong Kong. L'importanza di rendere disponibili le decisioni in entrambe le versioni linguistiche è essenziale in un sistema di *common law*: infatti, non solo la traduzione garantisce una maggiore circolazione della giurisprudenza locale tra i giudici della RAS ma la versione in cinese rende altresì più agevole la citazione dei casi nei procedimenti svolti in tale lingua e dunque la diffusione del *common law* in cinese.

2.3 La lingua degli operatori giuridici: avvocati e giudici

Come sopra evidenziato ancora oggi si registra una forte tendenza ad identificare la lingua inglese come la lingua della classe che ha ricevuto un'istruzione e lingua dominante in alcuni settori strategici come, ad esempio, il mondo degli affari. Sebbene in altri settori si sia registrata una tendenza a favorire l'impiego del cantonese (primo tra tutti nel campo della politica in cui la maggioranza dei funzionari pubblici e dei membri dell'assemblea legislativa oggi parla prevalentemente in cinese⁸³) all'interno del mondo del diritto è ancora presente una forte preferenza dell'impiego dell'inglese, soprattutto all'interno del mondo dell'avvocatura.

In generale, l'atteggiamento degli operatori del diritto nei confronti della politica bilingue intrapresa dalla RAS non è unanime. In uno studio effettuato a

⁸¹ Ad esempio, l'Hong Kong Chinese Law Reports & Translations raccoglie una serie di sentenze redatte in cinese e tradotte in inglese; attualmente l'opera si compone di sette volumi di sentenze in cinese rese tra il 1995 e il 2008.

⁸² Sul punto cfr. E. POON, *The Translation of Judgments*, in *Meta: Translators' Journal*, 2006, pp. 553 ss.

⁸³ Cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., p. 203.

quindici anni di distanza dall'attuazione del bilinguismo nelle corti⁸⁴ sono, infatti, emersi due diversi orientamenti. Una parte di professionisti ritiene che l'introduzione della lingua cinese non abbia comportato alcun cambiamento radicale e, pertanto, l'introduzione del sistema bilingue costituisce mera continuità del sistema precedente. Questi professionisti giustificano il loro convincimento sottolineando che il cinese era già stato in parte introdotto nel 1974 ma il suo uso in concreto era comunque stato praticamente inesistente. Un'altra parte di professionisti, invece, ritiene che l'art. 9 della Legge Fondamentale abbia comportato un cambiamento significativo nell'ordinamento della RAS e auspicano una sempre maggiore diffusione della lingua cinese anche nelle corti di livello superiore. L'atteggiamento positivo di questi professionisti, tuttavia, non trova però riscontro nella realtà della professione forense. Infatti, il livello di diffusione della lingua cinese tra gli avvocati rimane ancora basso: nonostante la maggioranza dei professionisti sia fluente in entrambe le lingue, l'inglese rimane la lingua principale con cui svolgono la loro professione⁸⁵. Questa attitudine è confermata altresì dalla diffusa pratica di redigere, anche nei procedimenti condotti in cinese, le proprie memorie difensive in inglese e fornire alla corte e alla controparte una traduzione in cinese, con espressa menzione che il testo in inglese è da ritenersi prevalente⁸⁶. Uno dei motivi per cui gli avvocati tendono ad evitare l'utilizzo del cinese è l'idea di una maggiore facilità di espressione e interpretazione di concetti di *common law* in lingua cinese⁸⁷. Da ciò

⁸⁴ Cfr. K. H. NG, *Is There a Chinese Common Law? An Empirical Study of the Bilingual Common-Law System of Hong Kong*, cit., pp. 127 ss.

⁸⁵ Cfr. *supra*. In base all'atteggiamento tenuto in merito all'impiego del cantonese, gli avvocati di Hong Kong possono essere rappresentati in quattro gruppi: gli *elitists*, che non reputano il cinese adeguato alla professione forense trattandosi di lingua estremamente colloquiale; gli *strategists*, che strumentalmente subordinano la scelta di impiegare l'inglese o il cinese a seconda del contesto ovvero dell'attività che devo compiere; i *white wigs*, che considerano il cantonese come un importante elemento da favorire al fine di rendere più accessibile il sistema giuridico escluso nel campo delle argomentazioni di diritto in cui prevale l'inglese; e, infine, i *mavericks*, che reputano il ruolo della lingua cinese come paritetico a quello dell'inglese e sostengono la realizzazione nel corso degli anni di un *common law* in lingua cinese (cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law, and the Postcolonial Dilemma in Hong Kong*, cit., pp. 210-228).

⁸⁶ Cfr. S. KWAN, *Dilemma of Conducting Civil Litigation in Chinese - Conversant Either in Chinese or the Law but not in Both*, in *Hong Kong Law Journal*, 2011, p. 11; l'autore sottolinea altresì che spesso le traduzioni sono di qualità bassa e contengono rilevanti imprecisioni linguistiche.

⁸⁷ Cfr. E. POON, *Strategies for Creating a Bilingual Legal Dictionary*, in *International Journal of Lexicography*, 2010, p. 84.

consegue che tra i professionisti vi è tuttora un atteggiamento di diffidenza rispetto al *common law* in lingua cinese che si traduce inevitabilmente in una tendenza a favorire la lingua inglese.

Diversamente dal mondo dell'avvocatura, le iniziative intraprese dal governo della RAS al fine di diffondere l'utilizzo della lingua cinese nell'amministrazione della giustizia, hanno invece favorito la formazione di una classe di funzionari (magistrati e altro personale giudiziario) in grado di svolgere le proprie mansioni in entrambe le lingue. Tra le misure adottate, ad esempio, grande pregio è da riconoscere nei corsi di formazione professionale mirati ad implementare le competenze linguistiche (sia in *putong hua* sia in cantonese) dei giudici e del personale delle corti⁸⁸. Un notevole esito pratico di tali iniziative è costituito dalla presente composizione della magistratura della RAS che è oggi in grado di garantire un numero sufficiente di giudici bilingue a tutti i livelli delle corti⁸⁹.

3. Pluralità di versioni linguistiche del testo normativo e questioni interpretative

3.1 *Autenticità dei testi e parità di status: la Interpretation and General Clauses Ordinance*

Un altro elemento costitutivo del bilinguismo giuridico è rappresentato dall'equivalenza giuridica delle due versioni linguistiche dei testi normativi. Nell'ordinamento della RAS, la parità di *status* è conferita direttamente dalla legge alla sezione 10B (1) dell'*Interpretation and General Clauses Ordinance* la

⁸⁸ Tra questi corsi era altresì previsto un *workshop* per migliorare le capacità di redazione delle sentenze in lingua cinese presso la Tsinghua University di Pechino; sul punto cfr. K. H. NG, *Is There a Chinese Common Law? An Empirical Study of the Bilingual Common-Law System of Hong Kong*, cit., p. 121.

⁸⁹ Al 31 ottobre 2011, 115 giudici su 150 sono bilingue (cfr. LEGISLATIVE COUNCIL SECRETARIAT, *op. cit.*, p. 7).

quale sancisce che i due testi devono essere considerati «*equally authentic*». Ciò significa non solo che un atto normativo è necessariamente costituito da entrambe le versioni autentiche, le quali dunque non sono testi autonomi bensì elementi inscindibili della medesima legge, ma anche che l'interpretazione costruita su una delle due versioni deve essere considerata parimenti valida ed autorevole all'interpretazione compiuta sull'altra versione. A livello processuale ciò significa anche che le corti e gli avvocati delle parti hanno il diritto di fare affidamento e riferirsi ad entrambi i testi indipendentemente dalla lingua in cui è condotto il processo.

In merito ai casi in cui il testo originariamente promulgato in inglese ed è stato poi autenticato in cinese, la parità di *status* comporta che la versione cinese non deve essere considerata quale mera traduzione del testo inglese e pertanto non deve essere reputata quale fonte subordinata a questo. Entrambe le versioni, infatti, anche se formulate e promulgate in tempi diversi, sono entrambe state sottoposte all'approvazione dell'assemblea legislativa per cui costituiscono testi normativi di pari livello. Nonostante questa sostanziale parità, l'applicazione in concreto della normativa cinese autenticata è comunque sottoposta ai consueti limiti di applicazione temporale: infatti, essendo il testo cinese in vigore solo dal momento in cui è stato pubblicato sulla Gazzetta, non può trovare applicazione retroattiva alle situazioni che fanno riferimento a fatti o circostanze precedenti all'autenticazione, per le quali farà fede esclusivamente il testo in inglese⁹⁰.

Nonostante l'affermazione del principio di identità di valore delle due versioni, è comunque verosimile che nell'applicazione concreta dei due testi si rinvengano delle difformità e che occorra pertanto appianare le divergenze linguistiche. Il rischio di incertezze linguistiche è, peraltro, intrinseco al linguaggio del diritto: infatti, qualsiasi testo normativo (o giuridico), anche se formulato in una sola lingua, presenta per sua natura caratteri di ambiguità e vaghezza che rendono, alle volte, il contenuto indeterminato⁹¹. Questo rischio si

⁹⁰ Sul punto cfr. LAW DRAFTING DIVISION, *A Paper Discussing Cases Where the Two Language Texts of an Enactment Are Alleged to Be Different*, 1998, disponibile al sito <http://www.legislation.gov.hk/blis/eng/inpr.html>.

⁹¹ Ciò è conseguenza del linguaggio il quale è intrinsecamente indeterminato; inoltre, ci sono diversi tipi di ambiguità che possono avere rilievo nell'interpretazione della norma giuridica, quali

accresce notevolmente negli ordinamenti plurilingue e, in particolare, in tutti i quei casi in cui la ricerca di un'equivalente tra i concetti giuridici espressi nelle due versioni non produce i risultati attesi.

Nell'ordinamento della RAS la Interpretation and General Clauses Ordinance si occupa quindi di dettare alcuni criteri generali per risolvere le questioni interpretative che sorgono in caso di contrasto tra le due versioni linguistiche. Tale *ordinance*, a seguito della revisione nel 1987, contiene una specifica parte, intitolata «*General provisions as to laws in both official languages*», che ha il preciso scopo di dettare i criteri fondamentali da seguire nell'interpretazione dei testi bilingue. Tra le cinque sezioni che compongono tale parte, le sezioni 10B, 10C e 10E meritano un ulteriore approfondimento.

La sezione 10B intitolata «*Construction of Ordinances in both official languages*» è la disposizione centrale nel sistema di interpretazione dei due testi autentici e prevede che «(1) *The English language text and the Chinese language text of an Ordinance shall be equally authentic, and the Ordinance shall be construed accordingly. (2) The provisions of an Ordinance are presumed to have the same meaning in each authentic text. (3) Where a comparison of the authentic texts of an Ordinance discloses a difference of meaning which the rules of statutory interpretation ordinarily applicable do not resolve, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purposes of the Ordinance, shall be adopted*».

Il primo comma della sezione 10B sancisce espressamente che il testo in lingua inglese e il testo in lingua cinese di una *ordinance* fanno ugualmente fede e pertanto la normativa deve essere interpretata in modo conforme tra le due versioni; conseguenza implicita di tale disposizione è che nessuna delle due versioni deve essere considerata come prevalente sull'altra. Il secondo comma dispone, invece, una presunzione in forza della quale le disposizioni contenute nei due testi si presumono avere lo stesso significato in entrambe le versioni e pertanto le espressioni utilizzate si presuppongono avere i medesimi effetti

l'ambiguità grammaticale, dovuta dalla struttura dell'enunciato, ovvero l'ambiguità lessicale, dovuta alla presenza di significati alternativi di un singolo termine. Per un'analisi su questi aspetti si rinvia al capitolo V, §§ 1 e 2.

giuridici. L'ultimo comma, infine, si occupa dell'ipotesi in cui sia rinvenibile una discrepanza di significato nel testo delle due versioni autentiche. Tale disposizione stabilisce che qualora dal confronto tra i testi risulti una differenza di significato occorre risolvere la divergenza linguistica attraverso due fasi: innanzitutto occorre tentare di risolvere il conflitto tra le versioni mediante l'applicazione delle regole generali sull'interpretazione della legge⁹²; qualora poi la divergenza non fosse così risolvibile, occorre ricercare il significato che meglio riconcilia i due testi, avuto riguardo l'oggetto e la finalità della legge. Questa disposizione riproduce esattamente il contenuto dell'art. 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁹³ il quale dispone, infatti, che il principio cardine nell'interpretazione delle espressioni impiegate nelle versioni dei trattati multilingue deve essere l'oggetto e lo scopo del trattato.

L'applicazione concreta dell'ultimo comma della sezione 10B, trattandosi di una disposizione cruciale nel sistema bilingue creato nella RAS, richiede alcune ulteriori precisazioni. Quando si procede all'applicazione delle regole generali sull'interpretazione della legge, la Interpretation and General Clauses Ordinance offre alcuni criteri utili ad interpretare concordemente i due testi. Ad esempio, la sezione 9⁹⁴ dispone che i termini e le espressioni cinesi contenuti nel

⁹² Tra le principali regole adottate, si ricorda la *literal rule* (ossia l'interpretazione letterale secondo cui le parole di una norma devono essere interpretate in base al loro significato comune), la *golden rule* (secondo cui alle parole comuni deve essere assegnato il loro significato ordinario mentre alle parole tecniche deve essere assegnato il loro significato specialistico, salvo i casi in cui tale interpretazione comporterebbe un'assurdità), la *mischief rule* (secondo cui occorre risolvere un'ambiguità del testo normativo attraverso il contesto e favorendo lo scopo che si prefigge la norma); altri criteri minoritari sono la *ejusdem generis rule* e la *expressio unius est exclusio alterius rule*. Per un'analisi sui canoni di interpretazione della legge si rinvia a A. YH HO, B. KY WONG, *Hong Kong Statutory Interpretation: Interpretation and General Clauses Ordinance*, Hong Kong, 2008.

⁹³ Tale articolo, rubricato "Interpretazione di trattati autentici in due o più lingue", recita «1. Quando un trattato è stato autentificato in due o più lingue, il suo testo fa fede in ciascuna di tali lingue, a meno che il trattato non preveda o le parti non convengano fra loro che, in caso di divergenza, prevarrà un determinato testo. 2. La traduzione di un trattato in una lingua diversa da una di quelle nelle quali il testo è stato autentificato non sarà ritenuta testo autentico qualora il trattato non lo preveda o le parti non abbiano così convenuto. 3. Si presume che i termini e le espressioni di un trattato abbiano lo stesso senso nei vari testi autentici. 4. Ad eccezione del caso in cui un determinato testo prevalga in conformità del paragrafo 1, quando il confronto fra i testi autentici renda evidente una differenza di significato che l'applicazione degli articoli 31 e 32 non permette di eliminare, verrà adottato il significato che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, concili nel migliore dei modi i testi in questione».

⁹⁴ La sezione 9 recita «Chinese and English words and expressions – Chinese words and expressions in the English text of an Ordinance shall be construed according to Chinese language

testo inglese devono intendersi secondo la lingua e l'uso propri dell'idioma cinese e, parimenti, i termini e le espressioni inglesi contenuti nel testo cinese devono intendersi secondo la lingua e l'uso propri dell'idioma inglese. La sezione 19⁹⁵, invece, ricorda la necessità di interpretare il testo normativo in modo tale da dare migliore attuazione all'intento e alla volontà del legislatore. A tal proposito è opportuno rilevare che parte della giurisprudenza sostiene che per rilevare l'intento del legislatore nei casi di leggi originariamente emanate in lingua inglese occorre dare prevalenza al significato espresso nel testo inglese; infatti, in tali ipotesi il testo cinese è stato formulato sulla sola base dell'originaria legge inglese la quale pertanto costituisce la sola espressione dell'intento legislativo⁹⁶.

Quando, invece, si procede alla riconciliazione dei due testi contrastanti, l'obiettivo che deve perseguire l'interprete è di far convergere i due concetti in un significato comune, ricercando quel contenuto condiviso che possa essere applicato ad entrambe le versioni. In questi casi occorre, tuttavia, tenere distinta l'ipotesi di errore tecnico di redazione di una delle due versioni: in questa ipotesi, infatti, essendo i testi oggettivamente incompatibili non è possibile procedere alla ricerca di un significato comune e dunque l'interprete può decidere di adottare semplicemente la versione che correttamente esprime lo scopo del legislatore.

Nell'applicazione dei testi bilingue un ruolo importante è rivestito anche dalla sezione 10C che riguarda l'interpretazione delle espressioni di *common law* e prevede che «*Where an expression of the common law is used in the English language text of an Ordinance and an analogous expression is used in the Chinese language text thereof, the Ordinance shall be construed in accordance with the common law meaning of that expression*». Questa norma impone all'interprete di definire un concetto di *common law* espresso in cinese in conformità a tale sistema giuridico e di non ricondurre allo stesso contenuti giuridici appartenenti all'ordinamento cinese. Premesso, infatti, che parte del

and custom and English words and expressions in the Chinese text of an Ordinance shall be construed according to English language and custom».

⁹⁵ La sezione 19 prescrive «*General principles of interpretation – An Ordinance shall be deemed to be remedial and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Ordinance according to its true intent, meaning and spirit*».

⁹⁶ Sul punto cfr. oltre § 3.2.

lessico cinese di *common law* è comune a quello impiegato nella RPC⁹⁷ lo scopo perseguito è di evitare di estendere alle nozioni di *common law* impiegate nella legislazione della RAS le nozioni di *civil law* connesse ai termini parimenti impiegati nella Cina continentale⁹⁸.

Ultima disposizione che merita di essere menzionata nell'analisi della Interpretation and General Clauses Ordinance è la sezione 10E⁹⁹ assegna al Chief Executive in Council il potere di dichiarare l'equivalenza tra due termini (parole, espressioni, uffici, titoli o citazioni) espressi nelle versioni linguistiche di una *ordinance* attraverso la pubblicazione di un apposito avviso nella Gazzetta. Questo potere, come si spiegherà nel capitolo successivo, è di fondamentale importanza poiché contribuisce a creare una maggiore corrispondenza semantica tra i termini di *common law* espressi in inglese e i rispettivi termini di *common law* espressi in cinese.

3.2 Pluralismo linguistico e divergenze linguistiche nella giurisprudenza delle corti della RAS

Come sopra menzionato, la sezione 10B della Interpretation and General Clauses Ordinance rappresenta una disposizione cruciale per il bilinguismo giuridico della RAS. Nell'applicare quanto disposto da tale sezione le corti di

⁹⁷ Sugli aspetti di traduzione giuridica della legislazione di Hong Kong si rinvia al capitolo V.

⁹⁸ Su questo aspetto, oltre a rinviare al successivo capitolo V, si ricorda che il Department of Justice si è espresso proprio in questi termini «*when a Chinese term is used to express a common law concept, the full meaning behind the term cannot be grasped by merely taking the literal meaning of the term or deciphering its morphemic elements in the Chinese language. Reference must be made to the meaning as it is found in the common law. The common law must be taken as the semantic reference scheme*» (cfr. HKSAR GOVERNMENT, DEPARTMENT OF JUSTICE, *The Common Law and the Chinese Language*, in *Hong Kong Lawyer*, 1999, p. 39).

⁹⁹ «*Words etc. in the official languages may be declared as equivalents – (1) The Chief Executive in Council may, by notice in the Gazette, declare that any word, expression, office, title (including the short title of any Ordinance), citation or thing therein specified in one official language shall, in relation to the interpretation of an Ordinance, be the equivalent of any word, expression, office, title, citation or thing therein specified in the other official language. (2) No declaration shall be made under this section unless a draft of the notice has been laid before and approved by resolution of the Legislative Council, and section 34 of this Ordinance shall not apply in relation to any such declaration*».

Hong Kong hanno tuttavia adottato principalmente due diversi approcci che sono rappresentati dai casi *R v Tam Yuk Ha* e *Chan Fung-lan v Lai Wai-chuen*¹⁰⁰.

Il caso *R v Tam Yuk Ha*¹⁰¹ è uno dei primi giudizi in cui le corti di Hong Kong sono state chiamate a pronunciarsi sulla difformità tra le due versioni linguistiche di una disposizione normativa. La vicenda in esame riguarda, nello specifico, la violazione del regolamento Food Business (Urban Council) By-laws il quale dispone che ogni modifica o addizione alla planimetria dello spazio in cui si svolge un'attività commerciale deve essere sottoposta a preventiva autorizzazione dell'autorità che ha rilasciato la licenza commerciale¹⁰². Nel caso di specie, l'appellante, la signora Tam Yuk Ha, era la titolare di un negozio di generi alimentari alla quale era stato contestato di aver violato il suddetto regolamento per aver posto due banchi di metallo per la preparazione di cibi all'aperto sul marciapiede di fronte al suo negozio senza aver preventivamente chiesto l'autorizzazione. Condannata in prima istanza dalla Magistrate's Court, l'appellante aveva impugnato la sentenza avanti la Court of First Instance sostenendo che l'espressione nel testo in inglese "*addition to the plan*" era ambigua rispetto alla corrispondente espressione nel testo in cinese "增建工程" (*zeng jian gong cheng*) la quale indicava senza equivoci che le modifiche per cui era richiesta una preventiva autorizzazione erano solo quelle di tipo strutturale, ossia realizzate mediante la costruzione di opere aggiuntive.

Nella decisione di appello, la Court of First Instance, aderisce alla tesi della signora Tam Yuk Ha e annulla la condanna interpretando il significato letterale dell'espressione "增建工程" (*zeng jian gong cheng*) come «*building additional construction or building works*». Nel ragionamento del giudice di seconda istanza la necessità di far prevalere la versione cinese del testo si giustifica sull'evidente sussistenza della difformità di significato tra le due

¹⁰⁰ Sul punto cfr. A. S.Y. CHEUNG, *Constitutional and Legislative Provisions Governing the Use of Language in the Hong Kong SAR*, cit., pp. 28 ss.

¹⁰¹ *R v Tam Yuk Ha* [1996] 3 HKC 606.

¹⁰² Nello specifico la disposizione che si presume violata è la by-law 35(a) che recita: «*After the grant or renewal of any licence, no licensee shall, save with the permission in writing of the Council, cause or permit to be made in respect of the premises to which the licence relates – (a) any alteration or addition which would result in a material deviation from the plan thereof approved under by-law 33*».

versioni del regolamento e sull'impossibilità oggettiva di operare una riconciliazione dei testi ai sensi della sezione 10B della Interpretation and General Clauses Ordinance. Essendo impossibile accordare ai testi un medesimo significato, la corte adotta dunque una soluzione ispirata al *favor rei*, affermando così che «*if the two authentic texts cannot be reconciled with one another, the only reasonable step for the court to take is to give effect to the text which favours the appellant*».

Successivamente tale pronuncia è stata integralmente rovesciata dalla Court of Appeal¹⁰³ e la *ratio* sottesa alla decisione della Court of First Instance, nonostante sia stata invocata in numerosi altri casi, è rimasta priva di seguito giurisprudenziale. In ultima istanza, infatti, la Court of Appeal ha completamente censurato il ragionamento del giudice della corte inferiore. Nello specifico, la Court of Appeal ha rilevato, in primo luogo, l'impossibilità di fare riferimento alla versione cinese in quanto il testo non era ancora stato autenticato al momento dell'infrazione e, in secondo luogo, l'inesistenza dell'asserita discrepanza tra le due versioni linguistiche. Il giudice di appello Liu, nel motivare la propria decisione, critica la scelta operata dalla Court of First Instance la quale sarebbe caduta in un'evidente contraddizione assegnando eccessiva importanza ai caratteri “增建 工程” (*zeng jian gong cheng*); l'enfasi posta sul significato proprio di ciascun carattere, infatti, avrebbe condotto la corte inferiore a ritenere erroneamente la sussistenza di un'inconciliabilità nei testi, in concreto del tutto ingiustificata. In particolare, il giudice Liu, attraverso una più approfondita ricostruzione del significato lessicale di “工程” (*gong cheng*) e di “建” (*jian*)¹⁰⁴, arriva a concludere che l'espressione “增建 工程” (*zeng jian gong cheng*) indica, più genericamente, «*additionally erected work*» per cui le due versioni non presentano alcuna inconciliabile differenza di significato. Pertanto, alla luce delle definizioni date e della presunzione di identità di significato in forza della sezione 10B dell'Interpretation and General Clauses Ordinance, il giudice risolve

¹⁰³ *HKSAR v Tam Yuk Ha* [1997] 2 HKC 531.

¹⁰⁴ Nello specifico, attraverso l'impiego di un dizionario, il termine 工程 (*gong cheng*) viene definito come «*all kinds of work, job, making/production and related programmes*» mentre il termine 建 (*jian*) viene definito come «*putting up, erecting*».

il caso concludendo che «*there would seem to be no warrant for displacing the statutory presumption of by-law 35(a) as having the same meaning in each authentic text. In my view, there is no ambiguity to resolve in the English language text and on the above definitions there need not be any difference of meaning as between the English language text and the Chinese language text. For either of the texts, any form of alteration/addition would suffice*»¹⁰⁵.

Un secondo interessante approccio impiegato dalle corti è, invece, rinvenibile nel caso *Chan Fung-lan v Lai Wai-chuen*¹⁰⁶. I fatti di causa riguardano un immobile donato e successivamente oggetto di un preliminare di vendita concluso nei tre anni successivi alla donazione; in forza della sezione 18 della Estate Duty Ordinance, che prevede «*the property shall not be chargeable as against a bona fide purchaser thereof for valuable consideration without notice*»¹⁰⁷, in caso di morte del donante nei tre anni consecutivi all'atto di liberalità il proprietario dell'immobile donato è tenuto a pagare le tasse di successione. Tale norma implica quindi che l'acquirente a titolo oneroso del bene donato, una volta a conoscenza (*notice*¹⁰⁸) di fatti che possono generare l'obbligo di pagare la tassa di successione, risponde personalmente per l'eventualità di dover corrispondere detta imposta. Nel caso di specie, il promissario acquirente si era rifiutato di concludere la vendita al fine di evitare il rischio di dover sopportare il pagamento delle tasse di successione. Il promittente alienante, tuttavia, aveva ritenuto illegittimo il rifiuto di concludere il contratto sostenendo che tale norma, in conformità al testo cinese, doveva essere interpretata nel senso di conoscenza di una tassa esistente (*subsisting charge*) ovvero conoscenza di

¹⁰⁵ Questa conclusione è stata altresì supportata dagli altri due giudici; a tal proposito il giudice Wong ha altresì rimarcato che «*If the two texts could be explained in harmony, there would be no reason to override the statutory presumption that they carry the same meaning*».

¹⁰⁶ *Chan Fung-lan v Lai Wai-chuen* [1997] 1 HKC 1.

¹⁰⁷ La versione cinese, invece, recita «財產經真誠購買人以有值代價及在不知該財產有押記的情況下購入，則不得對該財產施加押記» (*caichan jing zhencheng goumai ren yi you zhi daijia ji zai buzhi gai caichan you ya ji de qingkuang xia gouru, ze bude dui gai caichan shijia ya ji*).

¹⁰⁸ Il paragrafo 2 della sezione 18 specifica che «*Notice of any charge on any leasehold property constituted by subsection (1) may be given by the Commissioner registering in the Land Registry against the property affected thereby a Memorial signed by him specifying the subsection under which the charge is constituted, the name, description, and date of death of the deceased in respect of whose estate the claim to estate duty arises, and particulars of the property charged*».

fatti che potessero effettivamente generare tale obbligo¹⁰⁹. La versione cinese della norma, infatti, richiamava espressamente il termine 押記, *yaji* (*charge*) il quale era, invece, del tutto omesso nella versione inglese¹¹⁰.

La decisione della corte, tuttavia, si discosta da quanto sostenuto dal promittente alienante e precisa innanzitutto che il termine *notice* non può essere riferito alla tassa di successione già esistente ma deve essere semplicemente inteso come conoscenza di fatti che astrattamente possono far sorgere un'eventuale responsabilità del proprietario a pagare l'imposta sulla successione. La corte, attesa la discrepanza linguistica tra le due versioni, valuta quindi l'omissione del termine “押記” (*yaji*) nella versione inglese come una differenza oggettivamente inconciliabile, ritenendo così impercorribile la strada della riconciliazione dei due testi. Al fine di risolvere il conflitto linguistico, il giudice fa quindi ricorso a un criterio di tipo temporale, accordando la prevalenza al testo inglese in quanto promulgato in epoca antecedente a quello cinese. Il ragionamento sotteso a tale criterio è che la versione originale della *ordinance* è stata emanata solo in inglese e conseguentemente la successiva versione cinese costituisce una mera traduzione basata sul testo inglese. Ogni difformità nel testo cinese, come l'inclusione del termine “押記” (*yaji*), deve pertanto considerarsi un'inesattezza nella traduzione. Alla luce di ciò, la corte arriva ad affermare che la versione che deve prevalere è solo quella inglese la quale costituisce l'unico testo in grado di esprimere il reale intento del legislatore¹¹¹. Sul punto la corte rimuove ogni dubbio interpretativo confermando che «*the authenticated Chinese text started life simply as a translation of the original legislation and if there are*

¹⁰⁹ La tesi del promittente venditore è riassunta nella sentenza come segue «*the 'notice' in the proviso, which deprives a bona fide purchaser of the benefit of the protection, is notice of a subsisting charge imposed under s 18(1) or facts giving rise to such a subsisting charge (eg notice by the A purchaser of the fact that the donor has died within three years of the gift). The argument is that since s 18(1)(a) refers to the charge and s 18(2) refers to the notice of the charge by registration of a memorial, the notice referred to in the proviso must be in respect of the subsisting charge*».

¹¹⁰ Così l'espressione “*without notice*” sarebbe stata espressa in cinese con “不知該財產有押記” (*buzhi gai caichan you ya ji*) ossia, letteralmente, “non a conoscenza dell'imposta”.

¹¹¹ È interessante notare che la corte rifiuta espressamente di adottare la soluzione offerta dalla Court of First Instance in *R v Tam Yuk Ha* e applicare la regola più favorevole alla parte poiché «*This is not a workable approach because ambiguities of the two texts do not arise solely in criminal cases but in civil matters as well where there are two or more litigants*».

errors in the translation, which are bound to arise in such a mammoth undertaking, such errors should not be given effect simply because under s 10B of the Interpretation Ordinance the two texts are said to be equally authentic»¹¹².

Come rilevato da parte della dottrina¹¹³ questa decisione è, tuttavia, alquanto criticabile. La corte, infatti, non solo non effettua alcun tentativo di riconciliare i due testi, ma non tiene nemmeno in considerazione la diversa struttura della frase in inglese e in cinese e, nello specifico, della necessità di inserire termine “押記” (*yaji*) nella formulazione in cinese al fine di rendere grammaticalmente corretta la frase. Inoltre, tale precedente potrebbe avere conseguenze rilevanti sul piano dell'applicazione concreta della sezione 10B (3): seguendo il ragionamento del caso *Chan Fung-lan v Lai Wai-chue* significa, infatti, riconoscere la prevalenza della versione inglese in ogni ipotesi di incongruenza o ambiguità lessicale tra le due versioni in cui il testo inglese è stato promulgato prima di quello cinese (come è avvenuto per la maggior parte della legislazione vigente a Hong Kong). Tale soluzione, tuttavia, costituisce evidente violazione della sezione 10B della Interpretation and General Clauses Ordinance e della Official Languages Ordinance le quali non fanno alcun espresso riferimento a un criterio cronologico¹¹⁴.

¹¹² Peraltro, per rinforzare tale conclusione la corte precisa che la sezione 4B della Official Languages Ordinance consente al Governor-in-Council (oggi al Chief Executive in Council) di ordinare la correzione di un errore manifesto, un'omissione ovvero un'inesattezza nella traduzione tramite la pubblicazione in Gazzetta, sottolineando così che l'errore di traduzione, non rappresentando modifica della norma ma solo adeguamento al reale intento della legislazione, non richiede il procedimento di approvazione attraverso l'organo legislativo.

¹¹³ Su questo punto cfr. S. Y. FUNG, *Interpreting the Bilingual Legislation of Hong Kong*, in *Hong Kong Law Journal*, 1997, pp. 206 ss.

¹¹⁴ Questo approccio, tuttavia, è stato successivamente seguito anche nel caso *HKSAR v Lau San Ching & others* [2004] 1 HKLRD 683 in cui la corte si trovava a dover riconciliare le due versioni della Summary Offences Ordinance in quanto nella versione cinese l'omissione della particella “may” aveva generato un'evidente discrepanza tra le versioni per cui «*The original official English text creates an offence when any person does any act whereby obstruction, whether directly or consequentially, may accrue to a public place, the Chinese authentic text creates an offence when any person does any act whereby obstruction, whether directly or consequentially, actually accrues to a public place*». La corte per riconciliare le due versioni attraverso l'individuazione dell'intento del legislatore decide di adottare un criterio temporale che riconosce al testo in inglese la prevalenza in quanto testo ufficiale originale (esistente già dal 1932) da cui il testo cinese è stato successivamente preparato e dichiarato autentico e dunque l'unico idoneo a esprimere in modo più accurato l'intento del legislatore nel momento in cui è stato originariamente emanato.

Discostandosi, in parte, dalla suddetta pronuncia, il successivo caso *HKSAR v Leung Kwok Hung And Others*¹¹⁵ tenta, invece, di procedere ad una riconciliazione delle versioni più fedele al criterio espresso dalla sezione 10B della Interpretation and General Clauses Ordinance, cercando di riconciliare le due versioni attraverso un'analisi attenta delle finalità della norma. Il caso citato riguarda i limiti alla libertà di riunione come disciplinati dalla Public Order Ordinance (POO) e, nello specifico, la costituzionalità delle disposizioni in materia contenute in tale *ordinance*¹¹⁶. La suddetta normativa risale al 1967 ma nel corso degli anni è stata sottoposta a diverse modifiche, l'ultima delle quali è avvenuta nel 1997. La POO, come indicato nel preambolo, ha tra i suoi obiettivi il mantenimento dell'ordine pubblico e il controllo di riunioni, cortei, assemblee non autorizzate. Nonostante il diritto di riunione sia espressamente garantito dalla Legge Fondamentale, dall'International Covenant on Civil and Political Rights e dalla Bill of Rights Ordinance, la POO impone alcuni limiti al fine di tutelare beni di carattere superiore come la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, l'ordine pubblico, la salute pubblica, la morale ovvero i diritti e le libertà altrui. La questione linguistica che si pone al vaglio della corte riguarda proprio la formula utilizzata per esprimere uno di questi limiti, ossia l'ordine pubblico il quale, nelle varie modifiche alla *ordinance* succedutesi nel tempo, è stato espresso in cinese utilizzando locuzioni diverse. Nell'originaria formulazione della sezione 14 (1) della POO¹¹⁷ il concetto di “*public order*” era espresso con il termine “公安” (*gong'an*). A seguito delle modifiche del 1997, la portata normativa della sezione 14 (1)¹¹⁸ è stata però ampliata sostituendo al più ristretto concetto di *common law* di “*public order*” l'espressione più estesa del diritto

¹¹⁵ *HKSAR v Leung Kwok Hung And Others* [2004] HKCU 1305.

¹¹⁶ In particolare gli appellanti erano stati condannati, a vario titolo, per aver tenuto una riunione non autorizzata contravvenendo così alla sezione 17A (3) (b) (i) della Public Order Ordinance.

¹¹⁷ La versione in inglese della disposizione recitava «*the Commissioner of Police may prohibit the holding of any public procession notified under section 13A where he reasonably considers such prohibition to be necessary in the interests of public safety or public order*».

¹¹⁸ La nuova formulazione della sezione 14 (1) recita «*the Commissioner of Police may object to a public procession being held if he reasonably considers that the objection is necessary in the interests of national security or public safety, public order (ordre public) or the protection of the rights and freedoms of others*».

internazionale “*public order* (ordre public)”¹¹⁹. Tale nuova formulazione è stata tradotta nella versione cinese con l'unico termine “公共 秩序” (*gonggong zhixu*), ossia letteralmente “ordine pubblico”, non riproducendo la formula binaria “*public order* (ordre public)” utilizzata nella versione inglese. Essendo il *public order* e l'*ordre public* concetti tra loro distinti, la versione cinese è risultata quindi avere un contenuto giuridico difforme.

Alla luce di questa divergenza nelle versioni, nel caso di specie, gli appellanti ricorrevano contro la condanna loro inflitta in primo grado, sostenendo la necessità di riconciliare i testi utilizzando il concetto di ordine pubblico più restrittivo come inteso dal *common law* essendo presente nella versione cinese il solo richiamo al termine 公共 秩序 (*gonggong zhixu*) senza alcun espresso riferimento all'*ordre public*¹²⁰. La corte, tuttavia, pur affermando l'effettiva possibilità di divergenza tra i due testi, ha rigettato la tesi sostenuta dagli appellanti. Nella sua decisione, infatti, essa chiarisce innanzitutto che la POO non effettua alcuna distinzione tra “*public order*” and “*ordre public*” per cui l'espressione “*public order* (ordre public)” deve essere considerata, al pari di “公共 秩序” (*gonggong zhixu*), come un concetto unitario. Quanto alla nuova espressione cinese coniata per esprimere tale nozione, la corte riconosce che il termine cinese può essere considerato impreciso e sfuggivo e pertanto, al fine di chiarirne il significato, procede a una ricostruzione semantica del suo contenuto. In particolare, i giudici osservano innanzitutto che nella versione della POO antecedente al 1997 il concetto di “*public order*” era indicato con l'espressione “公安” (*gong'an*) la quale, tuttavia, costituisce nell'uso comune una abbreviazione del termine “公眾 安全” (*gongzhong an'quan*) ovvero “公共 安全” (*gonggong an'quan*) che significano “pubblica sicurezza”. Nella formulazione successiva al 1997, proprio al fine di rimuovere l'equivoca associazione semantica tra “*public order*” e “公安” (*gong'an*), è stata coniata l'espressione “公

¹¹⁹ Su tale diversità di significato si rimanda ai punti 56-57 e 86-95 della sentenza commentata.

¹²⁰ È interessante notare che gli appellanti al fine di sostenere l'applicazione della norma più favorevole agli imputati richiamano la sentenza *R v Tam Yuk Ha* [1996] 3 HKC 606.

共 秩序” (*gonggong zhixu*)¹²¹ la quale è composta da “公共 ” (*gonggong*) che significa “pubblico” e da “秩序” (*zhixu*) che significa, invece, “ordinato”. Sebbene la corte rilevi che la scelta di anteporre “公共 ” (*gonggong*) renda più difficile la comprensione del significato di “秩序” (*zhixu*), è comunque ragionevole attendersi che la maggior parte delle persone non avrà comunque difficoltà ad individuare ciò che nella sostanza rappresenta tale espressione nel contesto di Hong Kong. Pur riconoscendo alcuni evidenti profili di oscurità nella resa traduttiva¹²², la corte ritiene che tali difficoltà non rendono i concetti di “公共 秩序” (*gonggong zhixu*) e “*public order (ordre public)*” troppo vaghi o incerti da essere costituzionalmente illegittimi e soprattutto non creano discordanze tra le due versioni linguistiche tali da giustificare un'interpretazione più restrittiva come richiesto dagli appellanti. In ogni caso, sulla sussistenza di una discrepanza linguistica, la Court of Appeal precisa comunque che, anche ammessa la presunta divergenza testuale, in conformità a quanto disposto dalla sezione 10B (3) della Interpretation and General Clauses Ordinance occorre procedere a riconciliare i testi autentici alla luce dell'oggetto e delle finalità della legge. A tal fine la corte ricorda che gli emendamenti alla POO del 1997 sono stati apportati allo scopo di adeguare la normativa alle disposizioni della ICCPR la quale all'art. 21, riconoscendo il diritto di riunione, dispone che «*no restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others*». La nuova formulazione della sezione 14 (1) della POO adottando l'espressione “*public order (ordre public)*” intende quindi riprodurre fedelmente la formulazione già impiegata dalla ICCPR; tale intento legislativo, emerge anche dalla sezione 2 (2) della POO in cui è espressamente specificato che «*In this Ordinance the expressions “public safety”, “public order (ordre public)”, [...] are interpreted*

¹²¹ La traduzione di *public safety* è, invece, espressa con 公眾安全 (*gongzhong an' quan*).

¹²² Sul punto il giudice Stock commenta la questione affermando, infatti, che «*My own expertise is not such that I can comment on problems of translation, but there was, I suspect, difficulty in encapsulating the concept of ordre public in a few Chinese characters*» (punto 127 della sentenza).

in the same way as under the International Covenant on Civil and Political Rights as applied to Hong Kong». La corte arriva quindi così a concludere che «If there is indeed any difference between “public order (ordre public)” and “gonggong zhixu” (公共 秩序) [...] the only proper way to reconcile the discrepancies, having regard to the object and purposes of the POO, is to construe “gonggong zhixu” (公共 秩序) to have the same meaning as “public order (ordre public)”».

Un ultimo caso che merita di essere analizzato in questa rassegna giurisprudenziale sull'applicazione della sezione 10B è *Harvest Good Development Ltd. v Secretary for Justice*¹²³ in quanto è l'unica pronuncia che si è occupata di un caso di divergenza nelle versioni della Legge Fondamentale. Il caso riguarda il diritto del proprietario ad ottenere a seguito di espropriazione un equo risarcimento come previsto dell'art. 105 della Legge Fondamentale¹²⁴. In tale disposizione l'elemento della sottrazione della proprietà è espresso nella versione inglese con il termine *deprivation*, il quale fa generalmente riferimento alla sottrazione della proprietà indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto che ne trae beneficio, mentre nella versione cinese con il termine 徵用 (*zhenyong*), il quale fa riferimento esclusivo all'espropriazione da parte dell'autorità pubblica. Chiamata a risolvere il conflitto linguistico così individuato, la corte nel ricostruire il significato dei due termini arriva a stabilire che il significato, più stringente, espresso dal termine 徵用 (*zhenyong*) doveva prevalere in conformità a quanto stabilito dalla decisione del 28 giugno 1990 del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo la quale ha sancito che «*the English translation of the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China which has been finalized upon examination under the auspices of the Law Committee of the National People's Congress shall be the official English text and shall be used in parallel*

¹²³ *Harvest Good Development Ltd. v Secretary for Justice* [2007] 4 HKC 1.

¹²⁴ L'art. 105 della Legge Fondamentale recita «*The Hong Kong Special Administrative Region shall, in accordance with law, protect the right of individuals and legal persons to the acquisition, use, disposal and inheritance of property and their right to compensation for lawful deprivation of their property. Such compensation shall correspond to the real value of the property concerned at the time and shall be freely convertible and paid without undue delay. The ownership of enterprises and the investments from outside the Region shall be protected by law*».

with the Chinese text. In case of discrepancy between the two texts in the implication of any words used, the Chinese text shall prevail». Alla luce di questo criterio, la corte conclude quindi che il testo inglese dell'articolo 105 deve essere interpretato accordando la preferenza al significato espresso nella versione cinese e, pertanto, afferma che la RAS ha il dovere di tutelare il diritto dei singoli a ottenere un equo risarcimento solo in caso di espropriazione delle loro proprietà da parte del governo o della pubblica amministrazione.

È interessante, inoltre, notare che, per confutare l'argomentazione di una delle parti che sosteneva la necessità di riconciliare le due versioni assegnando al termine 徵用 (*zhenyong*) lo stesso significato di *deprivation*, la corte ribadisce le proprie conclusioni affermando che *«equally [...] reconciliation can be achieved by giving 'deprivation' a narrower meaning. Although property rights are to be given an ample interpretation, that cannot be at the expense of the integrity of the language of the Basic Law itself and, if the Chinese text of the Basic Law itself is to take precedence, that would seem to be the route a court is obliged to take»*¹²⁵.

¹²⁵ Per un'analisi critica sul significato attribuito a 徵用 (*zhenyong*), cfr. A. CHEN, *Constitutional Protection of Property Rights in Hong Kong*, 2009, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=1367587>, il quale sostiene che, contrariamente a quanto affermato nella sentenza in esame, il significato di 徵用 (*zhenyong*) non è così pacifico poiché non è mai stato espressamente chiarito dalla giurisprudenza delle corti cinesi e pertanto il suo impiego dipende anche dal contesto in cui viene impiegato lo stesso.

CAPITOLO QUINTO

BILINGUISMO GIURIDICO E PROCESSI DI TRADUZIONE.

CASE STUDY SULLA STATUTE LAW DI HONG KONG

—

1. Tradurre il diritto: concetti introduttivi

1.1 *La nozione di traduzione giuridica*

Come già anticipato nel capitolo I¹, negli ordinamenti in cui vige il bilinguismo giuridico si pone la necessità di sviluppare una nomenclatura giuridica in due lingue che abbia pari valore e significato: questa operazione è in gran parte affidata alla traduzione giuridica. Prima di analizzare il processo di traduzione intrapreso da Hong Kong, in modo sistematico, a partire dal 1986 con il lancio del Bilingual Laws Project, è quindi opportuno fornire alcune nozioni fondamentali in materia di traduzione giuridica.

La traduzione giuridica è quella particolare tipologia di traduzione definita come «*a type of the translational activity involving special language use, that is, language for special purpose (LSP) in the context of law, or language for legal purpose (LLP)*»². In rapporto alle finalità del testo, la traduzione giuridica può

¹ Si veda il capitolo I, § 4.

² Cfr. D. CAO, *Translating Law*, Clevedon, Buffalo, Toronto, 2007, p. 8. Sulla definizione di traduzione giuridica come tipologia di traduzione di testi specialistici si rimanda anche a G. A. PENNISI, *Translating Legal Texts: When Language Meets Law*, Torino, 2012, pp. 28 ss., e B. POZZO, voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000, pp. 706-731.

essere classificata in tre categorie³: la prima categoria, tipica degli ordinamenti bilingue e multilingue (come Hong Kong, Canada e Unione Europea), è la traduzione giuridica a scopo normativo che riguarda la produzione di testi autentici aventi pari valore giuridico i quali non vengono reputati come mere traduzioni ma, una volta effettuato il processo di autenticazione prescritto dalla legge, acquistano il valore di fonte ufficiale del diritto; la seconda categoria, tipica dei trattati internazionali tradotti in una o più lingue non ufficiali, è la traduzione giuridica a scopo informativo che ha funzioni meramente illustrative o descrittive in quanto il testo prodotto non ha alcun valore giuridico ma intende solo fornire informazioni ai destinatari del testo di partenza il quale rimane l'unico documento giuridicamente vincolante; infine, la terza categoria è la traduzione per scopi giudiziali che riguarda tutte le tipologie di atti (anche non strettamente giuridici) che acquistano effetti legali solo in quanto introdotti in un procedimento giudiziario.

Dal punto di vista degli obiettivi della traduzione giuridica, questo fenomeno *inter-linguistico* di carattere specialistico si propone di trasporre un determinato concetto giuridico attraverso la ricerca di un termine equivalente nella lingua di destinazione. Il processo traduttivo non consiste dunque in una mera trasposizione linguistica del termine dal testo di partenza al testo di arrivo ma, valorizzando innanzitutto l'aspetto comunicativo della traduzione (inteso come trasmissione e comprensione da parte del destinatario del contenuto), ha il preciso obiettivo di realizzare un testo in grado di trasmettere in modo equipollente il medesimo significato e contenuto giuridico del testo di partenza⁴. Nello specifico, nell'ambito della traduzione giuridica il concetto di equivalenza⁵

³ Cfr. D. CAO, *Translating Law*, cit., pp. 10 ss. A loro volta, i testi giuridici da tradurre possono essere classificati, in base alle loro funzioni, in testi normativi, interpretativi (come i testi di dottrina) e applicativi (composti da atti processuali, atti amministrativi e atti giuridici dei privati); sul punto si rimanda a B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia: divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, pp. 26-34.

⁴ Si deve, infatti, ritenere ormai superato l'approccio secondo cui l'equivalenza terminologica sarebbe raggiunta attraverso l'impiego di una traduzione meramente letterale in quanto oggi è pacifico che le ipotesi di equivalenza semantica sono assai rare e la mera giustapposizione di concetti giuridici non consente risultati efficienti.

⁵ Sul concetto di equivalenza nell'ambito della traduzione si rinvia a G. A. PENNISI, *op. cit.*, pp. 38 ss., e F. BULLO, *Introduzione alla terminologia del diritto*, in S. CAVAGNOLI, E. IORIATTI FERRARI (a cura di), *Tradurre il diritto: nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Milano, 2009, pp. 236 ss.

può assumere due diverse connotazioni che identificano altresì il tipo di approccio adottato in concreto dal traduttore: da una parte, l'approccio di tipo linguistico è diretto a ricercare quel tipo di equivalenza detta semantica, mentre, dall'altra parte, l'approccio funzionale è diretto a ricercare quel tipo di equivalenza detta concettuale⁶. Tuttavia, sebbene nel processo di traduzione dei testi giuridici la ricerca dell'equivalenza semantica sia la soluzione da preferire, attese le peculiarità del gergo giuridico e gli obiettivi a cui deve mirare il testo tradotto è stato correttamente puntualizzato che «*if the legal translation is to be effective, the so-called search for equivalents cannot be reduced to a process of matching up "equivalents"*»⁷. Questa affermazione nasce dalla consapevolezza che, nel campo della traduzione giuridica, i casi di perfetta identità concettuale tra due espressioni sono molto rari, mentre più frequenti sono i casi in cui si ha un'equivalenza solo parziale ovvero una totale assenza di equivalenza⁸. Pertanto, tra i vari livelli di equivalenza che sono stati proposti (completa, opzionale, approssimativa, dinamica, strutturale denotativa, connotativa, pragmatica e formale) l'equivalenza funzionale – definita anche “*skopos theory*” – sembra essere reputata il migliore approccio traduttivo⁹.

Alla luce di questa situazione, al fine di preservare la coerenza tra il testo di partenza e il testo tradotto, si ritiene comunque che in presenza di un grado sufficiente di similarità occorre trattare i due termini come equivalenti anche se il concetto giuridico della lingua di partenza non corrisponde rigorosamente al concetto giuridico espresso nella lingua di arrivo¹⁰. Il grado di accettabilità dell'equivalente dipenderà poi dall'effettiva corrispondenza tra il termine di partenza e quello tradotto in tre aspetti fondamentali, ossia la corrispondenza

⁶ L'equivalente funzionale può essere definito come un concetto o un istituto del sistema giuridico di destinazione che riveste la medesima funzione di un particolare concetto del sistema giuridico di partenza (cfr. S. SARCEVIC, *New Approach to Legal Translation*, The Hague-London-Boston, 1997, p. 236).

⁷ Cfr. S. SARCEVIC, *op. cit.*, p. 229. Sempre su questo aspetto, D. CAO, *Translating Law*, cit., p. 34 ricorda che «*Some legal concepts may overlap in different societies but seldom identical. Therefore, it is futile to search for absolute equivalence when translating legal concepts*».

⁸ Secondo S. SARCEVIC, *op. cit.*, p. 239, due concetti non possono essere considerati funzionalmente equivalenti solo se «*a few or none of the essential features of concepts A and B coincide (intersection) or if concept A contains all of the characteristics of concept B but concept B only a few or none of the essential features of concept A (inclusion)*».

⁹ Su questo aspetto cfr. G. A. PENNISI, *op. cit.*, pp. 38-40.

¹⁰ Cfr. D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, Aldershot, 2004, pp. 170-171.

nelle tassonomie dei sistemi giuridici di riferimento, la corrispondenza nell'ambito di applicazione e la corrispondenza negli effetti giuridici concreti dei due termini¹¹.

Su questo aspetto un'autorevole dottrina ha posto in luce che nonostante le difficoltà nel trovare l'esatta corrispondenza tra due parole di lingue diverse in grado di esprimere il medesimo concetto giuridico, il giurista (specialmente il comparatista) traduce quotidianamente il diritto¹². Questa operazione è resa possibile se si considera che il concetto giuridico rappresenta sia una «nozione di diritto positivo» sia una più generica «nozione appartenente alla teoria generale del diritto». Tale nozione generica racchiude in sé un nocciolo comune che permane nelle diverse declinazioni del concetto nei singoli sistemi giuridici: questa è il c.d. genotipo concettuale il quale si sviluppa nei singoli ordinamenti in fenotipi che rappresentano le manifestazioni empiriche della nozione astrattissima (ossia del genotipo). Attraverso l'analisi del genotipo, ossia del livello di astrazione più elevato del concetto da tradurre, è possibile ottenere una traduzione che può definirsi legittima in termini di corrispondenza concettuale.

1.2 *Le problematiche rilevanti nel processo traduttivo: elementi testuali ed extra-testuali*

La ricerca dell'equivalenza concettuale è tuttavia ostacolata da alcune problematiche tipicamente connesse alla traduzione giuridica che possono essere identificate principalmente in due ordini di cause¹³: una prima, legata alla natura del linguaggio giuridico in sé¹⁴ e, una seconda, legata alla circostanza che la

¹¹ Cfr. S. SARCEVIC, *op. cit.*, p. 242, la quale afferma altresì che un altro elemento da prendere in considerazione è come le corti interpreteranno tale equivalente e come ciò potrebbe incidere sull'applicazione concreta del singolo disposto normativo e del testo in generale.

¹² Cfr. R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000, pp. 722-735.

¹³ Secondo D. CAO, *Translating Law*, cit., pp. 23 ss., le difficoltà nella traduzione sono riconducibili a tre cause, ossia le differenze sistemiche nel diritto, le differenze linguistiche e le differenze culturali tra le due realtà a cui appartengono i sistemi linguistici.

¹⁴ Tra i vari fattori che possono incidere nella traduzione giuridica, la natura del linguaggio giuridico costituisce uno dei fattori c.d. *intra-testuali*.

lingua del diritto è un fenomeno intimamente connesso alla tradizione giuridica in cui si sviluppa tale gergo¹⁵.

Quanto al primo ordine di cause, tra le principali caratteristiche della lingua del diritto vi sono l'uso frequente di parole comuni con significati non ordinari (si pensi, ad esempio, alla parola *action* che nel contesto giuridico indica *law suit*), il ricorso a parole e frasi arcaiche o latine, l'uso di espressioni formali e tecnicismi, l'impiego tra la classe dei professionisti (avvocati, giudici e notai) di un gergo del tutto speciale e il frequente ricorso a parole ed espressioni dal significato versatile¹⁶. Inoltre, nonostante la lingua del giurista miri a trasmettere in modo univoco il messaggio contenuto nel testo giuridico e dunque aspiri ad essere il più precisa possibile, il linguaggio del diritto si caratterizza, alle volte, per essere vago ed indeterminato¹⁷. L'indeterminatezza è in realtà caratteristica intrinseca della lingua in generale e pertanto la c.d. incertezza linguistica nel testo giuridico non è eliminabile *a priori*¹⁸.

La prima fonte di incertezza che si rinviene nei testi giuridici è quella terminologica la quale può riguardare sia i termini della lingua comune sia, più frequentemente, i c.d. termini tecnici. A tal proposito si ricorda, infatti, che il linguaggio giuridico è, sotto il profilo lessicale, caratterizzato da un marcato tecnicismo terminologico: in concreto, ciò significa che la lingua del diritto è composta da parole o espressioni che assumono valore legale specifico solo se usati nel discorso giuridico. Generalmente si è soliti suddividere la terminologia

¹⁵ L'ordinamento giuridico e la tradizione cui appartiene sono, invece, definiti fattori c.d. *extra-testuali*.

¹⁶ Sul punto si rimanda a D. MELLINKOFF, *The Language of the Law*, Boston, 1963, pp. 11-23; l'autore individua nove caratteristiche tipiche del *legal English* le quali, tuttavia, sono in parte comuni anche agli altri linguaggi giuridici degli ordinamenti appartenenti alla *Western Legal Tradition*. Sulle peculiarità della lingua del diritto si rinvia anche a M. L. PIERUCCI, *Introduzione alla lingua del diritto*, in S. CAVAGNOLI, E. IORIATTI FERRARI (a cura di), *Tradurre il diritto: nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Milano, 2009, pp. 161 ss., e D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in G. GARZONE, F. SANTULLI (a cura di), *Il linguaggio giuridico: prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008, pp. 17 ss.

¹⁷ Sull'intrinseca vaghezza del linguaggio giuridico cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 53-81, D. ANTELM, *Vaghezza, definizioni e ideologica nel linguaggio giuridico*, in G. GARZONE, F. SANTULLI (a cura di), *Il linguaggio giuridico: prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008, pp. 89-104, e A. BELVEDERE, *op. cit.*, pp. 555-567.

¹⁸ Come sottolineato da D. CAO, *Inter-lingual Uncertainty in Bilingual and Multilingual Law*, in *Journal of Pragmatics*, 2007, p. 71, tale incertezza linguistica è definibile come incertezza *intra-lingua* che deve essere tenuta distinta dall'incertezza *inter-lingua*, cioè quella che si verifica quando una parola o un'espressione risultano essere incerte se poste a confronto tra due lingue diverse.

impiegata nei testi giuridici in tre diverse tipologie¹⁹: i termini tecnici in senso stretto sono costituiti da termini specialistici specifici della disciplina giuridica che non possono essere sostituiti con vocaboli di uso ordinario (come, ad esempio, usucapione o anatocismo, *injunction* o *estoppel*); i termini tecnici in senso lato sono, invece, vocaboli della lingua comune che, se utilizzati nel contesto giuridico, assumono, attraverso una ridefinizione semantica, un significato tecnico peculiare (come, ad esempio, colpa o superficie, *consideration* o *discovery*)²⁰; i tecnicismi collaterali, infine, sono delle espressioni stereotipiche particolari che non sono strettamente necessarie per trasmettere il concetto giuridico sotteso ma che sono frequentemente utilizzate e preferite per la loro connotazione tecnica (come, ad esempio, escussione dei testi o *last will and testament*). Nel processo traduttivo tutti questi tecnicismi non sono sempre agevolmente comprensibili al traduttore (che, generalmente, non è un giurista) per cui richiedono un'attenta analisi al fine di cogliere appieno il loro significato e poterlo così esprimere nella lingua di destinazione.

Accanto alle peculiarità del lessico giuridico, una seconda fonte di incertezza linguistica è rappresentata da altri caratteri distintivi del gergo giuridico quali, ad esempio, lo stile e l'impiego di peculiari forme sintattiche²¹. Infatti, il testo giuridico generalmente si contraddistingue per essere formale e impersonale, spesso composto da enunciati di particolare complessità e lunghezza²² i quali fanno uso diffuso di frasi dichiarative che esprimono diritti e doveri²³. Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto occorre ricordare che, data la tipica funzione del diritto, il linguaggio giuridico ha essenzialmente una natura

¹⁹ Su questo aspetto cfr. B. MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, pp. 10-18.

²⁰ Come rilevato, questa è la categoria di termini che può presentare i maggiori problemi poiché visto il carattere polisemico dei termini è necessario prestare attenzione ad individuare correttamente il significato tecnico-giuridico rispetto al significato comune.

²¹ Sullo stile della sintassi nel testo giuridico cfr. G. A. PENNISI, *op. cit.*, pp. 67-73.

²² Come sottolineato da V. PELLATT, E. T. LIUP, *Thinking Chinese Translation: A Course in Translation Method: Chinese to English*, London-New York, 2010, p. 81, una delle ragioni per cui i testi giuridici tendono ad essere particolarmente lunghi è dovuta alla tendenza ad includere tutte le possibili eventualità per cui la tipica frase del testo giuridico stabilisce che cosa deve essere fatto, da chi, in quali condizioni e le eventuali eccezioni o deroghe alla regola generale.

²³ Sulle peculiarità del linguaggio giuridico da un punto di vista della sintassi, della pragmatica e dello stile si rinvia a D. CAO, *Translating law*, cit., pp. 20 ss.

performativa²⁴. Ciò significa che il concetto espresso attraverso le parole del diritto è portatore di un ulteriore significato pratico, ossia esprime il comportamento o l'azione che un soggetto è tenuto ad osservare in forza di un determinato precetto.

Quanto al secondo ordine di cause (c.d. *extra-testuali*) che danno luogo a problematiche nella traduzione giuridica, le tradizioni giuridiche e le conseguenti differenze sistemiche presenti tra gli ordinamenti rappresentano uno dei principali ostacoli – fonte anch'essi di incertezza linguistica – che si riscontrano nel processo traduttivo²⁵. Infatti, come già rilevato nel capitolo I, il diritto è un tipico fenomeno locale, intimamente connesso al contesto nazionale o regionale in cui si sviluppa²⁶; di conseguenza il linguaggio giuridico è il risultato della storia e della cultura che connotano ciascun ordinamento. Questa caratteristica ha delle ripercussioni significative quando si procede alla traduzione di un testo giuridico: infatti, al contrario di altri generi letterari, i testi giuridici regolarmente coinvolgono degli elementi non linguistici ed *extra-testuali* (come appunto la tradizione a cui fa riferimento la terminologia giuridica) che devono essere presi necessariamente in esame al fine di non alterare la sostanza e il significato del testo di partenza²⁷. Il presupposto fondamentale da cui prende le mosse il processo traduttivo è dunque che il lessico giuridico e il suo contenuto concettuale sono determinati solo grazie all'ordinamento di riferimento. Ciò, tuttavia, significa

²⁴ Sulla natura performativa del linguaggio giuridico cfr. D. CAO, *Translating law*, cit., pp. 13 ss., in cui si precisa anche che «*the language used in law to achieve its purposes is predominantly prescriptive, directive and imperative*». Ad esempio, nella lingua cinese il carattere performativo del linguaggio giuridico è rappresentato dai verbi modali 必须 (*bixu*), 应当 (*yingdang*) e 可以 (*keyi*) che corrispondono a quanto in inglese si esprime con *must / shall, ought to / should* e *may*.

²⁵ Sul punto G-R. DE GROOT, *Legal Translation*, in J. M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, 2006, p. 423, sottolinea, infatti, che «*The specific problems of the translation of legal terminology are caused by the system-specificity of the legal language. This system-specificity has as a consequence that within a single language there is not only one legal language, as, for instance, there is a single chemical, economic or medical language within a certain language. A language has as many legal languages as there are systems using this language as a legal language*».

²⁶ Peraltro questo vale anche per gli ordinamenti che pur parlando la stessa lingua hanno sistemi giuridici diversi poiché i concetti giuridici rimangono il prodotto della specifica cultura giuridica a cui fanno riferimento.

²⁷ Come osservato da M. SNELL-HORNBY, *Translation Studies: An Integrated Approach*, Amsterdam, 1988, p. 42, «*in translation, language should not be seen as an isolated phenomenon suspended in a vacuum but as an integral part of culture, and that the text is embedded in a given situation, which is itself conditioned by its socio-cultural background*».

anche ammettere che la terminologia giuridica di ordinamenti diversi è, per la maggior parte, concettualmente incongruente. È, infatti, frequente trovare termini tecnici c.d. “*system-bound*” che non hanno alcun corrispondente nel sistema giuridico di destinazione e che sono spesso considerati intraducibili²⁸; parimenti, spesso accade che termini giuridici di due lingue diverse presentano un’equivalenza semantica ma non un’equivalenza di significato (generando così i c.d. “falsi amici”)²⁹, come nel frequente caso in cui al medesimo concetto sono assegnate interpretazioni diverse dalla giurisprudenza delle corti nazionali³⁰. Il traduttore deve poi tenere a mente un’altra insidia che si frappone a una traduzione legittima: la molteplicità dei significati che uno stesso termine giuridico può assumere all’interno di un medesimo ordinamento giuridico³¹. Questi significati spesso sono noti al giurista nazionale ma spesso sono latenti in quanto intrinseci alla cultura giuridica locale ma non verbalizzati. Ciò comporta che per ricostruire il significato di un determinato termine giuridico occorre non solo fare riferimento alla tradizione generale a cui appartiene il termine ma individuare tutte le *sub*-tradizioni che definiscono, anche implicitamente, tale concetto³². Occorrerà pertanto analizzare le tassonomie giuridiche così da poter svelare le «*mappe concettuali*» che caratterizzano la cultura giuridica.

²⁸ Cfr. S. SARCEVIC, *op. cit.*, p. 233, secondo cui «*system-bound terms [...] designate concepts and institutions peculiar to the legal reality of a specific system or related systems*».

²⁹ Un esempio è dato dal concetto giuridico inglese di “*good faith*” (buona fede) e i suoi corrispettivi in francese e tedesco i quali sono utilizzati come equivalenti semantici ma non condividono il medesimo significato giuridico; infatti, buona fede nei sistemi di *civil law* e “*good faith*” nel sistema di *common law*, pur avendo entrambi in comune la nozione di correttezza, differiscono su una serie di aspetti come il fatto che il concetto continentale ha un ambito di applicazione più esteso, riguardando anche i comportamenti delle parti nella fase delle trattative negoziali (cfr. D. CAO, *Inter-lingual Uncertainty in Bilingual and Multilingual law*, cit., p. 76).

³⁰ Si tratta di termini che presentano forti connotati ideologici e variano a seconda del contesto socio-politico o religioso come, ad esempio, il termine *democracy* che in cinese è espresso con 民主 (*minzhu*) il quale tuttavia si discosta dal concetto di democrazia in senso occidentale ed indica più precisamente “*the ruling people*” poiché nella RPC 民 (*min*), *people* ha un significato più ristretto ed include solo i cittadini che supportano il Partito Comunista (cfr. S. SARCEVIC, *op. cit.*, p. 233).

³¹ Su questo aspetto si rimanda a A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, propriété, Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, pp. 3-35, e A. GAMBARO, voce *Proprietà in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1997, pp. 502-525.

³² Così, ad esempio, il concetto di *property* in *common law* dovrà essere definito tenendo in considerazione la *sub*-tradizione tecnico-giuridica, la *sub*-tradizione giusnaturalistica, o politico-filosofica, e la *sub*-tradizione di *jurisprudence*, o, di teoria generale del diritto (cfr. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, cit., pp. 26-27).

A questo proposito, attesa la stretta connessione tra la terminologia e la tradizione giuridica, una parte della dottrina ha puntualizzato la necessità di trattare la traduzione non solo come un processo di trasposizione di tipo interlinguistico ma anche come un processo di trasposizione di tipo interculturale³³.

1.3 I metodi principali adottati nella traduzione giuridica

Alla luce delle problematiche sopra descritte, la traduzione giuridica non è un processo meccanico e standardizzato ma costituisce un atto linguistico complesso che, attraverso un'attività di interpretazione e comparazione, deve trasmettere i concetti e le ideologie racchiusi nel lessico giuridico di una determinata cultura. In questo complesso processo, l'approccio comparatistico rappresenta un valido metodo da impiegare nella traduzione dei testi giuridici³⁴. Al traduttore è dunque richiesto, innanzitutto, di individuare il significato giuridico del termine nel contesto di appartenenza e, successivamente, di procedere a ricercare una parola nella lingua di destinazione in grado di esprimere, quanto più accuratamente possibile, tale concetto.

Se, nello specifico, l'obiettivo della traduzione giuridica è di produrre «*a text that is equal in meaning and effect with the other parallel texts, whereby the main emphasis is on effect*»³⁵, la scienza della traduzione ha individuato diverse strategie da impiegare a seconda dei casi. Queste strategie sono il frutto del progressivo sviluppo della traduzione giuridica la quale da un approccio di tipo meramente letterale è arrivata ad approcci più creativi quali la ricerca

³³ Cfr. S. BASSNETT, A. LEFEVERE, *Translation, History and Culture*, Londra, 1990, i quali sono tra i primi a sostenere la necessità di un "cultural turn in translation studies".

³⁴ Come, infatti, affermato da R. SACCO, *op. cit.*, pp. 722-735, «*La traduzione consta della ricerca del significato della frase da tradurre, e della ricerca della frase adatta per esprimere quel significato nella lingua della traduzione. La prima operazione spetta al giurista. La seconda spetta anch'essa al giurista. L'insieme delle due operazioni spetta al comparatista, unico competente a decidere se due idee, tratte da sistemi giuridici diversi, corrispondono l'una all'altra; e se una differenza di norme sfocia in una differenza di concetti*». Su questo aspetto si rimanda al capitolo I, § 4.

³⁵ S. SARCEVIC, *op. cit.*, p. 72.

dell'equivalenza funzionale³⁶. Le tecniche generalmente impiegate per tradurre il lessico giuridico sono la traduzione letterale, la traduzione “parola per parola”, il prestito (*borrowing*) e la creazione di un neologismo.

In merito alla traduzione letterale, a seguito del superamento della tradizionale teoria secondo cui l'unico modo per esprimere fedelmente il contenuto del testo giuridico di partenza era tramite una traduzione strettamente testuale, questo metodo è oggi da intendersi non più come una mera sostituzione di termini dalla lingua di partenza alla lingua di destinazione, ma come operazione diretta a ricercare l'equivalente funzionale attraverso l'individuazione nella lingua di destinazione del c.d. “*closest natural equivalent*”, ossia di un termine in grado di trasmettere il contenuto e gli effetti giuridici del termine di partenza³⁷. Accanto alla ricerca dell'equivalente naturale, la traduzione letterale ha anche l'obiettivo di riprodurre quanto più fedelmente possibile le strutture grammaticali e lo stile del testo di partenza.

La traduzione “parola per parola” consiste, invece, nella trasposizione esatta della parola o delle parole che compongono l'espressione da tradurre. Questo metodo può essere tuttavia impiegato solo quando nei rispettivi idiomi le due parole rappresentano il medesimo concetto (ossia sono equivalenti funzionali) ovvero quando l'espressione risultante dal processo traduttivo, pur non corrispondendo ad alcun concetto familiare alla lingua di destinazione, presenta di per sé un significato sufficientemente chiaro ed intelligibile tale da non creare ambiguità nella sua comprensione.

La tecnica del prestito (*borrowing*) consiste nel trascrivere la parola nella lingua originale ed aggiungere una glossa, ossia una breve spiegazione nella lingua di destinazione; questo metodo è impiegato quando nella lingua di destinazione non è possibile eseguire una traduzione in grado di trasmettere il nucleo fondamentale del concetto della lingua di partenza. Il prestito può essere di due tipi: è possibile avere un prestito diretto in cui si adotta semplicemente il termine straniero (si pensi, ad esempio, al termine *equity*) ovvero un prestito

³⁶ Per un approfondimento sulla storia della traduzione giuridica si rimanda a S. SARCEVIC, *op. cit.*, pp. 23-53.

³⁷ Cfr. S. SARCEVIC, *op. cit.*, p. 235.

mediante naturalizzazione, ossia attraverso la modificazione grafologica o fonologica del termine “prestato” al fine di rendere lo stesso più consono alla lingua di destinazione³⁸.

Infine, quando nella lingua di destinazione non si rinviene un termine adeguato già esistente e non è possibile fare ricorso alla tecnica del prestito, è necessario procedere a coniare un neologismo. Il neologismo può essere realizzato in tre diversi modi: attraverso l’assegnazione di un nuovo significato al termine già esistente, attraverso l’impiego di un termine proveniente da un ordinamento giuridico terzo e attraverso la creazione di un nuovo termine *ad hoc*. Quest’ultima modalità, tuttavia, dovrebbe essere impiegata con cautela in quanto il termine coniato rimane pur sempre un’espressione completamente estranea all’ordinamento giuridico di destinazione per cui risulta spesso di difficile comprensione ai giuristi di tale ordinamento.

Accanto alla ricerca di una traduzione terminologica precisa, occorre comunque ricordare che il successo di una traduzione giuridica dipende non solo dall’accuratezza nella traduzione dei singoli termini ma anche dalla capacità di esprimere i concetti nel testo tradotto impiegando uno stile che sia il più possibile affine a quello dei testi giuridici della lingua di destinazione; infatti, solo attraverso questo particolare accorgimento il testo può essere effettivamente accessibile al lettore anche nella lingua di arrivo³⁹.

³⁸ Un esempio è la traslitterazione di termini inglesi in cinese come 咖啡 (*ka fei*), *coffee*; in alcuni casi alla traslitterazione è aggiunta una glossa come in 芭蕾舞 (*balei wu*), *ballet* in cui 舞 (*wu*) significa ballo.

³⁹ Come osservato da D. CAO, *Translating Law*, cit., p. 37, ci sono tre requisiti che il traduttore deve possedere affinché realizzi una traduzione di successo: deve acquisire una conoscenza di base dei sistemi dei sistemi giuridici coinvolti; deve possedere familiarità con la terminologia giuridica rilevante; e, infine, deve essere competente nello stile di scrittura giuridica specifica della lingua di destinazione.

2. La traduzione dei testi giuridici dall'inglese al cinese: i rilievi critici del processo di trasposizione linguistica

Se, come già osservato, la lingua del diritto è intimamente connessa all'evoluzione storica e alla tradizione giuridica di ciascun ordinamento, le difficoltà nel produrre una buona traduzione giuridica aumentano con il crescere della diversità tra le due realtà giuridiche e linguistiche in cui il traduttore si trova ad operare. Un esempio emblematico di questa problematicità è proprio rappresentato dal caso della traduzione di testi giuridici dall'inglese al cinese: infatti, in questo contesto ci troviamo dinanzi non solo a due culture giuridiche eterogenee tra loro (l'una di *common law* e l'altra di *civil law*⁴⁰) ma anche a due sistemi linguistici diversi⁴¹. Questi due aspetti meritano quindi un approfondimento essendo le due criticità che il traduttore, in particolare quello di Hong Kong, deve affrontare nel processo di trasposizione linguistica.

2.1 Il problema linguistico

Partendo dall'aspetto della lingua, se si confrontano i due sistemi linguistici e i diversi percorsi evolutivi, è possibile affermare che l'inglese e il cinese «*can be at best described as remotely related language and cultural systems*»⁴². Le criticità dal punto di vista linguistico possono riguardare sia il lessico sia lo stile del testo.

Da un punto di vista lessicale, una delle maggiori problematicità della traduzione giuridica inglese-cinese è rappresentata dalla difficoltà di esprimere

⁴⁰ Sul punto si rimanda al capitolo III, § 3.2.

⁴¹ A livello generale, una delle principali diversità tra l'inglese e il cinese risiede nella lingua scritta. Infatti, mentre l'inglese utilizza una forma di scrittura alfabetica, in cui i segni rappresentano i suoni, il cinese scritto (中文, *zhongwen*) – lingua comune a tutta la Cina – si esprime attraverso i caratteri (汉字, *hanzi*) ciascuno dei quali rappresenta un morfema, cioè un'unità linguistica dotata di un significato autonomo. Per un approfondimento sulle caratteristiche della lingua cinese si rimanda a M. ABBIATI, *Guida alla lingua cinese*, Roma, 2008.

⁴² Cfr. D. CAO, *Consideration in Translating English/Chinese Contracts*, in *Meta: Translators' Journal*, 1997, p. 662.

concetti giuridici di *common law* per l'assenza di corrispettivi terminologici in cinese⁴³.

L'inglese giuridico, da un punto di vista lessicale, impiega frequentemente parole arcaiche e latinismi (come espressioni in disuso provenienti dall'*Old English* quali *thereof*, *aforesaid*, *herein* ovvero prestiti dal latino quali *affidavit*, *prima facie*, *provisio*), tecnicismi e parole comuni cui viene assegnato un specifico significato tecnico. Al contrario, la lingua del diritto cinese fa maggiormente uso di vocaboli comuni; inoltre, sebbene debba definitivamente ritenersi superata l'opinione diffusasi nel Novecento dell'incapacità della lingua cinese ad esprimere concetti giuridici accurati, è possibile osservare che il registro della lingua del diritto cinese tende ad essere più ordinario, ossia a fare maggiore uso di un lessico non tecnico e non specialistico⁴⁴. Accanto a ciò, la carenza di flessioni linguistiche e l'ambiguità strutturale che caratterizza alcuni testi giuridici cinesi contribuiscono, secondo alcuni autori, a rendere la lingua giuridica cinese maggiormente imprecisa e dunque più incerta rispetto all'inglese giuridico⁴⁵. Più precisamente, costituiscono elementi che contribuiscono all'incertezza della lingua del diritto cinese il frequente impiego di vocaboli dal significato vago⁴⁶, il ricorso a espressioni specifiche del pensiero cinese quali

⁴³ Come, infatti, osservato da L. WANG, K. K. SIN, *Legal Translation and Cultural Transfer: A Framework for Translating the Common Law into Chinese in Hong Kong*, in *International Journal of Semiotic Law*, 2013, p. 892, «*The effort to find Chinese equivalents for the above English terms would be futile since there are no terms available in Chinese to express some of the most elementary notions of the common law. The legal translator in Hong Kong has to overcome the difficulty of translating terms expressing concepts which are absent in Chinese.*».

⁴⁴ Su questo punto cfr. D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, cit., p. 113, la quale afferma che «*in terms of syntax and other grammatical features, legal Chinese is very much like ordinary formal Chinese, which is in sharp contrast to legal English with an obsession with precision, sometimes bordering on excessiveness and incomprehensibility.*».

⁴⁵ Su questo aspetto cfr. D. CAO, *Is Chinese Language More Ambiguous and Vague?*, in A. WAGNER - S. CACCIAGUIDI-FAHY (eds.), *Obscurity and Clarity in the Law: Prospects and Challenges*, Aldershot, 2008, pp. 109-125; l'autrice, evidenziando che la vaghezza delle norme cinesi è intimamente connessa con la lingua, conclude che il diritto cinese è, allo stato, più incerto del diritto inglese indicando tra le ragioni di questo fenomeno «*the lack of coherent and consistent legal narrative in China; the lack of precedent which may settle indeterminate cases in reference to a settled past legal history as it exists in English common law; and furthermore, the lack of an independent judiciary in China.*». Sulla differenza tra vaghezza, generalità e ambiguità della lingua cinese si veda anche D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, cit., pp. 96-97 e M. TIMOTEO, *Vague Notions in Chinese Contract Law: The Case of Heli*, in *European Review of Private Law*, 2010, pp. 939-951.

⁴⁶ Ad esempio, si rinviene spesso l'impiego di 等 (*deng*) che può essere tradotto con *etc.*, *such as* ovvero *including* e il cui uso nei testi normativi può quindi portare a dubbi interpretativi in quanto, a

“armonia”, “amicizia”, “interesse pubblico e socialista”⁴⁷ e l’uso di abbreviazioni o sigle⁴⁸.

Una parte della dottrina⁴⁹ ha, tuttavia, messo in luce un’importante caratteristica della lingua giuridica cinese la quale esprime i concetti giuridici attraverso i caratteri, ossia unità linguistiche che racchiudono un significato proprio. Questa peculiarità del sistema di scrittura della lingua cinese rappresenta un importante alleato per il traduttore che si accinge a tradurre termini appartenenti a una cultura giuridica diversa come nel caso del *common law*, soprattutto nell’ipotesi in cui la scelta traduttiva ricade sulla creazione di un neologismo⁵⁰. I singoli caratteri che compongono una parola possono, infatti, alle volte offrire un supporto al lettore consentendogli, quantomeno, di intuire il contenuto del termine. Si valuti, ad esempio, il termine inglese *probate*. Al lettore è certamente necessaria una conoscenza del diritto di *common law* per comprendere il significato di tale termine tecnico⁵¹; il termine in cinese è espresso con la formula 遺囑 認證 (*yizhu rengzheng*) dove 遺囑 (*yizhu*) significa “testamento”, 認 (*reng*) “riconoscimento” e 證 (*zheng*) “certificato” o “prova”. Ciò comporta che dalla semplice lettura dei caratteri il lettore è in grado di

seconda del contesto, può indicare sia una formula per indicare elenchi aperti sia per indicare elenchi chiusi (cfr. D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, cit., p. 102).

⁴⁷ Cfr. D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, cit., p. 102.

⁴⁸ Ad esempio, 三資, *sanzi* espressione che indica le tre forme di società a partecipazione straniera previste dal diritto commerciale cinese (cfr. M. TIMOTEO, *Il diritto per immagini. Aspetti del linguaggio giuridico cinese contemporaneo*, in B. POZZO (a cura di), *Lingua e diritto: oltre l’Europa*, Milano, 2014, p. 90).

⁴⁹ Su questo aspetto cfr. K.K. SIN, D. ROEBUCK, *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, in *Language & Communication*, 1996, pp. 241-242 nonché M. TIMOTEO, *Il diritto per immagini. Aspetti del linguaggio giuridico cinese contemporaneo*, cit., pp. 73-75.

⁵⁰ Su questo aspetto cfr. C. H. CHAN, *Bridging the Gap between Language and Law: Translational Issues in Creating Legal Chinese in Hong Kong*, in *Babel*, 2012, pp. 127-144, la quale afferma che «Legal translators have taken advantage of the ability of the Chinese language to easily form new terminology by compounding morphemes. Examples include ‘possession’ (*guanyou*) (管有) formed by combining *guanli* (管理) (*manage*) and *yongyou* (擁有) (*own*), ‘conveyance’ (*zhuanyi*) (轉易) from *zhuanrang* (轉讓) (*transfer*) and *jiaoyi* (交易) (*transaction*), ‘condition’ (*yaojian*) (要件) from *zhongyao* (重要) (*important*) and *tiaojian* (條件) (*condition*)».

⁵¹ L’Oxford Dictionary of Law (J. LAW, E. A. MARTIN (eds.), *A Dictionary of Law*, Oxford, 2009) definisce *probate* come «A document issued by the Family Division of the High Court, on the application of executors appointed by a will, to the effect that the will is valid and that the executors are authorized to administer the deceased’s estate». La Probate and Administration Ordinance alla sezione 2 definisce, invece, *probate* (遺囑認證, *yizhu rengzheng*) come «a grant under the seal of the court authorizing the executors therein named to administer the testator’s estate».

raffigurarsi che quel termine riguarda un documento probatorio in materia di testamento.

La principale difficoltà riscontrata nella traduzione del *common law* in cinese riguarda, innanzitutto, i c.d. termini *system-bound*, quei ossia concetti o istituti giuridici tipici del *common law* inglese (come, ad esempio, *consideration*). Ne consegue quindi che per tali concetti è assai complesso rintracciare nel vocabolario giuridico cinese termini adeguati. Questo problema, tuttavia, può riguardare anche vocaboli comuni: ad esempio, termini non strettamente tecnici come *shall*, *may*, *subject to* quando impiegati nel discorso giuridico assumono un preciso significato tecnico, determinato, in parte, dal testo stesso in cui sono utilizzati; anche per tali termini, quindi, non è possibile individuare delle traduzioni standardizzate applicabili in via generale a qualsiasi ipotesi⁵². Parimenti, termini comuni e neutrali come 必须 (*bixu*), ossia *must*, e 应当 (*yindang*), ossia *should*, celano al loro interno un messaggio legato alla cultura cinese che spesso non è adeguatamente tenuto in considerazione nella traduzione⁵³.

Un ulteriore profilo legato alla traduzione terminologica è la questione che ogni lingua ha il suo particolare modo di comunicare un determinato concetto, per cui non è sempre possibile individuare una gamma di termini in grado di esprimere le medesime sfumature di significato anche nella lingua di destinazione⁵⁴. Così, ad esempio, il verbo “chiedere” in inglese può essere espresso attraverso le parole *ask*, *request*, *demand*, *beg*, *solicit*, *entreat* ciascuna delle quali ha una diversa sfumatura di significato; in cinese, invece, tale concetto si esprime attraverso le formule 恳求 (*kenqiu*) che significa *beg*, *entreat* e 请求

⁵² Cfr. F. CHEUNG, *Bilingual legislation for Hong Kong*, tesi di laurea non pubblicata, Ottawa, 1993, p. 59.

⁵³ Su questo aspetto si rimanda a D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, cit., pp. 56-67, in cui l'autrice analizza come i fattori filosofici e culturali contribuiscono sensibilmente a plasmare il significato intrinseco dei due termini concludendo che «*As language has different emphases reflecting dissimilar social realities, to be able to understand Chinese law and its legal language, one needs to consider and understand the wider social, cultural and linguistic contexts in which Chinese law operates, and to examine what is behind the black-letter law, or the black-character law, of China, taking into account the unspoken and hidden cultural message*».

⁵⁴ Sul punto cfr. A. S.Y. CHEUNG, *Towards a Bilingual Legal System – The Development of Chinese Legal Language*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 1997, p. 331. Su questo aspetto R. SACCO, *op. cit.*, ha proprio osservato che «*È facile tradurre in una lingua ricca di vocaboli, i quali possano esprimere le sfumature del pensiero*».

(*qingqiu*) che significa *ask, demand* e 要求 (*yao qiu*), che significa *request*. Nel campo della traduzione di termini tecnici questa situazione ha però risvolti rilevanti: infatti, nel linguaggio tecnico la scelta tra i diversi sinonimi ha precise implicazioni sul piano concettuale poiché ciascun sinonimo racchiude in sé particolari sfumature di significato che variano (seppur in forma minima) il contenuto associato a quel termine. Su questo aspetto Tony Yen Ho⁵⁵, uno dei *drafters* che ha partecipato ai lavori di traduzione in cinese della legislazione di Hong Kong, ha infatti sottolineato che alcuni termini giuridici di *common law* non sono sempre rintracciabili nel lessico cinese. Un esempio è rappresentato dal lessico impiegato per indicare il trasferimento della proprietà: in inglese si trovano molteplici termini per esprimere l'alienazione della proprietà (come *convey, demise, devise, assign*, ecc.) ma nella lingua cinese non esistono altrettanti termini per esprimere il concetto di trasferimento della proprietà. Dato che ciascuno dei vocaboli inglesi ha un preciso significato e valenza giuridica, non è possibile tradurre tutti questi termini con un'unica espressione cinese che indichi, in generale, il trasferimento ma occorrerà creare singoli termini *ad hoc*⁵⁶.

Da un punto di vista dello stile del testo giuridico, invece, le difficoltà nella traduzione possono nascere dalla struttura della frase e dalla divergenza di stile del testo giuridico. Il testo giuridico inglese è solitamente caratterizzato da un registro formale e solenne (come l'uso nel processo dell'espressione *approach the bench* invece che *come here*), periodi complessi⁵⁷, un linguaggio eccessivamente minuzioso⁵⁸, l'impiego di ripetizioni (come le espressioni binarie *goods and chattels* o *will and testament*)⁵⁹, l'utilizzo frequente della voce verbale passiva e delle doppie negazioni. Il testo giuridico cinese, invece, si caratterizza per l'uso di frasi più brevi e un registro più ordinario.

⁵⁵ La traduzione del discorso presentato da Tony Yen Ho è pubblicata in S. CHAN (ed.), *Translation in Hong Kong: Past, Present and Future*, Hong Kong, 2001, pp. 249-254.

⁵⁶ La tecnica del neologismo, come si dirà nel prossimo paragrafo, è stata infatti una delle più utilizzate dalla Law Drafting Division.

⁵⁷ Si ricorda, infatti, che la frase del testo giuridico inglese non solo è spesso composta da più frasi coordinate e subordinate ma sono altresì spesso impiegate locuzioni preposizionali.

⁵⁸ La verbosità della lingua giuridica inglese è legata al fatto di essere un diritto essenzialmente basato sul *case law* (cfr. E.S. M. HEIKKI, *Comparative legal linguistics*, Aldershot-Burlington, 2006, p. 235).

⁵⁹ Questa particolarità è da ricondurre al diritto medievale di tradizione Anglosassone che veniva spesso formulato sotto forma di formule magiche e riti (cfr. E.S. M. HEIKKI, *op. cit.*, pp. 232-234).

Il tipico caso di difficoltà che riscontra il traduttore è la traduzione di costruzioni particolari a cui il *legal English* fa frequente ricorso: ad esempio, l'impiego di pronomi quali *which*, *who*, *whom* non sono traducibili in cinese (in quanto non utilizzati da tale lingua) per cui la loro traduzione richiede un'opera di adeguamento alla struttura della frase cinese attraverso una necessaria scomposizione del periodo in più parti e la ripetizione delle espressioni a cui fanno riferimento tali pronomi. Un altro esempio è dato dal frequente impiego di più preposizioni accostate tra loro contenute in un medesimo enunciato. In questi casi, la traduzione non può essere letterale poiché la struttura della frase in cinese richiede necessariamente la ripetizione del sostantivo a cui fanno riferimento le preposizioni, rendendo tuttavia la lettura e la comprensione della frase evidentemente di maggiore difficoltà.

2.2 Il problema legato alla cultura giuridica

L'inglese giuridico è tipicamente associato alla lingua del diritto di *common law*⁶⁰ mentre il cinese giuridico è tipicamente associato alla lingua del diritto di *civil law* della RPC e di Taiwan⁶¹. Questa affermazione, ai fini del processo traduttivo, ha una rilevante implicazione: la terminologia giuridica cinese impiegata nel *common law* di Hong Kong non deve essere sovrapposta con

⁶⁰ Come già evidenziato nel capitolo I, occorre, tuttavia, ricordare che la dottrina ha messo in luce l'esistenza di una pluralità di "World Englishes" (sul punto si rimanda a B. POZZO, voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2013, pp. 706-731). Per un'analisi sul linguaggio giuridico inglese e sulla sua evoluzione si rimanda a E.S. M. HEIKKI, *op. cit.*, pp. 221-254 nonché a S. FERRERI, *Il linguaggio giuridico inglese* in B. POZZO, M. TIMOTEO (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008, pp. 259-300.

⁶¹ A livello dottrinale è stato spesso sottolineato che il linguaggio della RPC e di Taiwan è "civil law oriented" e pertanto occorre prestare particolare attenzione quando, nella creazione del sistema bilingue di Hong Kong, si adottano termini provenienti da tali ordinamenti (cfr. A. D. JORDAN, *Lost in the Translation: Two Legal Cultures, the Common Law Judiciary and the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region*, in *Cornell International Law Journal*, 1997, pp. 335-379; C. H. CHAN, *The Use and Translation of Chinese Legal Terminology in the Property Laws of Mainland China and Hong Kong: Problems, Strategies and Future Development*, in *Terminology*, 2011, pp. 249-273). Per un approfondimento sulla lingua del diritto cinese si rimanda a D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, cit., S. NI, L. CHENG, K.K. SIN, *Terminology Evolution and Legal Development: A Case Study of Chinese Legal Terminology*, in *Terminology*, 2010, pp. 159-180, e H. PAZZAGLINI, *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, 1991, pp. 49-66.

la terminologia giuridica di *civil law* impiegata nei sistemi della RPC e di Taiwan. Ciò comporta altresì che nella creazione di un *common law* in cinese, i termini giuridici scelti da Hong Kong devono necessariamente riflettere i caratteri specifici della tradizione di *common law*⁶².

I diversi processi evolutivi a cui sono stati sottoposti i tre ordinamenti hanno quindi portato alla formazione in ciascuno di essi di un lessico giuridico in parte divergente⁶³, pur essendo la lingua cinese parlata in Cina, a Taiwan e a Hong Kong sostanzialmente unica. Differenze di terminologia non si riscontrano solo tra cinese giuridico di *common law* e cinese giuridico di *civil law*, ma si riscontrano anche tra il cinese giuridico della Cina continentale e quello di Taiwan, nonostante condividano la medesima famiglia giuridica.

Questa pluralità di lessici giuridici impone pertanto al traduttore di prestare particolare attenzione poiché il lessico del cinese giuridico muta di significato e contenuto a seconda del contesto geografico in cui è impiegato. Ciò significa che è possibile avere casi in cui diversi vocaboli cinesi esprimono un medesimo concetto giuridico, sia casi in cui un medesimo termine assume più significati giuridici a seconda del contesto territoriale in cui è impiegato. Quanto alla prima ipotesi, un esempio è rappresentato dal termine contratto che mentre nella Cina continentale viene espresso con 合同 (*hetong*), a Taiwan e Hong Kong viene, rispettivamente, espresso con 契約 (*qiyue*) e 合約 (*heyue*)⁶⁴. Quanto alla seconda ipotesi, sono esempi di tale difformità concettuale il termine 契據 (*qiju*) che nell'ordinamento di Hong Kong indica il *deed* (ossia quella particolare

⁶² Come osservato da A. S.Y. CHEUNG, *Towards a Bilingual Legal System – The Development of Chinese Legal Language*, cit., p. 317, «To incorporate Chinese as a legal language in Hong Kong's bilingual legal system, Hong Kong must develop a Chinese legal vocabulary that reflects the local legal usage. Creating such a legal vocabulary, however, requires more than translation; it requires awareness of the subtleties of the Chinese language and respect for its cultural characteristics».

⁶³ Mentre la creazione sistematica di un lessico giuridico cinese di *common law* è iniziata solo a partire dagli anni Ottanta con il Bilingual Laws Project (prima era solo funzionale all'interpretazione effettuata nei processi, ove necessaria), la modernizzazione del linguaggio giuridico cinese in Cina, fortemente ispirata al linguaggio tedesco, risale già alla fine dell'Ottocento quando si iniziò a tradurre di opere giuridiche provenienti dall'occidente; con la proclamazione delle due Cine (la RPC e la Repubblica di Cina) i differenti influssi a cui sono stati sottoposti i due paesi hanno portato a una diversificazione del diritto anche sul piano linguistico. Si noti, inoltre, che come rilevato da R. SACCO, *op. cit.*, la compresenza di più linguaggi giuridici che condividono una medesima lingua è un fenomeno assai frequente.

⁶⁴ Sulle ragioni che hanno portato alla scelta di esprimere *contract* con 合約 (*heyue*) v. oltre, § 4.2.

tipologia di accordo “*under seal*”) mentre nella Cina continentale rappresenta un sinonimo (impiegato nella lingua quotidiana) di accordo o contratto, nonché il termine 要约 (*yaoyue*) che indica generalmente il concetto di *offer*, ma nel sistema di *common law* di Hong Kong costituisce un atto revocabile salvo che non sia accompagnata da *consideration*, mentre nel sistema di Taiwan costituisce un atto irrevocabile⁶⁵.

In queste ipotesi, con specifico riferimento alla traduzione del *common law* di Hong Kong, il traduttore deve quindi valutare le varie espressioni impiegate nei singoli sistemi e saper scegliere il termine che possa meglio rappresentare il concetto sotteso al termine giuridico di *common law*⁶⁶. Questa scelta dovrebbe comunque accordare la preferenza sempre all’espressione (se esistente) già comunemente impiegata a Hong Kong, anche se differente da quella impiegata in Cina o a Taiwan⁶⁷; nell’ipotesi in cui, invece, si procede ad adottare un termine presente solo negli altri due ordinamenti, la scelta deve essere effettuata prediligendo il termine che soddisfa meglio il requisito dell’equivalenza di significato al concetto di *common law*⁶⁸.

3. Le tecniche impiegate dalla Law Drafting Division

La Law Drafting Division, che è l’organo a cui è stato affidato il lavoro di traduzione della *statute law* antecedente il 1997 e a cui attualmente è assegnato il

⁶⁵ Nel campo del diritto penale si ha, ad esempio, il termine 盗窃 (*daoqie*) che indica generalmente il termine *theft*, ma nell’ambito del sistema di *common law* si riferisce all’appropriazione illegittima di beni appartenenti a un altro soggetto con l’intento di privarlo definitivamente dalla proprietà mentre in Cina si riferisce alla appropriazione occulta di una elevata quantità di beni (privati o pubblici) con il solo intento di detenerli illegittimamente; su questi aspetti cfr. A. S.Y. CHEUNG, *Towards a Bilingual Legal System – The Development of Chinese Legal Language*, cit., p. 332.

⁶⁶ In merito all’impiego o meno di vocaboli giuridici già in uso nell’ordinamento della RPC e di Taiwan, la Law Drafting Division ha preferito adottare una soluzione caso per caso.

⁶⁷ Questo è l’orientamento adottato anche dal BLAC come si evince dal verbale dei lavori del 9 dicembre 1989 in cui si legge «*Where there were two similar terms for the decision of the Committee, the Committee should retain the term which was more commonly accepted in usage, provided that the meaning of the term so chosen accorded with the meaning of the term in the source text*».

⁶⁸ Cfr. E. W. Y. POON, *The Effectiveness of Plain Language in the Translation of Statutes and Judgments*, tesi di dottorato non pubblicata, Hong Kong, 2006, pp. 148-150, disponibile al sito <http://hdl.handle.net/10722/159154>.

compito di preparare i testi bilingue della legislazione della RAS⁶⁹, nei quasi vent'anni di esperienza ha sperimentato una serie di metodi al fine di garantire al meglio i suddetti obiettivi sia dal punto di vista del lessico giuridico impiegato sia dal punto di vista dello stile di redazione dei testi normativi in cinese⁷⁰.

A livello terminologico, le tecniche impiegate dalla Law Drafting Division sono state diverse⁷¹; tra queste, si ricorda la traduzione “parola per parola”, il ricorso alla parafrasi e la creazione di neologismi⁷² attraverso l’assegnazione di un nuovo significato al termine giuridico già esistente, la creazione di un nuovo termine *ad hoc*, ovvero il prestito di un termine impiegato nel sistema giuridico della Cina continentale o, più raramente, di Taiwan⁷³.

Il ricorso alla traduzione “parola per parola”, seppur tecnica raramente impiegata per i limitati risultati dal punto di vista dell’equivalenza concettuale, si è giustificata sulla necessità di preservare il significato già espresso dal termine di partenza il quale utilizza espressioni in grado di trasmettere importanti indicazioni sul concetto giuridico sottostante e che andrebbero perse se non si

⁶⁹ La Law Drafting Division ha altresì il compito importante di migliorare la precedente legislazione cinese già autenticata sostituendo i termini giuridici cinesi obsoleti impiegati nelle prime traduzioni e diventati inadeguati. Questo lavoro di risistemazione della terminologia giuridica trova fondamento nella sezione 4D dell’Official Languages Ordinance che conferisce al Secretary of Justice il potere di modificare i testi legislativi già tradotti al fine di garantire la coerenza della legislazione passata con quella di più recente formazione. Le disposizioni che devono essere modificate sono conservate in un apposito registro in attesa che tali modifiche siano approvate attraverso il procedimento legislativo.

⁷⁰ La stessa Law Drafting Division ha, infatti, ricordato che «*When selecting the Chinese term, we must consider the ‘adequacy’ and ‘acceptability’ of the term. ‘Adequacy’ means whether a Chinese term can carry, under the grammatical rules and semantic schemes of the Chinese language, the meaning of its English equivalent. ‘Acceptability’ means whether the Chinese translation complies with the grammatical and usage rules of the Chinese language and whether it is comprehensible*» (cfr. LAW DRAFTING DIVISION, *The Common Law and the Chinese Language*, in *Hong Kong Lawyer*, 1999, pp. 39-42).

⁷¹ Quanto, invece, ai criteri adottati dal BLAC per valutare le traduzioni proposte dalla Legislative Drafting Division si rimanda a E. POON, *The Cultural Transfer in Legal Translation*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2005, pp. 316-319, la quale individua sei canoni impiegati in questo processo valutativo (quali, ad esempio, il rispetto dell’intento legislativo, la coerenza del termine scelto in ogni possibile contesto in cui potrebbe essere impiegato e la scelta di termini più comunemente usati).

⁷² Parte della dottrina, tuttavia, ha visto con sfavore la creazione di nuovi termini in presenza di vocaboli esistenti nel lessico cinese che potessero esprimere il concetto; sul punto, cfr. C. H. CHAN, *Bridging the Gap between Language and Law: Translational Issues in Creating Legal Chinese in Hong Kong*, in *Babel*, 2012, p. 130, che, infatti, afferma «*for the English terms that already have an existing counterpart in Chinese that carries half or more of the intended common law meaning, the coinage of a compound of two legal concepts is not desirable*».

⁷³ Per un’analisi sulle tecniche impiegate dalla Law Drafting Division si rimanda anche a E. POON, *The Pitfalls of Linguistic Equivalence: The Challenge for Legal Translation*, in *Target*, 2002, pp. 75-106.

procedesse alla sua fedele riproduzione letterale. Ad esempio, il termine *common assault* è stato tradotto letteralmente in 普通 襲擊 (*putong xiji*). Un altro esempio è 算定 損害 賠償 (*suanding sunhai peichang*) che letteralmente significa *calculated* (算定, *suanding*) *damages* (損害賠償, *sunhai peichang*) ed è la traduzione ufficiale di *liquidated damages*⁷⁴. Il vantaggio di impiegare la traduzione “parola per parola” consiste nell’ottenere un termine tradotto che, riproducendo fedelmente l’espressione della lingua di partenza, riduce notevolmente i rischi di discrepanza rispetto alla versione originale.

Un altro metodo impiegato dalla Law Drafting Division è stato il ricorso alla parafrasi ossia alla formulazione di un’espressione cinese che attraverso un equivalente descrittivo rappresenta il termine inglese. Questa tecnica è stata indicata dai *law drafters* come uno dei metodi più efficaci per compensare l’incongruenza terminologica tra le due realtà giuridiche. Ad esempio, il concetto di *estoppel*⁷⁵ è stato espresso in cinese con 不容 反悔 法 (*burong fanhui fa*); il termine così creato rappresenta la combinazione delle espressioni 不容 (*burong*), che significa “non consentito”, 反悔 (*fanhui*), che significa “negare”, e 法 (*fa*), che significa “regola”. Tuttavia, nonostante la formulazione in caratteri consenta di comprendere in parte il contenuto di questo termine, è sempre necessario integrare tale significato con la nozione specifica fornita dal *common law* al fine di cogliere pienamente l’esatto contenuto giuridico del termine 不容 反悔 法 (*burong fanhui fa*).

In rare occasioni è stato altresì fatto ricorso alla naturalizzazione del termine di *common law* attraverso l’adeguamento fonologico dello stesso come, ad esempio, per *indemnify* tradotto con 彌償 (*mi chang*) dove 彌 (*mi*) è la parziale

⁷⁴ Questa espressione è stata conosciuta nonostante la presenza nel lessico giuridico della Cina continentale dell’espressione 违约金 (*weiyue jin*) che poteva rappresentare l’equivalente funzionale di *liquidated damages*.

⁷⁵ Il termine *estoppel*, che deriva dal francese normanno *estouper* ossia bloccare, è definito come «*the doctrine designed to protect a party from the detriment which would flow from that party’s change of position if the assumption or expectation that led to it were to be rendered groundless by another*» (cfr. P. CHAN, B. HO, *Hong Kong English-Chinese Legal Dictionary*, Hong Kong, 2005). Tale principio mira quindi a tutelare la parte che ha fatto affidamento su un determinato fatto o comportamento impedendo al soggetto di negare l’esistenza di un fatto che ha dichiarato essere esistente o la verità di una dichiarazione resa.

trascrizione fonologica di *indemnify* e 償 (*chang*) richiama il concetto di (*peichang*) ossia danno.

In caso di assenza di appropriati termini in cinese per descrivere concetti peculiari del sistema di *common law* la Law Drafting Division ha, invece, fatto frequentemente ricorso alla tecnica del neologismo. Ad esempio, il termine *covenant* è stato tradotto creando il termine 契諾 (*qinuo*), combinando il carattere 契 (*qi*), che significa “atto”, al carattere 諾 (*nuo*), che significa “promessa”.

Quando non si è proceduto alla creazione di un nuovo termine, il significato del termine di *common law* è stato trasposto attraverso l’adeguamento di un termine cinese già esistente. Infatti, solo in rari casi si è potuto adottare un termine giuridico già in uso nella Cina continentale o a Taiwan senza necessità di adeguamento come, ad esempio, è avvenuto per il termine *attempt* che è stato tradotto con 企圖 (*qitu*), ossia una delle espressioni impiegate in Cina per esprimere il concetto di tentativo nel reato⁷⁶.

L’adeguamento lessicale è stato realizzato attraverso diverse modalità. In alcuni casi è stato assegnato a un termine giuridico già esistente un nuovo significato mentre in altri casi è stato conferito a una parola ordinaria un preciso significato giuridico come, ad esempio, è avvenuto per la traduzione di *frustration*, espressa con 受挫 失效 (*shoucuo shixiao*) dove 受挫 (*shoucuo*) rappresenta il significato ordinario di *frustration* e 失效 (*shixiao*) traduce l’espressione *loss of effects* ossia l’effetto conseguente la *frustration*. In altri casi ancora, l’adeguamento è avvenuto attraverso l’espansione (o la restrizione) del significato della parola. Ad esempio, la traduzione di *burglary* è stata espressa attraverso l’espressione 入屋犯法罪 (*ru wu fanfa zui*) in cui 入 (*ru*) significa “entrare”, 屋 (*wu*) significa “casa”, 犯法 (*fanfa*) significa “commettere un crimine” e 罪 (*zui*) significa “reato”; tuttavia dato che tale fattispecie di reato in *common law* comprende anche l’intrusione in un edificio o in un veicolo, il significato di 屋

⁷⁶ In ogni caso la LAW DRAFTING DIVISION, *The Common Law and the Chinese Language*, cit., p. 39, ha comunque specificato che «when a Chinese term is used to express a common law concept, the full meaning behind the term cannot be grasped by merely taking the literal meaning of the term or deciphering its morphemic elements in the Chinese language. Reference must be made to the meaning as it is found in the common law».

(*wu*) è più ampio poiché ricomprendere anche tali oggetti, mentre il significato di 犯法 (*fanfa*) è più ristretto in quanto rappresenta solo alcune fattispecie di reato (ossia furto, danneggiamento o lesioni personali gravi).

Per quanto concerne gli aspetti dello stile impiegato nel trasporre la legislazione in cinese, per lungo tempo la tecnica adottata è stata quella di riprodurre fedelmente lo stile del testo inglese nonostante la complessità tipica della struttura della frase redatta in *legal English*. Questa scelta si è tuttavia rivelata del tutto inadeguata ed è stata oggetto di numerose critiche⁷⁷. La stessa Law Drafting Division ha, infatti, osservato che la difficoltà nel comprendere un concetto giuridico in cinese aumenta in modo esponenziale con la lunghezza della frase che lo esprime.

A fronte di questo problema, nella stesura della legislazione più recente si è quindi iniziato ad operare una rimodulazione delle frasi al fine di rendere il testo cinese più affine al lettore e trasmettere più efficacemente il significato⁷⁸. Un esempio di semplificazione del testo giuridico al fine di migliorare la fruibilità del testo in cinese è stata adoperata nella Fisheries Protection (Specification of Apparatus) Notice del 2011; la sezione 3 contiene l'espressione "*capture fish by straining them from the water*" la quale invece di essere stata espressa con una traduzione letterale che avrebbe recitato 以將魚類撈出水面方式, 捕捉魚類 (*yi jiang yulei lao chu shuimian fangshi, buzhuo yulei*) è stata resa con

⁷⁷ Cfr. oltre § 5.

⁷⁸ La Law Drafting Division ha, infatti, sottolineato che «*English and Chinese are two very different languages. If one takes a translation approach when preparing the Chinese text, the person will be constrained by the syntax of the English text and a rigid translation will be produced, which may often be unnatural or not grammatical*» (cfr. LAW DRAFTING DIVISION, *Legislative Council Panel on Administration of Justice and Legal Services. Drafting of Legislation in Chinese*, Hong Kong, 2011, p. 3, disponibile al sito <http://legco.gov.hk/yr10-11/english/panels/ajls/papers/aj0523cb2-1781-2-e.pdf>). Sempre in questo senso si sono espressi due Senior Counsels della Law Drafting Division, Allen Lai e Angie Li, i quali hanno affermato che «*Currently, there seems to be agreement that the traditional word-for-word translation approach is not the best way to communicate the effects of legislation in Chinese, given the fundamental linguistic differences between the two official languages. Therefore, it seems that it is still necessary to adapt the Chinese legislative text in accordance with the grammatical and stylistic considerations of the Chinese language. Of course, these adaptations should be carefully worked out to ensure that the overall comprehensibility is enhanced without affecting the intended legal effects*» (cfr. A. LAI, A. LI, *Through the Looking Glass: What a Reader of Hong Kong Legislation Found There*, in *The Loophole*, 2012, p. 29, disponibile al sito http://www.opc.gov.au/calcdocs/Loophole/Loophole_Jan12.pdf).

un'espressione più breve di soli quattro caratteri 捕撈魚類 (*bulao yulei*) ma più comprensibile al lettore⁷⁹.

Oltre ad evitare le frasi lunghe, la Law Drafting Division ha provveduto altresì a redigere i testi della nuova legislazione cercando di rispettare le regole grammaticali proprie della lingua cinese. Un esempio di testo in cui sono state impiegate diverse formulazioni stilistiche tra le due versioni al fine di renderle più comprensibili è rintracciabile nel Buildings Bill del 2010. La clausola 19 del disegno di legge proponeva una nuova disposizione in cui compariva la frase «*the owner of the premises in the building on which the signboard is erected*» la quale non poteva essere agevolmente espressa in cinese; dato che l'elemento fondamentale dell'enunciato è rappresentato dal proprietario, il testo cinese semplifica la formula eliminando il richiamo al cartello e lasciando solo il termine *premises* (處所, *chusuo*) ossia 該處所的擁有人 (*gai chusuo de yongyou ren*)⁸⁰.

4. Case-study sulla traduzione di termini tecnici e semi-tecnici nella *statute law* della RAS

Come si è illustrato nei paragrafi che precedono, la traduzione giuridica coinvolge diversi aspetti (sintassi, semantica, stile) di cui il lessico è solo una componente. Tuttavia, l'analisi dei prossimi paragrafi è focalizzata sullo studio di alcune traduzioni di determinati concetti della *statute law* di Hong Kong i quali trovano le loro radici nei principi dettati dal *common law*. La scelta di dedicarsi principalmente a un'analisi di tipo lessicale si giustifica in ragione del fatto che la terminologia giuridica è la caratteristica linguistica più visibile e distintiva del gergo giuridico come linguaggio tecnico ed è altresì una delle principali fonti di difficoltà nella traduzione dei testi legali. Infatti, come già più volte ricordato, la

⁷⁹ Cfr. LAW DRAFTING DIVISION, *Legislative Council Panel on Administration of Justice and Legal Services. Drafting of Legislation in Chinese*, cit., p. 3.

⁸⁰ *Ibidem*.

sfida principale che deve affrontare il traduttore della RAS è l'impossibilità di trovare equivalenti termini di *common law* in cinese.

4.1 Terminologia tecnica dalla property law

Il concetto di *property* (財產, *caichan*)⁸¹ è utilizzato nel sistema della RAS per indicare sia i diritti assoluti di proprietà sia i beni materiali oggetto di tali diritti⁸². Il termine *property* può indicare «*title to, or, rights of, ownership in goods or other valuables*»⁸³. In *common law*⁸⁴ tipicamente si distingue tra *real property* (土地 財產, *tudi caichan* ossia letteralmente “proprietà fondiaria”) e *personal property* (非 土地 財產, *fei tudi caichan*, letteralmente “proprietà non fondiaria”), distinzione che si è formata con il primissimo sviluppo del *common law* e si basa essenzialmente sulla natura delle azioni a tutela delle due situazioni giuridiche⁸⁵. Nel diritto legislativo della RAS la distinzione *real property* e *personal property* non è legislativamente prevista, mentre è disciplinata la distinzione tra *immovable property* e *movable property* nella Interpretation and

⁸¹ Per uno studio sulla terminologia impiegata nella legislazione in materia di *property law* e i suoi diversi usi in Cina e a Hong Kong, si rimanda a C. H. CHAN, *The Use and Translation of Chinese Legal Terminology in the Property Laws of Mainland China and Hong Kong: Problems, strategies and future development*, cit., pp. 249-273; è interessante notare che lo studio parte proprio dal presupposto che «*Due to the differences between the two, there is a constant need to clarify legal terms that are by nature technical. This is complicated by the fact that identical Chinese legal terminology from different systems has different meanings, and there is now a tendency for the two to influence each other under the 'One country, two systems' policy*».

⁸² Infatti, la sezione 3 della Interpretation and General Clauses Ordinance chiarisce che «“*property*” (財產) includes- (a) money, goods, choses in action and land; and (b) obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, arising out of or incident to property as defined in paragraph (a) of this definition».

⁸³ Cfr. S. D. MAU, *Hong Kong Legal Principles: Important Topics for Students and Professionals*, Hong Kong, 2013, pp. 371 ss.; il concetto di *ownership* può essere definito come il diritto di usare, possedere e disporre del bene.

⁸⁴ Per una ricostruzione sul concetto di *property* nel *common law* anglo-americano si rinvia a A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, cit., pp. 3-35, e *ID.*, voce *Proprietà in diritto comparato*, cit., pp. 502-525 nonché M. SERIO, *Property (diritto inglese)*, in R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, pp. 137-168.

⁸⁵ Tradizionalmente il *common law* riconosceva solo alcune azioni (dette *real action*) per costringere alla restituzione del bene al legittimo proprietario ed erano concesse a tutela della proprietà fondiaria; le altre posizioni giuridiche erano tutelate tramite azioni di carattere risarcitorio che avevano quindi natura personale. Per un approfondimento si rimanda a A. GAMBARO, voce *Proprietà in diritto comparato*, cit., pp. 502-525.

General Clauses Ordinance la quale nella sezione 3 dispone che «“*immovable property*” (不動產) means- (a) *land*⁸⁶, whether covered by water or not; (b) any estate, right, interest or easement in or over any land; and (c) things attached to land or permanently fastened to anything attached to land; [...] “*movable property*” (動產) means property of every description except *immovable property*».

Tra i concetti del diritto di proprietà di seguito verranno quindi analizzati i termini di *chattel*, *choses in action* e *possession*.

Chattel

Il termine *chattel* è definito come «*An item of property other than freehold land, including tangible goods (chattels personal) and leasehold interests (chattels real)*»⁸⁷ e in *common law* indica il concetto di *personal property*. Anche se nell'ordinamento di Hong Kong la distinzione *personal property* - *real property* è in parte superflua⁸⁸ (poiché, nella pratica, non è presente la *freehold*⁸⁹), la definizione di *chattel* richiama comunque tale distinzione. Da un punto di vista interpretativo, il termine *chattel* in base al contesto in cui è utilizzato può anche includere la proprietà di beni immateriali e, secondo quanto espresso dalla giurisprudenza (*Roe Investment Ltd v Prince Good Ltd* [1998] 4 HKC 338), può comprendere anche le quote di una società⁹⁰. L'espressione *chattel* è spesso

⁸⁶ La nozione di *land* (土地, *tudi*) comprende tutto ciò che si trova sopra e sotto il fondo, compreso quindi piante ed alberi nonché le risorse minerarie (tuttavia le concessioni governative riservano generalmente i diritti di sfruttamento di tali risorse al governo stesso).

⁸⁷ Cfr. definizione *Hong Kong English-Chinese Legal Dictionary*, cit.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Infatti, durante il dominio inglese tutti i terreni di Hong Kong erano conferiti alla Corona britannica e al Governatore spettava il potere di concedere terreni ai terzi (per cui sui terreni della colonia si potevano costituire “*Crown lease*”, “*Crown grant*” o “*Crown rent*”). A partire dal 1° luglio 1997, in forza dell'art. 7 Legge Fondamentale, tutte le terre e le risorse naturali all'interno della RAS sono diventate proprietà dello Stato e il Governo della Regione è responsabile per la loro gestione, compresa la loro locazione o concessione ai terzi (per cui le precedenti espressioni impiegate si sono trasformate in “*Government lease*”, o semplicemente “*lease*”, “*land grant*” e “*Government rent*”).

⁹⁰ Cfr. definizione *Hong Kong English-Chinese Legal Dictionary*, cit.

preceduta o seguita dall'aggettivo *personal*; *chattel personal* può quindi indicare il concetto di bene mobile⁹¹.

La nozione di *chattel* è espressa in cinese con 實產 (*shichan*)⁹². Originariamente era stato proposto di tradurre il termine con 動產 (*dongchan*) che nel sistema giuridico della RPC indica il concetto di beni mobili; tuttavia tale soluzione non è stata adottata perché l'esistente termine giuridico cinese non corrisponde alla nozione di *common law* di *chattel*. Su questo aspetto il BLAC ha, infatti, rilevato che i concetti inglesi di *personal property* e *real property* sono estranei non solo al sistema cinese ma anche agli altri ordinamenti di *civil law* europei e alla stessa legislazione bilingue del Canada⁹³. Vista la non esatta corrispondenza concettuale tra il termine *chattel* e il termine 動產 (*dongchan*), indicando il primo sia i beni materiali (*chattels personal*) sia i diritti di godimento su questi (*chattels real*), la scelta è ricaduta sulla creazione di un nuovo termine che esprimesse il concetto di *common law* di *chattel*. Pur mantenendo il carattere 產 (*chan*), che indica la nozione di proprietà, il legislatore di Hong Kong ha optato per sostituire il carattere 動 (*dong*), che indica il concetto di mobile, con il carattere 實 (*shi*) che indica il concetto di reale e che nelle sue varie declinazioni

⁹¹ Infatti, la Sale of Goods Ordinance alla sezione 2 stabilisce che «*goods* (貨, 貨品) *includes all chattels personal other than things in action and money*» mentre nella sezione 2 della Bill of Sale Ordinance si prevede che «*'personal chattels'* (非土地實產) *means goods, furniture, and other articles capable of complete transfer by delivery, and (when separately assigned or charged) fixtures and growing crops, but does not include fixtures (except trade machinery as hereinafter defined) when assigned together with any interest in any land or building to which they are affixed, or growing crops when assigned together with any interest in the land on which they grow, or shares or interests in the stock, funds, or securities of any government or in the capital or property of incorporated or joint-stock companies, or choses in action, or any stock or produce upon any farm or lands which, by virtue of any covenant or agreement, ought not to be removed from any farm where the same are at the time of making or giving of such bill of sale*». La Intestates' Estates Ordinance alla sezione 2, invece, fornisce una definizione in questo senso «*'personal chattels'* (非土地資產) *means- (a) the following things situated at the time of the intestate's death at any residence of a surviving husband or wife of the intestate, namely furniture, clothes, articles of adornment, articles of household, personal, recreational or decorative use, consumable stores, garden effects and domestic animals; and (b) motor vehicles and accessories, but does not include any chattel used exclusively or principally for business or professional purposes, or money or securities for money*».

⁹² Tra le *ordinances* in cui il termine *chattel* compare si ricorda la Sale of Goods Ordinance (sezione 2), la Bill of Sale Ordinance (es. sezioni 2, 8 e 17), le Bankruptcy Rules (sezione 27) e la Intestates' Estates Ordinance (es. sezioni 2, 4, 6, 8).

⁹³ Cfr. verbale della riunione del BLAC del 17 settembre 1992, p. 4.

può indicare 實物 (*shiwu*), ossia “cosa” o “oggetto”, e 實在的 (*shizaide*), ossia “concreto”.

Chose in action

L'espressione *chose in action* è associata al diritto agire in giudizio per recuperare beni mobili o somme di denaro; si distingue dalla *chose in possession* per il fatto che non è richiesto il possesso materiale del bene. Secondo l'*Hong Kong English-Chinese Legal Dictionary* il significato di *chose in action* ha subito delle trasformazioni nel corso del tempo ma, attualmente, tale nozione indica «*all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical possession*»⁹⁴. Questa concezione è richiamata nella Bill of Sale Ordinance (sezione 2) e nella Law Amendment and Reform (Consolidation) Ordinance (sezioni 9, 15 e 25B).

La traduzione di *chose in action* è 據法 權產 (*jufa quanchan*). La prima proposta di traduzione era stata 無形 動產 (*wuxing dongchan*) ma, dato che il termine 無形 (*wuxing*) significa “incorporale” o “virtuale”, tale espressione è stata reputata non adeguata ad esprimere con sufficiente chiarezza la circostanza che la proprietà del bene è riconosciuta tramite l'intervento dalla corte. Il termine successivamente coniato 據法 權產 (*jufa quanchan*), invece, è in grado di meglio trasmettere il contenuto giuridico di *chose in action*. Infatti, da una parte, il termine 據法 (*jufa*) può essere interpretato come 根據 法律 (*genju falu*), ossia letteralmente “*according to law*”; dall'altra parte, il termine 權產 (*quanchan*) è composto da 權 (*quan*) ossia 權利 (*quanli*) “diritto” e da 產 (*chan*) ossia “produrre”. Le altre due possibili alternative erano, poi, l'espressione 動產 權利 (*dongchang quanli*), che si focalizza sul concetto di diritto su beni mobili, e l'espressione 诉体物 (*sutiwu*), che si focalizza sul concetto di azione giudiziaria (訴訟, *susong*); tuttavia entrambe potevano generare ambiguità interpretative la

⁹⁴ Esempi di *chose in action* sono il denaro depositato in banca, le quote societarie e i *bills of lading*.

scelta definitiva è stata l'adozione dell'espressione 據法 權產 (*jufa quanchan*) che pone l'enfasi sulla modalità di costituzione del diritto⁹⁵.

Possession

Il termine *possession* nel diritto inglese si definisce come «*An actual control of property combined with the intention to use it, rightly or wrongly, as one's own*»⁹⁶. Tale nozione non è limitata al possesso effettivo di un bene ma si estende anche alle situazioni in cui il bene è consegnato ad un terzo affinché lo custodisca per il possessore.

In questo caso la scelta traduttiva è ricaduta sulla creazione di un nuovo termine nonostante la presenza nell'ordinamento cinese del termine 占有 (*zhanyou*) che significa, appunto, "possesso". Il nuovo termine coniato è, invece, 管有 (*guanyou*) che costituisce una combinazione di 管理 (*guanli*), "gestire" e 擁有 (*yongyou*), "avere". Pur trattandosi di un termine giuridico creato *ad hoc*, sconosciuto quindi alla maggior parte dei membri della comunità di Hong Kong, è di agevole comprensione poiché il significato intrinseco dei due morfemi 管 (*guan*) e 有 (*you*) è comunque accessibile. Nella Cina continentale il concetto di possesso è, invece, espresso con il termine di 占有 (*zhanyou*), termine che richiama anche in questo ordinamento le nozioni di controllo e proprietà. Tuttavia la scelta di creare un nuovo termine è stata giustificata dal fatto che il termine 占有 (*zhanyou*), in contesti diversi dalla Cina continentale, può essere associato a un significato negativo in quanto 占 (*zhan*) può indicare altresì 占据 (*zhanju*) che significa "occupare" e quindi può essere associato all'acquisizione di un bene con la forza. Nonostante ciò 管有 (*guanyou*) e 占有 (*zhanyou*) possono comunque reputarsi quasi equivalenti poiché l'assenza di differenze linguistiche rilevanti

⁹⁵ Cfr. L. WANG, *Cultural Transfer in Legal Translation: A Case Study of the Translation of the Common Law into Chinese in Hong Kong*, tesi di dottorato non pubblicata, Hong Kong, 2008, p. 164.

⁹⁶ Cfr. *Oxford Dictionary of Law*, cit.

indica una certa affinità dei due vocaboli in termini di funzione, portata ed effetti sul piano giuridico⁹⁷.

4.2 Terminologia tecnica dalla contract law

La *contract law*⁹⁸ si occupa della disciplina del contratto (合约, *heyue*) e nello specifico della validità e dell'esecuzione dell'accordo contrattuale. In questo ambito, accanto ad alcune *ordinances* che disciplinano specifiche tipologie di contratto⁹⁹, il *common law* fornisce una serie di principi che tracciano il quadro giuridico di riferimento per regolare i rapporti tra le parti.

Da un punto di vista soggettivo, un importante principio di *common law* che governa il contratto è la *doctrine of privity* in forza della quale il contratto non può, in generale, conferire diritti o imporre obbligazioni a soggetti che non siano i contraenti dell'accordo.

Da un punto di vista degli elementi costitutivi dell'accordo contrattuale, tra i requisiti previsti dal *common law* affinché un accordo sia giuridicamente vincolante vi sono la volontà delle parti di instaurare un rapporto giuridico, l'accordo delle parti, la presenza della *consideration* (oppure dell'accordo *under seal*), l'eshaustività delle pattuizioni contrattuali e la capacità di agire delle parti. Le *contractual provisions* (o *terms*) definiscono i diritti e le obbligazioni delle parti e si distinguono in *express terms*, ossia un'espressa pattuizione contenuta nel regolamento contrattuale, ed *implied terms*, ossia clausole implicite che le parti intendevano includere nell'accordo e che avrebbero potuto espressamente inserire al momento della conclusione del contratto.

All'interno della *contract law* della RAS verranno di seguito analizzati i termini *contract*, *consideration*, *conditions / warranties* e *discharge*.

⁹⁷ Cfr. K.K. SIN, D. ROEBUCK, *op. cit.*, pp. 242-243.

⁹⁸ Sulla nozione di *contract* nel *common law* si rimanda a M. J. FISHER, D. G. GREENWOOD, *Contract Law in Hong Kong*, Hong Kong, 2007, A. SINGH, *Business and Contract Law*, London, 2010, e G. ALPA, *La consideration*, in F. GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato Zanichelli*, Bologna, 2006, pp. 91-96.

⁹⁹ Si veda, ad esempio, la Sale of Goods Ordinance e l'Employment Ordinance.

Contract

In *common law* il concetto di *contract* è inteso come «*a legally binding agreement between the parties to that agreement*»¹⁰⁰ che è supportato dalla presenza sempre necessaria della *consideration*.

Come già evidenziato, all'interno della nomenclatura giuridica cinese il termine contratto può essere espresso attraverso tre diverse formule: 合同 (*hetong*), 契约 (*qiyue*) e 合约 (*heyue*)¹⁰¹.

契约 (*qiyue*) è un termine antico che è stato ripreso dal diritto contrattuale della Repubblica di Cina e impiegato nel codice civile. Originariamente questa espressione faceva riferimento al contratto in forma scritta: infatti, nella Cina antica le scritte incise su gusci di tartaruga (e, successivamente, su bambù) erano chiamate 契 (*qi*).

Anche il termine 合同 (*hetong*) ha origini antiche nel diritto imperiale ed è composto dal carattere 合 (*he*) che significa “mettere insieme” e dal carattere 同 (*tong*) che significa “simile”. Questo termine nasce, infatti, dall'antica tradizione di spezzare in due il bambù su cui era inciso l'accordo e consegnare a ciascuna parte un pezzo che costituiva dunque la prova dell'avvenuto accordo; in caso di controversie era la prova del contratto era costituita dall'unione dei due pezzi. L'ingresso di 合同 (*hetong*) nel cinese giuridico moderno si ha a seguito dell'instaurazione della Repubblica Popolare Cinese quando nel 1950 il Finance and Economy Committee promulgò la prima legge sul contratto della RPC a cui seguirono diversi regolamenti sulle varie tipologie di contratti; in tutti questi testi si faceva uso sia dell'espressione 合同 (*hetong*) sia dell'espressione 合约 (*heyue*). Successivamente, nel 1981 la Economic Contract Law ha poi optato per

¹⁰⁰ Cfr. S. D. MAU, *Hong Kong Legal Principles: Important Topics for Students and Professionals*, cit., p. 9.

¹⁰¹ Sulla natura e sul concetto di contratto nel diritto cinese nonché l'impiego delle tre diverse formule, cfr. S. NI, L. CHENG, K. K. SIN, *op. cit.*, pp. 168-170.

impiegare solo la formula 合同 (*hetong*) e tale espressione è stata definitivamente mantenuta anche nella successiva Contract Law del 1999¹⁰².

L'espressione 合约 (*heyue*) ha, invece, origini più recenti e significa accordo reciproco (il carattere 约, *yue* indica l'accordo), solitamente inteso come accordo orale. Questa è altresì la traduzione ufficiale di *contract* nell'ordinamento della RAS la quale, oltre a rappresentare una sintesi dei due modi più antichi di esprimere contratto, enfatizza l'idea di accordo tra le parti rappresentando così maggiormente il concetto di *contract* nel *common law* che pone al centro l'incontro delle volontà dei due contraenti e il concetto di reciprocità delle promesse¹⁰³.

Consideration

Il concetto di *consideration* indica nel diritto contrattuale inglese la nozione di corrispettività delle prestazioni, richiesta come elemento essenziale ed imprescindibile affinché il *contract* sia considerato valido e vincolante¹⁰⁴. Il *Digest of Hong Kong Contract Law* definisce questo concetto come «*the price for which one party to the contract buys the promise of the other party. It may consist of money, goods or some detriment suffered at the request of the promisor*»¹⁰⁵. Una valida *consideration* può consistere in un diritto, un interesse o un profitto spettante alla parte, corrispondente a una sopportazione o perdita dell'altra parte; pur non essendo previsto il requisito dell'adeguatezza economica della *consideration* (ossia non è richiesta l'equivalenza di valore tra le prestazioni delle parti), questa deve comunque essere reputata sufficiente (ossia deve costituire un

¹⁰² L'articolo 2, comma primo, di tale legge definisce quindi 合同 (*hetong*) come «*an agreement whereby natural persons, legal persons or other organizations, as equal parties establish, modify and extinguish relationship of civil rights and duties*».

¹⁰³ Inoltre, come evidenziato da L. CHEUNG, K. K. SIN, *Terminological Equivalence in Legal Translation: A Semiotic Approach*, in *Semiotica*, 2008, p. 43, il termine 合约 (*heyue*) è il più appropriato non solo in quanto ha una più ampia portata semantica rispetto a 合同 (*hetong*) ma anche perché «*'contract,' 'treaty,' and 'convention' are all types of agreement, and the common morpheme yue1 in their Interpretants obviously shows that they are in the same semantic web; to be more exact, they are hyponyms*».

¹⁰⁴ L'Oxford Dictionary of Law definisce *consideration* come «*An act, forbearance, or promise by one party to a contract that constitutes the price for which he buys the promise of the other*».

¹⁰⁵ Cfr. D. ROEBUCK, *Digest of Hong Kong contract law*, Hong Kong, 1995, pp. 181-182.

qualche valore). Nella legislazione della RAS il termine è, ad esempio, impiegato nella Sale of Goods Ordinance la quale definendo il contratto di vendita alla sezione 3 recita che «*A contract of sale of goods is a contract whereby the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price*».

La traduzione cinese del termine è 代價 (*daijia*)¹⁰⁶ che nel gergo comune significa “*cost*”. La scelta di tradurre questo termine con la parola 代價 (*daijia*) è stata dettata dall’esigenza di scegliere un termine che esprimesse in cinese il concetto di *consideration* in modo comprensibile senza fuorviare il lettore¹⁰⁷. Infatti, la traduzione di *consideration* si prestava ed essere espressa attraverso tre diverse formulazioni: oltre a 代價 (*daijia*), *consideration* poteva essere tradotta con 约因 (*yueyin*), espressione già impiegata a Taiwan in cui 约 (*yue*) indica il contratto e 因 (*yin*) la causa del contratto, ovvero con 对价 (*duijia*), espressione impiegata nella Cina continentale, in cui 对 (*dui*) significa “corretto” e 价 / 價 (*jia*) “prezzo”. Tuttavia queste ultime due espressioni non erano sufficientemente accurate in quanto «*Consideration is anything which the law recognizes as having economic value. It need not be adequate or equivalent to the promise [...]. From this we can see the Taiwan term fails to represent the meaning component ‘economic value’ while the mainland China term is simply misleading. To peg either of them to ‘consideration’ would require much greater conceptual adjustment than to adopt the Hong Kong term*»¹⁰⁸.

La scelta traduttiva per esprimere il termine *consideration* è dunque ricaduta sull’utilizzo di un vocabolo già impiegato nella lingua comune, 代價 (*daijia*), il cui significato giuridico finisce quindi per sovrapporsi al significato ordinario, ferma restando quindi la necessità di integrare il significato del termine cinese con la nozione specifica di *consideration* come definita dal *common law*.

¹⁰⁶ In caratteri semplificati il termine è 代价 (*daijia*).

¹⁰⁷ K.K. SIN, D. ROEBUCK, *op. cit.*, p. 250, definiscono questa necessità come «*the principle of the least adjustment*».

¹⁰⁸ *Ibidem*.

Conditions e warranties

Condition e *warranty* esprimono due tipologie di clausole contrattuali distinte a seconda degli effetti conseguenti la loro violazione: la prima è una clausola contrattuale essenziale il cui inadempimento comporta il diritto della parte a chiedere la risoluzione del contratto mentre la seconda indica una clausola contrattuale accessoria o secondaria il cui inadempimento comporta esclusivamente il diritto della parte a chiedere il risarcimento del danno¹⁰⁹. Tale distinzione emerge, ad esempio, nella Sale of Goods Ordinance la quale alla sezione 13 dispone che «*Whether a stipulation in a contract of sale is a condition, the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract. A stipulation may be a condition, though called a warranty in the contract*».

All'interno del lessico giuridico della RPC non è possibile individuare analoghi concetti in quanto il diritto contrattuale cinese distingue solo tra clausole principali (主要条款, *zhuyao tiaokuan*) e clausole secondarie (次要条款, *ciyao tiaokuan*) ma la distinzione si basa solo sul contenuto della clausola e non sul tipo di rimedio connesso alla violazione della clausola.

Il termine *condition* è stato tradotto quindi impiegando il termine comune che esprime *condition* ossia 條件 (*tiaojian*)¹¹⁰ che significa “condizione” o “requisito”. Questo è un esempio di traduzione in cui viene impiegato il termine già esistente nel lessico cinese e a cui viene assegnato un nuovo significato tecnico all'interno del lessico giuridico della RAS.

¹⁰⁹ S. D. MAU, *Contract Law in Hong Kong: An introductory Guide*, Hong Kong, 2010, p. 36, definisce tali clausole nel seguente modo «*A condition is a term which goes to the basis or foundation of the contract, to the whole of the consideration. Warranties refer to lesser provisions of a contract. A warranty is only part of the consideration*».

¹¹⁰ Occorre tuttavia tenere distinto il termine *condition*, inteso come clausola contrattuale che genera un'obbligazione, da *condition precedent* (先決條件, *xianjue tiaojian*) che, invece, costituisce un evento incerto al cui avverarsi è subordinato il sorgere di un'obbligazione contrattuale.

Il termine *warranty*, invece, può essere tradotto con le espressioni 保證 (*baozheng*) e 保證 條款 (*baozheng tiaokuan*)¹¹¹. Le due traduzioni ufficiali rappresentano però due diversi concetti: la prima è intesa come garanzia o assicurazione mentre la seconda indica la clausola contrattuale accessoria. Quest'ultima è stata quindi formulata creando un nuovo composto formato da 保證 (*baozheng*), che indica appunto “garanzia”, a cui è stato fatto seguire il termine 條款 (*tiaokuan*) che significa “clausola”¹¹².

Discharge

Nell'ambito del diritto contrattuale *discharge* indica l'estinzione o la liberazione da un'obbligazione del contratto che può avvenire tramite adempimento, accordo delle parti, risoluzione a seguito dell'inadempimento contrattuale ovvero per *frustration*¹¹³.

La traduzione di *discharge* costituisce un esempio di traduzione attraverso l'adozione di un termine giuridico già esistente nel sistema della RPC in quanto il significato di base di quest'ultimo si sovrappone con il significato giuridico del termine di *common law*. L'*Hong Kong English-Chinese Legal Dictionary* indica, quindi, tale termine con 解除 (*jiechu*) che costituisce il termine parimenti utilizzato anche nell'ordinamento giuridico cinese¹¹⁴. Occorre tuttavia precisare

¹¹¹ Una definizione di *warranty* è contenuta nella Sale of Goods Ordinance, sezione 2, che recita «“*warranty*” (保證條款) means an agreement with reference to goods which are the subject of a contract of sale, but collateral to the main purpose of such contract, the breach of which gives rise to a claim for damages, but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated».

¹¹² Un'altra traduzione proposta era il vocabolo impiegato dal diritto contrattuale della Cina continentale 次要 條件 (*ciyao tiaojian*) in cui il termine clausola è preceduto da 次要 (*ciyao*) che significa appunto minore o secondario; tuttavia anche tale soluzione non tiene in considerazione che il diritto contrattuale della RPC non distingue, come il *common law*, le tipologie di clausole sulla base dei rimedi offerti; su questi aspetti cfr. L. WANG, *op. cit.*, p. 177.

¹¹³ Sul punto cfr. *Halsbury Laws of Hong Kong*, Hong Kong, 2011, § 115.002, in cui si specifica che la liberazione dall'obbligazione contrattuale può essere “*discharge in accordance with the contract*” (come, ad esempio, per il caso dell'adempimento) o “*discharge 'against' the contract*” (come, ad esempio, in caso di risoluzione per inadempimento contrattuale).

¹¹⁴ Tale termine è, ad esempio, impiegato nella Bankruptcy Ordinance la quale alla sezione 2 recita «“*bankruptcy debt*” (破產債項), in relation to a bankrupt, means- (b) any debt or liability to which he may become subject after the commencement of the bankruptcy (including after his **discharge** from bankruptcy) by reason of any obligation incurred before the commencement of the bankruptcy» e la

che quando *discharge* è impiegato in ambito contrattuale può essere indicato anche con il termine appositamente coniato 解約 (*jiyue*) in cui il carattere 約 (*yue*) richiama espressamente la nozione di contratto¹¹⁵.

4.3 Terminologia tecnica dalla tort law

La *tort law*¹¹⁶ disciplina le tipologie e le conseguenze giuridiche dei *torts* (侵權, *qinquan* o per esteso 侵權 行為, *qinquan xingwei*). Anche se non vi è unanimità nella definizione del termine *tort*, generalmente questo concetto si riferisce a un illecito civile che ha causato un pregiudizio a un individuo o alla sua proprietà, dal quale la legge fa discendere l'obbligo del *tortfeasor* 侵權人 (*qinquan ren*) di risarcire il danno¹¹⁷. La principale finalità della *tort law* è quindi di fornire una *cause of action* e consentire il risarcimento alla parte danneggiata dal fatto illecito del terzo; le regole fondamentali che disciplinano l'assegnazione di un risarcimento pecuniario sono essenzialmente principi di *common law*. Nell'ordinamento di Hong Kong questa area del diritto è fortemente influenzata dal *case law* delle corti inglesi; inoltre un'altra fonte importante deriva dal diritto di matrice legislativa costituito dalle Civil Liability (Contribution) Ordinance, Limitation Ordinance, Fatal Accidents Ordinance e Occupiers Liability Ordinance e da una serie di legislazioni speciali che prevedono alcune ipotesi di responsabilità oggettiva il cui riconoscimento avviene per via amministrativa come la Employees' Compensation Ordinance o la Traffic Accident Victims (Assistance Fund) Ordinance.

versione cinese « “破產債項” (bankruptcy debt) 就任何破產人而言, 指- (b) 因該破產人在破產開始前所招致的任何義務而在破產開始後(包括破產解除後)可能須承擔的任何債項或債務».

¹¹⁵ Ad esempio, nella Law Amendment and Reform (consolidation) Ordinance la versione inglese della sezione 16 (2) recita «All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so **discharged** (in this section and section 17 referred to as the time of **discharge**)» e, rispettivamente, la versione cinese recita «在合約各方責任如此解除的時間(在本條及第 17 條稱為解約時間)». Cfr. L. WANG, *op. cit.*, pp. 173-174.

¹¹⁶ Sulla *tort law* si rimanda a E. FINCH, S. FAFINSKY, *Tort law*, Harlow, 2014, e P. GALLO, *Tipicità ed atipicità dell'illecito in common law*, in F. GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato Zanichelli*, Bologna, 2006, pp. 157-165.

¹¹⁷ Sul punto cfr. S. D. MAU, *Hong Kong Legal Principles: Important Topics for Students and Professionals*, cit., pp. 129 ss.

All'interno del sistema dei *torts* sono individuabili tre categorie: l'*intentional tort*, ossia il fatto illecito commesso dolosamente, lo *strict liability tort*, ossia il fatto illecito in cui la responsabilità è oggettiva, e il *tort of negligence*, ossia il fatto illecito commesso colposamente in violazione del *duty of care*¹¹⁸.

Tra i termini appartenenti alla *tort law* saranno analizzati i concetti di *negligence* e *malice*.

Negligence

Nell'ambito della responsabilità per fatto illecito il *tort of negligence* è la categoria più ampia di *tort* e consiste nel ritenere responsabile il danneggiante quando ha cagionato un danno per non aver adoperato la necessaria diligenza che le circostanze del caso richiedevano (ossia violando il c.d. *duty of care*, cioè il dovere di attenzione che incombe su ciascun consociato). *Negligence*, in concreto, significa «*carelessness or lack of proper care and attention in the performance of some act*»¹¹⁹.

Il termine è tradotto in cinese con 疏忽 (*shuhu*)¹²⁰ che costituisce l'equivalente terminologico generalmente impiegato nell'ordinamento cinese per esprimere il concetto di negligenza. Questa scelta si giustifica sulla base che parte del significato giuridico del termine si sovrappone con il suo significato ordinario. Tuttavia, nonostante questa comunanza di significato, non bisogna dimenticare che il concetto di *common law* rappresenta una nozione più ampia in

¹¹⁸ Una delle evoluzioni fondamentali del principio del *duty of care* è rappresentato dal caso *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 in cui è stato sancito il dovere generale di attenzione. Nello specifico la violazione del *duty of care* si verifica solo se il danno o il pregiudizio era prevedibile e se tra il danneggiato e il responsabile sussiste una sufficiente relazione di vicinanza (*neighbour principle*).

¹¹⁹ Cfr. S. D. MAU, *Hong Kong Legal Principles: Important Topics for Students and Professionals*, cit., p. 140. Il *tort of negligence* si compone quindi di quattro elementi: il dovere di attenzione del danneggiante, la violazione di tale dovere di attenzione, il pregiudizio subito dal danneggiato e il nesso di causalità tra il danno e la violazione del *duty of care*.

¹²⁰ Ad esempio, nella Control of Exemption Clauses Ordinance la versione inglese della la sezione 7 recita «(1) *A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence*» mentre la versione cinese «(1) 任何人不得藉合約條款、一般告示或特別向某些人發出的告示，而卸除或局限自己因疏忽引致他人死亡或人身傷害的法律責任».

quanto indica sia l'elemento soggettivo del fatto illecito sia una tipologia particolare di fatto illecito (*tort of negligence*) per cui il significato assegnato a 疏忽 (*shuhu*) nell'ordinamento della RAS è più esteso rispetto al corrispondente termine impiegato nel sistema cinese¹²¹.

Malice

Il termine *malice* nella responsabilità extracontrattuale è definito come «*the unlawful intention which is present whenever an injurious act is done intentionally and without lawful excuse*»¹²² e rappresenta un elemento costitutivo di alcune tipologie di *tort* che fa riferimento non alla volontà (*will*) bensì alle motivazioni che determinano il comportamento illecito. Analogamente il termine *maliciously* indica l'intenzione di compiere un atto ingiusto che arrechi un pregiudizio a un altro soggetto senza giustificazione legittima per cui significa «*wilfully or intentionally and without lawful excuse*»¹²³.

La traduzione di *malice* è stata attentamente valutata dal BLAC al fine di evitare fraintendimenti tra concetti simili come tra *maliciously* e *wilfully* i quali hanno in *common law* un contenuto ben distinto. Proprio al fine di individuare l'esatto ambito delle due nozioni e valutare l'adeguatezza del termine tradotto, il BLAC ha compiuto una ricerca sul significato di queste espressioni anche nel *case law*¹²⁴. A seguito di queste ricerche il BLAC ha quindi concluso che la nozione di *maliciously* era connessa a «*intentionally or wilfully without lawful excuse*», mentre la nozione di *wilfully* includeva anche «*knowledge, deliberation and intention*»¹²⁵.

¹²¹ Cfr. L. WANG, *op. cit.*, p. 171.

¹²² Cfr. *Hong Kong English-Chinese Legal Dictionary*, cit.

¹²³ Su questa nozione cfr. E. POON, *The Cultural Transfer in Legal Translation*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2005, pp. 319-320.

¹²⁴ Sulle definizioni di tali concetti date dalla giurisprudenza si rimanda a E. POON, *The Cultural Transfer in Legal Translation*, cit., pp. 319-320.

¹²⁵ Cfr. Annex 1, Research Note subsequent to the 25th Meeting of BLAC del 20 marzo 1990.

Per esprimere questa specifica sfumatura di significato di intenzionalità, la traduzione di *malice* è stata espressa con 惡意 (*eyi*)¹²⁶ che nell'uso ordinario significa “intenzione ostile” o avversa. Questo è un esempio di ridefinizione semantica del termine comune attraverso l'estensione del suo significato. Infatti, pur rappresentando a livello linguistico un corretto equivalente semantico di *malice*, quando questa espressione è impiegata nel contesto giuridico deve essere intesa in senso più ampio, indicando non solo i motivi soggettivi sottesi al comportamento illecito ma anche quella tipologia di fatto illecito compiuto intenzionalmente senza giusta causa.

5. Le critiche avanzate ai risultati ottenuti nella traduzione del *common law* in cinese

Come ricordato da Tony Yen Ho¹²⁷ «*Full legislative bilingualism is a historic and unprecedented move. We experienced tremendous difficulties in the preparatory stage as we did not have enough qualified personnel at the start of the project. Also, legal language, like many other technical languages, has its own peculiar and unique terminology and it is often difficult to find equivalent expressions in the other language when translating the common law. To express English and American legal concepts in Chinese is not easy at all*». Il processo di traduzione in cinese finalizzato a trasporre i concetti del diritto inglese si è quindi rivelato assai complesso a causa della natura tecnica e strettamente connessa alla tradizione giuridica inglese del lessico di *common law*¹²⁸. Nonostante gli sforzi

¹²⁶ Ad esempio, la sezione 25 della Defamation Ordinance alla sezione 6 dispone che «*Subsection (1)(b) shall not apply in relation to the publication by any person of words of which he is not the author unless he proves that the words were written by the author without **malice***» e «任何人發布其並非作者的言詞，第(1)(b)款即不適用，但如他證明有關作者撰寫該等言詞並無**惡意**，則屬例外».

¹²⁷ Si ricorda che Tony Yen Ho è stato uno dei *law drafters* che ha preso parte alla traduzione della legislazione di Hong Kong (discorso pubblicato in S. CHAN (ed.), *op. cit.*, pp. 249- 254).

¹²⁸ Come, infatti, sottolineato da L. WANG, K. K. SIN, *op. cit.*, p. 889, «*The language of the common law is a complex collection of linguistic habits that have been developed over many centuries, one that judges, lawyers and other legal professionals have learned to use strategically. Its distinctive*

compiuti, i risultati ottenuti, tuttavia, sono stati spesso oggetto di critiche per la scarsa fruibilità del testo cinese prodotto sia da un punto di vista terminologico sia da un punto di vista stilistico.

Quanto all'aspetto terminologico, la creazione di un sostanzioso numero di nuovi vocaboli cinesi per esprimere i termini di *common law* ha sollevato numerose critiche da parte della dottrina e da parte dei professionisti¹²⁹. Infatti, come accade non di rado quando si crea un vocabolario di neologismi, il rischio di creare termini di difficile comprensione, troppo astratti o, in alcuni casi, ai limiti del “*non-sense*” anche agli occhi del lettore madrelingua è sempre alto¹³⁰. Questo fenomeno, che è stato osservato anche per le prime traduzioni dei termini della *Western legal tradition* in caratteri cinesi, fra il XIX e XX secolo¹³¹, ha trovato ugualmente espressione a Hong Kong, anche a causa del fatto che, come si è visto sopra, si è voluto preservare «*Englishness of the law in Chinese*»¹³². Le critiche sulle scelte terminologiche hanno altresì riguardato l'adozione dei termini provenienti dalla Cina continentale; alcuni studiosi hanno, infatti, sollevato il problema della possibile confusione sull'interpretazione da assegnare all'espressione già in uso nella Cina continentale, data la sostanziale differenza tra le due diverse culture giuridiche¹³³.

linguistic features accordingly reflect the underlying conceptual thinking of such users. The legal culture of the common law—its legal concepts and legal principles—is intricately woven into the texture of its language».

¹²⁹ Cfr., ad esempio, C. H. CHAN, *Bridging the Gap between Language and Law: Translational Issues in Creating Legal Chinese in Hong Kong*, cit., p. 129.

¹³⁰ Un esempio di traduzione che genera ambiguità è rappresentata dai termini di *barrister* e *solicitor* che sono stati tradotti rispettivamente con 律師 (*lushi*), ossia “avvocato”, e 大律師 (*da lushi*), ossia letteralmente “grande avvocato”, generando così la falsa percezione che *barrister* sia una qualifica di più alto livello e *status* rispetto a quella di *solicitor* (cfr. A. S.Y. CHEUNG, *Towards a Bilingual Legal System - The Development of Chinese Legal Language*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, Hong Kong, 1997, p. 331).

¹³¹ Su questo aspetto si rimanda a M. TIMOTEO, *Il diritto per immagini. Aspetti del linguaggio giuridico cinese contemporaneo*, cit., pp. 77 ss., la quale afferma che «*La creazione del vocabolario del diritto cinese moderno mostra chiaramente i limiti e le insidie di un processo di traduzione fra lingue e culture giuridiche molto distanti fra loro. In questo processo, l'esito dell'operazione di trasferimento di significato può apparire del tutto inadeguato, ai limiti del non-sense*».

¹³² Cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law & the Post-Colonial Predicament In Hong Kong*, Stanford, 2009, p. 73; l'autore sottolinea altresì che spesso l'atteggiamento dei giuristi di fronte al testo normativo cinese è quello di un codice assegnato di significati in cui il termine cinese deve corrispondere al termine in inglese per cui «*it does not really matter whether or not a term's conventional meaning closely resembles its legally designated meaning*» (p. 242).

¹³³ Alcuni esempi di questa problematica sono rintracciabili soprattutto nella Legge Fondamentale la quale, si ricorda, ha proprio una natura duplice essendo sia “mini-costituzione” della RAS sia legge

Le critiche allo stile dei testi cinesi prodotti hanno, invece, riguardato l'incondizionata riproduzione della forma del testo giuridico inglese, secondo un approccio traduttivo meramente letterale¹³⁴. Questo tipo di approccio è stato adottato al fine di riprodurre fedelmente il testo inglese per non alterarne le caratteristiche intrinseche: l'impossibilità di determinare l'intenzione originaria del legislatore sottesa alle *ordinances* da tradurre¹³⁵ ha di fatto costretto il traduttore a traslare il testo parola per parola al fine di evitare omissioni tali da compromettere il contenuto o lo spirito della norma. Conseguentemente il tipico stile prolisso del testo normativo inglese e il frequente utilizzo di espressioni arcaiche o prestiti dal latino, ha reso i testi normativi tradotti in cinese di non facile comprensione. Gli insufficienti risultati ottenuti dall'impiego di questo approccio traduttivo letterale possono essere esaminati, ed esempio, nella traduzione della sezione 7 della Bills of Sale Ordinance la quale, riproducendo esattamente la struttura originale della norma inglese (composta da un'unica frase di 337 parole intercalate da numerose virgole), ha prodotto in concreto un testo oscuro e di non agevole comprensione al lettore cinese¹³⁶. La sezione 7 della Sale of Bills Ordinance è tuttavia solo uno dei numerosi esempi¹³⁷ che dimostrano

promulgata dalla RPC. Sul punto si rimanda a A. D. JORDAN, *Lost in the Translation: Two Legal Cultures, the Common Law Judiciary and the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region*, in *Cornell International Law Journal*, 1997, pp. 341 ss.; l'autrice, ad esempio, analizza come il medesimo termine *independent judicial power* 獨立的司法 (*duli de sifa*) previsto all'art. 2 della Legge Fondamentale assume una valenza assai diversa nei due sistemi. Per altri esempi su possibili divergenze di significato di termini contenuti nella Legge Fondamentale v. anche V. PELLATT, E. T. LIUP, *op. cit.*, pp. 86-88.

¹³⁴ Così, infatti, ricorda sempre Tony Yen Ho «*Our greatest difficulty in translating the laws was the relatively rigid nature within which we had to operate. We did not have the flexibility to change the original text by rearranging the word order, nor could we employ a free-style of translation. We had to grasp all the legal elements of the English source text, and account for every one of them in the Chinese translation. Faced with this restraints, we used what is called the "hard translation" approach. More or less had to "match" the English text by a word-by-word equivalent*» (cfr. discorso pubblicato in S. CHAN (ed.), *op. cit.*, pp. 251).

¹³⁵ Si ricorda, infatti, che numerose *ordinances* in vigore al 1997 erano state emanate in periodi ben antecedenti e spesso erano riproduzioni di *statute laws* già vigenti in Inghilterra.

¹³⁶ La suddetta *ordinance* è alquanto risalente nel tempo: infatti, è stata emanata nel 1886 sulla base del Bills of Sale Act inglese del 1878; su questo aspetto si veda LAW DRAFTING DIVISION, *Information paper on the recent developments in the review of legislation*, Hong Kong, 2001, disponibile al sito <http://legco.gov.hk/yr00-01/english/panels/ajls/papers/b889e01.pdf>.

¹³⁷ Cfr. D. WONG, *Securing a Bilingual Legal System for Hong Kong*, in *Asia Pacific Law Review*, 1997, p. 66, il quale cita, ad esempio, le sezioni 119A (1) e 119P (5) della Landlord and Tenant Ordinance, le sezioni 49D (4), 270 (1), 271 (1) e 275 (2) della Companies Ordinance, le sezioni 44 (1) e (5) e 45 (1) della Estate Duty Ordinance e la sezione 69 (1) della Mental Health Ordinance. Su questo aspetto si veda anche C. H. CHAN, *Translated Chinese as a Legal Language in Hong Kong*

come la lunghezza della frase può creare ambiguità se nella versione tradotta non vengono posti in essere degli adeguamenti linguistici (come, nel caso, di frammentare il periodo in più frasi) che consentano una migliore comprensione del testo nella lingua di destinazione¹³⁸.

Le criticità sopra descritte sono state riscontrate anche dalla stessa Law Drafting Division¹³⁹ la quale ha individuato tra le cause che hanno condotto agli inadeguati risultati della compilazione normativa in cinese sia l'impossibilità di ispirarsi ad esperienze di altri ordinamenti in cui il *common law* è praticato in lingua cinese, sia la ridotta preparazione dei consulenti impiegati nel processo redazionale, spesso sprovvisti di competenze linguistiche adeguate in entrambe le lingue tali da consentire loro una corretta formazione del testo giuridico nelle due versioni. Inoltre, un altro fattore che ha contribuito alla scarsa fruibilità dei testi cinesi è stato l'elemento temporale: infatti, prima del 1989 tutta la normativa vigente a Hong Kong era redatta esclusivamente in inglese e in meno di un decennio sono stati preparati e autenticati tutti i testi legislativi nella versione in cinese. La necessità di arrivare al 1997 con un apparato normativo integralmente espresso in due versioni linguistiche ha quindi inevitabilmente portato a numerose imprecisioni ed inesattezze nella traduzione nonché a numerose scelte traduttive non ottimali. Accanto a questi aspetti critici la Law Drafting Division ha però individuato e messo in atto cinque misure al fine di migliorare la chiarezza del testo normativo cinese¹⁴⁰, ossia impiegare nei disegni di legge un linguaggio

Legislation, in *Journal of Specialized Translation*, 2007, pp. 25-41. L'autrice attraverso un'analisi della Sales of Goods Ordinance (貨品售賣條例, *huopin shoumai tiaoli*) individua nella versione cinese della legge nove caratteri stilistici tipici della legislazione inglese come, ad esempio, il diffuso impiego di congiunzioni, preposizioni e ripetizioni; tra queste caratteristiche vi è, ad esempio, il frequente impiego di verbi convertiti in sostantivi, come nella sezione 3 (3) della *ordinance* che impiega il verbo 售賣 (*shoumai*), *sell* anche come sostantivo 一宗售賣 (*yi zong shoumai*), *a sell* pur essendo tale forma sostantivata inconsueta ed innaturale per la lingua cinese. La pedissequa riproduzione di questi caratteri ha tuttavia avuto il risultato finale di creare un testo normativo cinese redatto in uno stile completamente estraneo al linguaggio giuridico cinese e tale da renderlo di difficile comprensione anche per il giurista madrelingua cinese.

¹³⁸ Come è stato rilevato nel § 3, questo è il metodo attualmente impiegato dalla Law Drafting Division nella legislazione di nuova produzione.

¹³⁹ Cfr. LAW DRAFTING DIVISION, *Panel on Administration of Justice and Legal Services - Drafting of Legislation in Chinese*, cit.; come indicato nel *paper* stesso, il documento si propone di discutere sia le ragioni per cui il testo cinese della legislazione della RAS non è considerato di facile lettura sia le misure adottate dalla Law Drafting Division per migliorare la leggibilità.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

semplice, redigere (e non tradurre) i due testi in modo parallelo, utilizzare frasi più brevi e strutture più affini alle due lingue, nonché, a livello del personale impiegato nella formulazione dei testi bilingue, migliorare la formazione dei consulenti linguistici.

CAPITOLO SESTO

IL DIBATTITO SUL BILINGUISMO E LE SUE PROSPETTIVE DOPO LA PRIMA FASE DI ATTUAZIONE DEL SISTEMA

—

1. La prospettiva della dottrina sull'impossibilità di un *common law* in lingua cinese

Le critiche mosse ai primi risultati ottenuti nel processo di creazione del *common law* cinese, sono espressione di una dottrina che ha fortemente dubitato della possibilità di riuscita di tale imponente progetto. Le argomentazioni impiegate si sono principalmente focalizzate sull'incompatibilità delle due realtà da un punto di vista sia della lingua sia della cultura giuridica.

Dal punto di vista linguistico, le principali argomentazioni a sostegno dell'impossibilità di un *common law* cinese hanno posto l'accento soprattutto sul divario semantico e sintattico tra due lingue e, più precisamente, sull'impossibilità per la lingua cinese di esprimere in modo idoneo i concetti del diritto inglese¹.

Dal punto di vista della cultura giuridica, invece, ragioni storiche e istituzionali hanno condotto spesso ad affermare che il *common law*, nonostante la sua capillare diffusione nel mondo, rimane una famiglia giuridica strettamente

¹ Per un'analisi approfondita sulle principali argomentazioni linguistiche si rinvia a D. ROEBUCK, K. K. SIN, *The Ego and I and Ngo: Theoretical Problems in the Translation of the Common Law into Chinese*, in R. WACKS (ed.), *Hong Kong, China and 1997: Essay in Legal Theory*, Hong Kong, 1993, pp. 195-201.

connessa alla lingua inglese, soprattutto in considerazione del fatto che tale diritto è associato al consistente *case law* delle corti inglesi. A tal proposito, si ricorda, infatti, che all'imposizione del modello di *common law* ha sempre fatto seguito l'imposizione della lingua inglese. Atteso quindi che i concetti di *common law* sono intimamente connessi alla cultura giuridica sviluppatasi in Inghilterra, si è pertanto sostenuto che la trasposizione del *common law* in una lingua diversa dall'inglese non possa avere successo per l'impossibilità di trovare equivalenti nell'altra lingua. Ciò risulterebbe anche dalla circostanza che in tutte le *ex* colonie britanniche dell'area sud-est asiatica la conservazione del *common law* ha, di fatto, sempre comportato il mantenimento dell'inglese quale lingua principale del diritto².

In ragione di questa impossibilità, nello specifico caso di Hong Kong, parte della dottrina ha quindi ritenuto inattuabile la creazione di un *common law* in cinese. Secondo tale dottrina gli ostacoli alla creazione di un doppio regime linguistico deriverebbero, infatti, non solo dall'assenza di corrispettivi cinesi, ma anche dalla circostanza che termini per cui è possibile trovare un corrispondente hanno comunque significati intrinseci così divergenti che il loro impiego congiunto è considerato come «*at best, uninformative and, at worst, misleading*»³. Parimenti, il lavoro di creazione di un lessico giuridico cinese *ad hoc* per il *common law* della RAS avrebbe dimostrato l'impossibilità di esprimere in cinese i concetti di *common law* vista l'oscurità e l'ambiguità dei neologismi creati⁴.

All'interno della RAS, la predominanza dell'inglese giuridico troverebbe poi ulteriore conferma anche a livello di prassi giudiziaria poiché nella scelta della lingua processuale si registra una marcata asimmetria a favore dell'uso della lingua inglese, soprattutto nelle corti di alto livello. Tra gli operatori del diritto si

² Cfr. T. UJEJSKI, *The Future of the English Language in Hong Kong Law*, in R. WACKS (ed.), *The Future of the Law in Hong Kong*, Hong Kong, 1989, pp. 164-188.

³ Cfr. A. D. JORDAN, *Lost in the Translation: Two Legal Cultures, the Common Law Judiciary and the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region*, in *Cornell International Law Journal*, 1997, p. 341.

⁴ Su questo punto si veda H. M. WONG, *The Myth of Legal Bilingualism in Hong Kong*, in *Hong Kong Lawyer*, 1999, p. 31, che afferma «*the Chinese equivalents of common law expressions are mere symbols in the most unsophisticated sense of those words. They have no meaning of their own, however beautifully rendered they might seem and however much their creator thinks they resemble the original*».

rileva altresì una frequente predilezione nell'uso dell'inglese in quanto la scarsa chiarezza del testo cinese e le stesse regole sull'interpretazione della legge (come la sezione 10C della Interpretation and General Clauses Ordinance⁵) incentiverebbero a fare esclusivo affidamento sul testo redatto in inglese, riducendo così la versione cinese della legge a una mera formalità⁶.

2. Gli elementi a favore di un *common law* in lingua cinese

2.1 *Casi di bilinguismo giuridico in ordinamenti di common law: l'esperienza del Canada*

Al fine di confutare l'idea secondo la quale la lingua naturale del *common law* è unicamente l'inglese è sufficiente osservare che esistono numerosi casi in cui tale sistema è inserito in contesti di bilinguismo giuridico. La stessa nascita e il successivo sviluppo del *common law* in Inghilterra sono associati a una situazione di plurilinguismo giuridico: infatti, il francese e, in parte, anche il latino sono stati per lungo tempo le due lingue quotidianamente impiegate dai giuristi inglesi⁷.

⁵ Tale sezione, si ricorda, recita «*Where an expression of the common law is used in the English language text of an Ordinance and an analogous expression is used in the Chinese language text thereof, the Ordinance shall be construed in accordance with the common law meaning of that expression*».

⁶ Sulle ragioni che determinano la predominanza dell'inglese giuridico nella RAS, cfr. K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law & the Post-colonial Predicament in Hong Kong*, Stanford, 2011, pp. 236-247.

⁷ Sul punto cfr. E.S. M. HEIKKI, *Comparative legal linguistics*, Aldershot-Burlington, 2006, p. 228, il quale ha osservato che per lungo tempo il *common law* ha trovato espressione attraverso l'uso contemporaneo di tre lingue, creando così una situazione di *legal trilingualism*: a seconda del contesto poteva così essere impiegato il latino (come per gli atti e verbali processuali), il francese (come per la discussione della causa) o l'inglese (come per l'escussione dei testimoni). Correlato a questo aspetto, è interessante altresì ricordare che D. ROEBUCK, K. K. SIN, *The Ego and I and Ngo: Theoretical Problems in the Translation of the Common Law into Chinese*, cit., p. 194, sostengono che la situazione degli avvocati a Hong Kong, i quali impiegano il cantonese nelle conversazioni e l'inglese per redigere i documenti, è speculare alla situazione in cui versavano gli avvocati in Inghilterra, i quali parlavano tra di loro in inglese ma nelle occasioni formali e nei processi impiegavano il francese.

Attualmente l'esempio più significativo di sistema di *common law* espresso e praticato in una lingua diversa dall'inglese, è rappresentato dall'esperienza canadese⁸. In Canada, infatti, il doppio regime linguistico è sempre stato percepito come forte elemento identitario delle due comunità del paese e, come tale, elemento da tutelare⁹. In questo contesto, già a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, la sezione 133 del Constitution Act del 1867¹⁰ prevedeva la possibilità di impiegare alternativamente l'inglese o il francese sia nei dibattiti legislativi sia nei procedimenti avanti le corti. Successivamente la tutela del doppio regime linguistico si è ulteriormente affermata attraverso il ruolo innovatore della giurisprudenza¹¹ e la promulgazione nel 1969 dell'Official Languages Act (poi modificato nel 1988¹²).

In questo progressivo processo di affermazione dei diritti linguistici legati alle due comunità, i risultati ottenuti dal Canada dal punto di vista della realizzazione di un *common law* bilingue sono stati notevoli. Uno degli aspetti su cui il legislatore canadese è sempre stato più impegnato è la tecnica di redazione dei testi legislativi¹³. Al fine di garantire un'adeguata accessibilità del testo

⁸ Sullo sviluppo del sistema bilingue in Canada si rimanda a M. BASTARACHE, *Bilingual Interpretation Rules as a Component of Language Rights in Canada*, in P. M. TIERSMA – L. M. SOLAN (eds.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2011, pp. 162-166.

⁹ Si ricorda, infatti, che attualmente in Canada vige un regime bilingue, a livello centrale, per tutti gli atti federali e, a livello provinciale, per tutti gli atti delle province di Québec, Manitoba e New Brunswick nonché, parzialmente, dell'Ontario. All'interno le province si suddividono tra giurisdizioni di *civil law* (come il Québec) e giurisdizioni di *common law* (come il New Brunswick).

¹⁰ A far data dal 1897 il Canada diventa quindi un ordinamento a doppio regime linguistico (*bilingual*) e doppio regime giuridico (*bijural*) data la presenza in Québec di un sistema di *civil law* (il quale riguarda gli aspetti del diritto privato, rappresentato principalmente dal codice civile).

¹¹ In particolare, con la decisione *Canadian Pacific Railway v Robinson* [1891] 19 SCR 292 la Corte Suprema canadese è arrivata ad affermare due importanti principi sottesi all'affermazione del bilinguismo giuridico: la *equal authenticity rule*, in forza della quale entrambe le versioni di un testo normativo hanno pari valore, e la *shared meaning rule*, in forza della quale la corte deve interpretare le due versioni cercando il significato comune in quanto entrambe espressione del medesimo intento legislativo.

¹² È interessante osservare che a seguito della riforma della Costituzione del 1982 e del nuovo Official Languages Act del 1988, che ha garantito la parità di *status* alla lingua francese, sono state introdotte una serie di riforme sulle tecniche di traduzione impiegate per cui da una traduzione meramente letterale si è passati ad una traduzione finalizzata ad esprimere le caratteristiche e lo spirito della lingua francese.

¹³ L'organo che si occupa di redigere la legislazione federale è il Legislative Services Branch il quale è composto da esperti giuristi ma anche esperti di linguistica giuridica (i c.d. *jurilinguistics*).

bilingue alla popolazione anglofona e francofona¹⁴, a partire dagli anni Settanta sono state poste in essere una serie di riforme fondamentali quali l'innovativa introduzione del *co-drafting*, ossia della redazione in parallelo delle due versioni linguistiche della legge¹⁵. Tra le altre tecniche¹⁶ adottate dal legislatore canadese per garantire la coerenza tra le due versioni si ricordano anche l'impiego di un linguaggio neutrale, ossia di un lessico (soprattutto se tecnico) sufficientemente generico da poter essere utilizzato indistintamente nei due sistemi; l'utilizzo della tecnica del “*doublet*”, ossia di esprimere il concetto di diritto impiegando contemporaneamente termini presi dal *common law* e termini presi dal *civil law* (come, ad esempio, Federal Real Property and Federal Immovables Act¹⁷); e, infine, l'impiego di clausole interpretative inserite direttamente nel testo legislativo e che chiariscono le definizioni dei concetti giuridici impiegati nelle norme.

Tutte queste tecniche sperimentate dal Canada rappresentano quindi considerevoli modelli pratici suscettibili di essere replicati anche in altre realtà che presentano analoghe problematiche tra cui quella di Hong Kong¹⁸.

¹⁴ Come, infatti, affermato dal Department of Justice nel documento sulla *Policy on Legislative Bilingualism* (disponibile al sito <http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/harmonization/bijurilex/policy-politique.html>) è imprescindibile che «*the four Canadian legal audiences (Francophone civil law lawyers, Francophone common law lawyers, Anglophone civil law lawyers and Anglophone common law lawyers) may, on the one hand, read federal statutes and regulations in the official language of their choice and, on the other, be able to find in them terminology and wording that are respectful of the concepts, notions and institutions proper to the legal system (civil law or common law) of their province or territory*».

¹⁵ In precedenza il testo normativo veniva redatto da professionisti madrelingua inglese di formazione di *common law* mentre la versione francese era una mera traduzione letterale del testo inglese. Ora il testo legislativo è invece redatto da due membri bilingue del Legislative Services Branch, uno francofono di formazione di *civil law* e uno anglofono di formazione di *common law* i quali lavorano contemporaneamente sulle due versioni linguistiche; anche le istruzioni provenienti dall'ufficio che propone il disegno di legge sono fornite in entrambe le lingue. Sulle tecniche adottate dall'ordinamento canadese al fine di favorire una legislazione bilingue migliore, cfr. L. A. LEVERT, *Bilingual and Bijural Legislative Drafting: To Be or not to be?*, in *Statute Law Review*, 2004, pp. 151-164.

¹⁶ Cfr. L. A. LEVERT, *op. cit.*, pp. 159-163.

¹⁷ Quando il *doublet* ha ad oggetto esclusivamente l'accostamento di due termini (come nell'esempio riportato) si parla di “*simple doublet*”; accanto a questo vi è anche un “*doublet with paragraph*” che comporta una specifica previsione *ad hoc* che adatti una determinata situazione giuridica a uno dei due sistemi.

¹⁸ Come, infatti, sostenuto da S. SARCEVIC, *Challenges to Legal Translator*, in P. M. TIERSMA – L. M. SOLAN (eds.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2011, p. 188, il metodo impiegato dal Department of Justice di Hong Kong (e, nello specifico, dalla Law Drafting Division) è in parte ispirato al modello canadese.

2.2 *La specialità del common law in due lingue nell'ordinamento della RAS: il trapianto linguistico nello stesso sistema giuridico*

L'esempio del Canada dimostra quindi che, seppur con le problematiche del caso, è possibile realizzare un *common law* espresso in una lingua diversa dall'inglese. Rispetto alle esperienze analizzate, la peculiarità del sistema di Hong Kong ha altresì un ulteriore vantaggio nella realizzazione di un *common law* in una lingua diversa dall'inglese. Infatti, generalmente negli ordinamenti di *common law* con più regimi linguistici, il sistema giuridico di matrice inglese è affiancato dalla compresenza di un sistema di *civil law* per cui tali ordinamenti si possono definire non solo *bilingual* ma anche *bijural*¹⁹. A Hong Kong, invece, dalla nascita della colonia e dunque dalla costituzione del sistema di *common law*, l'inglese è stata l'unica lingua del diritto e il *common law* la sola cultura giuridica dominante per i successivi 150 anni: salvo alcune aree del diritto di famiglia (matrimonio e successione), il diritto inglese è stato trasposto *in toto* ed applicato da una classe di giuristi educati secondo la tradizione di *common law*²⁰.

Nella colonia prima e nella RAS poi il trapianto del *common law* in lingua cinese non è dunque avvenuto da un sistema all'altro ma all'interno del medesimo ordinamento di riferimento, per cui il sistema giuridico di partenza e il sistema giuridico di destinazione sono rimasti identici. Ciò significa che la traduzione del diritto inglese in cinese non si è attuata all'interno di una cultura giuridica aliena (come potrebbe essere quella *civil law* in Canada) ma si è attuata all'interno del medesimo ordinamento con il conseguente vantaggio che tra la cultura giuridica di origine e quella di destinazione non vi sono differenze sistemiche sostanziali. Questa omogeneità di sistema è pertanto un elemento di forza che può agevolare il processo di traduzione e trasposizione dei concetti di *common law* in cinese i quali si troveranno ad operare sempre nel medesimo contesto giuridico.

¹⁹ In questi ordinamenti, inoltre, la dualità di sistema solitamente comporta l'identificazione delle due lingue ufficiali con l'ordinamento più affine (così, ad esempio, in Canada il diritto di *common law* è associato con la lingua inglese mentre il diritto di *civil law* con la lingua francese).

²⁰ Cfr. L. WANG, *Legal Transplant and Cultural Transfer: The Legal Translation in Hong Kong*, in *Across Languages and Cultures*, 2010, p. 88.

2.3 La realizzazione di un common law in cinese mediante l'adeguamento e l'assimilazione

L'esperienza canadese dimostra altresì che il progetto di creare un *common law* in cinese intrapreso dalla RAS non costituisce una mera utopia ma la sua realizzazione, come rilevato da un'attenta dottrina, dipende da un corretto inquadramento del problema linguistico²¹. In particolare, occorre partire dal presupposto che non è possibile effettuare una trasposizione del diritto inglese attraverso una semplice ricerca di equivalenti terminologici nel vocabolario giuridico impiegato nella Cina continentale. Come evidenziato nel capitolo V, l'ordinamento di Hong Kong e quello della Cina continentale presentano evoluzioni storiche ben diverse che hanno portato, quanto alla prima, allo sviluppo di una lingua giuridica legata al modello di *common law* e, quanto alla seconda, allo sviluppo di una lingua del diritto legata al modello di *civil law*. Questa necessaria premessa chiarisce quindi il motivo per cui una mera ricerca di equivalenti è difficile ovvero inutile: termini di *common law* in cinese esisteranno assai difficilmente *a priori*²². In ragione di ciò, è parimenti errato giustificare l'impossibilità di trasporre il *common law* in lingua cinese sulla base dell'assunto che non esistono termini cinesi già a disposizione del traduttore²³. Questa, infatti, deve essere considerata una circostanza pacifica, intrinseca alla diversa tradizione giuridica dei due linguaggi, da cui muovere il successivo discorso di trasposizione linguistica.

Il vero obiettivo nella creazione di un diritto bilingue deve, invece, essere rappresentato dalla ricerca di una condivisione concettuale, ossia «*both texts must*

²¹ Cfr. K. K. SIN, D. ROEBUCK, *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, in *Language & Communication*, 1996, pp. 249 ss.

²² Sul punto si veda L. WANG, K. K. SIN, *Legal Translation and Cultural Transfer: A Framework for Translating the Common Law into Chinese in Hong Kong*, in *International Journal of Semiotic Law*, 2013, p. 892, i quali affermano che «*cultural concepts which are specific to the original legal system could not be replaced by functionally equivalent concepts of the Chinese language*».

²³ Cfr. K. K. SIN, D. ROEBUCK, *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, cit., pp. 243 ss.

convey the same legal meaning or legal message»²⁴. In questa prospettiva il processo di traduzione del *common law* in cinese può essere trattato come un caso di trasferimento culturale mediante *foreignization*²⁵ che costituisce un particolare processo traduttivo che si pone il preciso obiettivo di introdurre e assimilare nella lingua di destinazione concetti provenienti da un'altra cultura.

La validità di questo metodo è esemplificato dal caso della traduzione delle scritture buddhiste in Cina realizzata a partire dalla dinastia Han²⁶. All'epoca, infatti, essendo i concetti buddhisti del tutto estranei alla popolazione cinese, non vi erano termini corrispondenti nella lingua locale per cui il processo di traduzione ha fatto ricorso, prima, al prestito del lessico impiegato nella religione taoista e, successivamente, alla creazione di nuovi termini (ovvero all'assegnazione di nuovi significati a termini già esistenti). Con il progressivo processo di assimilazione del buddhismo nella cultura cinese, la nuova terminologia creata *ad hoc* è diventata poi di uso quotidiano, tant'è che oggi l'origine buddhista di tali termini è spesso ignorata dal parlante²⁷. Anche nel campo del diritto si possono riscontrare numerosi casi di assimilazione nell'ordinamento cinese di concetti giuridici stranieri tramite la traduzione "estraniante": un esempio è la nozione di 权利 (*quanli*)²⁸, ossia *right*, che solo dopo un lungo processo di elaborazione interna all'ordinamento ha assunto un

²⁴ M. THOMAS, *The Development of a Bilingual Legal System in Hong Kong*, in *Hong Kong Law Journal*, 1988, p.18.

²⁵ Tale metodo si distingue da quello della *domestication* il cui obiettivo è di produrre un testo che si adatti e si avvicini il più possibile alla lingua e alla cultura di destinazione. Sul punto cfr. L. WANG, *op. cit.*, p. 89, che afferma «*translation as cultural transfer usually requires that a choice is first made between two basic translation strategies, namely domestication and foreignization, through which the cultural concepts of source language may either remain untransferred or be transferred. Foreignizing translation is best exemplified in legal translation since it purports to transfer the cultural concepts of the source legal text*».

²⁶ Il buddhismo, religione proveniente dalla vicina India, è stato introdotto sul territorio cinese all'inizio della seconda dinastia imperiale. Sul processo di traduzione delle scritture buddhiste cfr. K. K. SIN, D. ROEBUCK, *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, cit., pp. 245-246.

²⁷ K. K. SIN, D. ROEBUCK, *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, cit., p. 245.

²⁸ Tale concetto è stato introdotto alla fine dell'Ottocento con la traduzione da parte di W. A. P. Martin del manuale Wheaton, *Elements of International Law*.

significato e un contenuto giuridico simile a quello della tradizione giuridica occidentale²⁹.

Analogamente a quanto è avvenuto per le scritture buddhiste o per il concetto di 权利 (*quanli*)³⁰, i concetti di *common law* non esistono nella lingua cinese per cui l'unico modo per realizzare un bilinguismo effettivo è quello di crearne dei nuovi. Tuttavia, al fine di poter assimilare questi nuovi concetti nella cultura dei giuristi della RAS e così consentire in concreto una pratica del *common law* in cinese, la lingua cinese deve essere sottoposta ad alcuni aggiustamenti.

In primo luogo, occorre identificare il sistema semantico di riferimento in quanto «*Chinese legal vocabulary cannot have a common law meaning unless and until it is defined, understood, and interpreted not in the light of Chinese legal thought but in the light of English legal thought*»³¹. Con sistema semantico di riferimento si intende quel complesso strutturale linguistico impiegato per determinare il significato e il contenuto di una determinata espressione lessicale. Ci sono, infatti, alcuni termini il cui significato, variando da sistema a sistema, può essere compreso soltanto alla luce di un preciso sistema semantico.

Fissare un medesimo sistema di riferimento è tuttavia operazione assai complessa quando interessa il lessico giuridico: infatti, a differenza delle scienze naturali in cui il sistema semantico di riferimento rimane identico in ogni lingua, per quanto riguarda i termini specialistici legati agli aspetti culturali di una determinata società (come quelli giuridici) trovare un medesimo sistema

²⁹ Cfr. D. CAO, *Chinese Law: A Language Perspective*, Aldershot, 2004, pp. 72-87. Sull'introduzione del concetto di 权利 (*quanli*) si rimanda anche a R. SVARVERUD, *The Notion of 'Power' and 'Rights' in Chinese Political Discourse*, in M. LACKNER, I. AMELUNG, J. KURTZ (eds.), *New Terms for New Ideas. Western Knowledge and Lexical Change in Late Imperial China*, Leiden, 2001, pp. 125-144.

³⁰ L'importanza di questi due esempi è apprezzabile se si considera che nel corso della sua storia millenaria la lingua cinese ha subito l'influenza di lingue straniere solo in due casi, ossia con l'introduzione della religione buddista e con l'arrivo delle potenze occidentali nell'Ottocento; in entrambi i casi, come osservato da F. MASINI, *La lingua cinese e le sue recenti trasformazioni*, 2006 (disponibile al sito <http://www.treccani.it/scuola/dossier/2006/cina/2.html>), la lingua cinese è riuscita «a reagire a tali stimoli linguistici e culturali assorbendo nuovi contenuti e assimilandoli all'interno del proprio sistema linguistico che, in entrambi i casi, uscì da tali fasi più rafforzato e stabile di prima».

³¹ Cfr. D. ROEBUCK, K. K. SIN, *The Ego and I and Ngo: Theoretical Problems in the Translation of the Common Law into Chinese*, cit., p. 203.

semantico è più difficile. Nell'ordinamento della RAS, tuttavia, questa operazione è stata già effettuata a livello normativo dalla stessa Interpretation and General Clauses Ordinance la quale alla sezione 10C (1) dispone espressamente che i concetti di *common law* espressi in cinese devono essere interpretati alla luce di tale ordinamento. Il riferimento all'ordinamento di *common law* è quindi una necessità imprescindibile al fine di evitare il rischio di incongruenze concettuali³². Su questo aspetto un'autorevole dottrina ha proprio precisato che «*It is a fact that when Common Law concepts are translated into Chinese, very often new words need to be created as such concepts do not exist in Chinese. Even after the new linguistic terms are brought into being in Chinese through translation, their referential objects continue to be found in English Common Law, not Chinese law, and need to be understood with reference to Common Law*»³³.

Una volta determinato e fissato il quadro semantico di riferimento, le difficoltà legate alle differenze concettuali tra inglese e cinese sono destinate a dissolversi³⁴. Infatti, il singolo termine giuridico non dovrà più essere considerato come un'entità connotata da un proprio ed intrinseco significato giuridico ma come semplice segno linguistico. L'equivalenza concettuale sarà poi raggiunta attraverso l'attribuzione ai due segni linguistici (ossia quello espresso dal termine inglese e quello espresso dal termine cinese) del medesimo significato come prescritto dal *common law*³⁵.

³² K. K. SIN, D. ROEBUCK, *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, cit., pp. 248-249, ad esempio, sottolineano che se non si prendesse a riferimento il sistema di *common law* anche l'espressione "*accordance with law*" espressa in cinese con "依法" (*yifa*) avrebbe due significati diversi in quanto *law* e 法 (*fa*) presentano significati diversi poiché fanno riferimento a due ordimenti diversi; tuttavia gli autori evidenziano che in forza di questo ragionamento nemmeno il termine "*food*" ossia "食物" (*shiwu*) potrebbe essere considerato identico in quanto nei due ambiti territoriali si mangiano pietanze diverse.

³³ D. CAO, *op. cit.*, p. 172.

³⁴ La scelta di preservare la lingua inglese quale lingua ufficiale del diritto si sarebbe così rivelata una politica oculata poiché altri ordinamenti, quali la Malesia o l'India, la scelta di mantenere un sistema di *common law* solo nella lingua nazionale si è al momento rivelata non ottimale tanto che ad oggi quasi tutti questi ordinamenti continuano ad impiegare l'inglese come lingua del diritto nonostante siano scaduti i periodi di transizione (cfr. K. K. SIN, D. ROEBUCK, *Language engineering for legal transplantation: conceptual problems in creating common law Chinese*, cit., p. 249).

³⁵ Questo è il c.d. approccio semiotico sul quale si rimanda a L. CHENG, K. K. SIN, *Terminological Equivalence In Legal Translation: A Semiotic Approach*, in *Semiotica*, 2008, pp. 33-45.

In secondo luogo, una volta chiarito il sistema semantico di riferimento, occorre procedere all'adeguamento linguistico della lingua di destinazione attraverso l'adeguamento lessicale e l'adeguamento grammaticale. Il primo è solitamente operato tramite l'adozione di un vocabolo della lingua di destinazione nelle forme già viste nel precedente capitolo (ossia assegnazione di un nuovo significato, allargamento o restringimento di un significato e conio di un nuovo termine). Tuttavia, in questa operazione, occorre sempre evitare l'impiego di vocaboli già in uso nella Cina continentale (o a Taiwan) che potrebbe condurre a un risultato non ottimale e conferire al termine o all'istituto giuridico di *common law* cinese un contenuto tipico dell'altro ordinamento³⁶.

L'adattamento delle forme grammaticali, invece, è più raro³⁷ ed è solitamente limitato a modificare la struttura della frase variando l'ordine delle proposizioni principali e subordinate. A tal proposito è stato posto in evidenza che, al fine di conferire al testo autentico cinese autorità sostanziale (e non solo formale) ed essere effettivamente fruibile per il madrelingua cinese, occorre distaccarsi dall'approccio traduttivo meramente letterale ed operare una traduzione che, seppur fedele al contenuto del testo di partenza, rispecchi anche lo spirito della lingua di destinazione. L'importanza di questa operazione è stata sottolineata dalla stessa Law Drafting Division la quale ha, infatti, rilevato che *«The wordy, unclear and impersonal nature of these statutory provisions makes our law less effective. The presumption that everyone knows the law means that justice requires the law to be made readily understandable and available. Laws that are difficult to find and that are written in sentence structures that are difficult to understand cannot be said to have fulfilled this requirement of*

³⁶ Sul punto si rimanda a L. WANG, *op. cit.*, p. 89, la quale sconsiglia l'impiego di espressioni usate per istituzioni apparentemente simili (come, ad esempio, *high court* e 高等法院 *gaodeng fayuan*) in quanto rischia di attenuare le differenze tra queste. In senso opposto, si veda C. H. CHAN, *Bridging the Gap between Language and Law: Translational Issues in Creating Legal Chinese in Hong Kong*, in *Babel*, 2012, p. 130, la quale sostiene, invece, che la creazione di nuovi termini è da evitare quando i termini inglesi hanno già un corrispondente esistente nel vocabolario cinese il quale *«carries half or more of the intended common law meaning»*.

³⁷ K. K. SIN, D. ROEBUCK, *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, cit., p. 249, tuttavia sottolineano che la grammatica cinese ha subito diverse trasformazioni a seguito del movimento *baihua wen* e dell'influenza delle lingue occidentali.

justice»³⁸. Pertanto, proprio al fine di evitare quelle criticità illustrate nel capitolo V, è auspicabile che il testo cinese sia conforme alle regole grammaticali proprie della lingua cinese e scevro da forme anglicizzate. Al fine quindi di compiere un processo di assimilazione del *common law* nella lingua cinese occorre non solo che la versione cinese trasmetta l'intento normativo e abbia lo stesso significato ed effetti giuridici della versione inglese ma occorre anche che preservi le caratteristiche grammaticali tipiche della lingua cinese.

2.4 *Il fondamentale apporto degli strumenti metalinguistici nell'affermazione del bilinguismo giuridico*

Accanto alla necessità di definire il sistema semantico di riferimento ed adeguare la lingua di destinazione, un ultimo elemento da prendere in considerazione per la riuscita di un *common law* bilingue è la predisposizione di una serie di strumenti, detti metalinguistici, in grado di colmare quel *gap* concettuale tra i due sistemi linguistici ed evitare interferenze fuorvianti tra le due culture giuridiche dominanti per ciascuna lingua³⁹. Infatti, come già evidenziato, ogni volta che si apportano degli aggiustamenti alla lingua di destinazione diretti ad introdurre nuovi concetti appartenenti a un'altra cultura, si opera un cambiamento di significato che avviene a livello metalinguistico, ossia avviene tramite l'assegnazione convenzionale da parte del traduttore di una nuova definizione. Al fine di evitare che i concetti nuovi siano definiti alla luce della cultura giuridica dominante della lingua di destinazione e consentire altresì al lettore di assimilare più facilmente il termine coniato, occorre fornire degli strumenti di supporto in grado di fornire indicazioni sul significato da attribuire a

³⁸ Cfr. LAW DRAFTING DIVISION, *Information paper on the recent developments in the review of legislation*, Hong Kong, 2001, disponibile al sito <http://legco.gov.hk/yr00-01/english/panels/ajls/papers/b889e01.pdf>, p. 2.

³⁹ Secondo D. ROEBUCK, K. K. SIN, *The Ego and I and Ngo: Theoretical Problems in the Translation of the Common Law into Chinese*, cit., p. 204, la creazione di un vocabolario *common law* cinese comporterà una progressiva assimilazione su larga scala di tutta la tradizione giuridica inglese nella cultura cinese.

determinati concetti e di favorire l'assimilazione tra le due culture⁴⁰. Più precisamente, il divario concettuale può essere riempito collegando i termini giuridici cinesi con il *common law* inglese attraverso gli strumenti c.d. metalinguistici i quali, definendo il contenuto concettuale, facilitano il raggiungimento dell'equivalenza di significato⁴¹.

Gli strumenti metalinguistici idonei a questo scopo sono molteplici e di varia natura; tra questi vi è la redazione di articoli o commenti dottrinali diretti a chiarificare le scelte traduttive fatte⁴² (attraverso, ad esempio, l'impiego di note esplicative⁴³ o annotazioni ovvero di prefazioni del traduttore alle opere tradotte⁴⁴), la creazione di dizionari giuridici inglese-cinese, la traduzione in cinese di opere dottrinali rilevanti e la raccolta di casi giurisprudenziali in cinese.

A livello di creazione di dizionari, il Governo della RAS al fine di uniformare l'impiego dei termini giuridici ha realizzato un glossario, l'*English-Chinese Glossary of Legal Terms* (英漢法律詞彙, *yinghan falu cihui*), contenente i vocaboli raccolti dai testi ufficiali delle *ordinances*⁴⁵. La versione *online* del glossario (inglese-cinese e cinese-inglese) è pubblicata nel sito del Bilingual Laws Information System (BLIS)⁴⁶ il quale costituisce un importante *database* gestito dal Department of Justice che fornisce altresì i testi di tutte le

⁴⁰ Su questo aspetto si rimanda a L. WANG, K. K. SIN, *op. cit.*, p. 889, i quali sostengono che il significato dei testi nella versione cinese «*is transparent only to those who have taken part in the process of translation, but opaque to uninitiated eyes. Without the support of a legal culture, the semantic link between Chinese and the Common Law exists only between the two texts*».

⁴¹ In questo contesto, quindi, «*translation as cultural transfer is no longer a matter of finding linguistic equivalents between languages, but rather an operation of creating conceptual/ semantic equivalence on the metalinguistic level*» L. WANG, K. K. SIN, *op. cit.*, p. 895.

⁴² In merito a questo aspetto anche i verbali delle riunioni del BLAC rappresentano un importante strumento metalinguistico che chiarisce le scelte traduttive effettuate.

⁴³ E. POON, *The Right of Abode Issue: Its Implication on Translation*, in *Meta: Translators' Journal*, 2002, p. 219, suggerisce, ad esempio, l'utilizzo di note all'interno delle sentenze redatte in cinese al fine di chiarire i riferimenti ai concetti *common law*; attraverso questa operazione di educazione «*When Hongkongers are accustomed to using Chinese in the legal context, Chinese will be more sophisticated as a legal language, like its English counterpart*».

⁴⁴ K. K. SIN, D. ROEBUCK, *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, cit., p. 251, notano che «*Without an explanatory mechanism at the metalinguistic level, the translation does not mean much to them. To understand what changes and adjustments have been made to the Chinese language in producing the Chinese text of the statutes requires a good understanding of the linguistic and conceptual framework within which the Chinese text is produced*».

⁴⁵ Il glossario è stato realizzato dalla Law Drafting Division ed è composto da tre volumi che raccolgono 32.000 termini ed espressioni giuridiche della legislazione della RAS.

⁴⁶ <http://www.legislation.gov.hk/blis/eng/index.html>.

ordinances della RAS nelle due versioni linguistiche. Più recentemente, nel 2010 il Department of Justice ha pubblicato anche un glossario specifico per termini del diritto civile e commerciale, l'*English-Chinese glossary of civil and commercial law terms* (英漢民商事法律詞彙, *ying han min shangshi falu cihui*), contenente 9.300 voci. Un altro strumento utile, al fine di ovviare l'assenza di definizioni all'interno dei glossari, è l'*Hong Kong English-Chinese Legal Dictionary*, primo dizionario giuridico bilingue pubblicato nel 2005, il quale include, in entrambe le versioni linguistiche, la definizione del termine giuridico, i riferimenti legislativi rilevanti e i casi giurisprudenziali più significativi. Ancora a livello di strumenti definitivi, è interessante menzionare che sempre più frequentemente nelle stesse *ordinances* sono contenute delle sezioni *ad hoc* (spesso denominate "Interpretation") in cui si forniscono le definizioni di termini chiave del testo normativo⁴⁷ i quali vengono trascritti in doppia formulazione inglese-cinese (e viceversa) in entrambe le versioni⁴⁸.

A livello di strumenti dottrinali, sono state pubblicate diverse opere di commento in specifici settori del diritto redatte sia in cinese e sia in inglese. Tra queste si segnalano il Chinese Digest of Hong Kong Contract Law, il Chinese Digest of the Criminal Law of Hong Kong, il Chinese Digest of the Criminal Procedure Law of Hong Kong e il Chinese Digest of the Common Law of Hong Kong. Nello specifico, queste opere hanno l'obiettivo di «*distil and describe the law as laid down by the courts (and in legislation so far as it relates to general principles)*»⁴⁹; i capitoli, suddivisi per aree tematiche, raccolgono una serie di principi di *common law* fondamentali per la materia, ciascuno accompagnato da un commento esplicativo e dai precedenti giurisprudenziali di riferimento⁵⁰.

⁴⁷ Un esempio di questa tecnica legislativa è contenuto nella stessa Interpretation and General Clauses Ordinance alla sezione 3.

⁴⁸ Ad esempio, nella Interpretation and General Clauses Ordinance, sezione 3, la definizione di corte nella versione inglese recita «"court" (法院、法庭) means any court of the Hong Kong Special Administrative Region of competent jurisdiction» e, specularmente, nella versione cinese recita «“法院”、“法庭”(court) 指任何具司法管轄權的香港特別行政區法院、法庭».

⁴⁹ Cfr. D. ROEBUCK (ed.), *Digest of Hong Kong Contract Law*, 1995, Hong Kong, p. 156.

⁵⁰ Ad esempio, il *Digest of Hong Kong Contract Law* è composto di sedici capitoli che riguardano gli aspetti principali del diritto contrattuale (come, ad esempio, la formazione dell'accordo, la *consideration*, i rimedi in caso di inadempimenti, ecc.) e cita al suo interno più di 500 casi giurisprudenziali rilevanti nella materia.

Infine, l'*Hong Kong Lawyer*, la rivista della Law Society di Hong Kong pubblicata integralmente in versione bilingue, oltre a raccogliere articoli dottrinali contiene un'apposita sezione dedicata alle decisioni delle corti della RAS.

A livello di opere giurisprudenziali, le sentenze rese in cinese sono raccolte in due *case reports* ufficiali: l'*Hong Kong Law Reports and Digest* e l'*Hong Kong Cases*. Accanto a queste due raccolte giurisprudenziali, è stata pubblicata una collana denominata *Bilingual Common Law Series* in cui ogni volume è dedicato ad una precisa area del diritto e fornisce una selezione di decisioni giudiziarie di importante valore in materia tradotte in cinese⁵¹. Inoltre, un'importante iniziativa in questo ambito è portata avanti dal Judiciary il quale nel proprio sito *web* raccoglie i più importanti casi suddivisi per corti e pubblica le sentenze principali in entrambe le versioni linguistiche (di cui tuttavia una ha solo valore di traduzione)⁵².

La panoramica sugli strumenti metalinguistici deve infine essere completata con le iniziative per la formazione della classe dei giuristi. Come, infatti, la dottrina ha più volte rilevato, la realizzazione del bilinguismo giuridico deve essere attuato anche attraverso la formazione professionale di operatori (avvocati e giudici) in grado di impiegare inglese e cinese in qualsiasi area del diritto⁵³. A tale scopo, la formazione del giurista bilingue può avvenire solo assicurando un'adeguata educazione universitaria sia in inglese sia in cinese: alcune istituzioni universitarie (tra cui la Hong Kong University e la Chinese University of Hong Kong) si sono pertanto già dotate di corsi di laurea in cui l'utilizzo della lingua cinese è utilizzata più frequentemente⁵⁴.

⁵¹ Attualmente sono stati pubblicati tre volumi: *Extracts from Criminal Cases*, *Extracts from Land Cases* e *Extracts From Employment Cases*.

⁵² Cfr. <http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/judgment.jsp>. Sino al 2011, il sito ha pubblicato 426 sentenze rese in cinese e tradotte in inglese e ha raccolto 17.192 pronunce in cinese e 50.872 sentenze in inglese (sul punto si veda LEGISLATIVE COUNCIL SECRETARIAT, *Informative Note – Use of Chinese in the Court Proceedings*, Hong Kong, 2012, p. 6, disponibile al sito <http://www.legco.gov.hk/yr11-12/english/sec/library/1112in17-e.pdf>).

⁵³ Tra i primi autori a sottolineare tale necessità, cfr. A. CHEN, 1997: *The Language of the Law in Hong Kong*, in *Hong Kong Law Journal*, 1985, p. 42.

⁵⁴ Sono stati così, ad esempio, introdotti corsi *ad hoc* diretti a insegnare la redazione di testi giuridici in cinese ovvero su come utilizzare il cinese nei procedimenti avanti le corti della RAS. Ad esempio, la Hong Kong University prevede un corso obbligatorio di lingua per tutti gli studenti del primo anno denominato “*Practical Chinese Language for Law Students*” e al secondo

3. Prospettive future per il *common law* bilingue della RAS

Presupposto che, come è stato sopra esposto, la realizzazione di un *common law* integralmente in lingua cinese è un processo possibile ma richiede un periodo di assimilazione⁵⁵ nella cultura di destinazione e, pertanto, un considerevole impegno attivo da parte dei giuristi (e non solo), occorre prendere in esame il ruolo esercitato dalla Cina continentale nello sviluppo della politica bilingue intrapresa dalla RAS e nell'affermazione della lingua cinese come lingua ufficiale della Regione. Come illustrato nel capitolo III, a livello istituzionale, l'influenza da parte del sistema della RPC si è riscontrata nell'introduzione di alcuni elementi tipici del sistema cinese⁵⁶; a livello linguistico, invece, l'influenza della RPC è più indiretta e si manifesta nella crescente diffusione negli ambiti del commercio e del diritto dell'uso del cantonese e dello stesso *putong hua*. Ciò rappresenta un'evidente conseguenza del nuovo ruolo centrale che la Cina ricopre a livello internazionale e dell'affermarsi del cinese come lingua dei traffici commerciali.

Questa circostanza unita agli sforzi compiuti dal governo della RAS hanno quindi contribuito al progressivo accrescere dell'uso del cinese nella Regione⁵⁷.

e quarto anno offre i corsi opzionali “*Electives on Use of Chinese in Law*” I e II; la Chinese University of Hong Kong dispone un corso obbligatorio al primo anno in “*Professional Chinese*” e offre due corsi opzionali in mandarino sul sistema giuridico della Cina nonché due corsi opzionali in “*Writing and Drafting Commercial Documents (in Chinese)*” e “*Writing and Drafting Litigation Documents (in Chinese) (Civil and Criminal)*” (cfr. LEGISLATIVE COUNCIL SECRETARIAT, *op. cit.*, p. 7).

⁵⁵ In questo senso si esprime anche Tony Yen Ho il quale, in relazione al lessico cinese di *common law* creato *ex novo*, si esprime in questo senso «*When some of these words were first used they were criticized by legal circles due to their unfamiliarity. We did that because we had no choice – we could not find an equivalent word in modern Chinese for some of the old legal concepts. As more newly coined words are used, the new generation of legal practitioners and paralegals will gradually become more used to them and will be more likely to accept them*» (traduzione del discorso pubblicata in S. CHAN (ed.), *Translation in Hong Kong: Past, Present and Future*, Hong Kong, 2001, pp. 249-254.).

⁵⁶ Sul punto si rinvia al capitolo III, § 3.1.

⁵⁷ Alcuni autori, alla luce di questa crescita rilevante del cinese all'interno della RAS, ipotizzano altresì che, data l'importanza del *putong hua* in quanto lingua ufficiale della RPC e lingua emergente a livello internazionale, il mandarino potrebbe anche diventare la futura lingua d'élite di Hong Kong in grado di sostituirsi all'inglese (K. H. NG, *The Common Law in Two Voices: Language, Law & the Post-colonial Predicament in Hong Kong*, cit., p. 268).

Ad esempio, a partire dagli anni Novanta nel settore pubblico si è verificata una crescente tendenza a rilasciare documenti in cinese o, almeno, in versione bilingue. Un altro elemento che dimostra l'ascesa della lingua cinese nel mondo del diritto della RAS è il suo considerevole incremento nei procedimenti avanti le corti superiori⁵⁸, sia nei processi in cui è lingua processuale sia nei c.d. *mixed-language trials*. Nel processo di diffusione della cultura giuridica del *common law* cinese questo elemento è fondamentale: infatti, poiché i procedimenti avanti le corti superiori hanno generalmente ad oggetto questioni di diritto, l'impiego del cinese come lingua del ragionamento giuridico tra giudici e avvocati contribuisce sensibilmente alla creazione di un *case law* in lingua cinese da poter impiegare anche nella risoluzione delle controversie future. Accanto a ciò, un ulteriore effetto della diffusione della lingua cinese si ha sul piano metalinguistico: infatti, più le due comunità linguistiche entrano in contatto, maggiore diventa il campo semantico comune ad entrambe, erodendo così quegli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di un *common law* bilingue.

Un altro elemento linguistico importante è l'incremento dell'uso del *putong hua* avanti le corti della RAS, specialmente in quei procedimenti in cui una delle parti proviene dalla Cina continentale. Tuttavia, ad oggi, l'uso del *putong hua* rimane ancora fortemente limitato dalle competenze linguistiche degli avvocati e magistrati. Occorre comunque rilevare che, con la progressiva integrazione dei due sistemi e lo sviluppo dei traffici commerciali, il numero di procedimenti condotti in mandarino è destinato ad aumentare; costituisce altresì prova di questa tendenza il fatto che sempre più avvocati di Hong Kong presentano domanda di abilitazione alla professione forense in Cina⁵⁹.

⁵⁸ Già si è rilevato (cfr. capitolo IV, § 2) che nel 2013 i procedimenti civili condotti in cinese sono stati il 56% nella District Court, il 21% nella Court of First Instance e il 19 % nella Court of Appeal.

⁵⁹ A seguito dell'accordo economico del 2004 è stata, infatti, intrapresa una politica di incoraggiamento diretta agli avvocati di Hong Kong a svolgere la pratica forense in Cina; tra il 2007 e il 2009 il numero di avvocati di Hong Kong che hanno sostenuto l'esame di abilitazione per la Cina si è raddoppiato (cfr. C. H. CHAN, *Bridging the Gap between Language and Law: Translational Issues in Creating Legal Chinese in Hong Kong*, in *Babel*, 2012, pp. 136-137). Su questo aspetto si veda anche la raccomandazione dello Steering Committee del Review of Legal Education and Training in Hong Kong che riporta «*It is highly desirable that there be a number of those admitted to practise in Hong Kong who are able to use the Chinese language, where appropriate to their practice, to comparable standards as those in regard to English. Continuing training in the Chinese language*

Nonostante ciò, la diffusione del cinese giuridico di *common law* rimane ancora una sfida aperta per la RAS di Hong Kong. Infatti, l'inglese rappresenta ancora la lingua di riferimento nel mondo del diritto: un termine giuridico cinese, che sia un prestito dall'esistente nomenclatura giuridica cinese o che sia un neologismo, è comunque connesso con il corrispondente termine inglese da cui riceve direttamente il suo significato e contenuto giuridico. Al fine di sviluppare ulteriormente il sistema di diritto bilingue e dare completa attuazione al principio di bilinguismo giuridico affermato nella Legge Fondamentale, occorrerà pertanto continuare a promuovere, attraverso quegli strumenti metalinguistici sopra descritti, la formazione di una cultura giuridica di *common law* in cinese⁶⁰.

should be provided for students and lawyers who have capabilities in the use of Chinese», così come citato dal Presidente della Hong Kong Law Society, Huen Wong, nel suo discorso dell'aprile 2010 *Adding value with bilingualism*, il quale sottolinea altresì che «*As an international financial centre with close proximity to the Mainland, Hong Kong's legal services sector must be equipped with lawyers who are able to apply their legal skills not only in English but also in Mandarin Chinese orally and in writing*» (cfr. H. WONG, *Adding Value with Bilingualism*, in *Hong Kong Lawyer*, 2010, disponibile al sito <http://www.hk-lawyer.org/en/article.asp?articleid=420&mid=&sid=>).

⁶⁰ Così, infatti, si esprime K. K. SIN, *The Common Law in Uncommon Chinese: Linguistic Anomalies and Cultural Shocks*, in *Journal of Translation Studies*, 1998, p. 138, «*The culture has to be developed [...] Yet the legal culture is in a very real sense already existing, but embodied only in English, not in Chinese [...] Particularly, it is there in the heads of Hong Kong's bilingual Lawyers who have the culture at their disposal [...] Culture always comes with the reader, not the text*» (citato in L. WANG, K. K. SIN, *op. cit.*, p. 889).

CONCLUSIONI

A quasi vent'anni dal ritorno di Hong Kong alla Cina, la promessa di mantenere inalterati i caratteri di Hong Kong in forza del principio “*one country, two systems*” ha sostanzialmente consentito alla *ex* colonia inglese di preservare il proprio sistema – giuridico, economico e sociale – che era stato trapiantato e si era affermato durante i 150 anni di dominio britannico. Tuttavia, la transizione di Hong Kong da colonia britannica a RAS cinese ha innescato un processo di interazione ed integrazione tra il sistema giuridico della metropoli asiatica e il sistema giuridico della Cina continentale. Infatti, nonostante la proclamata separazione dei due sistemi, l'ordinamento di Hong Kong è stato oggetto di significativi mutamenti che, attraverso un peculiare “*hybridization process*”, hanno contaminato l'originario impianto di *common law*, arricchendolo, rispetto al modello giuridico inglese, di caratteri del tutto originali, tipici dell'ordinamento cinese. Ciò si è verificato soprattutto nella sfera del diritto pubblico in cui, ad esempio, sono stati introdotti meccanismi di controllo sul potere politico e giudiziario da parte del Governo Centrale¹.

Altro importante canale di comunicazione espresso con la costituzione della RAS è stato il canale linguistico. Come è stato posto in evidenza, il problema della lingua del diritto ha accomunato tutte le *ex* colonie inglesi del sud-est asiatico che, a seguito della decolonizzazione, hanno deciso di mantenere il

¹ Come analizzato nel capitolo III e, in particolare nel § 3, i principali strumenti di controllo del Governo di Pechino sono, a livello politico, l'approvazione della nomina del Chief Executive e, a livello giudiziario, il potere di interpretazione da parte del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo delle disposizioni che riguardano le materie di competenza esclusiva del Governo Centrale o i rapporti tra Stato e Regione.

sistema di *common law*. Tuttavia, a differenza delle altre colonie asiatiche in cui (eccetto Singapore) si è optato per il mantenimento dell'inglese quale lingua ufficiale solo per un periodo di transizione, la scelta – pressoché obbligata – per Hong Kong è ricaduta sull'ambiziosa realizzazione di un sistema giuridico bilingue, simile, per certi aspetti, al sistema canadese. La principale sfida che si è trovata ad affrontare la RAS è stata dunque l'attuazione di un ordinamento il cui diritto di *common law* doveva avere espressione anche in una lingua non occidentale.

La realizzazione del *common law* bilingue di Hong Kong è un processo iniziato in tempi piuttosto recenti e, per questo motivo, è ancora in fase di perfezionamento. È, infatti, solo dalla metà degli anni Ottanta che si ha il primo vero riconoscimento del bilinguismo giuridico²; a partire da tale momento sono stati posti in essere una serie di interventi normativi al fine di istituire un quadro giuridico di riferimento in cui far operare il nuovo sistema bilingue³. Tuttavia il passaggio da un riconoscimento meramente formale a un'attuazione effettiva del diritto nei due idiomi non è stato ancora ad oggi del tutto ultimato.

Al fine di promuovere un efficiente sistema in grado di operare parimenti nelle due lingue ufficiali vi sono state molteplici iniziative promosse dal Governo della RAS, soprattutto a livello di formazione di quei soggetti che sono direttamente coinvolti nell'attuazione concreta del bilinguismo (ossia *law drafters*, giudici, personale giudiziario e, più in generale, personale della pubblica amministrazione)⁴. Accanto a ciò, un importante elemento per garantire l'effettività del sistema bilingue è la qualità della traduzione dei testi giuridici in lingua cinese⁵. Come è stato, infatti, osservato nel capitolo IV, la possibilità per il

² Nello specifico, tale riconoscimento è avvenuto nel 1984 con la firma della Sino-British Joint Declaration in cui è stata per la prima volta dichiarata la parità di *status* giuridico della lingua inglese e di quella cinese.

³ Così nel 1986 sono state modificate la Interpretation and General Clauses Ordinance e la Official Languages Ordinance. Nello stesso anno è stato altresì lanciato il Bilingual Laws Project finalizzato alla formulazione dei testi autentici in cinese della legislazione vigente e il cui lavoro ha consentito di formulare, entro la data prevista per l'*handover*, l'integrale traduzione in cinese del *corpus* di leggi vigenti a Hong Kong.

⁴ Tra le iniziative si ricordano i corsi di perfezionamento della lingua organizzati per i giudici delle corti della RAS (cfr. capitolo IV, § 2.3).

⁵ Il presupposto fondamentale del bilinguismo è, infatti, la necessità di produrre testi giuridici in entrambe le lingue in grado di esprimere i medesimi effetti.

giurista di Hong Kong di impiegare il testo della norma in cinese dipende anche dalla facilità di comprenderne il contenuto e di poter agevolmente impiegare tale testo per sviluppare un'argomentazione giuridica in cinese. Questo risultato, tuttavia, non è stato sempre conseguito e sono state spesso sollevate critiche alle scelte traduttive impiegate. Tali critiche hanno riguardato sia l'eccessivo uso di neologismi⁶, che rischiano alle volte di essere di difficile comprensione ovvero troppo astratti, sia lo stile impiegato nei testi, che risulta essere esclusivamente diretto a preservare la "Englishness" del testo inglese.

Queste criticità del *common law* in lingua cinese hanno pertanto avuto alcune rilevanti conseguenze anche sul piano dell'applicazione concreta del diritto in tale lingua: infatti, come osservato, giuristi ed operatori del diritto finiscono, il più delle volte, per considerare la versione cinese come un testo subordinato alla versione inglese. Parimenti, anche all'interno delle corti si è potuto rilevare che la giurisprudenza è ancora cauta nel fare affidamento sul testo cinese⁷. Sul piano delle fonti del diritto, poi, se lo *statute law* è regolarmente redatto in versione bilingue, il *case law* è, invece, ancora profondamente sbilanciato a favore dell'inglese⁸. Questa circostanza è, ancora una volta, giustificata dalla diffidenza mostrata dai giuristi rispetto all'uso del cinese giuridico nei processi, soprattutto in quelli dinanzi alle corti superiori⁹. Tale atteggiamento ha altresì portato al fenomeno dei c.d. *mixed-languages trials*, ossia quei procedimenti condotti in entrambe le lingue in cui il cinese è impiegato

⁶ Questo nuovo lessico, che sovente si distacca dalla terminologia del diritto della RPC, ha avuto il compito di "fissare" il *common law* anche in relazione al cinese e secondo molti autori, ha rappresentato una forma di tutela importante per il diritto di *common law* stesso in quanto ne ha preservato i caratteri. Per alcuni esempi di tali neologismi si rimanda al capitolo V, § 4, in cui sono stati analizzati alcuni termini centrali della *property*, *contract* e *tort law* e le scelte adottate per tradurre detta terminologia in cinese (scelte che, appunto, si sono spesso concretizzate nella creazione di un termine cinese *ad hoc*).

⁷ Su questo punto si rimanda all'analisi dei casi giurisprudenziali esaminati nel capitolo IV.

⁸ Ciò in virtù del fatto che l'inglese rimane, salvo i procedimenti avanti le Magistrates' Court, la lingua processuale prediletta all'interno delle corti della RAS. Inoltre, l'inglese rimane anche la lingua del *case law* delle pronunce, più risalenti nel tempo, provenienti dalle corti inglesi e delle pronunce provenienti dalle corti supreme degli altri paesi del Commonwealth.

⁹ Come osservato, quindi, l'inglese è la lingua processuale prediletta.

quale “lingua dei fatti” e l’inglese quale “lingua del diritto”¹⁰. I *mixed-languages trials*, pertanto, costituiscono espressione emblematica dell’attuale condizione del sistema bilingue di Hong Kong in quanto simboleggiano l’atteggiamento di sostanziale perplessità da parte dei giuristi della RAS nei confronti del diritto espresso in cinese.

Al fine di incrementare l’impiego della lingua cinese nel campo del diritto, occorre quindi perfezionare ulteriormente la produzione del diritto espresso in tale lingua, *in primis*, il miglioramento dei processi traduttivi. A tal proposito si è osservato come recentemente, in risposta alle criticità rilevate, sono stati adottati nuovi approcci da parte del *drafter* della RAS al fine di affinare le tecniche impiegate nel processo di trasposizione in cinese del diritto vigente e quindi di redigere versioni in lingua cinese più affidabili per i giuristi¹¹.

Accanto al lavoro di perfezionamento della traduzione, tuttavia, al fine di dare effettiva attuazione al bilinguismo giuridico di Hong Kong, occorre operare anche su un altro fronte, quello della formazione di una cultura giuridica di *common law* cinese. Su questo aspetto la dottrina ha offerto un contributo importante. In particolare diversi autori¹² hanno evidenziato che, al fine di rendere equivalenti i due linguaggi giuridici della RAS, occorre colmare il c.d. “*conceptual gap*”, attualmente esistente tra le due culture, attraverso la promozione di una specifica cultura giuridica di *common law* cinese. Ad oggi, infatti, l’inglese rimane il sistema semantico a cui riferirsi per precisare il contenuto del lessico giuridico di *common law* espresso in cinese¹³. A questo proposito, un sostanzioso apporto allo sviluppo di tale cultura giuridica può

¹⁰ Ciò significa che il cinese è solitamente impiegato durante l’escussione delle prove testimoniali mentre l’inglese, rimanendo la lingua processuale del procedimento, è impiegata per l’argomentazione giuridica.

¹¹ Si ricorda, ad esempio, la tecnica della *co-drafting*, oltre ad alcuni accorgimenti linguistici e stilistici diretti a semplificare il testo cinese e renderlo più accessibile al lettore.

¹² Tra i tanti citati si rimanda a L. WANG, K. K. SIN, *Legal Translation and Cultural Transfer: A Framework for Translating the Common Law into Chinese in Hong Kong*, in *International Journal of Semiotic Law*, 2013, pp. 883-896.

¹³ Come analizzato nel capitolo V, ciò significa che la terminologia cinese di *common law* rimane ancora vincolata alla terminologia inglese per cui il termine giuridico cinese riceve il suo significato e contenuto giuridico direttamente dal corrispondente termine inglese.

essere offerto sia dagli strumenti metalinguistici¹⁴ sia dalla formazione di una nuova generazione di giuristi linguisti in grado di lavorare efficacemente in un sistema bilingue. Questi due elementi possono, infatti, contribuire notevolmente a quel lento processo di assimilazione della cultura di *common law* all'interno della lingua cinese. Di questo processo di assimilazione, tuttavia, si possono già trovare alcune tracce visibili nel sistema: infatti, rispetto al primo periodo di attuazione del bilinguismo, negli ultimi anni si sta registrando un incremento significativo dell'uso del cinese quale lingua processuale, anche nelle corti di livello alto¹⁵. È evidente che il maggior impiego del cinese nelle corti, favorendo l'argomentazione giuridica e la formazione di un *case law* in detto idioma, è in grado altresì di creare un circolo virtuoso che contribuirà, nel lungo periodo, alla realizzazione di un *common law* capace operare indistintamente in inglese e in cinese in tutti i settori dell'ordinamento.

¹⁴ Come, ad esempio, la creazione di dizionari giuridici inglese-cinese, la traduzione in cinese di opere dottrinali rilevanti e la raccolta di casi giurisprudenziali in cinese (cfr. capitolo VI, § 2.4).

¹⁵ Per le percentuali statistiche su questo aspetto si rimanda al capitolo IV, § 2.2.1.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Halsbury's Laws of Hong Kong*, Hong Kong, 2011.

ABBIATI M., *Guida alla lingua cinese*, Roma, 2008.

AJANI G., SERAFINO A., TIMOTEO M. (a cura di), *Il diritto dell'Asia orientale*, Torino, 2007.

ANTONIOLLI A., F. FIORENTINI (a cura di), *A factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München, 2011.

BASSNETT S., LEFEVERE A., *Translation, History and Culture*, Londra, 1990.

BELVEDERE A., voce *Linguaggio giuridico (Aggiornamento)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000, pp. 555-567.

BLACK E. A., BELL G. F. (eds.), *Law and Legal Institutions of Asia - Traditions, Adaptations and Innovations*, Cambridge, 2011.

BORJA ALBI A., PRIETO RAMOS F. (eds.) *Legal Translation in Context – Professional Issues and Prospects*, Oxford et al., 2013.

CANDIAN A., GAMBARO A., POZZO B., *Property, propriété, Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992.

CAO D., *Inter-lingual Uncertainty in Bilingual and Multilingual Law*, in *Journal of Pragmatics*, 2007, pp. 69-83.

CAO D., *Translating Law*, Clevedon, Buffalo, Toronto, 2007.

CAO D., *Chinese Law: A Language Perspective*, Aldershot, 2004.

CAO D., *Finding the Elusive Equivalents in Chinese/English Legal Translation*, in *Babel*, 2002, pp. 330-341.

CAO D., *Consideration in Translating English/Chinese Contracts*, in *Meta: Translators' Journal*, 1997, pp. 661-669.

CARROL J. M., *A Concise History of Hong Kong*, Hong Kong, 2007.

CASTELLUCCI I., *Legal Hybridity in Hong Kong and Macau*, in *McGill Law Journal*, 2012, pp. 665-721.

CAVAGNOLI S., IORIATTI FERRARI E. (a cura di), *Tradurre il diritto: nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Milano, 2009.

CAVALIERI R., *La corte di ultima istanza di Hong Kong recepisce l'interpretazione ufficiale degli articoli 22 e 24 c. 2 della Legge fondamentale in materia di immigrazione fornita dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo della Repubblica Popolare Cinese*, in *Diritto pubblico comparato*, 2000, pp. 1319-1324.

CAVALIERI R., *La legge e il rito: lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999.

CHAN C. H., *Bridging the Gap between Language and Law: Translational Issues in Creating Legal Chinese in Hong Kong*, in *Babel*, 2012, pp. 127-144.

CHAN C. H., *The Use and Translation of Chinese Legal Terminology in the Property Laws of Mainland China and Hong Kong: Problems, strategies and future development*, in *Terminology*, 2011, pp. 249-273.

CHAN C. H., *Reconceptualising the Relationship between the Mainland Chinese Legal System and the Hong Kong Legal System*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 1-30.

CHAN C. H., *Translated Chinese as a Legal Language in Hong Kong Legislation*, in *Journal of Specialized Translation*, 2007, pp. 25-41.

- CHAN J., LIM C. L. (eds.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Hong Kong, 2011.
- CHAN P., HO B., *Hong Kong English-Chinese Legal Dictionary*, Hong Kong, 2005.
- CHAN S. (ed.), *Translation in Hong Kong: Past, Present and Future*, Hong Kong, 2001.
- CHEN A., *Constitutional Protection of Property Rights in Hong Kong*, 2009, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=1367587>.
- CHEN A., *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Hong Kong et. al., 2011.
- CHEN A., *Language, Law and the Case of Hong Kong*, Hong Kong, 1986.
- CHEN A., 1997: *The Language of the Law in Hong Kong*, in *Hong Kong Law Journal*, 1985, pp. 19-47.
- CHEUNG A. S.Y., *Constitutional and Legislative Provisions Governing the Use of Language in the Hong Kong SAR*, Hong Kong, 2010, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=1711662>.
- CHEUNG A. S.Y., *Towards a Bilingual Legal System – The Development of Chinese Legal Language*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 1997, pp. 315-336.
- CHEUNG F., *Bilingual Legislation for Hong Kong*, tesi di laurea non pubblicata, Ottawa, 1993.
- CHEUNG L., SIN K. K., *Terminological Equivalence in Legal Translation: A Semiotic Approach*, in *Semiotica*, 2008, pp. 35-45.
- CONTE A., *Le fonti del diritto a Hong Kong dopo il ritorno alla sovranità cinese: un paese, due sistemi giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, pp. 361-574.

- CONTI R. (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009.
- COORAY A., *Constitutional Law in Hong Kong*, Alphen aan den Rijn, 2010.
- CORNISH W., ANDERSON J S., COCKS R., LOBBAN M., POLDEN P., SMITH K. (eds.), *The Oxford History of the Laws of England: Volume XI: 1820–1914 English Legal System*, Oxford, 2010.
- CRESPI REGHIZZI G., *Cina 2003: l'osservatorio del giurista*, in *Mondo Cinese*, 2003, pp. 18 ss.
- DAM K. W., *Legal Institutions, Legal Origins, and Governance*, in *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 303*, 2006.
- DANIELS R. J., TREBILCOCK M. J., CARSON L. D., *The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 111-178.
- DOBINSON I., ROEBUCK D., *Introduction to Law in the Hong Kong SAR*, Hong Kong, 2013.
- DONALD D. C., *History's Marks on Hong Kong law: From British Colony, to Chinese SAR*, in *Working paper (Chinese University of Hong Kong. Centre for Financial Regulation and Economic Development)*, n. 5, 2011.
- ELIAS T. O., *Colonial Courts and the Doctrine of Precedent*, in *The Modern Law Review*, 1955.
- FINCH E., FAFINSKY S., *Tort law*, Harlow, 2014.
- FISHER M. J., GREENWOOD D. G., *Contract Law in Hong Kong*, Hong Kong, 2007.
- FUNG S. Y., *Interpreting the Bilingual Legislation of Hong Kong*, in *Hong Kong Law Journal*, 1997, pp. 206-228.

GALGANO F. (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato Zanichelli*, Bologna, 2006.

GAMBARO A., SACCO S., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 2008.

GAMBARO A., voce *Proprietà in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1997, pp. 502-525.

GARZONE G., SANTULLI F. (a cura di), *Il linguaggio giuridico: prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008.

GHAI Y. P., *The Intersection of Chinese Law and The Common Law in the Hong Kong Special Administrative Region: Question of Technique or Politics?*, in *Hong Kong Law Journal*, 2007, pp. 363-405.

GHAI Y. P., *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of the Chinese Sovereignty and the Basic Law*, Hong Kong, 1999.

GRAZIADEI M., *Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, pp. 337 ss.

GUNGWU W., WONG J. (eds.), *Hong Kong in China: the Challenges of Transition*, Hong Kong, 1999.

HALE S. B., OZOLINS U., STERN L. (eds.), *The Critical Link 5: Quality in Interpreting: a Shared Responsibility*, Sydney, 2007.

HARDING A. J. (ed.), *The Common Law in Singapore and Malaysia*, Singapore, 1985.

HEIKKI E.S. M., *Comparative Legal Linguistics*, Aldershot-Burlington, 2006.

HICKLING R. H., *Language, Law and Singapore*, in *Malaya Law Review*, 1975, pp. 136-148.

HKSAR GOVERNMENT, DEPARTMENT OF JUSTICE, *The Common Law and the Chinese Language*, in *Hong Kong Lawyer*, 1999, pp. 39-43.

HO A. YH., WONG B. KY., *Hong Kong Statutory Interpretation: Interpretation and General Clauses Ordinance*, Hong Kong, 2008.

HONG KONG JUDICIARY, *Replies to initial written questions raised by Finance Committee Members in examining the Estimates of Expenditure 2014-15*, 2014, disponibile al sito http://www.judiciary.gov.hk/en/other_info/fc_questions/pdf/ja_e_1415.pdf.

HORLEMANN R., *Hong Kong's Transition to Chinese Rule: The Limits of Autonomy*, Londra-New York, 2003.

HUNG M., KWAN P., *Guide to Hong Kong Law*, Hong Kong, 2001.

JACOMETTI V., voce *Lingua del diritto e linguaggi specialistici*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2013, pp. 321-332.

JORDAN A. D., *Lost in the Translation: Two Legal Cultures, the Common Law Judiciary and the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region*, in *Cornell International Law Journal*, 1997, pp. 335-379.

KIM K., *Mixed Systems In Legal Origins Analysis*, in *Southern California Law Review*, 2010, pp. 693-729.

KWAN S., *Dilemma of Conducting Civil Litigation in Chinese - Conversant Either in Chinese or the Law but Not in Both*, in *Hong Kong Law Journal*, 2011, pp. 323-334.

KUEN L. C., *Hong Kong's Colonial Legacy*, Hong Kong, 1997.

KURPASKA M., *Chinese Language(s): A Look Through the Prism of The Great Dictionary of Modern Chinese Dialects*, 2010, Berlin.

LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A., *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 2008, pp. 285-332.

LACKNER M., AMELUNG I., KURTZ J. (eds.), *New Terms for New Ideas. Western Knowledge and Lexical Change in Late Imperial China*, Leiden, 2001.

LAI A., LI A., *Through the Looking Glass: What a Reader of Hong Kong Legislation Found There*, in *The Loophole*, 2012, pp. 21-34, disponibile al sito http://www.opc.gov.au/calc/docs/Loophole/Loophole_Jan12.pdf

LAW J., MARTIN E. A. (eds.), *A Dictionary of Law*, Oxford, 2009.

LAW DRAFTING DIVISION, *How legislation is made in Hong Kong: a drafter's view of the process*, Hong Kong, 2012.

LAW DRAFTING DIVISION, *Information paper on the recent developments in the review of legislation*, Hong Kong, 2001, disponibile al sito <http://legco.gov.hk/yr00-01/english/panels/ajls/papers/b889e01.pdf>.

LAW DRAFTING DIVISION, *The Common Law and the Chinese Language*, in *Hong Kong lawyer*, 1999, pp. 39-43.

LAW DRAFTING DIVISION, *A paper discussing cases where the two language texts of an enactment are alleged to be different*, 1998, disponibile al sito <http://www.legislation.gov.hk/blis/eng/inpr.html>.

LAWRANCE A., *China since 1919: Revolution and Reform: A Sourcebook*, London, 2004.

LEGISLATIVE COUNCIL, *Panel on administration of justice and legal services - Drafting of legislation in Chinese*, 2011, disponibile al sito <http://legco.gov.hk/yr10-11/english/panels/ajls/papers/aj0523cb2-1781-2-e.pdf>.

LEGISLATIVE COUNCIL SECRETARIAT, *Informative Note – Use of Chinese in the court proceedings*, Hong Kong, 2012, disponibile al sito <http://www.legco.gov.hk/yr11-12/english/sec/library/1112in17-e.pdf>.

LEUNG P. M., *The Hong Kong Basic Law: Hybrid of Common Law and Chinese Law*, Hong Kong, 2007.

LEVERT L. A., *Bilingual and Bijural Legislative Drafting: To Be or not to Be?*, in *Statute Law Review*, 2004, pp. 151-164.

- LO P. Y., *The Hong Kong Basic Law*, Hong Kong, 2011.
- LO S. H. C., *The Hong Kong Legal System*, Singapore, 2012.
- LOW A., PORTER A., LOUIS W. (eds.), *The Oxford History of the British Empire*, Oxford, 2009.
- LUPOI M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001.
- MACDONALD R. A., *Legal Bilingualism*, in *McGill Law Journal*, 1997, pp. 119-168.
- MASINI F., *La lingua cinese e le sue recenti trasformazioni*, 2006, disponibile al sito <http://www.treccani.it/scuola/dossier/2006/cina/2.html>.
- MATTEI U., *Il modello di common law*, Torino, 2010.
- MAU S. D., *Hong Kong Legal Principles: Important Topics for Students and Professionals*, Hong Kong, 2013.
- MAU S. D., *Contract Law in Hong Kong: An introductory guide*, Hong Kong, 2010.
- MCPHERSON B. H., *The Reception of English Law Abroad*, Brisbane, 2007.
- MCPHERSON B. H., *How Equity Reached the Colonies*, in *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, 2005.
- MELLINKOFF D., *The Language of the Law*, Boston, 1963.
- MILHAUPT C. J., PISTOR K., *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development Around the World*, Chicago, 2008.
- MORIN M., *Dualisme, mixité et métissage juridique: Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël*, in *McGill Law Journal*, 2012, pp. 645- 664.

MORTARA GARAVELLI B., *Le parole e la giustizia: divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001.

MUNN C., *Anglo-China: Chinese People and British Rule in Hong Kong, 1841-1880*, Hong Kong, 2001.

NG K. H., *Is There a Chinese Common Law? An Empirical Study of the Bilingual Common-Law System of Hong Kong*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 2011, pp. 118-146.

NG K. H., *The Common Law in Two Voices: Language, Law & the Post-Colonial Predicament in Hong Kong*, Stanford, 2009.

NI S., CHENG L., SIN K. K., *Terminology Evolution and Legal Development: A Case Study of Chinese Legal Terminology*, in *Terminology*, 2010, pp. 159-180.

NORTON-KYSHE J. W., *History of the Laws and Courts of Hong Kong: from the Earliest Period to 1898*, Hong Kong, 1971.

OLIVEIRA J., CARDINAL P. (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders: Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Berlin-London, 2009.

ÖRÜCÜ E., *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 1-18.

ÖRÜCÜ E., ATTWOOLL E., COYLE S. (eds.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, 1996.

PALMER V. V., *Mixed Jurisdictions Worldwide*, Cambridge, 2012.

PALMER V. V., *Mixed Legal Systems - The Origin of the Species*, in *The Tulane European and Civil Law Forum*, 2013, pp. 103-120.

PALMER V. V., *Two Rival Theories of Mixed Legal Systems*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 1- 28.

PALMER V. V., *Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws*, in *Louisiana Law Review*, 2007, pp. 1205-1218.

PAZZAGLINI H., *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, 1991, pp. 49-66.

V. PELLATT, E. T. LIUP, *Thinking Chinese Translation: A Course in Translation Method: Chinese to English*, London-New York, 2010.

PENNISI G. A., *Translating Legal Texts: When Language Meets Law*, Torino, 2012.

POON E., *Strategies for Creating a Bilingual Legal Dictionary*, in *International Journal of Lexicography*, 2010, pp. 83-103.

POON E., *The Effectiveness of Plain Language in the Translation of Statutes and Judgments*, tesi di dottorato non pubblicata, Hong Kong, 2006.

POON E., *The Translation of Judgments*, in *Meta: Translators' Journal*, 2006, pp. 551-569.

POON E., *The Cultural Transfer in Legal Translation*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2005, pp. 307-323.

POON E., *The Pitfalls of Linguistic Equivalence: The Challenge for Legal Translation*, in *Target*, 2002, pp. 75-106.

POON E., *The Right of Abode Issue: Its Implication on Translation*, in *Meta: Translators' Journal*, 2002, pp. 211-224.

POWELL R., HASHIM A., *Language Disadvantage in Malaysian Litigation and Arbitration*, in *World Englishes*, 2011, pp. 92-105.

POZZO B. (a cura di), *Lingua e diritto: oltre l'Europa*, Milano, 2014.

POZZO B., voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2013, pp. 706-731.

- POZZO B., TIMOTEO M. (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008.
- ROEBUCK D. (ed.), *Digest of Hong Kong Contract Law*, Hong Kong, 1995.
- SACCO R., *Il diritto muto*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, pp. 689-702.
- SACCO R., voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2000, pp. 722-735.
- SACCO R., *Lingua e Diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2000, pp. 117-134.
- SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992.
- SACCO R., voce *Cina*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1988, pp. 360-365.
- SAMARANI G., SCARPARI M. (a cura di), *La Cina. Vol. III: Verso la modernità*, Torino, 2009.
- SARCEVIC S., *New Approach to Legal Translation*, The Hague-London-Boston, 1997.
- SCHMIDHAUSER J. R., *Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Post-Colonial Judicial Systems*, in *International Political Science Review*, 1992, pp. 321-334.
- SIN K. K., *The Common Law in Uncommon Chinese: Linguistic Anomalies and Cultural Shocks*, in *Journal of Translation Studies*, 1998, pp. 127-140.
- SIN K. K., ROEBUCK D., *Language Engineering for Legal Transplantation: Conceptual Problems in Creating Common Law Chinese*, in *Language & Communication*, 1996, pp. 235-254.
- SINGH A., *Business and Contract Law*, London, 2010.
- SMITS J. M. (ed.) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, 2008.

SNELL-HORNBY M., *Translation Studies: An Integrated Approach*, Amsterdam, 1988.

TETLEY W. Q.C., *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (codified and uncodified)*, in *Uniform Law Review*, 1999, pp. 877-908.

THOMAS M., *The Development of a Bilingual Legal System in Hong Kong*, in *Hong Kong Law Journal*, 1988, pp. 15-24.

TIERSMAN P. M., SOLAN L. M. (eds.) *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012.

TIMOTEO M., voce *Cina (aggiornamento)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2010, pp. 181-238.

TIMOTEO M., *Vague Notions in Chinese Contract Law: The Case of Heli*, in *European Review of Private Law*, 2010, pp. 939-951.

TSANG S., *A Modern History of Hong Kong*, Hong Kong, 2004.

VANDERLINDEN J., *Histoire de la common law*, Bruxelles, 1996.

VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale, Vol. I: testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2010.

WACKS R. (ed.), *Hong Kong, China and 1997: Essays in Legal Theory*, Hong Kong, 1993.

WAGNER A., CACCIAGUIDI-FAHY S. (eds.), *Obscurity and Clarity in the Law: Prospects and Challenges*, Aldershot, 2008.

WANG C., ZHU G., *A Tale of Two Legal Systems: The Interaction of Common Law and Civil Law in Hong Kong*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1999, pp. 917-944.

WANG L., SIN K. K., *Legal Translation and Cultural Transfer: A Framework for Translating the Common Law into Chinese in Hong Kong*, in *International Journal of Semiotic Law*, 2013, pp. 883-896.

WANG L., *Legal Transplant and Cultural Transfer: The Legal Translation in Hong Kong*, in *Across Languages and Cultures*, 2010, pp. 83-91.

WANG L., *Cultural Transfer in Legal Translation: A Case Study of the Translation of the Common Law into Chinese in Hong Kong*, tesi di dottorato non pubblicata, Hong Kong, 2008.

WATSON A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimbourg, 1974 (1993).

WESLEY-SMITH P., *An Introduction to Hong Kong Legal System*, Hong Kong, 1993.

WHITE J., *The English and Hong Kong Legal Systems*, Hong Kong, 1988.

WILKINSON M., BURTON J. (eds.) *Reform of the Civil Process in Hong Kong*, Hong Kong, 2000.

WONG D., *Securing a Bilingual Legal System for Hong Kong*, in *Asia Pacific Law Review*, 1997, pp. 63-75.

WONG H., *Adding Value with Bilingualism*, in *Hong Kong Lawyer*, 2010, disponibile al sito <http://www.hk-lawyer.org/en/article.asp?articleid=420&mid=&sid=>.

WONG H. M., *The Myth of Legal Bilingualism in Hong Kong*, in *Hong Kong Lawyer*, 1999, pp. 31-32.

WRIGHT S., KELLY-HOLMES H. (eds.), *One Country, Two Systems, Three Languages: A Survey of Changing Language Use in Hong Kong*, Clevedon et al., 1997.

YEN T., *Bi-lingual Drafting in Hong Kong*, in *The Loophole*, 2010, pp. 65-69, http://www.opc.gov.au/calc/docs/Loophole_papers/Yen_Apr2010.pdf.

YOUNG S., CULLEN R., *Electing Hong Kong's Chief Executive*, Hong Kong, 2010.

ZHAO Y., *Bilingual Legal System in Hong Kong: Explorations in the Languages of the Law*, tesi di dottorato non pubblicata, Hong Kong, 2000.

ZHAO Y., *Hong Kong: The Journey to a Bilingual Legal System*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 1997, pp. 293-313.

ZHU G., *A Tale of Two Legal Systems: The Interaction of Common Law and Civil Law in Hong Kong*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1999, pp. 917-944.

SITOGRAFIA

<http://www.censtatd.gov.hk>

<http://www.ceo.gov.hk/>

<http://www.doj.gov.hk/>

<http://www.gov.hk/>

<http://www.judiciary.gov.hk>

<http://www.juriglobe.ca>

<http://laws.justice.gc.ca>

<http://www.legco.gov.hk>

<http://www.legislation.gov.hk/blis>

<http://www.treccani.it>