

STEGER CON NOI

HANNS-ALBERT STEGER CON NOI

PIERANGELO CATALANO

SOMMARIO: I. Convergenze interdisciplinari. 1. Diritto romano. Cittadinanza e Impero. – 2. Impero romano e ‘sistema mediterraneo’. – 3. Impero romano e Rivoluzione francese. – 4. ‘*Cultura de resistencia*’ e ‘*raza cósmica*’. – II. Organizzazione latinoamericanista. – 1. Europa occidentale e orientale. Gli Istituti di Vienna e di Mosca. – 2. A proposito del *Grupo de Trabajo de Jurisprudencia de CEISAL*. – 3. Hanns-Albert Steger *Presidente Honorario Vitalicio de CEISAL*. – Curriculum vitae.

HANNS-ALBERT STEGER. Tedesco, nato in Sassonia nel 1923; servizio militare 1940-1945; massimo latinoamericanista europeo.

Riproduciamo il Curriculum vitae in lingua spagnola che Egli ci ha lasciato¹. Habilitiert in Sociologia all’Università di Münster nel 1965²; ma la sua formazione ed i conseguenti risultati scientifici si devono all’uso di molte scienze sociali, tra cui la scienza giuridica.

I. Convergenze interdisciplinari

1. Diritto romano. Cittadinanza e Impero

Fondamentale è stato l’appoggio di Hanns-Albert Steger agli studi sul Diritto romano in America Latina, in collaborazione con il ‘Gruppo di ricerca sulla diffusione del Diritto romano’. Ricordo l’iniziale ‘Incontro’ all’Università di Sassari del 14-15 gennaio 1972, i cui atti sono pubblicati in *Index 4 ‘Diritto romano e università dell’America Latina’*; ivi i contributi si intitolano: *Die Bedeutung des Römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*³ e *Universidad de Abogados y universidad futura*.

Hanns-Albert Steger deplora la «retirada» dei romanisti latinoamericani di fronte al «pragmatismo progresista de los norteamericanos»; e nella discussione, a proposito di Brasilia, afferma: «Se podría imaginar una ‘casa nacional’ dedicada específicamente a la problemática del derecho romano en sus contextos ‘global’ y ‘regional’, entrando así en juego todo el trasfondo socio-cultural que lleva consigo esta tradición jurídica y abriéndose con

¹ Vedi *infra*, 10.

² *Habilitationsvater* Helmut Schelsky: vedi H.-A. STEGER, *Bis zum bitteren Ende*, in *Sapere aude. Afranischer Bote. Zeitschrift des Vereins der Altafraner e. V.*, 1, 2006, 22 ss., partic. 25.

³ Tradotto in spagnolo da F. BETANCOURT: H.A. STEGER, *La significación del Derecho romano para la Universidad Latinoamericana en los siglos XIX y XX*, in *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, XX, 1 (junio de 1979), 99 ss.; ripubblicato in P. CATALANO, H.-A. STEGER, G. LOBRANO, *América Latina y el Derecho romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1985, 119 ss.

GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI HANNS-ALBERT STEGER *IDENTITÀ LATINOAMERICANA E RUOLO DEGLI ABOGADOS* (UNIVERSITÀ DI ROMA 'TOR VERGATA', 19 DICEMBRE 2012)

SOMMARIO: 1. L'evento. – 2. Il tema della Giornata. – 3. I lavori.

1. *L'evento*

Una *Giornata di studi in onore di Hanns-Albert Steger* è stata organizzata a Roma, il 19 dicembre 2012, dal Centro Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università di Roma 'Tor Vergata'-CNR, dal Seminario di Studi Latinoamericani dell'Università di Sassari e dall'ASSLA-Associazione di Studi Sociali Latinoamericani sul tema: *Identità latinoamericana e ruolo degli abogados*.

Con questa iniziativa gli organizzatori hanno voluto rendere omaggio a un grande studioso del XX secolo, che ha dato moltissimo alla comunità scientifica in vari ambiti delle scienze sociali, soprattutto in relazione agli studi sull'America Latina. Oltre agli innumerevoli scritti ricordiamo qui la fondazione del *CEISAL-Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina*, di cui Steger è stato Presidente per molti anni.

L'iniziativa della *Giornata di studi* è stata realizzata quando Hanns-Albert Steger era ancora tra noi, pur sofferente tanto da non poter partecipare ai lavori.

Oggetto scientifico della *Giornata* è stato un tema portante della ricerca stegeriana: il ruolo del giurista latinoamericano.

2. *Il tema della Giornata*

Le relazioni svolte hanno sottolineato l'importanza di questo tema nell'opera di Steger, centrato sul ruolo fondamentale delle università, del diritto romano e del giurista come elementi storici di uniformità del continente, specie al tempo della formazione e dei primi decenni di vita dei nuovi stati latinoamericani.

Tale ruolo fondamentale non attiene solo alla tecnica giuridica, ma anche e soprattutto alla dimensione storica, ideale, identitaria e sociale del continente; e nella conseguente centralità sociale dell'*abogado* (in spagnolo) o *bacharel* (l'equivalente brasiliano), il giurista *romanista* che impersonava quel sistema di pensiero e ne trasformava i valori in atto. I grandi romanisti latinoamericani del XIX secolo sono stati studiosi, codificatori, insegnanti, avvocati; ma anche uomini politici. Hanno avuto un ruolo essenziale nella nascita, nello sviluppo e nel governo delle società e degli stati latinoamericani durante tutto il XIX secolo e per buona parte del XX, attraversando col loro bagaglio culturale e di strumenti di governo cambiamenti economici, politici e sociali.

A cavallo tra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI il mondo è cambiato ancora; e continua a cambiare, velocemente. Elementi tendenzialmente poco mutevoli, radici profonde, elementi identitari si confrontano con novità eterodirette, di livello più o meno profondo

IL LATINOAMERICANISMO DI HANNS-ALBERT STEGER

RICCARDO CAMPA

ABSTRACT: Nel panorama culturale della seconda metà del Novecento la Germania costituisce una importante area d'interazione fra i due blocchi ideologici del mondo. La convivenza universitaria si realizza al riparo dai condizionamenti ideologici.

Dopo la seconda guerra mondiale, i rapporti fra l'Europa e l'America Latina si esplicano secondo le dottrine modernizzanti dell'industrializzazione e della partecipazione democratica. Hanns-Albert Steger, fondatore del *Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina*, inaugura una stagione interattiva fra le due sponde dell'Atlantico, sulla scorta delle nuove istanze culturali e sociali.

La disciplina più frequentata nei Paesi latinoamericani è la giurisprudenza. Il pensiero dell'indipendenza latinoamericana, dopo una fase eclettica, dovuta all'influenza europea, assume progressivamente autonomia. La Chiesa cattolica è chiamata a contribuire alla realizzazione dei programmi, che rivendichino la dignità identitaria della persona e l'equità sociale. Il nazionalismo trova riscontro (a Cuba e nel Nicaragua) nell'ideologia marxista. Il movimento ideale, al quale Steger guarda con cognizione di causa, è quello neo-illuministico.

RESUMEN: En el panorama cultural de la segunda mitad del siglo XX, Alemania constituye una importante área de interacción entre los dos bloques ideológicos del mundo. La convivencia universitaria se realiza con independencia de los condicionamientos ideológicos.

Después de la segunda guerra mundial, las relaciones entre Europa y América Latina se explican según las doctrinas modernizadoras de la industrialización y de la participación democrática. Hanns-Albert Steger, fundador del *Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina*, inaugura una estación interactiva entre las dos márgenes del Atlántico, siguiendo las nuevas exigencias culturales y sociales.

La materia más frecuentada en los Países latinoamericanos es 'jurisprudencia'. La idea de la independencia latinoamericana, después de una fase ecléctica, debida a la influencia europea, asume progresivamente autonomía. La Iglesia católica es llamada a contribuir a la realización de los programas, que reivindicuen la dignidad identitaria de la persona y la equidad social. El nacionalismo se confirma (en Cuba y en Nicaragua) en la ideología marxista. El movimiento ideal al cual Steger refiere, con conocimiento de causa, es el neo-iluminismo.

PAROLE CHIAVE: Europa, America Latina, università, giurisprudenza, indipendenza, nazionalismo, neoilluminismo, diritto romano.

Palabras clave: Europa, América Latina, universidad, 'jurisprudencia', independencia, nacionalismo, neo-iluminismo, derecho romano.

1. *Europa e America Latina*

La personalità di Hanns-Albert Steger si esplica nel panorama culturale tedesco nella seconda metà del Novecento, in quella parte del cosiddetto «secolo breve», nella quale la Germania costituisce un'area d'interazione fra i due blocchi ideologici del mondo. Nell'atmosfera surriscaldata dalla propulsione catartica, la Germania dà vita a Università dalle connotazioni innovatrici rispetto agli stilemi nobilitati ed eufemisticamente compromessi – secondo Hannah Arendt, sodale di Martin Heidegger – dell'epoca che precede e che deflagra nella seconda guerra mondiale.

Steger inizia il suo percorso accademico all'Università di Bielefeld, dove istituisce, nel 1970, un Seminario di studi latinoamericani con il proposito di rafforzare i rapporti fra l'Europa e l'America Latina, promuovendo una serie di incontri e di convegni, ai quali prendono parte intellettuali di varia propensione ideologica. E contestualmente vivifica il compendio librario che Borsig ha realizzato negli anni e che ha collocato nel Castello di Tegel, per essere poi incluso nel patrimonio bibliografico della Humboldt Universität di Berlino.

Il 5, 6 e 7 maggio 1969, François Bourricaud, Luis Mercier Vega e Steger si danno convegno alla Casa dell'America Latina di Bruxelles, per elaborare il protocollo relativo all'interazione dei programmi di studio e di ricerca delle istituzioni culturali europee e latinoamericane.

Il 16 aprile 1971, nel Castello di Rheda (Westfalia, Germania Occidentale) in una riunione alla quale prendono parte rappresentanti di 24 istituzioni di studi latinoamericani di 10 paesi europei (fra i quali Polonia e Ungheria), viene decisa la costituzione del *Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina*. Il Castello di Rheda è un luogo di incontro delle Università di Münster e di Bielefeld, nel quale si adombra la creazione di un Centro di Studi Latinoamericani con l'intervento di Gilberto Freyre di Recife e Olinda, in Brasile. La Germania propizia l'elaborazione di una «politica culturale», che affianchi la cosiddetta «politica reale». La guerra fredda e il muro di Berlino non agevolano l'interazione economica e culturale fra l'America Latina e l'Europa continentale.

Ai primi del mese di settembre del 1973, nel Castello di Windsor, nel Regno Unito, il professor Harold Blakemore, d'intesa con il professor John Lynch, entrambi dell'*Institute of Latin American Studies* dell'Università di Londra, al 31 di Tavistock Square, promuove la riunione del *CEISAL-Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina*, alla quale prendono parte studiosi dell'area latinoamericana provenienti dai paesi europei ed extraeuropei. A conclusione dei lavori, una comitiva dei partecipanti si trasferisce a Parigi, dove apprende del *golpe* di Stato, realizzato in Cile a opera di Augusto José Ramón Pinochet Ugarte e dell'*enfrentamiento* fra i sostenitori della legalità democratica e i suoi profanatori. Fra le personalità, che prendono posizione contro l'improvvida determinazione militare cilena, è Alain Touraine, in quegli anni riconosciuto esegeta dei processi istituzionali latinoamericani, delineati con efficacia esplicativa nelle pagine del glorioso giornale *Le Monde*.

Grazie all'intervento dell'Istituto Austriaco per l'America Latina di Vienna, il 1° febbraio 1980, il Ministero austriaco dell'Interno riconosce come Associazione culturale il *Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina*, con sede giuridica a Vienna.

IDENTITÀ LATINOAMERICANA E RUOLO DEGLI *ABOGADOS* SECONDO HANNS-ALBERT STEGER

IGNAZIO CASTELLUCCI

ABSTRACT: Le ricerche di Steger sul giurista come elemento centrale per lo sviluppo del sistema giuridico e come elemento identitario delle società latinoamericane. Una analisi attraverso diverse fasi storiche: centralità socio-politica degli *abogados* nelle società latinoamericane al tempo dell'indipendenza; le crescenti influenze europee e nordamericane a partire dalla fine del XIX secolo; la *retirada* del diritto romano nel XX secolo. La possibilità di una visione romanista ed ecumenica, che integri le tradizioni giuridiche iberiche e indigene.

RESUMEN: Las investigaciones de Steger sobre el jurista como elemento central en el desarrollo del sistema jurídico y como elemento de identidad de las sociedades latinoamericanas. Un análisis a través de diferentes fases históricas: centralidad socio-política de los abogados en las sociedades latinoamericanas en la época de la independencia; las crescentes influencias europea y norteamericana desde el final del siglo XIX; la retirada del Derecho romano en el siglo XX. La posibilidad de una visión romanista y ecuménica, integradora de las tradiciones jurídicas ibéricas e indígenas.

PAROLE CHIAVE: Hanns-Albert Steger; sistema giuridico latinoamericano; abogado/bacharel; identità latinoamericana; indigenismo

PALABRAS CLAVE: Hanns-Albert Steger; sistema jurídico latinoamericano; abogado/bacharel; identidad latinoamericana; indigenismo.

SOMMARIO: 1. Dall'indipendenza alle codificazioni: *“El monopolio de la acción político-social de los abogados”*. – 2. Dalla fine del XIX secolo: *“Nordomanía y Herodianismo”*. – 3. Un bilancio alla fine del XX secolo: *“La retirada del Derecho romano”*. – 4. L'indigenismo di Steger: *“Derecho romano y legitimidad a-territorial en tierras de indios”*.

1. *Dall'indipendenza alle codificazioni:* “El monopolio de la acción político-social de los abogados”

Agli studi di Hanns-Albert Steger è dovuta la comprensione del ruolo fondamentale avuto dalle università, dal diritto romano e dal giurista come elementi storici di uniformità e di identità del continente latinoamericano, specie al tempo della affrancazione dalle metropoli iberiche e della formazione e dei primi decenni di vita dei suoi nuovi stati¹.

¹ Tra gli scritti di H.-A. Steger al riguardo segnalo *Die Bedeutung des römischen Rechts für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*, in *Index*, 4, 1973, 22-34 – anche in spagnolo, in *Universidades*, 54, Méjico, 1973, e in *Latinoamérica. Anuario*, 6, Méjico, 1973; *“Universidad de Abogados” y Universidad futura*, negli *Acti del Primo incontro di studi latinoamericani* (Sassari, 14-15 e 31 gennaio 1972), in *Index*, 4, 1973, 59-89.

Una centralità rilevabile non solo per gli aspetti più propriamente attinenti alla tecnica giuridica, ma anche e soprattutto in senso storico, ideale, identitario e sociale; e nella conseguente centralità sociale dell'*abogado* (in spagnolo) o *bacharel* (l'equivalente brasiliano), il giurista *romanista* che impersonava quel sistema di pensiero – ecumenico², collegato sia in senso ideale che tecnico ai singoli ordinamenti giuridici nazionali ma distinto da essi³, secondo un modello che possiamo definire 'di diritto comune' – e ne trasformava i valori in atto.

L'ascesa sociale dell'*abogado*/*bacharel* dell'America Latina si intreccia con la più ampia vicenda della fine dell'autorità spagnola nel continente e con la nascita dei nuovi stati latinoamericani; storia a sua volta legata ai fatti politici dell'Europa sconvolta dalla vicenda napoleonica. Sono eventi che vedono la sostituzione al potere delle gerarchie ecclesiastiche amministrative e militari iberiche con quelle politico-amministrative di nuove classi dirigenti di estrazione *criolla*. Una realtà che, come Steger non manca di rilevare, produce stati latinoamericani secondo il modello napoleonico ricalcanti le antiche partizioni amministrative dell'impero spagnolo, ma che precedono di almeno qualche decennio la nascita di precise corrispondenti identità nazionali⁴.

Questi mutamenti generano dinamiche politiche complesse, tra le antiche *elites* latifondiste legate all'economia delle *haciendas* e una società nuova, nata dal commercio e dalla incipiente borghesia urbana, i cui rappresentanti vedevano nella carriera accademica e negli studi giuridici la via maestra per l'accesso al potere pubblico e all'elevazione sociale⁵.

Il ceto rurale e conservatore produrrà forme di organizzazione del potere politico basate sul potere economico e sulla forza degli *hacendados*, che non richiede necessariamente una organizzazione dello stato in senso moderno, e che genera anzi, al bisogno, fenomeni di *caudillismo* quali strumenti di tutela dei propri interessi politici – in tensione se non proprio in contrapposizione con i nuovi e relativamente deboli stati del continente⁶.

Quello della incipiente borghesia cittadina tenderà invece a idealizzare, almeno nella fase della lotta per l'indipendenza, alcuni aspetti del modello illuminista e delle strutture politiche e istituzionali legate all'idea dello stato moderno legate certamente al modello francese: il Codice di Napoleone è stato subito recepito in molti dei nuovi stati latinoamericani, e il berretto frigio è presente nello stemma di molti tra essi.

² Lo Steger rileva la sopravvivenza ai movimenti rivoluzionari di matrice illuminista – cessate le grandi *estructuras ecuménicas* medievali (l'Impero, il Papato, l'Impero spagnolo, il regno inglese) – di tre 'comunità ecumeniche'; sistemi di pensiero e di organizzazione sociale, caratterizzati non da una filosofia positivista, ma da una forte componente idealista: il sistema universitario dei paesi tedeschi, quello dei paesi anglosassoni, e quello appunto dei paesi latinoamericani: vedi H.-A. STEGER, *The European Background*, in *The Latin American University*, a cura di J. MAYER - R.W. WEATHERHEAD, University of New Mexico, 1979, 87-122 e spec. 87-90; ID., *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina*, in *Index*, 14, 1986, 59-67, spec. 59-62.

³ P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América latina*, in *Mundus novus. América. Sistema jurídico latinoamericano* – Atti del congresso internazionale di Roma, 26-29 novembre 2003, a cura di S. SCHIPANI, Roma, 2005, 19-38.

⁴ V., ad es., H.-A. STEGER, *Legitimación y poder* cit., spec. 64-65; ID., "Universidad de Abogados" y Universidad futura cit., 78.

⁵ ID., *La significación del Derecho Romano para la Universidad Latinoamericana en los siglos XIX y XX* (traduzione di F. BETANCOURT), in *Revista de la Universidad Externado del Colombia*, XX, n. 1 junio 1979, 99-112, spec. 102-103.

⁶ H.-A. STEGER, "Universidad de Abogados" y Universidad futura cit., *passim*; ID., *La significación del Derecho Romano* cit., 103.

DIRITTO ROMANO, DIRITTO CINESE
E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO CIVILE

Si pubblicano in questa sezione alcuni dei contributi presentati al V Congresso Internazionale su: «Diritto romano, diritto cinese, codificazione del diritto. Diritti e tutela: dal diritto romano al diritto cinese», svoltosi a Pechino, Università della Cina di Scienze politiche e Giurisprudenza, nei giorni 26-27 ottobre 2014.

RES PUBLICA

SUI LIBRI 21-45 DI TITO LIVIO

GIOVANNI LOBRANO

ABSTRACT: Tito Livio è lo storico-giurista dell'Impero, il quale spiega la Repubblica. La intera *Storia di Roma* è un 'manuale tecnico' per scienziati e utenti della Repubblica. I libri 21-45 sono la narrazione della conquista della Ecumene mediterranea, da parte del Popolo romano, come presa di coscienza, specialmente nei confronti dei Popoli greci, delle diversità che fanno la superiorità del proprio 'modo di formazione della volontà collettiva': democratico-repubblicano. Il confronto tra i 'modi di formazione della volontà collettiva', omologhi ma non uguali, dei Popoli greci e del Popolo romano evidenzia elementi di storia e sistema propri ed essenziali della Repubblica: democratica e imperiale. Al centro del confronto è il 'fondamentale problema' giuridico della concezione e del regime unitari della pluralità di uomini. La specifica soluzione, comune a Greci e Romani, è la concezione del Popolo come 'società dei cittadini', la quale postula e consente il regime democratico. La differenza, prima e decisiva, di concezione tra Greci e Romani è che i Popoli greci concepiscono se stessi soltanto come 'riunione o unione concreta' mentre il Popolo romano è anche 'unità' conservando la 'concretezza': *'universitas/corpus'*. A tale differenza di concezione sono connesse due differenze di regime, le quali consistono nelle differenti soluzioni dei problemi posti da altrettante esigenze del regime democratico. Queste esigenze e i problemi conseguenti sono: la esigenza della 'uguaglianza', con il problema di impedirne la 'corruzione', e la esigenza della 'piccola' dimensione della comunità cittadina, con il problema di farla convivere con la esigenza generale della grande dimensione (oggi diremmo di 'massa critica') organizzativa. La soluzione greca del problema di impedire la corruzione è la teoria della 'costituzione mista'. La soluzione romana del medesimo problema è l'*iter* e la dialettica volitivi/decisionali del Popolo (unità concreta, organizzata in maniera articolata) tra il 'comando generale' dei soci/Cittadini (attraverso la loro assemblea deliberante, il Comizio) e la esecuzione particolare del loro magistrato. In tale soluzione consiste il perfezionamento 'repubblicano' della Democrazia. La soluzione greca del problema di fare convivere la piccola dimensione della comunità cittadina e la grande dimensione organizzativa è le Leghe di Città con le loro Diete. La soluzione romana del medesimo problema è la dialettica e l'*iter* volitivi/decisionali dell'intero Popolo romano (unità concreta, organizzata in maniera articolata) tra (ciò che oggi diciamo) l' 'indirizzo politico' da parte dei Popoli delle 'Città/Municipi (attraverso le loro assemblee deliberanti, i Comizi cittadini e i Concili provinciali) e il governo da parte del Principe. In tale soluzione consiste il perfezionamento 'imperiale' della Repubblica. La parte a noi giunta della *Storia* liviana si conclude con la descrizione della applicazione di questa soluzione alla Macedonia e alla Illiria, in una sorta di anticipazione (167 a.C.) dello schema organizzativo dell'Impero durante il Principato. Il pensiero 'moderno' (di cui Thomas Hobbes è il padre giuridico più acuto) diffida ed ha paura della 'libertà' proposta dagli scrittori antichi, in particolare (come precisa Rousseau) da quelli romani. I Pandettisti se ne liberano mediante la geniale '*Erfindung*' di sovra-scrivere sul Diritto romano i contenuti essenziali dell'antagonista diritto feudale-borghese. '*Populus ist der Staat*' e '*iussus ist kein Befehl*', le parole-chiave – note e meno note – della Pandettistica, dominano la scienza e la prassi del Diritto, pubblico e privato, del '900. Il dovere del recupero della memoria delle istituzioni democratiche della *res publica* è, dunque, il nostro urgente '*Beruf*'. Per adempierlo dobbiamo ri-leggere gli scrittori antichi, in particolare quelli romani.

RESUMEN: Título Livio es el histórico-jurista del Imperio que explica la República. Toda su *Historia de Roma* es un ‘manual técnico’ para estudiosos y ‘usuarios’ de la República. Los libros 21-45 son la narración de la conquista de la Ecuémena mediterránea, por parte del Pueblo romano, como toma de conciencia, especialmente con relación a los Pueblos griegos, de las diferencias que hacen la superioridad del propio ‘modo de formación de la voluntad colectiva’: democrático-republicano. La confrontación entre los ‘modos de formación de la voluntad colectiva’, homólogos pero no iguales, de los Pueblos griegos y del Pueblo romano evidencia elementos de historia y de sistema propios y esenciales de la República: democrática e imperial. En el centro de esta confrontación encontramos el ‘fundamental problema’ jurídico de la concepción y del régimen unitario de la pluralidad de hombres. La específica solución, común a Griegos y Romanos, está representada por la concepción del Pueblo como ‘sociedad de los ciudadanos’, la cual postula y consiente el régimen democrático. La primera y decisiva diferencia de concepción entre Griegos y Romanos es que los Pueblos griegos conciben a sí mismos solo como una ‘reunión o concreta’ mientras que el Pueblo romano es también ‘unidad’ conservando su ‘calidad de concreto’: ‘*universitas/corpus*’. A esta diferencia de concepción se vinculan dos diferencias de régimen, las cuales consisten en las diferentes soluciones de los problemas presentados por dos exigencias del régimen democrático. Estas exigencias y los consiguientes problemas son la exigencia de la ‘igualdad’ con el problema de impedir la ‘corrupción’ y la exigencia de la ‘pequeña’ dimensión de la comunidad ciudadana con el problema de hacerla convivir con la exigencia general de la gran dimensión (hoy diríamos de ‘masa crítica’) organizativa. La solución griega al problema de impedir la corrupción es la teoría de la ‘constitución mixta’. La solución romana del mismo problema es el *iter* y la dialéctica volitivos/decisionales del Pueblo (unidad concreta, organizada en forma articulada) entre el ‘comando general’ de los socios/Ciudadanos (mediante la propia asamblea deliberante, el Comicio) y la ejecución particular de su magistrado. En esta solución consiste el perfeccionamiento ‘republicano’ de la Democracia. La solución griega del problema de hacer convivir la pequeña dimensión de la comunidad ciudadana y la gran dimensión organizada está representada por las Ligas de Ciudades con sus Dietas. La solución romana del mismo problema es la dialéctica y el *iter* volitivos/decisionales de todo el Pueblo romano (unidad concreta, organizada en forma articulada) entre (lo que hoy llamamos) la ‘dirección política’ por parte de las ‘Ciudades/Municipios’ (mediante sus asambleas deliberantes, los Comicios ciudadanos y los Concilios provinciales) y el gobierno por parte del Príncipe. En esta solución consiste el perfeccionamiento ‘imperial’ de la República. La parte de la *Historia* de Livio que ha llegado hasta nosotros se concluye con la descripción de la aplicación de esta solución a Macedonia y a Iliria, como una suerte de anticipación (167 a.C.) del esquema organizativo del Imperio. El pensamiento ‘moderno’ (del cual Thomas Hobbes es el padre jurídico más agudo) desconfía y teme de la ‘libertad’ propuesta por los escritores antiguos, sobre todo (como precisa Rousseau) de los romanos. Los Pandectistas se liberan mediante la genial ‘*Erfindung*’ de sobreescribir por encima del Derecho romano los contenidos esenciales del antagonista derecho feudal-burgués. ‘*Populus is der Staat*’ y ‘*iussus ist kein Befehl*’, las palabras clave –mas o menos conocidas– de la Pandectística, dominan la ciencia y la praxis del Derecho, público y privado, del siglo XX. El deber de recuperar la memoria de las instituciones democráticas de la *res publica* constituye, por ende, nuestro urgente ‘*Beruf*’ y para cumplir con ello debemos releer los escritores antiguos y, en particular, los romanos.

PAROLE CHIAVE: *Res Publica*; città; cittadini; costituzione; democrazia; federazione; governo; impero; legge; popolo.

PALABRAS CLAVE: *Res Publica*; ciudad; ciudadanos; constitución; democracia; federación; gobierno; imperio; ley; pueblo.

SOMMARIO: I. Tito Livio: lo storico-giurista dell'Impero, che spiega la Repubblica. – 1. La intera *Storia di Roma*: 'manuale tecnico' per scienziati e utenti della Repubblica. – 2. I libri 21-45: la conquista della Ecumene mediterranea, da parte del Popolo romano, come presa di coscienza, specialmente nei confronti dei Popoli greci, delle diversità e della superiorità del proprio 'modo di formazione della volontà collettiva': democratico-repubblicano. – II. Il confronto tra i 'modi di formazione della volontà collettiva', omologhi ma non uguali, dei Popoli greci e del Popolo romano: elementi di storia e sistema della Repubblica democratica e imperiale. – 1. Il 'fondamentale problema' giuridico della concezione e del regime unitari della pluralità di uomini. – A. La specifica soluzione, comune a Greci e Romani: la concezione del Popolo come 'società dei cittadini', la quale postula e consente il regime democratico. – B. La differenza, prima e decisiva, di concezione: dai Popoli greci, soltanto 'riunione o unione concreta', al Popolo romano, anche 'unità' conservando la 'concretezza': *'universitas/corpus'*. – 2. Le differenze, connesse, di regime. – A. Le due esigenze del regime democratico e i problemi conseguenti. – 1) La esigenza della 'uguaglianza' e il problema di impedirne la 'corruzione'. – 2) La esigenza della 'piccola' dimensione della comunità cittadina e il problema di farla convivere con la esigenza generale della grande dimensione organizzativa. – B. Le diverse soluzioni, greca e romana, del problema di impedire la corruzione: il perfezionamento 'repubblicano' della Democrazia. – 1) La soluzione greca: la teoria della 'costituzione mista'. – 2) La soluzione romana: l'*iter* e la dialettica volitivi/decisionali del Popolo (unità concreta, organizzata in maniera articolata) tra il 'comando generale' dei soci/Cittadini (attraverso la loro assemblea deliberante, il Comizio-Concilio) e la esecuzione particolare del loro magistrato. – C. Le diverse soluzioni, greca e romana, del problema di fare convivere la piccola dimensione della comunità cittadina e la grande dimensione organizzativa: il perfezionamento 'imperiale' della Repubblica. – 1) La soluzione greca: le Leghe di Città con le loro Diete. – 2) La soluzione romana: la dialettica e l'*iter* volitivi/decisionali dell'intero Popolo romano (unità concreta, organizzata in maniera articolata) tra l'*'indirizzo politico'* da parte dei Popoli delle 'Città/Municipi' (attraverso le loro assemblee, i Comizi cittadini e i Concili provinciali) e il governo da parte del Principe. – 3) La pre-applicazione, alla Macedonia e alla Illiria, della 'formula' romana della Repubblica imperiale. – III. La programmatica obliterazione 'odierna' della Repubblica e il bisogno e la opportunità (sempre) attuali di ricordarla. – 1. La paura moderna nei confronti della 'libertà' proposta dagli scrittori antichi, in particolare da quelli romani. – 2. La geniale '*Erfindung*' pandettistica: '*populus ist der Staat*' e '*iussus ist kein Befehl*', ovvero: sovrascrivere sul Diritto romano i contenuti essenziali dell'antagonista Diritto feudale. – 3. La sua traduzione normativa, di diritto privato e pubblico. – 4. La urgenza di ri-leggere gli scrittori antichi, in particolare quelli romani.

GARANTÍAS PERSONALES Y OBLIGACIÓN*

RICCARDO CARDILLI

RESUMEN: El derecho romano ha asignado al concepto de obligación la capacidad de desempeñar la función de garantía personal de una deuda, superando el modelo arcaico de los rehenes. La legislación romana ha tratado de modificar la rigidez del régimen del '*oportere ex sponsione*' en función de la garantía personal. Los juristas romanos han modificado este régimen mediante la interpretación de esas leyes, para determinarlo como una obligación subsidiaria a la deuda principal en términos de accesoriedad. La regla más importante parece haber sido la limitación de la *durior condicio*, limitación obligatoria para los juristas romanos, que, en caso de ser violada, habría hecho que la garantía no fuese vinculada ya a la obligación principal y, por tal motivo, inválida.

ABSTRACT: Il diritto romano ha considerato il concetto di obbligazione come capace di adempiere alla funzione di garanzia personale di un debito, superando il modello arcaico degli ostaggi. La legislazione romana ha cercato di modificare la rigidità del regime dell'*oportere ex sponsione*' in funzione della garanzia personale. I giuristi romani hanno modificato questo regime mediante la loro interpretazione delle leggi, per fissarlo come una obbligazione correlata al debito principale in termini di accessorieta'. La regola più importante sembra essere stata la limitazione della *durior condicio*, limitazione obbligatoria per i giuristi romani, che, se violata, avrebbe reso la garanzia non più legata all'obbligazione principale e per questo invalida.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano, tradición civilista, derecho de las obligaciones, garantías.

PAROLE CHIAVE: Diritto romano, tradizione civilistica, diritto delle obbligazioni, garanzie.

SUMARIO: 1. Solidaridad y garantía. – 2. La dificultad en el emerger de la función de garantía personal de un débito en la obligación de garantía. – 3. Solidaridad vs. Accesoriedad. – 4. Obligación de garantía y tipicidad: el limite inderogable de la '*durior causa*'. – 5. Conclusión.

* Una versión de neto corte romanista del presente trabajo fue publicada en *Studi in onore di Corbino*. La traducción al castellano del original en italiano estuvo a cargo de Luis Carlos Sánchez Hernández (Universidad Externado de Colombia).

1. *Solidaridad y garantía*

En el derecho romano la garantía por incumplimiento de un débito encontró satisfacción en el esquema jurídico de la “obligación”, adoptando posteriormente la calificación de “garantía personal” de la deuda¹. Las denominadas garantías personales del débito, desde el derecho romano hasta los códigos civiles modernos, han asumido numerosas formas tipificadas en diversas maneras, y han dado vida a una proliferación negocial ‘atípica’. A simple título ejemplificativo recuerdo, en el derecho romano, la promesa solemne de la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fideiussio*, el mandato de crédito, el *constitutum debiti alieni*, etc.; en el derecho italiano actual, la fianza civil, la fianza *omnibus*, el mandato de crédito, el llamado contrato autónomo de garantía, las garantías bancarias ‘a primer requerimiento’, las pólizas de garantía, etc.; en el derecho chino, por ejemplo, la fianza general y la fianza solidaria como están reguladas en la *Ley sobre garantías* de 1995, arts. 6 ss.

En la tradición romanista, la especificidad de cada una de las particulares disciplinas tipificadas, sean codificadas o surgidas en la praxis bancaria, nunca ha puesto en discusión el uso de la estructura de la obligación como efecto unitario de dichos negocios, considerándolo el esquema idóneo para representar el mínimo común denominador conceptual y para satisfacer adecuadamente la función de garantía del débito ajeno que persiguen estos negocios; colocándose como una vía alternativa a las garantías reales, las cuales satisfacen la función de garantía sometiendo los bienes del deudor a un derecho real limitado en cabeza del acreedor del débito garantizado.

También China parece mirar con favor la elección de valores que en esta materia realiza nuestra tradición jurídica. En la Ley sobre garantías de la República Popular China de 1995, de hecho, el modelo típico de garantía personal que se codificó fue el de la fianza general (保证)², definida en su art. 6 como el «Negocio [行为]³ mediante el cual el fiador y el acreedor acuerdan que el fiador, sobre la base de lo convenido, se obligue a cumplir un débito ajeno o a asumir una responsabilidad ajena, en el caso de que el deudor no cumpla la obligación propia»⁴.

¹ Para una primera referencia bibliográfica, E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907; ID., *Nachträgliches zu den Anfängen der römischen Bürgschaft*, en ZSS, 28, 1907, 398 ss.; ID., *Principal and Surety in Classical Roman Law*, en BIDR, 1948, 207 ss. = *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, 287 ss.; L. MITTEIS, *Über die Herkunft der ‘stipulatio’*, en *Festschrift Bekker*, 1907, 107 ss.; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftstipulationen*, Weimar, 1932; ID., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn, 1990, 29 ss.; G. SEGRÈ, *In materia di garanzia personali*, en BIDR, 47, 1934, 497 ss.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell’obbligazione*, Roma, 1940; G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino, 1966³, 179 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, Padova, 1962; M. TALAMANCA, *Alia causa e durior condicio come limite dell’obbligazione dell’adpromissor*, en *Studi in onore di G. Grosso*, 3, 1968, 117 ss.; ID., voz *Fideiussione (parte storica)*, en *Enc. del Diritto*, XVII, 326 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, 1992, 114 ss.; F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999, 11 ss.; V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, 111 ss.; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, München, 2009, 92 ss.; L. PARENTI, *In solidum obligari*, Napoli, 2012, 165 ss.

² *Baozheng*.

³ *Xingwei*.

⁴ Trad. libre de la versión en italiano en *Leggi tradotte della Repubblica Popolare cinese*, II, trad. di L. FORMICHELLA, A. PETRUCCI, G. TERRACINA, M. TIMOTEO, E. TOTI, Torino, 2003.

GARANTÍA MOBILIARIA *DǐYĀQUÁN* Y EL PROBLEMA DEL CONFLICTO ENTRE DERECHOS REALES DE GARANTÍA*

ENRICO GABRIELLI

RESUMEN: El estudio examina el nuevo régimen de las garantías reales en el derecho chino, con particular atención a la garantía mobiliaria *Dǐyāquán*. El mismo se ocupa, además, de comparar esta institución con la figura de la *floating charge* del *common law* y con el sistema de oponibilidad de las garantías mobiliarias en Italia.

ABSTRACT: Lo studio esamina il nuovo regime delle garanzie reali nel diritto cinese con particolare riferimento all'istituto della garanzia mobiliare *Dǐyāquán*. L'analisi si sofferma inoltre a comparare tale istituto con la figura della *floating charge* della *common law* e con il sistema della opponibilità delle garanzie mobiliari in Italia.

PALABRAS CLAVE: garantía real en el derecho chino; garantía mobiliaria; oponibilidad de las garantías; régimen de la solución de los conflictos entre garantías reales; garantía real en el derecho comparado.

PAROLE CHIAVE: garanzia reale nel diritto cinese; garanzia mobiliare; opponibilità delle garanzie; disciplina della soluzione dei conflitti tra garanzie reali; garanzie reali nel diritto comparato.

SUMARIO: 1. El nuevo modelo de garantía mobiliaria *Dǐyāquán* en el Derecho chino. – 2. Los conflictos derivados del concurso de garantías mobiliarias a favor de distintos acreedores y sobre un mismo objeto en el derecho italiano. – 3. (Sigue). Garantías sobre instrumentos financieros desmaterializados y la solución de los conflictos entre acreedores. – 4. Constitución del vínculo de garantía, derecho de prelación y reglamentación de los conflictos en la garantía mobiliaria *Dǐyāquán*.

* Versión italiana publicada en *Rivista di diritto privato*, 2015, n. 1, 7 ss. La traducción al castellano estuvo a cargo de la Dra. Giuditta Cavalletti (Universidad Nacional Autónoma de México).

1. *El nuevo modelo de garantía mobiliaria Dìyāquán en el derecho chino*

La reciente Ley china sobre derechos reales (Capítulo XVI, Sección I) ha introducido en su art. 181¹ una nueva forma de garantía mobiliaria, denominada *Dìyāquán*. Su constitución, su eficacia y su oponibilidad frente a terceros se encuentran reguladas en los sucesivos arts. 189² y 196³.

La Ley califica esta garantía como “mobiliaria”, si bien en la misma se admite que ella pueda tener por objeto – también – establecimientos industriales.

En efecto, en el art. 181 se habla expresamente de “crédito garantizado por hipoteca sobre bienes muebles”; a tal punto que, en una comparación con otros modelos, el *Dìyāquán* puede asimilarse por sus características estructurales y funcionales al *floating charge* del Derecho anglosajón, al *privilegio convenzionale* del art. 46 del Texto único de la Ley bancaria y crediticia italiana (Decreto legislativo del 1º septiembre de 1993, n. 385) y, en algunos aspectos, a la prenda sobre instrumentos financieros desmaterializados del derecho italiano⁴.

Ya he tenido oportunidad de demostrar en otro estudio en qué términos es asimilable el *Dìyāquán* con el *floating charge*⁵, señalando que las expresiones utilizadas por el legislador en algunas disposiciones de la Ley china sobre derechos reales (*v.gr.* los arts. 181 y 189) parecerían referir explícitamente a las características típicas de la garantía flotante del Derecho anglosajón; que resulta significativo que en el art. 189 – además de preverse que la garantía se constituye en el momento “en que entra en vigor el contrato de hipoteca” – se

¹ Art. 181: “[M]ediante acuerdo escrito entre las partes, las empresas, las empresas comerciales individuales, los gestores de producción agrícola, pueden constituir una hipoteca sobre establecimientos de producción, materias primas, productos semielaborados, productos terminados, en su disponibilidad presente o futura. Si el deudor no cumple con la obligación a su vencimiento, o cuando tiene lugar la situación establecida por las partes para exigir el crédito, el acreedor tiene el derecho, con prelación, a la satisfacción de su crédito garantizado por hipoteca sobre bienes muebles con referencia al momento en el que se exige el crédito”.

² Art. 189: “Cuando las empresas, las empresas comerciales individuales, los gestores de producción agrícola constituyan la hipoteca sobre bienes muebles referida en el art. 181 de la presente ley, la misma debe registrarse en la Oficina administrativa para las actividades industriales y comerciales del lugar de residencia del deudor hipotecario. La hipoteca queda constituida desde el momento que entra en vigor el contrato de hipoteca. Si la hipoteca no se registra, puede ser opuesta a los terceros de buena fe. La hipoteca constituida según lo dispuesto por el art. 181 de la presente ley no puede ser opuesta al comprador que haya pagado un precio razonable y haya recibido los bienes hipotecados, en el curso de la normal actividad de gestión [del deudor hipotecario]”.

³ Art. 196: “[P]ara las hipotecas constituidas según lo dispuesto por el art. 181 de la presente ley, los bienes hipotecados se individualizan al tener lugar las siguientes situaciones:

- 1) Al vencimiento del plazo para el cumplimiento, si el crédito no ha sido satisfecho;
- 2) [Cuando] el deudor hipotecario ha sido declarado en quiebra o ha sido cancelado [del registro];
- 3) [Cuando tengan lugar las] situaciones establecidas por las partes para tornar exigible el crédito;
- 4) Otras situaciones que constituyan un obstáculo serio para la satisfacción del crédito”.

⁴ Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por SACCO, Torino, 2004, 41 ss.; E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998.

⁵ E. GABRIELLI, *Ipoteca e garanzia fluttuante nel diritto cinese delle garanzie del credito*, en SCHIPANI-TERRACINA (cur.), *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Roma, 2009, 241 ss.; y en *Riv. dir. priv.*, 2009, 65 ss.

AUTONOMIA E INDEROGABILITÀ NELLE SUCCESSIONI *MORTIS CAUSA*: SPIGOLATURE*

ENRICO DEL PRATO

ABSTRACT: Il lavoro offre, in primo luogo, una sintesi istituzionale della fenomenologia delle successioni nel diritto italiano. Si sofferma, quindi, sulla portata del divieto dei patti successori, muovendo dalla considerazione che la locuzione non individua una “categoria” unitaria, ma definisce due classi di atti: i patti successori istitutivi e gli atti dispositivi e rinunziativi di diritti derivanti da una successione non ancora aperta. I primi assolvono alla medesima funzione del testamento, i secondi si risolvono nella disposizione di una aspettativa di mero fatto, ed in ciò è da rintracciare la ragione della loro nullità. Anche lo specifico divieto di rinunzia preventiva ai diritti dei legittimari si spiega in questa prospettiva, perché il diritto del legittimario sorge concretamente in concomitanza con la sua lesione, e cioè con l’apertura della successione.

Il divieto dei patti istitutivi induce a cogliere la portata della “causa di morte”: coi patti istitutivi si realizza una attribuzione irrevocabile ma *mortis causa*, la quale, cioè, si produce in ragione della morte. Pertanto il patto istitutivo non impedisce al disponente di cedere i diritti che ne sono oggetto per atto tra vivi: il che aiuta a comprendere la sua scarsa ragion d’essere. Dunque l’immediatezza dell’attribuzione, benché condizionata, sottrae il patto all’ambito del divieto. Un divieto, peraltro, a cui la giurisprudenza attribuisce un ambito decisamente ristretto.

Il testamento è un negozio quadro, cioè un complesso di disposizioni destinate a diventare rilevanti nel momento della morte del loro autore: in questo senso esso è atto di “ultima” volontà. Ciò spiega che la revoca del testamento è un fenomeno non assimilabile alla revoca degli atti giuridici *inter vivos*: il testamento, infatti, prima della morte, non si qualifica come atto giuridico; anche il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, che conserva efficacia sebbene contenuto in un testamento revocato, rileva solo per effetto della morte del suo autore.

Dopo un esame della struttura del testamento, se ne illustra il contenuto patrimoniale e non patrimoniale e ci si sofferma sulla diseredazione.

RESUMEN: El trabajo ofrece, en primer lugar, una síntesis institucional de la fenomenología de las sucesiones en el derecho italiano. Se detiene, luego, sobre el alcance de la prohibición de los pactos sucesorios, partiendo de la consideración de que la expresión no se refiere a una “categoria” unitaria, sino que define dos clases de actos: los pactos sucesorios institutivos y los actos dispositivos y renunciativos de derechos derivados de una sucesión todavía no abierta. Los primeros desempeñan la misma función del testamento, los segundos se consideran una disposición de una expectativa meramente fáctica, y en ello radica la razón de su nulidad. También la específica prohibición de renuncia preventiva de los derechos de los beneficiarios de la legítima se explica desde esta perspectiva, porque el derecho de los mismos surge concretamente en concomitanza con su lesión, es decir, con la apertura de la sucesión.

La prohibición de los pactos institutivos induce a comprender el alcance de la “causa de muerte”. Con los pactos institutivos se realiza una atribución irrevocable pero *mortis causa*, la

* La prevalente destinazione all’uditorio cinese spiega il tenore tendenzialmente istituzionale della trattazione.

cual, se produce en razón de la muerte. Por ello el pacto institutivo no impide al disponente ceder los derechos que constituyen objeto de actos entre vivos, lo que ayuda a comprender su escasa razón de ser. Por lo tanto la inmediatez de la atribución, aunque condicionada, excluye el pacto del ámbito de la prohibición. Una prohibición, por su parte, a la que la jurisprudencia atribuye un ámbito decididamente restringido.

El testamento es un negocio marco, es decir un complejo de disposiciones destinadas a tornarse relevantes en el momento de la muerte de su autor, y es en este sentido en el que el mismo es un acto de “última” voluntad. Ello explica que la revocación del testamento constituya un fenómeno que no se puede asimilar a la revocación de los actos jurídicos *inter vivos*. En efecto, el testamento, antes de la muerte, no es calificado como acto jurídico; así como también el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio, que conserva eficacia aunque esté contenido en un testamento revocado, adquiere relevancia solo por efecto de la muerte de su autor.

Luego del examen de la estructura del testamento, se ilustra el contenido patrimonial y no patrimonial del mismo y se detiene sobre la desheredación.

PAROLE CHIAVE: Successioni a causa di morte; patti successori; testamento; disposizioni testamentarie.

PALABRAS CLAVE: Sucesiones por causa de muerte; pactos sucesorios; testamento; disposiciones testamentarias.

SOMMARIO: 1. Il perché della successione a causa di morte e le sue modalità. – 2. Le disposizioni a causa di morte. Il divieto di patti e atti tra vivi con funzione successoria. – 3. Alcuni profili del testamento. – 4. Le disposizioni testamentarie a carattere patrimoniale.

1. *Il perché della successione a causa di morte e le sue modalità*

Il fenomeno successorio a causa di morte è un fatto inevitabile perché ciascun soggetto è titolare di un patrimonio: la morte determina l'esigenza di imputare i rapporti. I diritti non possono rimanere senza un titolare: i rapporti giuridici facenti capo a una persona defunta devono essere attribuiti a qualcuno; non è ipotizzabile una situazione di *vacatio*, ovvero di patrimonio senza titolare¹.

Può esservi tra la morte e l'accettazione dei chiamati all'eredità, che di conseguenza diventano eredi, un lungo lasso di tempo (fenomeno della cd. eredità giacente, artt. 528-532 c.c.²). Ma l'accettazione dell'eredità produce effetto sin dal momento dell'apertura della successione, che coincide con quello della morte (art. 456 c.c.). Essa è retroattiva (art. 459 c.c.); conseguentemente, per effetto dell'accettazione, non c'è una cesura temporale tra la morte e l'acquisto dell'eredità da parte del chiamato.

¹ V., tra i contributi recenti, per una panoramica G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2014⁷, 5 ss.

² Per i profili concreti del tema v., nella dottrina più recente, T. MONTECCHIARI, *L'eredità giacente*, in *Le successioni*, opera diretta da E. DEL PRATO, Bologna, 2012, 17 ss.; il fenomeno è alla base della nota di riflessione di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, ora in *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna, 1978, 115 ss.

IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA NELLA COSTRUZIONE DEL SISTEMA E NELLA FORMAZIONE DEL GIURISTA*

JUAN CARLOS HENAO

ABSTRACT: L'adozione dei principi della tradizione romana nel diritto cinese ha facilitato un ponte di comunicazione fra Cina e America Latina. La legge cinese sui Principi Generali del Diritto civile rappresenta un primo passo in un processo che ha continuato a consolidarsi con l'emanazione della legge sui contratti. Attraverso l'analisi dei principi romani che emergono dalla legge cinese sui contratti e l'individuazione del rinvio ad essi nella giurisprudenza colombiana, l'A. sottolinea la presenza di un linguaggio giuridico comune, quale fattore determinante nelle relazioni commerciali tra Cina e America Latina e nello sviluppo di esse in particolare con la Colombia.

RESUMEN: La adopción de los principios de la tradición romana en el derecho chino ha facilitado un puente de comunicación entre China y América Latina. La ley china sobre los Principios generales del derecho civil representa un primer paso en un proceso que ha seguido consolidándose con la sanción de la ley sobre los contratos. Mediante el análisis de los principios romanos que emergen de la ley china sobre los contratos y la individualización del reenvío a los mismos por parte de la jurisprudencia colombiana, el Autor señala la presencia de un lenguaje jurídico común, como factor determinante en las relaciones comerciales entre China y América Latina y, en particular, el desarrollo de las mismas con Colombia.

PAROLE CHIAVE: Diritto romano comune; interpretazione del diritto; principi generali del diritto; Corte costituzionale; Cina.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano común; interpretación del derecho; principios generales del derecho; Corte constitucional; China.

SOMMARIO: I. Il diritto romano costituisce patrimonio comune dell'umanità. – II. La diffusione del diritto romano si è consolidata per mezzo dell'applicazione dei suoi *principia iuris*, in quanto questi possiedono un carattere di universalità. – III. L'adozione dei principi della tradizione romana nel diritto cinese ha costruito un ponte di comunicazione fra Cina e America Latina. – IV. L'interpretazione del diritto, realizzata dai giudici a partire dai principi su cui si fonda il diritto romano, rende possibile la flessibilità del sistema codificato, che da quello stesso diritto deriva. – V. I giudici imprimono dinamismo al diritto attraverso l'interpretazione dei principi che conformano il sistema giuridico. – 1. Ruolo della giurisprudenza nella costruzione permanente del sistema giuridico. – 2. La coerenza e armonia del sistema colombiano sono rese possibili dall'interpretazione per mezzo dei principi. – 3. La giurisprudenza è una delle fonti giuri-

* L'Autore desidera ringraziare Martha Lucía Neme, Catalina Salgado e Carlos López, professori dell'Universidad Externado de Colombia, per la loro preziosa collaborazione nella elaborazione di questo scritto; ringrazia inoltre la professoressa Mariateresa Cellurale per la traduzione in italiano.

diche maggiormente dinamiche, in quanto attenta alla realtà sociale. – 4. L'interpretazione autoritativa dei testi legali e della Costituzione, realizzata dalla Corte Costituzionale colombiana, consegue la coesione dell'ordinamento giuridico. – 5. L'interpretazione autoritativa dei testi legali e della Costituzione, realizzata dalla Corte Costituzionale colombiana, consegue la coesione dell'ordinamento giuridico. – 6 Prospettive per il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del sistema giuridico in Cina. – VI. La centralità dei principi in diritto romano, e il metodo di ragionamento utilizzato dai giuristi antichi, indicano una direzione per gli studi universitari: la formazione di un giurista partecipe della costruzione del sistema giuridico. – 1. La centralità dei principi in diritto romano, e il metodo di ragionamento utilizzato dai giuristi antichi, indicano una direzione per gli studi universitari: la formazione di un giurista partecipe della costruzione del sistema giuridico.

I. *Il diritto romano costituisce patrimonio comune dell'umanità*

Già Cicerone riconosceva l'esistenza di una grande società, che univa tra di loro tutti gli uomini; tale nozione permetteva la comprensione delle relazioni umane in una prospettiva che trascende l'ambito della *natio*¹ e della *civitas* di appartenenza, considerando che in quelle relazioni sono vigenti «molti diritti comuni»².

Il carattere comune di questi diritti promana dall'universalità dei principi, sui quali si fonda la tradizione giuridica romana, e, in particolare, dalla centralità della *humanitas*, che li rende «validi per tutti gli uomini, in tutti i luoghi»³; come ci ricorda un passo di Ermogeniano, contenuto nel Digesto dell'imperatore Giustiniano, «tutto il diritto è stato costituito per gli uomini»⁴.

In questa vibrante comunicazione tra culture, risulta evidente come il diritto romano sia «patrimonio comune dell'umanità», e, come tale, operi in funzione di vaso comunicante di esperienze tra i nostri rispettivi popoli. Lo dimostra la trasfusione del diritto romano, in America Latina, dove agì attraverso le diverse codificazioni giunte dal Vecchio Mondo, e nel caso della Cina, dove opera nel presente come scelta attentamente ponderata. Ne danno conto i lavori di Xu-Guodong⁵, Jiang Ping⁶, Mi Jian⁷, Yang Zhenshan⁸, Huang Feng⁹, Ding Mei¹⁰, Li Ch'ing T'an¹¹, fra altri giuristi cinesi, grazie ai quali noi giuristi latinoame-

¹ Intesa come 'nascita', 'origine', 'stirpe'.

² CICERONE, *de officiis* 3, 29, 108: *adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia*.

³ S. SCHIPANI, *Trenta anni di dialogo con i giuristi latinoamericani*, in questa rivista 21/2006, 299 s.

⁴ D. 1,5,2, Ermogeniano, *nel libro primo delle Epitomi di diritto*: «Essendo stato tutto il diritto costituito per gli uomini, tratteremo dapprima dello stato delle persone e, dopo, degli altri temi, seguendo l'ordine dell'edito perpetuo e congiungendoli in titoli pertinenti e connessi, come lo permette la materia» (Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I, 1-4, a cura di S. SCHIPANI con la collaborazione di L. LANTELLA, Milano, 2005, 99).

⁵ XU GUODONG, *L'insegnamento del Diritto romano nelle università della Cina*, in *Diritto@Storia*, 1 (2002), *Memorie* [<http://www.dirittoestoria.it/memorie/Testi%20delle%20Comunicazioni%20GXU%20GUODONG.htm>]. Dello stesso Autore, vedi *Il diritto romano come ponte tra diritto cinese e diritto latinoamericano*, in *Diritto Cinese e Sistema Giuridico Romanistico. Contributi*, Torino, 2005, 119-127; ID., *Le fonti del diritto civile nel sistema cinese*, in *Diritto@Storia*, 4 (2005). *Contributi* [<http://www.dirittoestoria.it/4/Contributi%20Xu-Guodong-Fonti-del-diritto-civile-Cina.htm>].

⁶ JIANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Diritto Cinese e Sistema Giuridico Romanistico* cit., 3-11. Del medesimo Autore, si veda *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina, e Lo sviluppo della elaborazione del codice civile cinese e le principali controversie di dottrina in merito. Breve nota informativa*, *ibidem*, 49-56 e 113-118, rispettivamente.

⁷ MI JIAN, *Diritto cinese e diritto romano*, in *Diritto Cinese e Sistema Giuridico Romanistico* cit., 13-27; ID., *L'ordinamento giuridico di Macao: i suoi legami con la tradizione romanistica e con gli ordinamenti del continente (RPC) e di Taiwan*, *ibidem*, 81-91.

⁸ YANG ZHENSHAN, *La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporaneo*, in *Diritto Cinese e Sistema Giuridico Romanistico* cit., 30-43.

⁹ HUANG FENG, *Un incontro storico tra due grandi tradizioni di cultura giuridica*, in *Diritto Cinese e Sistema Giuridico Romanistico* cit., 45-48.

¹⁰ DING MEI, *Introduzione al diritto cinese contemporaneo*, in *Diritto Cinese e Sistema Giuridico Romanistico* cit., 101-112.

¹¹ HSIEH MING KUAN, WANG WEN CHIEH, LI CH'ING T'AN, *I rapporti tra il diritto civile di Taiwan e il diritto romano*, in *Diritto Cinese e Sistema Giuridico Romanistico* cit., 94-97.

CHANG'AN E ROMA

«CHANG'AN E ROMA: L'INCONTRO DELLE DUE CULTURE». LIQIAN - XI'AN 2013. RISULTATI OPERATIVI

SOMMARIO: 1. Cina e Roma (secondo una prospettiva di Giorgio La Pira). – 2. Liqian/Lijian: città dei legionari. – 3. Xi'an: antica capitale della Cina. – 4. Devozioni agli antenati. – 5. Pubblicazioni ed altri Seminari.

1. *Cina e Roma (secondo una prospettiva di Giorgio La Pira)*

Nel gennaio 1975 Giorgio La Pira professore di diritto romano, già costituente della Repubblica Italiana nonché Sindaco di Firenze, ha scritto: «... quando c'è l'unità e la pace in occidente, sotto Augusto, anche nell'altra parte del mondo esiste l'unità e la pace: in Asia c'è l'impero cinese. Non è solo coincidenza; è un fatto posto per la nostra riflessione: Cristo nasce quando tutto il mondo è in pace»¹.

Questo primo Seminario «Chang'an e Roma» è iniziato nei luoghi in cui legionari romani fondarono una città, nel I secolo a.C.; e si è concluso nell'antica capitale dell'Impero cinese: Xi'an «il punto più orientale della Via della Seta».

A Xi'an è stata sottolineata la convergenza dell'Impero cinese con l'Impero russo (degli Czar, dei quali progenitore è Augusto, secondo la genealogia ufficiale) e si è studiato il *foedus aeternum* del 1689 (Trattato di Nerčinsk, redatto in latino, oltre che in russo e manciù).

2. *Liqian/Lijian: città dei legionari*

Il giorno 29 ottobre 2013, presso il Centro culturale della Città di Jinchang (città di livello di Prefettura) nella Provincia del Gansu si è tenuta la prima riunione del Seminario internazionale *Chang'an e Roma: l'incontro delle due culture. Diffusione e sviluppo del sistema del Diritto Romano e Diritto Cinese*, organizzato dall'Università di Scienze Politiche e Giurisprudenza del Nord-Ovest (Xi'an), dall'Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Pechino), dall'Unità di ricerca "Giorgio La Pira" del Consiglio Nazionale delle Ricerche - 'Sapienza' Università di Roma e dall'Università di Roma 'Tor Vergata'. Le lingue ufficiali sono state il cinese e l'italiano.

La ragione per cui si è scelta Jinchang quale sede della prima riunione è che in una parte del territorio dell'attuale città sorse Liqian/Lijian (骊鞞), la città fondata da legionari

¹ G. LA PIRA, *La nostra partecipazione all'Anno Santo*, in G. LA PIRA, *Il sentiero di Isaia* [raccolta postuma], Cultura Editrice, II^a ed., Firenze 1979, I^a ed. 1978, 625.

romani². Liqian assume dunque un valore simbolico con riferimento ad una comunicazione instauratasi, già nel I sec. a.C., tra Roma e Cina³.

In apertura, con la presidenza di Qiang Li, Preside della Facoltà di Diritto dell'Economia dell'Università del Nord Ovest di Scienze Politiche e Giurisprudenza (Xi'an), hanno pronunciato parole di saluto le Autorità cittadine, tra cui: Meng Youzhu, Vice Sindaco della città di Jinchang; Zhao Yongrui, Vice Presidente dell'Assemblea legislativa; Wang Guangwei, Vice Presidente del Comitato del Partito e Xi Chuxi, Presidente della Procura del Popolo⁴. Tutti hanno lodato l'iniziativa auspicando l'intensificarsi di futuri rapporti di collaborazione tra Italia e Cina.

A nome della parte italiana hanno pronunciato parole di saluto Paolo Maddalena, Vice Presidente emerito della Corte Costituzionale italiana e Riccardo Cardilli, che ha ricordato come l'Università di Roma 'Tor Vergata' costituisca un centro per la formazione dei giovani giuristi cinesi.

I lavori hanno avuto il loro momento iniziale nella relazione di Pierangelo Catalano, Responsabile dell'Unità di Ricerca 'G. La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche - 'Sapienza' Università di Roma, «Popolo e legioni: tutto e parti di una costituzione popolare (a proposito della convergenza di Romani e Cinesi a Liqian)» [v. *infra*, in questo stesso volume, 157 ss.]. È stata data lettura della relazione di Ulrich Manthe (Università di Passau) dal titolo «Ci fu un insediamento romano a Lijian, provincia del Gansu?». Ha quindi preso la parola Xu Guodong (Direttore dell'Istituto di Diritto romano dell'Università di Xiamen) su «Problemi di diritto costituzionale ed internazionale nel primo contatto documentato tra Roma e la Cina».

Fondamentale è stato l'apporto dato, anche alle discussioni, dagli studiosi appartenenti al Centro di ricerca su Liqian di Yongchang Distretto della Città di Jinchang: in particolare Wang Mengxian e Song Guorong, i quali tradizionalmente approfondiscono lo studio della storia e della cultura di Liqian, raggiungendo rilevanti risultati⁵.

Al Seminario è stata data grande attenzione e diffusione da giornali e televisioni cinesi⁶.

² Vedi il volume *The Roman Legions that vanished. Echoes through the Millennia of History*, China Intercontinental Press, Pechino 2007. Cfr. H. H. DUBS, *A military contact between Chinese and Romans in 36 B.C.*, in T'Oung Pao. *Archives concernant l'histoire, les langues, la géographie, l'ethnographie et les arts de l'Asie Orientale*, vol. XXXVI, E.J. Brill, Leiden, 1942 (Kraus reprint, Nelden/Liechtenstein 1975), 64 ss.; M. BUSSAGLI, *Asia centrale e mondo dei nomadi*, in M. BUSSAGLI, L. PETECH, N. MUCCIOLI, *Asia centrale e Giappone*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1970, 65 ss., partic. 73; R. ADINOLFI, *I rapporti tra l'Impero romano e la Cina antica*, Massimo, Napoli 1977, 1 ss. (vedi U. MANTHE, in *Gnomon* 13, 1981, 291-293); R. ADINOLFI, *Soldati di Crasso in Cina e mercanti campani in Mongolia India e Ceylon*, in *Bollettino Flegreo*, terza serie, 8, Napoli, 1999.

³ Alcuni studiosi cinesi sottolineano come le persone di Liqian possano essere considerate dei «fossili viventi» dell'integrazione culturale tra Oriente ed Occidente», il che mostra la forte natura inclusiva della cultura di Liqian; cfr. LIU JIHUA, *Liqian Wenhua Neihan Chuyi*, in *Sichou zhi Lu*, 24/2013, 22.

⁴ <<http://cif.mofcom.gov.cn/site/html/jinchang/html/1522688/2013/10/31/1383182601180.html>>.

⁵ Si consideri, ad esempio, la 'messa a punto' che questi hanno dato alle conclusioni cui lo storico Liu Guanghua è pervenuto dalla lettura di alcune iscrizioni su listarelle di legno di età Han (*Han jian*). Per una sintesi del dibattito sull'argomento si veda quanto riportato in *Xin Xibu*, 7/2005, 37-38.

⁶ Vedi <<http://gxtv.cntv.cn/2013/11/19/ART11384830366797225.shtml>>; <<http://cif.mofcom.gov.cn/site/html/jinchang/html/1522688/2013/10/31/1383182601180.html>>; <http://www.jjfy.com/News_View.asp?NewsID=1062>;

POPOLO E LEGIONI:
TUTTO E PARTI DI UNA COSTITUZIONE POPOLARE
(A PROPOSITO DELLA CONVERGENZA
DI ROMANI E CINESI A LIQIAN)

PIERANGELO CATALANO

«... quando c'è l'unità e la pace in occidente, sotto Augusto, anche nell'altra parte del mondo esiste l'unità e la pace: in Asia c'è l'impero cinese. Non è solo coincidenza; è un fatto posto per la nostra riflessione: *Cristo nasce quando tutto il mondo è in pace*»

GIORGIO LA PIRA
Firenze 1975

ABSTRACT: *Pax Augusta* e Impero cinese secondo Giorgio La Pira: «Cristo nasce quando tutto il mondo è in pace». L'Imperatore Augusto è il 'progenitore' degli Imperatori di Russia. Un esercito del Popolo romano fu sconfitto dal Re dei Parti (53 a.C.); legionari romani fondarono in Cina la città di Liqian (36 a.C.). Funzioni politiche e militari dei *comitia*. Concezione del *populus* come insieme di individui associati dal 'consenso giuridico' e dalla 'comunione di utilità'. 'Tutto' e 'parti': popolo e legioni, popolo e plebe, popolo e senato. L'esercito espressione del popolo in età imperiale. Il diritto del popolo alla resistenza si mantiene durante tutto l'Impero romano d'Oriente. L'identificazione della *civitas (polis)* con il popolo sta alla base del rifiuto dell'ultimo Imperatore d'Oriente, Costantino XI Paleologo, di consegnare la città al Sultano Maometto II il Conquistatore (1453).

RESUMEN: *Pax Augusta* e Imperio chino según Giorgio La Pira: «Cristo nace cuando todo el mundo está en paz». El Emperador Augusto es el 'progenitor' de los Emperadores de Rusia. Un ejército del Pueblo romano fue derrotado por el Rey de los Partos (53 a.C.); legionarios romanos fundaron en China la ciudad de Liqian (36 a.C.). Funciones políticas y militares de los *comitia*. Concepción del *populus* como conjunto de individuos asociados por el 'consenso jurídico' y por la 'comunidad de utilidad'. 'Todo' y 'parte': pueblo y legiones, pueblo y plebe, pueblo y senado. El ejército expresión del pueblo en edad imperial. El derecho del pueblo a la resistencia se mantiene durante todo el Imperio romano de Oriente. La identificación de la *civitas (polis)* con el pueblo constituye el fundamento del rechazo del último Emperador de Oriente, Constantino XI Paleólogo, de entregar la ciudad al Sultan Mohamed II el Conquistador (1453).

PAROLE CHIAVE: Augusto; Impero cinese; Liqian; popolo; esercito; Giorgio La Pira.

PALABRAS CLAVE: Augusto; Imperio chino; Liqian; pueblo; ejército; Giorgio La Pira.

SOMMARIO: I. Introduzione. – 1. Impero romano e Impero cinese secondo il professor Giorgio La Pira. – 2. L'Imperatore Augusto è il 'progenitore' degli Imperatori di Russia. – 3. Sconfitta dell'esercito del Popolo romano ad opera del Re dei Parti (53 a.C.); legionari romani a Liqian (36 a.C.). – II. Funzioni politiche e militari dei *comitia*. – III. 'Tutto' e 'parti': popolo e legioni, plebe, senato. – 1. *Populus legionesque, populus plebesque*. – 2. *Populus senatusque e senatus populusque*. – IV. Emergere del potere politico dei militari al di fuori dei *comitia*. L'esercito espressione del popolo in età imperiale. – V. Concezione del *populus* come insieme di individui (*multitudo*) associati dal 'consenso giuridico' (*iuris consensus*) e dalla 'comunione di utilità' (*utilitatis communio*): Cicerone. Analogia di *populus e legio*: Pomponio. – VI. Carattere originariamente repubblicano e militare del titolo di *imperator* e definizione dell'impero come 'autocrazia temperata dal diritto permanente alla rivoluzione' (Th. Mommsen). – VII. Riferimenti bibliografici.

I. Introduzione

1. Impero romano e Impero cinese secondo il professor Giorgio La Pira

Il professore di diritto romano Giorgio La Pira, costituente della Repubblica italiana e Sindaco di Firenze, ha individuato il parallelismo tra l'Impero romano e l'Impero cinese, per la pace, nell'età di Augusto. Così Egli scrisse nel 1975: «... quando c'è l'unità e la pace in occidente, sotto Augusto, anche nell'altra parte del mondo esiste l'unità e la pace: in Asia c'è l'impero cinese. Non è solo coincidenza; è un fatto posto per la nostra riflessione: Cristo nasce quando tutto il mondo è in pace».

Nel 1959 Giorgio La Pira aveva compiuto un importante 'pellegrinaggio' a Mosca, iniziando da Fatima. Egli si adoperò fortemente per la pace in Vietnam (passando per Mosca e Pechino nel 1965), in Algeria, in Egitto e Palestina e nel mondo. Attualmente è in corso la causa di Beatificazione del Servo di Dio Giorgio La Pira presso i competenti organi della Santa Sede.

2. L'Imperatore Augusto è il 'progenitore' degli Imperatori di Russia

Augusto è stato ufficialmente considerato, a partire dal XVI secolo, 'progenitore' degli Imperatori di Russia.

Dopo il matrimonio (per procura a Roma, in San Pietro, nel 1472) del Granprincipe di Mosca Ivan III con Zoe Paleologo, erede dell'ultimo Imperatore romano d'Oriente (Costantinopoli), si è sviluppata la teoria giuridico-religiosa della Terza Roma. Questa teoria, successivamente al conferimento, da parte del Patriarca ecumenico di Costantinopoli, allo Zar Ivan IV del titolo di "Imperatore dei cristiani ortodossi di tutto l'universo" (1561), troverà formulazione definitiva nella *Carta costitutiva* del Patriarcato di Mosca (1589).

La leggenda genealogica secondo cui la dinastia dei Rjurikidi discendeva da un consanguineo di Augusto venne usata da Ivan IV in maniera ufficiale e poi dalla diplomazia russa. Questo avvenne anche nel confronto con la concezione dell'Impero cinese, nel XVII secolo. Il Trattato di Nerčinsk (del 1689), redatto in latino, manciù e russo, stabilì un *aeternum foedus* tra i due Imperi (art. 5 della redazione ufficiale latina).

FONDAMENTI ROMANI (BIZANTINI) DELL'IMPERO RUSSO ED *AETERNUM FOEDUS* CON L'IMPERO CINESE (1689)

TATIANA ALEXEEVA

ABSTRACT: I concetti di czar e *carstvo* all'inizio del XVI secolo. La teoria della Terza Roma. L'incoronazione di Ivan il Terribile e il riconoscimento da parte del Patriarca ecumenico di Costantinopoli. La teoria della 'sinfonia' di sacerdozio e impero da Costantinopoli a Mosca. Lo czar della Terza Roma nel XVII secolo. L'unione (*aeternum foedus*) russo-cinese del trattato di Nerčinsk (1689).

RESUMEN: El artículo trata sobre los conceptos de zar y *carstvo* a principios del siglo XVI, la teoría de la "Tercera Roma", la coronación de Ivan el Terrible y el reconocimiento por parte del Patriarca ecuménico de Constantinopla; así como también sobre la teoría de la 'sinfonia' de sacerdocio e imperio de Constantinopla a Moscú, el zar de la "Tercera Roma" en el siglo XVII y la unión (*aeternum foedus*) ruso-china del tratado de Nerčinsk (1689).

PAROLE CHIAVE: Czar; Terza Roma; sacerdozio e impero; *aeternum foedus* russo-cinese.

PALABRAS CLAVE: Zar; Tercera Roma; sacerdocio e imperio; *aeternum foedus* ruso-chino.

SOMMARIO: 1. Il concetto di czar. – 2. La concezione di *car'* e *carstvo* all'inizio del XVI secolo. La Terza Roma. – 3. L'incoronazione di Ivan il Terribile. – 4. La teoria della 'sinfonia' di sacerdozio e impero da Costantinopoli a Mosca. – 5. Lo czar della Terza Roma nel XVII secolo. – 6. L'unione (*aeternum foedus*) russo-cinese. – Nota bibliografica.

1. *Il concetto di czar*

Nei moderni dizionari ed enciclopedie *carstvo* viene definito come paese (Stato) guidato dallo czar; come territorio che si trova sotto la guida dello czar. In questo modo '*carstvo*' viene identificato con '*gosudarstvo*' (Stato). Ma, a ben vedere, la 'guida da parte dello czar' mette in rilievo profonde differenze tra questi due concetti.

La parola czar (*car'*), derivata dal latino *Caesar*, veniva usata dagli Slavi per indicare gli imperatori romani. È significativo che il nome slavo di Costantinopoli sia *Car'grad* ('Città dello czar').

Il titolo di *car'* fu usato saltuariamente dai governanti della Rus' a partire dall'XI secolo; in modo sistematico dal tempo di Ivan III, essenzialmente nei rapporti diplomatici. Le ragioni dell'uso di questo termine sono complesse.

Nel 1472 Zoe Paleologo (Sofia), nipote dell'ultimo Imperatore romano d'Oriente, divenne moglie di Ivan III Vasilievič il Grande (Granprincipe di Mosca dal 1462 al 1505), sotto il quale il paese si liberò definitivamente dal giogo dei khan dell'Orda (dei Tartari).

Circa vent'anni prima, nel 1453, «era accaduto un fatto grandioso per le persone del Medioevo (soprattutto ortodosse): la presa di Costantinopoli da parte dei Turchi». Il ricercatore A.A. Gorskij ha notato differenze tra la situazione politica, che si era venuta a creare dopo questo avvenimento, e quella successiva alla presa di Costantinopoli da parte dei crociati (1204). Dopo il 1204 sorsero 'imperi' e «stati ortodossi indipendenti (Bulgaria e Serbia) ed esisteva una serie di grandi principati russi». Dopo il 1453 l'unico stato ortodosso forte era il Gran Principato di Mosca. Questo aveva «tutte le ragioni per ereditare il posto di Bisanzio nel mondo, cioè per diventare 'carstvo'». Ma lo 'czar' doveva essere un governante sovrano; per tanto si doveva mettere fine alla sua sottomissione al khan-*car'* (così lo chiamavano nella Rus') dei Tartari. Nel 1472 e nel 1480 (sull'Ugra) ebbero luogo le due ultime e sfortunate campagne del khan della Grande Orda ai confini del Gran Principato di Mosca. Dopo di ciò l'Orda non rivendicò più il potere su Mosca. Non ci fu più lo 'czar' dell'Orda.

Proprio in quel tempo si concluse il matrimonio di Ivan III con Zoe Paleologo. Sofia esercitò una grande influenza sul marito e sulla politica da lui condotta. Ella introdusse nella vita di corte russa tradizioni dello *carstvo* romano, che si basava sulla 'sinfonia' di due poteri, quello statale e quello ecclesiastico. Con Sofia Mosca ottenne il diritto di ritenersi successore spirituale di Costantinopoli. La corte del Gran Principato di Mosca ereditò molto dall'etichetta della corte imperiale. Il simbolo dell'impero dei Romani d'Oriente, l'aquila bicipite, divenne il simbolo dello *carstvo* russo.

Il concetto di *car'* è ben distinto da quello di *korol'* (re) oltre che da quello di *knjaz'* (principe).

2. La concezione di *car'* e *carstvo* all'inizio del XVI secolo. La Terza Roma

Il concetto di potere dello czar fu elaborato da Iosif Volockij (1439-1518), igumeno del monastero di Volokolamsk. Il potere ha un'origine divina, mentre il suo portatore è un uomo, che può anche commettere errori e rovinare non solo se stesso, ma anche il popolo. Pertanto il popolo non deve ubbidire sempre. Se lo czar manifesta «furbizia e menzogna, orgoglio e rabbia», è lecito «opporgli resistenza», in quanto czar malvagio, che non ha cura dei sudditi «non czar, ma vessatore». Lo czar non deve dimenticare che al di sopra di lui c'è la Chiesa. Sebbene ritenesse che lo czar fosse simile a tutti gli altri uomini, Iosif si concentrava sul fatto che lo czar fosse scelto da Dio. Lo czar, così come i suoi sudditi, deve rispettare i limiti imposti dai comandamenti divini e dalle leggi.

Ivan III iniziò ad orientarsi sull'unione con la Chiesa.

Nel XVI secolo ebbe grande risonanza la teoria 'Mosca Terza Roma' del monaco di Pskov Filofej. Questi aveva formulato la teoria nelle lettere al governatore di Pskov e ai gran principi Ivan III e Vasilij III. Non posso soffermarmi sui molti aspetti della teoria; evidenzierò solo che in essa si presta attenzione all'essenza del potere supremo, che ha le caratteristiche della sacralità: in questo modo è giustificato il suo ruolo e la sua importanza per il popolo.

TRADUZIONI DI OPERE
GIURIDICHE IN CINESE

L'INTRODUZIONE DEL DIRITTO ROMANO IN CINA: EVOLUZIONE STORICA E RECENTI SVILUPPI RELATIVI ALLA TRADUZIONE E PRODUZIONE DI TESTI E ALL'INSEGNAMENTO

LARA COLANGELO

ABSTRACT: Il presente contributo si propone di offrire un quadro sinottico e dettagliato della storia dell'introduzione del diritto occidentale e, più precisamente, romano in Cina da uno specifico e limitato punto di osservazione. Nel ripercorrere le varie fasi di tale processo dalla metà del XIX secolo ai giorni nostri, particolare enfasi viene posta nel rilevamento delle diverse tappe della traduzione e produzione di testi e dell'evoluzione dell'insegnamento del diritto romano, nonché della percezione del suo valore da parte del legislatore e da parte del mondo accademico cinese.

RESUMEN: El presente trabajo se propone ofrecer un cuadro sinóptico y detallado de la historia de la introducción del derecho occidental, y más concretamente del romano, en China desde un específico y preciso punto de observación. Al recorrer las diversas fases de ese proceso, desde la mitad del siglo XIX a nuestros días, se pone un énfasis particular en relevar las diferentes etapas de la traducción y producción de textos y de la enseñanza del derecho romano, así como también de la percepción de su valor por parte del legislador y del mundo académico chino.

PAROLE CHIAVE: ricezione del diritto romano in Cina; insegnamento, traduzione e produzione di testi di diritto romano

PALABRAS CLAVE: Recepción del derecho romano en China; traducción y producción de textos de derecho romano

SOMMARIO: 1. L'epoca tardo Qing: l'introduzione del diritto occidentale e la prima ricezione del diritto romano. – A. Dalle prime notizie sul diritto occidentale ai primi cenni sul diritto romano come base dei diritti occidentali. – B. Dalla nascita delle prime università e scuole di diritto moderne alla stesura della prima bozza di codice civile: il diritto romano come base per la riforma del diritto nazionale. – 2. L'età repubblicana: la crescita di interesse verso il diritto, il codice civile del 1931 e le limitazioni del suo uso. – 3. L'era maoista: dall'adozione del modello sovietico al nichilismo giuridico. – 4. Dalla fine degli anni '70 ai giorni nostri: il 'risorgere dello spirito del diritto romano in Cina' e la 'seconda ricezione'.

1. *L'epoca tardo Qing: l'introduzione del diritto occidentale e la prima ricezione del diritto romano*

A. Dalle prime notizie sul diritto occidentale ai primi cenni sul diritto romano come base dei diritti occidentali

L'introduzione del diritto occidentale¹ in Cina parrebbe risalire, in base alle testimonianze ad oggi pervenute, alla seconda metà del XIX secolo². La Cina non era allora un paese sprovvisto di una propria tradizione giuridica, ma al contrario aveva nei secoli sviluppato un sistema legale a sua volta divenuto modello prestigioso per i vicini Paesi asiatici³. Tale sistema giuridico presentava, tuttavia, caratteristiche che lo rendevano inadatto alla realtà in cui il Paese di Mezzo veniva a trovarsi a fine '800 e, più in generale, alle esigenze proprie di una 'modernità' con la quale esso, dopo secoli di chiusura, si trovava a scontrarsi. Le leggi codificate in Cina, dall'antichità fino ad allora, riguardavano principalmente la punizione di comportamenti criminali e rientravano pertanto prevalentemente in ambito penale. Anche qualora fossero correlate a questioni di natura civile, esse avevano la funzione di sottolineare l'importanza di proteggere il potere del governo e gli interessi sociali, piuttosto che tutelare i diritti individuali. L'ambito civile, invece, era regolato, oltre che sulla base di consuetudini locali⁴, principalmente attraverso i 'riti' (*li* 禮), norme di comportamento incentrate sull'etica confuciana, che non riuscivano a inglobare e regolamentare i vari aspetti del diritto civile moderno nella sua totalità⁵.

¹ Il presente elaborato riutilizza l'espressione 'diritto occidentale' ampiamente diffusa nelle fonti cinesi a partire dalla fine del XIX secolo per indicare genericamente i diritti dell'Europa e del Nord-America.

² L'origine di questo processo può, tuttavia, per certi versi, essere collocata già in epoca tardo Ming (seconda metà XVI sec. - prima metà XVII), quando primi cenni più o meno diretti al diritto occidentale, significativi seppur limitati e sporadici, possono essere rinvenuti all'interno di opere composte da missionari gesuiti in Cina. Cfr. E. RAINI, *La traduzione dalle lingue europee al cinese: l'introduzione dei diritti stranieri*, in questa rivista, in questo volume, 211-222.

³ Per un quadro esaustivo sull'evoluzione del diritto nell'Asia Orientale e, più specificatamente, in Cina si veda: G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Trattato di diritto comparato. Diritto dell'Asia Orientale*, Torino, 2007.

⁴ R. CAVALIERI, *Il diritto cinese: un'evoluzione millenaria*, in *Sulla via del Catai*, n.12, Trento, 2015, 37.

⁵ «In ancient China [...] the civil disputes were solved by the theory of *Li*. However, *Li* could not satisfy the connotation and extension of modern civil law. Although the ancient China's legal system included laws concerning the contents of modern civil laws, such as household service, house, marriage, warehouse and debt, all these were attached to criminal articles, and their purposes were to emphasize the significance of protecting government powers and social interests rather than protecting individual rights and civil matters». Cfr. FEI ANLING 费安玲, *On promoting the influence of Roman Law Research on the Construction of the Legal System in Contemporary China*, in *China Legal Science*, vol. 1:55, 2013, 63. Sulle caratteristiche del diritto cinese antico si veda anche: YANG ZHENSHAN 杨振山, *La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporaneo*, in AA. VV., *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, a cura di L. FORMICHELLA, G. TERRACINA e E. TOTI, Torino, 2005, 29 ss.; pubblicato originariamente in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, ottobre-dicembre 1982, 582. A tal proposito è opportuno specificare quanto messo in evidenza da alcuni studiosi i quali hanno sottolineato come la prospettiva, propria di taluni primi studi in materia, che descrive la Cina imperiale quale 'Paese senza diritto', caratterizzato in particolare dalla totale assenza del diritto privato, rappresen-

LA TRADUZIONE DALLE LINGUE EUROPEE AL CINESE: L'INTRODUZIONE DEI DIRITTI STRANIERI

EMANUELE RAINI

ABSTRACT: Il presente contributo si propone di ricordare come, quasi quattro secoli fa, il dialogo culturale tra Cina e Occidente iniziò, con reciproco profitto, a coinvolgere gradualmente la sfera del diritto. I testi tradotti o redatti in cinese tra il XVII e il XIX secolo da missionari, diplomatici, funzionari governativi e altri intellettuali, presentarono sistematicamente idee e concetti sconosciuti alla Cina di allora. Già nelle opere più risalenti, è possibile reperire alcuni passi riguardanti, in modo più o meno diretto, l'ambito giuridico, l'arte del governo e la descrizione degli ordinamenti europei. Questi frammenti letterari introdussero in Cina la concezione occidentale del diritto. La traduzione di opere a sfondo giuridico conquistò gradualmente maggior spazio tra i testi tradotti in Cina nell'ultimo secolo dell'impero e nei primi decenni della repubblica, fornendo ai governanti le basi per ridisegnare il proprio sistema giuridico sull'esempio dei contemporanei ordinamenti europei, e portando la Cina ad entrare nella grande famiglia dei sistemi romanistici.

RESUMEN: El presente trabajo se propone recordar como, hace casi cuatro siglos, el diálogo cultural entre China y Occidente comenzó, con beneficios recíprocos, a abarcar también gradualmente la esfera del derecho. Los textos traducidos en chino entre el siglo XVII y el XIX por misionarios, diplomáticos, funcionarios gubernamentales y otros intelectuales, presentaron sistemáticamente ideas y conceptos entonces desconocidos para China. Ya en las obras más antiguas, es posible encontrar algunos pasajes que refieren, de manera más o menos directa, al ámbito jurídico, al arte de gobernar y a la descripción de los ordenamientos europeos. Estos fragmentos literarios introdujeron en China la concepción occidental del derecho. Las obras jurídicas fueron conquistando gradualmente mayor espacio entre los textos traducidos en China en el último siglo del imperio y en las primeras décadas de la república, suministrando a los gobernantes las bases para reorganizar el propio sistema jurídico siguiendo el modelo de los ordenamientos jurídicos europeos contemporáneos, y permitiendo así que China entrara a formar parte de la gran familia de los sistemas romanísticos.

PAROLE CHIAVE: Cina; Occidente; diritto; traduzione; gesuiti.

PALABRAS CLAVE: China; Occidente; traducción; jesuitas.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Osservazioni dei primi missionari sugli ordinamenti giuridici di Europa e Cina. – A. Aleni e la descrizione del modello di ordinamento europeo. – B. Martino Martini come possibile introduttore del *Ius Gentium* in Cina. – C. Il trattato di Nerchinsk (1689): primo appello cinese al diritto internazionale. – 3. Le fonti cinesi: dal diritto internazionale verso il diritto romano.

1. *Introduzione*

I missionari europei arrivati in Cina alla fine del XVI secolo furono i primi, dei quali si ha notizia, ad intraprendere lo studio della lingua cinese in modo sistematico. Tra i missionari dei diversi ordini religiosi, i gesuiti furono i primi a comprendere che la trasmissione in Cina del sapere occidentale, che incuriosiva e affascinava la classe colta e la stessa Corte, sarebbe dovuta essere la via entro la quale inserire anche la loro opera apostolica. Pertan-

to essi diedero il via a un lavoro di traduzione, accanto a quello di trasmissione del pensiero religioso, di opere tecnico-scientifiche, che rappresentarono il loro valore aggiunto ai fini dell'accreditamento presso la classe dominante che essi miravano a convertire. Tra le primissime opere tradotte, ve ne furono alcune che, per prime, stabilirono un contatto tra la Cina e la sfera del diritto come concepita in Occidente.

Tra il XIX ed il XX secolo, gli occidentali continuarono a rivestire un ruolo importante nell'opera di traduzione in cinese della "civiltà occidentale", specialmente in sedi come la scuola di lingue straniere istituita nel 1861, il *Tongwen guan* 同文館, destinata in seguito a divenire uno dei nuclei fondamentali che diedero vita all'odierna Università di Pechino. Nel 1869 fu posto a capo delle attività di didattica e traduzione del *Tongwen guan* un americano, il missionario presbiteriano William A. P. Martin (1827-1916)¹, che fece tradurre diverse opere di argomento giuridico-amministrativo².

In questo periodo, nel quale si decise di istituire questo e altri istituti per la formazione d'interpreti e traduttori e per la realizzazione di traduzioni, i protagonisti furono studiosi e professionisti occidentali e cinesi, esperti in vari ambiti del sapere e della tecnica che, sulla base della propria erudizione, più o meno avanzata, nelle rispettive lingue straniere, si prestavano in uno sforzo congiunto di traduzione delle opere più affini alla propria preparazione specifica, ma spesso fungendo anche da traduttori *tout-court*, ai quali veniva commissionata la versione di questa o quell'opera indipendentemente dalla reale conoscenza che essi potessero avere di quel genere di contenuti³. La traduzione di opere a sfondo giuridico prese man mano sempre più spazio nella percentuale di testi sottoposti al lavoro delle squadre di traduzione sino-straniere attive nei vari centri presenti nelle maggiori città cinesi⁴.

Quell'intenso lavoro di traduzione non si è mai interrotto e continua oggi a trovare un'eco nella collaborazione tra giuristi cinesi e italiani impegnati nella traduzione in cinese delle fonti romanistiche. A un tale stadio di maturità della 'missione giuridica', è interessante voltarsi indietro per ricordare come, già alla fine del 1600, il dialogo tra Cina e Occidente aveva toccato argomenti giuridici, come si narrerà brevemente nei paragrafi seguenti.

2. Osservazioni dei primi missionari sugli ordinamenti giuridici di Europa e Cina

I missionari attivi in Cina dalla fine del '500, in particolare i gesuiti, hanno svolto un ruolo fondamentale nella conoscenza reciproca tra Cina e Occidente, in tutti i campi del sapere. Al nostro riguardo, è interessante scoprire che proprio gli stessi pionieri dello studio della lingua furono anche gli artefici del primo passaggio d'informazioni sui diversi modi di concepire e vivere il diritto in Occidente e in Cina.

¹ Cfr. L.H. LIU, *The Clash of Empires: the invention of China in modern world making*, Harvard University Press, 2009, 113-139.

² Tra le opere tradotte si ricordano principalmente: il *Code Napoléon*; il codice penale di Singapore; opere di diritto internazionale come *Elements of International Law* di Wheaton (1836), *Introduction to the Study of International Law* di Woolsey (1860) e *Das moderne Völkerrecht* di Bluntschli (1867).

³ Cfr. K.F. WANG-S.H. FAN, *Translation in China: A Motivating Force*, in *Journal des traducteurs* 44, n. 1, 1999, 7-26.

⁴ Oltre al *Tongwen guan* di Pechino (1862), si ricorda anche l'istituzione di un omologo *Tongwen guan* a Shanghai (1863) e del *Fanyi guan*, sempre a Shanghai (1867).

AMERICA LATINA

LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO E L'INTERPRETAZIONE CONTRO L'AUTORE DELLA CLAUSOLA FRA PASSATO E FUTURO*

ALDO PETRUCCI

ABSTRACT: L'indagine si propone di ripercorrere in chiave diacronica le origini e l'evoluzione del canone ermeneutico dell'*interpretatio contra stipulatorem* e della sua progressiva trasformazione in *interpretatio contra proferentem* ed interpretazione contro il predisponente in caso di contratti conclusi sulla base di condizioni generali, moduli e/o formulari (i contratti per adesione). Il punto di partenza è rappresentato dai testi della giurisprudenza romana e quello di arrivo dai più recenti progetti di unificazione del diritto contrattuale internazionale ed europeo, passando attraverso alcuni ordinamenti nazionali, europei, latinoamericani e l'ordinamento cinese.

RESUMEN: La investigación se propone recorrer desde una perspectiva diacrónica los orígenes y la evolución del criterio hermenéutico de la *interpretatio contra stipulatorem* y de su progresiva transformación en *interpretatio contra proferentem* e interpretación contra el predisponente en el caso de los contratos celebrados en base a cláusulas generales, módulos y/o formularios (los contratos por adhesión). El punto de partida está representado por los textos de la jurisprudencia romana y el de llegada por los más recientes proyectos de unificación del derecho contractual internacional y europeo, pasando a través de algunos ordenamientos nacionales, europeos, latinoamericanos y el ordenamiento chino.

PAROLE CHIAVE: Diritto romano, fondamenti del diritto europeo, interpretazione del contratto, *interpretatio contra stipulatorem*, *interpretatio contra proferentem*.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano, fundamentos del derecho europeo, interpretación del contrato, *interpretatio contra stipulatorem*, *interpretatio contra proferentem*.

SOMMARIO: 1. Gli obiettivi del presente contributo. – 2. Il quadro emergente dal diritto romano. – 3. Uno sguardo sul diritto medievale e moderno fino al Codice civile francese. – 4. Breve panoramica degli ordinamenti moderni di alcuni Paesi europei e latinoamericani prima del Codice civile italiano del 1942. – 5. La 'svolta' del Codice civile italiano del 1942 e l'evoluzione successiva in Europa, America Latina e nella Repubblica Popolare Cinese. – 6. Il criterio interpretativo *contra proferentem* nei Principi UNIDROIT e nei progetti di unificazione del diritto contrattuale europeo.

* Testo della relazione svolta a Macao nell'ambito del Congresso Internazionale: 'Il sistema giuridico romanistico: diritto proprio e diritto comune fra: Roma, Cina e America Latina', nei giorni 6-7 novembre 2013. La prevalente destinazione all'uditorio cinese spiega il tenore tendenzialmente istituzionale della trattazione.

1. *Gli obiettivi del presente contributo*

Ogni giurista moderno non dovrebbe mai tralasciare, nella misura del possibile, un'analisi anche delle radici storiche delle questioni giuridiche attuali, chiedendosi se si siano poste in passato ed eventualmente come siano state risolte. Questo tipo di analisi, che dovrebbe essere un campo privilegiato soprattutto per gli studiosi di diritto romano, non costituisce un esercizio di mera erudizione fine a se stessa, ma serve a comprendere meglio la formazione e l'evoluzione o trasformazione dei principi e concetti giuridici nel corso del tempo.

Nel diritto comparato si parla di un fenomeno di "migrazione" per indicare il loro passaggio da un'esperienza giuridica all'altra, che può avvenire in via sia diacronica (dal passato al presente) che sincronica (tra ordinamenti di una stessa epoca). Il suo studio svolge perciò un'importante funzione di ponte e di dialogo, che non viene meno anche quando, con la migrazione nel tempo o nello spazio, principi e concetti giuridici, invece di presentare continuità, cambiano o addirittura cessano di esistere; anzi, si può affermare che, nonostante la migrazione conservi spesso elementi comuni, tuttavia reca con sé inevitabilmente l'adattamento alle diverse condizioni sociali, economiche, culturali ed ideologiche proprie di ogni Paese ed esperienza giuridica.

Alla luce delle premesse appena svolte, intendo sviluppare qui qualche breve riflessione sull'interpretazione delle clausole di un contratto contro chi le ha predisposte e in favore di chi le ha accettate (c.d. *interpretatio contra proferentem*). Si tratta di un canone ermeneutico di grande importanza nell'attualità, viste le proporzioni macroscopiche assunte nel diritto contrattuale moderno dalla contrattazione di massa (o per adesione) basata su condizioni generali di contratto o su moduli e formulari, predisposti unilateralmente dal contraente 'forte' ed imposti a quello 'debole', al quale non resta che aderire senza poterle negoziare.

Il mio discorso parte da lontano, dai pareri dei giuristi romani, e percorrendo brevemente il diritto intermedio giunge ad alcuni ordinamenti moderni europei e latinoamericani e all'ordinamento cinese, per poi concludersi con i principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali e con alcuni recenti progetti di unificazione o armonizzazione del diritto contrattuale europeo.

2. *Il quadro emergente dal diritto romano*

Ormai da alcuni decenni è chiara non solo ad archeologi e storici, ma anche agli storici del diritto più avveduti l'esistenza di attività imprenditoriali nel mondo romano, dal III secolo a.C. in poi, collegate al grande sviluppo commerciale e produttivo dovuto alla formazione di un Impero mediterraneo ed europeo. Abbiamo anche numerose prove (giuridiche ed archeologiche) da cui risulta che nell'esercizio di tali attività imprenditoriali si concludevano contratti 'in serie', sulla base di "condizioni generali" dettate dall'imprenditore (*negotiator*): ciò è particolarmente evidente nel settore delle vendite all'asta (*auctiones*) organizzate da un banchiere e nella gestione dei magazzini di deposito (*horrea*)¹.

¹ Sull'argomento mi sia permesso rinviare ai miei studi: A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, 41 s. e *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, 22 ss., 242 ss.

IL GIURISTA, CUORE DEL SISTEMA NELLA TRADIZIONE ROMANISTA LATINOAMERICANA

IGNAZIO CASTELLUCCI

ABSTRACT: Nella storia giuridica dell'America Latina risalta il ruolo centrale del giurista, tipicamente romanista, soggetto che impersona il sistema e la sua evoluzione. Questo ruolo centrale e tipico del giurista nell'America Latina si è perduto nel pensiero giuridico europeo a partire dalle codificazioni, generando ordinamenti sempre più positivisti e sempre più legati al dato legale. In Europa si è quindi perduto un patrimonio di sapienza, generale e giuridica, che in America Latina è rimasto disponibile ai giuristi, e da essi messo a disposizione della società in senso ampio. Il modello del giurista latinoamericano, che oggi lotta per la sopravvivenza in un mondo popolato da altri modelli in competizione, potrebbe costituire un modello utile anche per i nuovi sviluppi del diritto europeo.

RESUMEN: En la historia jurídica de America Latina es muy destacada la tarea del jurista, típicamente romanista, en personificar el sistema jurídico y su evolución. Esta tarea central y típica del jurista latinoamericano se perdió en el pensamiento jurídico europeo luego de las codificaciones, produciendo ordenamientos jurídicos cada vez más positivistas y vinculados a la dimensión legal. En Europa se perdió un patrimonio sapiencial, general y jurídico, que en América Latina se mantuvo disponible para los juristas y fue por ellos brindado a la sociedad en sentido amplio. El modelo de jurista latinoamericano, que hoy en día lucha por su sobrevivencia en un mundo poblado de otros modelos en competencia, podría constituir un modelo útil para el desarrollo del derecho europeo.

PAROLE CHIAVE: Sistema giuridico latinoamericano; *abogado/bacharel*; identità latinoamericana.

PALABRAS CLAVE: Sistema jurídico latinoamericano; *abogado/bacharel*; identidad latinoamericana.

SOMMARIO: 1. Premessa.— 2. Il giurista post-westfaliano dell'Europa continentale.— 3. Il giurista latinoamericano.— 4. Gli strumenti del giurista latinoamericano.— 5. Un possibile ritorno al futuro?

1. *Premessa*

Il giurista, cuore del sistema giuridico: sembra una banalità. Non lo è; così come non necessariamente l'autista è il "cuore" dell'automobile. La lettura che pone un soggetto al "cuore" di un tema implica un discorso relazionale, e anzi organico, tra quello e questo, che va esplicitato.

V'è differenza tra l'automobilista, utilizzatore più o meno inconsapevole dell'automobile; l'autista, soggetto abilitato dai pubblici poteri ad impiegarla professionalmente; e il "pilota", che (come il Nuvolari della canzone di L. Dalla) facendosi tutt'uno col mezzo, sommando istinto e tecnica, raggiunge risultati oltre l'umano – anche violando limiti e regole, incluse persino quelle della matematica¹.

Con il titolo di questo scritto intendo segnalare un valore che in Europa per un certo periodo di tempo si è perduto, a livello di teoria e di ideologia generale del sistema: il ruolo centrale del giurista (non solo nel realizzare la concreta operatività dell'ordinamento ma) nell'evoluzione e nel continuo adattamento delle risposte fornite dal sistema del diritto alle esigenze della vita reale. Un ruolo svolto fondendosi con il sistema stesso dei principi e delle regole, divenendone parte ed anzi parte principale; in termini un po' più aulici rispetto alla metafora impiegata in apertura, assomigliando in certa misura al poeta di strada di Chesterton².

Un ruolo che il giurista ha rivestito pacificamente, forse anche abusandone, nell'Europa del *ius commune* – e la reazione all'abuso spiega in parte il successo del modello successivo, del positivismo giuridico e dell'assolutismo legislativo. Un ruolo, svolto dal giurista latinoamericano, ben messo a fuoco nelle ricerche storiche e sociologiche di H.-A. Steger³.

2. *Il giurista post-westfaliano dell'Europa continentale*

Il modello positivista, prevalente nell'Europa occidentale post-Westfaliana e in molte altre giurisdizioni di tradizione continentale, sostituitosi a quello del *ius commune*, è frutto di fattori storici e tecnici tra i quali vanno senz'altro segnalati la nascita degli stati nazionali, il pensiero illuministico e le codificazioni moderne; e forse l'inadeguatezza mostrata dal modello sapienziale precedente di fronte alle sfide dell'età moderna e contemporanea.

¹ «Corre se piove, corre dentro al sole / Tre più tre per lui fa sempre sette / Con l'Alfa rossa fa quello che vuole / dentro al fuoco di cento saette»; L. DALLA, *Nuvolari*, 1976.

² «... quel giovinotto, dico, non era veramente un *poeta*, ma certo era un *poema* ...»; G.K. CHESTER-
TON, *The Man Who Was Thursday*, 1908; trad. it.: *L'uomo che fu Giovedì*, Milano, 2007, 2.

³ Tra gli scritti di H.A. STEGER al riguardo segnalo *Die Bedeutung des römischen Rechts für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*, in *Index*, 4, 1973, 22-34 – anche in spagnolo, in *Universidades*, 54, México, 1973, e in *Latinoamérica, Anuario*, 6, México, 1973; "*Universidad de Abogados*" y *Universidad futura*, negli *Atti del Primo incontro di studi latinoamericani* (Sassari, 14-15 e 31 gennaio 1972), in *Index*, 4, 1973, 59-89; *La significación del Derecho Romano para la Universidad Latinoamericana en los siglos XIX y XX*, in *Revista de la Universidad Externado del Colombia*, XX n°. 1, junio 1979, 99-112; Cap. 4, *The European Background*, in J. MAYER-R.W. WEATHERHEAD (a cura di), *The Latin American University*, University of New Mexico, 1979, 87-122; *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina*, in *Index*, 14, 1986, 59-67. V. anche il mio resoconto sulla Giornata di studi dedicata a Steger, in questo stesso volume *supra*, 11-13.

LA SOCIETÀ DI CAPITALI E D'INDUSTRIA COME TIPO SOCIETARIO AUTONOMO NEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO

DANILO BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAUJO

ABSTRACT: Partendo dalla constatazione della presenza del socio d'industria nella *societas consensu contracta* del diritto romano, come risulta dalla *magna quaestio* (*Gai.*, 3,149) del periodo tardo-repubblicano tra Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo, e passando per la commenda marittima medioevale, il saggio individua, tra linee di continuità e successivi sviluppi, l'emersione e lo sviluppo della società di capitali e d'industria come tipo societario autonomo, dapprima nei progetti di codice di commercio del Regno d'Italia (1806-1807) e nel *Código Comercial* portoghese del 1833, fino al *Código Comercial* brasiliano del 1850 e successivamente nei codici di commercio e nelle leggi societarie dell'Argentina, dell'Uruguay e del Paraguay. Si dimostra in tal modo l'esistenza, nell'ambito del sistema giuridico romanistico e del sottosistema giuridico latinoamericano, di un ponte tra la Penisola Iberica e l'America Latina, e di un particolare dialogo tra gli ordinamenti giuridici latinoamericani.

ABSTRACT: A partir da constatação da presença do sócio de indústria na *societas consensu contracta* do direito romano, como evidencia a *magna quaestio* (*Gai.* 3,149) havida no período tardo-repubblicano entre Quinto Múcio Escévola e Sérvio Sulpício Rufo, e passando pela *commenda* marítima medieval, o texto narra, em linha de continuidade e de sucessivas influências e inspirações, a emergência e o desenvolvimento da sociedade de capital e indústria como tipo societário autônomo, primeiro nos projetos de código de comércio (1806-1807) do Reino d'Italia e no Código Comercial português de 1833, até o Código Comercial brasileiro de 1850, e daí para os códigos de comércio e para as leis societárias da Argentina, do Uruguai e do Paraguai, demonstrando, no âmbito do sistema jurídico romanístico e do subsistema jurídico latino-americano, a ponte entre a Península Ibérica e a América Latina e os particulares diálogos entre os ordenamentos jurídicos latino-americanos.

PAROLE CHIAVE: Sistema giuridico romanistico; Sottosistema giuridico latinoamericano; Codici di commercio e leggi societarie latinoamericani; Società di capitali e d'industria.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema jurídico romanístico; Subsistema jurídico latino-americano; Códigos de comércio e leis societárias latino-americanos; Sociedade de capital e indústria.

SOMMARIO: 1. La constatazione della presenza del socio d'industria nella *societas consensu contracta* del diritto romano e la riflessione giurisprudenziale a partire dalla *magna quaestio* tra Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo (*Gai.* 3,149). – 2. La varietà e le classificazioni delle società: alcune brevi considerazioni. – 3. La novità: un tipo societario chiamato 'società di capitali e d'industria' nei progetti di codice di commercio (1806-1807) del Regno d'Italia durante la dominazione napoleonica. Il legame con la 'società implicita' e con la 'commenda' italiana e mediterranea. – 4. La possibile relazione di continuità tra la *societas* di capitali e d'industria del diritto romano e la «commenda» marittima medievale. – 5. Dai progetti di codice di commercio

del Regno d'Italia al *Código Comercial* portoghese del 1833. – 5. Il ponte tra la Penisola Iberica e l'America Latina: dal *Código Comercial* portoghese del 1833 al *Código Comercial* brasiliano del 1850. – 6. In seguito: Il dialogo particolare tra gli ordinamenti giuridici latinoamericani: Il trapianto della forma societaria di capitali e d'industria dal Brasile alle rispettive codificazioni commerciali e leggi societarie di Argentina, Uruguay e Paraguay. – 7. Conclusioni.

1. *La constatazione della presenza del socio d'industria nella societas consensu contracta del diritto romano e la riflessione giurisprudenziale a partire dalla magna quaestio tra Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo (Gai. 3,149)*

In altra sede, abbiamo avuto l'opportunità di esaminare la cosiddetta *magna quaestio* che, come riportato in *Gai. 3,149*, è intervenuta tra Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo, famosi giuristi romani del periodo tardo-repubblicano, circa la possibilità nella *societas* romana di stabilire per lo stesso socio una quota di partecipazione agli utili diversa dalla sua quota di partecipazione alle perdite, fino al caso estremo in cui un socio possa essere totalmente esente dalle perdite, pur partecipando agli utili¹.

Ecco la trascrizione del testo di Gaio 3,149:

Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius [...] praeualuit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa uideatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet².

Nel frammento di Gaio è verosimilmente presente un errore dell'amanuense del manoscritto veronese, il quale, dopo il nome *Quintus Mucius*, deve aver saltato una o due righe di scrittura a causa dell'allitterazione dei termini *Mucius* e *cuius*³. Fortunatamente, sulla base di I. 3,25,2⁴, siamo in grado di ricostruire come segue il probabile testo di *Gai. 3,149*:

¹ Cfr. D. BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAUJO, *A Determinação das Partes "Lucri et Damni" no Contrato de Sociedade Romano*, in *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 97, São Paulo, 2002, 35-59, a cui si rinvia per la discussione su fonti e dottrina in merito.

² Per la trad. it., cfr. E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, A, *Testi*, 1, Milano, 1986 (ristampa emendata), 96: «Grossa discussione c'è stata sul punto se la società possa formarsi in modo che uno abbia parte maggiore nel guadagno e minore nella perdita. Q. Mucio ha ritenuto ciò contrario alla natura della società. Ma Servio Sulpicio, il cui parere poi prevalse, tanto ritenne che la società si potesse costituire così, da arrivare a dire che si poteva anche costituire in modo che uno non partecipasse affatto alla perdita prendendo invece parte al guadagno, purché la sua opera apparisse così preziosa da rendere equa la sua ammissione in società con questo patto. Infatti è certo che la società si può costituire anche in modo che uno conferisca del denaro, e un altro no, e tuttavia il guadagno sia fra loro comune; spesso invero l'opera di uno equivale a denaro».

³ Cfr., tra i tanti, V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1965, 95, nt. 1; M. TALLAMANCA, *Società in generale. Diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990, 835, nt. 238.

⁴ I. 3,25,2: *De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio?*

PANORAMA SOBRE LAS RECIENTES MODIFICACIONES PROCESALES CIVILES EN AMÉRICA LATINA: LOS CÓDIGOS DE BOLIVIA Y ECUADOR

GIOVANNI F. PRIORI POSADA

RESUMEN: El artículo se propone analizar, de modo comparado, las recientes modificaciones del proceso civil en Bolivia y general de los procesos en Ecuador, a la luz de los derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva. Para ello, las instituciones procesales más importantes reguladas en cada uno de esos códigos se pasan por el tamiz de los derechos fundamentales del proceso.

ABSTRACT: L'articolo si propone di analizzare in modo comparatistico le recenti modifiche al processo civile in Bolivia e in generale dei processi in Ecuador, alla luce dei diritti che integrano la tutela giurisdizionale effettiva. Per questo, le istituzioni processuali più importanti regolate in ciascuno di questi codici si passano al setaccio dei diritti fondamentali del processo.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal civil latinoamericano; tutela jurisdiccional efectiva; Código procesal civil de Bolivia; Código general de los procesos de Ecuador.

PAROLE CHIAVE: Diritto processuale civile latinoamericano; tutela giurisdizionale effettiva; Codice di procedura civile della Bolivia; Codice generale dei processi dell'Ecuador.

SUMARIO: 1. Presentación. – 2. La efectividad de la tutela de los derechos en el COGEP y el CPCB. – 3. Los modos de asegurar el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales 4. El ejercicio del derecho de defensa y del derecho a la prueba. – A. Modos de asegurar la participación de las partes en los procesos en los que se puede decidir sobre sus intereses. – B. Modos de asegurar estar oportuna y adecuadamente informados. – C. Modos de asegurar la posibilidad de alegación, prueba y defensa técnica. – D. Modos de ejercicio de la alegación, prueba y recurso. – E. La necesidad del pronunciamiento judicial sobre las razones de las partes. – 5. El derecho a que el proceso dure un plazo razonable. – 6. Los modos de hacer efectivos los derechos. – 7. Reflexión final.

1. *Presentación*

Desde la publicación del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en 1988 se ha producido en América Latina una serie de reformas totales y parciales en sus códigos procesales civiles, todas las cuales guardan entre sí una influencia común que tiene sus raíces no solo en nuestra tradición jurídica, sino en (i) una doctrina procesal civil latinoamericana bastante intercomunicada entre sí a través de publicaciones de gran circulación entre los países de la región y por su participación en importantes jornadas iberoamericanas y nacionales; (ii) las bases puestas en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y (iii) la mutua influencia que han ido recibiendo los diversos códigos procesales civiles entre sí.

Si pudiéramos trazar los rasgos comunes del procesalismo civil latinoamericano de nuestra época estos podrían resumirse en un fuerte influjo de los derechos constitucionales

relativos al proceso, que es heredero de las tempranas reflexiones que sobre la materia hiciera Eduardo Couture, (a quien recordamos, al conmemorarse precisamente este año, los 60 años de su muerte). El estableció esa fuerte relación que debía existir entre la Constitución y el proceso, que posteriormente fuera retomada por otros insignes procesalistas latinoamericanos dentro de los que destacan hasta hoy Héctor Fix Zamudio y Ada Pellegrini Grinover, y junto con ellos, una serie de grandes maestros del derecho procesal latinoamericano.

Es por ello entonces que si deseamos someter dos códigos latinoamericanos a una comparación, podrá resultar útil elegir como criterios los diversos derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva, a fin de determinar el modo como cada uno de esos códigos los desarrollan a través de las reglas plasmados en ellos (en adelante, para hacer referencia al Código Orgánico de los Procesos de Ecuador, emplearemos la abreviatura COGEP y para referirnos al Código Procesal Civil de Bolivia, usaremos CPCB).

2. La efectividad de la tutela de los derechos en el COGEP y el CPCB

Desde su exposición de motivos, el COGEP establece esa imperiosa necesidad de hacer que el proceso sea un medio para asegurar la efectividad de los derechos materiales, al establecer que: “de su eficacia jurídica dependen en mucho, el pleno y oportuno ejercicio de los derechos constitucionales, a cuyo efecto, este Proyecto guarda conformidad con las disposiciones constitucionales e impulsa el ejercicio de los derechos ciudadanos”¹. Esta fuerte influencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y de la Constitución que se declara en el COGEP proviene además de una exigencia constitucional establecida en el art. 169 de la Constitución de Ecuador que dispone: «El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades». Es por ello que el art. 1 de las Disposiciones Generales establece que los procesos regulados por él tendrán que desarrollarse en respeto estricto del debido proceso.

A su vez, en las Disposiciones Preliminares del COGEP se establece que los principios constitucionales y aquellos que se deriven de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos serán de aplicación a todos y cada uno de los procesos (art. 2).

En esa misma línea es muy interesante que el COGEP señale que con él se procura la previsión de una estructura procesal básica «que sea flexible, adaptable y racional». En ese sentido, resulta evidente que un sistema procesal que adopta a la tutela jurisdiccional efectiva como uno de sus principios fundamentales, apuesta, necesariamente, por un proceso flexible y adaptable a las necesidades de protección de todos y cada uno de los derechos. La rigidez procesal y el formalismo son dos características que distancian demasiado al proceso de la tutela de los derechos materiales.

El CPCB es, en cambio, menos enfático en las declaraciones sobre esa vinculación entre el proceso y la Constitución. De hecho, por ejemplo, no existe ninguna referencia expresa en el art. 1 del CPCB, referida a los principios, a los del debido proceso o tutela

¹ *Exposición de Motivos del Código Orgánico General de Procesos de la República de Ecuador*, suplemento del Registro Oficial del 22/05/2015, 2.

OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PROCESSUAL COMO ELO ENTRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E OS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANISTA E IBERO-AMERICANO

CAMILO ZUFELATO

RESUMO: O artigo analisa as funções que os princípios gerais de direito processual desempenham no novo código de processo civil brasileiro de 2015, no qual ocupam papel de destaque como norma jurídica aplicável a todo o sistema processual, especialmente como critério interpretativo e aplicado do direito processual civil. Tais funções são próprias da noção de *principium* que é originária desde o direito romano, reforçando sobremaneira o pertencimento do direito brasileiro ao sistema jurídico romanístico e ao ibero-americano, esse de forma especial, tendo em vista a forma como os princípios gerais de direito processual foram tratados no código processual civil modelo ibero-americano.

ABSTRACT: L'articolo analizza le funzioni che i principi generali del diritto processuale assolvono nel nuovo Codice di procedura civile brasiliano del 2015, nel quale essi ricoprono un ruolo di spicco come norme giuridiche applicabili a tutto il sistema processuale, particolarmente come criterio interpretativo e applicativo del diritto processuale civile. Tali funzioni sono proprie della nozione di *principium* che è originaria del diritto romano, rinforzando particolarmente l'appartenenza del diritto brasiliano al sistema giuridico romanistico e particolarmente iberoamericano, tenendo in considerazione le modalità secondo cui i principi generali del diritto processuale sono stati trattati nel Codice modello di procedura civile iberoamericano.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; novo código de processo civil brasileiro; código processual civil modelo ibero-americano; sistema jurídico romanístico; sistema jurídico latino-americano.

PAROLE CHIAVE: Principi; nuovo codice di procedura civile brasiliano; codice modello di procedura civile iberoamericano; sistema giuridico romanistico; sistema giuridico latinoamericano.

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. A origem da noção e das funções dos princípios no sistema jurídico romanista. – 3. Codificação como um elemento central do sistema jurídico ibero-americano: a experiência dos códigos modelos. – 4. Direito processual civil brasileiro codificado: brevíssima nota. – 5. O papel central dos princípios no código de processo civil brasileiro de 2015: elo de pertencimento ao sistema jurídico romanista e ibero-americano. – 6. O código de processo civil brasileiro de 2015: um aceno à origem e a codificação dos princípios. – 7. Breve conclusão.

1. Introdução

O Brasil tem um novo código de processo civil – Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Todo processo de codificação, é, por si só, um marco relevante na histórica jurídica de cada país. Um código, de qualquer que seja a matéria, representa um momento de união de esforços e interesses em sintetizar um amplíssimo espectro de conteúdo de uma área do conhecimento, a partir de uma diretriz que seja unificadora de todo o sistema, que é a verdadeira força centrípeta de uma codificação.

Em todo sistema – e o código é um sistema – há princípios que regem a sua dinâmica, funcionando como elemento unificador que dá sentido e coesão a todos os outros elementos e regras que o compõem. Na base de todo código há, portanto, princípios que fundam a essência de cada uma das regras codificadas.

O propósito deste artigo é demonstrar como o papel central que os princípios gerais de direito processual receberam no código de processo civil brasileiro de 2015 – verdadeiras normas fundamentais de todo o sistema codificado – em realidade é, além de fruto das tendências constitucionalizantes do direito pelas quais muitos países veem passando, também uma forma de conexão, ainda que nem sempre consciente e reconhecida, com o sistema jurídico romanístico e com o sistema jurídico ibero-americano, nos quais o papel desempenhado pelos princípios é notável e marcante.

O desenvolvimento dessa premissa tem o seguinte fio condutor de ideias: inicialmente mostrar como a noção de *principium* surge e se desenvolve no direito romano, passando pela transposição, nas primeiras codificações civis latino-americanas, da relevância que os princípios tiveram, culminando com uma análise de dois marcos jurídico-processuais mais recentes nos quais se vê claramente o papel protagonista que os princípios exercem, quais seja, um acadêmico, o projeto de código processual civil modelo para ibero-américa, de 1988, e outro normativo, o código de processo civil brasileiro de 2015.

O intuito desta iniciativa não é tratar minuciosamente do conteúdo de cada princípio processual, mas sim revelar a força do sentido de pertencimento a um sistema jurídico e às suas características fundamentais. A experiência vivida no Brasil pelo código processual civil recém aprovado, em relação à relevância que a codificação deu ao tema dos princípios gerais, deve ser entendida como mais um elo, dentre vários outros do passado, que reforçam a ideia de sistema jurídico ibero-americano como subsistema do romanista.

2. A origem da noção e das funções dos princípios no sistema jurídico romanista

Tem-se difundido recentemente um senso comum no qual a ideia de princípio, e especialmente a sua normatividade jurídica, seria algo recente, sobretudo pós-guerra, tendo sido impulsionada pelo constitucionalismo moderno. No entanto, é preciso reconhecer que já no direito romano o papel desempenhado pelos princípios é bastante relevante, inclusive enquanto regra de um sistema jurídico.

Sandro Schipani, em alentado estudo sobre o tema¹, revela que em várias passagens de leis, plebiscitos, constituições, editos, etc., a expressão *principium* era utilizada no sen-

¹ S. SCHIPANI, *Principia iuris potissima pars principum est. Principi generali del diritto (schede sulla formazione di un concetto)*, in *Id.*, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999², 83-117 e 99 s.

CONCESIONES DE BIENES PÚBLICOS Y DAÑOS DE LOS TERCEROS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CLÁUSULA ‘SINE INIURIA PRIVATORUM’*

ANDREA TRISCIUOGGIO

RESUMEN: La contribución quiere trazar la evolución histórica de la cláusula ‘sin perjuicio de terceros’ a partir del Derecho público romano, donde podemos encontrarla en fuentes de distinta naturaleza con la formulación ‘*sine iniuria privatorum*’. El principio ‘*beneficium principis nemini debet esse damnosum*’, relacionado con ella, se analiza en sus aspectos más concretos, prestando especial atención a los medios procesales que el tercero tenía a su disposición en caso de amenaza de daños o de daños provocados por el concesionario o por el contratante público.

ABSTRACT: Il contributo intende delineare l’evoluzione storica della clausola ‘senza pregiudizio dei terzi’ a partire dal diritto pubblico romano, nel quale si ritrova in fonti di diversa natura con la formulazione ‘*sine iniuria privatorum*’. Il principio ‘*beneficium principis nemini debet esse damnosum*’, che si pone in stretto rapporto con la stessa, si analizza nei suoi aspetti più concreti, prestando particolare attenzione ai mezzi processuali che il terzo aveva a sua disposizione in caso di danno temuto o di danno provocato in conseguenza di un’attività del concessionario o del contraente pubblico.

PALABRAS CLAVE: *beneficium principis*; *cautio damni infecti*; iniuria; interdictos; redemptores

PAROLE CHIAVE: *beneficium principis*; *cautio damni infecti*; iniuria; interdetti; redemptores

SUMARIO: I. Introducción. – II. La cláusula ‘*sine iniuria privatorum*’ en las fuentes romanas. – III. Remedios procesales a disposición del tercero. – IV. Edad Media y Moderna: la cláusula ‘*sine iniuria privatorum*’ prevalece sobre la cláusula ‘*non obstantibus*’.

* Texto de la ponencia presentada al *XIX Congreso Latinoamericano de Derecho romano* (UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Investigaciones Filológicas, Ciudad de México, 26-28 de agosto 2015).

1. Introducción

En su tratado sobre la propiedad pública de la primera mitad del s. XVIII, el jurista francés Jean Baptiste Victor Proudhon (1758-1838) ¹, al tratar el tema de las concesiones públicas, recuerda la todavía vigencia del principio de tradición romanística: *'beneficium principis nemini debet esse damnosum'*.

De acuerdo con su formulación, este principio dice mucho acerca de los valores aceptados, pudiéndose apreciar *in se* una adaptación del célebre *praeceptum iuris* ulpiano *'neminem laedere'* a las relaciones de naturaleza publicística. Sin embargo, no dice nada en lo atinente a la responsabilidad por el eventual daño provocado y la concreta aplicación del principio en sede procesal. El significado es claro: la concesión del Príncipe, por ejemplo, en un supuesto de construcción en lugar público y, por extensión, de cualquier autoridad pública, no debe provocar daños a terceros. Al mirar la historia del principio, cabe decir que *'nemini'* no puede comprender al concesionario. Ahora bien, si el tercero sufre un daño por parte del concesionario como consecuencia de una actividad autorizada por el Príncipe, en ese caso, ¿quién responde del daño?, ¿el Príncipe, el concesionario o ambos?, y si hay una responsabilidad de estos sujetos, ¿cuáles son los medios procesales de los que puede servirse el perjudicado?

Estos son problemas que hoy en día, tanto en España como en Italia, son objeto de estudio con una distinta sensibilidad por parte de quienes cultivan el Derecho administrativo después de que, durante mucho tiempo, las Administraciones Públicas concedentes se hubiesen sustraído a la responsabilidad en caso de daños causados al tercero por el concesionario con un simple expediente en el que se introducía la cláusula *'sin perjuicio de terceros'* en el acto de concesión. Con esta cláusula, la Administración Pública quería que se permitiese una determinada actividad mientras que no fuese dañosa para terceros, por lo cual el daño causado por el concesionario permanecía siempre fuera del perímetro de cuanto era concedido y, con ello, atendía exclusivamente a las relaciones entre tercero y concesionario que era el único sujeto responsable². La cláusula *'sin perjuicio de terceros'*, que podría ser considerada como una *condicio iuris* aparentemente inútil³, en realidad tenía un efecto importante por lo que se refiere a la atribución de la responsabilidad única al concesionario. La presencia de la cláusula, también implícita⁴, no permitía llamar a juicio a la Administración concedente alegando su responsabilidad directa, o bien indirecta, por *culpa in vigilando*.

¹ Cfr. J.B.V. PROUDHON, *Traité du domain public ou de la distinction des biens*, t. II, Bruxelles, 1835, n.º. 1105, 87; dicho Autor, considerado como el primer exegeta del Código de Napoleón, muestra una inclinación a hacer prevalecer la ciencia del derecho sobre la ley: cfr. recientemente F. AUDREN - J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIXe - XXe siècles*, Paris, 2013, 25 s.

² Tal expediente era interpretado de este modo por una doctrina autorizada: O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative* II, en *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 21, 1896, 85 ss. en Italia y J.L. VILLAR PALASÍ, *La eficacia de la concesión y la cláusula «sin perjuicio de tercero»*, en *Revista de Administración Pública*, 5, 1951, 166 ss. en España.

³ Cfr. en particular R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, 70 s.

⁴ Se consideraba que la cláusula se tenía por puesta aunque no estuviese expresada.

CONGRESSI LATINOAMERICANI
DI DIRITTO ROMANO
PANAMA 2000

CONGRESOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO ROMANO TRA DUE SECOLI: PANAMA 2000

1. *Perché Ciudad de Panamá all'inizio del XXI secolo. Universalismo bolivariano e diritto romano*

Nei giorni 16-19 agosto 2000 si è svolto a Panama il *XII Congreso Latinoamericano de derecho romano*. La decisione di organizzare il *Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* del 2000 a Panama fu presa a Buenos Aires nel 1998, a conclusione dell'*XI Congreso*. La scelta fu dovuta al significato simbolico di Panama, anche dal punto di vista geopolitico, nella prospettiva del terzo millennio.

Nel 2012 la rivista *Roma e America. Diritto romano comune* ha assunto esplicitamente la prospettiva eurasiatica: *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*. Nel 2013, in apertura del *XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, nuovamente a Panama, è stata ricordata la 'profetica' *Carta de Jamaica* (1815), ove il *Libertador* individua un parallelismo tra *Ciudad de Panamá* e Costantinopoli: «Los Estados del istmo de Panamá hasta Guatemala formarán quizás una asociación [...] ¡Acaso sólo allí podrá fijarse algún día la capital de la tierra! Como pretendió Constantino que fuese Bizancio la del antiguo hemisferio».

Sulla 'vocazione cosmopolita' dell'Istmo e sul «pacto perpetuo» concluso dalle repubbliche a Panama nel 1826, si vedano gli scritti del padre gesuita José Carlos Brandi Aleixo, professore dell'*Universidade de Brasília*, Vice Presidente della *Sociedade Bolivariana de Brasília*¹. Ricarte Soler († 14 agosto 1994), dell'*Universidad de Panamá*, ha sottolineato la continuità del 'bolivarianismo' a Panama, anche attraverso il pensiero e l'opera del giurista e politico Justo Arosemena².

Il motto del *Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* del 2000 fu dato dalle parole di Simón Bolívar, «El derecho romano come base de la legislación universal»: parole ripetute per il *Congreso* del 2013.

¹ Vedi J.C. BRANDI ALEIXO, *Visão e atuação internacional de Simón Bolívar*, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 20 n. 80, out./dez. 1983, 25 ss.; ID., *Visión y actuación internacional de Simón Bolívar*, Comité Ejecutivo del Bicentenario de Simón Bolívar, Caracas, 1984, 17 s.; 21 ss.; 43 s. (pubblicato anche in *A comemoração no Brasil do Bicentenario do Nascimento de Simón Bolívar*, Sociedade Bolivariana de Brasília, Brasília, 1984); ID., *Panamá: istmo com vocação cosmopolita*, in *Correio braziliense*, 7 de Junho de 1993.

² Vedi ad es. J. AROSEMENA, *Panamá y nuestra América*. Introducción, selección y notas de R. SOLER, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981; R. SOLER, *Cuatro ensayos de historia. Sobre Panamá y nuestra América*, Colección Ricardo Miró, Panamá, 1983. Sull'opera di Justo Arosemena vedi, dal punto di vista romanistico, G. PEREIRA, *La recepción y enseñanza del Derecho romano en Panamá*, in *Revista brasileira de Direito comparado*, Instituto de Direito comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 12, I semestre 1992, 100 ss.

XII CONGRESSO LATINOAMERICANO DI DIRITTO ROMANO

(dal *Programa oficial*)

La *Universidad de Panamá* e la *Secretaría General permanente para la organización de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano*, in collaborazione con il *Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano* e con il Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano, hanno organizzato il *XII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* a *Ciudad de Panamá*, nei giorni 16-19 agosto 2000.

L'*Inauguración* del *XII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* si è tenuta nei locali dell'*Hotel Riande Continental* di *Ciudad de Panamá*, alle 8.30 del 16 agosto 2000. Sono intervenuti: GUSTAVO GARCÍA DE PAREDES, Rettore dell'*Universidad de Panamá*; ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano*; GRACIANO EDUARDO PEREIRA SERRACIN, *Universidad de Panamá*; PIERANGELO CATALANO, Centro per gli Studi su Diritto romano e sistema giuridici del CNR – Università di Roma 'La Sapienza'. Infine, ha pronunciato le *Palabras de inauguración* S.E. ARTURO VALLARINO, Primo Vicepresidente della Repubblica di Panama.

Il 17 agosto ha avuto luogo, nel Palazzo della Corte di Giustizia di Panama, la *Sesión Solemne*. È intervenuto GRACIANO EDUARDO PEREIRA S., Presidente del *Comité Organizador del XII Congreso Latinoamericano de Derecho romano*; ha partecipato S.E. CESARE MIRABELLI, Presidente della Corte Costituzionale italiana. S.E. MASSIMO VARI, giudice della Corte Costituzionale italiana, ha svolto la *Conferencia magistral* su «*División de los poderes y límites del poder de los jueces*». La sessione si è conclusa con l'*Intervención* di S.E. MIRTA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA, *Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia* della Repubblica di Panama (vd. testo pubblicato *infra*, 329 s.).

Temario: I. El Derecho Romano en la Identidad e Integración de América Latina frente al fenómeno de la globalización. II. Derecho Romano, Propiedad y Soberanía de los Pueblos. III. Las relaciones familiares y el amparo a los miembros de la familia en el Derecho Romano y los Derechos Indígenas. IV. El derecho de los contratos y la defensa de la parte débil. El problema de la deuda externa en Latinoamérica. V. El Derecho Romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio. VI. Los principios del Proceso Romano y su incidencia en el Derecho Procesal de América Latina. VII. Municipios y Defensor del Pueblo.

Seguiamo, traducendo, il *Programa oficial* con alcune integrazioni e parziali correzioni, che prescindono dalle assenze.

PALABRAS DE BIENVENIDA DE SU EXCELENCIA MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA, MAGISTRADA PRESIDENTA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá se siente altamente honrada con la presencia en nuestra sede de sus excelencias el Honorable Cesare Mirabelli y el Honorable Massimo Vari, Presidente y Juez, respectivamente, de la Corte Constitucional Italiana y de los delegados al XII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano que por primera vez se celebra en nuestro país desde que ininterrumpidamente se organizara el primero de estos encuentros de altísimo nivel en Buenos Aires en el año de 1976, por iniciativa del Profesor Pierangelo Catalano, también aquí presente entre nosotros.

¡Sean todos Ustedes bienvenidos a Panamá!

A lo largo de estos 24 años muchas han sido las iniciativas de los romanistas de Europa y de América Latina para centrar la importancia del Derecho Romano como elemento común de integración y unificación de las instituciones jurídicas en nuestros países, con miras a una futura codificación uniforme, en materias específicas como las de obligaciones y contratos.

Han señalado con acierto la permanente vitalidad y la vocación universalista de la tradición jurídica romana occidental y han propuesto soluciones *iusromanas* a los acuciantes problemas, en cierta forma comunes, de los pueblos latinoamericanos, no solo en el tema de la deuda externa por la inequitativa relación con los países acreedores del Primer Mundo, sino también como elemento de resistencia del sistema jurídico latinoamericano frente a las tentativas no acabadas de asimilación por otros sistemas jurídicos.

Además, los romanistas han rescatado la idea justiniana de la persona humana, y por ende de su dignidad como valor ontológico anterior a la ley, y han destacado el status del concebido como pleno sujeto de derechos, principio, éste ya plasmado en la Constitución Peruana, en los Códigos civiles de Argentina y de Cuba y en el artículo 484 del Código de la Familia de Panamá, que regula los derechos y garantías del menor, entendiendo como tal, *'a todo ser humano desde su concepción hasta la edad de dieciocho años'*.

Preciso es recordar que este tema fue ya objeto de reflexión de grandes juristas latinoamericanos del siglo XIX como Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, Augusto Texeira de Freitas en Brasil y de nuestro Justo Arosemena, cuyas ideas de innegable factura romanista se plasmaron en los primeros códigos latinoamericanos de la época.

Entre los interesantes temas que desde el día de ayer debaten en Panamá eminentes romanistas de toda América Latina, Italia, España y Rusia, nos llama profundamente la atención el relativo a la *formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio* y el de *los principios del Proceso Romano y su incidencia en el Derecho Procesal de América Latina*, porque implican necesariamente aspectos de la compleja problemática que debemos afrontar quienes tenemos la responsabilidad de administrar justicia.

¿Qué tipo de jurista necesitan nuestras sociedades para enfrentar sus inmensos problemas aun no resueltos?

¿Acaso, técnicos con conocimientos superficiales de un sistema jurídico del que ni siquiera imaginan su complejidad y totalmente huérfanos de ética y de conciencia social o

PANAMÁ 2000
XII CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO:
‘EL DERECHO ROMANO COMO BASE DE LA
LEGISLACIÓN UNIVERSAL’

PIERANGELO CATALANO

*En memoria de
CAMILO OCTAVIO PÉREZ HERNÁNDEZ*

SUMARIO: 1. Los Congresos latinoamericanos de derecho romano. – 2. La historia en el sistema jurídico. – 3. Elementos de resistencia del sistema jurídico latinoamericano. – 4. Choque entre sistemas y derecho a la vida. – 5. El universalismo romano contra la ‘nueva esclavitud’ de la ‘deuda externa’. – 6. El derecho romano y la teología moral. – 7. A propósito del pensamiento del Libertador Simón Bolívar sobre el derecho romano.

1. Los Congresos latinoamericanos de derecho romano

En marzo de 1973, en Sassari, en la conclusión del Seminario «Stato e istituzioni rivoluzionarie in Roma antica»¹, cinco colegas latinoamericanos constituyeron el *Comité latinoamericano para la difusión del derecho romano* que, en colaboración con el *Gruppo di ricerca*, dió inicio a la organización de los *Congresos latinoamericanos de Derecho romano*².

El temario de estos *Congresos*, estudiado en función de las realidades jurídicas latinoamericanas, encuentra su primera formulación en una carta, fechada en febrero de 1975, del miembro argentino del *Comité* Angel E. Lapieza Elli, en preparación del *Primer Congreso*: «DERECHO PÚBLICO: Estado y revolución en Roma. DERECHO PRIVADO: Presencias de las soluciones iusromanas en el derecho obligacional de los estados latinoamericanos - Posibilidad de legislar en una codificación uniforme, en tal campo, para todos los pueblos hermanos de Latinoamérica»³.

El 1 y 2 de agosto de 1975 se celebraron en Buenos Aires las *Jornadas preparatorias* del *Congreso*, donde participaron también colegas pertenecientes a varias universidades de México, Paraguay, Perú y Uruguay. En esta ocasión los romanistas fueron recibidos por el Presidente del Senado de la República Argentina y Presidente del Parlamento Latinoameri-

¹ Ver *Index*, 7, 1977.

² Ver *Index*, 6, 1976, 203 ss.

³ De Angel Lapieza Elli ver también *Palabras en la inauguración del Centro de Investigación, Documentación y Difusión del Derecho Romano (Buenos Aires, 27 de marzo de 1974)*, en *Index*, 6, 1976, 206 s.; sobre la colaboración de este ilustre colega argentino, presente siempre, ver *Index*, 14, 1986, *A la memoria de Angel Enrique Lapieza Elli*, XIII ss.

cano, Italo A. Luder, que subrayó la importancia del estudio del Derecho romano en vista de una integración jurídica, cada vez mayor, de América Latina, asegurando su patrocinio al *Primer Congreso Latinoamericano de Derecho romano*⁴.

En 1976, en la ciudad de Santa María de los Buenos Aires, se ha reunido el primer *Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, es decir la primera reunión de romanistas definida formalmente en base a la individualidad histórica del ámbito científico latinoamericano y por consiguiente de las características estructurales y funcionales de los estudios de Derecho romano en América Latina.

La línea del temario arriba indicado ha sido mantenida, con sucesivas precisiones y nuevos desarrollos, en los diez Congresos sucesivos al de Buenos Aires: Xalapa (1978), Bogotá (1981), Brasilia (1983), Lima (1985), Mérida (1987), Rio de Janeiro (1990), Santiago de Chile (1992), Xalapa (1994), Lima (1996), Buenos Aires-Morón (1998)⁵.

Distintas, pero en parte complementarias, han sido y son algunas iniciativas a nivel nacional. Me refiero, en primer lugar, al *Primer Seminario Nacional de Derecho romano*, organizado en México, en Xalapa, en octubre de 1974⁶; el documento conclusivo, allí aprobado, concerniente al derecho romano como «fuerza de resistencia frente a las influencias externas» en América Latina, fué retomado por el *IV Congreso Latinoamericano*, en Brasilia, 1983, '*Centenario de la muerte de Augusto Teixeira de Freitas*'⁷. Me refiero particularmente al *Seminario Nacional de Derecho romano*, Panamá 25 febrero-1 marzo de 1991, y al *Primer Seminario Italo-Panameño de Derecho romano*, Panamá 7-8 de octubre de 1991⁸.

El trabajo del *Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano*, en los años que van desde 1973 (constitución del *Comité latinoamericano para la difusión del derecho romano*) hasta 2000, se ha desarrollado, no por casualidad, paralelamente a las vicisitudes de la independencia, también culturales, de América Latina. Ha advertido un colega colombiano, frente a la amenaza de reducción de la enseñanza del Derecho romano: «esperemos que ... no estemos cambiando nuestra herencia jurídica por el plato de lentejas del 'American Way of Life'»⁹.

2. La historia en el sistema jurídico

En noviembre de 1974, en Roma, durante el primer seminario organizado por ASSLA sobre el tema '*América Latina y Europa: la presencia italiana en las relaciones entre las dos áreas*', Giorgio La Pira, en el discurso que pronunció en la clausura, criticó, de cierta forma, algunas manifestaciones hechas en el seminario, señalando que «las dos áreas, Europa y América Latina, constituyen una misma área. Las caracteriza una unidad de fondo [...] unidad histórica, espiritual, cultural, jurídica (el Derecho romano), y en cierto sentido, también social, económica y política».

⁴ Ver *Index*, 6, 1976, 129 ss.

⁵ Ver *Index*, 6, 1976, 156 ss.; 14, 1986, 354 ss.; 366 ss.; 370 ss.; 18, 1990, 510 ss.; 19, 1991, 660 ss.; 20, 1992, 405 ss.; 24, 1996, 487 ss. e 508 ss.

⁶ *Index*, 6, 1976, 142 ss.

⁷ *Index*, 14, 1986, 369 s.

⁸ Ver *Index*, 20, 1992, 415 ss.

⁹ *Index*, 6, 1976, 208 s.

CRONACA DEL XVIII CONGRESSO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO

La Universidad de Panamá, la Universidad Católica de Santa María La Antigua e la Secretaría General permanente para la organización de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano, in collaborazione con il Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano e con il Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano, hanno organizzato il *XVIII Congreso* a Ciudad de Panamá nei giorni 7-9 agosto 2013.

Temario: I. Sistema y principios: 1. Sistema en las Instituciones de Justiniano y en los códigos modernos; 2. *Ius Romanum* y la noción moderna de los principios generales del derecho; 3. Romanismo de los juristas y enseñanza en las Universidades de América Latina. Los nuevos modelos de enseñanza aplicados al aprendizaje del Derecho romano. II. Derecho público: 1. *Municipium*; 2. El concepto de *imperium* y sus proyecciones modernas; 3. El defensor del pueblo y su impacto en Latinoamérica; 4. El Derecho romano en el constitucionalismo latinoamericano. III. Personas: 1. Persona y ciudadanía; 2. Protección del concebido. Las nuevas formas de fecundación y procreación. IV. Cosas: 1. *Res communes omnium, res publicae, res privatae*; 2. Posesión de cosas y derechos reales. V. Obligaciones y contratos: 1. Las estipulaciones como matriz de la moderna doctrina general de las obligaciones; 2. Usuras y defensa del deudor; 3. Los actos jurídicos en el derecho romano; 4. Responsabilidad por daños. Daño moral. *Iniuria*.

I lavori si sono svolti nei locali dell'Hotel Continental di Ciudad de Panamá. Le *ponencias* sono state distribuite ai partecipanti su DVD.

In rete sono disponibili le interviste rilasciate a proposito del Convegno dalla prof. Mercedes Gayosso y Navarrete <https://www.youtube.com/watch?v=WyfAPiGxJIE&feature=em-share_video_user> e dal prof. Graciano Pereira <https://www.youtube.com/watch?v=GigKn1f8CZI&feature=em-share_video_user>.

Inauguración

La sessione inaugurale si è tenuta nel mattino del 7 agosto 2013, alla presenza degli Ambasciatori di Italia e Messico. Hanno preso la parola i rappresentanti delle entità organizzatrici.

GRACIANO PEREIRA, Presidente del Comitato organizzatore, ha riaffermato il ruolo del diritto romano nel sistema giuridico latinoamericano, con riferimento particolarmente all'aiuto ai più deboli, alla protezione del cittadino e della famiglia. Egli ha posto in evidenza che il *XVIII Congreso* viene organizzato nel quadro della celebrazione dell'Editto di Milano del 313 d.C. e in occasione dei *500 Años del descubrimiento del Mar del Sur. Diócesis Santa María la Antigua*.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Presidente del Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano, ricordando il primo Congresso, tenuto a Buenos Aires nel 1976, ha sottolineato il ruolo forte che ha il diritto romano nella formazione del giurista in America Latina, contrapponendolo al declino di questa disciplina in altri Paesi.

PIERANGELO CATALANO, Responsabile dell'Unità di Ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR - 'Sapienza' Università di Roma e Presidente del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano, ha sottolineato che il culto di San Costantino Imperatore unisce l'Oriente cristiano a Sardegna, Sicilia e altre regioni italiane, e ha ricordato il parallelismo tra Costantinopoli e Ciudad de Panamá suggerito da Bolívar [v. *supra*, in questo stesso volume, 319 ss., *Congresos Latinoamericanos tra due secoli: Panama 2000*]. Egli ha notato che Panama ha resistito alle *intervenciones* statunitensi sino alla sanguinosa invasione del 20 dicembre 1989 [v. *supra*, 320 nt. 6]; ha concluso con un ringraziamento a Mercedes Gayosso y Navarrete, senza la quale «no hay Congreso».

Ha quindi preso la parola il Presidente del *Parlamento Latinoamericano (Parlatino)* dott. ELÍAS ARIEL CASTILLO GONZÁLEZ, il quale, ricordando la figura di Giorgio La Pira, ha espresso l'auspicio che il diritto romano possa servire a rafforzare il legame tra Europa e America Latina. Egli ha sottolineato i risultati di un precedente *Congreso latinoamericano de derecho romano*, tenutosi in Messico, nel 2006 a Morelia, sul problema della *deuda externa*; a tal proposito il Presidente ha messo a disposizione la nuova sede del Parlamento Latinoamericano.

La sessione inaugurale si è conclusa con l'intervento di GUSTAVO GARCÍA DE PAREDES, Magnifico Rettore della *Universidad de Panamá*, il quale, ricordando Vico e Spengler, ha sottolineato che il diritto e le istituzioni giuridiche costituiscono la vera chiave di volta per la sostenibilità delle strutture democratiche nelle società antiche e in quelle moderne.

Tema I. Sistema y principios

Dopo una breve pausa, i lavori sono ripresi alle ore 10,30, nell'ambito del Tema '*Sistema y principios*', con la *Conferencia* de CARLOS ALBERTO VOLOJ PEREIRA, Magnifico Rettore de la *Universidad Católica Santa María la Antigua*, su «Cristianismo y derecho romano en América Latina».

Alle ore 11, sotto la Presidenza di MERCEDES GAYOSSO Y NAVARRETE, hanno svolto comunicazioni: BENITO CAÑATE, *Universidad Católica Santa María la Antigua*, «El Edicto de Milán: fundamento del derecho a la libertad de religión»; MARIO CORREA BASCUÑÁN, *Pontificia Universidad Católica de Chile*, «A propósito de los 1.700 años del Edicto de Milán. Complementariedad entre razón y fe en contra académicos, de San Agustín; y la religión como fuente de hegemonía en Antonio Gramsci»; ALBERTO OSORIO, *Universidad de Panamá*, «Primera Diócesis de tierra firme - 1513».

Alle ore 12, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Cile), ha svolto una conferenza su «El concepto y el origen de idea de principio en el derecho», a cui ha fatto seguito un intenso dibattito.

I lavori sono ripresi alle ore 15 con le seguenti comunicazioni: EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, *Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, «La interpretación del Código civil de Colombia durante la primera mitad del siglo XX»; JOSÉ FELIX CHAMIE, *Universidad Externado de Colombia*, «Derecho romano, principios generales, codificación, unificación y armonización del derecho en Latinoamérica»; PAOLA E. ZINI HARAMBOURE, *Universidad Nacional de La Plata* (Argentina), «Orígenes romanos del principio de protección del más débil y su proyección en el ámbito de la bioética»; BERTHA ALICIA RAMÍREZ ARCE, *Uni-*

PANAMA 2013 CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO

PIERANGELO CATALANO

SUMARIO: 1. Orígenes de los Congresos: Roma, Ciudad de México y Sassari. – 2. Derecho público romano y cuestión del Canal. El Vice Decano Camilo Pérez. – 3. El Libertador Simón Bolívar ('Dictador') y el bolivarismo panameño. – 4. Tradición jurídica romana: 'vocación universalista' hasta el Congreso de Panamá.

1. Orígenes de los Congresos: Roma, Ciudad de México y Sassari

Los orígenes de estos Congresos están en Roma, en México, en Sassari. No es una casualidad (la 'casualidad' es solamente nuestra ignorancia) que la estatua de plata de San Gavino, militar romano, en la Catedral de Sassari proviene de México.

Desde Roma, en noviembre de 1970 lanzamos, con el apoyo del Instituto Italo-Latino Americano, el primer 'Cuestionario' sobre la enseñanza del Derecho romano en América Latina.

En enero de 1972 tuvo lugar en la Universidad de Sassari el primer *Incontro di Studi Latinoamericani*¹ al cual participó el actual Presidente vitalicio honorario del *Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina*, el sociólogo alemán Hanns-Albert Steger (cuyo texto fue en parte reproducido en el diario de Ciudad de México *Excelsior*, 21 de julio de 1972) [v., en este volumen, 3 ss.].

En mayo de 1972 se constituyó el *Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano* y fue tomada, en la sede del Instituto Italo-Latino Americano, la decisión de constituir la *Associazione di Studi Sociali Latinoamericani-ASSLA*; estas dos asociaciones tienen, respectivamente, presidencia y secretaría general en Sassari.

En la Ciudad de México, en julio de 1972, se desarrolló el *Segundo Congreso interamericano de derecho romano*. En este Congreso participó, con una fundamental ponencia sobre *La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, Alejandro Guzmán Brito²; participó también Mercedes Gayosso. Recuerdo con 'saudade' Afonso Pereira, Secretario de la *Associação Interamericana de Direito Romano*, quien afirmó (en la 'Moción 4', aprobada por aclamación en el Congreso): «existir, em Itália, un organismo que pode concretizar a idéia, de que é cordenador o emérito mestre Catalano»³; ha sido este el punto de partida de nuestra colaboración orgánica con colegas latinoamericanos: asociaciones, centros, congresos, seminarios.

¹ Ver *Index*, 4, 1973.

² Ver *Index*, 6, 1976 [1983], 74 ss.

³ *Ibid.*, 141.

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

IL PROBLEMA DELLA 'PERSONALITÀ' DEGLI ANIMALI: L'ESEMPIO DELL'ORANGO SANDRA

1. *Premessa*

Ha avuto grande risonanza, in tutto il mondo, la sentenza del 18 dicembre 2014 pronunciata dalla Sezione II della *Cámara Federal de Casación Penal* della Città Autonoma di Buenos Aires, nella causa CCC 68831/2014/CFC1, in merito alla richiesta di *habeas corpus* a tutela di un orango, di nome Sandra, rinchiuso da venti anni nello zoo di Buenos Aires¹.

La Sezione II della *Cámara Federal de Casación Penal* ha considerato di dovere rimettere, per ragioni di competenza, la decisione sulla richiesta di *habeas corpus* alla *Justicia Penal, Contravencional y de Faltas* della Città Autonoma di Buenos Aires. La *Cámara Federal* ha però stabilito che l'orango debba essere riconosciuto, in forza di una «interpretación jurídica dinámica y no estática», come «soggetto di diritto».

2. *I fatti*

La situazione dell'orango Sandra è stata rappresentata da una ONG, la *Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales* (A.F.A.D.A.). Nel novembre del 2014, il Presidente di questa associazione, l'avvocato Pablo Buompadre, con l'assistenza legale del costituzionalista Andrés Gil Domínguez, ha presentato una richiesta di *habeas corpus* al *Juzgado de Instrucción* n. 47 della città di Buenos Aires, sostenendo che il primate sia stato illegittimamente privato della sua libertà e che esso sia in pericolo di vita a causa del suo precario stato di salute psico-fisico. La Associazione ha chiesto, quindi, che l'animale sia liberato e trasferito presso il rifugio per primati di Sorocaba, in Brasile.

La richiesta è stata dapprima respinta dal Juez penal de instrucción e quindi presentata in appello di fronte alla Sezione VI della *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional* per essere anche qui rigettata. La richiesta della A.F.A.D.A. di fronte alla *Cámara* è stata motivata asserendo che la restrizione della libertà sia ingiustificata per un animale dotato di funzioni cognitive tali da non potere essere assimilato a un oggetto e quindi è stata accompagnata dalla istanza a trasferirlo presso il rifugio per primati.

A seguito del ricorso in Cassazione presentato dalla A.F.A.D.A., la Sezione II della *Cámara de Casación Penal* (giudici Alejandro W. Slokar, Ángela Ester Ledesma e Pedro R. David) ha ritenuto che «a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección

¹ Si veda <<http://www.infojus.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-considera-una-orangutana-sumatra-es-sujeto-derechos-nv9953-2014-12-18/123456789-0abc-d35-99ti-lpsedadevon>>.

en el ámbito competencial correspondiente». La *Cámara de Casación Penal*, nel riferirsi alla questione della tutela e della soggettività giuridica degli animali, ha rinviato agli studi del noto penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, ex ministro della *Corte Suprema de Justicia de la Nación* nel 2003-2014 e dal febbraio del 2016 membro della *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, per il quale «el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos»². La *Cámara de Casación Penal*, citando il manuale di diritto penale dell'illustre giurista argentino, ha mostrato di avere tenuto bene a mente quanto l'autore ha osservato sulla identificazione del bene giuridico tutelato attraverso il divieto di maltrattamento degli animali. Al riguardo, si può brevemente ricordare che nei suoi lavori il penalista ha criticato sia la impostazione dominante nella scienza giuridica fino a tempi recentissimi, secondo cui le norme che sanzionano il maltrattamento degli animali mirano a tutelare la lesione del comune sentimento di pietà dell'uomo, sia la impostazione secondo cui tali norme si pongono come obiettivo di tutelare la condizione dell'uomo come «administrador de la naturaleza». Lo studioso, invece, ha espresso nelle opere citate dalla *Cámara de Casación Penal*, la opinione che tali disposizioni si giustificano in funzione di tutelare e preservare l'animale di per sé, in quanto diretto destinatario della tutela, e quindi come soggetto di diritto.

Come si diceva in apertura, la Sezione II della *Cámara Federal de Casación Penal* ha però ritenuto di rimettere per competenza la questione a la *Justicia Penal Contravencional y de Faltas* della Città Autonoma di Buenos Aires. Il 29 aprile 2015 il *Fuero Penal Contravencional y de Faltas* di Buenos Aires ha emesso la propria sentenza. Il *Fuero Penal* è partito dalla considerazione della querela presentata dalla A.F.A.D.A., in rappresentanza dell'orango, per il delitto di maltrattamento di animali previsto dalla *Ley Nacional 14.346 de Protección Animal* approvata dal *Congreso Nacional* il 27/9/54. La sentenza del *Fuero Penal* ricorda che il Presidente della A.F.A.D.A. aveva osservato che, essendo l'orango un «sujeto de derechos, asimilable a un incapaz de hecho», esso non avrebbe potuto agire se non attraverso un rappresentante legale. La sentenza menziona poi il fatto che il Presidente aveva affermato la legittimazione ad agire in conformità a quanto previsto nello statuto della stessa associazione querelante. Ricorda inoltre che la *Fiscalía* aveva ritenuto di non potere accogliere la richiesta della associazione, poiché essa non era stata danneggiata in conseguenza di un delitto (come previsto dall'art. 10 del CPPCABA-*Código procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*). Aggiunge che per la *Fiscalía*, in relazione alla questione esaminata, le ONG, tra cui rientra la A.F.A.D.A., difettano di legittimazione ad agire in caso di lesione di interessi diffusi, salvo che si tratti di crimini contro la umanità o di gravi violazioni di diritti umani. Ragione per la quale la *Fiscalía* aveva archiviato la «misura di prevenzione» sulla base della atipicità prevista nell'art. 199 *sub a*) del CPPCABA.

Il *Fuero Penal*, invece, ha ritenuto che la A.F.A.D.A. non manchi di legittimazione. L'art. 10 del *Código Procesal Penal*, definendo la legittimazione a querelare spettante alle «personas físicas o jurídicas de derecho público o privado directamente afectadas por un

² La sentenza richiama: E.R. ZAFFARONI et al., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2002, Ediar, 493; ID., *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, 2011, Colihue, 54 ss., da cui è tratta la citazione del testo (= ora in <http://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2012/02/La_pachamama_y_el_humano.doc>).

PAGINE SCELTE

PAUTAS PARA INTERPRETAR EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO*

1. *Introducción*

Cuando la editorial Astrea me solicitó la redacción de un estudio preliminar para esta edición del Código civil y comercial (de ahora en adelante CCyC), me pregunté por el método a seguir, y el contenido a enfrentar.

Una opción era intentar explicar en líneas generales el nuevo código y aprovechar la oportunidad para responder a las críticas formuladas al anteproyecto, especialmente por (i) no contener notas explicativas, (ii) presentar fundamentos muy escuetos, (iii) no proporcionar un listado completo de supuestos de aplicación temporal del nuevo articulado a las relaciones jurídicas existentes y (iv), para colmo, no haberse discutido suficientemente.

Me convencí de la inutilidad de volver al debate sobre si cada artículo de un código debe contener una nota, como lo hizo Vélez Sarsfield en el siglo XIX, o si por el contrario, a la manera de los ordenamientos más modernos, bastan anexos explicativos genéricos. Esta discusión va encadenada a la especial predilección por un método de interpretación de la ley. Sucede que el CCyC no menciona a la “intención del legislador” (que estaría expresada en esas notas) sino a “las finalidades de la ley” (art. 2). Adhiere, pues, a la interpretación activista, “no originalista”, aceptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en nuestro país, por la Corte de la Nación desde hace muchos años, como mínimo, desde 1958, a partir del caso Kot. La adhesión está plenamente justificada. Como señalaba en Colombia el maestro Valencia Zea al explicar su proyecto de código de derecho privado, «cada generación reclama su propia individualidad, criterios o ideas originales que, en vez de restar seguridad y precisión a las normas, permiten su evolución y progreso». «El argumento de autoridad, o sentido genuino de la ley, tiene apenas un valor relativo. No podemos aspirar a que nuestra forma de pensar sea la misma de nuestros sucesores, así como tampoco nuestros antepasados pudieron vincularnos con sus maneras de concebir y resolver los problemas jurídicos»¹.

La crítica relativa a la brevedad de los fundamentos también se contesta fácilmente. Como es bien conocido, en la materia estrictamente patrimonial (especialmente, todo lo relativo a los nuevos contratos, los derechos reales, el régimen de comunidad de gananciales, etc.), el CCyC sigue muy de cerca el Proyecto de código unificado de 1998, que contiene una extensa exposición de motivos. Basta, pues, la lectura conjunta de ambos documentos explicativos.

* [Tomado de *Código civil y comercial concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN, revisado, ordenado y concordado* por E.A. ZANNONI, M. MARIANI DE VIDAL, J.O. ZUNINO, F.E. SHINA, G.S. RAMOS, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2015, 1-15 (N.d.R.)].

¹ A. VALENCIA ZEA, *Proyecto de Código de Derecho privado*, Bogotá, 1980, 16 y 15, respectivamente.

Algunos críticos del CCyC califican de “alarmante”, especialmente en el derecho de familia², la situación creada por la omisión de un listado sobre cómo aplicar el nuevo CCyC a las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia. El debate en torno a si el legislador, además de una regla general de derecho temporal, debe proporcionar una serie de reglas individuales es interminable. Cada posición presenta argumentos fuertes y débiles³. No desconozco que ese listado se hizo en Italia cuando se sancionó el código civil italiano de 1942, incluyendo un apéndice de 256 párrafos, que previeron distintas situaciones que podían producirse en cada uno de sus libros⁴. Sin embargo, la solución no fue satisfactoria. Recuérdese, simplemente, que algunas de esas disposiciones transitorias fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional italiana por sentencia del 16/2/1963⁵.

La Comisión redactora del Código civil y comercial prefirió seguir la tradición argentina, o sea, omitir ese listado, por las siguientes razones: (a) El art. 7 del CCyC es idéntico (excepto en la frase final) al art. 3 del Código civil derogado, conforme redacción impuesta por la ley 17.711. La falta de bibliografía existente en 1968 ya no es un problema; es aplicable la doctrina y la jurisprudencia anterior gestada entre 1968 y 2015; (b) La experiencia extranjera muestra que esos listados no son una solución definitiva. Se muestran especialmente inútiles frente al fenómeno imparable de la descodificación⁶.

La falta de discusión previa a la sanción del Código civil y comercial tampoco es exacta. Durante todo el íter constitutivo, la comunidad jurídica argentina tuvo conocimiento de lo que se estaba proyectando: antes de la entrega del anteproyecto, a través de innumerables conferencias, cursos, jornadas etc. realizados a lo largo y a lo ancho del país, y de la distribución a los integrantes de las diferentes subcomisiones de los textos enviados por sus pares⁷; después de la entrega al PEN, por su difusión pública; desde que se envió a la Comisión Bicameral, a través de las audiencias públicas. Fue así como se dedicaron al estudio del articulado números completos de revistas jurídicas de gran difusión, libros y múltiples artículos. En su mayoría, esos aportes eran críticos, pues la intención era, con más o menos enjundia, con mejor o peor buena fe, con mayor o menor carga ideológica, mejorar los textos proyectados⁸.

² G. MEDINA, *Efectos de la ley con relación al tiempo en el proyecto de código*, en *La Ley*, Buenos Aires, 2012-E, 1303 ss. y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, 2013-2, 3 ss.

³ Ver F. DEKEUWER DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoire dans la législation civil contemporaine*, Paris, 1977, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 17.

⁴ El articulado se encuentra en F. MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de SANTIS MELENDO, I, Buenos Aires, 1954, Ed. Ejea, 455-480.

⁵ Dato extraído de A.C. JEMOLO, *Gli occhiali del giurista. Leggi con effetto retroattivo*, en *Rivista di Diritto Civile*, anno XXII, Padova, 1976-II, 445.

⁶ A. LIVI, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, en AV, *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, Ed. Giuffrè, 2008, 1380 s.

⁷ Esta metodología sirvió para corregir muchos errores originarios. Lamentablemente, a veces esos colaboradores no contestaron, tal como ha sido reconocido públicamente por algunos de ellos, que asumieron su culpa en no responder escudados—incluso—en “inconvenientes en las comunicaciones”, circunstancia que no les impidió publicar su posición crítica cuando el proyecto ya estaba bajo trámite parlamentario.

⁸ A vía de ejemplo, puede compulsarse *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-I y 2012-2, Santa Fe, Ed. Rubinzal, 2013; *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3, Santa Fe, Ed. Rubinzal, 2012 y 2014-

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*

TÍTULO PRELIMINAR

Fundamentos de la Comisión Redactora

1. Razones de la existencia de un Título Preliminar

Una primera cuestión a decidir es la necesidad de incluir un Título Preliminar en el Código.

Su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código Civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema.

Esta idea ha sido cuestionada en la actualidad, puesto que la descodificación es un fenómeno incontrastable. Desde este punto de vista, algunos códigos, como el brasileño, prescinden de un Título Preliminar.

Desde otra perspectiva, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores.

En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas.

La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como se dijo, reglas para la decisión judicial.

De modo que, en este plano, la respuesta es positiva y así lo propone el Anteproyecto. Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "... la regla de interpretación prevista en el art. 16 (del Cód. Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno" (*Fallos*, 312:957).

Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, el Anteproyecto establece normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo y sus efectos en el campo del derecho internacional privado.

Tradicionalmente, el título preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación. El Código Civil español contiene un título preliminar dedicado a "las normas jurídicas, su aplicación y eficacia", con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado.

* [Tomado de *Código civil y comercial concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN, revisado, ordenado y concordado* por E.A. ZANNONI, M. MARIANI DE VIDAL, J.O. ZUNINO, F.E. SHINA, G.S. RAMOS, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2015, 21-35 (N.d.R.)].

El Anteproyecto le da una amplitud mayor, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al Código un sentido general en materia valorativa, como se explica más adelante.

Finalmente, cabe considerar que los programas de las facultades de derecho argentinas tienen, habitualmente, una parte general cuyo contenido es coherente con el que se propone.

Por esta razón, el Anteproyecto contiene un Título Preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluye los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos seguidamente.

2. Objeto de regulación: ley y derecho

El Código Civil incluyó el Título I denominado “De las leyes”.

El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica. La concepción que se recoge tiene antecedentes en otros códigos, como, por ejemplo, el italiano; se refiere a las fuentes del derecho (art. 1) y menciona a la ley, los reglamentos y los usos, a los que luego define en sus efectos y relaciones jerárquicas (arts. 2°, 3°, 4°). El Capítulo 2 (art. 10) regula la aplicación de la ley (art. 11), su eficacia en el tiempo, y la interpretación (art. 12).

Por esta razón, se incluye un Título relativo al derecho, y otro referido a la ley como fuente principal.

3. El Título Preliminar como núcleo de significaciones

Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que *confieren una significación general a todo el Código*. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas.

Desde esta perspectiva, el Título Preliminar amplía su contenido a otras cuestiones, como se explica a continuación.

El derecho: se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación.

Las leyes: se regula la ley como fuente formal principal; obligatoriedad de la ley, leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho.

El ejercicio de los derechos subjetivos: se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley.

Los derechos y los bienes: se especifica el campo regulatorio del Código en la materia.

En cuanto a los textos, se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial.

Seguidamente se examinan más detenidamente estas cuestiones.

4. El derecho

El propósito de este Capítulo no es dar una definición del derecho ni de sus fuentes, lo que sería impropio de un Código, sino fijar reglas claras para la decisión. En tal sentido, se consideran las fuentes y se establece el requisito de la razonabilidad de las decisiones como un estándar de control de la decisión judicial.

DOCUMENTI

TAVOLA DI CORRISPONDENZA TRA IL NUOVO CODICE CIVILE E COMMERCIALE ARGENTINO E LE SUE FONTI ITALIANE IMMEDIATE E MEDIATE

1. I riferimenti al diritto italiano nella Relazione della Commissione redattrice del Progetto preliminare del 2012 e la vera portata del suo influsso

Con il d.p.r. del 28/02/2011, n.º 191¹, è stata creata la Commissione per l'elaborazione di un "Progetto di legge di riforma, aggiornamento e unificazione dei Codici civili [CcArg/1869] e di commercio [CcomArg/1889] della Nazione Argentina" (artt. 1 e 2), la quale è stata integrata dai professori Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco e Aída Kemelmajer de Carlucci (art. 3). Il Progetto preliminare (PP2012) elaborato dalla Commissione redattrice è stato consegnato al Presidente della Nazione il 27/03/2012 e, dopo alcune modifiche introdotte in sede dal Potere Esecutivo (che non hanno alterato la sua sostanza), il testo è stato inviato al Parlamento il 7/06/2012 per la sua discussione legislativa ed è stato poi approvato mediante la l. n.º 26.994 dell'1/10/2014². Il nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina (CccArg/2014) è finalmente entrato in vigore il 1/08/2015³.

La Commissione redattrice ha precisato nella Relazione introduttiva al PP2012⁴ che, per l'elaborazione dello stesso, sono stati presi in considerazione non solo il diritto vigente della Repubblica Argentina ed i criteri elaborati dalla giurisprudenza per la sua interpretazione ed integrazione, ma anche il parere dei giuristi tanto nazionali come stranieri di maggior rilievo e in particolar modo le raccomandazioni dei Congressi scientifici argentini, così come i Progetti precedenti di riforma al Codice civile argentino (il Progetto preliminare del 1926 [PP1926], il Progetto del 1936 [P1936], il Progetto preliminare del 1954 [PP1954], il Progetto del 1987 [P1987], i due Progetti del 1993, quello della c.d. Commissione Federale della Camera dei Deputati [P1993CF] e quello della Commissione nominata dal Potere Esecutivo Nazionale [P1993PEN] e, soprattutto, il Progetto del 1998 [P1998]) e la legislazione di altri ordinamenti del sistema giuridico romanistico (nello specifico: il Codice civile francese, il BGB/1896, l'OR/1911, il Codice civile italiano, il Codice civile spagnolo, il Codice civile del Quebec, il Codice civile della Bolivia, il Codice civile del Perù

¹ Pubblicato nel *Boletín Oficial de la República Argentina* n.º 32.101 del 28/02/2011.

² Promulgata dal Potere Esecutivo il 7/10/2014 e pubblicata nel *Boletín Oficial de la República Argentina* n.º 32.985 dell'8/10/2014.

³ Per maggiori e più aggiornate informazioni sul CccArg/2014 vd. <www.nuevocodigocivil.com>.

⁴ Il testo integrale della medesima è stato pubblicato, con il titolo *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación*, in *Código civil y comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011*, Buenos Aires, 2012, 437 ss.

[CcPer/1984], il Codice civile del Paraguay, il Codice civile brasiliano e quello del Consumatore, il Codice di famiglia di El Salvador, ecc.)⁵.

Per quanto riguarda nello specifico il diritto italiano (scientifico e legislativo), sembra interessante riferire che esso viene citato nella Relazione al PP2012 in ventidue occasioni; nel dettaglio: una volta il diritto italiano in generale; una volta il Codice civile del 1865; quindici volte il Codice civile del 1942 (CcIt/1942); due volte la l. n.º. 218 del 1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato; una volta il Codice del consumo del 2005 (CconsIt/2005); e infine, due volte le opinioni della dottrina italiana. Tuttavia, è opportuno chiarire fin da subito che questo numero di citazioni non si traduce in un corrispondente numero di disposizioni che si possono ritenere frutto diretto dell'influenza del diritto italiano. Infatti, come si desume dalla Relazione in questione, il diritto italiano stesso sarebbe stato preso in considerazione come fonte unica ed immediata per giustificare una scelta di tipo metodologica ed un'altra di politica legislativa e per la redazione di sei dei 2671 articoli che integrano il CccArg/2014 (cioè, più o meno uno 0,3% del totale delle sue disposizioni)⁶ mentre in sette occasioni il diritto italiano viene citato non come fonte esclusiva ma insieme ad altre legislazioni che adottano il suo stesso criterio⁷ e addirittura, nelle sette citazioni restanti, come esempio della soluzione contraria a quella scelta dalla Commissione⁸.

Se queste fossero le cifre reali dell'influsso del modello giuridico italiano sul nuovo codice argentino, si potrebbe rimanere effettivamente un po' delusi. È questa la sensazione che resta al lettore dopo la consultazione della Relazione al PP2012. Tuttavia lo studio più attento del CccArg/2014 pone in rilievo una prospettiva diversa. È come dire che la quantità non fa la qualità: lo dimostra il fatto che alcune delle riforme ispirate direttamente alla legislazione italiana, come si dirà meglio in seguito, rappresentano un cambio di rotta cospicuo e significativo del diritto privato argentino, come pure che l'unica dottrina straniera ad essere richiamata espressamente nella Relazione della Commissione redattrice sia proprio quella italiana⁹.

Ad un risultato sostanzialmente diverso si può arrivare qualora si considerino non solo la Relazione al PP2012, bensì anche quelle al P1987, al P1993CF e al P1998, come pure le *Notas* al PP1954 e al P1993PEN, che congiuntamente permettono di risalire alle fonti ori-

⁵ Vid. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación* cit., 442 s.

⁶ Il CcIt/1942 cinque volte, la l. 31/05/1995, n.º. 218, una, e la dottrina due. Vd., rispettivamente, *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación* cit., 446 (metodologia del titolo preliminare), 467 (requisiti dell'errore), 473 (effetti della simulazione nei confronti dei terzi), 474 (beneficio del termine), 509 (carattere patrimoniale della prestazione); 608 (successione dello Stato); 477 (atto indiretto), 526 (funzione sociale del contratto).

⁷ Vd. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación* cit., 476 (conversione dell'atto giuridico), 487 (famiglia di fatto), 500 e 502 (patria potestà), 536 (nozione di vendita), 579 (promesse unilaterali) e 605 (diritto internazionale privato).

⁸ Vd. *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación* cit., 473 (modalità degli atti giuridici), 479 (nullità parziale), 503 (alimenti dei figli maggiorenni), 519 (metodologia di regolamentazione dei contatti del consumatore), 524 (condizioni generali di contratto), 547 (responsabilità per le cose portate in albergo), 583 (efficacia dell'iscrizione nel registro immobiliare).

⁹ T. Ascarelli, per giustificare la codificazione dell'atto indiretto e V. Scialoja, E. Betti, P. Rescigno e F. Galgano, per motivare la non codificazione del "principio della funzione sociale del contratto".