

RILEGGERE I DIGESTI, CODIFICARE IL DIRITTO

SANDRO SCHIPANI

ABSTRACT: I codici giustiniani sono il frutto della sinergia fra legislatore e giuristi e trasmettono il ruolo di queste due fonti ai successivi svolgimenti del sistema. L'enucleazione dei principi generali ha una funzione di cerniera e selezione nel rapporto fra i codici e la totalità del sistema. L'elaborazione di alcune macro-categorie ordinanti è prodotto del metodo *generatim* e converge con esigenze di semplificazione e di sviluppo della coerenza del sistema stesso. Centrale in tutti i codici è una parte generale del diritto delle obbligazioni. Il Ccit./1942 ha dato un nuovo contributo alle macro-categorie con il libro del diritto del lavoro.

RESUMEN: Los códigos justinianos son el fruto de una sinergia entre el legislador y los juristas y transmiten el papel de estas dos fuentes a los sucesivos desarrollos del sistema. La individualización de los principios generales tiene una función de conexión y de selección en la relación entre los códigos y la totalidad del sistema. La elaboración de algunas macro-categorías ordenadoras constituye el producto del método *generatim* y converge con exigencias de simplificación y de desarrollo de la coherencia del sistema. En todos los códigos es central la existencia de una parte general de las obligaciones. El Ccit./1942 ha dado una nueva contribución a las macro-categorías a través de la introducción de un libro sobre el derecho del trabajo.

PAROLE CHIAVE: Codici giustiniani; sinergia legislatore-giuristi; macro-categorie; obbligazioni; lavoro.

PALABRAS CLAVE: Códigos justinianos; sinergia legislador-juristas; macro-categorías; obligaciones; trabajo.

SOMMARIO: 1. I codici giustiniani come frutto della sinergia del legislatore e dei giuristi. – 2. Codici e scienza giuridica; il riferimento ai 'principi generali del diritto'. – 3. Il principio generale del diritto secondo il quale «tutto il diritto è stabilito per gli uomini» (D. 1,5,2); il plurale, un 'noi' inclusivo, fondamento di un diritto 'patrimonio comune dell'umanità'. – 4. Il ruolo delle categorie generali dalle Istituzioni verso i Digesti e il Codice, e verso i codici moderni. – 5. I codici di Giustiniano e dei suoi giuristi: riletture di essi e traduzioni. – 6. I Digesti, e le Istituzioni: le riletture di essi verso i codici moderni, e in particolare verso il sistema di essi (esempi). – A. Le *Pandette disposte in nuovo ordine* di Pothier; due frutti da segnalare verso il Ccfr./1804: D. 50,17 e Istituzioni; regole generali delle obbligazioni. – B. Bello e l'adozione dei quattro blocchi di materia delle Istituzioni nel Cch./1857. – C. Freitas e la Consolidazione delle leggi civili, i Cc. latinoamericani e il Ccit./1865 per il riconoscimento agli stranieri del godimento dei diritti tutelati dal codice civile. – D. La Pandettistica: le persone giuridiche, il negozio giuridico, la costruzione della Parte generale che affianca, con modifiche, i quattro blocchi di materia delle Istituzioni. – E. Le condotte nella rilettura italiana del Novecento. – F. Lo sviluppo della collaborazione fra le persone nella produzione di beni e servizi; il primato di esse nella nuova categoria generale del lavoro. – G. Nuove riflessioni sul contratto, sul sinallagma e sul principio di equivalenza delle prestazioni. – 7. Alcune altre mie riletture. – A. La responsabilità extracontrattuale. – B. La parte generale delle obbligazioni fra economia nei costi della attività negoziale e favore per la parte debole del rapporto. – C. Gli atti ingiusti contro la persona.

1. I codici giustinianei come frutto della sinergia del legislatore e dei giuristi

Secondo la sistematica maturata a cavallo fra il II e il III sec. d.C., e conservata nei codici giustinianei, le fonti del diritto romano ponevano la legge, espressione della volontà del popolo, in primo piano e ad essa affiancavano forme derivate da questa (plebisciti, senatoconsulti, costituzioni del principe) o alla stessa parallele (consuetudine). Esse collocavano inoltre, quasi come altro polo, i pareri e le opinioni dei giuristi, espressione della loro perizia, competenza e conseguente autorevolezza in materia di diritto riconosciuta dagli altri giuristi, e poi dal popolo¹. Una posizione a sé aveva l'editto del pretore e degli altri magistrati elettivi che avevano competenza di produrne uno².

I codici costituiscono una forma nuova che si sviluppa su una linea di continuità con questo sistema.

Dalla fine del III secolo d.C. vediamo presente una tendenza a far crescere ulteriormente il ruolo della legge nella produzione di nuovo diritto. Questa inclinazione, che in quell'epoca si riferisce alle costituzioni del principe, nel V e VI secolo si coniuga a Costantinopoli, Seconda Roma, con quella di raccogliere, selezionarle, aggiornarle, coordinarle, riordinarle.

Questa seconda tendenza ha una origine più risalente: già i giuristi dell'età classica avevano accompagnato l'affermarsi della competenza dell'imperatore a produrre nuovo diritto sia selezionando fra i suoi diversi atti quelli che erano costitutivi di un nuovo diritto e citandoli nelle loro opere³; sia sottolineando che la funzione legislativa dell'imperatore stesso derivava da una legge, votata dal popolo⁴; sia realizzando altresì raccolte di tali costituzioni in opere di cui – si noti – i giuristi stessi che le avevano raccolte erano considerati gli autori, tanto che circolavano e venivano citate sotto il loro nome⁵.

¹ Va sottolineato che il fondamento del ruolo dei giuristi come fonte del diritto è la competenza che deriva dalla dedizione allo studio e dall'ascolto di esperti, dalla maturazione di perizia che viene riconosciuta anche grazie al dialogo con altri esperti; da questo informale consenso deriva una autorevolezza riconosciuta nell'ambito di chi coltiva e pratica la materia, per cui in Roma i giuristi «raggiunsero massima considerazione presso il popolo» (D. 1,2,2,35). Questa autorevolezza, frutto della perizia, riceverà una interpretazione e un sostegno dal Principe, da non ritenersi quale attributore di competenze (D. 1,2,2,48-49; cfr. anche *infra* nt. 6, e, sulla autorevolezza, inizio del § 4).

² Gai. 1,1-7; Pomponio in D. 1,2,2pr.-12; Papiniano in D. 1,1,7.

³ Cfr., ad es., la vicenda della elaborazione del diritto speciale per il testamento dei militari di cui in D. 29,1,1pr., il ricordo di un rescritto di Traiano in D. 29,1,24, e la sussunzione di tali interventi imperiali nella categoria delle costituzioni in Gai. 2,109; o il modo di citare un rescritto di Settimio Severo (193-211 d.C.) a sostegno di un parere di Celso in Coll. 12,7,5-6.

⁴ Gai. 1,5; Ulpiano in D. 1,4,1pr.

⁵ Cfr. i 20 libri *Sulle costituzioni* di Papirio Giusto (fine del II sec. d.C.), riportati nei Digesti (es. D. 8,2,14) e la citazione di età tardo antica del Codice Gregoriano e del Codice Ermogeniano come elaborato 'di giuristi' (cfr. la *Interpretazione visigota* a C.Th. 1,4,3). Si noti che lo stesso Giustiniano richiama la rilevanza del ruolo avuto dagli 'antichi fondatori del diritto' per il riconoscimento del valore delle costituzioni imperiali quale fonte di diritto (C. 1,14,12,1). Non annovero nell'ambito di questa collaborazione la presenza dei giuristi nel consiglio prima dei magistrati e poi del principe, perché essa viene assorbita dall'atto che questi poi compie e non si traduce in un prodotto comunicato a terze persone autonomamente individuabile, salvo i casi in cui il giurista stesso inserisca il parere dato nei propri scritti, assumendone medesimo valore.

CODICE CIVILE E DIRITTI REALI

ANTONIO GAMBARO

ABSTRACT: Lo scritto esamina il rapporto tra codice civile e diritti reali, in una prospettiva di superamento di alcuni luoghi comuni collegati al ruolo ed alla centralità della proprietà privata nella struttura dei codici civili moderni. Si sviluppa, al contrario, una linea interpretativa tesa ad evidenziare la complessità delle proprietà e del ruolo del codice nella determinazione del regime di più lunga durata delle forme di appartenenza, rispetto alla legislazione speciale alla quale è rimessa la determinazione più di dettaglio delle forme di proprietà (e quindi anche suscettibile di modificazione nel breve periodo), rilevando l'importanza del sistema dei diritti di proprietà di impostazione romanistica.

RESUMEN: El trabajo examina la relación entre el código civil y los derechos reales, desde una perspectiva de superación de algunos lugares comunes vinculados con el papel y la centralidad de la propiedad privada en la estructura de los códigos civiles modernos. En el mismo se desarrolla, por el contrario, una línea interpretativa tendiente a destacar la complejidad de 'las propiedades' y del papel del código en la determinación del régimen de más larga duración de las formas de pertenencia, respecto a la legislación especial, a la cual se deja librada la determinación más detallada de las formas de propiedad (y, por lo tanto, susceptible también de modificaciones a corto plazo); remarcándose, además, la importancia del sistema de los derechos de propiedad de la tradición romanista.

PAROLE CHIAVE: Codice civile; la proprietà e le proprietà; diritti reali.

PALABRAS CLAVE: Código civil; la propiedad y las propiedades; derechos reales.

1. Sotto il profilo della narrazione storica il tema: codice civile-diritti reali appare accaparrato dal massiccio modello del *Code Napoléon* (o *Code civil*). Per due secoli ci è stato ricordato e sottolineato che il *Code civil*, assieme a tutti i codici europei ed extraeuropei che ne hanno ricalcato il modello, è stato il codice della proprietà, ossia un codice in cui tutto il diritto civile è stato costruito attorno al diritto di proprietà. Da ciò una prima equazione: diritto civile = codice civile, codice civile = disciplina del diritto di proprietà in tutte le sue manifestazioni. Si aggiunga subito che i codici civili, a differenza delle consolidazioni e delle raccolte di leggi, sono stati considerati una forma di legislazione dotata di un alto grado di sistematicità, grazie alla quale si è potuto preservare il carattere organico e sistematico del diritto insegnato e praticato nella tradizione giuridica romanistica. Da questa coniugazione l'ulteriore sviluppo della equazione suddetta che conduce a riferire al codice civile la fondazione di un sistema proprietario, ossia: codice civile = sistema dei diritti di proprietà (o diritti reali).

Certamente nel corso del XX secolo la maggior parte dei giuristi ha suggerito, o auspicato, il superamento o l'abbandono di simili semplificazioni e nell'ultimo quarto del secolo se ne è celebrata la scomparsa. Tuttavia se ne è serbato il ricordo, dando

origine ad una curiosa narrazione per antitesi mediante la quale si enuncia che: il codice civile non è più il codice della proprietà, il diritto di proprietà non è più l'epicentro del diritto civile, ma non si dice granché circa il ruolo che il sistema dei diritti di proprietà debba svolgere all'interno della sistematica di un codice civile, e nemmeno su come l'insieme delle discipline attinenti ai diritti reali possa essere ricondotto ad un sistema coerente.

In questo saggio vorrei sostenere che:

- a) l'equazione codice civile = codice della proprietà è scorretta sia sotto il profilo della narrazione storica, sia sotto il profilo concettuale;
- b) l'asserzione per cui il diritto di proprietà è uno dei necessari epicentri del sistema racchiuso in un codice civile è corretta solo alla duplice condizione di non ridurre il diritto di proprietà alla sola nozione di proprietà individuale, compatta e tendenzialmente assoluta, ovvero non ridurre l'appartenenza proprietaria all'immagine che ne diedero Blackstone o Windscheid ed in secondo luogo di trasporre la nozione di diritto di proprietà in quella di sistema dei diritti di proprietà;
- c) il sistema dei diritti di proprietà è necessariamente un sistema complesso che contempla la presenza di una pluralità di posizioni proprietarie in rapporto alla articolazione dei beni su cui tali diritti si portano;
- d) proprio la estrema varietà delle posizioni di appartenenza, assegna al codice civile la funzione di predisporre un paradigma aperto e di regolare solo alcuni aspetti della posizione proprietaria;
- e) il pensiero scientifico attuale non riflette sulla sola disciplina proprietaria contenuta nel codice civile, ma connette le discipline dettate da fonti multilivello e perciò è almeno in grado di segnalare quali problemi rimangono aperti all'evoluzione della esperienza giuridica.

Le tesi suddette saranno qui di seguito argomentate non con metodo concettuale, ma con gli esiti di raffronti storico comparativi volti a rintracciare i modelli scientifici sottostanti le sistemazioni codicistiche.

2. Si è ricordato che l'equazione Codice civile = codice della proprietà nasce con il *Code civil* del 1804. Si tratta però di impressione superficiale collegata alla nomenclatura più che al contenuto. Infatti, tale impressione si ricava: a) dalla intitolazione di due dei tre libri originari, rispettivamente il secondo (*Des biens et des différentes modifications de la propriété*) ed il terzo (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*); b) dall'enfasi retorica con cui i lavori preparatori sottolinearono la centralità dell'istituzione proprietaria; c) dalla narrativa dei commentatori ottocenteschi del *Code civil* che enfatizzarono il tratto della absolutezza delle prerogative dominicali.

Tuttavia, circa il punto sub a) si deve osservare che l'intitolazione dei libri di un codice è elemento del tutto esteriore e poco rilevante. In ogni caso, non è necessario che un codice civile sia centrato sull'istituzione proprietaria. Già nel modello del *BGB* tedesco del 1896/1900 il posto centrale nel sistema del codice è affidato al rapporto obbligatorio e non al diritto di proprietà. Del pari, il *ZGB* svizzero non assegna al diritto di

NOTE A MARGINE DEL NUOVO PROGETTO CINESE DI CODICE CIVILE. (PARTE GENERALE: DIRITTI CIVILI E NEGOZIO GIURIDICO)*

ENRICO GABRIELLI

ABSTRACT: Lo scritto esamina la struttura normativa e la disciplina che il legislatore cinese ha predisposto in materia di atto giuridico e di negozio giuridico del progetto per il Codice civile cinese. In tale prospettiva, vengono ripercorsi alcuni dei momenti e dei temi fondamentali della teoria del negozio giuridico per porre a confronto antiche ricostruzioni con quelle che appaiono le attuali tendenze del legislatore cinese, il quale, nel recepire la figura dell'atto e del negozio giuridico, sembra tuttavia voler far propria una impostazione soggettivistica, e quindi tornare alla teoria del dogma della volontà, piuttosto che accogliere le più moderne e consolidate correnti del pensiero europeo in tema di negozio giuridico.

RESUMEN: El trabajo examina la estructura normativa y la regulación que el legislador chino ha establecido en materia de acto jurídico y de negocio jurídico en el proyecto para el Código civil chino. Desde esta perspectiva, se recorren algunos de los momentos y de los temas fundamentales de la teoría del negocio jurídico para confrontar antiguas reconstrucciones con las que parecen ser las actuales tendencias del legislador chino, el cual, al recepcionar la figura del acto y del negocio jurídico parece sin embargo querer hacer propia una configuración subjetivista y retornar así a la teoría del dogma de la voluntad, en lugar de acoger las más modernas y consolidadas corrientes del pensamiento europeo en materia de negocio jurídico.

PAROLE CHIAVE: Progetto Codice civile cinese; atto e negozio giuridico; teorie ed ideologie del negozio giuridico.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de Código civil chino; acto y negocio jurídico; teoría e ideología del negocio jurídico.

SOMMARIO: 1. La parte generale del Progetto cinese di Codice civile. – 2. Trattati e linee della comparazione: volontà e consapevolezza nei fatti giuridici e negli atti giuridici in senso stretto. – 3. (segue): il comportamento e il differente ruolo della volontà. – 4. La dichiarazione di volontà nel negozio giuridico e il ruolo della Pandettistica. – 5. (segue): volontà e dichiarazione nelle teorie sul negozio giuridico. – 6. Il negozio giuridico e il 'volontarismo puro' del Progetto cinese di Codice civile.

* Nel presente scritto, nel quale stante la vastità del tema le citazioni sono ridotte all'essenziale, vengono adottate traduzioni non ufficiali delle parole impiegate nel testo del Progetto, e quindi, come tali, suscettibili anche di una diversa lettura e interpretazione. Il lavoro è destinato al *Liber amicorum* in onore di Paolo Pollice.

1. *La parte generale del Progetto cinese di Codice civile*

Il primo libro del nuovo Progetto di Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, intitolato 'Parte generale', presenta, all'interno del suo tessuto normativo, alcune disposizioni, le quali se, per un verso, richiamano le tradizionali distinzioni operate fin dai tempi della Pandettistica; per un altro, appaiono in linea con le più recenti manifestazioni legislative che hanno interessato i paesi dell'America Latina, e, segnatamente, da ultimo il Nuovo Codice della Nazione Argentina.

Mi riferisco, in particolare, alla introduzione delle nozioni di fatto, atto e negozio nella struttura semantica e normativa dei rispettivi codici.

La suddivisione operata dal legislatore cinese tra atto giuridico e fatto giuridico in senso stretto è collocata nel Titolo V, intitolato ai Diritti civili, ove all'art. 129, si prevede che «i diritti civili si acquistano per mezzo di atti giuridici, atti giuridici in senso stretto, previsioni normative...».

La menzione del negozio giuridico si trova, invece, nel Titolo VI che lo riguarda direttamente, intitolato 'Dei negozi giuridici', laddove all'art. 133 si afferma che «Il negozio giuridico è la manifestazione di volontà delle parti rivolta a creare, modificare o estinguere un rapporto giuridico».

Il Codice civile Argentino, al primo Libro, intitolato 'Parte Generale', nel titolo IV, rubricato 'Fatti e atti giuridici', al capitolo I, 'Disposizioni generali', definisce nell'art. 257 il fatto giuridico «l'avvenimento che, secondo l'ordinamento giuridico, produce la nascita, la modificazione o l'estinzione di relazioni o situazioni giuridiche», laddove nel successivo art. 259, invece, è atto giuridico «l'atto volontario lecito che ha come fine immediato l'acquisizione, modificazione o estinzione di relazioni o situazioni giuridiche».

Entrambi i codici, quindi, riprendendo l'impostazione di fondo del BGB tedesco, accolgono una parte generale sul fatto, sull'atto o sul negozio, rispetto ad una parte speciale sul contratto in generale.

Si tratta di un profilo che, soprattutto nella prospettiva della edificazione di un nuovo Progetto di Codice civile cinese, induce, a beneficio della riflessione interna all'ordinamento cinese, a riordinare le distinzioni e i rispettivi confini tra le stesse, al fine di un possibile confronto di idee e di suggestioni tra le differenti esperienze giuridiche.

2. *Tratti e linee della comparazione: volontà e consapevolezza nei fatti giuridici e negli atti giuridici in senso stretto*

Nella tradizione del pensiero giuridico europeo l'attività giuridica viene classificata secondo la partizione offerta dalle categorie concettuali dei fatti giuridici e degli atti giuridici: i primi identificano tutti gli eventi naturali, materiali, o umani dal cui realizzarsi segue una modificazione della realtà, così che la nozione di fatto giuridico, nelle sue grandi linee, individua un fatto, sia esso naturale, sia esso umano, in grado di produrre un evento giuridicamente rilevante.

Un'autorevole dottrina ha, però, distinto tra fatto naturale e fatto giuridico, ponendo in evidenza come ogni fatto giuridico abbia una sua base materiale e quindi sia in sen-

UNA DISCIPLINA PER L'OBBLIGAZIONE*

ENRICO DEL PRATO

ABSTRACT: Dopo aver illustrato sinteticamente le materie che confluiscono nel regime generale dell'obbligazione, il contributo delinea l'ambito applicativo e il senso di una disciplina autonoma del rapporto obbligatorio come strumento indispensabile per un'utile sistematica del diritto privato, volgendo infine lo sguardo ad altri codici contemporanei.

RESUMEN: Después de haber ilustrado sistéticamente las materias que confluyen en el régimen de las obligaciones, el trabajo delinea el ámbito de aplicación y el sentido de una regulación autónoma de la relación obligacional como instrumento indispensable para una útil sistematica del derecho privado, dirigiendo finalmente la mirada a otros códigos contemporáneos.

PAROLE CHIAVE: Codice civile; diritto privato; obbligazione; responsabilità; contratto; causa; oggetto; garanzia.

PALABRAS CLAVE: Código civil; derecho privado; obligaciones; responsabilidad; contrato; causa; objeto; garantía.

SOMMARIO: 1. Il senso dei codici civili. – 2. Obbligazione, responsabilità, garanzia. – 3. Area dell'obbligazione. – 4. Interferenze col contratto. – 5. Obbligazione e responsabilità c.d. contrattuale ed extracontrattuale. – 6. Contenuto e senso di una disciplina dell'obbligazione in generale nel codice civile italiano. – 7. Una panoramica.

1. *Il senso dei codici civili*

Quest'incontro si colloca nel corso dell'elaborazione del codice civile cinese. È un momento di sicuro rilievo perché il codice civile è la più sontuosa espressione del giu-spositivismo, del diritto appannaggio della legislazione statale. I codici civili inaugurano il diritto contemporaneo e si pongono come utensili da cui attingere la soluzione di ogni problema. Il loro senso è ordinante: comprendere e interpretare i bisogni dell'uomo e della società, selezionare quelli giuridicamente rilevanti, tradurli in norme – possibilmente poche e sintetiche –, affidare agli studiosi la costruzione del sistema giuridico e ai giudici di concorrere alla sua creazione attraverso le sentenze.

Nella seconda metà del secolo passato il sistema delle fonti normative ha iniziato a disgregarsi in un complesso reticolo di relazioni tra autorità, da quelle di rango sovranazionale a quelle secondarie, sempre più frammentate in ordinamenti sezionali e apparentemente specialistici. La proliferazione di leggi speciali ha alimentato il dubbio che la norma codicistica abbia perso centralità e che l'ordinamento tenda ad una inevitabile disgregazione in sottosistemi autonomi.

Ordine e semplicità del dettato sono la ricetta di una buona legislazione. La radice è nella formazione paziente e nell'ascolto – ormai rarefatto – di tecnici che sappiano percepire e tradurre le idee in linguaggio normativo sistemandole secondo categorie appropriate.

* È il testo della relazione tenuta nell'ambito del VI Congresso Internazionale su *Diritto Romano, diritto Cinese e Codificazione del Diritto Civile*, svoltosi a Pechino, presso l'Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (CUPL), nei giorni 13 e 14 ottobre 2018.

La realtà è impregnata di velocità, su tutti i piani; la globalizzazione riconosce ed accentua il bisogno di regole generali che siano strumento uniforme di gestione dei rapporti; il riconoscimento, sempre più penetrante, dei diritti fondamentali tende a formare una costituzione materiale universale; la finanziarizzazione dell'economia ci lascia assistere alla partenogenesi di utilità slegate dall'economia reale. Sono fenomeni così complessi e fulminei, travalicanti i confini normativi nazionali da rendere inevitabile risposte approssimative da parte del diritto.

Ma l'antropologia resta la premessa e l'asse portante dell'analisi giuridica. Essa ci aiuta a comprendere che il diritto ha una funzione omogenea perché serve a risolvere gli stessi problemi ovunque. La riflessione sul modo di edificare l'esperienza giuridica suggerisce di privilegiare un metodo induttivo, che muova dalla consapevolezza dell'effettività, e pertanto costruisca, oggi, la fenomenologia del diritto non solo nella dimensione delle codificazioni e della legge.

Questa dinamica può essere esaminata da molti angoli di osservazione. Ma c'è una questione di fondo: il diritto è condizionato dai rapporti di forza, ma è degno del suo nome quando esprime un insieme di valori che non sono la mera ratifica della forza. Il diritto è fatto per servire l'uomo, non per asservirlo. L'uomo è l'unico *a priori* del diritto, che resta solo uno strumento per perseguire la miglior convivenza possibile.

I codici non sono solo un complesso, più o meno efficiente, di norme. Essi sono un'idea di sistema e di ordine. L'ordine rende calcolabili gli effetti delle scelte di ciascuno; le certezze – nei limiti delle umane possibilità – generano fiducia, e questa alimenta virtuosi effetti sistemici. Ciò non porta a rimpiangere il passato, ma induce a guardare avanti cercando di attribuire al diritto la sua migliore funzione per ricavarne ciò che è realmente in grado di dare: organizzare la società secondo un modello che, almeno nelle intenzioni, aspira a renderla ottimale.

2. *Obbligazione, responsabilità, garanzia*

Nel convegno che si tenne qui a Pechino nell'ottobre del 2009 mi occupai di 'obbligazione e dovere'¹. Ciò mi indusse a soffermarmi sul contenuto dell'obbligazione, sulla portata dei doveri giuridici che non costituiscono obbligazione e sui quei doveri ricondotti all'obbligazione sebbene non si sostanzino in una prestazione.

Tra i primi vennero in considerazione il dovere di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), i doveri a contenuto non patrimoniale nell'ambito della famiglia e, ora, delle altre comunità di vita (cfr., ad es., gli artt. 143 e 147 c.c.).

Delle obbligazioni senza prestazione occorre chiarire il senso, visto che la stessa espressione è un'apparente aporia. Si tratta, in definitiva, dell'estensione del regime della responsabilità c.d. contrattuale oltre i casi in cui è prevista una specifica prestazione

¹ Cfr. E. DEL PRATO, *Obbligazione e dovere: contenuto e tutele*, in *Atti del IV Congresso Internazionale Diritto romano, diritto cinese, codificazione del diritto civile. Dal diritto romano e dal diritto cinese tradizionale al diritto moderno: dialogo tra storia e attualità - Pechino, 24-25 ottobre 2009*, tradotto in cinese, Pechino, 2011, 236, e in questa rivista, 28/2009, 99, e ora in Id., *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, 33.

LA PREDISPOSIZIONE UNILATERALE DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI: LIBERTÀ E LIMITI. DIRITTO ROMANO ED ORDINAMENTI MODERNI*

ALDO PETRUCCI

ABSTRACT: Il lavoro ha come finalità quella di indagare alcune radici storiche del fenomeno della predisposizione unilaterale delle clausole da parte di uno dei contraenti, tipico della moderna contrattazione di massa. Si parte dall'esame di casi specifici trattati nelle fonti giuridiche romane, da cui emergono le problematiche maggiormente rilevanti affrontate dai giuristi. Seguono un confronto con quelle più sentite negli ordinamenti moderni ed una rapida esposizione delle soluzioni in essi adottate.

RESUMEN: El trabajo tiene la finalidad de investigar algunas raíces históricas del fenómeno de la predisposición unilateral de las cláusulas por parte de uno de los contratantes, típico de la moderna contratación en masa. El mismo comienza con el examen de casos específicos tratados en las fuentes jurídicas romanas, en las que se pueden apreciar las problemáticas más relevantes resueltas por los juristas. El artículo continúa con una comparación con las problemáticas que los ordenamientos modernos consideran más importantes y con una rápida exposición de las soluciones adoptadas por los mismos.

PAROLE CHIAVE: Diritto romano; clausole contrattuali; predisposizione unilaterale: contrattazione di massa moderna.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano; cláusulas contractuales; predisposición unilateral; moderna contratación en masa.

SOMMARIO: 1. Il nostro campo di indagine. – 2. I dati contenuti in Ulpiano (28 *ad ed.*) in D. 14,3,11,3-5. – 3. Le notizie che si possono desumere da Ulpiano (28 *ad ed.*) in D. 14,1,1,12 e D. 14,1,1,5. – 4. Le condizioni generali di locazione dei magazzini ed il caso trattato da Labeone (5 *post. a Iav. epit.*) in D. 19,2,60,6. – 5. Condizioni contrattuali delle vendite all'asta concluse per mezzo dei banchieri. – 6. Il quadro complessivo del diritto romano e le problematiche moderne. Osservazioni conclusive.

1. *Il nostro campo di indagine*

Questo importante Congresso internazionale mi dà l'occasione di tornare a riflettere su alcuni dati offerti dalle fonti giuridiche ed epigrafiche in tema di esercizio delle attività economiche organizzate (*exercitio negotiationum*), ma esaminandoli in una diversa prospettiva. Intendo, infatti, soffermarmi in particolare sul profilo della libertà riconosciuta dall'ordinamento all'imprenditore (*negotiator*) di predeterminare alcune condi-

* Viene qui riprodotto, senza modifiche sostanziali, il testo scritto della relazione da me tenuta nel VI Congresso internazionale di *Diritto romano, diritto cinese e codificazione del diritto civile (Il sistema dei Codici civili del XXI secolo*, Pechino 13 e 14 ottobre 2018). Ciò spiega il suo particolare taglio e le finalità che ho inteso darle.

zioni generali, cui si sarebbero dovuti attenere i contraenti che avessero voluto ricorrere ai beni e/o servizi oggetto dell'attività economica, e degli eventuali limiti e divieti legali imposti al loro potere di predisposizione unilaterale¹. Come avremo modo di vedere, fra queste condizioni generali rientravano anche clausole con cui si permetteva o vietava di scegliere determinate categorie di persone come controparte contrattuale, adottando così delle vere e proprie 'politiche discriminatorie' fra i potenziali contraenti.

Comincerò la mia analisi dalle notizie che si possono trarre dal commento dei giuristi agli editti sull'azione institoria (*de institoria actione*) e sull'azione contro l'armatore (*de exercitoria actione*), in quanto ci sono forniti chiari esempi di clausole che si sarebbero dovute osservare nei contratti conclusi tra l'institore o il comandante della nave ed i clienti dell'attività imprenditoriale. Ne emergerà, come potremo constatare, la *ratio* sottostante alla libera predeterminazione e le cautele che la circondano, con le relative sanzioni in caso di violazione.

Passerò in seguito ad esaminare i dati relativi alle condizioni contrattuali fissate da un gestore di magazzini (*horrearius*) per la locazione degli spazi all'interno degli stessi, avendo la fortuna di disporre, per questo tipo di attività, di una documentazione sufficiente a ricostruire un quadro complessivo esauriente. Mi occuperò infine di banchieri (*argentarii*) in riferimento ad alcune clausole predisposte in occasione di vendite all'asta di beni altrui, da loro organizzate, in cui svolgevano un ruolo di intermediazione finanziaria.

All'esito, come sempre, sarà possibile tracciare un breve quadro offerto dal diritto romano e confrontarlo con le problematiche esistenti all'interno di alcune esperienze giuridiche moderne in materia di predisposizione unilaterale delle condizioni contrattuali nell'ambito del fenomeno della contrattazione per adesione o per moduli e formulari, che occupa ormai uno spazio fondamentale nel diritto contrattuale contemporaneo.

2. I dati contenuti in Ulpiano (28 ad ed.) in D. 14,3,11,3-5

Attraverso l'azione institoria si realizzava la tutela dei terzi, che avessero contrattato con l'institore nell'ambito della preposizione, per far valere una responsabilità integrale (*in solidum*) del proponente per le obbligazioni rimaste inadempite².

¹ Di tale argomento mi sono varie volte occupato negli ultimi due decenni. Mi sia permesso ricordare, fra gli altri, i miei studi: *In margine a Gai. 4, 126a. Osservazioni sulla 'exceptio mercis non traditae' e la 'praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium solverit' in un "auctio argentaria"*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, Napoli, 2001, 316 ss.; *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes frente a los empresarios. Observaciones sobre algunas normativas del derecho romano 'clásico'*, in questa rivista, 13/2002, 233 ss.; *Neque enim decipi debent contrahentes. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardo repubblicano e del principato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, III, Padova, 2003, 89 ss.; *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, in *IURA*, LIII, 2002, edito 2005, 17 ss.; *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, 9 ss., 55 ss., 239 ss. e, da ultimo, *Poteri e limiti per i negotiatores di predisporre le condizioni contrattuali fra tarda repubblica e principato*, in *SDHI*, LXXXIII, 2017, 11 ss., a cui si ispira in larga misura la presente relazione.

² In dottrina si rinvia, per tutti, a F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 24 ss.; A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti* cit., 13 ss.; P. CERAMI, *Intro-*

OSSERVAZIONI SPARSE IN TEMA DI SERVITÙ TRA STORIA E DOGMATICA. PER UNA RILETTURA DELLE NORME CINESI*

ANTONIO SACCOCCIO

ABSTRACT: La servitù cd. prediale è un istituto nel quale evidente appare il legato del diritto romano. Esso si inserisce nella più ampia categoria dei diritti reali, categoria che ha resistito agli attacchi destrutturanti di una parte della dottrina, per cui ancora oggi la servitù può essere considerata come una limitazione del diritto di proprietà (configurabile come ‘diritto madre’), mediante la ‘cessione’ al titolare del fondo servente di alcuni ‘fasci’ di utilità, normalmente ricompresi nel ‘diritto madre’ stesso. Si analizzano alcune norme della Legge cinese sui diritti reali del 2007, proponendone, in taluni casi, una revisione critica.

RESUMEN: La denominada servidumbre predial es una institución en la que aparece evidente el ligamen con el derecho romano. La misma está incluida en la categoría de los derechos reales, la que ha resistido a los ataques deestructurantes de una parte de la doctrina, por lo que todavía hoy ella puede ser considerada como una limitación del derecho de propiedad (configurable como ‘derecho madre’), mediante la ‘cesión’ al titular del fundo sirviente de algunos ‘haces’ de utilidad, normalmente comprendidos en el ‘derecho madre’. Se analizan algunas normas de la Ley china sobre los derechos reales de 2007, proponiendo, en algunos casos, una revisión crítica.

PAROLE CHIAVE: Servitù; diritti reali; diritti reali limitati; Legge cinese sui diritti reali

PALABRAS CLAVE: Servidumbre; derechos reales; derechos reales limitados; Ley china sobre derechos reales.

SOMMARIO: 1. La denominazione. – 2. La servitù e il ‘sistema’ dei diritti reali. – 3. Le caratteristiche essenziali della servitù. – 4. Le origini. – 5. Gli sviluppi successivi. – 6. La natura dogmatica ‘essenziale’ della servitù. – 7. Le principali classificazioni. – 8. La servitù nella Legge cinese sui diritti reali.

1. *La denominazione*

Le cd. ‘servitù prediali’ sono uno degli istituti per i quali la disciplina moderna risente maggiormente dell’inquadramento che a esso hanno dato i giuristi romani¹.

* Il presente saggio costituisce il testo della relazione tenuta al VI Convegno internazionale su ‘Diritto romano, diritto cinese, codificazione del diritto’, svoltosi a Pechino il 13-14 ottobre 2018; il tono colloquiale e l’apparato bibliografico essenziale sono stati volutamente mantenuti.

¹ Significative sono le parole di G. GROSSO, nella *Prefazione* (p. X) al suo *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969: in tema di servitù «sono rari gli articoli del nostro codice civile che non dicano qualcosa che si trovi, o trovi il suo spunto, nelle fonti romane»; nello stesso senso, cfr. anche G. TAMBURRINO-A.N. GRATTAGLIANO, *Le servitù*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. BIGIAVI, Torino, 2002³, 5. Invero, sebbene sia innegabile che l’istituto mantenga ancora oggi una sua vitale importanza, non possiamo nascondere il fatto che esso oggi non ha la stessa rilevanza che aveva in una società imperniata sulla proprietà fondiaria, come quella romana: cfr. S. MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009, XIII.

Nel poco tempo a mia disposizione, e senza alcuna pretesa di esaustività, cercherò di affrontare alcuni degli snodi principali che l'istituto ha posto e ancora pone alla dottrina romanistica e civilistica, lanciando altresì uno sguardo anche sulla legislazione cinese, per vedere se questi problemi si riflettano anche nell'articolato cinese e/o se da questo ne sorgano altri nuovi e diversi.

Da più parti è stato rilevato come il nome 'servitù' richiami l'idea del 'servire', con cui si trasla ai rapporti tra due fondi l'immagine del servizio che uno schiavo (*servus* in latino) rende al proprio padrone²: coerentemente, l'art. 1027 del Cc. it. 1942 definisce la servitù prediale come «il peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario».

La definizione stessa sollecita alcune prime riflessioni introduttive.

Innanzitutto, si noti l'uso del singolare 'la servitù', a indicare che non si tratta di un diritto 'tipizzato', ma piuttosto di una categoria generale, con libertà di determinazione del contenuto all'interno dello schema previsto dalla legge. È interessante però rilevare come la dottrina, pur notando e rilevando diffusamente tale caratteristica, non manca di parlare nelle proprie opere di 'servitù prediali' al plurale³.

Inoltre, diverse critiche si è attirato in Italia il mantenimento dell'aggettivo 'prediali' accanto al sostantivo 'servitù'. L'aggettivo 'prediale', infatti, è stato considerato una specie di fossile ereditato dal diritto romano e, in particolare, dalla distinzione giustiniana tra servitù personali e servitù prediali⁴. Abbandonata questa distinzione già nel Cc. napoleonico⁵, e poi anche nel Cc. it. del 1865, il mantenimento dell'aggettivo 'prediale' nel Cc. del 1942 è stato considerato inutile e sovrabbondante⁶.

2. La servitù e il 'sistema' dei diritti reali

Nei moderni manuali, di diritto romano così come di diritto civile, appare chiaro l'inserimento della servitù tra i diritti reali, al pari della proprietà: inutile appare fornire citazioni sul punto. Leggendo la dottrina, ma soprattutto leggendo le fonti, il punto appare meritevole di più di qualche precisazione.

² Cfr., *ex multis*, M. COMPORTI, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. 8, t. II, 2002, 175.

³ Sul punto, con ampi riferimenti anche al diritto romano, vd. soprattutto G. GROSSO, *Le servitù prediali* cit., 3 ss.; A. BURDESE, *s.v. Servitù prediali (diritto vigente)*, in *NNDI*, 17, 1970, 131; ID., *Servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, III, 4, Milano, 1960, 4; M. COMPORTI, *s.v. Servitù (dir. priv.)*, in *ED*, 42, 1990, 276; ID., *Le servitù prediali*, cit., 178.

⁴ Sulla distinzione basti qui il rimando a R. NICOLÒ, *s.v. Servitù personali*, in *NDI*, 12, 1, 1940, 285. Sul punto torno anche *infra*, al § 6.

⁵ Vd. la precisazione dell'art. 686 Cc. fr., dove si chiarisce che i rapporti di servitù possono instaurarsi solo tra fondi; evidente appare la prudenza con cui il legislatore francese si muove, per scongiurare, in quel determinato momento storico, il rischio della reviviscenza del sistema feudale, che la rivoluzione borghese aveva inteso rovesciare.

⁶ Per la separazione concettuale tra servitù e usufrutto, vd., al tempo del primo Cc. italiano, già G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso, dell'abitazione*, I, Napoli, 1936² (1° 1896), 88 ss. Dopo il varo del Codice, tale impostazione è rapidamente divenuta *communis opinio: ex multis*, cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, II, Milano, 1965⁹, 626; A. BURDESE, *s.v. Servitù (diritto vigente)*, cit., 131.

L'ALTRA VIA DELLA SETA: LA ROTTA TRANSPACIFICA DEL 'GALEONE DI MANILA' (1565-1815). ASPETTI STORICO-GIURIDICI*

DAVID FABIO ESBORRAZ

ABSTRACT: Dal 1565 al 1815 la Rotta transpacificca del 'Galeone di Manila' ha collegato Oriente e Occidente attraverso l'America ispanica. Una parte dei beni trasportati veniva distribuita all'interno del vicereame della Nuova Spagna o inviata ad altre regioni dell'America spagnola. Tuttavia, un'altra parte di esse era spedita in Spagna, attraverso la 'Flotta delle Indie' transatlantica, e poi distribuita in tutta Europa e persino in Africa. Come nel caso della tradizionale Via della Seta trans-eurasiatica, anche questa 'altra' Via della Seta transpacificca è servita non soltanto a trasportare merci, ma anche come veicolo per scambi culturali (compresi quelli in materia giuridica) tra le persone coinvolte nei luoghi in cui fossero arrivate le merci trasportate dal Galeone. Il commercio e gli scambi culturali che il Galeone ha contribuito a mettere in atto hanno reso possibile il collegamento tra i popoli di Asia, America, Europa ed Africa nonostante gli oceani che li separavano fisicamente. Per tale motivo questa 'altra' Via potrebbe essere considerata come una prima esperienza di globalizzazione su vasta scala.

RESUMEN: Desde 1565 a 1815 la Ruta transpacificca del 'Galeón de Manila' ha conectado Oriente y Occidente a través de la América hispánica. Una parte de los bienes transportados era distribuida dentro del virreinato de Nueva España o enviada a otras regiones de la América española. Sin embargo, otra parte de las mismas era expedida a España, a través de la 'Flota de las Indias' transatlántica, y luego distribuida en Europa e, incluso, en Africa. Como en el caso de la tradicional Ruta de la Seda trans-euroasiática, esta 'otra' Ruta de la Seda transpacificca ha servido no solo para transportar mercaderías, sino como vehículo de intercambios culturales (comprendidos los de tipo jurídico) entre las personas involucradas en los lugares a los cuales llegaron las mercaderías transportadas por el Galeón. El comercio y los intercambios culturales que el Galeón ha contribuido a poner en práctica han hecho posible el vínculo entre los pueblos de Asia, América, Europa y África, no obstante los océanos que les separaban físicamente. Por este motivo esta 'otra' Ruta podría ser considerada la primera experiencia de globalización a gran escala.

* L'interesse verso l'argomento qui trattato è sorto in occasione della preparazione delle lezioni per il Corso di *Introducción al derecho latinoamericano* da me tenuto, insieme a quello di *Español jurídico*, nel mese di maggio del 2017 presso la *China University of Political Science and Law* (CUPL) a Beijing (campus di Changping), grazie all'invito del prof. Zhai Yuanjian. Il testo definitivo di questo lavoro è frutto invece di un soggiorno di ricerca, trascorso nel mese di febbraio del 2018 presso l'*Instituto de Investigaciones Jurídicas* (IJ) della *Universidad Nacional Autónoma de México* (UNAM), in qualità di beneficiario del Programma *Short Term Mobility/2017* del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR). Durante la mia permanenza a Città del Messico ho anche avuto la possibilità di frequentare la biblioteca di *El Colegio de México* (COLMEX) e quella dell'*Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora*. Infine, ringrazio i professori Jorge Adame Goddard (*Universidad Panamericana*) e Jorge Menabrito Paz (*UNAM*) per tutto l'aiuto fornito durante il mio soggiorno messicano.

PAROLE CHIAVE: Vie della Seta; Galeone di Manila; colonizzazione delle Filippine; diritto indiano; statuto dei *sangleyes*; prima globalizzazione.

PALABRAS CLAVE: Ruta de la Seda; Galeón de Manila; colonización de las Filipinas; derecho indiano; estatuto de los *sangleyes*; primera globalización.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'incontro tra spagnoli e cinesi nelle Isole Filippine e la necessità di implementare un nuovo paradigma colonizzatore per le Indie Orientali. – A. La città di Manila: luogo di convivenza, collaborazione e concorrenza tra due culture. – B. Le particolarità del diritto indiano elaborato per le Filippine: lo statuto giuridico dei *sangleyes*. – 3. Il 'Galeone di Manila' e l'origine della globalizzazione. – A. Gli effetti economici e culturali dell'attività del Galeone. – B. La regolamentazione del commercio tra la Cina, le Filippine e l'America ispanica: la tensione tra gli interessi indiani e quelli peninsulari. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

L'espressione 'Via della Seta' è stata coniata dallo studioso tedesco Ferdinand Freiherr von Richthofen (1833-1905) nel 1877 (*Seidenstrasse*)¹ per designare l'insieme di percorsi carovanieri e rotte commerciali che sin dall'antichità univa l'Asia orientale, e in particolare la Cina, al Medio Oriente e al bacino del Mediterraneo, mettendo già in collegamento l'Impero cinese con quello romano. A questa esperienza del passato si ispira oggi la 'nuova' Via della Seta (一帶一路, la c.d. *Belt and Road Initiative*)², avviata nel 2013 dal governo cinese con la pretesa di migliorare le vie di comunicazione e l'interconnessione tra Asia e Europa, incrementare l'intercambio commerciale, instaurare un'apposita rete finanziaria internazionale e facilitare i contatti e gli scambi tra popoli, civiltà e culture diverse; lo scopo dichiarato è quello di creare un nuovo modello di relazioni internazionali basate sulla cooperazione di mutuo vantaggio e sviluppare un'economia mondiale inclusiva e un sistema di commercio e investimenti equo e trasparente (fondato su regole condivise, non imposte)³.

Qui mi propongo però di parlare di un'altra Via della Seta, cioè della rotta commerciale transpacifico del 'Galeone di Manila' che dal 1565 al 1815 ha collegato Oriente e Occidente attraverso l'America ispanica⁴, contribuendo così alla costruzione di uno spazio comune attorno all'oceano Pacifico molti secoli prima dell'iniziativa dell'*Asia-Pacific Economic Cooperation* (APEC), nata nel 1989 allo scopo di favorire la coopera-

¹ Cfr. *China. Ergebnisse eigener Reisen und darauf gegründeter Studien*, I, Berlin, 1877, 499 s. e 507.

² Sulla quale si fa rinvio, in generale, al sito ufficiale del governo cinese: <http://jhzggs.nsa.gov.cn/bilingual_view.php?NewsID=314>.

³ Ciò dovrebbe condurre anche alla «solidarietà eurasiatica» della quale parla P. CATALANO, *Per un romanismo socialista del XXI secolo. Verso la solidarietà eurasiatica: Sassari-Roma-Xi'an 1973-2013*, in questa rivista, 37/2016, 235-250.

⁴ Di 'Rotte ispanoamericane della seta' cinese dalle Filippine fino a Buenos Aires, passando per i viceami spagnoli della Nuova Spagna e del Perù, parla M. BONALIAN, *China en la América colonial. Bienes, mercados, comercio y cultura del consumo desde México hasta Buenos Aires*, Buenos Aires-México, 2014, 87 ss.

RIFLESSIONI SUL DIRITTO DI PROPRIETÀ LUNGO LA VIA DELLA SETA

EMANUELA CALORE

ABSTRACT: L'autore in questo contributo propone una prima analisi sulla concezione e sulle caratteristiche del diritto di proprietà, in particolare, nell'ambito delle diverse forme di proprietà, della proprietà privata, nel diritto romano, nel diritto islamico, nel diritto russo e nel diritto cinese. La comparazione, sia diacronica che sincronica, in questo specifico ambito, tra le diverse esperienze giuridiche esaminate fa emergere punti di contatto che meritano di essere approfonditi. La varietà degli schemi giuridici dell'appartenenza; la concezione del potere del proprietario come non assolutamente illimitato; l'attenzione per gli interessi della collettività, nonostante la prevalenza della prospettiva proprietaria, sembrerebbero essere espressione di un dialogo tra le diverse esperienze giuridiche esaminate.

RESUMEN: En este artículo, el autor propone un primer análisis de la concepción y de las características del derecho de propiedad, particularmente en el ámbito de las diferentes formas de propiedad, de la propiedad privada, en el derecho romano, en el derecho islámico, en el derecho ruso y en el derecho chino. La comparación, tanto diacrónica como sincrónica, en esta área específica, entre las diferentes experiencias jurídicas examinadas, demuestra puntos de contacto que merecen ser explorados. La variedad de las formas jurídicas de pertenencia; la concepción del poder del propietario como no absolutamente ilimitado; la atención a los intereses de la comunidad, a pesar de la prevalencia de la perspectiva propietaria, parece ser la expresión de un diálogo entre las diferentes experiencias jurídicas examinadas.

PAROLE CHIAVE: Proprietà; forme giuridiche di appartenenza; interesse della collettività; diritto romano; diritto islamico; diritto russo; diritto cinese.

PALABRAS CLAVE: Propiedad; formas jurídicas de pertenencia; interés de la comunidad; derecho romano; derecho islámico; derecho ruso; derecho chino.

SOMMARIO: I. La concezione del diritto di proprietà nel diritto romano, nel diritto islamico, nel diritto russo e nel diritto cinese. – 1. Premessa. – 2. Concezione e caratteristiche della proprietà nel diritto romano. – 3. Concezione e caratteristiche della proprietà nel diritto islamico. – 4. Concezione e caratteristiche della proprietà nel diritto russo post-socialista. – 5. Concezione e caratteristiche della proprietà nel diritto cinese. – 6. Conclusioni.

I. La concezione del diritto di proprietà nel diritto romano, nel diritto islamico, nel diritto russo e nel diritto cinese

1. Premessa

In questo contributo vorrei soffermarmi sulla concezione del diritto di proprietà – in particolare con riferimento alla proprietà privata – e su alcune sue specifiche caratteristiche in alcune esperienze giuridiche maturate lungo la Via della Seta, più precisamente nel diritto romano, nel diritto islamico, nel diritto russo e nel diritto cinese.

2. Concezione e caratteristiche della proprietà nel diritto romano

La proprietà nel diritto romano¹ è uno dei diversi schemi giuridici dell'appartenenza delle cose e non è considerata né un diritto naturale né un diritto assolutamente illimitato².

Nei *Digesta* di Giustiniano è riportato un testo del giurista Ermogeniano (D. 1,1,5 Herm. *Libro primo iuris epitomarum*) dal quale si ricava che la proprietà non era considerata come un istituto di diritto naturale³:

Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ: exceptis quibusdam quæ iure civili introductæ sunt.

Nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 1,8,2) – sull'esempio delle Istituzioni di Gaio (Gai. 1,53) – si legge: *expedit enim rei publicæ, ne quis re sua male utatur*, è interesse della *res publica* che nessuno utilizzi male le sue cose. Questo – come vedremo – è uno dei testi che mostra l'attenzione del diritto romano a che il diritto di proprietà sia correttamente esercitato dal suo titolare, tanto che Gaio, nel testo preso a modello dai compilatori, collegava all'affermazione *male enim nostro iure uti non debemus* l'*interdictio* al *prodigus* della *bonorum suorum administratio*⁴.

Francesco De Martino, sebbene non sulla base del principio esplicitato dall'Imperatore Giustiniano, ha affermato che il diritto romano teneva in considerazione gli interessi sociali e considerava preminenti gli interessi collettivi su quelli individuali⁵. Anche

¹ Si tratta di un istituto sul quale vi è una vastissima letteratura e che continua ad essere oggetto di attenzione da parte degli studiosi, come mostrano ad esempio i due recenti contributi rispettivamente di M.J. SCHERMAIER, *Dominus actuum suorum. Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht*, in *ZSS*, 134, 2017, 49 ss. e di F. GIGLIO, *The Concept of Ownership in Roman Law*, in *ZSS*, 135, 2018, 76 ss.

² Alcune delle riflessioni proposte in questo contributo compaiono anche in: E. CALORE, *Pertenencia colectiva, propiedad y 'comunidad': la experiencia romana*, in *Estudios latinoamericanos de derecho romano. Acti del XIX Congreso Latinoamericano de derecho romano, Ciudad de México, 26-28 agosto 2015*, a cura di J. ADAME GODDARD e H. HEREDIA, Ciudad de México, 2017, 193 ss.; EAD., *Forme di appartenenza e cittadinanza. A proposito dei fondamenti romanistici nel diritto cinese*, in *BIDR*, VI-CX, 2016, pubblicato nel 2017, 171 ss.

³ Così, P. CATALANO, *Droit naturel, ius Quiritium: observations sur l'anti-individualisme de la conception romaine de la propriété*, in *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, a cura di S. SCHIPANI e G. TERRACINA, Roma, 2009, 127. La considerazione da parte dei Romani della proprietà non come un diritto naturale è a mio avviso confermata anche dalle fonti che testimoniano il ricorso all'*actio iniuriarum* da parte di chi è impedito ad utilizzare una *res sua*. Cfr. E. CALORE, *Forme di appartenenza e cittadinanza cit.*, 174 ss.

⁴ Questo punto del testo gaiano è sembrato ad una parte della dottrina (G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, Leipzig, 1931, 2; S. SOLAZZI, *L'abuso del diritto in Gai. 1,53*, in *SDHI*, 20, 1954, 304 ss.) non genuino. Diversamente, con valide argomentazioni, N. SCAPINI, *I riferimenti alla ratio nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del Convegno Torinese del 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, 335; F. PULITANÒ, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano, 2002, 127 s.

⁵ F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di Diritto comparato e di Studi Legislativi*, 16.1, 1941: 1 ss. (= ora riprodotto fotostaticamente nel volume *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, 1999 della collana *Diritto romano e sistemi giuridici dir.* da Pierangelo Catalano). Su

LA RIFORMA GIUDIZIARIA IN CINA E IL RUOLO DELLA SUPREMA CORTE POPOLARE

LAURA FORMICHELLA

ABSTRACT: Il testo mira a descrivere per grandi linee il processo in corso in seno alla Corte Suprema Popolare cinese che, sulla spinta della crescente competenza delle corti popolari e nei limiti delle prerogative proprie degli altri poteri dello Stato e della necessità di far fronte alle esigenze del Paese, precisa i caratteri del proprio ruolo istituzionale. In particolare, l'analisi è condotta sulla base dei Programmi di Riforma Quinquennale rivolti ai tribunali inferiori in rapporto all'attività di orientamento della casistica giudiziaria avviata dalla Corte Suprema, nonché dell'istituzione dei Tribunali di circuito e dei Tribunali commerciali.

RESUMEN: El texto pretende describir en grandes líneas el proceso en curso en el seno de la Corte Suprema Popular china que, mediante el impulso de la creciente competencia de las cortes populares y dentro de los límites de las prerrogativas propias de los otros Poderes del Estado y de la necesidad de hacer frente a las exigencias del país, precisa los caracteres del propio papel institucional. En particular el análisis está conducido con base en los Programas de Reforma Quinquenales dirigidos a los tribunales inferiores en relación con la actividad de orientación de la casística judicial puesta en marcha por la Corte Suprema, como también de la institución de los Tribunales de circuito y de los Tribunales comerciales.

PAROLE CHIAVE: Riforma giudiziaria; Programmi di riforma; casistica giudiziaria; giurisprudenza romana; Tribunali di circuito.

PALABRAS CLAVE: Reforma judicial; Programas de reforma; casuística judicial; jurisprudencia romana; Tribunales de circuito.

SOMMARIO: 1. Caratteri generali del processo di riforma giudiziaria in Cina. – 2. Caratteristiche del sistema di orientamento della casistica giudiziaria svolto dalla Suprema Corte Popolare cinese. – 3. Il ruolo della giurisprudenza romana nella formazione ed applicazione del diritto. – 4. L'istituzione dei Tribunali di circuito (*xunhui fating*). – 5. Conclusioni.

1. Caratteri generali del processo di riforma giudiziaria in Cina

Il sistema giudiziario cinese è stato oggetto di ripristino e poi di significativa riorganizzazione negli ultimi 40 anni¹. I Programmi di riforma che lo hanno interessato, a partire dal 1999, quando la Corte Suprema del Popolo pubblicò l'«Outline of Five-

¹ Per una analisi generale del tema, anche con riferimento a periodi antecedenti, si vedano gli importanti testi di J.A. COHEN, *The Chinese Communist Party and "Judicial Independence": 1949 – 1959*, in *Harv. L. Rev.*, 82, 1969; S.B. LUBMAN, *Bird in a cage: legal reform in China after Mao*, 1999; B.L. LIEBMAN, *A Return to Populist Legality? Historical Legacies and Legal Reform, Mao's invisible hand: the political foundations of adaptive governance in China*, 165, 2011; JINTING DENG, *A Functional Analysis of China's Guiding Cases*, in *China: Int'L J.*, 14, (forthcoming Aug. 2016).

year Reform» (1999-2003), costituiscono tema oggetto di attenzione da parte di studiosi cinesi e stranieri, per l'interesse a ricercare ed identificare in tali documenti, ed in quelli ad essi strettamente correlati, le linee di evoluzione del ruolo dei giudici nell'ambito dell'ordinamento della RPC, anche in considerazione del consistente grado di crescita nella competenza tecnica e autorevolezza che ne caratterizza l'operato.

I più recenti sviluppi di tali riforme hanno evidenziato come essi siano espressione di un contemperamento di esigenze: ricerca di una maggiore professionalità sulla spinta delle richieste provenienti anche dal fronte internazionale, necessità di accrescere la fiducia dei cittadini nell'operato dei giudici, riduzione del divario, tuttora profondo, in termini di professionalità tra tribunali delle città e delle campagne, recupero di poteri di coordinamento dell'attività dei tribunali popolari da parte degli organi centrali, sotto il ruolo guida del Partito.

Balza all'occhio dello studioso l'enfasi con cui il Partito Comunista, particolarmente negli ultimi anni, sottolinei il proprio ruolo di supervisore dell'organo giudicante nell'ambito della cosiddetta *socialist rule of law*. Il profilo di osservazione che suscita maggiore interesse, a chi guardi con continuità all'evolversi del contesto politico e sociale cinese, attiene alla possibilità o meno di cogliere nel susseguirsi dei diversi Programmi di Riforma², un percorso di progressiva maggiore indipendenza dell'operato dei giudici dagli altri poteri dello Stato, o, più semplicemente, l'approntamento di strumenti operativi volti ad uniformare i parametri del ragionamento dei giudici, creando un orientamento uniforme cui i Tribunali inferiori possano riferirsi, e ad aumentare la trasparenza e la conseguente affidabilità dell'attività giudiziaria e della generale credibilità nel sistema giuridico cinese.

Il «Primo Programma di Riforma Quinquennale dei Tribunali Popolari» (*Renmin Fayuan Diyige Wunian Gaige Gangyao*) (1999-2003) che giunse a seguito della elaborazione di importanti documenti da parte della Suprema Corte nel decennio precedente, deve essere letto in connessione alla modifica delle norme che disciplinano il processo civile volte nel complesso a garantire uno snellimento della procedura disciplinante il contenzioso, una maggiore trasparenza nella trattazione delle cause e la volontà di assicurare l'imparzialità dell'operato dei giudici³.

È in questa fase che, in corrispondenza ad un crescente ricorso ai tribunali popolari per controversie derivanti prevalentemente da operazioni economiche, emergono, per una certa parte, aspirazioni a promuovere l'indipendenza dei giudici, in concomitanza con l'attribuzione alle parti di maggiori poteri per la definizione dei processi che li coinvolgono.

² 1999-2003; 2004-2008; 2009-2013; 2014-2018.

³ 关于民事经济审判方式改革问题的若干规定, *Guanyu Minshi Jingji Shenpan Fangshi Gaige Wenti de Ruogan Guiding* [Alcune disposizioni sulla riforma dei processi civili ed economici], promulgate dalla Corte Suprema del Popolo, 11 Luglio 1998; JIANG WEI-WU ZEYONG, 证据法若干基本问题的法哲学分析, *Zhengju Fa Ruogan Jiben Wenti de Fazhexue Fengxi* [Analisi giurisprudenziale su diversi problemi fondamentali del diritto probatorio], in *中国法学, Zhongguo Faxue*, 2, 24, 2002, 45 s.; C.F. MINZNER, *China's Turn Against Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 59, 2011, 935; S. BALME-HE XIN, *Review of efforts to improve judicial efficiency and costs, Review of Efforts to Improve Judicial Efficiency and Costs in China*, prodotto da Unione europea e UNDP, 4.

IL PROBLEMA DELLA RECEZIONE DEL 'CONTRATTO-ACCORDO': DIRITTO ROMANO E DIRITTO CINESE

ROBERTA MARINI

ABSTRACT: L'attuale identificazione del contratto quale accordo, volta a riconoscere allo stesso una funzione non solamente creativa dell'obbligazione, ha conseguentemente comportato l'inserimento, a pieno titolo, nell'alveo della categoria contrattuale anche dell'accordo con effetti modificativi ed estintivi. Tale modello, che si pone come punto di arrivo di una serie di percorsi di rilettura della categoria contrattuale e che vede due dei suoi momenti essenziali nel giusnaturalismo da un lato e nel sistema di diritto privato costruito dalla Pandettistica tedesca dall'altro, risulta antitetico a quello elaborato dal diritto romano, nel quale l'*obligatio contracta*, una volta sorta, era posta su un piano di non facile 'erosione' da parte dell'autonomia privata. Il diritto contrattuale cinese, con la scelta di definire il contratto come accordo compiuta nella Legge sui contratti del 1999, si inserisce a pieno diritto in questo contesto contrattuale e si colloca perfettamente all'interno del dialogo fra sistemi giuridici. Tale significativa scelta non è, peraltro, esente per il giurista del settore romanistico da importanti spunti di riflessione.

RESUMEN: La actual identificación del contrato como acuerdo, dirigida a reconocer al mismo la función no solo de crear obligaciones, ha determinado consecuentemente la inclusión, de pleno derecho, en el ámbito de la categoría contractual del acuerdo con efectos modificativos y extintivos. Este modelo, que se coloca como punto de llegada de una serie de relecturas de la categoría contractual y que ve dos de sus momentos esenciales en el jusnaturalismo, por un lado, y en el sistema de la Pandectística alemana, por el otro, resulta antitético al elaborado por el derecho romano, en el cual la *obligatio contracta*, una vez surgida, era colocada en un plano de no fácil 'modificación' por parte de la autonomía privada. El derecho contractual chino, con la elección de definir el contrato como acuerdo, llevado a cabo por la Ley sobre los contratos de 1999, se ubica en este contexto contractual y se coloca perfectamente dentro del diálogo entre los sistemas jurídicos. Sin embargo, esta significativa elección no está exenta para el jurista del sector romanístico de importantes elementos de reflexión.

PAROLE CHIAVE: Contratto; *conventio*; diritto romano; legge cinese; codici civili.

PALABRAS CLAVE: Contrato; *conventio*; derecho romano; ley china; códigos civiles.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Aristone e la '*conventio ad resolvendum id quod actum est*'. – 3. Il modello del diritto contrattuale cinese attuale. – A. Dalla Legge sul contratto economico del 1981 ai Principi generali del diritto civile del 1986. – B. La Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese del 1999. – 4. Il percorso della Cina verso la codificazione e il ruolo del diritto contrattuale. – 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

L'attuale estensione della nozione di contratto come accordo, volta a riconoscere allo stesso una funzione non solamente creativa dell'obbligazione ma anche estintiva e/o modificativa, rappresenta ormai, per il giurista attuale, una realtà.

La richiamata identificazione contemporanea della nozione di contratto con il suo fondamento consensuale ('accordo') ha comportato l'inserimento, a pieno titolo, nell'alveo della categoria contrattuale anche dell'accordo delle parti contraenti diretto a modificare o, addirittura, a estinguere le obbligazioni contrattuali assunte.

Tale costruzione, storicamente, ha trovato due momenti essenziali che ideologicamente e concettualmente ne hanno condizionato l'emersione: uno, nella nota lettura giusnaturalistica (XVII sec.), risalente a Grotius, dei *pacta* come espressione caratteristica dei *promissa*¹; l'altro nel sistema di diritto privato elaborato dalla Pandettistica tedesca nel corso dell'800, nel quale la stessa nozione di contratto come accordo è stata a sua volta scomposta attraverso l'occhiale del negozio giuridico bilaterale².

Nei secoli XIX – XX, queste linee di espansione della nozione di 'contratto-accordo' hanno trovato, in forme espressive diverse, una propria rappresentazione nei codici civili del sistema a tradizione romanistica, divenendo quasi una acquisizione assunta come realtà concettuale immutabile e non suscettibile di essere percepita per la sua natura ideologica storicamente fondata nella costruzione del diritto privato borghese.

D'altronde, non è casuale, mi sembra, che questa sia la via scelta anche dai, più o meno recenti, progetti di unificazione o armonizzazione del diritto contrattuale, i quali, pure, scelgono una nozione di 'contratto-accordo' e gli conferiscono, peraltro, un campo di applicazione 'ampio'³.

¹ Nella riflessione groziana da intendersi quale forma terminologica dei contratti, vd. GROTIUS, *De jure belli ac pacis tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Parisiis 1625 (editionis anni 1939, Leiden, rist. Aalen, 1993), Lib. II, Caput, XI *De promissis*, 326 ss. Sul punto U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in J. BARTON (ed.), *Towards a general Law of Contract*, Berlin, 1990, 228 ss.

² Sui diversi momenti e percorsi interpretativi che hanno comportato tale costruzione mi sia permesso di rinviare a R. MARINI, *Contrarius consensus*, Milano, 2017, 167 ss. ove i necessari riferimenti bibliografici.

³ Sembra esemplificativo ricordare brevemente la posizione assunta in materia già dal *Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti* del 1927 il quale all'art. 1 definiva il contratto come «l'accordo di due o più persone per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico». La stessa definizione era stata poi riprodotta nel *Code International des Obligations* del 1937 secondo il quale, all'art. 1 il contratto è l'«accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique». Nello stesso senso: i *Principi Unidroit* i quali all'art. 3.1.2 («Validità del semplice accordo») stabiliscono «Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti»; i *Principi di diritto contrattuale europeo* (PECL) i quali sebbene non contengano una definizione esplicita di contratto gli riconoscono un campo di applicazione ampio come risulta dal disposto dell'art. 2:106 [1°] «Clausola di modificazione solo per iscritto. La clausola contenuta in un contratto redatto in forma scritta la quale preveda che qualsiasi modifica o scioglimento del rapporto contrattuale debba essere fatto per iscritto fissa soltanto la presunzione che un accordo per modificare o sciogliere il rapporto possa essere giuridicamente vincolante solo se redatto in forma scritta»; il *Codice europeo dei contratti*, che nel titolo I, del libro I, all'art. 1.1, dispone esplicitamente «Il contratto è l'accordo di due o più parti volto a costituire, regolare, modificare o estinguere un rapporto giuridico ...» e assume pertanto una posizione molto vi-

DIRITTO E LOGICA. DA ROMA ALLA VIA DELLA SETA*

STEFANO PORCELLI

ABSTRACT: L'elaborazione del Codice civile, così come la c.d. *Belt and Road Initiative*, stanno imponendo alla Repubblica Popolare Cinese di misurarsi con l'elaborazione di nuovi complessi di norme ovvero con la riorganizzazione ed il miglioramento di quelli già esistenti, sia sul piano nazionale che su quello sovranazionale. In tale contesto emerge il ruolo fondamentale della logica, elemento fondante dell'elaborazione di un diritto scientifico. Tuttavia, i possibili effetti distorsivi di un impiego della logica nella costruzione di un nuovo quadro normativo devono essere ponderati con attenzione, sia perché il diritto quale espressione sostanziale dei rapporti umani non è fine a sé stesso, sia perché i modelli sistematici costruiti su espressioni formali non riescono ad essere del tutto completi. Il diritto romano, diritto con vocazione universale e tendenzialmente inclusivo, rappresenta uno strumento concretamente efficace di mediazione delle due istanze sopra richiamate.

RESUMEN: La elaboración del Código civil, así como la denominada *Belt and Road Initiative*, están imponiendo a la República Popular China medirse con la elaboración de nuevas normativas, o bien con la reorganización y mejoramiento de las ya existentes, tanto a nivel nacional como supranacional. En este contexto surge el rol fundamental de la lógica, como elemento fundante de la elaboración de un derecho científico. Sin embargo, los posibles efectos distorsivos del empleo de la lógica en la construcción de un nuevo marco normativo deben ser ponderados con atención, sea porque el derecho como expresión sustancial de las relaciones humanas no constituye un fin en sí mismo, sea porque los modelos sistemáticos construidos con base en las expresiones formales no logran ser del todo completos. El derecho romano, derecho con vocación universal y tendencialmente inclusivo, representa un instrumento concretamente eficaz para la mediación de las dos instancias *supra* indicadas.

PAROLE CHIAVE: *Belt and Road Initiative*; codificazione; diritto cinese; diritto e logica; diritto romano; *iusti atque iniusti scientia*.

PALABRAS CLAVE: *Belt and Road Initiative*; codificación; derecho chino; derecho y lógica; derecho romano; *iusti atque iniusti scientia*.

* Il presente scritto rappresenta una versione riveduta ed ampliata della relazione 介于形式体系与基本原则之间的民法典 presentata, in lingua cinese, in occasione della Conferenza annuale della China (Civil) Law Society del 2016 tenutasi nel mese di ottobre a Wuhan presso la *Zhongnan University of Economy Political Science and Law*, così come, riadattata e tenuta, ancora in lingua cinese (intitolata 形式体系与基本原则. 中国民法典与新丝绸之路的跨国前景), nel «III Seminario internazionale Chang'an e Roma: Via della Seta e EurAsia», tenutosi presso l'Università di Roma 'Tor Vergata' nel mese di settembre 2017. Nonostante l'ulteriore lavoro di riadattamento in vista della presente pubblicazione, il testo risentirà dunque dell'influenza della propria impostazione originaria quale riflessione dedicata ad un pubblico di studiosi cinesi alle prese sia con le questioni che sorgono in relazione all'elaborazione del Codice civile che con quelle che emergono in collegamento con l'implementazione della *Belt and Road Initiative*.

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Culture grammaticalizzate e testualizzate. – III. Logica e tradizione romanistica. – 1. La codificazione del *Ius Romanum*. Cenni. – 2. Il ruolo dei giuristi e la logica. – 3. Logica e scientificità del diritto: (alcuni) vantaggi. – 4. Diritto quale *iusti atque iniusti scientia*. – 5. I limiti della condizione umana e le ripercussioni sui sistemi di espressioni formali (elaborati dagli uomini). – IV. Diritto cinese e culture grammaticalizzate. – 1. Il diritto cinese antico. – 2. Il diritto cinese e la tradizione romanistica. – V. Riflessioni conclusive: codificazione in Cina e nuova Via della seta.

I. Introduzione

La Repubblica Popolare Cinese si è trovata, negli ultimi anni, sul piano nazionale, ad elaborare il Codice civile¹, mentre, su quello sovranazionale, ad essere promotrice dell'iniziativa della 一带一路 (*yidai yilu*), la c.d. *Belt and Road Initiative* (BRI) che riguarda tutta l'Eurasia e pare aperta a spingersi anche oltre². Stabilire quale sia il limite di gestione della realtà che si può raggiungere attraverso la statuizione positiva di norme non è agevole. A tale limite sono connesse, infatti, anche altre questioni, tra cui quelle attinenti alla «certezza del diritto»³ ovvero, ancora, da diversa prospettiva, alla determinazione del contenuto del contratto (tema quest'altro che appare ancor più sentito con riferimento ai contratti transnazionali date le peculiarità degli stessi)⁴ e molte altre ancora.

La Solidoro, parla efficacemente di una «inevitabile incompletezza dello *ius scriptum* (diritto positivo)»⁵ derivante dal fatto che questo «già non nasce esaustivo, ma sempre più si depaupera nel corso del tempo susseguente alla sua emanazione con l'evoluzione dei valori e delle istanze sociali»⁶. Innumerevoli sono gli aspetti che possono entra-

¹ Al riguardo, mi sia concesso di rinviare a ZHAI YUANJIAN-S. PORCELLI, *European Legal Models and Asia: Novelties from the General Part, towards a Civil Code for the People's Republic of China*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2018, 115 ss. e S. PORCELLI, *La nuova «Parte generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese». Struttura e contenuti*, che al tempo in cui si licenzia il presente scritto è in via di pubblicazione nella *Rivista di diritto civile*.

² Sulla 一带一路 (*yidai yilu*), la c.d. *Belt and Road Initiative* si veda quanto in ZHONG GONG ZHONGYANG DANGSHI HE WENXIAN YANJIUYUAN (a cura di), *Xi Jinping tan «Yidai yilu»*, Beijing, 2018 ed i contributi raccolti nel volume R. CARDILLI, L. FORMICHELLA, S. PORCELLI, Y. STOEVA (a cura di), *Chang'an e Roma: Via della Seta e EurAsia. Atti del III Seminario internazionale Chang'an e Roma*, tenutosi presso l'Università di Roma 'Tor Vergata' nei giorni 11-13 settembre 2017, in via di pubblicazione.

³ Alla certezza del diritto, tema peraltro di per sé anche piuttosto sfuggente, ed affrontato spesso da prospettive che si collocano nell'area della c.d. *law and economics* si è arrivati, ad esempio, da ultimo, a dedicare anche un indice volto a misurarla, si veda <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2015/04/ILC-Report-june-2015_EN.pdf> (ultimo accesso, dicembre 2018). Di 'vecchio mito' della certezza del diritto parla V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007*, Roma, 25 gennaio 2008, 23 (ora in <<https://www.csm.it/documents/21768/2110193/Relazione+Primo+Presidente+AG+2008.pdf?c6a2198d-e968-2e04-0462-f23cbd4d04ce>>, ultimo accesso luglio 2018).

⁴ Alcuni dei molteplici e complessi risvolti che l'elaborazione di un contratto transnazionale può presentare emergono, ad esempio, in G. CORDERO-MOSS (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011.

⁵ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas e ius scriptum. Profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2012, 208.

⁶ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas e ius scriptum cit.*, 208.

L'UNIONE EUROPEA E LA NUOVA BANCA DI SVILUPPO DEI PAESI BRICS

PIERLUIGI SIMONE

ABSTRACT: Con l'Accordo di Fortaleza del 15 luglio 2014, i Paesi BRICS hanno istituito la Nuova Banca di Sviluppo, una organizzazione internazionale multilaterale che dovrebbe svolgere una funzione antagonista al Fondo Monetario Internazionale e al Gruppo della Banca Mondiale. L'Unione Europea e i suoi Stati membri riconoscono l'importanza di collaborare con tutti gli Stati a economia emergente, ma non considerano ancora i Paesi BRICS come un blocco coeso e concorrenziale. La Nuova Banca di Sviluppo sembrerebbe idonea a poter contribuire alla istituzionalizzazione dei Paesi BRICS come entità 'omogenea' a livello internazionale. L'Unione Europea e i suoi Stati membri potrebbero perciò valutare varie forme di partecipazione alla Banca, e adottare nei confronti di questa una strategia condivisa, secondo varie opzioni.

RESUMEN: Con el Acuerdo de Fortaleza del 15 de julio de 2014, los Países BRICS han instituido el Nuevo Banco de Desarrollo, una organización internacional multilateral que debería desarrollar una función antagónica al Fondo Monetario Internacional y al Grupo del Banco Mundial. La Unión Europea y sus Estados miembros reconocen la importancia de colaborar con todos los Estados de economía emergente, pero no consideran todavía los Países BRICS como un bloque compacto y competitivo. El Nuevo Banco de Desarrollo parecería idóneo para contribuir a la institucionalización de los Países BRICS como entidad 'homogénea' a nivel internacional. Por ello la Unión Europea y sus Estados miembros podrían evaluar varias formas de participar en el Banco y adoptar respecto del mismo una estrategia compartida, teniendo en cuenta varias opciones.

PAROLE CHIAVE: Diritto dell'Unione Europea; Paesi BRICS; Nuova Banca di Sviluppo; azione esterna dell'Unione Europea; politica di cooperazione allo sviluppo dell'Unione Europea.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea; Países BRICS; Nuevo Banco de Desarrollo; acción externa de la Unión Europea; política de cooperación para el desarrollo de la Unión Europea.

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sui Paesi BRICS e sui rapporti tra questi e l'Unione Europea. – 2. L'istituzione della Nuova Banca di Sviluppo e le regole concernenti la rappresentanza e l'organigramma interno. – 3. Le possibili relazioni dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri con la Nuova Banca di Sviluppo. – 4. Osservazioni conclusive sulla Nuova Banca di Sviluppo e sul coinvolgimento in essa dell'Unione Europea.

1. *Considerazioni preliminari sui Paesi BRICS e sui rapporti tra questi e l'Unione Europea*

I Paesi BRICS (Repubblica Federativa del Brasile, Federazione Russa, Repubblica dell'India, Repubblica Popolare Cinese e Repubblica Sudafricana) sono ormai divenuti una delle realtà maggiormente significative della Comunità internazionale contemporanea, rivelandosi sempre più in grado di influenzare gli equilibri economici e di potere

mondiali. Complice l'attuale grave congiuntura che accredita, nella perdurante spirale recessiva, nuovi meccanismi di concertazione internazionale, essi stanno dimostrando di essere una entità politico-diplomatica assai promettente e competitiva nei mercati finanziari, pronta a insidiare il ruolo tradizionalmente assunto in tali contesti dagli Stati Uniti d'America e da altri Stati dell'Occidente¹.

Dal punto di vista giuridico, i Paesi BRICS non equivalgono, almeno finora, né a un'organizzazione internazionale, né a uno specifico e autonomo soggetto di diritto internazionale. Occorre piuttosto inquadrali nell'ambito dei cosiddetti 'Gruppi di Stati', come il Gruppo dei Sette (G7) o il Gruppo dei Venti (G20), basati su principi di interdipendenza e solidarietà². Si tratta pertanto di una Conferenza istituzionalizzata, contraddistinta da informalità e flessibilità, il cui scopo è quello di predisporre una piattaforma di dialogo per concordare le principali linee di azione degli Stati che vi partecipano, con particolare (ma non esclusivo) riferimento ai temi economici³.

Oltre a garantire un coordinamento costante nel G20 e presso l'Organizzazione delle Nazioni Unite, i Paesi BRICS tengono con regolarità dei vertici annuali, durante i quali (spesso insieme a Stati terzi appositamente invitati) vengono affrontate diverse questioni di cooperazione multilaterale attinenti a svariati settori⁴. L'argomento centra-

¹ La dottrina italiana si sta interessando ai Paesi BRICS per adesso in maniera ancora marginale. Tra i non numerosi scritti disponibili, spiccano quello di M. PANEBIANCO-A.L. VERDECCHIA, *BRICS: Gruppo internazionale di Stati*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1-2, Napoli, 2013, 1 ss.; e quelli presenti in R. CARDILLI-S. PORCELLI (a cura di), *Aspetti giuridici del BRICS/Legal Aspects of BRICS*, Padova, 2015. Più nutrito è il repertorio riferibile alla dottrina straniera: cfr. J.E. CASSIOLATO-V. VITORINO (eds.), *BRICS and Development Alternatives: Innovation Systems and Policies*, London-New York-Delhi, 2009; P. RIGAUD, *Les BRIC*, Paris, 2010; P. BORBA CASELLA, *BRIC: Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud. À l'heure d'un nouvel ordre juridique international*, Paris, 2011; A. KATEB, *Les nouvelles puissances mondiales. Pourquoi les BRIC changent le monde*, Paris, 2011; J. VERCUEIL, *Les pays émergents. Brésil-Russie-Inde-Chine: mutations économiques et nouveaux défis*, Paris, 2011²; K.H. CHUN, *The BRICs Superpower Challenge: Foreign and Security Policy Analysis*, Farnham-Burlington, Vermont, 2013; V. IO LO-M. HISCOCK (eds.), *The Rise of the BRICS in the Global Political Economy: Changing Paradigms?*, Cheltenham-Northampton, Massachusetts, 2014; L. XING (ed.), *The BRICS and Beyond: The International Political Economy of the Emergence of a New World Order*, Farnham-Burlington, Vermont, 2014; O. STUENKEL, *The BRICS and the Future of Global Order*, Lanham-Boulder-New York-London, 2015; A. FENTON COOPER, *BRICS: A Very Short Introduction*, Oxford, 2016; J. GU, A. SHANKLAND, A. CHENOY (eds.), *The BRICS in International Development*, London, 2016; S. KLINGAH-C. QUILICONI (eds.), *Global and Regional Leadership of BRICS Countries*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2016; A. GARCÍA-P. BOND (eds.), *BRICS: An Anti-Capitalist Critique*, Chicago, 2017.

² Il Gruppo dei Sette, composto da Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Regno Unito e Stati Uniti d'America, riunisce gli Stati detentori della ricchezza nazionale netta più grande al mondo; dal 1998 al 2014 si è affiancato a esso il Gruppo degli Otto (G8), comprendente tutti gli Stati sopra menzionati e la Russia. Il Gruppo dei Venti è invece un *forum dei leader*, dei Ministri delle Finanze e dei Governatori delle banche centrali creato nel 1999, dopo una successione di crisi finanziarie, per favorire l'internazionalità economica e la concertazione tenendo conto delle nuove economie in sviluppo; ne fanno parte, oltre agli Stati membri del G7 e ai Paesi BRICS, l'Arabia Saudita, l'Argentina, l'Australia, la Corea del Sud, l'Indonesia, la Russia, la Turchia e l'Unione Europea. Sul G7-G8 e sul G20 v. P.I. HAJNAL, *The G8 System and the G20: Evolution, Role and Documentation*, Aldershot, 1999.

³ P. BORBA CASELLA, *BRIC: Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud* cit., 141 ss.

⁴ I vertici annuali dei Paesi BRICS si sono svolti, fino a questo momento, a Ekaterinburg (16 giugno 2009); a Brasilia (15 aprile 2010); a Sanya (14 aprile 2011); a New Delhi (29 marzo 2012); a Durban (26-27 marzo 2013); a Fortaleza (14-16 luglio 2014); a Ufa (8-9 luglio 2015); a Benuelim/Goa (15-16 ottobre

LA PARTE GENERALE DEL CODICE CIVILE CINESE FRA MODELLI IMPORTATI E MODELLI LOCALI

MARINA TIMOTEO

ABSTRACT: La nuova Parte generale del diritto civile cinese in vigore dal primo ottobre 2017, si presenta come l'esito di un processo di combinazione fra modelli giuridici che si sono stratificati nel corso delle riforme giuridiche cinesi. Il presente lavoro analizza aspetti, modalità e criticità di questa combinazione che si esprime a livello legislativo, dottrinale e, in una certa misura, anche giurisprudenziale, e che si ritrova, in molti passaggi, nel dettato di quello che rappresenta il primo libro del codice civile in fase di redazione.

RESUMEN: La nueva Parte general del derecho civil chino, en vigor desde el 1° de octubre de 2017, se presenta como el éxito de un proceso de combinación entre modelos jurídicos que se han estratificado en el curso de las reformas jurídicas chinas. El presente trabajo analiza aspectos, modalidades y criticidades de esta combinación que se expresa a nivel legislativo, doctrinal y, en cierta medida, también a nivel jurisprudencial y que se encuentra, en muchos pasajes, en lo dispuesto por lo que representa el primer libro del código civil en curso de redacción.

PAROLE CHIAVE: Codice civile cinese; *legal transplants*; modelli giuridici; caratteri cinesi.

PALABRAS CLAVE: Código civil chino; *legal transplants*; modelos jurídicos; caracteres chinos.

SOMMARIO: 1. La *Minfa zongze* come espressione della *rule of law* socialista con caratteri cinesi. – 2. La *Minfa zongze* e il patrimonio concettuale euroromanista. – 3. Fra concetti e regole: la disciplina delle persone nel confronto con la realtà sociale. – 4. Gli standard giurisprudenziali fra modelli importati e modelli locali: la disciplina delle espropriazioni per pubblica utilità. – 5. Il *mix* di modelli fra *common law* e *civil law* nel contesto di due capitoli 'tipici' della Parte generale del diritto civile.

1. La *Minfa zongze* come espressione della *rule of law* socialista con caratteri cinesi

Il 15 Marzo 2017 è stata approvata, dall'Assemblea nazionale del popolo cinese la Parte generale del diritto civile cinese (民法总则, *Minfa zongze*)¹, la cui entrata in vigore è stata posticipata alla data in cui normalmente le più rilevanti leggi cinesi assumono efficacia, ossia il primo ottobre, anniversario della fondazione della Repubblica popolare cinese.

La Parte generale è il primo libro del codice civile, la cui elaborazione definitiva è programmata per il 2020²: la bozza dei libri successivi, intitolata Parti speciali del codi-

¹ La 中华人民共和国民法总则, *Zonghua renmin gongheguo minfa zongze* è stata approvata durante la quinta Sessione della dodicesima Assemblea nazionale del popolo con 2782 voti a favore, 30 contrari, 21 voti di astensione.

² Come specificato da Li Shishi (Presidente della Commissione affari legislativi del Comitato permanente dell'Assemblea nazionale del popolo): S. LI, 关于中华人民共和国民法总则 (草案) 的说民,

ce civile (民法典各分编草案, *Minfadian gefenbian cao'an*), presentata alla Commissione legislativa dell'Assemblea nazionale del popolo il 27 agosto 2018, è stata pubblicata il 28 settembre 2018³.

L'elaborazione del codice civile si colloca al centro di un progetto politico della dirigenza cinese che è stato formalizzato e reso pubblico con la «Risoluzione su alcune questioni centrali per lo sviluppo di un governo del Paese basato sul *rule of law*»⁴, approvata il 14 ottobre 2014 nella quarta sessione plenaria del diciottesimo Comitato centrale del partito comunista cinese, una Risoluzione che ha portato, per la prima volta in termini generali, la questione del diritto al centro di un Plenum del Comitato centrale del Partito. Uno dei punti centrali di questo documento è la rilevanza della tipicità delle riforme giuridiche cinesi, le quali pur se fortemente debitorie nei confronti dei modelli giuridici stranieri, che hanno fortemente ispirato le riforme stesse, si vanno connotando sempre più, man mano che la Cina consolida la propria posizione a livello internazionale, in senso 'cinese', o meglio, in direzione di un «*rule of law* socialista con caratteri cinesi»⁵.

Il codice civile, progetto che è stato lungamente inseguito fin dall'avvio del processo di modernizzazione del sistema giuridico cinese, oltre un secolo fa, rappresenta oggi, nel disegno della attuale dirigenza cinese, la pietra miliare di una nuova Cina che vuole connotarsi anche per un nuovo rapporto con i modelli esterni, una Cina che conforma un proprio modello come parte integrante di una identità nazionale e sull'onda della spinta storica che va spostando il baricentro economico (e politico) del mondo da Occidente verso Oriente⁶.

Questa tipicità è stata impressa anche nel testo della Parte generale e ne avvertiamo la presenza già dalla lettura dalle disposizioni generali che troviamo all'interno del primo capitolo, ove si segnala, accanto all'enunciazione del perseguimento degli obiettivi del «socialismo con caratteristiche cinesi» (art. 1), che diviene linea guida anche dell'attività giusprivatistica, la riemersione delle consuetudini locali come fonte del diritto laddove la legge non disponga (art. 10).

Le consuetudini, distinte dalla dottrina cinese in prassi internazionale (国际惯例, *guoji guanli*), usi commerciali (商业习惯, *shangye xiguan*), usi locali (当地习惯, *dangdi xiguan*), costumi (风俗习惯, *fengsu xiguan*), sono generalmente identificate come fat-

Guanyu zhonghua renmin gongheguo minfa zongze (caoan) de shuoming [Spiegazioni sul progetto della Parte generale del diritto civile della Repubblica popolare cinese], che può leggersi all'indirizzo *web* <www.xinhuanet.com/2017-03/09/c_129504877.htm>, consultato il 23 luglio 2018.

³ Questa bozza è stata pubblicata al seguente indirizzo *web*: <www.npc.gov.cn>, consultato il 28 ottobre 2018.

⁴ 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定, *Zhonggong zhongyang guanyu quanmian tuijin yifa zhiguo ruogan zhongda wenti de jueding*, pubblicata al seguente indirizzo *web*:>.

⁵ La Cina – si legge nel documento del Partito – «non copia indiscriminatamente concetto e modelli di *rule of law* stranieri».

⁶ «China aims to make the code as historic as its predecessors, the Napoleonic civil code and German civil code» afferma chiaramente un editoriale dell'Agenzia di stampa nazionale Xinhua: *Xinhua Insight: With Civil Code, China Aims to Realize Rule of Law*, che può leggersi su <www.xinhuanet.com>.

I PRINCIPI DELL'INDENNIZZO IN MATERIA DI ESPROPRIAZIONE DEI BENI IMMOBILI NELLA PARTE GENERALE DEL DIRITTO CIVILE CINESE

WU LAN

ABSTRACT: Nell'ordinamento cinese vi sono due categorie di espropriazione per pubblica utilità dei beni immobili: la prima è l'espropriazione della terra rurale, mentre la seconda è l'espropriazione di edifici sulla terra statale. La parte essenziale del procedimento espropriativo è la quantificazione dell'indennizzo che deve essere riconosciuto agli individui che perdono la proprietà degli immobili espropriati. I criteri per assegnare l'indennizzo sono diversi a seconda che l'espropriazione abbia ad oggetto la terra rurale ovvero gli edifici sulla terra statale, ma in entrambi i casi il principio dell'equo e ragionevole indennizzo dovrebbe essere sempre rispettato; il principio, invece, è spesso di incerta applicazione. L'articolo ricostruisce quindi l'evoluzione della normativa cinese in materia di espropriazione per pubblica utilità dei beni immobili, focalizzandosi sul problema dell'indennizzo e analizzando le soluzioni elaborate dal legislatore e dalla giurisprudenza, anche alla luce della recente Parte generale del diritto civile che all'articolo 117 ha espressamente adottato il principio dell'equo e ragionevole indennizzo.

RESUMEN: En el ordenamiento chino existen dos categorías de expropiación por causa de utilidad pública de los bienes inmuebles: la primera es la expropiación de la tierra rural, mientras que la segunda es la expropiación de edificios sobre tierras estatales. La parte esencial del procedimiento expropiatorio es la cuantificación de la indemnización resarcitoria que debe ser reconocida a los individuos que pierden la propiedad de los inmuebles expropiados. Los criterios para asignar la indemnización son diferentes según que la expropiación tenga por objeto bienes rurales o edificios sobre tierras estatales, pero en ambos casos el principio de la equa y razonable indemnización debería ser siempre respetado, no obstante lo cual el mismo resulta generalmente de incierta aplicación. El artículo reconstruye la evolución de la normativa china en materia de expropiación por causa de utilidad pública, centrándose en el problema de la indemnización y analizando las soluciones elaboradas por el legislador y por la jurisprudencia, incluso a la luz de la reciente Parte general del derecho civil que en el art. 117 ha adoptado expresamente el principio de la equa y razonable indemnización.

PAROLE CHIAVE: Ordinamento giuridico cinese; codice civile cinese; diritti reali; diritto di proprietà; espropriazione per pubblica utilità; indennizzo.

PALABRAS CLAVE: Ordenamiento jurídico chino; código civil chino; derechos reales; derecho de propiedad; expropiación por causa de utilidad pública; indemnización.

SOMMARIO: 1. L'espropriazione dei beni immobili. – A. L'espropriazione della terra rurale. – B. L'espropriazione degli edifici costruiti sui fondi statali. – C. L'indennizzo come parte essenziale dell'espropriazione immobiliare. – 2. L'evoluzione degli standard di indennizzo per beni immobili in Cina. – A. Espropriazione e indennizzo di terreni agricoli privati. – B. L'indennizzo dei beni immobili sui fondi statali. – C. I principi generali dell'indennizzo nell'espropriazione immobiliare. – 3. Il significato dell'equo e ragionevole indennizzo.

1. *L'espropriazione dei beni immobili*

A. *L'espropriazione della terra rurale*

Dal punto di vista del potere statale, l'espropriazione di beni per pubblica utilità consiste in un comportamento autoritario che priva totalmente o parzialmente un soggetto del suo diritto di proprietà¹. Con specifico riferimento all'espropriazione dei beni immobili, il beneficiario principale dell'espropriazione è lo Stato il quale, generalmente attraverso i propri organi amministrativi, «ottiene il diritto di proprietà immobiliare dai privati e paga le indennità secondo la procedura stabilita dalla legge»². Pertanto, l'espropriazione avente ad oggetto i beni immobiliari è un atto pubblico in cui la volontà dei proprietari non trova alcun spazio. L'espropriazione dei beni immobili è tuttavia anche un modo importante per acquistare il diritto di proprietà nel rispetto dei diritti dei privati.

Nell'ordinamento cinese vi sono due categorie di espropriazione dei beni immobili: la prima è l'espropriazione della terra rurale, mentre la seconda è l'espropriazione di edifici sulla terra statale. Nell'espropriazione di terra rurale cambia la natura della proprietà che passa da proprietà collettiva a proprietà statale, mentre nell'espropriazione di edifici su terra statale si ha solo l'effetto di sottrarre la proprietà dell'edificio situato sul terreno statale.

L'espropriazione della terra rurale è realizzata sulla base del principio della proprietà pubblica del suolo e sul sistema della distinzione dei fondi in urbano e rurale; in pratica il terreno rurale viene trasformato, tramite il processo dell'espropriazione, da proprietà collettiva in proprietà statale e quindi può successivamente accedere al mercato che riguarda i diritti di uso sui terreni statali. L'articolo 10 della Costituzione stabilisce la regola secondo cui il suolo cinese è di proprietà pubblica, cioè la proprietà del suolo appartiene allo Stato e alla collettività. La distinzione tra terreni statali e terreni collettivi è disciplinata dalla legge per cui il suolo urbano costituisce proprietà statale, mentre il suolo rurale e suburbano costituisce proprietà collettiva³. Nessuna organizzazione e nessun individuo può appropriarsi, acquisire, vendere, illecitamente trasferire in alcun modo il suolo.

L'urbanizzazione ha subito un'accelerazione notevole dopo la riforma e l'apertura della Cina avvenuta nel secolo scorso. Sebbene la rigida divisione tra fondi urbani e rurali si sia attenuata, questo sistema non è stato completamente abbandonato. Ciò si evin-

¹ H. MAURER, *行政法学总论* [Teoria generale del diritto amministrativo], trad. da G. JIAWEI, Pechino, 2000, 680.

² A. FEI, 费安玲: *对不动产征收的私法思考* [Pensare all'espropriazione dei beni immobili in prospettiva del diritto privato], in *政法论坛* [Tribuna di Scienze giuridiche e diritto], 2003, 119.

³ L'articolo 10 della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese afferma «Il suolo è di proprietà dello Stato, il suolo nelle aree rurali e suburbane è di proprietà dei collettivi ad eccezione di quelle parti che sono di proprietà dello Stato come prescritto dalla legge; i terreni con edifici e i terreni coltivati e terreni collinari sono anch'essi di proprietà dei collettivi. Per interesse pubblico, lo stato può rilevare o espropriare i terreni in conformità con la legge e fornire un indennizzo. Nessun ente o individuo può appropriarsi, acquistare o altrimenti trasferire in modo illegittimo i terreni. Il diritto di uso sul terreno può essere trasferito in conformità con la legge. Tutti gli enti e gli individui che utilizzano la terra devono garantirne l'uso ragionevole».

L'ARTICOLO 9 DEL CODICE CIVILE: UN NUOVO TRAGUARDO PER LA TUTELA AMBIENTALE IN CINA

BARBARA VERRI

ABSTRACT: La Parte generale del diritto civile ha introdotto all'art. 9 una disposizione in materia ambientale che fissa il principio secondo cui tutte le attività nell'ambito del diritto civile devono contribuire a preservare le risorse naturali e proteggere l'ambiente. Si tratta di una disposizione innovativa che si pone in continuità con le politiche ambientali intraprese dalla Cina rivolte a realizzare una crescita economica più sostenibile e più rispettosa dell'ambiente. L'art. 9 costituisce tuttavia un principio a carattere generale e pertanto il contributo si propone di analizzare il contesto politico e legislativo in cui si è formata la disposizione al fine di comprendere le sue possibili ricadute pratiche in termini di applicazione concreta.

RESUMEN: La Parte general del derecho civil ha introducido en el art. 9 una disposición en materia medioambiental que establece el principio según el cual todas las actividades, en el ámbito del derecho civil, deben contribuir a preservar los recursos naturales y proteger el medioambiente. Se trata de una disposición innovadora que se coloca en una línea de continuidad con las políticas medioambientales puestas en marcha por China y dirigidas a llevar adelante un crecimiento económico más sustentable y más respetuoso del medioambiente. Sin embargo el art. 9 constituye un principio de carácter general y por lo tanto este trabajo se propone analizar el contexto político y legislativo en el cual se ha formado la disposición, con la finalidad de comprender sus posibles consecuencias prácticas en términos de su aplicación concreta.

PAROLE CHIAVE: Sistema giuridico cinese; codice civile cinese; Parte generale del diritto civile; tutela ambientale; sviluppo sostenibile.

PALABRAS CLAVE: Sistema jurídico chino; código civil chino; Parte general del derecho civil; protección medioambiental; desarrollo sustentable.

SOMMARIO: 1. L'articolo 9 della Parte generale del diritto civile. – 2. Tutela ambientale e crescita economica: la necessità di adottare uno sviluppo più sostenibile. – 3. La tutela ambientale nei piani quinquennali. – 4. La tutela ambientale nella legislazione cinese. – 5. Conclusioni.

1. *L'articolo 9 della Parte generale del diritto civile*

Il primo capitolo della Parte generale del diritto civile¹ è dedicato alle Disposizioni generali, ossia ai principi che devono governare le relazioni giuridiche nell'ambito del codice civile cinese². Tale impostazione riproduce quella già adottata nei Principi gene-

¹ La Parte generale del diritto civile è stata adottata il 15 marzo 2017 durante la quinta sessione della dodicesima Assemblea nazionale del popolo ed è entrata in vigore il 1° ottobre 2017; la traduzione in inglese è disponibile al sito <<http://hk.lexiscn.com/law/general-rules-of-the-civil-law-of-the-peoples-republic-of-china.html>>.

² Il progetto della codificazione civile cinese è stato lanciato nel 2014 con la «Decisions on Major Issues Concerning Comprehensively Moving Governing the Country According to the Law Forward»; il pro-

rali di diritto civile del 1986 nei quali il primo capitolo è parimenti dedicato ai Principi fondamentali. Rispetto a questi ultimi, tuttavia, la formulazione della Parte generale del diritto civile si arricchisce di contenuto. E, infatti, accanto a principi quali l'egualianza³, l'equità⁴ e la buona fede⁵, si affiancano nuovi canoni fondamentali. Tra questi vi è l'art. 9 che introduce il tema ambientale nella codificazione civile cinese, prevedendo, nello specifico, che tutte le attività nell'ambito del diritto civile devono contribuire a preservare le risorse naturali e proteggere l'ambiente⁶.

In ragione dell'importanza storica per l'ordinamento giuridico cinese dell'iniziativa legislativa attualmente in corso, l'introduzione di un principio 'verde' nella codificazione civile è di per sé da accogliere con favore. Tuttavia un'analisi più approfondita impone di interrogarsi sulle ragioni che hanno condotto il legislatore cinese a includere proprio nei principi generali (ossia nell'*incipit* del nuovo codice) una disposizione dedicata alle risorse naturali e all'ambiente. La risposta a tale interrogativo deve essere ricercata nelle politiche ambientali intraprese dal Governo cinese a partire dalla fine degli anni Settanta dello scorso secolo che hanno portato all'introduzione, anche tramite la tecnica del recepimento da altre esperienze giuridiche, di importanti concetti, come quello dello sviluppo sostenibile, al fine di raggiungere l'ambizioso obiettivo di conciliare l'esigenza della crescita economica alla conservazione dell'ambiente naturale. In questo contesto l'art. 9 rappresenta una sintesi del processo di evoluzione – tuttora in corso – della tutela ambientale in Cina.

Sebbene non si possa trascurare il fatto che l'art. 9 sia una disposizione a carattere molto generale (con tutte le conseguenze circa la sua attuazione in concreto), non si può non rimarcare l'importanza di aver inserito un principio di conservazione delle risorse e di tutela dell'ambiente nel primo libro del codice civile cinese; ciò significa, infatti, che tale principio costituisce oggi criterio guida di tutte le attività – tra cui anche quelle economiche – che coinvolgono i soggetti di diritto civile. La rilevanza dell'art. 9 risiede quindi nel fatto di costituire una norma che non solo si pone in continuità con le politiche ambientali intraprese nel passato, ma che indica altresì la direzione verso cui si sta muovendo la Cina e le modalità con cui vuole perseguire i suoi obiettivi di crescita economica e sociale.

Al fine pertanto di comprendere le possibili ricadute pratiche in termini di applicazione concreta dell'art. 9, questo contributo si propone di offrire un'analisi sull'evolu-

getto, che si compone di tre fasi (l'emanazione della Parte generale del diritto civile rappresenta la prima), dovrebbe concludersi entro il 2020.

³ Art. 4 della Parte generale del diritto civile.

⁴ Art. 6 della Parte generale del diritto civile.

⁵ Art. 7 della Parte generale del diritto civile.

⁶ L'art. 9 recita: «All civil subjects engaging in civil activities shall help save resources and protect the ecological environment». Quanto al carattere innovativo rispetto ai Principi generali di diritto civile del 1986 si segnala che l'ambiente trova un unico riconoscimento in questi ultimi solo all'art. 124 che stabilisce la responsabilità civile del soggetto che ha causato danni in violazione delle norme sulla protezione dell'ambiente e sulla prevenzione dell'inquinamento. È opportuno precisare che l'emanazione della Parte generale del diritto civile non ha abrogato i Principi generali di diritto civile del 1986 i quali pertanto rimangono in vigore (salva la regola *lex posterior derogat priori*).

ANCORA SU *PARENTES ALERE*

LAURA D'AMATI

ABSTRACT: In un rescritto di Antonino Pio riportato in C. 5,25,1, nel corso di una graduale evoluzione, è attestato il principio che i figli sono tenuti a sostenere i *parentes* in condizione di bisogno. Ferma restando l'ambiguità semantica del vocabolo suddetto, l'attenzione dell'A. si è concentrata sull'obbligo alimentare dei figli nei confronti dei genitori in difficoltà economiche: e se la spettanza dell'obbligo del figlio nei confronti del padre è esente da dubbi di sorta, controversa sembrerebbe invece apparire la configurabilità di quello nei confronti della madre. A tal proposito, sono stati presi preliminarmente in considerazione alcuni passi relativi a *iudicia bonae fidei*, nei quali si appalesa una continua oscillazione tra dovere morale e obbligo giuridico del pupillo di alimentare la madre bisognosa; inoltre, si è potuta ravvisare una forte indole etica in una *sententia* di Adriano. Sostanzioso, infine, il contributo fornito dalla letteratura declamatoria: lo si è potuto desumere dall'analisi di alcune *controversiae*, caratterizzate da forti dilemmi parentali. Prima ancora, dunque, della tutela ricevuta nel principato attraverso la *cognitio extra ordinem* e le costituzioni imperiali, le riflessioni dei giuristi e dei declamatori hanno contribuito fortemente alla configurazione dell'obbligo alimentare dei figli verso i genitori, e nello specifico dell'obbligo verso la madre, già a partire dal I secolo a.C.: un obbligo, quest'ultimo, di natura assistenziale, il cui fondamento è da ricercare nel legame di sangue derivante dalla *cognatio*, che impone la *pietas*.

RESUMEN: En un rescripto de Antonino Pio conservado en C. 5,25,1 se establece, en el curso de una evolución gradual, el principio que los hijos tienen que sustentar a los *parentes* en condiciones de necesidad. Sin perjuicio de la ambigüedad semántica del mencionado vocablo, la atención de la A. se ha concentrado en la obligación alimentaria de los hijos respecto de los progenitores con dificultades económicas. Si bien la obligación del hijo con relación al padre está exenta de dudas, la misma parecería más controvertida respecto de la madre. En este sentido han sido considerados preliminarmente algunos pasajes relativos a los *iudicia bonae fidei*, en los cuales se evidencia una continua oscilación entre deber moral y obligación jurídica del pupilo de alimentar la madre necesitada. Además, se ha podido identificar una fuerte índole ética en una *sententia* de Adriano. Resulta, por último, importante la contribución suministrada por la literatura declamatoria, lo que se ha podido deducir del análisis de algunas *controversiae*, caracterizadas por fuertes dilemas parentales. Por lo tanto, incluso antes de la protección recibida en el principado a través de la *cognitio extra ordinem* y las constituciones imperiales, las reflexiones de los juristas y de los declamadores han contribuido fuertemente a la configuración de la obligación alimentaria de los hijos respecto de los progenitores, y especialmente con relación a la madre, ya a partir del siglo I a.C. Se trata esta última de una obligación de naturaleza asistencial, cuyo fundamento se debe buscar en el ligamen de sangre que deriva de la *cognatio*, que impone la *pietas*.

PAROLE CHIAVE: Alimenti; *parentes*; madre; tutore; *pietas*; *cognatio*.

PALABRAS CLAVE: Alimentos; *parentes*; madre; tutor; *pietas*; *cognatio*.

SOMMARIO: 1. I contorni dell'indagine. – 2. Pupilli, madri e tutori. – 3. Una *Sententia* di Adriano. – 4. Norme scolastiche e tribunali fittizi. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *I contorni dell'indagine**

In un rescritto di Antonino Pio diretto a *A. Basso, sine die et consule*, riportato nel Codice giustiniano in 5,25,1, con tono asciutto e determinato viene attestato il principio che i figli – è indicato solo il *versus* discendente, senza distinzione alcuna tra i figli *alieni iuris* e quelli *sui iuris* – sono tenuti a sostenere i *parentes* in condizione di bisogno:

Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est.

È opinione ormai diffusa che questa testimonianza, nella quale in una sola proposizione viene enunciato «un principio di carattere morale che originariamente poteva costituire una considerazione dell'imperatore per motivare il suo intervento»¹, sia stata tratta da un più ampio provvedimento di Antonino Pio in materia di obblighi alimentari², sunteggiato e generalizzato senza tramandare ragguaglio alcuno sul caso concreto che aveva sollecitato la sua emanazione, in un momento del lungo e graduale percorso compiuto per ottenere la 'giuridicizzazione' dell'obbligo suddetto³; un risultato raggiunto faticosamente, attraverso le riflessioni dei giuristi e le norme elaborate dai maestri di retorica (per loro caratteristica scarse ed essenziali, così da far scaturire il dibattito successivo)⁴, nonché attraverso una consistente attività normativa imperiale⁵.

* Un invito di Francesca Lamberti a tenere una lezione a Lecce su questioni alimentari tra genitori e figli e una chiacchierata con Giunio Rizzelli per definirne i contorni mi hanno fatto rendere molto più problematico l'approccio alla materia rispetto al mio precedente lavoro sull'argomento, al quale mi permetto di rinviare per una ricostruzione di base ('Parentes alere': *imperatori giuristi e declamatori*, in *QLSD*, 7, 2017, 143 ss.). L'idea di fondo non è cambiata: vi è solo qualche dubbio in più.

¹ Così E. VOLTERRA, *Il problema del testo nelle costituzioni imperiali*, in AA.VV., *La critica del testo (Atti del II Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del diritto)*, Firenze, 1971, 877, ora in *Scritti giuridici*, 6, Napoli, 1994, 59. Conforme D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, in *SDHI*, 72, 2006, 185, nt. 70.

² *Alimenta* è un vocabolo che indica specificatamente il nutrimento: ma nel lessico giuridico viene utilizzato (specialmente al plurale) in un'accezione più ampia, legata alle più generali esigenze di vita in qualche modo connesse. Più recente sull'argomento R. LAURENDI, 'Institutum Traiani'. 'Alimentae Italiae' 'Obligatio praediorum'. 'Sors et usura'. *Ricerche sull'evergetismo municipale e sull'iniziativa imperiale per il sostegno all'infanzia nell'Italia romana*, Roma, 2018, 15 s. Sull'intreccio, a partire dal I sec. d.C., del vocabolo *victus* con il vocabolo *alimenta*, in relazione all'inizio dell'elaborazione di una obbligazione alimentare, si vedano ampiamente F. WYCISK, 'Alimenta' et 'victus' dans le droit romain classique, in *RHDFE*, 50, 1972, 205 ss., e A. SACCOCCIO, 'Victus' e 'alimenta': storia di una evoluzione dogmatico concettuale, in questa rivista, 33/2012, 139 ss. Si veda pure I. FARGNOLI, *I piaceri della tavola in Roma antica. Tra alimentazione e diritto*, Torino, 2016, 60 ss.

³ I provvedimenti di Antonino Pio per garantire il sostentamento dei familiari in caso di indigenza sarebbero diversi, come si evince da Ulp. 2 *de off. cons.* D. 25,3,5,5-7: *Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur. Idem rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud <iudicium> iuste eam procreatam. Sed si filius possit se exhibere, aestimare <iudices> debent, ne non debeant ei alimenta decernere. Denique idem Pius ita rescripsit: 'Aditi a te <competentes iudices> alii te a patre tuo iubebunt pro modo facultatum eius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis'*. Si veda pure l'esplicito richiamo formulato in Paul. 1 *quaest.* D. 3,5,33(34).

⁴ Norme che in quanto tali in quel momento non esistevano a Roma, ma che ben sarebbero potute esistere.

⁵ Sui provvedimenti imperiali in materia di alimenti più ampio spazio ho dedicato in 'Parentes alere': *imperatori giuristi cit.*, 144 ss.

PERSONA JURÍDICA Y DERECHO ROMANO EN LAS NOTAS AL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SÁRSFIELD*

GIOVANNI TURELLI

RESUMEN: El artículo analiza las influencias del derecho romano y de la tradición romanística en el pensamiento de Dalmacio Vélez Sársfield, concentrándose en particular, y a título ejemplificativo, en la elaboración de la noción de persona jurídica en las Notas al Código civil.

ABSTRACT: Il contributo si sofferma sugli influssi del diritto romano e della tradizione romanistica sul pensiero di Dalmacio Vélez Sársfield, concentrandosi in particolare, e a titolo esemplificativo, sulla elaborazione della nozione di persona giuridica all'interno delle *Notas al Código civil*.

PALABRAS CLAVES: Persona jurídica; tradición romanística; códigos latinoamericanos.

PAROLE CHIAVE: Persona giuridica; tradizione romanistica; codici latinoamericani.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Visión general del concepto de persona jurídica. – 3. Persona jurídica en las Notas al Código civil de Vélez Sársfield. – 4. Conclusiones.

1. Introducción

Es conocido el ligamen de Vélez Sársfield con el Derecho romano – tanto en el sentido del Derecho romano histórico como en el sentido de la tradición romanística¹ –. El Código civil argentino entra en vigencia a inicios del año 1871 (pero fue culminado y aprobado a *libro cerrado*, es decir, sin modificaciones, en el 1869²), presentando características muy diferentes respecto a los demás códigos latinoamericanos. Schipani lo señala como «frutto di una estesa rilettura dell'insieme del diritto del sistema, dalle fonti romane a quelle della tradizione iberica, ai codici moderni europei e latinoamericani e alla dottrina, e di una riflessione propria, nutrita della cultura giuridica spagnola a partire dalla Seconda sco-

* El texto, a excepción de algunos ajustes y a la adición de un aparato esencial de notas, reproduce la intervención realizada en el *Workshop* «El derecho romano como elemento unificador del derecho de América Latina», en el ámbito de la *International Summer School* sobre el «Sistema jurídico latinoamericano» en la *Università degli Studi di Brescia* (12 de julio 2018). Se mantiene el tono discursivo.

¹ Es decir, dos de las concepciones incluidas en el amplio y genérico 'derecho romano', en la línea trazada por R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, en ID., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 71, e ID., *Verso una nuova romanistica*, en ID., *ibidem*, 194. Tal vez, siguiendo esta terminología, una referencia a la ley romana como 'ley romana actual o ley pandetística' sería apropiada, dado el contexto. Sobre esta cuestión, un tratamiento más amplio puede verse, en ID., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961, 546 ss.

² M. ROSTI, *Il contributo di Vélez Sársfield al diritto dell'Argentina indipendente*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 33/2, 2003, 478.

lastica, e di quella generale europea»³. En particular es vivo la ligamen con la ciencia jurídica latinoamericana, sobre todo con Andrés Bello y Augusto Teixeira de Freitas⁴.

Si ponemos la atención en el libro I^o (que es el libro de nuestro interés en este momento), es el mismo Vélez Sársfield quien se declara deudor de los juristas alemanes Savigny y Zachariae, además de Serrigny, autor de una gran obra sobre el derecho administrativo del imperio romano⁵. Estrechando aún más el campo, refiriéndonos en concreto a las personas jurídicas, la deuda principal es con el primero de los tres estudiosos, es decir, Savigny⁶.

Se podría por tanto caer en la tentación de afirmar que, con mucha probabilidad, hay poco que decir o que añadir. Sin embargo esto sería verdadero y se pudiera compartir solo si el molde de las diferentes fuentes estuviera lleno, o sea si Vélez se limitara a 'copiar'. Pero – como ya sabemos por las palabras de Schipani – así no parece ser, más bien al contrario, existe una reelaboración personal. Esto abre la posibilidad de seguir el desarrollo del pensamiento de Vélez, para captar algunos itinerarios conceptuales. El campo de elección para realizar tal operación está constituido por las *Notas* al código civil elaborado por él mismo. Considerando el tiempo limitado para esta intervención, elegí detenerme brevemente en tres puntos.

Sin embargo, es necesaria una premisa general sobre el tema de la presente intervención.

2. *Visión general del concepto de persona jurídica*

Sin duda, el de la persona jurídica es un tema fascinante y de larga duración. Podríamos decir, dentro de los límites de una ponencia, que las raíces de la reflexión científica de las que ha surgido la persona jurídica están hundidas en el derecho romano⁷. Sabemos, de hecho, que la cuestión presenta una naturaleza decididamente más problemática⁸.

El esquema de la persona jurídica ha sido objeto de reflexiones de todo tipo y en varios niveles de profundidad⁹. A partir de la noción misma de 'persona', un término

³ S. SCHIPANI, s.v. *Codici civili nel sistema latinoamericano*, en *DDP, Aggiornamento*, 5, Torino, 2010, 298.

⁴ S. SCHIPANI, *Codici cit.*, 298; M. ROSTI, *Il contributo cit.*, 480, 483.

⁵ M. ROSTI, *Il contributo cit.*, 480. La referencia final está en el trabajo de D. SERRIGNY, *Droit public et administratif romain, ou Institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'empire romain du 4. au 6. siècle de Constantin a Justinien*, Paris, 1862, dos volúmenes.

⁶ M. ROSTI, *Il contributo cit.*, 481.

⁷ Con un lenguaje más adecuado, F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (studi per un libro sulle persone giuridiche)*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1, 1965, 553, habla de pre-existencia del fenómeno al concepto: «Il fenomeno può, in prima approssimazione, essere descritto come quello per il quale entità diverse dall'uomo sono sottoposte ad un trattamento normativo corrispondente, per molti aspetti, al trattamento normativo dell'uomo. Esso è [...] un fenomeno anteriore, storicamente, all'ideazione stessa del concetto di persona giuridica».

⁸ Enfrentada por R. ORESTANO, *Il 'problema delle persone giuridiche' nel diritto romano*, Torino, 1968.

⁹ La bibliografía sobre el tema es copiosa. Me limito a indicar alguna obras como punto de referencia, útiles para enmarcar el problema y las posiciones doctrinales: B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942; F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1958², 18-32; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. M.G. LOSANO, Torino, 1990 (Wien, 1960), 198 ss.; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (studi per un libro sulle persone giuridiche)*, en *Riv. dir. civ.* 1, 1965, 553-633; R. ORESTANO, *Il problema cit.*, 7-78; M. BASILE-A. FALZEA, s.v. *persona giu-*

IUS ROMANUM, SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO, ORDENAMIENTOS

IGNAZIO CASTELLUCCI

RESUMEN: Existe una profunda diferencia entre las nociones, muy utilizadas por los juristas, de sistema y de ordenamiento; diferencia que muchas veces es fuente de confusión entre ambas nociones. La primera noción indica un ambiente jurídico abierto, caracterizado por principios y reglas de origen religiosa, social y consuetudinario; la segunda noción se asocia a los derechos positivos, normalmente nacionales y fundados en la ley. Un sistema jurídico puede ser asociado a una tradición jurídica e incluye, tendencialmente, más de un ordenamiento. El sistema jurídico latinoamericano representa la continuidad con el sistema del derecho romano, una realidad en la que están envueltos y viven los ordenamientos latinoamericanos. América Latina también está caracterizada por una tensión entre el sistema romanista y el de origen norteamericano de la *Western Legal Tradition*, sistemas con características formales y sustanciales diferentes.

ABSTRACT: Vi è una profonda differenza tra le nozioni, entrambe molto usate dai giuristi, di sistema e ordinamento; la differenza è spesso fonte di confusione tra le due nozioni. La prima nozione indica un ambiente giuridico aperto caratterizzato da principi e regole di origine religiosa, sociale, consuetudinaria; la seconda è associata ai diritti positivi, normalmente nazionali e spesso su base legislativa. Un sistema giuridico è associabile a una tradizione giuridica e include, tendenzialmente, più ordinamenti. Il sistema giuridico latinoamericano rappresenta la continuità col sistema del diritto romano: una realtà nel quale sono avvolti e vivono gli ordinamenti dei Paesi dell'America latina. L'America Latina è tuttavia caratterizzata da una rilevabile tensione tra il sistema romanista e quello di origine nordamericana della *Western Legal Tradition*, sistemi con differenti caratteristiche formali e sostanziali.

PALABRAS CLAVE: Sistema; ordenamiento; imperio; derecho romano; sistema jurídico romanista; *Western Legal Tradition*; otros sistemas; sistema jurídico latinoamericano.

PAROLE CHIAVE: Sistema; ordinamento; impero; diritto romano; sistema giuridico romanistico; *Western Legal Tradition*; altri sistemi; sistema giuridico latinoamericano.

SUMARIO: 1. Declaraciones preliminares y nociones. – 2. Un problema terminológico. – 3. Derecho Romano e Imperio. – 4. Comparaciones. – 5. América latina. – 6. Entre sistema jurídico latinoamericano y *Western rule of law*.

1. *Declaraciones preliminares y nociones*

No es nuestro objetivo brindar definiciones desde el punto de vista dogmático de las nociones de ‘ordenamiento’ y de ‘sistema’, de las que se han ocupado ampliamente tanto la ciencia jurídica romanista como los teóricos del derecho a lo largo del siglo XX, ni tampoco nos detendremos en la compleja historia de la formación de esas nociones, todo lo cual precisaría un espacio y un esfuerzo muy superior a los de este ensayo. Solo retomaremos uno de los aspectos de ese gran debate, que ha merecido la atención des-

de hace ya algún tiempo de Pierangelo Catalano¹, y añadiremos algunas reflexiones a las del Maestro desde el punto de vista (no ya del romanista, ni del teórico del derecho, sino) del derecho comparado.

La noción de ‘ordenamiento jurídico’ de la que nos ocuparemos tiene sus raíces en los siglos XIX y XX, en el pensamiento positivista desarrollado por Hans Kelsen, quien reconstruyó el fenómeno jurídico como expresión únicamente de la potestad legislativa del Estado; es decir, el derecho positivo, sus reglas, las relaciones internas entre ellas, en una visión que define todo el derecho dentro de la legalidad². Es cierto que hubo muchas contribuciones al debate, y muchas nociones de ‘ordenamiento jurídico’, entre las cuales merece sin dudas una mención especial la de Santi Romano³, que ofreció una noción bastante diferente de la de Kelsen – pero de la cual no quedó satisfecho por el empleo del término ‘ordenamiento’⁴ – en ocasión de desarrollar su teoría ‘institucional’. Para esta teoría, el derecho es una noción radicalmente diferente de la del derecho positivo del Estado, encontrando su origen en la fisiología social de cualquier comunidad organizada (como el mismo S. Romano sintetizó mediante la expresión *ubi societas ibi ius; ubi ius, ibi societas*⁵), en un hecho social⁶, es decir, una situación fundamental e inicial que tiene relevancia jurídico-operativa (más que en una abstracta *Grundnorm*).

Cabe mencionar también la expresión ‘orden jurídico’, empleada por Paolo Grossi con relación al derecho medieval, literalmente parecida pero sustancialmente muy diferente. Esta expresión designa un conjunto muy complejo de instituciones, fuentes y reglas de existencia natural, encontrándose sin embargo muy lejos de las ideas westfalianas y, más aún, del positivismo moderno. Un sistema que no está establecido por una voluntad (humana), sino un orden que existe; mientras que el ordenamiento es el resultado del acto positivo de ordenar, llevado a cabo por alguien que tiene el poder de hacerlo en un determinado territorio⁷.

¹ P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América latina*, en *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Actas del congreso internacional de Roma, 26-29 de noviembre de 2003, coordinado por S. SCHIPANI, Roma, 2005, 19-38; ID. *Sistemas Jurídicos, Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano*, in *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1982, 163 ss. Una visión parcialmente diferente es expresada por S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, en esta revista, 24/2007, 5 ss. Tuve el honor de participar a la *Summer school* sobre la cual da noticia A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia*, en esta revista, 38/2017, 3 ss., recorriendo a los fundamentos del discurso científico en cuestión. Véase, también, C. SALGADO RAMÍREZ, *Breves reflexiones sobre la interacción entre ‘ordenamiento’ y ‘sistema’ de ius romanum*, en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano - Liber discipulorum para el Profesor Sandro Schipani*, Bogotá, 2013, 167 ss.

² H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (doctrina pura del Derecho), en las dos versiones de 1934 y de 1960.

³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918; 2ª ed., Firenze, 1946.

⁴ Debido a las dificultades «generadas por la indeterminación y la pobreza del lenguaje, que causan inexactitudes en las definiciones de conceptos muy abstractos [...] sería suficiente sustituir la palabra ‘ordenamiento’ con alguna otra»; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* cit., 1946, 25.

⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* cit., 27.

⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* cit., 51.

⁷ P. GROSSI, *L'Ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006.

SOCIO D'OPERA Y SOCIO INDUSTRIAL: INFLUENCIAS ROMANISTAS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

STEFANO LIVA

RESUMEN: La legislación comercial argentina actualmente en vigor sigue regulando, como forma societaria distinta y autónoma, la sociedad de capital e industria. A partir de una reflexión sobre la figura del socio industrial, este específico tipo societario ha recibido una completa y ordenada reglamentación, con igual dignidad legislativa que los demás tipos de sociedad. El respeto y la atención reservados a dicha figura, creemos que se pueden comprender mejor dirigiendo la atención al derecho romano, y en particular al papel asumido en el mismo por el *socio d'opera*.

ABSTRACT: La legislazione commerciale argentina attualmente in vigore disciplina ancora quale forma societaria distinta ed autonoma la *societad de capital e industria*. Questo specifico tipo societario ha ricevuto compiuta ed ordinata regolamentazione, con pari dignità legislativa rispetto agli altri tipi di società, muovendo da una riflessione intorno alla figura del *socio industrial*: il riguardo e l'attenzione ad esso riservati credo possano meglio essere compresi guardando al diritto romano, ed in particolare al ruolo in esso assunto dal socio d'opera.

PALABRAS CLAVE: *Socio d'opera*; socio industrial; Código comercial; Código civil 'velezano'.

PAROLE CHIAVE: Socio d'opera; *socio industrial*; Codice di commercio; Codice civile 'velezano'.

SUMARIO: 1. Breves notas introductorias. – 2. La disciplina romanista. – 3. El Código civil 'velezano'. – 4. La legislación comercial. – 5. Observaciones conclusivas.

1. *Breves notas introductorias*

La legislación comercial argentina actualmente en vigor sigue regulando – como veremos, hecho no común¹ – como forma societaria distinta y autónoma la 'sociedad de capital e industria', esto es, la sociedad «que se contrae por una parte entre una o más personas que suministran fondos para una negociación en general, o para alguna operación mercantil en particular, y por la otra, uno ó mas individuos que entran a la asociación con su industria solamente», según el art. 435 del Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires de 1859 (desde 1862 Código de Comercio de la Argentina unificada).

A partir de una reflexión sobre la figura del socio industrial, este específico tipo societario ha recibido una completa y ordenada reglamentación, con igual dignidad legislativa que los demás tipos de sociedad. El respeto y la atención reservados a dicha figura, en vista de la «istintiva diffidenza ad applicare ai fenomeni associativi di capitale

¹ Cfr. *infra*, § 5.

e lavoro la disciplina propria della società»² y de la «irresistible tentazione a costruire la figura del socio di lavoro alla stregua di un socio ‘meno uguale’ degli altri»³, creemos que se pueden comprender mejor dirigiendo la atención al derecho romano.

2. *La disciplina romanista*

Es indudable que la *societas consensu contracta* representa una de las figuras contractuales más complejas de las elaboradas en el ámbito del derecho privado romano.

En la reconstrucción de su reglamentación a través del pensamiento de los juristas romanos, como objeto de los debates más interesantes y fecundos que se desarrollaron a partir del s. I a.C. emerge con evidencia la figura recurrente del *socio d'opera*. Dicho *socius* aporta a la empresa común no *pecunia* (hoy día lo llamaríamos el socio capitalista) sino una actividad que, a menudo, se revela decisiva para el alcance del objetivo por el que se constituyó la sociedad y, como se podrá comprobar, sin duda alguna presenta más de un rasgo en común con el socio industrial.

Precisamente la introducción de la responsabilidad culposa del socio insolvente (y del que haya rescindido prematuramente, de manera intempestiva, la sociedad)⁴ se debe a la reflexión jurisprudencial sobre la peculiar contribución del *socio d'opera*.

Aun así, para nosotros el aspecto más interesante es que el *socius* que aportaba *opera* ya había sido protagonista de la celeberrima disputa entre Quinto Mucio Scevola y Servio Sulpicio Rufo, conocida como *magna quaestio*, relativa a la repartición de los beneficios y de las pérdidas entre socios. El contraste entre estos dos grandes juristas tiene su origen, de hecho, en lo referente a la identificación de los criterios a los que atenerse cuando se determinan las *partes lucri et damni* debidas a cada socio.

A tal propósito, antes hay que aclarar que no había surgido ninguna duda en relación a la posibilidad de prever cuotas de beneficios y de pérdidas diversas entre los socios, siempre que hubieran sido de igual entidad entre ellos, ni sobre el hecho de que, en ausencia de específicas convenciones, los socios tuvieran derecho a cuotas iguales. La enseñanza de las Instituciones de Gayo⁵, confirmada en términos aún más explícitos en las Instituciones de Justiniano⁶, sobre este punto es clara.

² Cfr. U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, 8.

³ U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società* cit.

⁴ Sobre este punto me permito remitir a S. LIVA, ‘Elegantem Pomponius scripsit frustra hoc convenire’. *Riflessioni sul ‘pactum ne intra certum tempus societate abeat’*, en *RDR*, 16-17, 2016-2017, 4 ss. y la bibliografía allí citada.

⁵ Gai. 3,150: *Et illum certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.*

⁶ I. 3,25,1: *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia; I. 3,25,3: Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa: in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari.*