

# DIRITTO ROMANO E EURASIA

PIERANGELO CATALANO

**ABSTRACT:** Vengono esaminate origine e prospettiva storica dei ‘Seminari eurasiatici di diritto romano’, tracciandone lo sviluppo dal socialismo verso la solidarietà eurasiatica. Il diritto romano come ‘sistema giuridico’ (distinto dai singoli ordinamenti positivi statali) è considerato in funzione dell’unità dell’Eurasia.

Contro i giuristi occidentalisti vengono distinti i concetti di ‘sistema’ e ‘ordinamento’ e viene rifiutato l’evoluzionismo culturale e sociale. È posta in rilievo l’analogia tra America Latina ed Eurasia. Sono sottolineati i rapporti tra Mosca e la Cina, anche in riferimento allo *ius naturale* ed alla rivoluzione.

Sono ricordati gli antichi concetti di *utraque Troia* (Virgilio) e *utraque Roma* (Giustiniano) quali elementi di una futura unità eurasiatica.

**RESUMEN:** Se examinan el origen y la perspectiva histórica de los ‘Seminarios euroasiáticos de Derecho romano’, siguiendo su desarrollo desde el socialismo hasta la solidaridad euroasiática. El Derecho romano como ‘sistema jurídico’ (distinto de los ordenamientos positivos estatales) es considerado en función de la unidad de Eurasia.

En contra de los juristas occidentalistas se distinguen los conceptos de ‘sistema’ y ‘ordenamiento’ y se rechaza el evolucionismo cultural y social. Se pone de relieve la analogía entre América Latina y Eurasia. Se destacan las relaciones entre Moscú y China, incluso con referencia al *ius naturale* y a la revolución.

Se recuerdan los antiguos conceptos *utraque Troia* (Virgilio) y *utraque Roma* (Justiniano) como elementos de una futura unidad euroasiática.

**PAROLE CHIAVE:** Sistema giuridico romano; Eurasia; America Latina; Mosca; Cina.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema jurídico romano; Eurasia; América Latina; Moscú; China.

**SOMMARIO:** 1. Origine e prospettiva storica dei ‘Seminari eurasiatici di diritto romano’.– 2. Dal socialismo alla solidarietà eurasiatica.– 3. Il diritto romano per l’unità dell’Eurasia.– 4. Contro i giuristi ‘occidentalisti’.– A. Sistema e ordinamento.– B. Contro l’evoluzionismo e l’occidentalismo.– C. America Latina ed Eurasia.– D. Mosca e la Cina. Diritto naturale e rivoluzione.– 5. Da Virgilio (*utraque Troia*) a Giustiniano (*utraque Roma*).

### 1. *Origine e prospettiva storica dei 'Seminari eurasiatici di diritto romano'*

Il 'I Seminario eurasiatico di diritto romano' (Dušanbe, 2011) deriva dai 'Colloqui dei romanisti dei Paesi socialisti e d'Italia' iniziati nel 1977 a Leipzig presso l'Università Karl Marx. La Provincia di Roma ha sostenuto il 'I Seminario' anche richiamandosi alla migrazione di Enea dall'Asia e al ritrovamento in Tagikistan, nella Regione Sogdiana, di un affresco dell'VIII-IX secolo raffigurante la leggenda di Rea Silvia e la Lupa con i Gemelli.

In base alla deliberazione della Giunta Provinciale di Roma n. 1293/40 del 31 ottobre 2007 si è avviato il *Progetto per lo studio e la diffusione del Diritto romano nei Paesi extra-europei e dell'Europa centro-orientale*, proposto dall'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR operando nel senso storico indicato in Tagikistan già nel 2005.

Nel quadro di questo *Progetto* si sono realizzati due incontri di studi, grazie soprattutto all'appoggio del Difensore civico della Provincia di Roma, avvocato Alessandro Licheri: il 'Convegno (incontro preparatorio) su Difesa dei diritti dei cittadini. Difensore civico, *Defensor del pueblo, Ombudsman*', che si è tenuto a Valmontone, nel Palazzo Doria Pamphilj, nei giorni 10-12 giugno 2010, e il 'I Seminario eurasiatico di Diritto romano', che si è tenuto a Dušanbe nei giorni 14-15 ottobre 2011, sui temi *Repubblica e difesa dei diritti dell'uomo e del cittadino* e *Recezione e insegnamento del Diritto romano*.

La civiltà romana viene dall'Asia e torna in Asia. Nel 2005, a Dušanbe, ho ricordato che nel I secolo a.C., nell'antica Sogdiana, si ebbe un evento militare che (a quanto risulta da fonti cinesi interpretate dal sinologo di Oxford Homer H. Dubs) portò infine alcuni Romani a fondare una città in Cina, nella Provincia del Gansu. Nel 36 a.C. i Cinesi fecero prigionieri centoquarantacinque legionari romani che, scampati ai Partì dopo la sconfitta di Carre (53 a.C.), difendevano, usando la tattica della *testudo*, una città sul fiume Du-lai, da loro fortificata. Nelle fonti cinesi dell'età degli Han, contemporaneamente all'età di Augusto, compare poi la città di Li-jian, cioè con il nome che indicava l'Impero romano: città che sarebbe stata fondata e abitata, appunto nel Gansu, da quei legionari romani.

### 2. *Dal socialismo alla solidarietà eurasiatica*

Nell'aprile 1996, in Campidoglio, nella seduta conclusiva del 'XVI Seminario internazionale di studi storici *Da Roma alla Terza Roma*', il giurista e storico polacco Juliusz Bardach ha presentato la comunicazione *Eurasie: 'civitas augescens' de l'Est dans la pensee russe du XXe siecle* spiegando il retroterra storico e ideologico del concetto geopolitico di Eurasia e del pensiero eurasiatista, in particolare la connessione con l'idea romana della città-cittadinanza crescente (*civitas augescens*).

A Vladivostok, il 5-7 ottobre 2000, si è tenuto l'VIII Colloquio dei romanisti dei Paesi socialisti e d'Italia'. In tale occasione Xu Guodong, professore di Diritto romano dell'Università di Xiamen, direttore della rivista *Roman Law and Modern Civil Law*, ha scritto della 'solidarietà eurasiatica'. Vedi XU GUODONG, *Socialism, Post-Socialism and the Euroasiatic Solidarity. Summary of Colloquia of Romanists of Central and Eastern Europe and Italy: from Origin to Today* e ID., *A Brief Presentation to the Gruppo di ricer-*

# LA GIURISPRUDENZA ROMANA E LA DIFESA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DEL CITTADINO\*

MACHKAM MACHMUDZODA

**ABSTRACT:** Viene sottolineata l'importanza fondamentale del diritto romano nello sviluppo del diritto di molti Paesi del mondo. Quindi si prende in considerazione il lungo e controverso processo di recezione del diritto romano nelle Repubbliche Sovietiche, quale il Tagikistan, in particolare riguardo al diritto civile. Si evidenzia, infine, come la tradizione romana trovi riflesso in istituti per la difesa dei diritti e delle libertà dell'uomo e del cittadino nell'odierna Repubblica del Tagikistan.

**RESUMEN:** Se destaca la importancia fundamental del Derecho romano en el desarrollo del derecho de muchos países del mundo. En consecuencia se toma en consideración el largo y controvertido proceso de recepción del Derecho romano en las Repúblicas Soviéticas, como Tagikistán, con particular referencia al Derecho civil. Se evidencia, por último, como la tradición romana se refleja en instituciones para la defensa de los derechos y de las libertades del hombre y del ciudadano en el ordenamiento de la República de Tagikistán.

**PAROLE CHIAVE:** Tagikistan; diritto romano; diritto civile; difesa dei diritti e delle libertà.

**PALABRAS CLAVE:** Tagikistán; Derecho romano; Derecho civil; defensa de los derechos y de las libertades.

**SOMMARIO:** 1. Diritto romano.– 2. Diritto civile.– 3. Difesa dei diritti e delle libertà.

\* Traduzione dal russo di C. Trocini.

Illustri partecipanti al Seminario,  
Signore e signori,

innanzi tutto vorrei esprimere i miei più cordiali ringraziamenti agli organizzatori di questa importantissima iniziativa internazionale per avermi concesso la possibilità di prendervi parte e di intervenire con una relazione a un Seminario di altissimo livello scientifico e professionale, nonché per la calda accoglienza riservatami.

Questa è già la terza edizione del 'Seminario eurasiatico', dedicato agli attuali problemi del diritto romano e della sua recezione nella giurisprudenza contemporanea, che favorisce altresì la continuità della diffusione della tradizione gius-romanistica.

È certo che l'organizzazione e lo svolgimento a un così alto livello di questa iniziativa e di quelle che l'hanno preceduta, mi riferisco in particolare al 'X Colloquio dei romanisti dei Paesi dell'Europa Centro-Orientale e dell'Asia', nonché ai primi due 'Seminari eurasiatici di diritto romano', si deve alla professionalità e all'impegno dell'illustre professore Pierangelo Catalano.

Sono lieto di constatare che il mio amico, il professore Pierangelo Catalano, nonostante i suoi numerosi impegni legati all'organizzazione di iniziative scientifiche di così alto valore, continui tuttora a contribuire vigorosamente allo sviluppo e alla diffusione del diritto romano: una pagina luminosa e significativa della storia mondiale, uno dei più importanti risultati raggiunti dall'umanità.

Colgo l'occasione per augurare al professore Pierangelo Catalano buona salute, successi nella sua attività scientifica e di ricerca e numerosi collaboratori che professino le sue stesse idee e che lo aiutino a ottenere ulteriori risultati nello studio e nella diffusione del diritto romano, il cui carattere eccezionale contribuisce allo sviluppo della società civile e ad una migliore conoscenza del diritto privato contemporaneo.

### 1. *Diritto romano*

Il retaggio della giurisprudenza dell'Antica Roma è una delle pagine più luminose e significative della storia mondiale e nella sua forma classica ha determinato nei secoli e continua a determinare tuttora, in misura importante, le particolarità dello sviluppo dei sistemi giuridici di molti Paesi del mondo.

Nonostante il fatto che dalla nascita del diritto romano sia passato molto tempo, la sua costruzione giuridica stabile e fruttuosa, divenuta nel tempo dottrina giuridica, non ha perso ancora oggi la sua importanza e attualità.

Oggi, nella giurisprudenza contemporanea, il tema della recezione del diritto romano, in considerazione della sua attualità non solo giuridica ma anche scientifico-pratica, viene studiato da studiosi di diversi campi del sapere scientifico: storici, giuristi, filosofi.

Lo studio dello sviluppo del diritto da questo punto di vista ci permette di evidenziare la manifestazione storica e giuridica della recezione del diritto romano in un dato sistema, come fenomeno socio-giuridico, e di determinare la tendenza dello sviluppo degli istituti del diritto romano nelle condizioni contemporanee.

Ciò appare particolarmente significativo in relazione all'attuale processo di trasformazione del nostro sistema giuridico dal modello socialista in quello romano-germanico.

# LA TRADITION DU DROIT ROMAIN REFLECHIE DANS CERTAINES INNOVATIONS DU NOUVEAU CODE CIVIL ROUMAIN CONCERNANT L'ENFANT CONÇU ET LE MARIAGE

TEODOR SÂMBRIAN

RÉSUMÉ: Pour régler le droit des personnes et de la famille, le nouveau Code civil roumain de 2009 a pris pour modèle le Code civil français (dans sa version 2006), le Code civil du Québec, le Code civil italien et le Code civil suisse; avec eux, il poursuit la tradition juridique romaine de l'ancien Code civil roumain (1864) et du Code de la famille (1954). Nous présentons ici quelques-unes des innovations d'inspiration romaine traitant de l'enfant conçu et du mariage. Autant d'innovations que le Code romain a reçu par l'intermédiaire de ces Codes étrangers lui ayant servi de modèles.

ABSTRACT: Nel regolamento delle istituzioni delle persona e della famiglia, il nuovo codice civile rumeno, adottato nel 2009 e che ha come modelli il codice civile francese nella versione 2006, il codice civile di Quebec, il codice civile italiano e il codice civile svizzero, continuano la tradizione romana del codice civile rumeno del 1864 e del codice della famiglia dal 1954. In questo articolo presentiamo alcune innovazioni riguardanti il concepito e il matrimonio di ispirazione romana che il nuovo codice civile rumeno ha ricevuto attraverso i codici stranieri che sono serviti da modelli.

MOTS CLÉS: Code civil roumain; enfant conçu; définition du mariage; réception du droit romain.

PALABRAS CLAVE: Codice civile rumeno; concepito; definizione di matrimonio; ricezione del diritto romano.

SOMMARIO: 1. Préliminaires. – 2. Les droits de l'enfant conçu. – 3. Les fiançailles. – 4. La définition du mariage. – 5. Le mariage fictif. – 6. Le régime matrimonial de la communauté conventionnelle. – 7. La dissolution du mariage par l'accord mutuel et la faute exclusive du demandeur.

## 1. *Préliminaires*

En droit roumain moderne, l'institution des personnes et de la famille était réglementée par le Code civil de 1864 et le Code de la famille de 1954. Le nouveau Code civil roumain adopté en 2009 et qui rentra en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2011, reprenant plusieurs dispositions relatives aux personnes et à la famille, tel que réglementé précédemment, apporte à ces questions beaucoup d'innovations, certaines inspirées de toute évidence du droit romain, dont : les dispositions relatives au droit de l'enfant conçu (art. 36), les fiançailles (art. 266-270), la définition du mariage (art. 259 par.1), le mariage fictif (art. 295 par.1), le régime de la communauté conventionnelle (art. 366-368), la dissolution du mariage par consentement mutuel (art. 374-378) et par faute exclusive du demandeur (art. 379 alin. 2).

## 2. Les droits de l'enfant conçu

Sous le titre «les droits de l'enfant conçu» l'article 36 du nouveau Code civil roumain dispose que «les droits de l'enfant sont reconnus dès la conception, mais, seulement, s'il est né vivant». Ceci est une disposition quasi identique à celle du décret n. 31/1954 concernant la personne physique et morale (art. 7 par. 2). Le Code civil de 1864, dans une formulation défectueuse (art. 654), établi d'une part, que pour pouvoir hériter, la personne devait exister au moment de l'ouverture de la succession (par. 1) et, d'autre part qu'un enfant conçu était considéré comme existant<sup>1</sup>.

Le Code de la famille de 1954 ne contenait aucune référence à cet égard, ce qui était naturel étant donné que toutes les dispositions relatives à l'institution de la personne ont été introduites dans le décret n. 31/1954.

Les deux thèses de l'article 36 du nouveau Code civil sont reçues du droit romain qui comprenait plusieurs dispositions réglementant la défense de la vie des personnes conçues.

1. *Terminologie*. Il convient de noter d'un point de vue terminologique que pour le terme «l'enfant conçu» du titre de l'article 36, dans la terminologie romaine<sup>2</sup> on utilisait l'expression *qui in utero sunt* (ceux qui sont dans l'utérus) et, plus rarement, des termes tels que *conceptus* (qui est conçu), *liberi nondum nati* (enfants non encore nés), *qui nasci speratur*<sup>3</sup> (ceux que nous espérons vont naître).

2. *La thèse «les droits de l'enfant sont reconnus dès la conception»*. La première thèse de l'article 36 est une réception du brocard médiéval<sup>4</sup> *conceptus pro iam habetur si de eius commodo agitur* (considérer que l'enfant conçu est déjà né si cela est dans son intérêt), ou du brocard *infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur* (l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois que cela est dans son intérêt) qui résume l'affirmation du jurisconsulte Paulus codifié dans le Digeste de Justinien: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custodiat, quamquam alii antequam nascatur nequam prosit*<sup>5</sup> (celui qui est dans le ventre est défendu de la même manière que s'il était parmi les êtres humains, il en va de l'intérêt de l'enfant lui-même si, avant sa naissance,

<sup>1</sup> Art. 654 Code civ. roum. (1864) : « Pour succéder, il faut nécessairement que la personne qui succède existe.

L'enfant conçu est considéré comme existant.

L'enfant né mort est considéré comme non-existant ».

Par rapport à la disposition générale relative aux droits des personnes contenus dans l'article 34 du Code civil de la Principauté de Moldavie (Code Calimach) de 1817 («Les lois concernent également les personnes conçues depuis leur conception, celles-ci étant considérées comme nées...»), la disposition contenue dans l'article 654 cité ci-dessus est inférieur quant à la technique de rédaction, étant une règle spéciale incluse dans le titre concernant les successions qui se limite au droit de l'enfant conçu qui hérite *ab intestat*. Dans ce sens, dans la doctrine, il fut reproché à l'ancien Code de «ne pas contenir une disposition formelle permettant de reconnaître comme principe que l'enfant conçu a une personnalité juridique anticipée» (M. RARINCESCU, *Curs elementar de drept civil român*, I, Bucuresți, 1946, 152).

<sup>2</sup> P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 195 ss.; M.P. BACCARI, *Diritto alla vita tra ius e biotecnologie*, I, *La difesa del concepito*, Torino, 2006, 4.

<sup>3</sup> P. CATALANO, *Diritto e persone* cit., 196 s.

<sup>4</sup> M.P. BACCARI *Diritto alla vita* cit., 8.

<sup>5</sup> D. 1,5,7.

# IL CONTRATTO DI *FENUS* E LA DIFESA DEI DEBITORI CONTRO L'USURA NEL DIRITTO MEDIEVALE SERBO (RIGUARDO ALL' INFLUENZA DEL DIRITTO GRECO-ROMANO)

SRĐAN ŠARKIĆ

ABSTRACT: Le raccolte giuridiche bizantine raccolgono insieme le regole del prestito nel medesimo capitolo che include le disposizioni sul pegno (*pignus*, ἐνέχυρον, *zaloga*). Il capitolo X dell'*Ecloga* è rubricato *Sui prestiti scritti e non scritti e sui pegni dati a garanzia*; il capitolo XVI del *Procheiron* è rubricato *Sul prestito e sul pegno* e il capitolo XXVIII dell'*Epanagoge/Eisagoge* è rubricato *Sui prestiti e sui pegni*. Questa è la ragione per cui Matteo Blastares, monaco originario di Salonicco, nel 1335 aveva incluso nel suo *Syntagma* (una raccolta nomocanonica in 24 titoli, ciascuno dei quali corrispondente ad una lettera greca) il capitolo Δ – 12 rubricato *Sui mutuant-i, sui prestiti e sui pegni* (in greco Περὶ δανειστῶν, καὶ δανείων, καὶ ἐνεχύρων e nella traduzione serba *O zajemniceh, o zaim e i zalozeh*).

RESUMEN: Las recopilaciones jurídicas bizantinas recogen las reglas sobre el préstamo en el mismo capítulo que incluye las disposiciones de la prenda (*pignus*, ἐνέχυρον, *zaloga*). El capítulo X de la *Ecloga* lleva la rúbrica *Sobre los préstamos escritos y no escritos y las prendas dadas en garantía*; el capítulo XVI del *Procheiron* lleva la rúbrica *Sobre los préstamos y sus prendas*. Esta es la razón por la cual Matteo Blastares, monje originario de Salónica en 1335 había incluido en su *Syntagma* (una recopilación nomocanónica en 24 títulos, cada uno de los cuales correspondiente a una letra griega) el capítulo Δ – 12 rubricado *Sobre mutuan-tes, sus préstamos y sus prendas* (en griego Περὶ δανειστῶν, καὶ δανείων, καὶ ἐνεχύρων y en la traducción serba *O zajemniceh, o zaim e i zalozeh*).

PAROLE CHIAVE: Prestito, usura, comodato, *Syntagma*, *Procheiron*?

PALABRAS CLAVE: Préstamo, usura, comodato, *Syntagma*, *Procheiron*?

SOMMARIO: 1. Prestito in diritto bizantino. – 2. Interesse in diritto romano. – 3. Scriptures sull'interesse. – 4. Interesse in diritto bizantino e nella traduzione serba del *Syntagma* di Matteo Blastares. – 5. Documenti serbi.

### 1. *Prestito in diritto bizantino*

Il prestito (*mutuum, fenus, δάνειον, заемъ*) di una somma di denaro è concesso da una parte e ricevuto dall'altra parte su accordo, da restituire senza interesse (*mutuum*) o con interesse (*fenus*).

Le raccolte giuridiche bizantine assemblano le regole del prestito nel medesimo capitolo che include le disposizioni sul pegno (*pignus, ἐνέχυρον, zaloga*)<sup>1</sup>. Il capitolo X dell'*Ecloga* è rubricato Περὶ δανείου ἐγγράφου καὶ ἀγράφου καὶ τῶν διδομένων ἐπ' αὐτοῖς ἐνέχυρων (*Sui prestiti scritti e non scritti e sui pegni dati a garanzia*)<sup>2</sup>; il capitolo XVI del *Prochiron* è rubricato Περὶ δανείου καὶ ἐνέχυρου (*Sul prestito e sul pegno*) e il capitolo XXVIII dell'*Epanagoge/Eisagoge* è rubricato Περὶ χρέους καὶ ἐνέχυρων (*Sui prestiti e sui pegni*)<sup>3</sup>.

Questa è la ragione per cui Matteo Blastares, monaco originario di Salonicco, nel 1335 aveva incluso nel suo *Syntagma* (una raccolta nomocanonica in 24 titoli, ciascuno dei quali corrispondente ad una lettera greca) il capitolo Δ-2 rubricato *Sui mutuanti, sui prestiti e sui pegni* (In greco Περὶ δανειστῶν, καὶ δανείου, καὶ ἐνέχυρων<sup>4</sup> e nella traduzione serba **О ЗАКЛНИЦЪХЪ, О ЗАИМЪ И ЗАЛОЗЪХЪ**<sup>5</sup>).

### 2. *Interesse in diritto romano*

Nel diritto romano, in caso di prestiti di denaro, poteva essere richiesto il pagamento di un interesse, nel caso vi fosse stata una speciale stipula per garantire tale effetto<sup>6</sup>. La percentuale di interesse nelle XII Tavole era limitata al 12%. Nel 345 a. C. fu ridotta al 6%. Sotto Giustiniano l'interesse non era ammesso se superiore a due volte l'ammontare del capitale principale. L'interesse composto (ripetuto o raddoppiato) ossia il cosiddetto anatocismo (dal Greco ἀνά = sopra, oltre + τοκισμός = usura, dal verbo τοκίζω = prestare ad interesse e τόκος = interesse; Latino *anatocismus* o *usurae usurarum*) era vietato. I tassi al tempo di Giustiniano erano a) prestito marittimo 12% ; b) prestito d'affari 8% ; c) prestito ordinario non d'affari 6% ; d) prestito a contadini e persone di alto rango 4 %<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Benché la moderna dottrina consideri il pegno come parte del diritto di proprietà e il pegno come un contratto reale parte del diritto delle obbligazioni.

<sup>2</sup> *Ecloga, das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos' V.*, in L. BURGMANN (a cura di), *Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1983, 204.

<sup>3</sup> J. ET P. ΖΕΡΟΣ, *Jus Graecoromanum*, vol. II, Athina 1931 (reprint Aalen 1962), 155 e 320.

<sup>4</sup> Ed. Γ.Α. ΡΑΛΛΗΣ, Μ. ΠΟΤΛΗΣ, *Ματθαίου τοῦ Βλασταρέως Σύνταγμα κατὰ στοιχείον*, Ἐν Ἀθήναις (rist. Athina 1966), 204.

<sup>5</sup> Ed. S. NOVAKOVIĆ, *Matije Vlastara Sintagma.*, *Azbučni zbornik vizantijskih crkvenih i državnih zakona i pravila, slovenski prevod vremena Dušanova*, Belgrado, 1907, 214.

<sup>6</sup> Cod. Iust. IV, 32,22.

<sup>7</sup> Cod. Iust. IV, 32, *De usuris* (28 leggi).



### 3. *Scriptures sull'interesse*

Sotto l'influenza dei dettami delle *Scriptures*<sup>8</sup> i canoni dei concili della chiesa cristiana anatematizzarono l'interesse come una usura<sup>9</sup>. Seguendo l'ideologia cristiana, la legislazione bizantina tentò di vietare qualsiasi tipo di interesse, considerandolo usura. Già l'*Ecloga* non conteneva alcuna norma sull'usura: né permesso, né divieto, ma il *Prochiron* esplicitamente vietava di ricevere un interesse, considerandolo qualcosa che non aveva la dignità della comunità cristiana e proibito dalla legislazione di Dio (ἀλλ' οὖν ὡς ἀναξίαν τῆς ἡμῶν τῶν χριστιανῶν πολιτείας ἀπευκταίαν εἶναι κεκρίκαμεν, ἅτε παρὰ τῆς θείας νομοθεσίας κεκωλυμένην; нь мы оубоѡахомь тако не достоина єѡа нашего христїаньскаго житїѡ, ѡтметьна быти расоудихомь ꙗже божьственымь закономь възбранена соуть)<sup>10</sup>. La stessa cosa era ripetuta nell'*Eisagoge/Epanagoge*<sup>11</sup>.

### 4. *Interesse in diritto bizantino e nella traduzione serba del Syntagma di Matteo Blastares*

In ogni caso, ricevere un interesse venne ad essere considerato come un bisogno della vita economica, così la *Novella LXXXIII* dell'imperatore Leone VI autorizzava un interesse con un tasso del 4% (ἀπὸ τρίτος εκαστοστῆς)<sup>12</sup> e i Basilici riproducevano le disposizioni della legislazione giustiniana<sup>13</sup>. Le raccolte giuridiche bizantine ad un certo punto contenevano il divieto di interesse del *Prochiron*, ma allo stesso tempo anche la disposizione della novella dell'imperatore Leone VI. Tale contraddizione può essere rinvenuta anche nel *Syntagma* di Matteo Blastares. Il capitolo Π – 11 è rubricato *Sull'avidità e sul furto (saccheggio, depredazione)* (Περὶ πλεονεξίας καὶ ἀρπαγῆς, **О лихоимствѣ и хищени**) ed illustra la regola VI di Gregorio il Nisseno, secondo la quale il Santo Apostolo considerava l'avidità una forma di idolatria (τὸ τῆς εἰδωλατρείας, **идолослуженїа видь**)<sup>14</sup>. Il testo non menziona espressamente l'usura, ma è chiaro che San Gregorio allude ad essa e la proibisce al clero. Maggiori dettagli sull'interesse sono contenuti al capitolo T – 7, rubricato *Sulla proibizione dell'usura per tutti i chierici e sugli interessi* (Ὅτι τόκοις λαμβάνειν ἀπειρήται παντὶ κληρικῶ, καὶ περὶ τόκων, **ꙗко лихвы въземати отречен'но ксть в'сакомоу причѣтнику**).

La prima parte del capitolo espone le regole ecclesiastiche (canoni) che proibivano l'interesse al clero, ossia: la regola XLIV dei Santi Apostoli; la regola XVII del Primo Concilio; la regola X del Sesto Concilio; la regola IV del Concilio di Laodicea, la regola V del Concilio di Cartagine e la regola XIV di Basilio di Cesarea.

<sup>8</sup> Exodus, XX, 25; Leviticus, XXV, 36; Deuteronomy, XXIII, 19; Lucas, VI, 35.

<sup>9</sup> Canone apostolico 44; Canone 17 del Primo Concilio di Nicaea; Canone 10 del Concilio in Trullo.

<sup>10</sup> *Procheiron* XVI, 14, Zepos, vol. II, 159; ed. N. DUČIĆ, *Književni radovi, knjiga 4*, Belgrado 1895, 310; ed. M. PETROVIĆ, *Zakonopravilo ili Nomokanon Svetoga Save, Ilovički prepis 1262, fototipija*, Gornji Milanovac, 289 b – 290 a.

<sup>11</sup> *Epanagoge* XXVIII, 1, Zepos, II, 320.

<sup>12</sup> Ed. P. NOAILLES, A. DAIN, *Les Nouvelles de Léon VI le Sage*, Parigi 1944, 280-283.

<sup>13</sup> *Basilika* XXIII, 3.

<sup>14</sup> Ed. RALLES, POTLES, 430-431; ed. NOVAKOVIĆ, 455-456.

# CONSIDERAZIONI SULLA CAPACITÀ DEL TESTATORE NEL DIRITTO ROMANO E DIRITTO DELLE SUCCESIONI *MORTIS CAUSA* NEL CODICE CIVILE CINESE DEL XXI SECOLO

FEI ANLING\*

**ABSTRACT:** La successione testamentaria trae origine dal negozio testamentario e di conseguenza; la sussistenza o meno della capacità di testare in capo al testatore è uno degli elementi fondamentali in materia di successione testamentaria. Attenzione al tema sarà rivolta sia per quanto riguarda la sua emersione nel diritto romano, sia per quanto riguarda l'ispirazione che questo può offrire al legislatore cinese nel compiere le proprie scelte con riferimento alla codificazione al momento in corso in Cina.

**RESUMEN:** La sucesión testamentaria reconoce su origen en el negocio testamentario y, en consecuencia, la subsistencia o no de la capacidad de testar del testador es uno de los elementos fundamentales en materia de sucesión testamentaria. La atención al tema estará dirigida tanto a su surgimiento en el derecho romano, como a la inspiración que éste puede ofrecer al legislador chino respecto de las elecciones que tenga que llevar a cabo con motivo de la codificación actualmente en curso en China.

**PAROLE CHIAVE:** *Testamenti factio*; capacità del testatore; successione testamentaria; *peculium castrense*; successioni *mortis causa* nel diritto cinese; patrimonio virtuale e testamento.

**PALABRAS CLAVE:** *Testamenti factio*; capacidad del testador; sucesión testamentaria; *peculium castrense*; sucesión *mortis causa* en el derecho chino; patrimonio virtual y testamento.

**SOMMARIO:** 1. Inquadramento del problema. – 2. Capacità del testatore e diritti soggettivi. – 3. Requisiti per la qualifica di testatore. – A. Lo *status* del testatore: autonomia ed eccezioni. – B. Soddisfare i requisiti di età previsti. – C. Il testatore deve avere il patrimonio di cui disporre. – 4. Disabilità e capacità di testare. – A. Disordini mentali e patologie connesse ad abitudini prodigali. – B. Persone completamente sprovviste di capacità visive, uditive, espressive. – 5. Conclusioni.

### 1. *Inquadramento del problema*

Henry Sumner Maine spiega che ove si intendesse mostrare l'eccellenza del metodo di ricerca storico, il testamento rappresenterebbe, tra varie aree del diritto, l'esempio migliore<sup>1</sup>. La successione testamentaria trae origine dal negozio testamentario posto in essere dal testatore e di conseguenza la sussistenza o meno della capacità di testare in capo a questi è uno degli elementi fondamentali in materia di successione testamentaria: impiegando un'espressione cinese "se non vi è la pelle dove si attaccano i peli?". Anche il fatto che nel libro II delle Istituzioni di Giustiniano vi sia un titolo (il XII) apposito in materia di *Quibus non est permissum testamenta facere* mostra la rilevanza del tema.

L'art. 1143 del Libro sulle successioni del nuovo Codice civile cinese (bozza del dicembre 2019) prevede che il testamento redatto da persona senza capacità di agire o con capacità di agire limitata è nullo. Da ciò possiamo dedurre che, salvo le persone che presentano problemi sotto il profilo della capacità di agire, tutte le altre persone fisiche godono della capacità di testare; tuttavia, ci si chiede se una previsione così semplice sia in grado di riuscire a risolvere tutte le questioni complesse che possono nascere nella realtà della vita sociale. Non sembra, infatti, che a tale domanda si possa dare risposta positiva. Ad esempio, stante, nel diritto cinese, l'assenza di norme specifiche al riguardo, la capacità di testare per persone affette da prodigalità patologica dovrebbe essere limitata? Per quanto riguarda, ancora, le persone con disabilità, sarebbe concettualmente corretto accostarle alle persone senza disabilità sotto il profilo della capacità di testare?

Nel diritto contemporaneo, per capacità del testatore si intende la qualifica per cui il testatore, sulla base della propria volontà ed attraverso modalità stabilite dal diritto, dispone del proprio patrimonio. Tuttavia, nel diritto romano '*testamenti factio*' è un'espressione generale che può essere riferita sia alla capacità di istituire un erede che alla capacità di essere istituiti come eredi. I giuristi romani distinsero in *testamenti factio* attiva e passiva, la prima è altresì detta capacità di testare, la seconda, capacità di essere istituiti come eredi<sup>2</sup>. La capacità di testare non rileva soltanto con riferimento al testatore, ma anche in riferimento alla persona che svolge la funzione di testimone quando viene posto in essere il negozio testamentario<sup>3</sup>.

Nel diritto attuale, sia dalla dottrina che nella prassi, la capacità del testatore sembra essere considerata in un significato ampio ovvero in uno ristretto.

Nel significato ristretto questa indica la capacità del testatore, in base alla propria volontà, di predisporre unilateralmente il testamento e così disporre del proprio patrimonio; nel significato più ampio indica la capacità del testatore, in base alla propria volontà, sia di predisporre, appunto, unilateralmente il testamento, sia di stipulare un patto successorio con altra persona e così disporre del proprio patrimonio.

\* Vorrei ringraziare molto il Prof. Stefano Porcelli per il suo prezioso aiuto nel corso della traduzione di questo testo.

<sup>1</sup> H. SUMNER MAINE, *Ancient Law* (traduzione in lingua cinese), Beijing, 1984, 98.

<sup>2</sup> P. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1987, 475.

<sup>3</sup> M. KASER-R. KNUTEL, *Römisches Privatrecht* (traduzione in lingua cinese), Beijing, 2018, 713-715.

# PER UNA SOLIDARIETÀ EURASIATICA ATTRAVERSO IL DIRITTO ROMANO: L'IMPORTANZA DELLA PROSPETTIVA ROMANA DEL CONTRATTO\*

STEFANO PORCELLI

ABSTRACT: Nell'ambito della vocazione universale dello *ius gentium* e grazie al principio di *bona fides*, i giuristi romani hanno elaborato una concezione del contratto idonea a gestire la complessità sociale, politica, religiosa ed economica esistente nell'area mediterranea ed anche oltre, realizzando un grande sviluppo commerciale all'interno di una convivenza pacifica di lunga durata tra persone con lingue, tradizioni e culture diverse. Anche ai nostri giorni simili soluzioni potrebbero rappresentare dei modelli di riferimento per regolare le dinamiche di integrazione giuridica nell'area euroasiatica, caratterizzata altresì dal progetto della *Belt and Road Initiative*.

RESUMEN: En el ámbito de la vocación universal del *ius gentium* y gracias al principio de *bona fides*, los juristas romanos han elaborado una concepción del contrato idonea para gestionar la complejidad social, política, religiosa y económica existente en el área mediterránea y también más allá de ella, llevando a cabo un gran desarrollo comercial dentro de una convivencia pacífica de larga duración entre personas con lenguas, tradiciones y culturas diferentes. También en nuestros días, similares soluciones podrían representar modelos de referencia para regular las dinámicas de integración jurídica en el área euroasiática, caracterizada además por el proyecto de la *Belt and Road Initiative*.

PAROLE CHIAVE: Diritto dei contratti; *ius gentium*; Eurasia; Cina; nuova Via della seta (*Belt and Road Initiative - BRI*).

PALABRAS CLAVE: Derecho de los contratos; *ius gentium*; Eurasia; China; nueva Ruta de la Seda (*Belt and Road Initiative - BRI*).

SOMMARIO: 1. I modelli di contratto del diritto privato europeo e i loro condizionamenti storico-ideologici. – 2. *Multa iura communia* e *civitas augescens*. 'Precondizioni' per la nascita e l'affermarsi di modelli solidaristici 'a vocazione universale'. – 3. *Ius gentium* e solidarietà nei contratti. – 4. La resistenza del contratto costruito alla luce di parametri di giustizia sostanziale e solidarietà. Brevi cenni. – 5. Dal *rex Enea* alla *Yi Dai Yi Lu*: *ius gentium* base comune per un diritto sovranazionale in Eurasia.

\* Il presente lavoro trae origine da riflessioni proposte in occasione del *III Seminario eurasiatico di Diritto romano* tenutosi ad Omsk (Federazione russa) nei giorni 11-13 settembre 2019; desidero esprimere la mia gratitudine alla Professoressa Tatiana Alexeeva e al Professor Pierangelo Catalano per avermi invitato a partecipare al *Seminario*.

1. *I modelli di contratto del diritto privato europeo e i loro condizionamenti storico-ideologici*

Nei secoli XVIII e XIX della nostra era, la tradizione giuridica fondata sul diritto romano è stata sottoposta ad una forte reinterpretazione volontaristica ed individualistica che ha portato, anche in materia contrattuale, alla forte accentuazione del ruolo della volontà del soggetto di diritto, materializzatasi nella definizione del contratto come accordo (art. 1101 Cod.civ. fr. del 1804 nella sua originaria versione)<sup>1</sup> o in quella del contratto quale ‘paradigma’ del *Rechtsgeschäft*, centrato sulla *Willenserklärung*, quale fonte di un *Rechtsverhältnis* (§ 305 BGB del 1900)<sup>2</sup>. Le due diverse concezioni del contratto, codificate nel codice francese nella sua originaria versione e nel codice civile tedesco, sono debitrice dei risultati delle reinterpretazioni, rispettivamente giusnaturalistiche e pandettistiche del contratto, ma tendono entrambe a sminuire l’importanza degli elementi solidaristici nel contratto favorendone, invece, una costruzione di tipo volontaristico ed individualistico. Tale erosione del momento solidaristico del contratto è sotto diversi aspetti collegata alla progressiva affermazione del monopolio dello stato nella produzione del diritto, che a sua volta è andata ad intrecciarsi con quella dell’esclusiva prospettiva di un diritto oltre lo stato-nazione in termini di diritto internazionale. In questo contesto sulla spinta di letture altresì fortemente orientate dal punto di vista ideologico<sup>3</sup>, sono andate ad accumularsi una serie di stratificazioni che hanno portato alla maturazione di impostazioni tendenti ad imbrigliare il contratto all’interno del quadro delle norme positive dettate dallo stato-nazione, svilendo quel ruolo fortemente creativo che la libertà contrattuale induce nel soddisfacimento dei bisogni dei consociati, quasi un movimento dal basso della nascita di nuovi contenuti giuridici, non mediato da meccanismi autoritativi di creazione del diritto<sup>4</sup>. Accanto a ciò si è sviluppata un’ulteriore tendenza, anch’essa condizionata da un momento ideologico significativo, e che può vedersi comunque come discendente dalla corrente di impostazioni che esalta oltre misura l’elemento volontaristico ed individualistico del contratto a discapito degli altri, che è emersa con sempre maggiore forza negli ultimi decenni del XX secolo, in relazione con le dinamiche economiche impresse dalla globalizzazione con punte che sembrano toccare dei livelli nichilistici, e che viene a mettere in discussione la stessa ragion d’essere della categoria del contratto<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*

<sup>2</sup> *Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.*

<sup>3</sup> Si veda ad esempio quanto puntualmente sottolineato in P. CATALANO, *Diritto e persone*, I, Torino, 1990, 10 ss., e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>4</sup> Si vedano ad esempio i rilievi di Laband sul Progetto delle obbligazioni per il Codice civile tedesco (cfr. P. LABAND, *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1. Abschnitt. Titel 1-3*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 73/1888, 161 ss.) così come le argomentazioni svolte in R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contrattus e forma iuris*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2008, 1 ss.

<sup>5</sup> Sotto quest’ultimo profilo, si vedano ad esempio le considerazioni svolte da Castronovo, il quale, con riferimento al combinato tra gli articoli 2:101 e 2:107 dei *Principles of European Contract Law* (art.

COLLOQUI DEI ROMANISTI 1977-2009.  
SEMINARI EURASIATICI DI DIRITTO ROMANO  
2010-2011 E 2014

CATERINA TROCINI

ABSTRACT: In base al *Progetto per lo studio e la diffusione del Diritto romano nei Paesi extra-europei e dell'Europa centro-orientale*, proposto dall'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR e approvato dalla Giunta Provinciale di Roma nel 2007, a partire dal 2010, vengono organizzati i *Seminari eurasiatici di diritto romano*.

I *Seminari* costituiscono uno sviluppo dei *Colloqui dei romanisti dei Paesi socialisti*, organizzati a partire dal 1977 dal 'Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano', e trasformati nel 1998 in *Colloqui dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e d'Italia*, e poi, nel 2002, in *Colloqui dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e dell'Asia*.

RESUMEN: Con base en el *Progetto per lo studio e la diffusione del Diritto romano nei Paesi extra-europei e dell'Europa centro-orientale*, propuesto por la Unidad de Investigación 'Giorgio La Pira' del CNR y aprobado por la Junta Provincial de Roma en 2007, a partir de 2010, se organizan los *Seminari eurasiatici di diritto romano*.

Los *Seminari* constituyen un desarrollo de los *Colloqui dei romanisti dei Paesi socialisti*, organizados a partir de 1977 por el 'Grupo de investigación sobre la difusión del Derecho romano', y transformados en 1998 en *Colloqui dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e d'Italia*, y luego, en 2002, en *Colloqui dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e dell'Asia*.

PAROLE CHIAVE: Eurasia; diritto romano; Seminari eurasiatici; Colloqui dei romanisti.

PALABRAS CLAVE: Eurasia; Derecho romano; Seminarios euroasiáticos; Coloquios de los romanistas.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il 'Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano' e l'inizio dei Colloqui dei romanisti nella Karl Marx-Universität di Leipzig nel 1977. – 3. (Novi Sad e) Roma 1991: VI Colloquio. – 4. Roma 1998: VII Colloquio. – 5. Vladivostok 2000: VIII Colloquio. – 6. Novi Sad 2002: IX Colloquio. – 7. Dušanbe 2005: X Colloquio. – 8. Craiova 2007: XI Colloquio. – 9. Irkutsk 2009: XII Colloquio. – 10. Seminari eurasiatici di diritto romano (Valmontone 2010 - Dušanbe 2011 e Istanbul 2014).

### 1. Premessa

In base alla Deliberazione della Giunta Provinciale di Roma n.1293/40 del 31 ottobre 2007 è iniziato il *Progetto per lo studio e la diffusione del Diritto romano nei Paesi extra-europei e dell'Europa centro-orientale*, proposto dall'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del CNR.

L'attività in Asia Centrale è stata sostenuta dalla Provincia di Roma nella linea segnata dal ritrovamento in Tagikistan dell'affresco dell'VIII-IX secolo che rappresenta la Lupa con i Gemelli. A questo simbolo romano sono stati dedicati in quella Repubblica centroasiatica due monumenti.

Nel quadro del citato *Progetto* sono stati realizzati il *I Seminario eurasiatico di diritto romano* (Dušanbe, 14-15 ottobre 2011) e il *II Seminario eurasiatico di diritto romano* (Istanbul, 30-31 maggio 2014). Vedi *infra* § 9.

I *Seminari eurasiatici di diritto romano* costituiscono uno sviluppo dei *Colloqui dei romanisti dei Paesi socialisti*.

## 2. Il 'Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano' e l'inizio dei *Colloqui dei romanisti nella Karl Marx-Universität di Leipzig nel 1977*

Il 'Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano', costituito nel 1972 da tre professori di diritto romano, ha iniziato le sue attività a Sassari nel 1973 con un convegno su 'Stato e istituzioni rivoluzionarie in Roma antica', al quale hanno partecipato studiosi provenienti da Paesi socialisti e dall'America Latina.

Il 21 aprile 1974, il professor Johannes Irsmscher, dell'Accademia delle Scienze della Repubblica Democratica Tedesca, ha tenuto nell'Aula Magna dell'Università di Sassari, in occasione del Natale di Roma, una conferenza su 'Lenin e Roma', dando così inizio ai *Colloqui con i romanisti dei Paesi socialisti*. Nella stessa linea e nella stessa Università sono stati organizzati Seminari su 'Dittatura: concetti antichi e moderni' (1975) e su 'Metodologia della ricerca storica' (1976).

A partire dal 1977 il 'Gruppo' ha organizzato i *Colloqui dei romanisti dei Paesi socialisti e d'Italia*<sup>1</sup>. Questi *Colloqui* si sono trasformati poi in *Colloqui dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e d'Italia*, e in *Colloqui dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e dell'Asia*.

<sup>1</sup> Il primo *Colloquio dei romanisti dei Paesi socialisti e d'Italia* fu organizzato dal 'Gruppo di ricerca sulla diffusione del Diritto romano' a Leipzig nell'aprile 1977, in occasione del 2730° anniversario della fondazione di Roma, presso la Karl Marx-Universität, sul tema '*Römische Geschichte, Römisches und aktuelles Recht. Methodologische Grundfragen. Die Erforschung des Römischen Rechts in den sozialistischen Ländern*' (vedi le cronache in *Iura*, 28/1977, 332 ss.; *Labeo*, 23/1977, 378 s.; e i documenti in *Index*, 7/1977, 225 ss.). I successivi *Colloqui* si sono svolti in Polonia, Cecoslovacchia, Ungheria e Repubblica Democratica Tedesca: Popowo, 3-7 novembre 1978, sul tema '*Idéologie politique, structures institutionnelles et pratique constitutionnelle. Continuité et innovation en droit civil*' (cfr. *Index* 9/1980, 315 ss.; *Ethnogr. Archäol. Zeitschrift* 20/1979); Smolenice, 23-25 ottobre 1980, sul tema '*Révolutions sociales et droit*' (cfr. *Index*, 10/1981, 322 ss.; *Ethnogr. Archäol. Zeitschrift* 22/1981); Szeged, 11-13 ottobre 1984, sul tema 'Marx e il diritto romano' (cfr. *Index* 14/1986, 377 s.); Berlino, 26-27 ottobre 1988 (grazie all'Istituto di Teoria dello Stato e del Diritto dell'Accademia delle Scienze della RDT: vedi J. KÖHN, *Römisches Recht. Istorizität und Aktualität*, in *Staat und Recht, Akademie für Staats und Rechtswissenschaft der DDR*, 38/3, 1989, 262 ss.; *Ethnogr. Archäol. Zeitschrift* 31/1990). Le comunicazioni presentate a Leipzig, Popowo e Szeged sono pubblicate in *Klio* 61/1979, *Studia iuridica*, 12/1985; *Index*, 16/1988. A documentazione delle iniziative di collaborazione con i Paesi socialisti il 'Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano' ha pubblicato, ad uso interno dei *Colloqui*, raccolte di testi e documenti, in occasione del *Colloquio* di Berlino e del *Colloquio* di Vladivostok: «*Colloqui con i romanisti dei Paesi socialisti, Rassegna 1977-1984*, s.d. [ma Sassari 1988], 92 pp.; «*Colloqui con i romanisti dei Paesi socialisti, Rassegna 1974-1991*, Sassari 2000, 160 pp. Circa l'insieme dei *Colloqui*, in particolare su quelli di Berlino e Roma, sono utili le osservazioni dello studioso cinese Xu Guodong: vedi XU GUODONG, *Socialism, Post Socialism and the Euroasiatic Solidarity. Summary of Colloquia of Romanists of Central and Eastern Europe and Italy: from Origin to Today and A Brief Presentation to the Gruppo sulla Diffusione del Diritto romano* (in cinese), in *Roman Law and Modern Civil Law*, 2, Xiamen, 2001, 437 ss.

# DAI “COLLOQUI” CON I ROMANISTI TRA PAESI SOCIALISTI AL *III SEMINARIO EURASIATICO DI DIRITTO ROMANO* (OMSK, SIBERIA). PASSATO, PRESENTE, FUTURO

SOMMARIO: I. Cenni circa il (lungo) cammino percorso. – II. Omsk (Siberia): il *Terzo Seminario eurasiatico di diritto romano*. – 1. L’apertura dei lavori. – 2. Diritto pubblico romano e costituzioni contemporanee. – 3. Difesa dei diritti dell’uomo e del cittadino. – 4. Diritto di proprietà e della successione *mortis causa*. – 5. Diritto delle obbligazioni e difesa del debitore. – 6. Importanza dello studio e dell’insegnamento del diritto romano per la società contemporanea. – 7. Chiusura dei lavori. – III. Rifiuto degli approcci ‘occidentalisti’ al diritto. – 1. Il *rex* Enea come simbolo dell’integrazione eurasiatica. – 2. Programmazione per il futuro.

## I. *Cenni circa il (lungo) cammino percorso*

Nei giorni 11-13 settembre 2019, in Siberia a Omsk, si sono incontrati studiosi provenienti dallo spazio eurasiatico, da Tenerife fino a Pechino. Nell’imponente sede dell’Assemblea legislativa dell’*Oblast* di Omsk (Siberia occidentale, Federazione Russa) si è tenuto il *III Seminario eurasiatico di diritto romano “Recezione del Diritto romano: principi generali e realtà contemporanea”*.

Questo *Seminario* è il più recente di una lunga serie di incontri di studio organizzati, in particolare grazie al lavoro del Professor Pierangelo Catalano, già a partire dal 1977 (Lipsia) e che ha visto coinvolto, nel corso del tempo, un elevato numero di studiosi<sup>1</sup>.

Quale esito già dei primi lavori del Gruppo sulla diffusione del Diritto romano, salutati da Giorgio La Pira in relazione al rilievo riconosciuto al ruolo del diritto quale strumento per la pace nel mondo<sup>2</sup>, vi è stata infatti l’organizzazione, a seguito di una “preparazione sassarese”, nel 1977 a Lipsia e grazie anche al contributo di Johannes Irmscher dell’Accademia delle Scienze della Repubblica Democratica Tedesca<sup>3</sup>, del *I Colloquio tra romanisti dei Paesi socialisti e d’Italia*. Con il *Colloquio* di Lipsia si è iniziato un lungo cammino che, nel 2000, ha portato allo studio del diritto romano nella dimensione eurasiatica.

In questa dimensione sono venute a convergere importanti iniziative: i *Seminari internazionali di studi storici “Da Roma alla Terza Roma”* (iniziati a Roma nel 1981, orga-

<sup>1</sup> Per approfondimenti circa il lungo tragitto di cui il *III Seminario eurasiatico di diritto romano* tenutosi a Omsk rappresenta, appunto, l’ultima tappa, si veda C. TROCINI, *Colloqui dei romanisti 1977-2009. Seminari eurasiatici di diritto romano 2010-2011 e 2014*, in questa rivista, in questo numero e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>2</sup> Ricorda Catalano che «Nel 1975 Giorgio La Pira salutò gli inizi delle attività del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano dedicate alle celebrazioni del 21 Aprile, Natale di Roma. Il 19 Aprile (annoto ora: giorno di S. Espedito Martire, militare romano); La Pira aveva telegrafato: “Pax orbis ex jure et conventionibus”; già nel novembre 1974, a proposito dell’America Latina, Egli aveva telegrafato: “Unitas et pax orbis ex jure”»: vedi P. CATALANO, *Continuità romana: da Sassari a Mosca. Premessa agli Ati del XXXVII Seminario intergazionale di studi storici “Da Roma alla Terza Roma”*, in *Diritto@Storia*, 16/2017, §1.

<sup>3</sup> Vedi P. CATALANO, *Continuità romana: da Sassari a Mosca*, cit., §§ 1 ss. ed alla bibliografia ivi richiamata.



nizzati talvolta anche a Mosca e a Istanbul)<sup>4</sup>; i più recenti *Seminari internazionali Chang'an e Roma*<sup>5</sup>, così come, per certi versi, anche i lavori sugli *Aspetti giuridici del BRICS*<sup>6</sup>.

I *Colloqui tra romanisti dei Paesi socialisti e d'Italia*, a seguito dei mutamenti geopolitici avvenuti a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, dal 1998 al 2000 hanno assunto la denominazione di *Colloqui dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e d'Italia*, per poi passare, con l'*VIII Colloquio* tenutosi a Vladivostok nel 2000, tenendo conto anche della partecipazione di numerosi studiosi provenienti dalla Siberia, dal Kazakistan e dalla Cina, ad assumere la denominazione di *Colloqui dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e dell'Asia*<sup>7</sup>. In questa occasione «la prospettiva eurasiatica diventa universale»<sup>8</sup> così che si arriverà, nel *XII Colloquio dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e dell'Asia* tenutosi nel 2009 a Irkutsk, a decidere, in continuità con tale linea, di adottare per il futuro la denominazione di *Seminari eurasiatici di Diritto romano*<sup>9</sup>.

Dopo un primo 'incontro preparatorio' tenutosi a Valmontone (Roma) nei giorni 10-12 giugno 2010<sup>10</sup>, il *I Seminario eurasiatico di Diritto romano* si è svolto in Tajikistan, nella Capitale Dušanbe, nei giorni 14-15 ottobre 2011<sup>11</sup>; mentre il *II Seminario eurasiatico di Diritto romano* si è tenuto poi a Istanbul nei giorni 30-31 maggio 2014<sup>12</sup>.

## II. Omsk (Siberia): il Terzo Seminario eurasiatico di diritto romano

Il *Seminario* è stato organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università statale di Omsk "F.M. Dostoevskij" con la partecipazione dell'Associazione degli Istituti di istruzione superiore giuridica della Federazione Russa, dell'Accademia Slava internazionale di scienze, istruzione e cultura, dell'Istituto dello stato del diritto dell'Accademia delle Scienze di Russia insieme all'Unità di ricerca "Giorgio La Pira" del CNR e del Centro Studi Eurasiatici dell'Università di Roma Tor Vergata.

<sup>4</sup> Vedi, C. TROCINI, *Promemoria sui Seminari "Da Roma alla Terza Roma"*, in *Diritto@Storia*, 16/2017.

<sup>5</sup> Vedi P. CATALANO-S. PORCELLI, «Chang'an e Roma: l'incontro delle due culture». Liqian - Xi'an 2013. Risultati operativi 2013, in questa rivista, 36/2015, 151 ss. e la bibliografia ivi richiamata; sul II e III Seminario vd. il volume *Chang'an e Roma. Eurasia e Via della seta. Diritto, società, economia*, Milano, 2019, a cura di R. CARDILLI, L. FORMICHELLA, S. PORCELLI, Y. STOEVA. Hanno inoltre già preso avvio, a Xi'an, i lavori per la raccolta degli atti del IV Seminario Chang'an e Roma tenutosi a Xi'an nel maggio 2019.

<sup>6</sup> Si vedano le informazioni riportate in S. PORCELLI, *The Legal Aspects of BRICS and the Contribution of Jurists*, in *China Legal Science*, 3, 2013, 156 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>7</sup> Si veda P. CATALANO, *Eurasia e Diritto romano nella prospettiva indoeuropea di Dušanbe*, in *I Seminario eurasiatico di diritto romano, Atti del I Seminario eurasiatico di diritto romano, 14-15 ottobre 2011*, a cura di P. CATALANO-M. MACHMUDOV, Dušanbe, 2013, XVII.

<sup>8</sup> Per tale espressione P. CATALANO, 'Res venit ad triarios'. *Omaggio a Johannes Irmscher*, in *Index*, 30/2002, 52 ss.

<sup>9</sup> Vedi P. CATALANO, *Eurasia e Diritto romano nella prospettiva indoeuropea di Dušanbe*, cit., XVIII.

<sup>10</sup> Si veda ad esempio P. CATALANO, *Eurasia e Diritto romano nella prospettiva indoeuropea di Dušanbe*, cit., XXI.

<sup>11</sup> Si veda il volume *I Seminario eurasiatico di diritto romano, Atti del I Seminario eurasiatico di diritto romano* cit.

<sup>12</sup> Si veda la cronaca di B. KARAMAN DERINEL, *II Seminario eurasiatico di diritto romano (Istanbul, 30-31 maggio 2014)*, in questa rivista, 38/2017, 143 ss.

CINA

# LEGGE SULLA SICUREZZA INFORMATICA DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE. NOTA ALLA TRADUZIONE\*

CORRADO MORICONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Collocazione della legge nel sistema giuridico cinese. – 3. Struttura della legge e sintetica indicazione dei contenuti. – 4. Metodo e scopo del lavoro.

## 1. *Premessa*

In data 6 novembre 2018 il Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo ha approvato la Legge sulla sicurezza informatica della Repubblica Popolare cinese (*Zhonghua renmin gongheguo wangluo anquan fa*).

La promulgazione della legge risponde ad una precisa necessità, vale a dire quella di regolamentare una materia, la sicurezza della rete e dei sistemi informativi, molto importante, come ovvio, sia per esigenze di sicurezza nazionale, sia per esigenze di sicurezza dei singoli individui. Atteso ormai l'elevato grado di pervasività raggiunto dalle nuove tecnologie nelle nostre vite, risulta evidente come diventi essenziale per un Paese il dotarsi di una normativa coerente ed esaustiva per un settore dell'ordinamento in continua espansione e figlio del rapido e incessante progresso tecnologico.

L'*iter* che ne ha anticipato la promulgazione ha visto la discussione di tre bozze, di cui la prima risalente a giugno 2015, la seconda a giugno 2016 e la terza ad ottobre 2016.

Il testo finale, che è entrato in vigore il 1° giugno 2017, si compone di sette capitoli e settantanove articoli e costituisce, di fatto, la prima disciplina organica dell'ordinamento giuridico cinese in materia di sicurezza della rete e dei sistemi informativi.

## 2. *Collocazione della legge nel sistema giuridico cinese*

La promulgazione della legge, con riferimento alla materia regolamentata, costituisce una novità di rilievo; mai prima d'adesso il legislatore cinese aveva disciplinato in modo organico e sistematico la materia della sicurezza informatica. La legge, pertanto, non abroga alcuna norma preesistente ma anzi prescrive principi nuovi, che andranno osservati da ciascun soggetto che operi in rete (all'interno della Repubblica Popolare cinese) e che andranno a formare, allo stesso tempo, il basamento del sistema del-

\* Il presente lavoro è stato svolto prevalentemente in Cina, precisamente a Wuhan, presso la *Zhongnan University of Economics and Law*. Mi preme esprimere un sentito ringraziamento e un sentimento di profonda vicinanza a tutti i docenti, colleghi e amici cinesi con cui ho avuto l'onore di confrontarmi non solo su un piano scientifico ma anche e soprattutto culturale e umano.

la cbersicurezza cinese. La legge assume altresì un rilievo politico, in quanto è possibile desumere da essa il modello di *governance* che Pechino intende applicare alla dimensione cibernetica: in altre parole, come la Cina interpreta e intende praticamente gestire il fenomeno tecnologico e le complesse problematiche che esso impone. Non va infatti mai dimenticato come il concetto di sicurezza informatica sia strettamente e indissolubilmente legato a quello di sicurezza nazionale. Il sistema istituito dalla legge, infatti, trova il suo principale riferimento normativo, prima che nella legge stessa, nella Legge sulla sicurezza nazionale del 2015 (*guojia anquan fa*), e, più specificamente, nell'articolo 25, laddove si prevede espressamente che lo Stato deve dotarsi di un sistema di sicurezza della rete e delle informazioni, aumentarne la capacità, rafforzare la ricerca in materia e mantenere e preservare la sovranità, la sicurezza e lo sviluppo dello Stato nel cberspazio.

### 3. *Struttura della legge e sintetica indicazione dei contenuti*

La legge si compone di 79 articoli divisi in 7 parti.

Nella prima, denominata 'Disposizioni generali' (artt. 1-14), si trovano norme e principi fondamentali in materia di sicurezza informatica (di particolare rilevanza è l'affermazione del «principio di sovranità del cberspazio»): viene definito lo scopo della legge (art. 1) ed il suo ambito di applicazione (art. 2), si precisa il ruolo che deve rivestire lo Stato nella costruzione del sistema (art. 4) e nel favorire, in via generale, la costruzione di un cberspazio «pacifico, sicuro, prospero e cooperativo» (art. 7), si pone enfasi sulla sicurezza delle infrastrutture di informazioni essenziali in ragione della loro peculiare funzione (art. 5), si stabiliscono i principi che devono orientare l'individuo nell'utilizzo della rete (dovendo egli porre in essere una condotta informatica onesta, affidabile, sana e civilizzata) e l'importanza della promozione dei valori socialisti fondamentali<sup>1</sup> anche nella dimensione cibernetica (art. 6), si stabiliscono i doveri e le responsabilità facenti capo agli operatori di rete (art. 9), si pone enfasi sull'importanza dei dati informatici con specifico riferimento alla loro integrità, riservatezza e disponibilità (art. 10), si formalizza il «diritto di utilizzo della rete» a favore di tutti i cittadini, enti e persone giuridiche, a cui pertanto è assicurato l'accesso ad Internet ed a cui sono garantiti servizi informatici sicuri e convenienti (art. 12), si ha cura di istituire un sistema di sicurezza informatica *favor minoris* (art. 13) e si prevede, inoltre, un generale diritto alla denuncia<sup>2</sup> di una qualsiasi attività che possa in qualche modo compromettere la sicurezza informatica (art. 14).

La seconda parte, denominata 'Promozione e supporto della sicurezza informatica' (artt. 15-20), tratta delle modalità e degli strumenti con cui si intende istituire il sistema

<sup>1</sup> I quali sono definiti nel 'Parere dell'Ufficio Generale del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese per la coltivazione e la pratica dei valori socialisti fondamentali' come il nucleo del sistema socialista dei valori, i quali incarnano la natura e le caratteristiche fondamentali del sistema, riflettendone la ricca connotazione e l'esigenza pratica, essi sono: la Prosperità, la Democrazia, la Civiltà, l'Armonia, la Libertà, l'Eguaglianza, la Giustizia, lo Stato di Diritto, il Patriotismo, la Dedizione, l'Integrità e l'Amicizia.

<sup>2</sup> Fornendo in questo modo il principale strumento attuativo della 'supervisione sociale' di cui all'articolo 9, questo sistema di denuncia (o di controllo) è ampio e flessibile: 'chiunque' può denunciare una 'qualsiasi' attività ad una 'qualunque' autorità, al denunciante deve essere garantito il diritto all'anonimato e gli altri diritti e interessi legittimi (ultimo comma).

# LA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE NELLA CODIFICAZIONE CINESE

ENRICO TOTI

**ABSTRACT:** Sul piano internazionale la Cina non ha inteso e non intende discostarsi dalla sua linea di indipendenza e di autonomia, anzi di difesa dei risultati raggiunti, soprattutto economici. Consapevole della gravità e dell'urgenza dei problemi di inquinamento, ha avviato nell'anno 2015 una significativa riforma in materia di ambiente. Ha avuto così ingresso nell'ordinamento cinese il principio di sviluppo sostenibile. Il modello cinese viene posto a confronto, oltre che con lo sviluppo sostenibile nella sua elaborazione internazionale, anche con l'esperienza romana, modello di riferimento del legislatore cinese, che è riportata quale esempio di protezione dell'ambiente in via indiretta attraverso strumenti processuali ordinari e speciali.

**RESUMEN:** En el ámbito internacional la China no ha entendido y no entiende apartarse de su línea de independencia y autonomía, en realidad de defensa de los resultados alcanzados, sobre todo económicos. Consciente de la gravedad y de la urgencia de los problemas de la contaminación, ha puesto en marcha en el año 2015 una significativa reforma en materia medioambiental. De esta manera ha ingresado en el ordenamiento chino el principio del desarrollo sustentable. El modelo chino es comparado no sólo con el desarrollo sustentable en su elaboración internacional sino también con la experiencia romana, paradigma de referencia del legislador chino, que se indica como ejemplo de protección del medioambiente en vía indirecta a través de instrumentos ordinarios y especiales.

**PAROLE CHIAVE:** *Salubritas*; tutela dell'ambiente; sviluppo sostenibile; Cina; Codice civile cinese.

**PALABRAS CLAVE:** *Salubritas*; protección del medioambiente; desarrollo sustentable; China; Código civil chino.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Diritto romano e ambiente. – 3. Il diritto dell'ambiente in Cina. Brevi note. – 4. Lo sviluppo sostenibile nella normativa cinese. – 5. Riflessioni sugli strumenti per garantire lo sviluppo sostenibile: la Cina e il modello romano. – 6. Riflessioni conclusive.

## 1. *Introduzione*

Il lavoro di traduzione, da me compiuto, della Legge cinese sulla tutela dell'ambiente, del 2015<sup>1</sup>, mi ha permesso di fare alcune riflessioni in tema di diritto ambientale, sia con uno sguardo critico all'ordinamento cinese, così come esso è andato evolvendosi negli ultimi anni, fino ad aprirsi al concetto di sviluppo sostenibile (con tutte le problematiche che questo comporta); sia in una prospettiva di comparazione orientata a valutare diverse esperienze giuridiche, quella romana e quella italiana soprattutto (che si

<sup>1</sup> E. TOTI, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese VIII – Legge sulla tutela dell'ambiente*, Torino, 2016.

segnala per rilevanti istituti che ne fanno un modello avanzato e peculiare sullo scenario globale), e alcune delle acquisizioni scientifiche in materia di sostenibilità.

Cercherò di mostrare, infatti, come il criterio di sviluppo sostenibile assorbito in importanti disposizioni di legge in Cina, da coordinare con norme costituzionali assai interessanti in materia ambientale, implichi le riflessioni che mi accingo qui ad esporre.

## 2. *Diritto romano e ambiente*

È interessante in questa sede ricordare alcuni istituti, soprattutto processuali, del diritto romano, che avevano un effetto di protezione della natura, senza peraltro dover prender parte alla discussione se sia possibile parlare di un diritto dell'ambiente sviluppatosi già in Roma antica<sup>2</sup>.

In generale si può dire, seguendo le indicazioni degli studiosi che si sono occupati dell'argomento, che a Roma vi erano degli strumenti processuali rivolti direttamente o per estensione applicativa alla tutela della *salubritas* di beni come l'acqua o l'aria, accogliendo però la precisazione secondo la quale «si potrebbe rispondere positivamente alla domanda “i Romani hanno predisposto mezzi di tutela dell'ambiente?” alla sola condizione di dimostrare preventivamente che tali mezzi avessero la finalità specifica di proteggere l'ecosistema, cioè di difendere la natura come valore in sé considerato, e non postulare acriticamente che qualsiasi mezzo processuale, per il solo fatto di essere destinato alla tutela di una porzione dell'ambiente (qualità dell'aria e delle acque, tenuta dei fiumi, impedimento dei ristagni), fosse solo per questo introdotto con fini di tutela ambientale»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Per tale discussione, per tutti, cfr. A. DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza*, I, *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, *passim*; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, 102-121; M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque*, in *Index*, 34, 2006, 353-400, che riassume i risultati delle più recenti ricerche sui 'precedenti' del diritto ambientale a Roma, in sede di valutazione critica del libro di J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental. La contaminación de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Madrid, 2003; M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? II. La tutela boschiva*, in *Index*, 35, 2007, 325-355; A. DI PORTO, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino, 2014, *passim* e in part. 3-16. Questo Autore, riassumendo in estrema sintesi, sostiene che dalle fonti giuridiche romane emergerebbe una particolare attenzione alla *salubritas* dei luoghi pubblici, in particolare la salubrità dell'acqua e dell'aria. E questa attenzione avrebbe avuto espressione nella tutela interdittale, attraverso l'opera del pretore e del giurista Labeone. Il pretore avrebbe apprestato alcuni interdetti volti specificamente alla *salubritas* delle condutture di acqua, dei *fontes* e delle cloache, mentre Labeone avrebbe esteso al problema della salubrità altri interdetti inizialmente creati dal pretore per fini diversi dalla *salubritas* stessa. Per la letteratura sull'argomento, si veda: M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?*, cit., 387 n. 10.; F. SALLERNO, “Suum agrum meliorem facere”. *Aspetti dell'actio aquae pluviae arcendae in età giustiniana*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. VII, Milano, 2007, 198 n. 2.

<sup>3</sup> M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?*, cit., 355 s. Questa è la premessa dell'Autore giustamente posta all'analisi del libro di Zamora Manzano, di cui si sottolinea la forzatura nello studio di una serie di mezzi processuali dell'editto del pretore romano – *actio iniuriarum*, *actio aquae pluviae arcendae*, *interdictum quod vi aut clam*, ecc. – fino ad affermare che essi avrebbero avuto ad oggetto l'ecosistema. Detto questo, una volta sgombrato il campo da un semplicistico approccio ad un 'diritto romano dell'ambiente', appare di notevole interesse, più correttamente, riflettere sulle soluzioni tecniche che i romani adottarono per arginare fenomeni e comportamenti aventi direttamente o indirettamente l'effetto di alterare equilibri della natura oppure di mettere a rischio la salute delle persone.

AMERICA LATINA

# LA PÉRDIDA DE LA *CHANCE* (UNA COMPARACIÓN ITALO-URUGUAYA)\*

ENRICO GABRIELLI

RESUMEN: El artículo trata acerca de la problemática de los daños derivados de la pérdida de la *chance* tanto en el ámbito del derecho contractual como en el de la responsabilidad extracontractual, mediante una comparación entre el derecho italiano y el uruguayo.

ABSTRACT: L'articolo si occupa della problematica dei danni per perdita di *chance* sia nel diritto contrattuale che in quello della responsabilità extracontrattuale, attraverso un confronto tra il diritto italiano e quello uruguayano.

PALABRAS CLAVE: Daño por pérdida de la *chance*; prueba del nexo de causalidad; criterios de imputación de la responsabilidad y de la liquidación del daño; derecho italiano y derecho uruguayo.

PAROLE CHIAVE: Danno da perdita di *chance*; prova del nesso di causalità; criteri di imputazione della responsabilità e di liquidazione del danno; diritto italiano; diritto uruguayano.

SUMARIO: 1. La pérdida de la *chance* como figura jurídica. – 2. La pérdida de la *chance* respecto a un interés fáctico de entidad patrimonial autónoma. – 3. La *chance* resarcible entre el daño emergente y el lucro cesante en el derecho uruguayo. – 4. La *chance* resarcible entre el daño emergente y el lucro cesante en el derecho italiano. – 5. La teoría uruguayana del 'todo o nada' y la prueba de la *chance* perdida. – 6. El criterio probabilístico italiano de '*id quod plerumque accidit*'. – 7. La prueba del daño por la *chance* perdida. La jurisprudencia de la Corte de Casación y del Consejo de Estado italiano. – 8. El juicio de daño.

## 1. *La pérdida de la chance como figura jurídica*

El problema del daño por pérdida de la *chance* – un tema que interesa en particular el derecho de las empresas – surge en las tendencias de la jurisprudencia, sobre todo en litigios en materia de procedimientos de licitación para la adjudicación de contratos públicos o de adjudicación de contratos de obra, relaciones de trabajo o de responsabilidad médica, ocasión en la que los Tribunales definieron la figura de la pérdida de una oportunidad favorable, partiendo, en las primeras sentencias sobre la materia, del concepto de pérdida y de ganancia a que se refiere el art. 1223 del cód. civ.<sup>1</sup>.

El tema fue interpretado en el sentido de que la pérdida de *chance* se refiere no sólo a entidades patrimoniales, sino a cualquier otra utilidad económicamente valorable, en

\* *Lectio magistralis* dictada el 27 de septiembre de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH (Punta del Este-Uruguay).

<sup>1</sup> Art. 1223 del Código civil italiano: «Resarcimiento del daño. El resarcimiento del daño por incumplimiento o por el retraso debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la falta de ganancia, en tanto sean su consecuencia inmediata y directa».



la cual también puede quedar englobada «una situación a la cual se encuentra vinculada una ganancia probable: el valor económico es ofrecido por la entidad de esta ganancia y por el grado de probabilidad de que la ganancia se haya efectivamente percibido; el hecho de que la situación sea idónea [...] para producir, sólo probablemente y no con absoluta certeza, la ganancia a ésta ligada, influye no en la existencia sino también en la valoración de un daño resarcible», de manera que el resarcimiento está referido «no a la pérdida de un resultado favorable, sino a la pérdida de la posibilidad de conseguir el resultado útil»<sup>2</sup>.

En tal sentido, la pérdida de la *chance* es considerada como un 'fenómeno' que puede ser asimilado a la pérdida del valor comercial de la empresa y la justificación del reconocimiento del carácter resarcible se encuentra en la «peculiar situación subjetiva de potencialidad del perjuicio»<sup>3</sup>.

Posteriormente, el reconocimiento de la pretensión resarcitoria es fundamentado en la lesión del derecho a la integridad del propio patrimonio, y por tanto, en la violación no tanto de un derecho subjetivo pleno, sino en la legítima expectativa de derecho (y no de hecho), que, como daño emergente por pérdida de una posibilidad actual, ha sido considerado distinto a la pérdida de un futuro resultado útil<sup>4</sup>.

Según la tendencia que se ha ido formando progresivamente en el curso del tiempo y que hoy en día puede considerarse suficientemente consolidada, incluso en el reciente reconocimiento de las Salas Reunidas de la Corte de Casación italiana<sup>5</sup>, el daño por la ocasión perdida se configura como pérdida de una concreta y efectiva ocasión favorable de conseguir un determinado bien, pero éste «no es una mera expectativa de hecho, sino una entidad patrimonial en sí misma, jurídica y económicamente susceptible de valoración autónoma».

Como consecuencia, el acreedor que desea obtener, además del reembolso de los gastos realizados, también los daños derivados de la oportunidad perdida, «tiene la carga de probar, aunque sea sólo de manera presunta o según un cálculo de probabilidad, la realización en concreto de alguno de los presupuestos para la obtención del resultado esperado e impedido por la conducta ilícita de la cual el daño resarcible debe ser consecuencia directa e inmediata»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Así, en la motivación de la Corte de Casación, 19 de noviembre de 1983, n. 6909, en *Giustizia civile*, Milán, 1984, I, 1841, con comentario de E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di asunzione*. Cfr. M. BARCELONA, *Sub art. 2043*, en AA.VV., *Commentario del codice civile*, dirigido por E. GABRIELLI, vol. I (*Dei fatti illeciti*), al cuidado de U. CARNEVALI, Turín, 2011, 149 ss.; R. PUCCELLA, *Sub art. 2043*, en AA.VV., *Commentario del codice civile*, dirigido por E. GABRIELLI, vol. I (*Dei fatti illeciti*) cit., 420 ss.

<sup>3</sup> Corte de Casación, 19 de noviembre de 1983, n. 6909, cit., en la motivación.

<sup>4</sup> Corte de Casación, 19 de diciembre de 1985, n. 6506, en *Foro italiano*, Roma, 1986, 383, con comentario de A. PRINCIGALLI, *Quand'è più sì che no: perdita di una «chance» come danno risarcibile*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Milán, 1986, I, 207, con comentario de V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*.

<sup>5</sup> Corte de Casación, Salas Reunidas, 26 de enero de 2009, n. 1850, en *Danno e responsabilità*, Milán, 2009, 1033.

<sup>6</sup> Corte de Casación, Salas Reunidas, 26 de enero de 2009, n. 1850, cit.

# TRADIÇÃO ROMANÍSTICA E UNIFICAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NA AMÉRICA LATINA\*

DAVID F. ESBORRAZ

**RESUMO:** O artigo se propõe a analisar os esforços para a unificação do direito das obrigações na América Latina. Nesta perspectiva, a ênfase é posta na função paradigmática que a *obligatio*/obrigação desempenha na tradição comum de direito romano, característica dos ordenamentos integrantes do subsistema jurídico latino-americano, em cujos códigos a obrigação assume um papel central como categoria ordenadora de todo o direito privado patrimonial. Justamente por esse motivo, o ‘Grupo para a Harmonização do Direito na América Latina’ (GADAL) se propôs o objetivo de elaborar um projeto de ‘Código-marco das obrigações’ para a América Latina, a partir da teoria geral das obrigações.

**ABSTRACT:** L’articolo si propone di approfondire gli sforzi dei paesi latinoamericani volti all’unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina. In questa prospettiva l’enfasi è posta nella funzione paradigmatica svolta dalla *obligatio*/obbligazione nella comune tradizione di diritto romano, caratterizzante gli ordinamenti che formano parte del sottosistema giuridico latinoamericano, nei cui codici l’obbligazione svolge un ruolo centrale, in quanto categoria ordinante tutto il diritto privato patrimoniale. Proprio per questo motivo il ‘Gruppo per l’armonizzazione del diritto in America Latina’ (GADAL) si è posto l’obiettivo di elaborare un Progetto di ‘Codice quadro delle obbligazioni’ per l’America Latina, prendendo le mosse dalla teoria generale delle stesse.

**PALAVRAS-CHAVES:** Sistema jurídico romanístico; Subsistema latino-americano; unificação do direito; direito das obrigações; Códigos; Projeto de ‘Código-marco das obrigações’ para a América Latina; GADAL.

**PAROLE CHIAVE:** Sistema giuridico romanistico; Sottosistema latinoamericano; unificazione del diritto, diritto delle obbligazioni; Codici; Progetto di ‘Codice quadro delle obbligazioni’ per l’America Latina; GADAL.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. – 2. O Subsistema jurídico latino-americano e a unificação do direito das obrigações. – 3. A função paradigmática da obrigação na tradição jurídica romano-ibero-americana. – A. A ‘obrigação’ (*obligatio*) romana como esquema jurídico para salvaguardar a intangibilidade do devedor. – B. O esboço de uma teoria geral das obrigações nas Instituições gaiano-justinianeias. – C. A centralidade da obrigação na sistemática dos Códigos civis latino-americanos. – 4. O acerto de um ‘Código-marco das obrigações’ para a América Latina.

\* O presente trabalho será também publicado como parte do livro: S. SCHIPANI-D. ARAUJO (Orgs.), *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*, vol. II, Coleção Acadêmica Livre, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

## 1. Introdução

A pergunta sobre a existência ou configuração de um ‘Subsistema jurídico latino-americano’ (como desenvolvimento interno próprio do Sistema jurídico romanístico) recebeu a resposta afirmativa do jurista brasileiro C. Beviláqua (1859-1944)<sup>1</sup>, quem, já ao final do século XIX, chegou a identificar e sistematizar, pela primeira vez no âmbito da ciência jurídica, uma série de elementos (de unidade) tendentes a reconhecer a especificidade dos ordenamentos da América Latina como integrantes do quadro dos grandes sistemas jurídicos comparados. Esta posição científica foi corroborada em sucessivos estudos, tanto por juristas do Novo (Cândido Luiz Maria de Oliveira, Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, Enrique Martínez Paz) quanto do Velho Continente (Tullio Ascarelli, René David, Felipe Solá de Cañizares, José Castán Tobeñas, Pierangelo Catalano, Sandro Schipani, José M. Castán Vázquez, Giovanni Lobrano, etc.)<sup>2</sup>.

O fato de os ordenamentos da América Latina pertencerem a uma mesma tradição jurídica, cuja base sociocultural tem sido identificada com o bloco ‘romano-ibero-indígena’, facilita a comunicabilidade dos mesmos, diacronicamente, com o Sistema de referência (o Sistema jurídico romanístico) e, sincronicamente, dos mesmos entre si e com os demais ordenamentos dos outros Subsistemas do Sistema jurídico romanístico (*v.g.*, os ordenamentos europeus, mas também os euroasiáticos), assim como também a individualização dos ‘elementos de unidade e de resistência’ do direito latino-americano no que diz respeito à ingerência das instituições da outra experiência jurídica presente no continente Americano (qual seja, o *common law*)<sup>3</sup>.

É desta forma que, há alguns anos, a doutrina latino-americana (muitas vezes em sinergia com a europeia e, principalmente, com a italiana), começou a avaliar a possibilidade de ‘recodificar’ o *ius commune* latino-americano (que subjaz às legislações nacionais do subcontinente) mediante a elaboração de ‘Códigos-marco’ (empregando a terminologia recomendada pelo Parlamento Latino-americano – PARLATINO – para a realização de estudos de harmonização legislativa<sup>4</sup>) com os quais sejam reafirmados os princípios comuns e consolidada a unidade do Subsistema jurídico latino-americano.

<sup>1</sup> A obra fundamental de C. BEVILÁQUA, nesta matéria, é o *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Recife, 1893, 73 ss. (com 2ª ed. revisada e ampliada de 1897, São Salvador da Bahia, 101 ss.).

<sup>2</sup> Sobre o Subsistema jurídico latino-americano permita-nos remeter, de forma geral, ao nosso *La Individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (I) La labor de la Ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX*, nesta revista, 21/2006, 5 ss. e (II) *La Contribución de la Ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX*, nesta revista 24/2007, 34 ss.

<sup>3</sup> Cf., de forma geral, P. CATALANO, *Diritto e persone – Studi su origine e attualità del sistema romano*, vol. I, Turim, 1990, 96 ss. e 161; ID., *Sistema y Ordenamientos – El Ejemplo de América Latina*, in S. SCHIPANI (Org.), *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano* (= nesta revista, 18/2004, 19 ss.), Roma, 2005, 22 ss. e 31; ID., *Choque de Sistemas Jurídicos en la Perspectiva Romana Latinoamericanista. A Propósito del “Bloque Romano-indígena”: de Xalapa 1974 a Morelia 2006*, in J.L. CUEVAS GAYOSSO (Coord.), *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, Xalapa, 2009, 23 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Turim, 1999<sup>2</sup>, 180 ss. e ID., *Riconoscimento del Sistema giuridico latinoamericano e sue implicazioni*, in VV.AA., *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano* cit. (= nesta revista, 19-20/2005), 722 ss.

<sup>4</sup> Cf., neste sentido, os *Lineamientos Metodológicos para la Realización de Estudios de Armonización Legislativa* (versão revisada em 2003), cujo texto pode ser consultado nesta revista, 21/2006, 331 ss.

# LA MORTE PER MANO MEDICA: DA REATO A DIRITTO?

SIMONA CACACE

**ABSTRACT:** L'Autore indaga i contenuti della relazione terapeutica così come delineati dalla l. n. 219/2017 e nel bilanciamento fra autonomia professionale del medico e diritto del paziente di scegliere e di decidere. Con riguardo, poi, ai nuovi orizzonti di una morte medicalmente assistita, il saggio si dedica ad una comparazione fra ordinamento italiano e colombiano, alla luce del principio di dignità e di un dialogo complesso fra le diverse fonti del diritto.

**RESUMEN:** El Autor analiza los contenidos de la relación terapéutica como están delineados por la ley n. 219/2017 y ponderando la autonomía profesional del médico y el derecho del paciente de elegir y de decidir. Luego, con relación a los nuevos horizontes de una muerte médicamente asistida, el ensayo se dedica a una comparación entre el ordenamiento italiano y el colombiano, a la luz del principio de dignidad y de un diálogo complejo entre las diversas fuentes del derecho.

**PAROLE CHIAVE:** Relazione terapeutica, medico, paziente, consenso informato, dignità, pietà, suicidio assistito, eutanasia.

**PALABRAS CLAVE:** Relación terapéutica; médico; paciente; consentimiento informado; dignidad; piedad; suicidio asistido; eutanasia.

**SOMMARIO:** 1. La relazione. – 2. Il corpo disponibile. – 3. La morte per mano medica, in Italia. – 4. La morte per mano medica, in Colombia. – 5. Una questione di dignità. – 6. Le decisioni impossibili.

## 1. *La relazione*

Con la legge 22 dicembre 2017, n. 219, il legislatore italiano è intervenuto, con una quindicina d'anni di ritardo rispetto al Parlamento spagnolo o francese, a disciplinare la relazione *di cura e di fiducia* intercorrente fra il paziente e il suo medico e fino ad allora consegnata, per l'atteggiarsi dei rispettivi ruoli e delle relative competenze, alla solerzia giurisprudenziale e al dettato deontologico.

Trattasi, invero, di una relazione che la legge citata delinea senza dar conto, in termini sufficientemente analitici, della sua struttura contrattuale o aquiliana o delle sue implicazioni riparatorie, sanzionatorie o assicurative<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. M. FOGLIA (a cura di), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019; R. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; P. DELBON, S. CACACE, A. CONTI, *Advance care directives: Citizens, patients, doctors, institutions*, in *Journ. Public Health Research*, 2019, 8, 1675; C. TRIBERTI - M. CASTELLANI, *Libera scelta sul fine vita. Il testamento biologico. Commento alla Legge n. 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, Firenze, 2018; M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. n. 219/2017*, Mi-

La sola precisazione su questi temi è offerta dall'espressa affermazione dell'assenza di responsabilità («civile o penale»: art. 1, comma sesto) in tutti i casi in cui il sanitario abbia rispettato il rifiuto del malato, anche a fronte di un pregiudizio che a costui perciò derivi.

Poiché, tuttavia, il legislatore ha cura contestualmente di escludere la responsabilità per il medico che non ottemperi ad una richiesta di trattamento contrario alla legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, da tali indicazioni congiunte si può solo trarre il convincimento della configurabilità di una responsabilità sanitaria in tutti i casi in cui il medico presti ossequio a tali richieste, ferma restando l'esigenza di verificare se la medesima conclusione debba essere estesa all'ipotesi in cui il paziente pretenda di essere aiutato a morire.

Alla responsabilità della e nella relazione è dedicata altra normativa, di poco precedente, la quale tace, per converso e parimenti, in ordine alla volontà nel trattamento sanitario e al confronto fra autonomia professionale e diritto del paziente di scegliere e di decidere<sup>2</sup>.

lano, 2018; M. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino, 2018; AA.VV., *La nuova legge n. 219/2017*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 1-104; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova, 2018; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 8; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 67; M. FOGLIA, *Nell'acquario. Contributo della medicina narrativa al discorso giuridico sulla relazione di cura*, in *Resp. med.*, 2018, 373 ss.; C. I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato. Riflessioni a margine della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 100; R. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219, in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del Codice civile?*, in *Consulta Online*, 4 aprile 2018, 221; M. NOCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, gli istituti di tutela e l'organizzazione del servizio sanitario*, e ID., *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, contributi entrambi pubblicati sul sito di Giustizia amministrativa, rispettivamente il 15 marzo 2018 e il 20 febbraio 2018; S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. giur.*, 2018, 301; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e le DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 247; L. COPPINI, *Diritti del paziente e consenso informato*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, 167; P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, 185; P. BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, *ivi*, 2016, 11; D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, *ivi*, 3, e E. MANCINI, *Autonomia come integrità: una riflessione sulle direttive anticipate di trattamento*, *ivi*, 13. Sia qui altresì consentito rinviare a S. CACACE, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento nell'ordinamento italiano, argentino e venezuelano. A proposito di salute, di volontà e di fonti del diritto*, in A. SACCOCCIO-S. CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano*. Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018), Torino, 2019, 165-194; a S. CACACE, A. CONTI, P. DELBON (a cura di), *La Volontà e la Scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino, 2019, specie XVII-XXII e 365-388, e a S. CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 935.

<sup>2</sup> Il riferimento è alla legge (c.d. Gelli-Bianco) *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, 8 marzo 2017, n. 24, in *GU*, 17 marzo 2017, n. 64. Cfr. F. GAMBINO, *La nuova responsabilità del medico. Il "ritorno" all'art. 2043 c.c.*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2018, I, 407; M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima e Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2017, 659 e 781; F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT (a cura di), *La nuova respon-*

# 'NACIONALIDAD' Y 'CIUDADANÍA' EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

LUCA CEGLIA

RESUMEN: La conservación, en las Cartas constitucionales latinoamericanas y en los pronunciamientos de la CIDH, de las distinciones entre nacionalidad y ciudadanía, reenvía a la oposición entre una visión de ciudadanía como pertenencia y de ciudadanía como participación. En realidad la idea de que puedan existir precondiciones no jurídicas que discriminen el acceso a la *societas iuris* es incompatible con la atribución innata de los derechos fundamentales a todos los hombres.

ABSTRACT: La conservazione, nelle Carte costituzionali latinoamericane e nelle pronunce della CIDH, della distinzione tra nazionalità e cittadinanza, rimanda all'opposizione tra una visione di cittadinanza come appartenenza e una di cittadinanza come partecipazione. In realtà l'idea che possano esistere precondizioni non giuridiche che discriminino l'accesso alla *societas iuris* è incompatibile con l'attribuzione innata dei diritti fondamentali a tutti gli uomini.

PALABRAS CLAVE: Nacionalidad; ciudadanía; derechos humanos; nación; minorías; πολιτης; *civis*.

PAROLE CHIAVE: Nazionalità; cittadinanza; diritti umani; nazione; minoranze; πολιτης; *civis*.

SUMARIO: 1. Cuestiones terminológicas. – 2. El modelo antiguo. – 3. Pertenencia *vs.* participación. – 4. Nación de naciones. – 5. La idea de Nación. – 6. Nacionalidad y derechos humanos. – 7. Nacionalidad de valores. – 8. Naturalización. – 9. Obligaciones del Estado. – 10. Superseración del derecho interno. – 11. Minorías discriminadas. – 12. Apatridia de facto.

## 1. Cuestiones terminológicas

Para discutir el estatus de ciudadano en el derecho constitucional latinoamericano y en la jurisprudencia de la CIDH, se requiere una aclaración preliminar que no es simplemente de naturaleza lingüística, dada la relevancia de la terminología en la formulación e interpretación de las normas jurídicas: es necesario aclarar la distinción que casi todas las constituciones de América Latina hacen entre 'nacionalidad' y 'ciudadanía'.

Que no se trate de una simple distinción lingüística queda demostrado por el hecho de que ella une a casi todos los países hispanófonos del continente con el lusófono Brasil, que contempla precisamente 'nacionalidad' y 'ciudadanía'<sup>1</sup>; mientras que curiosa-

<sup>1</sup> Arts. 22 XIII, 62 I, 68 II Const. Bras.

mente España y Portugal hablan en sus constituciones solo de ‘nacionalidad’<sup>2</sup> la primera y ‘ciudadanía’<sup>3</sup> el segundo. Por lo tanto, la sinonimia lingüística puede considerarse probada, si en ambos idiomas se pueden alternar los dos términos para indicar instituciones idénticas; no así, sin embargo, la equivalencia jurídica, al menos en los ordenamientos que usan estos términos para distinguir instituciones en otras partes están unidas.

En otras palabras, es una elección precisa de derecho público que no es requerida por una oposición irreconciliable de los referentes lingüísticos, sino al revés, por el deseo de separar dos aspectos, por lo demás, unitarios de la relación entre el ciudadano y el Estado, creando dos instituciones jurídicas distintas. Pero como una voluntad los separa, una voluntad contraria puede reunirlos en cualquier momento, como en el caso no solo de los países ibéricos, sino también de Cuba, que, por razones políticas intuitivas, prevé solo la ‘ciudadanía’<sup>4</sup>.

Pero, por supuesto, precisamente como voluntaria o intencional, esta separación está sujeta a una intención latamente ideológica porque si los dos términos son en modo ‘denotativo’ sinónimos, ya que pueden referirse a referentes idénticos, no lo son en modo ‘connotativo’, como evocadores de dos diferentes y, a veces, opuestos enfoques a la definición de ‘cosa pública’: la ‘nacionalidad’ es «estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación», según el diccionario *Vox*, mientras que la ‘ciudadanía’ es «calidad o derecho de ciudadano»<sup>5</sup>; presupuesto de la nacionalidad es la nación, la de la ciudadanía es el ciudadano<sup>6</sup>.

## 2. *El modelo antiguo*

Permítanme, en este punto, una analogía que considero interesante sobre la visión diferente que los antiguos griegos y romanos tenían de la ciudadanía: el *πολίτης* se califica, con el sufijo concreto *-ιτης* de los *nomina agentis*, como un habitante de la *πόλις*, que en cierto sentido le preexiste<sup>7</sup>, mientras que *civitas* al contrario es una entidad colectiva, formada por *cives*, y toma su nombre de ellos, significativamente a través del sufijo *-itas* que define justo las cualidades abstractas<sup>8</sup>. De hecho, el griego usa *πολιτεία* para indicar la condición abstracta del ciudadano, la ciudadanía precisamente, bastante distinta, léxicamente, de la *πόλις* que representa su campo de aplicación.

<sup>2</sup> Art. 11 Const. Esp.

<sup>3</sup> Art. 4 Const. Port.

<sup>4</sup> Art. 28 Const. Cub.

<sup>5</sup> M. ALVAR EZQUERRA (ed.), *El Vox Mayor. Diccionario general ilustrado de la lengua española*, Barcelona, 1989, *ss.vv.* ‘nacionalidad’, ‘ciudadanía’.

<sup>6</sup> Podría objetarse que, lingüísticamente, la ciudad es la raíz del ciudadano (P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I, [Dalla civiltà comunale al settecento], Roma-Bari, 1999, 3), pero esta etimología no es una connotación automática y común: nadie cree que los derechos de ciudadanía se ejerzan en la era moderna dentro de la ciudad y que, por lo tanto, estén relacionados con ella.

<sup>7</sup> É. BENVÉNISTE, *Deux modèles linguistiques de la cité*, en *Échanges et communications. Mélanges Lévi-Strauss*, I, The Hague-Paris, 1970, 590 ss.

<sup>8</sup> M. BRÉAL, *Saggio di semantica* [tit. or. *Essai de sémantique. Science des significations*], Napoli, 1990 [1897], 84 ss.

*VITIA CORPORIS ET ANIMI.*  
TRACCE DELLE AZIONI EDILIZIE ROMANE  
NELLE *ORDENAÇÕES FILIPINAS*

LINDA DE MADDALENA

ABSTRACT: Per scelta consapevole e dichiarata dei redattori delle *Ordenações Filipinas* del 1603 il *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano si applicava nei territori di dominazione lusitana quale fonte sussidiaria in caso di lacuna del diritto nazionale. L'influsso della tradizione giuridica romana sulla legislazione filippina si manifesta chiaramente anche in materia di schiavitù e segnatamente nella disciplina dei rimedi azionabili dal compratore di schiavi affetti da patologie fisiche o mentali, come ad esempio la predisposizione alla fuga, ove è immediatamente riconoscibile l'eredità delle azioni edilizie della compravendita romana.

RESUMEN: Por una elección consciente y declarada de los redactores de las *Ordenações Filipinas* de 1603 el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano se aplicaba en los territorios de dominación lusitana como fuente subsidiaria en caso de laguna del derecho nacional. El influjo de la tradición jurídica romana sobre la legislación filipina se manifiesta en forma clara también en materia de esclavitud y, de manera particular, en la regulación de los remedios accionables por el comprador de esclavos afectados por una patología física o mental, como por ejemplo la predisposición a la fuga, donde se reconoce en forma directa la herencia de las acciones edilicias de la compraventa romana.

PAROLE CHIAVE: Azioni edilizie; vizi occulti; compravendita di schiavi; diritto romano; *Ordenações Filipinas*.

PALABRAS CLAVE: Acciones edilicias; vicios ocultos; compraventa de esclavos; Derecho romano; *Ordenações Filipinas*.

SOMMARIO: 1. La regolamentazione giuridica della schiavitù in Brasile. Il Codice filippino o *Ordenações Filipinas*. – 2. *L'escravo doente* nelle *Ordenações Filipinas*. – 3. Il *mancipium* affetto da *morbis* nel Digesto. – 4. La propensione alla fuga quale vizio dell'animo. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *La regolamentazione giuridica della schiavitù in Brasile. Il Codice Filippino o Ordenações Filipinas*

Risale al 29 marzo 1559 la prima autorizzazione conosciuta per l'introduzione in Brasile di un carico di schiavi provenienti dall'Africa<sup>1</sup>, dopo più di mezzo secolo dalla

<sup>1</sup> S.B. DE HOLANDA, *Historia geral da civilização brasileira*, vol. I, São Paulo, 1960, 107 s. In generale sulla storia schiavista del Brasile, si veda L.B. ROUT, *Race and Slavery in Brazil*, in *The Wilson Quarterly*, 1, n.º. 1, Washington, D.C., 1976, 73 ss.; A.J.R. RUSSELL-WOOD, *The Black Man in Slavery and Freedom in Colonial Brazil*, London, 1982; A.M. BARROS DOS SANTOS, *Die Sklaverei in Brasilien und ihre sozialen und wirtschaftlichen Folgen*, München, 1985; H.S. KLEIN-F. VIDAL LUNA, *Slavery in Brazil*, Cambridge, 2010.



scoperta e dalla sottoposizione alla corona lusitana di quel vasto territorio dell'America meridionale. Dopo essersi serviti inizialmente delle popolazioni indigene come manodopera nelle piantagioni di zucchero, i colonizzatori portoghesi, anche a seguito di gravi perdite nella forza lavoro locale, individuaron una nuova e promettente risorsa: tra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo furono deportati in Brasile più di 40.000 schiavi provenienti dall'Africa<sup>2</sup>, dando così il via a un'imponente deportazione di manodopera dal Continente Nero. Questa decisa crescita del fenomeno della tratta di schiavi neri dal continente africano coincise con una drammatica perdita dei tratti umani dei deportati, i quali vennero trattati dai coloni sempre più alla stregua di 'pezzi' o 'unità' (*peças*) umane da scambiare<sup>3</sup>.

Tale modello economico, fondato sullo sfruttamento della schiavitù, rimase immutato per secoli fino alla sua tarda abolizione, attuata attraverso la cosiddetta *Lei Áurea* solo nel 1888<sup>4</sup>.

La regolamentazione giuridica della schiavitù nelle colonie portoghesi del territorio brasiliano è rappresentata principalmente dal testo giuridico conosciuto come *Código Filipino* o *Ordenações Filipinas*<sup>5</sup>. Promulgate nel 1603 da re Filippo I di Portogallo quando ancora le corone di Spagna e Portogallo erano unite, queste ordinanze furono concepite per riformulare la allora vigente legislazione, ossia le *Ordenações Afonsinas* (1446), precorritrici delle *Ordenações Manuelinas* (1514), e furono espressione del potere assolutistico portoghese. Nonostante le suddette intenzioni di rinnovamento, le ordinanze filippine non furono in grado di apportare una modifica normativa sostanziale al diritto brasiliano e finirono per essere un semplice aggiornamento delle precedenti leggi<sup>6</sup>. Tullio Ascarelli ritiene che la caratteristica precipua della legislazione brasiliana sia quella di aver mantenuto, fino alla seconda decade del secolo XX, un «diritto di marca

<sup>2</sup> G. PATISSO, *Dal Codice afonsino al Codice filippino. Schiavismo e società nel mondo lusitano tra XV e XVII secolo*, in *Itinerari di Ricerca Storica*, 33, 2019, 154. Dello stesso autore si veda anche la recente pubblicazione *Codici neri. La legislazione schiavista nelle colonie d'oltremare (sec. XV-XVIII)*, Roma, 2019.

<sup>3</sup> In questi termini G. PATISSO, *Dal Codice cit.*, 153.

<sup>4</sup> Si tratta della legge n. 3.353 promulgata il 13 maggio del 1888 con la quale venne ufficialmente abolita la schiavitù in Brasile quale risultato di un graduale processo di destituzione. Sul Brasile quale ultimo paese del continente americano ad aver abolito la schiavitù, si vedano i lavori di J.E. ADAMS, *The Abolition of the Brazilian Slave Trade*, in *The Journal of Negro History*, 10, n.º 4, Chicago, 1925, 607 ss.; J. CASTELLANI, *Os Maçons na Década da Abolição e da República*, Londrina, 2001; D.T. GRADEN, *From Slavery to Freedom in Brazil*, Albuquerque, 2006; A. ECKERT, *Aufklärung, Sklaverei und Abolition*, in *Geschichte und Gesellschaft*, Sonderheft 23, 2010, Berlin, 243 ss.; L. BETHELL, *The Decline and Fall of Slavery in Brazil (1850-88)*, in EAD., *Brazil: Essays on History and Politics*, London, 2018, 113 ss.

<sup>5</sup> Così F. DE ANDRADE, *Sklaverei in Brasilien*, in AA.VV., *Sklaverei und Recht: Zwischen römischer Antike und moderner Welt*, a cura di I. FARGNOLI e T. SPÄTH, Bern, 2018, 151.

<sup>6</sup> In questo senso G.B. DA CRUZ, *Obras esparsas: estudos de história do direito moderno*, vol. II, Coimbra, 1981, 28 s. Sull'influenza delle ordinanze Afonsinas, Manoelinas e Filipinas sul diritto brasiliano, si veda A.R. DIDONE-J.H. SCHIJMAN, *A influência das Ordenações portuguesas e espanhola na formação do direito brasileiro do primeiro império (1822 a 1831)*, 2005, consultabile in <<http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/292/2/tese%20doutorado%20Prof%20Didone.pdf>>.

SYMPOSIUM «‘ZU EUROPA GEHÖRT AUCH  
LATEINAMERIKA’. RÖMISCHES RECHT UND  
LATEINAMERIKANISCHES RECHTSSYSTEM».  
*IN MEMORIAM* EUGEN BUCHER

Il 13 settembre 2019, in una soleggiata giornata di fine estate, ha avuto luogo il Simposio «‘Zu Europa gehört auch Lateinamerika’. Römisches Recht und lateinamerikanisches Rechtssystem», organizzato dal *Romanistisches Institut* dell’*Universität Bern*, diretto dalla Prof.ssa Iole Fargnoli, in collaborazione con lo studio legale e notarile del Dr. Urs Fasel. A lui è dovuta la correlazione del dialogo fra diritto romano e sistemi giuridici latinoamericani con la figura di Eugen Bucher (1929-2014), illustre giurista che insegnò alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Ateneo bernese tra il 1973 e il 1993. Allievo di Bucher, il Dr. Fasel ne acquisì la biblioteca dopo la morte e la collocò all’interno del suo studio legale e notarile. Il catalogo completo dei volumi che compongono la biblioteca di Bucher è accessibile in rete e le opere presenti sono fruibili da parte di chiunque ne sia interessato. Questa preziosa collezione possiede, tra l’altro, un’ampia sezione dedicata alla letteratura giuridica latinoamericana, curata da Bucher con particolare dedizione.

Il luogo scelto dagli organizzatori per l’incontro è stato il *Panorama-Building Harder Kulm*, che ha offerto ai partecipanti una vista privilegiata sulle Alpi svizzere e sui laghi che bagnano entrambi i lati della sottostante cittadina di *Interlaken* nel Cantone di Berna. L’incontro ha riunito docenti e studiosi provenienti da Svizzera, Italia e America Latina che si sono confrontati sul rapporto, molto spesso trascurato anche dagli stessi comparatisti, fra i sistemi giuridici latinoamericani e la tradizione giuridica romana.

Ad aprire la sessione mattutina è stato il Prof. Antonio Saccoccio (Università degli Studi di Brescia), presentando una relazione dal titolo «Lateinamerikanisches Rechtssystem» con la quale ha tratteggiato i caratteri più significativi del sistema giuridico latinoamericano, incorniciandolo nel più ampio sistema romanistico dell’Europa continentale. Questa sua innegabile derivazione romanistica però, ha precisato il relatore, non contrasta con l’esistenza, anche in America Latina, dei singoli ordinamenti nazionali, facenti capo ad ogni singolo Stato, nei quali la base comune di diritto romano si completa e viene rielaborata. A dimostrazione del suo ruolo, non solo unificante, ma anche rispondente alle istanze interne dei singoli Stati, Saccoccio richiama un’incisiva citazione di José Luis Cuevas Gayosso, secondo la quale lo studio attuale del diritto romano rappresenta una necessità e un’alternativa per risolvere problematiche giuridiche contemporanee.

La parola è poi passata alla Prof.ssa Catalina Salgado Ramírez (*Universidad Externado de Colombia*) che ha proposto una relazione in lingua italiana dal titolo «L’azione popolare del modello di codice di Andrés Bello e la sua influenza nella tutela degli interessi collettivi: breve riferimento al caso colombiano». Dopo aver ricordato le significative parole dello stesso Bucher *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*<sup>1</sup>, che dichiarano

<sup>1</sup> Si tratta del titolo di un saggio di Bucher apparso nello *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* del 2004.

# DIRITTO ROMANO COMUNE

# I GIUDICATI SARDI (IX-XV SEC.): UNA ISOLA ROMANA REPUBBLICANA NELL'OCCIDENTE FEUDALE

GIOVANNI LOBRANO - PIETRO PAOLO ONIDA

**ABSTRACT:** La forma di governo 'giudicale', che va dal IX al XIV secolo, è esclusiva della Sardegna: 'mos Sardiscus' la definiscono gli Spagnoli che la scoprono nel secolo XIII. Essa non appartiene al *genus* feudale ma è la continuazione della forma di governo della Repubblica imperiale romana, di cui la Sardegna è stata Provincia sin dal secolo III a.C. e dal cui governo centrale è stata separata di fatto dal dominio arabo del Mare Mediterraneo, sopravvenuto – appunto – nel secolo IX. Istituzione caratterizzante ma poco studiata della forma di governo giudicale sono le assemblee civiche: dotate di poteri che possiamo definire 'sovrani' e organizzate su tre livelli, di singola 'Città' (*villa* o 'bidda'), di 'Curatoria' (distretto comprendente un certo numero di 'biddas') e 'de logu' (con la parola 'logu' si indica l'intero Giudicato). Tale istituzione appare manifestazione specifica della generale istituzione repubblicana imperiale romana dei Concili provinciali di Città, anche essa poco studiata. La conoscenza del Diritto romano è strumento indispensabile per comprendere la storia istituzionale sarda e la conoscenza di questa aiuta a comprendere il Diritto romano, in una materia (il ruolo costituzionale dei sistemi civici) di straordinari interesse scientifico e attualità politica.

**RESUMEN:** La forma de gobierno '*judicial*', que va desde el siglo IX al XIV, es exclusiva de Cerdeña. Los españoles, que la descubren en el siglo XIII, la llaman 'mos Sardiscus'. Ella no pertenece al *genus* feudal sino que es la continuación de la forma de gobierno de la República imperial romana, de la cual Cerdeña ha sido una Provincia desde el siglo III a.C. y de cuyo gobierno central ha sido separada de hecho por el dominio árabe del Mar Mediterráneo, sobrevenido –precisamente – en el siglo IX. Una institución característica de la forma de gobierno '*judicial*', pero poco estudiada, son las asambleas cívicas, dotadas de poderes que podemos definir 'soberanos' y organizadas en tres niveles, de cada 'Ciudad' (*villa* o 'bidda'), de '*Curaturia*' (distrito comprensivo de un cierto número de 'biddas') y '*de logu*' (con la palabra '*logu*' se indica todo el '*Judicato*'). Esta institución se presenta como una manifestación específica de la general institución repubblicana imperial romana de los Concejos provinciales de Ciudad, la cual también ha sido poco estudiada. El conocimiento del Derecho romano es un instrumento indispensable para comprender la historia institucional sarda y el conocimiento de ella ayuda a comprender el Derecho romano, en una materia (el papel constitucional de los sistemas cívicos) de extraordinario interés científico y actualidad política.

**PAROLE CHIAVE:** Città; concilio; provincia; repubblica; Sardegna.

**PALABRAS CLAVE:** Ciudad; concejo; provincia; república; Cerdeña.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Ruolo rivoluzionario delle Comunità locali nella Sardegna del 700. – 3. Confronto e tensione tra Comuni e Parlamento in Europa e nelle Americhe dal Medio Evo all'Evo Contemporaneo. – 4. 'Giudicati': 500 anni di democrazia civica. – 5. Un modello costituzionale per oggi.

### 1. *Premessa*

Lungo la storia della Sardegna, sono due le epoche in cui questa Isola esprime una cultura profondamente originale rispetto al contesto geo-storico: la epoca detta ‘nurgica’, per la forma di costruzione megalitica che la contraddistingue e che va dal XIX al III secolo a.C., e la epoca detta ‘giudicale’ per la ‘forma di governo’ (in senso lato: la *politéia*), che la contraddistingue e che va dal IX al XV secolo.

La Sardegna giudicale è una eccezione nel mondo feudale del quale fa geograficamente parte. Nel XIV secolo, gli invasori aragonesi-catalani sono sorpresi dalla ‘forma di governo’ giudicale, che essi definiscono infatti ‘*mos sardiscus*’<sup>1</sup>. La eccezionalità della ‘forma di governo’ giudicale consiste nell’essere la continuazione della ‘forma di governo’ repubblicana-imperiale romana (‘giudice’ è uno degli appellativi tecnici con i quali venivano indicati i ‘governatori’ delle Province<sup>2</sup>) ‘*senza*’ però più il nesso con il governo imperiale: residente in Bisanzio-Costantinopoli e che il dominio arabo nel Mediterraneo (realizzatosi con la conquista – dopo la Spagna – della Sicilia) ha ‘*separato di fatto*’ dall’Isola.

La istituzione più rilevante della ‘forma di governo’ giudicale sono le ‘coronas’, assemblee che non esitiamo a definire ‘civiche’ e ‘sovrane’, organizzate su tre livelli: le assemblee interne a ciascuna ‘*villa*’ o ‘*bidda*’, le assemblee composte dai delegati degli insiemi di ‘*villae*’ o ‘*biddas*’ integranti ciascuno dei distretti territoriali detti ‘*curatorias*’ e, infine, la assemblea ‘*de logu*’ che comprende tutto il Giudicato e che è composta dai delegati delle ‘*curatorie*’.

Tale istituzione è estremamente attuale, in termini addirittura *de iure condendo*. Essa non è comprensibile senza una approfondita conoscenza della ‘forma di governo’ repubblicana imperiale romana (l’Impero di Città)<sup>3</sup> e, in particolare di quella sua istituzione (non casualmente dimenticata dalla romanistica contemporanea)<sup>4</sup> che sono i Concili provinciali di Città. Noi crediamo che questa ultima affermazione resti – *quodam modo* – vera anche letta specularmente: la conoscenza della ‘forma di governo’ giudicale sarda e, in particolare, di quella sua istituzione che sono le ‘corone’ (anche essa tutt’altro che adeguatamente studiata dalla storiografia giuridica)<sup>5</sup> può rivelarsi strumento prezioso per comprendere gli specifici natura e regime e la grande rilevanza di quella istituzione repubblicana-imperiale romana che sono i Concili provinciali di Città.

<sup>1</sup> Vedi, *infra*, nt. 40.

<sup>2</sup> Si veda S. BARBATI, *Studi sui ‘iudices’ nel diritto romano tardo antico*, Milano, 2012, Parte prima, cap. II ‘I *iudices* quali governatori provinciali’.

<sup>3</sup> Vedi recentemente ed esemplarmente L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2009, Parte quarta ‘L’impero universale’, § 17. ‘L’impero delle città’.

<sup>4</sup> R. MARTINI, *Sulla partecipazione popolare ai Concilia provinciali nel tardo Impero*, in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana. XIII Convegno internazionale in memoria di André Chastagnol*, Napoli, 2001, 709 ss.; G. LOBRANO, *Per ri-pensare giuridicamente le «Città» e, quindi, l’«Impero»: i «Concili provinciali»*, in *Ius Romanum*, 2, 2017, 77-108.

<sup>5</sup> La osservazione è di V. PIRAS, *La pentasecolare esperienza democratica della Sardegna giudicale: non Feudi e loro Parlamento ma (piccole) Città e loro Assemblee*, in *Diritto@Storia*, 17, 2019. Tale osservazione è confermata in negativo da uno studio sui – molti – modi di individuare la ‘identità’ sarda e tra i quali la affatto specifica tradizione civica e antif feudale non appare (A. CONTU, *Retoriche dell’identità. Un approccio metodologico al dibattito in Sardegna*, in *QB - Quaderni Bolotanesi*, anno XXII, n. 22, 1996, 13-58).

# IL MANDATO IMPERATIVO: DALL'ESPERIENZA ROMANA ANTICA NEI *CONCILIA* PROVINCIALI AI COSTITUZIONALISMI MODERNI

ANDREA TRISCIUOGGIO

**ABSTRACT:** Le teorie costituzionali europee e latinoamericane favorevoli a forme di democrazia diretta, nelle quali il popolo ha un ruolo centrale nei processi decisionali, hanno seguito il modello romano repubblicano propugnato da Rousseau. Il riconoscimento di un mandato imperativo tra elettore ed eletto e la possibilità di revoca dello stesso si conciliano con tali teorie. L'indagine si occupa in particolare delle istruzioni che i delegati delle città ricevevano prima di partecipare alle assemblee provinciali (*concilia*) in epoca imperiale. Tali istruzioni possono essere considerate mandati imperativi? Si può dire che esse siano manifestazioni di democrazia?

**RESUMEN:** Las teorías constitucionales europeas y latinoamericanas favorables a las formas de democracia directa, en las que el pueblo tiene un papel central en los procesos de toma de decisiones, han seguido el modelo republicano romano promovido por Rousseau. El reconocimiento de un mandato imperativo entre el elector y el elegido y la posibilidad de revocación del mismo se adaptan a estas teorías. La investigación trata en particular de las instrucciones que los delegados de la ciudad recibían antes de participar en las asambleas provinciales (*concilia*) en la época imperial. ¿Pueden estas instrucciones considerarse mandatos imperativos? ¿Podemos decir que son manifestaciones de la democracia?

**PAROLE CHIAVE:** Costituzionalismo latinoamericano; partecipazione cittadina; mandato imperativo; *concilium provinciae*; *munus legationis*; *repetundae*.

**PALABRAS CLAVE:** Constitucionalismo latinoamericano; participación ciudadana; mandato imperativo; *concilium provinciae*; *munus legationis*; *repetundae*.

**SOMMARIO:** 1. – Premessa. – 2. A proposito delle funzioni dei *concilia* provinciali. – 3. Il *marmor Tauriniacum* e il mandato imperativo. – 4. Sul *munus legationis* municipale. – 5. Osservazioni conclusive.

## 1. *Premessa*

Dobbiamo riconoscere che il modello costituzionale romano repubblicano fondato sulla sovranità popolare e valorizzato nel '700 da Rousseau è risultato per ora storicamente perdente nell'Europa contemporanea (eccezion fatta, si può dire, per la Svizzera). Ha prevalso, in effetti, il modello parlamentare anglosassone, connotato, tra l'altro, dall'assenza di un mandato imperativo tra elettori ed eletti<sup>1</sup>. Non così, invece, in non pochi

<sup>1</sup> Cfr. per esempio, presupponendo la mediazione dei partiti politici, art. 67, cost. it.: «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato»; art. 67.2, cost. sp.: «Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo»; cost. fr., art. 27: «Tout mandat impératif est nul»; cost. ted., art. 38.1: «Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages [...] sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewis-

Paesi dell'America Latina, dove si sono radicati differenti e più numerosi strumenti di partecipazione cittadina, fra i quali è opportuno qui ricordare la *revocatoria de mandato*<sup>2</sup>.

Il modello romano della Repubblica, considerato all'interno della storia del pensiero costituzionale moderno, è oggetto da qualche tempo di una profonda e interessante riflessione nella romanistica, che ha riguardato altresì la storia della storiografia. Giovanni Lobrano, muovendo dagli studi di Pierangelo Catalano<sup>3</sup>, si è dedicato in particolare negli ultimi decenni a smascherare una generale operazione ottocentesca «di sovrascrittura della forma di governo medievale-moderna, che è statale-rappresentativa, sulla forma di governo antica, che è civica-partecipativa»<sup>4</sup>. E, nell'ambito di tale operazione, lo stesso Autore ha rilevato una non casuale dimenticanza, tra gli storici del diritto romano, delle assemblee (*concilia, koiná*)<sup>5</sup> provinciali, le quali, pur affermandosi in epoca impe-

sen unterworfen». Alle possibili derive del 'transfughismo parlamentare', reso possibile dall'assenza di un vincolo di mandato che leghi il deputato eletto al partito di provenienza e al suo programma, ha cercato di porre rimedio la costituzione portoghese (art. 160.1): «Perdem o mandato os Deputados que [...] c) Se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio». Guarda a medesimi obiettivi, raggiungibili necessariamente con un temperamento del divieto di mandato imperativo sancito dall'art. 67 cost. it., la proposta, avanzata da G. VALDITARA, *Riflessioni sulla crisi della sovranità popolare*, in *Iura*, 65, 2018, 345 s., di sciogliere le Camere ove sia alterata la maggioranza uscente dal voto popolare per il passaggio di singoli parlamentari ad un gruppo diverso da quello originario. Sull'uso della formula 'plena potestas' (di per sé estranea al vincolo di mandato) in epoca medievale e sulle sue origini romano-canonistiche si soffermano: G. POST, *Plena potestas and Consent in Medieval Assemblies. A Study in romano-canonical Procedure and the Rise of Representation, 1150-1325*, in *Id.*, *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton-New Jersey, 1964, 91 ss., spec. 108 ss.; H.M. CAM, *The Theory and Practice of Representation in Medieval England*, in *Historical Studies of the English Parliament*, vol. I, *Origins to 1399* (edd. E.B. FRYDE - E. MILLER), Cambridge, 1970, 268 ss.

<sup>2</sup> Per l'istituto della *revocatoria de mandato* in America Latina, grazie al quale gli elettori possono ritirare la delega data al funzionario (o deputato), eletto dal popolo, che in particolare non osservi senza giustificazione gli impegni programmatici assunti in campagna elettorale, e possono procedere a nuova elezione, cfr. S. RODRIGUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli, 2017, spec. 90 ss., 101 ss. (con altra bibliografia). L'istituto, che configura una responsabilità politica dell'eletto di carattere permanente, è riconducibile alle teorie costituzionali di Simón Bolívar - cfr. P. CATALANO, *Derecho público romano y principios constitucionales bolivarianos*, in *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de M. García-Pelayo*, Caracas, 2000, 713 (estr.) - e ha rilevanza costituzionale in Bolivia, Colombia, Ecuador, Panama, Perù e Venezuela; cfr. ancora, sul punto, S. RODRIGUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione* cit., 90 ss.

<sup>3</sup> Cfr., almeno, P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino, 1971, spec. 116 ss.; v. anche 75 s., in tema di revoca del mandato negli anni della Rivoluzione francese.

<sup>4</sup> Cfr. recentemente G. LOBRANO, «Mezzi per la difesa della libertà» e «forme di governo», in AA.VV., *Tribunato - Poder negativo y defensa de los derechos humanos. Segundas Jornadas Ítalo-Latinoamericanas de Defensores Cívicos y Defensores del Pueblo. En homenaje al Profesor Giuseppe Grosso (Torino, 8-9 settembre 2016)*. Con la *Carta di Torino per una nuova Difesa civica*, a cura di A. TRISCIUOGGIO, Milano, 2018, 220 ss. Sull'idea di *participación* nella costituzione repubblicana romana cfr. A. VALMAÑA-OCHAÍTA, *Democracia en la antigüedad*, in AA.VV., *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*, coord. A. VALMAÑA-OCHAÍTA, Santiago de Compostela, 2013, 189 ss. (spec. 191 s.).

<sup>5</sup> Sulla comunanza di strutture e di funzioni tra i *concilia* occidentali e i *koiná* orientali nell'impero, la quale giustifica una trattazione unitaria degli stessi, cfr. B. EDELMANN-SINGER, *Koina und Concilia. Genese, Organisation und sozioökonomische Funktion der Provinziallandtage im römischen Reich*, Stuttgart, 2015, spec. 27. Essa potrebbe fondarsi, secondo l'opinione più diffusa, su di un rapporto di derivazione dei primi dai secondi. Sul problema se le origini dei *concilia* siano già rintracciabili nelle province ellenistiche di età repubblicana, cfr. diffusamente B. EDELMANN-SINGER, *Koina und Concilia* cit., 55 ss.; inoltre, per la pro-

# LA 'QUASI MORTE' DELLA *CIVITAS* IN D. 7.4.21 (MOD. L. 3 *DIFF.*)

ROBERTA MARINI

«Sono venuto per affermare il diritto all'esistenza delle città umane, un diritto di cui siamo titolari, noi della generazione presente, ma del quale sono titolari ancor di più gli uomini delle generazioni future; un diritto il cui valore storico, sociale, politico, culturale, religioso si fa più grande a misura che si chiarisce, nella meditazione umana attuale, il significato misterioso e profondo delle città...»

Giorgio La Pira, Ginevra 12 aprile 1954

ABSTRACT: Un eterogeneo insieme di fonti tramanda una significativa applicazione della regola dell'*actus contrarius* agli antichi riti di fondazione delle città. Il principio in base al quale, il *ritus* dell'aratro romuleo in funzione 'fondativo-costitutiva' potesse essere applicato anche in funzione 'estintivo-distruttiva' è ricordato rispetto a *civitates*, come Cartagine o Milano. Dalle fonti considerate sembra emergere la consapevolezza nel pensiero giuridico romano per cui una cosa è la 'materiale' distruzione della *civitas* e una cosa è la sua distruzione 'politico-giuridica'; quest'ultima, infatti, sembra prescindere dalla distruzione degli edifici e, soprattutto, delle comunità di persone ed è strettamente ancorata ad una regola giuridico-religiosa risalente tanto quanto l'antico rito di fondazione delle città.

RESUMEN: Un conjunto heterogéneo de fuentes refiere a una aplicación significativa de la regla del *actus contrarius* a los antiguos ritos de fundación de las ciudades. El principio con base en el cual, el *ritus* del arado de Rómulo con función 'fundativo-constitutiva' pudiese ser aplicado también con función 'extintiva-destructiva' es recordado respecto de *civitates* como Cartago y Milán. De las fuentes analizadas parece desprenderse la concientización en el pensamiento jurídico romano de que una cosa es la 'material' destrucción de la *civitas* y otra es su destrucción 'político-jurídica'. En efecto, esta última parece prescindir de la destrucción de los edificios y, sobre todo, de las comunidades de personas, y está estrechamente vinculada a una regla jurídico-religiosa tan antigua como el rito de la fundación de la ciudad.

PAROLE CHIAVE: Città; *civitas*; fondazione; distruzione; *etruscus ritus*; *actus contrarius*.

PALABRAS CLAVE: Ciudad; *civitas*; fundación; destrucción; *etruscus ritus*; *actus contrarius*.

SOMMARIO: 1. Il rito di fondazione della città: Roma-Costantinopoli-Mosca. Riflessioni introduttive. – 2. L'*inductio aratri* in D. 7.4.21 (Mod. l. 3 *diff.*). – 3. La '*dirutio urbis*' in Serv. *Ad Aen.* 4.212. – 4. '*Actus contrarius*' e riti di fondazione/distruzione delle città. Altre testimonianze. – 5. Riflessioni conclusive.



1. *Il rito di fondazione della città: Roma-Costantinopoli-Mosca. Riflessioni introduttive*

Da un eterogeneo, sia per tipologia che per collocazione storica, insieme di fonti emerge una significativa applicazione del principio dell'*actus contrarius*<sup>1</sup> anche agli antichi riti di fondazione/distruzione delle città.

Che il momento della fondazione di una città, percepito quale vera e propria 'nascita' della stessa, sia sempre stato, sebbene con diverse caratteristiche per il mondo greco e per quello romano<sup>2</sup>, particolarmente significativo nell'esperienza antica<sup>3</sup>, è fuor di dubbio.

In particolare, per l'esperienza romana un più che emblematico esempio di tale 'nascita'<sup>4</sup> è rappresentato dalla costante applicazione, nel tempo, dell'antico rito del-

<sup>1</sup> Sulla 'pervasività' di tale principio, mi sia permesso di richiamare quanto ho avuto modo di precisare in R. MARINI, *Contrarius consensus*, Milano, 2017, 25 ss.; in particolare, sulla opportunità di utilizzare, anche nel caso dei riti di fondazione/distruzione delle città, l'idea di 'corrispondenza contraria' in considerazione del già rilevato uso dei termini 'corrispondenza' e 'simmetria' in relazione al principio dell'*actus contrarius*; vd. ad es. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, 74 ss. che parla di «Symmetrieprinzip als normative Regel»; R. KNÜTEL, *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz*, in *ZSS*, 88, 1971, 66 ss.; ID., *Contrarius consensus, Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968, che sembrerebbe preferire l'espressione 'Korrespondenz' accanto a quella di 'Konträrakt', sebbene in entrambi i lavori venga pure utilizzata in senso equivalente l'idea della simmetria. Mentre E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1985, 602 nt. 1, parla di «principio di parallelismo della forma».

<sup>2</sup> Non è certo possibile in questa sede approfondire le significative differenze sul punto tra l'esperienza storica greca e quella romana per le quali si rimanda, per un primo riferimento e sebbene con posizioni differenziate, a H.J. WOLFF, *Polis und Civitas*, in *ZSS*, 95, 1978, 1 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, Napoli, 1972<sup>2</sup>, 60 s.; ID., *La costituzione della città-stato*, in A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, I, Torino, 1988, 345 ss.; G. PUGLIESE CARRATELLI, *Dalla 'polis' all'urbs*, in AA.VV. *Principi e forme delle città*, Milano, 1993, 3 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas romana'*, Roma, 2000, 25 ss.; G. CRIFÒ, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari, 2000, 23 ss.; M. CACCIARI, *La città*, Rimini, 2009, in particolare 7-19.

<sup>3</sup> Che si traduca in un momento di stabile aggregazione basato sulle comuni 'radici culturali', come nel caso della *póλις* greca (comune *γένος*, stesse tradizioni), o che, pur prescindendo da tale comunione originaria, come nel caso della *civitas* romana, si traduca in una aggregazione volontaria ('principio volontaristico') per il medesimo fine di comunità autonome molto diverse fra loro. Certamente utile per l'argomento che ci occupa la precisazione storico-terminologica contenuta in M. CACCIARI, *La città* cit., 7, sullo stesso utilizzo del termine 'città' «... parlare in generale di città non ha molto senso. Non esiste la Città, esistono diverse e distinte forme di vita urbana. Non a caso città si dice in diversi modi. Per esempio, in latino non c'è un corrispondente del greco *póλις*. La differenza tra le due lingue riguarda l'origine della città ed è una differenza essenziale. Quando un greco parla di *póλις* intende indicare anzitutto la sede, la dimora, il luogo in cui un determinato *génos*, una determinata stirpe, una gente (*gens/genos*), ha la propria radice. Nella lingua greca il termine *póλις* risuona immediatamente di un'idea forte di radicamento. La *póλις* è quel luogo dove una gente determinata, specifica per tradizioni, per costumi, ha sede, ha il proprio *éthos*». Diversamente sulla pluralità insita all'interno del significato di *populus* romano per tutti P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1976, 109 ss.

<sup>4</sup> L'utilizzo di questo termine mi sembra qui appropriato proprio in quanto associato al dato già autorevolmente rilevato in dottrina per cui «la vita del *populus Romanus Quirites*» sarebbe segnata da «*Iuppiter*, grazie all'opera del *rex augur* Romolo, sul colle *Palatinum* e nel giorno dei *Palilia*: 21 aprile, *dies natalis*» (443 s.) «l'esistenza del popolo romano» infatti «si fonda sulla volontà divina, manifestatasi storicamente e giuridicamente in un 'punto dello spazio-tempo'» (442) così P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano*. *Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in *ANRW*, II Principat, 16.1, Berlin-New York, 1978, 442 ss.

# AETERNA AUCTORITAS ADVERSUS HOSTEM: UNA SOLUZIONE PER LO STRANIERO ALLA LOGICA CITTADINA DEL *MEUM ESSE*

EMANUELA CALORE

ABSTRACT: L'articolo si propone di mettere in evidenza come il precetto decemvirale '*aeterna auctoritas adversus hostem*' fosse una risposta alle conseguenze che la logica cittadina del *meum esse ex iure Quiritium* avrebbe potuto avere sugli stranieri e, in particolare, sui traffici commerciali tra Romani e stranieri. Nel caso di *mancipatio* tra *civis Romanus* e *hostis* (*peregrinus*), la scelta del diritto romano, nella tutela dell'acquisto del peregrino, fu quella di intervenire non sulla situazione potestativa (sul *meum esse*) dell'*hostis*, anche se dotato di *commercium*, ma quella di assicurargli una *aeterna* garanzia (l'*auctoritas* del *mancipio dans*) riconducibile al campo delle obbligazioni.

RESUMEN: El artículo se propone evidenciar como el precepto decenviral '*aeterna auctoritas adversus hostem*' fuese una respuesta a las consecuencias que la lógica ciudadana del *meum esse ex iure Quiritium* habría podido tener respecto de los extranjeros y, en particular, con relación al tráfico comercial entre Romanos y extranjeros. En el caso de la *mancipatio* entre *civis Romanus* y *hostis* (*peregrinus*), la elección del derecho romano, en la protección del peregrino, fue la de intervenir no sobre la situación potestativa (sobre el *meum esse*) del *hostis*, aun cuando estuviese dotado del *commercium*, sino la de asegurarle una *aeterna* garantía (la *auctoritas* del *mancipio dans*) reconducibile al ámbito de las obligaciones.

PAROLE CHIAVE: Cittadini, stranieri, appartenenza, garanzia, *commercium*.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanos; extranjeros; pertenencia; garantía; *commercium*.

SOMMARIO: 1. *Meum esse ex iure Quiritium* e vocazione universale del sistema giuridico-religioso romano. – 2. Il precetto decemvirale sull'*aeterna auctoritas adversus hostem*. – A. La collocazione della disposizione all'interno del testo decemvirale. – B. Il significato della disposizione. – 3. L'*aeterna auctoritas*: una soluzione per lo straniero. – 4. Conclusioni.

1. *Meum esse ex iure Quiritium e vocazione universale del sistema giuridico-religioso romano*

A partire dai tempi più antichi le fonti testimoniano la presenza, in alcune solenni affermazioni di appartenenza, tanto negoziali (*mancipatio*<sup>1</sup>, *in iure cessio*<sup>2</sup>) quanto giudiziali (*legis actio sacramento in rem*<sup>3</sup>), dell'espressione *ex iure Quiritium meum esse aio*<sup>4</sup>. Inoltre, per diversi rimedi giudiziali successivi le fonti tramandano affermazioni di appartenenza espresse con un *ex iure Quiritium meum/A. Agerii esse (actio in rem per sponsionem*<sup>5</sup>; *rei vindicatio*<sup>6</sup> ed i rimedi su quest'ultima modellati).

Pur senza entrare in questa sede nella tormentata questione<sup>7</sup> del significato dell'espressione *ex iure Quiritium*, questo dato lascia in ogni caso trapelare che i Romani abbiano da subito correlato il *meum esse* con la posizione di *Quiris*<sup>8</sup>.

Gli effetti di tale correlazione, peraltro, sebbene in termini di *dominium*, continuano a risultare netti al tempo di Gaio, come il giurista antoniniano mostra nitidamente in un famoso paragrafo delle sue *Institutiones*<sup>9</sup> in cui distingue tra il *dominium apud peregrinos* e il *dominium apud populum Romanum*.

Ciò non significa che il diritto romano non riconoscesse la possibilità per uno straniero di acquistare una *res*, che nel caso di *res Mancipi* (ovvero – come le qualifica Gaio<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Gai. 1,119: ... *is, qui Mancipio accipit, aes tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA. ...*

<sup>2</sup> Gai. 2,24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO. ...*

<sup>3</sup> Gai. 4,16: *Si in rem agebatur ... et ita dicebat HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM. SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI ...*

<sup>4</sup> Diversamente da quanto recentemente riaffermato da G. NICOSIA, *Ex iure Quiritium*, Catania, 2018, 35 ss., 186, ritengo che *ex iure Quiritium* nelle formulazioni negoziali e giurisdizionali si riferisse al *meum esse* e non al verbo *aio*.

<sup>5</sup> Gai. 4,93: *Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione SI HOMO, QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? ...*

<sup>6</sup> Cic., *In Verr.*, 2,2,12,31: ... *SI PARET FUNDUM CAPENATEM QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITIUM P. SERVILI ESSE*. Alla *rei vindicatio* possiamo poi aggiungere, nonostante l'inserimento della  *fictio*, l'*actio Publiciana* (Gai. 4,36) e, ancora, la *formula* concessa a *qui ex edicto bonorum possessionem petiit* (Gai. 4,34).

<sup>7</sup> In un lavoro, non ancora pubblicato, ho ripercorso le riflessioni della dottrina sul significato di *ex iure Quiritium*. Qui mi limito a rilevare che sia intendendo *ex iure Quiritium* in un'accezione oggettiva (ad esempio, A. GUARINO, *Ius Quiritium*, in *Iura*, 1, 1950, 265 ss. [= in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 21 ss., da cui si cita]) sia – come mi sembra preferibile – in un'accezione soggettiva (ad esempio, R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 30, 1967, 142 ss.), in ogni caso emerge la stretta relazione tra il *meum esse* e la posizione di cittadino Romano.

<sup>8</sup> Si rinvia alle puntuali deduzioni F. DE VISSCHER, «*Ex iure Quiritium*», in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique*, *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 317 ss.; P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965, 89 ss., 119 s.; Id., *Populus Romanus Quirites*, Torino, (1970) 1974, 147 ss., il quale rileva proprio il merito di de Visscher nell'individuazione del significato di *ius Quiritium* «in riferimento allo *status civitatis* ("le statut personnel de citoyen romain")».

<sup>9</sup> Gai. 2,40: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

<sup>10</sup> Gai. 1,192.

# LOS NUEVOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA CONFRONTADOS: DOS ORDENAMIENTOS Y UN ÚNICO SISTEMA\*

DAVID F. ESBORRAZ

**RESUMEN:** El artículo confronta el nuevo Código civil y comercial argentino de 2014 con la ley sobre la Parte general del Derecho civil de 2017 destinada a integrar el libro I° del nuevo Código civil chino en curso de aprobación, los que constituyen el resultado de un largo proceso de reformas y de recodificación del Derecho privado de ambos países durado casi un siglo. De la comparación de ambas codificaciones se desprende la comunidad de conceptos, principios, instituciones y disposiciones existente entre ellas, lo que se justifica por pertenecer ambos ordenamientos al Sistema jurídico romanístico. Esto se advierte, en modo particular, en la sistemática general adoptada por ambos Códigos, así como en la particular atención prestada a la protección de la persona humana o natural y al medioambiente. La pertenencia al Sistema jurídico romanístico facilita el diálogo no solo entre el ordenamiento argentino y el chino, sino también entre este último y los demás ordenamientos que integran el Subsistema latinoamericano, por fundarse todos ellos en la común tradición del Derecho romano. Todo ello adquiere, además, particular interés en miras de las relaciones que la China está estableciendo con la América Latina.

**ABSTRACT:** L'articolo mette a confronto il nuovo codice civile e commerciale argentino del 2014 con la legge cinese sulla Parte generale del diritto civile del 2017, destinata ad integrare il libro I del nuovo codice civile cinese in fase di approvazione. Entrambi i codici sono il risultato di un lungo processo di riforme e di ricodificazione del diritto privato, durato quasi un secolo. Dalla comparazione di entrambe le codificazioni si desume la comunanza di principi, regole, istituti e disposizioni, che è giustificata dall'appartenenza di entrambi gli ordinamenti al sistema giuridico romanistico. Ciò si avverte, in modo particolare, dalla sistemática generale adottata da entrambi i codici, nonché, ad esempio, dalla particolare attenzione posta alla tutela della persona umana o naturale e all'ambiente. La comune appartenenza al sistema giuridico romanistico facilita il dialogo non solo tra l'ordinamento argentino e quello cinese, ma anche tra quest'ultimo e gli altri ordinamenti che formano parte del sottosistema latinoamericano, dal momento che tutti si fondano sulla comune tradizione del diritto romano. Tutto ciò, inoltre, acquista particolare interesse in vista dei rapporti che la Cina sta stringendo con l'America Latina.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema jurídico romanístico; Código civil y comercial argentino; Parte general del Derecho civil chino; decodificación y recodificación; unificación del Derecho privado; centralidad del código; primado de la persona; protección del medioambiente y de los intereses colectivos.

**PAROLE CHIAVE:** Sistema giuridico romanistico; codice civile e commerciale argentino; Parte generale del Diritto civile cinese; decodificazione e ricodificazione; unificazione del diritto privato; centralità del codice; primato della persona; tutela dell'ambiente e degli interessi collettivi.

\* Texto definitivo de la ponencia presentada a la *4th Chang'an & Rome International Conference on 'Belt and Road' Legal Culture Dialog*, organizada por la *Northwest University of Political and Law* (China) y por la *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'* (Italia) y desarrollada en Xi'an durante los días 11, 12 y 13 de mayo de 2019.

SUMARIO: I. Introducción. – II. Vicisitudes de la codificación del Derecho privado en la Argentina y en la China. – III. Los nuevos Códigos civiles argentino y chino confrontados. – 1. Descodificación, recodificación, unificación de la legislación civil y comercial, leyes especiales y centralidad del código. – 2. Metodología de los Códigos confrontados. – 3. Primado de la persona humana/natural. – 4. Recepción de los intereses colectivos en el ámbito privatista: la protección del medioambiente. – IV. A modo de conclusión.

## I. *Introducción*

Las distancias entre la República Argentina y la República Popular China son enormes: 19.300 km en línea recta, 11 husos horarios y aproximadamente 25 horas de vuelo separan Buenos Aires de Beijing. Sin embargo, estas distancias no constituyen obstáculo alguno para que la China constituya la tercera destinación de las exportaciones de la Argentina (luego del Brasil y de los Estados Unidos de Norteamérica) y que al mismo tiempo sea el segundo país de origen de sus principales importaciones (siempre después del Brasil pero esta vez antes que los Estados Unidos de Norteamérica, ubicados en tercer lugar)<sup>1</sup>. Tampoco esas distancias han impedido que la Patagonia argentina fuera elegida por el gobierno chino para la construcción de una de sus más importante estaciones de control satelital en territorio extranjero, la cual incluso ha desempeñado un papel de relieve en la reciente operación de desembarco de la sonda *Chang'e-4* en el lado oculto de la luna<sup>2</sup>.

Pero, si en cambio, tenemos en cuenta el contexto jurídico, las distancias se acortan en modo considerable, gracias al rol que el derecho romano ha desempeñado como 'puente' entre el derecho de los dos países<sup>3</sup>. En efecto, los ordenamientos de ambos países pertenecen al Sistema jurídico romanístico, del que constituyen un desarrollo interno propio y a cuya expansión han coadyuvado. Uno lo ha receptado, en origen, a causa de la colonización; el otro en cambio lo ha hecho, paradójicamente, para evitarla.

Por lo que respecta a la Argentina, la recepción del Derecho romano se llevó a cabo (como en todos los demás países de la América Latina), en primer lugar, a través del 'Derecho común americano' (o 'Derecho indiano', de inspiración romano-canónica) desarrollado durante el período colonial (desde fines del siglo XV a inicios del siglo XIX) y, luego, mediante su 'transfusión' en la Codificación del propio derecho nacional que la nueva República se dio después de la Independencia de España, declarada formal-

<sup>1</sup> Véase, al respecto, <<https://es.portal.santandertrade.com/analizar-mercados/argentina/cifras-comercio-exterior>>.

<sup>2</sup> Véase, sobre este otro particular, <<https://www.telam.com.ar/notas/201901/319866-cientificos-siguen-y-aportan-datos-a-la-sonda-chang-e-desde-la-estacion-espacial-china-en-neuquen.html>>.

<sup>3</sup> Empleo aquí la metáfora usada por G. Xu, *Diritto romano come ponte tra diritto cinese e diritto latinoamericano*, en esta revista, 19-20/2005, 431-438. En el mismo sentido pueden citarse el Congreso «El Sistema jurídico romanista: un puente entre derechos propios y derecho común de Europa continental, China y América Latina», llevado a cabo en la Universidad de Macao (cuya crónica puede leerse en esta revista, 34/2013, 330-332) y, en particular, S. SCHIPANI, *Il Sistema giuridico romano: un ponte fra i diritti di Cina, Europa e i Paesi dell'America Latina. Il ruolo del BRICS*, en G. DALLA TORRE - C. MIRABELLI (a cura di), *Verità e metodo in giurisprudenza. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini nel 25° della consacrazione episcopale*, Roma, 2014, 603-622.

# NUOVE RIFLESSIONI SUGLI IMPIANTI TERMALI PRIVATI NEI PRIMI SECOLI DELL'IMPERO: CONFLITTUALITÀ INTER-PREDIALI E ONERI ORGANIZZATIVI NELLA LORO MESSA A PROFITTO

ALESSANDRO GRILLONE

**ABSTRACT:** L'articolo, dopo aver illustrato le ragioni culturali e sociali che, nella prima età imperiale, fecero proliferare l'edificazione di strutture termali pubbliche e private, si concentra sui problemi giuridici che emergono nel dibattito giurisprudenziale di epoca classica a riguardo della loro gestione: prima, analizzando le fonti che attestano situazioni di conflittualità tra proprietari di fondi contigui a cagione della eccessiva misura delle immissioni di fumo, calore e vapore provenienti dai *balnea*; poi, in una duplice direzione, indicando le vie per la cessione a terzi dell'*uti frui* di una stazione balneare: mercé il contratto di *locatio-conductio* o il diritto reale di *usus fructus*; infine, discutendo quelle testimonianze che illustrano la composizione dell'*instrumentum* delle aziende rivolte allo sfruttamento economico di questi edifici, con particolare attenzione nella descrizione del ruolo socio-economico e giuridico del *balneator*, attendente alla loro gestione.

**RESUMEN:** El artículo, después de haber ilustrado las razones culturales y sociales que, en la primera época imperial, determinaron la proliferación de la construcción de estructuras termales públicas y privadas, se centra en los problemas jurídicos que surgen en el debate jurisprudencial romano de la era clásica con respecto a su gestión: primero, analizando las fuentes que atestiguan situaciones de conflicto entre propietarios de fondos adyacentes debido a la excesiva cantidad de inmisiones de humo, calor y vapor provenientes de los baños; luego, en una doble dirección, indicando las formas de transferencia a terceros del uso de un balneario, a través del contrato de *locatio-conductio* o el derecho real de *usus fructus*. Finalmente, analiza aquellos testimonios que ilustran la composición del *instrumentum* de las empresas destinadas a la explotación económica de estos edificios, con especial atención a la descripción del papel socioeconómico y jurídico del *balneator*, quien está a cargo de su gestión.

**PAROLE CHIAVE:** Terme (*balnea*); immissioni; locazione; usufrutto; cose strumentali (*instrumentum*).

**PALABRAS CLAVE:** Termas (*balnea*); inmisiones; arrendamiento; usufructo; instrumentos (*instrumentum*).

**SOMMARIO:** 1. I bagni termali: croci e delizie di un universo economico fervente e rumoroso. – 2. Sulle tracce di alcuni conflitti di vicinato. – 3. La cessione a terzi dell'*uti frui* di una struttura termale tra *locatio-conductio* e *usus fructus*. – 4. L'*instrumentum* degli stabilimenti termali con particolare riguardo alla loro componente umana.

### 1. *I bagni termali: croci e delizie di un universo economico fervente e rumoroso*

Il considerevole spazio che la compilazione giustiniana riserva alla trattazione dei profili giuridici inerenti alla conduzione dei bagni termali mi ha spinto, a breve distanza dal primo<sup>1</sup>, ad un nuovo intervento sulla materia per cercare di arricchire le mie prime riflessioni e colmare alcuni silenzi a cui ragioni di spazio e di tempo avevano in quella sede costretto.

Riprendendo qui le fila di quel discorso da un punto di vista storico e sociologico, non v'è dubbio che l'élite romana abbia tratto dai greci, intorno alla metà del III secolo a.C., la consuetudine di dotare le proprie dimore più prestigiose di una modesta stanza da bagno. In origine, infatti, l'abluzione del corpo fu l'occasione per ogni *pater familias* di trovare ristoro dalle fatiche della vita pubblica e agreste nella solitudine del più remoto angolo della propria casa, di lì a un secolo, nondimeno, mutato il costume collettivo, sarebbe diventata, al contrario, momento prediletto di confronto e interrelazione sociale. Così fu che si diffusero stazioni termali maschili e femminili aperte al pubblico in ogni angolo dei territori sotto l'egida romana e molti furono coloro che, in quei secoli, a fini di lucro o di propaganda, decisero di investire nella loro costruzione<sup>2</sup>. Pur non disponendo di statistiche attendibili per quanto concerne gli edifici di proprietà privata, un'idea della diffusione del fenomeno la possiamo avere se si pone mente alla circostanza che nel 33 a.C. i bagni pubblici urbani ammontassero a 170 unità, e che intorno alla metà del I secolo d.C. il loro numero non fosse più quantificabile<sup>3</sup>.

Al pari del teatro e dei *ludi*, le terme divennero luogo di aggregazione ed incontro: politico, intellettuale, amoroso. Questo mutamento di scopi aveva destato, tra gli altri, l'interesse di Seneca, che ne desumeva, in polemica con il suo tempo, il sintomo di uno sciagurato ed irreversibile mutamento dei costumi degli antenati<sup>4</sup>. Il filosofo, in una delle sue celebri Lettere a Lucilio, racconta:

<sup>1</sup> A. GRILLONE, *La gestione privata dei balnea al tramonto dell'era repubblicana e nei primi due secoli dell'impero*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 112, 2019, 175, nt. 1.

<sup>2</sup> Cfr. G.G. FANGAN, *Bathing in Public in the Roman World*, Michigan, 1999, 104 ss.; M.L. CALDELLI, *Curia athletarum, iera xystike synodos e organizzazione delle terme a Roma*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 93, 1992, 80 ss. e O. ROBINSON, *Baths: an aspect of Roman local government law*, in *Sodalitas. Scritti in Onore di Antonio Guarino*, III, Napoli, 1984, 1066 ss.

<sup>3</sup> È quanto risulta da Plin., *Nat. Hist.*, 36,121: *adicit [Agrippa] ipse aedilitatis suae commemoratione et ludos diebus undsexaginta factos et gratuita praebita balinea CLXX, quae nunc Romae ad infinitum auxere* [*<Agrippa>* per commemorare l'edilità celebrò infine i giochi della durata di cinquantanove giorni ed aprì centosettanta bagni pubblici gratuiti, che ora a Roma sono cresciuti all'infinito], secondo O. ROBINSON, *Baths* cit., 1074; F. YEGÜL, *Baths and Bathing in Classical Antiquity*, Cambridge, 1992, 30, 45, 66; ID., *Bathing in the Roman World*, Cambridge, 2010, 3; ID., *Development of Baths and Public Bathing during the Roman Republic*, in *A Companion to the Archaeology of the Roman Republic*, a cura di J. DE ROSE EVANS, Oxford, 2013, 16; J.R. PATTERSON, *Landscapes and Cities: Rural Settlement and Civic Transformation in Early Imperial Italy*, Oxford, 2006, 151; *contra*, invece, G.G. FANGAN, *Pliny "Naturalis Historia" 36.121 and the Number of Balnea in Early Augustan Rome*, in *Classical Philology*, 88, 4, Oct. 1993, 333 ss., per il quale in questo passaggio «we see that Agrippa was recording in his memoris the number of offers of free bathing he presented to the public during his aedileship», in senso analogo cfr. anche C. BRUUN, *Public baths in the Roman West*, in *Journal of Roman Archaeology*, 15, 2002, 461 e nt. 15.

<sup>4</sup> Cfr. B. DEL GIOVANE, *Seneca, Scipione e l'ombra di Cicerone: a proposito dell'epistola 86*, in *Prometheus: rivista di studi classici*, 38, 2012, 155 ss.; F. YEGÜL, *Bathing in the Roman World* cit., 10, 23 s.; V. MI-

# IL PROCURATO ABORTO: RAGIONI DI UN'INDAGINE ROMANISTICA E PROBLEMATICHE ATTUALI

CLAUDIA TERRENI

**ABSTRACT:** Il presente lavoro ha la finalità di effettuare un'indagine diacronica del procurato aborto sotto il profilo giuridico partendo dalla disciplina del diritto romano e della sua successiva influenza sulle codificazioni moderne, lasciando uno spazio ad alcuni spunti critici sulla legge italiana n.º. 194 del 1978, in tema di 'Tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza' nel suo quarantennale.

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como objetivo llevar a cabo una investigación diacrónica del aborto bajo el perfil jurídico a partir de la regulación del Derecho romano y su posterior influencia en las codificaciones modernas, dejando un espacio para algunos puntos críticos sobre la ley italiana n.º. 194 de 1978, sobre el tema de la 'Protección social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo' en su cuadragésimo aniversario.

**PAROLE CHIAVE:** Diritto romano; procurato aborto; disciplina codicistica.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho romano; aborto; codificaciones modernas.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La posizione del diritto romano nei confronti dell'aborto: un quadro di sintesi. – 3. Uno sguardo ai Codici preunitari italiani. – 4. I Codici Penali dell'Italia unita ed il travagliato *iter* della legge 22 maggio 1978 n.º. 194. – 5. Gli artt. 4 e 5 della legge n.º. 194 del 1978: spunti critici. – 6. Brevi considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa*

La tematica relativa all'interruzione volontaria della gravidanza mi è sembrata meritevole di una breve indagine in prospettiva diacronica, alla luce della discussa legge italiana n.º. 194 del 1978, in tema di 'Tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza', a quarant'anni dalla sua approvazione, tenendo conto delle disomogenee posizioni della dottrina e dei ripetuti interventi giurisprudenziali diretti a costruire un'univoca concettualizzazione dogmatica soprattutto in materia di 'nascita indesiderata', strettamente collegata alla scelta consapevole e responsabile della donna di portare a termine la gravidanza. Questo particolare profilo si presta bene, a mio avviso, ad alcune riflessioni in chiave storica, che abbiano come specifico punto di riferimento l'esperienza giuridica romana. Ripercorrere in essa la disciplina oggetto della legge appena citata, mi ha condotto, infatti, ad un rinnovato esame del procurato aborto (*abactus partus*) non solo nei diversi momenti di tale esperienza, ma anche con riguardo ai 'diritti' riconosciuti alla donna ed all'uomo circa questa scelta ed alle loro eventuali e rispettive responsabilità. Ricostruire i tasselli del complesso quadro offerto dal diritto romano permette, inoltre, di comprendere i limiti e la portata dell'influenza da esso esercitata sulla successiva tradizione giuridica.



## 2. La posizione del diritto romano nei confronti dell'aborto: un quadro di sintesi

Già verosimilmente nella vita di Romolo, scritta da Plutarco (Plut. *Rom.* 22,3<sup>1</sup>) è, a mio avviso, presente un richiamo alle attività abortive, la cui sanzione sarebbe stata di competenza del tribunale domestico in un accertamento diretto a permettere di operare legittimamente il ripudio della donna previsto da una disposizione di Romolo, la *lex regia* di cui parla Dionigi di Alicarnasso (Dion. Hal., *Ant. Rom.*, 2,25,6). Si trattava, per quell'epoca primitiva, di un pesante castigo.

Anche quando viene meno la sfera operativa della giustizia domestica, in antico parallela e complementare rispetto alla giurisdizione penale facente capo alla *civitas*, le medesime attività abortive furono sempre considerate nell'ottica del divorzio per iniziativa del marito (*repudium*): la nuova disciplina matrimoniale, affermatasi in epoca repubblicana, senza l'acquisto della *manus* da parte dello sposo (o del di lui *pater*) non consentiva, infatti, di valutarla altro che in rapporto alla loro eventuale idoneità a giustificare il divorzio come determinato da colpa della moglie (*culpa mulieris*), a ciò conseguendo effetti limitati alla conservazione, da parte del marito, di una porzione dei beni dotali<sup>2</sup>.

L'aborto volontario non poteva, quindi, che perpetuare la propria tradizionale fisionomia di illecito consistente in una trasgressione femminile destinata a trovare nel contesto familiare la propria sede repressiva, in dipendenza dell'instaurazione di una procedura passibile di sfociare nel ripudio previo accertamento della colpa.

<sup>1</sup> Dove in relazione alla giustizia domestica è probabile che si identificasse l'aborto in una delle tre cause di giustificato ripudio. Cfr. C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, 271 nt. 72. Né si deve dimenticare che il ripudio, nell'antica disciplina, per la donna sposata o soggetta al potere del marito (*in manu*) costituiva una grave sanzione conseguente a crimini specifici deferiti nell'ambito di un 'tribunale' familiare. Per tutti: E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 85, 1948, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, 127 ss., e W. KUNKEL, *Das Konsilium im Hausgericht*, in *Kleine Schriften*, Weimar, 1974, 117 ss., 123 ss., i quali hanno dibattuto in ordine alla giurisdizionalità dell'antico tribunale, tanto che per Volterra non sarebbe mai esistito un tale organo in quanto l'attività, priva com'era di cornice normativa, si sarebbe configurata come puramente repressiva e discrezionale. Inoltre, il contrasto Volterra-Kunkel si basava in sostanza sulla negazione del carattere giurisdizionale, motivato dal Volterra (127 s.) con l'assenza di forme legali precostituite nel procedimento, mentre Kunkel (147 s.), valorizzava la presenza del *consilium* sufficiente ad avviso dell'Autore a dare al procedimento valore giurisdizionale. A mio parere il problema, però, non sta tanto nella giurisdizionalità o meno del procedimento, quanto nella convenzionale accettazione dello stesso da parte del corpo sociale e sotto questo aspetto si può parlare di istituto penalistico in ragione della risposta positiva che si evincerebbe anche dal fatto che, al tempo di Nerone, il marito di Pomponia Grecina ottenne la riattualizzazione di questa antica procedura, che evidentemente non fu mai messa in discussione come racconta Tacito (Tac. *Ann.* 13.32). Cfr. inoltre, H.J. WOLFF, *Das iudicium de moribus und sein Verhältnis zur actio rei uxoriae*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 54, 1934, 315 ss., e E. VOLTERRA, "Iudicium de moribus", in *Novissimo Digesto Italiano*, 9, Torino, 1963, 344, con richiamo della bibliografia precedente e in epoca più recente i contributi di A. RUGGERO, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984, 1593 ss. e di F. SALERNO, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum"*, Napoli, 1990, 98 ss., 127 ss. Sul passo cfr., anche le osservazioni di M.V. SANNA, *Spes nascendi-spes patris*, in *Annali dell'Università di Palermo (AUPA)*, 55, 2012, 532 s.

<sup>2</sup> Vedi *infra* ntt. 3 e 4.

# LA LEGISLAZIONE PUBBLICISTICA DI GIUSTINIANO TRA IL 534 E IL 535. NOTE MINIME SULL'ATTIVITÀ DELLA CANCELLERIA IMPERIALE

ALVISE SCHIAVON

ABSTRACT: Tra l'aprile del 534 e lo stesso mese del 535 Giustiniano emana una serie di provvedimenti volti a riformare alcuni aspetti dell'amministrazione 'periferica' dell'impero: due costituzioni volte a riorganizzare la prefettura d'Africa, emanate nel 534 ed inserite nel *Codex repetitae praelectionis* (C.I. 1,27), e due *leges* 'generali' volte a reprimere la pratica del *suffragium* (Nov. 8) e ripristinare quella dei *mandata principum* (Nov. 17). La dottrina più recente mostra di considerare unitariamente questi interventi come parti di un coerente piano di ristrutturazione istituzionale, proseguito poi con la riforma delle singole unità territoriali negli anni seguenti, complessivamente ispirato agli ideali della *reverentia antiquitatis* e della restaurazione dell'ordine romano. Secondo l'Autore, però, alcune osservazioni circa contenuto e formazione di quei provvedimenti restituiscono un quadro più frastagliato dell'attività della cancelleria in quel momento di trapasso dalle grandi compilazioni (*Digesta* e *Codex*) alla legislazione novellare, e suggeriscono quindi di accogliere questa ricostruzione dei caratteri della legislazione pubblicistica di Giustiniano con talune cautele.

RESUMEN: Entre abril del año 534 y el mismo mes del año 535 Justiniano emana una serie de medidas dirigidas a reformar algunos aspectos de la administración 'periférica' del imperio: dos constituciones para reorganizar la prefectura de África, emanadas en el año 534 e incluidas en el *Codex repetitae praelectionis* (C.I. 1,27), y dos *leges* 'generales' para prohibir la práctica del *suffragium* (Nov. 8) y reestablecer la de los *mandata principum* (Nov. 17). La doctrina más reciente considera en forma unitaria estas medidas como parte de un plan coherente de reforma institucional, continuado luego por la reforma de las particulares unidades territoriales en los años sucesivos, inspirado en general en los ideales de la *reverentia antiquitatis* y de la restauración del orden romano. Sin embargo, según el Autor, algunas observaciones sobre el contenido y la formación de dichas medidas demuestran un diseño más complejo de la cancellería imperial en ese momento de transición de las grandes compilaciones (*Digesta* e *Codex*) a la legislación novelar, y por lo tanto sugieren acoger la mencionada reconstrucción de los caracteres de la legislación publicística justiniana con una cierta cautela.

PAROLE CHIAVE: Novelle; *Codex*; riforme amministrative di Giustiniano; classicismo giustiniano.

PALABRAS CLAVE: Novelas; *Codex*; reformas administrativas de Justiniano; clasicismo justiniano.

SOMMARIO: 1. La legislazione pubblicistica di Giustiniano degli anni 534-535. – 2. Le costituzioni del 534. – 3. Le 'novelle-quadro' dell'aprile 535. – 4. Rapporto tra la legislazione inserita nel *Codex* e *Novellae*.

### 1. La legislazione pubblicistica di Giustiniano degli anni 534-535

In questo contributo intendo svolgere brevi considerazioni a margine di alcune fonti relative alle prime riforme del sistema amministrativo imperiale messe in atto da Giustiniano tra il 534 e il 535 le quali, sebbene ampiamente discusse dalla romanistica anche in anni recenti, presentano dei profili interessanti in tema di rapporti tra attività legislativa della cancelleria prima e dopo l'emanazione del *Codex repetitae praelectionis*.

Le riforme dell'assetto amministrativo e costituzionale dell'Impero attuate da Giustiniano sono state per lungo tempo sottovalutate dalla moderna romanistica che, come noto, si è maggiormente concentrata sulla legislazione di materia 'privatistica' contenuta nelle grandi compilazioni, *Digesta* e *Codex*<sup>1</sup>; una delle conseguenze di questa opzione interpretativa è stata quella di sottovalutare i provvedimenti giustiniani – maggiormente attinenti a problematiche amministrative, giudiziarie e militari – contenuti nelle *Novellae*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Circa la rivalutazione dei rapporti tra massa 'privatistica' e 'pubblicistica' nel quadro complessivo delle riforme giustiniane rimangono imprescindibili le riflessioni di G.G. ARCHI, *La valutazione critica del 'Corpus iuris'*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 88, 1951, 220 ss. (= *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, 203 ss.); ID., *L'imperatore Giustiniano. Storia e mito. Giornate di studio a Ravenna (14-16 ottobre 1976)*, Milano, 1978, I ss. spec. VII e infine ID., *Il potere normativo imperiale nella Costantinopoli di Giustiniano. Tradizione e innovazione*, in *Novella Constitutio. Studies in honor of Nicholas van der Wal*, a cura di J.H.A. LOKIN e B. STOLTE, Groningen, 1990, 9 ss.; osservazioni analoghe in R. BONINI, *Ricerche sulla legislazione giustiniana dell'anno 535*. Nov. Iustiniani 8: *venalità delle cariche e riforme dell'amministrazione periferica*, Bologna, 1976, 7 ss. e in ID., *L'ultima legislazione pubblicistica di Giustiniano (543-565)*, in *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana: caratteri e problematiche*, a cura di G.G. ARCHI, Ravenna, 1985, 139 ss. (= *Studi sull'età giustiniana*, Rimini, 1990<sup>2</sup>, 57 ss., cui mi riferirò per le citazioni delle pagine), 59 dove si osserva che, se nelle altre opere del *Corpus iuris civilis* maggiore attenzione è dedicata al diritto privato, nella legislazione corrente rappresentata dalle *Novellae* è la materia pubblicistica ad assumere un ruolo preponderante: solo nel periodo intercorrente tra il 535 e il 542 si contano ben 67 *Novellae* pubblicistiche o almeno prevalentemente pubblicistiche, dal momento che la tecnica legislativa utilizzata per redigerle, prevedendo spesso una eterogeneità di contenuti all'interno del singolo provvedimento, rende difficile classificare per materia le singole costituzioni. Sulla stessa linea si colloca pure G. LANATA, *Legislazione e natura nelle novelle giustiniane*, Napoli, 1984, 4, che collega questa «inversione di tendenza» negli studi sulla legislazione novellare a un generale mutamento di prospettiva nelle ricerche sull'età di Giustiniano, «che hanno aperto una serie di prospettive nuove sulla valutazione di questo imperatore, della sua cultura giuridica, della sua politica legislativa» nonché sulla personalità di Triboniano, protagonista dell'attività legislativa giustiniana prima e dopo la stagione delle consolidazioni.

<sup>2</sup> I problemi di tradizione testuale ed editoriale posti dalla legislazione novellare sono come noto numerosi. Nonostante la *const. Cordi* il 16 novembre 534 annunciasse l'impegno della cancelleria a predisporre una *alia congregatio* per le *novellae constitutiones* emanate dopo l'entrata in vigore del *Codex repetitae praelectionis* (§ 4), la dottrina maggioritaria ritiene – contro la tesi autorevole di P. NOAILLES, *Les collections de nouvelles de l'empereur Justinien. I. Origine et formation sous Justinien*, Paris, 1912, 87 ss. (secondo cui il *quæstor sacri palatii* avrebbe curato la pubblicazione semestrale di fascicoli contenenti la legislazione novellare chiamati appunto *semestria*) e nonostante l'indizio in senso contrario contenuto nel § 11 della *Pragmatica sanctio pro petitione Vigilii* del 554 (sulla cui rilevanza per il tema si vedano però le osservazioni di G.G. ARCHI, *Pragmatica sanctio pro petitione Vigilii*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, 11 ss. [= *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, 1971 ss., cui mi riferisco per la numerazione delle pagine] riprese da G. LANATA, *Legislazione e natura*, cit., 102 ss.) – che a una raccolta ufficiale delle *Novellae* non si pervenne mai. Tra le diverse collezioni non ufficiali della legislazione novellare giustiniana, la più importante per le moderne edizioni è senz'altro quella greca, per la cui ricostruzione si fa affidamento sul *codex Marcianus graecus* e il *codex Laurentianus* (su cui N. VAN DER WAL, *La version florentine de la collection des 168 Nouvelles*, in *TR*, 49, 1981, 149 ss.). Una diversa tradizione testuale riporta invece

# ARS BONI ET AEQUI. RICORDO DI FILIPPO GALLO

LELIO LANTELLA

SOMMARIO: 1. *Ius est ars boni et aequi*: riscoperta di una definizione ‘reale’. – 2. Artificialità del diritto: un universo del fare. – 3. Artificialità del diritto: un universo da rispettare. – 4. *Legum permutatio* giustiniana: superamento della teorizzazione celsina e avocazione delle fonti. – 5. *Legum permutatio* giustiniana: odierna persistenza. – 6. Recupero di fondamenti dalla ‘eredità perduta’ del diritto romano. – 7. Comprensibili incomprensioni. – 8. Un seme prezioso, per un percorso.

## 1. ‘*Ius est ars boni et aequi*’: riscoperta di una definizione ‘reale’

Confezionare parole vere, quando viene a mancare il proprio Maestro, può essere un giusto omaggio. Ma parole anche vere rischiano di apparire ‘le solite cose che si dicono’: meglio custodirle.

Condividere ‘aneddoti’ da un lungo vissuto (aneddoti talvolta preziosi seppur di biografia minore) può essere parimenti un giusto omaggio: ma deve passare più tempo prima che un approccio ‘leggero’ risulti accettabile.

E allora?

Allora ricorderò Filippo Gallo sottolineando alcune idee a cui Egli teneva molto: idee sulla natura del *ius*, e sulla ‘artificialità’, affioranti da remoto nel suo pensiero<sup>1</sup> per essere elaborate poi, soprattutto negli ultimi quindici anni della sua attività e della sua vita<sup>2</sup>.

Partirò da un punto centrale nelle sue riflessioni esegetiche in ambito romanistico, per poi allargare il discorso a un macrocontesto storico-culturale inclusivo dell’oggi. La mia sintesi sacrificherà la ricchezza delle tesi e degli argomenti sviluppati da Filippo Gallo in opere complesse; ma qui non si tratta di illustrare il pensiero del Maestro, si tratta

<sup>1</sup> Segnalo, in particolare, due lavori: F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1971 (già allora erano presenti idee portanti verso la successiva teorizzazione in tema di *mores* e di *ars boni et aequi*. Inoltre: ID., *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, 7 ss. (= in *Opuscula selecta*, a cura di F. BONA e M. MIGLIETTA, Padova, 1999, 553 ss.

<sup>2</sup> Mi riferisco, selezionando, alle seguenti opere di F. GALLO: *La ‘verità’: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in AA.VV., *Valori e principi del diritto romano, Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di A. TRISCIUOGGIO, Napoli, 2009, 83 ss.; ID., *L’eredità perduta del diritto romano*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, 139 ss.; ID., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010 (trad. spagn. Buenos Aires, 2015); ID., *Consuetudine e nuovi contratti*, in questa Rivista, 31-32/2011, 3 ss.; ID., *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell’artificialità del diritto*, Torino, 2012; ID., *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino, 2014; ID., *Valore perdurante dei criteri del ‘bonum et aequum’*, in AA.VV., *Celso teorico del diritto*, a cura di L. GAROFALO, Napoli, 2016, 249 ss.; ID., *Ius, quo utimur*, Torino, 2018.

di richiamare alcuni elementi (ontologici) che sono a fondamento delle connesse prospettive (pragmatiche).

Secondo Filippo Gallo, la frase di Celso (riferita da Ulpiano *nel libro primo Delle istituzioni*, D. 1.1.pr: ... *ius est ars boni et aequi*) è stata fraintesa e sottovalutata<sup>3</sup>. Ha registrato misconoscimenti di ogni genere. Secondo la gran parte delle opinioni correnti, la frase sarebbe: una formula vuota ('*bonum et aequum*' sarebbe disponibile a qualsiasi contenuto); una definizione *per laudem* (tesa a valorizzare il diritto associandolo a termini elogiativi); una definizione persuasoria (per includere nel diritto un formante valoriale); una definizione lessicale (indirizzata, peraltro infelicemente, a una semantica di '*ius*'); infine, il *definiendum* non sarebbe neppure il *ius*, perché qui, '*ius*', andrebbe inteso come *scientia iuris*.

Secondo Filippo Gallo, invece, si tratta di una definizione in cui: il *definiendum* è proprio il *ius* (non la *scientia iuris*); il *definiendum* è il *ius* in generale (non solo quello romano); la definizione è tesa a identificare il *ius* cogliendone l'essenza, cosicché la definizione è di natura reale (non nominale)<sup>4</sup>; infine, la definizione è vera<sup>5</sup>.

Quanto al *genus* della definizione celsina, il *ius* è *ars*, che a sua volta è attività. Il *ius*, per essere *ars* come la cucina, l'agricoltura, la medicina, l'architettura<sup>6</sup> ..., pretende competenze 'specifiche' e 'qualificate'. Quanto alla 'specificità', l'*ars iuris* si individua (a livello del fine e del prodotto) nel *bonum et aequum* da intendersi come 'ciò che è buono nel rispetto dell'eguaglianza proporzionale'<sup>7</sup>; e tale oggetto richiede competenze valoriali e tecniche, entrambe supportate da formazione, intelligenza, sensibilità, impegno, abilità.

La riconduzione generica all'*ars*, e la specificazione nel *bonum et aequum*, sono gli elementi che identificano l'essenza del *ius* (ovvero, come talvolta viene precisato, ne colgono il 'connotato essenziale').

<sup>3</sup> «Ogni elemento della definizione celsina è stata oggetto di interpretazioni distorte, tendenti ad omologarla alle nostre attuali concezioni»: in F. GALLO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, cit., 91 s.

<sup>4</sup> «Contrariamente a quanto è stato sostenuto, la definizione celsina non è una definizione nominale, ma reale», in F. GALLO, *La 'verità'*, cit., 109. Tesi ribadita soprattutto in rapporto al Kelsen: «la definizione celsina è una definizione reale. Appare invece certo che il Kelsen intese formulare una definizione nominale, muovendo dal significato di diritto accolto dalle correnti positivistiche ed integrandolo con la norma fondamentale, senza verificarne la corrispondenza alla realtà...», in F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., 94.

<sup>5</sup> Alla verità della definizione celsina, Filippo Gallo ha dedicato un intero saggio: F. GALLO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, cit. E vedasi anche ID., *Celso e Kelsen*, cit., 60, 64, 68 (e ulteriormente *passim*).

<sup>6</sup> *Artes* richiamate soprattutto in F. GALLO, *Valore perdurante dei criteri del 'bonum et aequum'*, cit., 272 e *passim*.

<sup>7</sup> La formulazione '*bonum et aequum*' è considerata, da Filippo Gallo, tendenzialmente come endiadi, quindi da percepirsi come un tutt'uno, ma ciò non preclude una percezione distinta: «a differenza del criterio dell'*aequum*, peculiare dell'*ars iuris*, quello del *bonum* attiene in generale all'*ars*, come appare in specie evidente per le arti rivolte ad appagare rilevanti esigenze umane: la cucina, l'agricoltura, la medicina, il diritto, l'architettura...», in ID., *Valore perdurante dei criteri del 'bonum et aequum'*, cit., 272.