

ROMA E AMERICA PER LA CINA

SOMMARIO: 1. L'iniziativa del 'Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano'. Sviluppi da Roma a Brescia. – 2. *Roma e America* e il diritto cinese. – 3. La nuova prospettiva: Eurasia (e BRICS). – 4. Riflessione sul Codice civile della Repubblica Popolare Cinese.

1. *L'iniziativa del 'Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano'. Sviluppi da Roma a Brescia*

Nel febbraio 1989, in Roma, presso la sede del Consiglio Nazionale delle Ricerche, il *Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano* (presieduto da Pierangelo Catalano) organizzò un incontro seminariale sul diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese e sui problemi della traduzione in cinese di concetti giuridici romanistici¹.

Allora frequentavo il secondo anno nell'Università degli studi di Roma 'Tor Vergata' e non conoscevo la tradizione giuridica cinese e il suo rapporto con il diritto romano. Decisi di frequentare il seminario per il fascino che esercitavano su di me il diritto romano e colui che lo insegnava allora a 'Tor Vergata', che sarebbe diventato il mio maestro: Sandro Schipani.

Conobbi così due giovani cinesi studiosi del diritto romano, che frequentavano le lezioni del professor Schipani: Huang Feng e Ding Mei. Dopo la laurea, ebbi modo di frequentare il 'Corso di Perfezionamento' (ora 'Corso di Alta Formazione') in Diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza della 'Sapienza', dove conobbi un'altra studiosa cinese, Fei Anling, che poi divenne Preside della Facoltà di Juris Master della CUPL², e che tanti meriti ha avuto e ancora ha per la diffusione del diritto romano in Cina.

Tra le tante cose che, nel tempo, abbiamo portato a termine con Fei Anling, mi piace qui ricordare l'organizzazione congiunta, nell'Università di Brescia, dal 2015, di una serie di *Summer school* di diritto italo-cinese su base romanistica³, con la partecipazione di colleghi e studenti italiani e cinesi. Ne abbiamo organizzate cinque; il Covid ci ha impedito di celebrare l'edizione del 2020, che era stata già pianificata in ogni suo dettaglio: confidiamo nel 2021.

¹ Su questo incontro vedi *Index*, 16, 1988, XII; 361-375.

² Fei Anling è professoressa ordinaria di Diritto civile e commerciale e di Diritto romano nella Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (CUPL), dove è stata anche Preside della Scuola di Juris Master. È altresì Presidente del Centro Studi di Diritto romano e Diritto italiano presso la medesima CUPL e Responsabile Operativo della Sezione cinese dell'Osservatorio sulla Codificazione e sulla formazione del giurista in Cina nel quadro del sistema giuridico romanistico. Tra le tante cariche che arricchiscono il *curriculum vitae* della professoressa Fei, ricordo particolarmente il suo ruolo di Consigliere in qualità di esperta per le proposte legislative presso l'Assemblea del Popolo di Pechino.

³ Vedine dei brevi resoconti in questa rivista 36/2015, 457 ss. (a mia cura); 38/2017, 221 ss.; 39/2018, 355 ss. (di Giulia Rabaioli).

CODICE CIVILE DELLA
REPUBBLICA POPOLARE CINESE

IL REGIME DELLA PROPRIETÀ COLLETTIVA NEL CODICE CIVILE CINESE*

JIANG PING

ABSTRACT: La ‘proprietà collettiva’, nel diritto cinese, tenendo conto dell’oggetto, può distinguersi in due tipologie: quella relativa alle ‘imprese collettive’ e quella relativa al ‘suolo collettivo’. Il Codice civile della RPC appena entrato in vigore e il precedente Regolamento sulle imprese di proprietà collettiva di città hanno risolto la questione relativa all’inquadramento giuridico della ‘impresa collettiva’. Tuttavia, la questione di lunga data relativa all’inquadramento giuridico del ‘suolo collettivo’, sebbene affrontata, richiede ancora uno sforzo della scienza giuridica al fine di mettere a punto un sistema teorico completo al riguardo.

RESUMEN: La ‘propiedad colectiva’ en el derecho chino, desde el punto de vista del objeto, puede distinguirse en dos tipologías: las ‘empresas colectivas’ y el ‘suelo colectivo’. El Código civil de la RPC recién entrado en vigor y el precedente Reglamento sobre las empresas de propiedad colectivas de ciudad han resuelto la cuestión relativa al encuadramiento jurídico de la ‘empresa colectiva’. Sin embargo, la cuestión de larga data relacionada con el encuadramiento del ‘suelo colectivo’, aun cuando ha sido afrontada, exige todavía un esfuerzo por parte de la ciencia jurídica para desarrollar un sistema teórico al respecto.

PAROLE CHIAVE: Codice civile della RPC; diritti reali; proprietà collettiva; impresa collettiva; suolo collettivo.

PALABRAS CLAVE: Código civil de la RPC; derechos reales; propiedad colectiva; empresa colectiva; suelo colectivo.

SOMMARIO: 1. Prefazione. – 2. La disputa fra ‘teoria unitaria’ e ‘teoria tripartita’. – 3. Le imprese collettive. – 4. Il suolo collettivo. – 5. La scelta del Codice civile. – 6. Conclusioni.

1. *Prefazione*

Nel corso dei lavori di stesura del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese (RPC) la questione che maggiormente ha attratto la mia attenzione è stata quella relativa a come i concetti di ‘Stato’, ‘collettivo’, ‘privato’, presenti nella *Legge sui diritti reali*, avessero potuto adattarsi ai concetti di ‘persona fisica’, ‘persona giuridica’, ‘organizzazioni senza personalità giuridica’, quali soggetti di diritto nel diritto civile.

Nel corso delle discussioni relative alla materia dei diritti reali, per quanto riguarda la proprietà collettiva del suolo si erano, infatti, presentate due possibilità tra le quali scegliere: la prima possibilità era di considerarla come una forma di proprietà, in particolare come una forma di proprietà speciale, del tipo di una proprietà comune di natura collettiva (come, ad esempio, quella delle tribù germaniche); la seconda era, invece, di considerarla come un tipo di proprietà speciale delle persone giuridiche.

* Traduzione dal cinese di Stefano Porcelli, Università degli Studi di Brescia.

PRINCIPALI SVILUPPI E INNOVAZIONI NEL LIBRO SUI CONTRATTI DEL CODICE CIVILE DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE*

SHI HONG

ABSTRACT: Il Libro sui contratti del Codice civile della RPC rappresenta una delle componenti più importanti dell'intero Codice, riguarda un istituto giuridico fondamentale che regola le attività relative alle transazioni nel mercato e protegge il funzionamento ordinato dell'economia. Il presente lavoro, in una prospettiva sia verticale, sia orizzontale, rivela i principali sviluppi e le principali innovazioni apportate dal Libro sui contratti, svolgendo una comparazione con la disciplina dettata nella Legge sui contratti e con il diritto dei contratti al di fuori della Cina.

RESUMEN: El Libro sobre los contratos del Código civil de la RPC representa una de las partes más importantes de todo el Código, al referir a una institución fundamental que regula la actividad relacionada con las transacciones en el mercado y protege el funcionamiento ordenado de la economía. El presente trabajo, desde una perspectiva tanto vertical como horizontal, demuestra los principales desarrollos y las principales innovaciones introducidas por el Libro sobre los contratos, llevando a cabo una comparación con la regulación de la Ley sobre los contratos y con el derecho de los contratos fuera de China.

PAROLE CHIAVE: Codice civile della RPC; Libro sui contratti, principio di autonomia della volontà; pluralità di valori; facilitazione delle transazioni.

PALABRAS CLAVE: Código civil de la RPC; Libro sobre los contratos; principio de autonomía de la voluntad; pluralidad de valores; facilitación de las transacciones.

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Uno stile e una struttura innovativi come sintesi della realtà cinese. – 1. La previsione di una parte generale nel Libro sui contratti. – 2. La previsione di un Titolo sui quasi-contratti. – 3. L'arricchimento del numero dei contratti tipici. – III. L'insistenza sul principio dell'autonomia contrattuale e la rilevanza attribuita ai diversi principi. – 1. L'insistenza sul principio dell'autonomia contrattuale come filo conduttore. – 2. La rilevanza dell'equità, della buona fede, della protezione dell'ambiente e di altri principi e valori. – A. Il rafforzamento della protezione della parte debole. – B. Il rafforzamento del principio di buona fede. – C. L'attuazione del principio verde e l'estrinsecazione del concetto di protezione dell'ambiente. – IV. Il ruolo di orientamento rispetto ai problemi e la manifestazione delle caratteristiche dei tempi. – 1. L'aggiunta di regole speciali sui contratti elettronici. – A. La forma dei contratti elettronici. – B. La conclusione del contratto elettronico. – C. L'adempimento dei contratti elettronici. – 2. L'aggiunta del contratto preliminare di vendita. – 3. Il mutuo tra privati. – 4. La modifica delle regole relative alle modalità di presunzione della garanzia. – V. L'enfatizzazione della sicurezza e l'incoraggiamento delle transazioni. – 1. Le ulteriori limitazioni alla nullità del contratto o alla sua inefficacia. – A. I chiarimenti circa l'efficacia del contratto in caso di mancato adempimento delle procedure di approvazione. – B. L'eliminazione delle norme circa il contratto con cui si disponga di beni senza averne il diritto. – C. La chiara applicazione della regola della validità del contratto.

* Traduzione dal cinese di Stefano Porcelli, Università degli Studi di Brescia.

to stipulato superando l'ambito dei poteri di rappresentanza. – 2. Il miglioramento della normativa sulla prevenzione degli inadempimenti e sulle garanzie per i creditori. – A. Il perfezionamento del regime della conservazione dei crediti derivanti da contratto. – B. L'istituzione del regime della registrazione dei diritti derivanti da alcune tipologie di contratti. – VI. I miglioramenti apportati al fondamentale istituto del contratto tenendo conto dei recenti sviluppi nella scienza giuridica. – 1. Il miglioramento della disciplina del contratto in favore del terzo. – 2. L'aggiunta del regime delle 'sopravvenienze'. – 3. Il miglioramento del regime della cessione dei crediti. – 4. Il miglioramento del regime della risoluzione del contratto. – A. Il chiarimento dei limiti all'esercizio del diritto alla risoluzione. – B. Il miglioramento della procedura per la risoluzione del contratto. – C. La risoluzione del contratto non pregiudica la possibilità di richiedere che la parte inadempiente sia tenuta per responsabilità contrattuale. (Chiarimento). – VII. Conclusioni.

I. *Introduzione*

Il 28 maggio 2020, la XIII Assemblea Nazionale del Popolo (ANP) della Repubblica popolare cinese (RPC) nella III sessione plenaria ha approvato il Codice civile. Questo è il primo testo legislativo nella storia cinese denominato 'Codice'. Il Libro sui contratti, all'interno del Codice, riveste una posizione estremamente importante. Importanza che emerge non soltanto dal numero degli articoli, poiché con i suoi 526 articoli il Libro sui contratti rappresenta circa la metà dell'intero Codice civile, ma ancor più dal ruolo significativo che l'istituto del contratto riveste nella vita economica e sociale del Paese. Esso è uno strumento fondamentale per l'esercizio dell'autonomia privata, costituisce una importante garanzia giuridica per la promozione di un sano e ordinato sviluppo dell'economia di mercato socialista oltre a essere un importante mezzo per l'avanzamento della modernizzazione del sistema di governo e delle capacità di governo del Paese.

Il processo di legislazione in materia di contratti in Cina ha preso avvio negli anni '80 del XX secolo, nella prima fase delle Politiche di apertura e di riforma. Al tempo, al fine di soddisfare le necessità collegate all'implementazione di tali politiche e allo sviluppo dell'economia, erano state promulgate, nell'ordine, la Legge sui contratti economici, la Legge sui contratti economici con elementi esteri, la Legge sui contratti tecnologici. Parallelamente all'avanzamento dello sviluppo delle Politiche di apertura e di riforma, così come del grande mutamento collegato al passaggio da una economia pianificata a una economia di mercato, nel 1999 venne promulgata una Legge sui contratti unitaria e vennero, di conseguenza, abrogate le tre Leggi precedenti: ciò al fine di risolvere i problemi derivanti dal fatto che queste tre Leggi, in quanto Leggi separate, non dettavano una normativa uniforme in materia di contratti e inoltre recavano ancora dei forti tratti del diritto dell'economia collegato a un modello piuttosto rigido di economia pianificata, nonché ai problemi di compatibilità con le regole normalmente accettate nei rapporti commerciali internazionali. Si poneva così fine alla stagione del 'sistema del tripode' in materia contrattuale. La Legge sui contratti del 1999 ha abbandonato la nozione di contratto economico pianificato e, fondandosi sul principio di autonomia della volontà delle parti e prendendo anche ispirazione dal diritto dei contratti e dalle regole impiegate sia nei sistemi di diritto continentale, sia di *common law*, ha stabilito un regime piuttosto completo, volto a regolare le transazioni di mercato. Oltre venti anni di applica-

IL LIBRO DEL CODICE CIVILE CINESE SUI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ. PUNTI SALIENTI E INNOVAZIONI

WANG LIMING

ABSTRACT: Il rafforzamento e il perfezionamento degli istituti giuridici in materia di protezione dei diritti della personalità esprimono un orientamento di grande importanza nel diritto civile contemporaneo. Il Codice civile della RPC è un 'Codice dei diritti', dedicato alla protezione dei diritti della personalità nella nuova era, intesa nella sua interezza. La previsione di un libro autonomo sui diritti della personalità nel Codice civile cinese, così come i relativi punti salienti e le innovazioni da questo introdotte, forniscono una serie di fondamentali garanzie per proteggere in modo più completo la sfera privata dei cittadini, oltre a rappresentare la proposta di un 'modello cinese', offerto anche come possibile spunto di ispirazione per l'intera società umana. Quest'ultima è chiamata, mai come in questo momento, a misurarsi con il tema della garanzia della protezione dei diritti della personalità tramite il diritto.

RESUMEN: El refuerzo y el perfeccionamiento de las instituciones jurídicas en materia de protección de los derechos de la personalidad ponen de manifiesto una orientación de gran importancia en el Derecho civil contemporáneo. El Código civil de la RPC es un 'Código de los derechos', dedicado a la protección de los derechos de la personalidad en la nueva era, intendida en toda su amplitud. La previsión de un libro autónomo sobre los derechos de la personalidad en el Código civil chino, así como los relativos puntos salientes y las innovaciones por él introducidas, suministran una serie de garantías fundamentales para proteger en modo más completo la esfera privada de los ciudadanos, además de representar la propuesta de un 'modelo chino', ofrecido también como posible modelo de inspiración para toda la humanidad. Esta última está llamada, como nunca en este momento, a medirse con el tema de la garantía de la protección de los derechos de la personalidad mediante el derecho.

PAROLE CHIAVE: Codice civile cinese; diritti della personalità; diritto al nome; diritto alla denominazione; diritto alla riservatezza; diritto alle informazioni personali.

PALABRAS CLAVE: Código civil chino; derechos de la personalidad; derecho al nombre; derecho a la denominación; derecho a la intimidad; derecho a las informaciones personales.

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Bilanciamento adeguato tra statuizione per legge e apertura in materia di diritti della personalità. – 1. La statuizione per legge dei diritti della personalità. – 2. Apertura della categoria dei diritti della personalità. – III. La difesa della dignità personale quale valore fondamentale. – IV. Costruzione di un metodo di protezione speciale adatto alle caratteristiche dei diritti della personalità. – V. Bilanciamento efficace del rapporto tra protezione dei diritti della personalità e altri valori. – VI. Rafforzamento della protezione della riservatezza e delle informazioni personali. – 1. Il Libro sui diritti della personalità ha rafforzato la protezione del diritto alla riservatezza. – 2. Il Libro sui diritti della personalità rafforza ulteriormente la protezione delle informazioni personali. – VII. Conclusioni.

* Traduzione dal cinese di Stefano Porcelli, Università degli Studi di Brescia.

I. *Introduzione*

Il Libro IV del Codice civile della Repubblica popolare cinese (RPC) si configura come Libro autonomo, che detta delle regole sui diritti della personalità. Dal punto di vista sistematico, possiamo ritenere tale scelta come una grande innovazione, che ricorre per la prima volta nella storia delle codificazioni civilistiche.

In questo Libro, sono regolati sistematicamente dieci differenti tipologie di diritti e interessi della personalità, che vengono a delineare un meccanismo sistematico e completo per la protezione dei diritti della personalità, rafforzando al tempo stesso la loro protezione e il mantenimento della dignità di tutte le persone. Si può, pertanto, ritenere che questo Libro risponda alla necessità di proteggere i diritti della personalità nell'era della tecnologia, ad esempio in riferimento alla riservatezza, alle informazioni personali, agli aspetti rilevanti per l'etica nella biomedicina etc. Tale impostazione adottata dal legislatore non soltanto ha tenuto conto di quanto accaduto in passato, allo scopo eminente di risolvere alcuni problemi già emersi nella pratica, ma affronta altresì il futuro, impegnandosi a dare risposta alle nuove sfide poste nei confronti della protezione dei diritti della personalità dal veloce sviluppo delle tecnologie dell'età contemporanea. Il Libro lascia, inoltre, spazio sufficiente per futuri sviluppi del diritto in materia di protezione della personalità e rafforza la difesa della dignità umana.

II. *Bilanciamento adeguato tra statuizione per legge e apertura in materia di diritti della personalità*

1. *La statuizione per legge dei diritti della personalità*

Una importante ragione per cui con il Codice civile cinese si è deciso di dedicare un autonomo libro ai diritti della personalità consiste nell'intento di lasciare nel Codice spazio sufficiente per confermare il riconoscimento dei vari diritti e interessi concreti della personalità, chiarendo i loro contenuti, regolandone l'esercizio e offrendo loro una ragionevole protezione scientifica, coordinando gli sforzi con quanto previsto nel Libro sulla responsabilità da illecito civile e al contempo realizzando la duplice funzione di affermazione e protezione dei diritti della personalità.

Se ci poniamo dalla prospettiva delle norme del Libro sui diritti della personalità, i contenuti principali, che sono stati confermati attraverso la fissazione nel Codice dei diritti della personalità, si manifestano nei seguenti aspetti:

A. Previsione per legge di alcune tipologie specifiche di diritti della personalità. L'art. 110 e l'art. 990, comma 1 del Codice contengono un elenco dettagliato di dieci tipi di diritti della personalità di cui godono le persone fisiche, le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica. Al contempo, il Libro sui diritti della personalità dal capitolo 2 al capitolo 6 prevede alcune regole dettagliate circa i diversi tipi di diritti della personalità.

B. Previsione per legge dell'oggetto e dei contenuti dei diritti della personalità. Nel momento in cui il Libro sui diritti della personalità disciplina in concreto i vari tipi di diritti della personalità, offre altresì regole dettagliate circa l'oggetto e il contenuto di

NUOVI SVILUPPI IN MATERIA DI DIRITTI REALI NEL CODICE CIVILE CINESE*

SUN XIANZHONG

ABSTRACT: Il Libro sui diritti reali del Codice civile della RPC è stato costruito sulla base della Legge sui diritti reali, a cui sono state poi apportate alcune modifiche. Tuttavia non si è trattato di copiare o eseguire piccole integrazioni, ma, rispetto agli istituti in materia di diritti reali, è stata posta in essere un'opera di revisione completa, che ha tenuto conto anche degli sviluppi intercorsi sino ai nostri giorni. La chiave per una corretta applicazione del Codice risiede in una comprensione corretta, accurata e approfondita di queste innovazioni e di questi sviluppi, cosicché si possa dare piena espressione al ruolo che il Codice svolge nel salvaguardare i diritti e gli interessi del popolo, nel realizzare il sistema di governo sulla base del diritto e nel modernizzarlo.

RESUMEN: El Libro sobre los derechos reales del Código civil de la RPC ha sido elaborado con base en la Ley sobre los derechos reales, a la que se han introducido modificaciones. Sin embargo, no se ha tratado de copiar o realizar pequeñas integraciones, sino que se ha llevado a cabo una labor de revisión completa de las instituciones en materia de derechos reales que ha tenido en cuenta también los desarrollos operados hasta nuestros días. La clave para una aplicación correcta del Código reside en una comprensión completa, precisa y profunda de estas innovaciones y desarrollos, para que pueda darse plena expresión al papel que dicho cuerpo legal desempeña en la salvaguardia de los derechos e intereses del pueblo, en la realización del sistema del gobierno con base en el derecho y en la modernización de dicho sistema de gobierno.

PAROLE CHIAVE: Codice civile della Repubblica popolare cinese, diritti reali, proprietà, diritti reali di godimento, diritti reali di garanzia, possesso.

PALABRAS CLAVE: Código civil de la República Popular China; derechos reales; propiedad; derechos reales de goce; derechos reales de garantía; posesión.

SOMMARIO: I. Il patrimonio pubblico e privato 'riconosciuti come un'entità unitaria e protetti in modo eguale'. – II. Il principio di distinzione tra negozi ad effetti obbligatori e negozi ad effetti reali ha ottenuto piena implementazione. – III. Il passaggio dal soggetto astratto titolare del diritto di proprietà ai soggetti concreti titolari del diritto di proprietà. – IV. Ulteriore modernizzazione del regime dei diritti reali di garanzia. – 1. Ampliamento dell'ambito del patrimonio che può essere oggetto di garanzia. – 2. Ulteriore attuazione del principio dell'autonomia della volontà nell'ambito dei diritti reali di garanzia. – 3. Unificazione delle regole sull'ordine di liquidazione. – V. Miglioramento del sistema dei diritti reali di godimento. – 1. Attuazione del principio verde. – 2. Aggiunta di norme in materia di diritto di gestione dei fondi in concessione. – 3. Aggiunta di norme in materia di diritto di abitazione. – VI. Conclusioni.

* Traduzione dal cinese di Stefano Porcelli, Università degli Studi di Brescia.

La normativa in materia di diritti reali è una normativa fondamentale che regola il potere sulle cose e garantisce l'ordine nelle transazioni in cui questo viene in rilievo. Essa rappresenta altresì una normativa importante per l'economia nazionale e per il sostentamento delle persone svolgendo un ruolo estremamente rilevante nella costruzione dell'ordine sociale, nell'incoraggiare la creazione di ricchezza, nella promozione dello sviluppo economico e sociale, nella protezione dei più basilari diritti patrimoniali delle persone etc. La Legge sui diritti reali, promulgata nel 2007, ha fundamentalmente istituito, in Cina, un sistema di norme per la materia dei diritti reali. Il Libro sui diritti reali, contenuto nel Codice civile cinese entrato in vigore il primo gennaio 2021, è il secondo libro del Codice; in tutto comprende 5 titoli, 20 capitoli, 258 articoli e occupa una posizione di estremo rilievo nell'ambito dello stesso Codice. Chi scrive, sulla base di una riflessione approfondita e un'analisi di tipo comparatistico, intende svolgere una sintesi delle innovazioni e degli sviluppi apportati nel Libro sui diritti reali del Codice civile, con l'auspicio di offrire un contributo in favore di una comprensione completa e accurata e di una corretta applicazione degli istituti in materia di diritti reali.

1. Il patrimonio pubblico e privato 'riconosciuti come un'entità unitaria e protetti in modo eguale'

I diritti reali sono i diritti connessi all'esercizio di un potere diretto su una cosa specifica, di cui gode il titolare e teso a escludere i terzi. Per le persone comuni, i diritti reali, in particolare il diritto di proprietà, non sono soltanto un tipo di diritti patrimoniali, ma sono diritti basilari, che riguardano la sopravvivenza e lo sviluppo degli individui. Pertanto, gli istituti in materia di diritti reali non soltanto hanno un grande valore per quanto riguarda l'ambito del diritto, ma rivestono altresì un grande valore anche sul piano politico e umano.

Dopo aver subito, per alcune migliaia di anni, l'influenza dell'autocrazia feudale, lo sviluppo della scienza giuridica civilistica e dei relativi istituti giuridici è stato, in Cina, molto lento; i diritti reali e gli altri diritti patrimoniali delle persone comuni non hanno infatti ricevuto, nella tradizione, un eguale riconoscimento e protezione da parte del diritto. Fu soltanto in età tardo-Qing che la Cina avviò l'elaborazione di un codice civile moderno. Il Progetto di codice civile della dinastia Qing del 1911 ha ripreso in modo sistematico le fondamentali nozioni e teorie del Codice civile tedesco; esso, tuttavia, non è stato promulgato né è entrato in vigore. Il Codice civile degli anni '30 del XX secolo, durante il periodo nazionalista, ha impiegato come base il Progetto Qing e ha ripreso il modello di elaborazione del BGB apportando anche alcuni avanzamenti. Tuttavia, in ragione del fatto che è stato in vigore per un breve periodo di tempo, ha avuto un ruolo limitato. Dopo la costituzione della Repubblica popolare cinese, la Cina ha introdotto un diritto di stile sovietico e ha istituito un sistema ad economia pianificata¹. Di conseguenza, per un lungo periodo di tempo non sono stati considerati aspetti come quelli

¹ Il diritto sovietico non accoglieva la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, trattava tutto il diritto come se fosse diritto pubblico e non riconosceva la posizione del diritto civile quale base della società.

LE NORME RELATIVE ALLE CLAUSOLE STANDARD NEL CODICE CIVILE DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE*

CUI JIANYUAN

ABSTRACT: In materia di clausole standard, nella recente storia cinese, si è passati dall'assenza di normativa ad una regolamentazione completa. Se quanto dettato nell'articolo 40 della Legge sui contratti poteva facilmente dar luogo a incomprensioni, il rischio è stato eliminato con gli articoli 496 co. 2 e 497 del Codice civile della RPC. L'articolo 498 del Codice ha altresì fornito tre importanti regole per l'interpretazione di questa tipologia di clausole.

RESUMEN: La normativa en materia de cláusulas estándar, en la reciente historia china, ha pasado de no ser prevista a ser elaborada en modo completo. Si lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley sobre los contratos podía fácilmente dar lugar a incomprensiones, este riesgo ha sido eliminado con los artículos 496, párrafo 2, y 497 del Código civil de la RPC. El artículo 498 del Código ha suministrado, además, tres importantes reglas para la interpretación de esta tipología de cláusulas.

PAROLE CHIAVE: Clausole standard; dovere di richiamare l'attenzione; dovere di fornire spiegazioni; invalidità.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas estándar; deber de llamar la atención; deber de suministrar explicaciones; invalidez.

SOMMARIO: I. Le norme sulle clausole standard prima del Codice civile cinese. – 1. Il periodo in cui non vi erano disposizioni appositamente dedicate alle clausole standard nelle leggi cinesi. – 2. Le norme sulle clausole standard dettate nelle leggi cinesi. – II. Le norme sulle clausole standard dettate nel Codice civile cinese. – 1. Uno sguardo d'insieme alla disciplina sulle clausole standard dettata nel Codice civile cinese. – 2. Criteri per la determinazione delle clausole standard. – 3. Lo stabilire i diritti e gli obblighi delle parti nel rispetto del principio di equità. – 4. La posizione ed il ruolo del richiamo dell'attenzione della parte a cui sono sottoposte le clausole standard. – 5. Il rapporto tra clausole standard, clausole di esonero della responsabilità e nullità. – 6. Norme sull'interpretazione delle clausole standard. – A. In generale. – B. Interpretazione delle clausole standard secondo il senso comune. – C. Ove una clausola standard possa essere interpretata in almeno due modi diversi, si deve scegliere l'interpretazione svantaggiosa per la parte che ha predisposto la clausola standard. – D. Le clausole non standard hanno la priorità sulle clausole standard. – III. L'interpretazione delle clausole standard nel Codice civile, lacune e rimedi. – 1. Interpretazione restrittiva. – 2. Interpretazione armonizzata. – 3. *Expressio unius est exclusio alterius*. – 4. La regola dell'*eiusdem generis*. – 5. Presunzione di legittimità.

* Traduzione dal cinese di Stefano Porcelli, Università degli Studi di Brescia.

I. Le norme sulle clausole standard prima del Codice civile cinese

1. Il periodo in cui non vi erano disposizioni appositamente dedicate alle clausole standard nelle leggi cinesi

Le clausole standard, dette anche clausole contrattuali standardizzate o clausole contrattuali tipizzate, nel corso delle ultime decadi sono state ampiamente impiegate nella pratica. Piuttosto rappresentative a tal proposito, infatti, possono considerarsi polizze assicurative così come, l'impiego di clausole rientranti in tale categoria inserite nei contratti di acquisto di prodotti minerari per l'industria o di sottoprodotti derivati dell'agricoltura. Appare tuttavia interessante notare come le leggi cinesi non trattassero inizialmente tali questioni dalla prospettiva delle clausole contrattuali standard, ma impiegassero un altro approccio, poiché taluni aspetti relativi alle clausole contrattuali standardizzate venivano affrontati facendo ricorso a documenti di natura normativa o quasi normativa, mentre altri, invece, erano lasciati ad una sorta di autodeterminazione da parte del legislatore, che riteneva di non dover dedicare al tema troppa attenzione.

Appartengono alla prima categoria, ad esempio, il Regolamento sui contratti di acquisto e vendita di prodotti minerari per l'industria, il Regolamento sui contratti di acquisto e vendita dei sottoprodotti dell'agricoltura, le Clausole assicurative del patrimonio delle imprese della Società di assicurazioni del popolo della Cina (giugno, 1982) e le Interpretazioni sulle clausole assicurative del patrimonio delle imprese della Società di assicurazioni del popolo della Cina (giugno, 1982) etc.

La scelta di trattare e gestire le clausole contrattuali che appartengono alla categoria delle clausole standard con documenti di natura normativa o quasi normativa era legata al fatto che in un primo momento non si ebbe familiarità con le teorie sulle clausole standard e, di conseguenza, non si sapeva come impiegarle. Inoltre, al tempo, con il sistema ad economia pianificata, i rapporti di compravendita e quelli assicurativi erano regolati tramite documenti di natura normativa, al fine di renderne l'effetto giuridico più forte e l'attuazione più sicura.

Ovviamente le carenze di un simile approccio erano piuttosto evidenti: 1. l'assicurato non poteva negoziare, ma soltanto accettare le clausole unilateralmente predisposte dalla società di assicurazioni, anche se le clausole non erano eque; le organizzazioni collettive rurali non potevano negoziare le clausole unilateralmente predisposte dall'unità che acquistava i sottoprodotti agricoli, ma per quanto riguardava le tipologie di prodotti, la qualità, la quantità, i prezzi etc. queste potevano soltanto conformarsi alla volontà dell'unità acquirente. 2. Le norme sulle clausole contrattuali standard consentono ad entrambe le parti di negoziare clausole diverse da quelle standard, elaborando clausole concordate individualmente che, per quanto riguarda gli effetti nell'applicazione, prevalgono sulle clausole standard mentre al tempo ciò non era, invece, possibile. L'impiego di documenti normativi o quasi normativi al fine di risolvere questioni appartenenti alla materia delle clausole standard privava, infatti, la controparte del diritto di negoziare individualmente, cosicché raramente questa aveva l'opportunità di esercitare una propria autonomia decisionale.

Sulla base di quanto appena richiamato nei punti 1 e 2, può notarsi come, attraverso tale modo di procedere, ci si allontanasse dalle caratteristiche intrinseche del contratto, per avvicinarsi a quelle proprie degli atti di natura amministrativa.

ELABORAZIONE E CARATTERISTICHE DEL CODICE CIVILE CINESE

FEI ANLING

ABSTRACT: Il Codice civile della RPC ha raccolto, condensato e, su taluni punti, migliorato, impiegando la forma ‘Codice’, elementi importanti della legislazione che ha visto la luce nel corso del periodo delle aperture e riforme delle decadi passate, il che già di per sé mostra come si sia certamente trattato di un grande traguardo che merita un riconoscimento speciale. L’applicazione del Codice sarà resa perfetta dal lavoro di interpretazione scientifica, di cui si faranno carico i giuristi, e dall’interpretazione in ambito giudiziario che spetterà ai giudici.

RESUMEN: El Código civil de la RPC ha recogido, condensado y en algunos casos mejorado, empleando la forma ‘Código’, elementos importantes de la legislación que fuera aprobada durante el período de las aperturas y reformas de las décadas pasadas, lo que ya de por sí demuestra como se haya ciertamente tratado de un gran logro que merece un reconocimiento especial. La aplicación del Código resultará perfecta gracias a la labor de interpretación científica, de la que se harán cargo los juristas, y de la interpretación en el ámbito judicial que corresponderá a los jueces.

PAROLE CHIAVE: Codice civile della RPC; codificazione; obbligazioni; diritti della personalità; diritto e tecnologie; diritto e società cinese.

PALABRAS CLAVE: Código civil de la RPC; codificación; obligaciones; derechos de la personalidad; derecho y tecnologías; derecho y sociedad china.

SOMMARIO: I. L’elaborazione del Codice civile cinese. – 1. La legislazione in Cina nei 40 anni precedenti all’elaborazione del Codice civile. – 2. Sintesi del processo di elaborazione del Codice civile. – A. L’appello degli studiosi nell’autunno del 2014 e la Decisione del Comitato centrale del Partito comunista cinese. – B. L’elaborazione dei libri del Codice e la realizzazione del Progetto di Codice civile della RPC. – 3. Il significato dell’elaborazione del Codice civile. – II. Caratteristiche dell’elaborazione del Codice civile. – 1. Caratteristiche dell’elaborazione sotto il profilo della sistematica. – A. Il disegno di un apposito capitolo sui diritti soggettivi. – B. Sistematica delle obbligazioni senza la previsione di una parte generale sull’obbligazione. – C. Il ritorno del diritto di famiglia. – D. Elaborazione di un libro autonomo sui diritti della personalità. – E. La risposta del Codice civile ai problemi derivanti dallo sviluppo delle tecnologie. – F. Le risposte del Codice civile alle questioni avvertite come problematiche dalla società civile cinese. – 2. Caratteristiche della tecnica legislativa impiegata nell’elaborazione del Codice. – A. Centralità dell’integrazione. – B. La divisione in due passi tra parte generale e parte speciale. – C. Il ruolo guida affidato al legislatore nell’elaborazione del Codice. – III. Conclusioni.

I. *L'elaborazione del Codice civile cinese*

1. *La legislazione in Cina nei 40 anni precedenti all'elaborazione del Codice civile*¹

Nel periodo tra il 1978 e il 2014, e dunque prima che avessero preso avvio i lavori di elaborazione del Codice civile, in Cina sono state promulgate almeno 30 importanti leggi in materia di diritto privato, come, ad esempio, la Legge sui principi generali del diritto civile, la Legge sui contratti, la Legge sui diritti reali, la Legge sulle garanzie, la Legge sui beni delle imprese statali, la Legge sulla responsabilità da illecito civile, la Legge sul matrimonio, la Legge sulle adozioni, la Legge sulle successioni, la Legge sul diritto di autore, la Legge sui brevetti, la Legge sui marchi, la Legge sulle società, la Legge sul fallimento, la Legge sugli strumenti finanziari, la Legge sulle assicurazioni, la Legge sulle concessioni del suolo agricolo, la Legge sulla protezione dell'ambiente, la Legge sulla protezione dei diritti ed interessi dei consumatori, la Legge sul lavoro, la Legge sul contratto di lavoro, la Legge sul commercio marittimo etc. rispetto alle quali vanno altresì tenuti in considerazione anche i diversi regolamenti, quantomeno 50 tra i più rilevanti, volti a dettarne norme specifiche per l'attuazione.

Da questa normativa emergevano però in modo chiaro i seguenti problemi:

a) sotto il profilo della sistematica: tra le norme dettate dalle varie leggi mancava una definizione chiara di principi che garantissero una forte tenuta del sistema. Il *focus* della legislazione era 'fluttuante', il coordinamento dei contenuti delle leggi richiedeva grandi sforzi, la logica non era molto chiara, dal punto di vista sistematico la normazione era frammentaria;

b) sotto il profilo della tecnica legislativa: i termini tecnici non erano univoci, vi erano contraddizioni tra i contenuti e le norme non erano collegate tra di loro in modo lineare; ciò ha determinato l'elaborazione, da parte della Corte Suprema, di una grande quantità di interpretazioni giudiziarie;

c) sotto il profilo della percezione sociale, nonostante siano state pubblicate non poche raccolte ordinate di questi testi normativi, le persone non esperte di diritto, nel misurarsi con questa complessa mole di testi normativi, si sentivano disorientate e quando si trovavano nella situazione di dover individuare le norme di diritto privato che disciplinassero gli ambiti in cui operavano avevano difficoltà a riconoscerle e a comprendere in modo chiaro la regolamentazione che avrebbero dovuto seguire;

d) sotto il profilo della costruzione compiuta di un sistema di governo basato sul diritto (e questo è un punto a cui prestare grande attenzione), poiché la Cina è un Paese che ha conosciuto un rapido sviluppo economico, è necessario che il diritto operi come 'convoglio di protezione' di tale sviluppo. Tuttavia, in un contesto di sviluppo economico in cui è assente un codice civile, non soltanto la legislazione si mostra esitante su

¹ Si tenga sin da ora presente che, per quanto riguarda le normative rilevanti in materia di attività di natura civilistica e commerciale, non si devono soltanto considerare le disposizioni dettate nelle leggi e nei regolamenti, ma anche nelle interpretazioni della Corte Suprema della Repubblica Popolare Cinese (RPC). Infatti, in ragione della complessità della materia e dell'elevato numero di leggi e regolamenti spesso mancanti di un adeguato coordinamento sistematico e di stretto rigore logico, negli ultimi 30 anni, la Corte Suprema della RPC è stata piuttosto attiva nell'emanazione delle cd. Interpretazioni giudiziarie.

VIE DEI CODICI CIVILI E CODICE CIVILE CINESE

SANDRO SCHIPANI

ABSTRACT: L'età della formazione del sistema del diritto romano si conclude con i Codici giustinianeî, frutto della sinergia fra concittadini-legislatori e giuristi impegnati entrambi a tenerlo saldo per condurlo verso ciò che è migliore e produttivo per una maggiore uguaglianza degli uomini. Diverse, poi, sono le vie che percorrono quei codici per dirigersi verso tutti gli uomini: l'Impero; la continuità degli apparati, o la sua mancanza; il latino o le traduzioni; la scienza dei giuristi; la ricerca di convergenze di incontro e di scontro di popoli nell'articolarsi del Mediterraneo; il continuo accrescersi frutto del loro messaggio; il ripristino della sinergia fra concittadini e giuristi per un diritto proprio e comune nell'età delle grandi rivoluzioni e codificazioni moderne, dell'indipendenza, della costanza della *ratio*; dell'espansione dell'uguaglianza; dei sottosistemi; dei re-incontri o dei nuovi. In queste vie si sviluppa quella del nuovo Codice civile della RPC con i concittadini e i giuristi, con l'esplicitazione della centralità delle persone, dell'attenzione all'ambiente, dei diritti della personalità: un emblematico accrescimento del diritto comune per il XXI sec.

RESUMEN: La edad de la formación del Sistema del Derecho romano se concluye con los Códigos justinianos, fruto de la sinergia entre conciudadanos-legisladores y juristas, ambos comprometidos a mantenerlo junto y a conducirlo hacia lo que es mejor y generador de mayor igualdad para los hombres. Diferentes son las vías recorridas por dichos códigos al dirigirse a todos los hombres: el Imperio; la continuidad de sus aparatos, o su ausencia; el latín o las traducciones; la ciencia de los juristas; la búsqueda de convergencias en el encuentro y desencuentro de pueblos en la articulación del Mediterráneo; los continuos desarrollos de su mensaje; el restablecimiento de la sinergia entre conciudadanos y juristas por un Derecho propio y común en la edad de las grandes revoluciones y codificaciones modernas, de la independencia, de la constancia de la *ratio*, de la expansión de la igualdad; de los subsistemas; de los reencuentros; de los nuevos encuentros. A estas vías se agrega la del nuevo Código civil de la RPC con los conciudadanos y los juristas, con la explicitación de la centralidad de las personas, de la consideración del ambiente, de los derechos de la personalidad: un emblemático incremento del Derecho común para el siglo XXI.

PAROLE CHIAVE: Concittadini; giuristi; codici; diritto comune; Codice civile cinese.

PALABRAS CLAVE: Conciudadanos; juristas; códigos; Derecho común; Código civil chino.

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. I presupposti dei codici che concludono l'età della formazione del sistema del diritto romano: i loro autori. – 1. La via dei con-cittadini. – 2. La via dei giuristi. – III. La realizzazione dei codici giustinianeî. – 1. La via della sinergia fra legislatore e giuristi per un diritto comune e l'apertura alla traduzione. – IV. I codici verso tutti i popoli e verso un tempo indefinito. – 1. La via della gestione del diritto codificato da parte di un apparato e delle traduzioni. – 2. Vie che si divaricano. – 3. Vie di coesistenza, di convivenza, di inizi di dialogo? – 4. La via 'di Bologna'/dello studio nelle Università. – 5. La via della Terza Roma e del suo del re-incontro con la via 'di Bologna'. – V. Le grandi rivoluzioni dell'età moderna, le riletture delle fonti del diritto romano e la ri-codificazione. – 1. La via della rivoluzione politica e del riemergere del ruolo dei con-cittadini. – 2. La via della rivoluzione dell'Indipendenza in America Latina, della 'trasfusione' del diritto romano e di propri obiettivi di uguaglianza; il riconoscimento

del sottosistema. – 3. La via del ‘calcolare con i concetti’ del diritto romano (dal razionalismo alla Pandettistica e al BGB). – 4. Le vie per un necessario re-incontro mediterraneo. – 5. La via della rivoluzione degli operai e dei contadini (un altro sistema o un altro sottosistema?). – 6. La via del cittadino della repubblica fondata sul lavoro (Ccit./1942-Cost. it. art. 1 co. 1). – 7. La via del Cc. cinese: cittadini e persone. – 8. La via della convergenza dei codici civili e del rinnovamento del diritto comune nel XXI secolo.

I. *Introduzione**

La scelta di riferirsi alle ‘vie’ nasce, nel presente scritto, dalla considerazione che Roma è stata fondata tracciando un solco che la identificava (D. 50,16,239,6) e lungo il quale vennero costruite le mura; la linea di scavo e la cinta non potevano essere oltrepassate, se non dove la prima si interrompeva per aprire le porte. Da queste iniziavano delle vie che collegavano i romani con il territorio, con altri uomini e altri popoli, e lungo le quali giungevano altri uomini e popoli con cui l’Urbe aveva *multa iura communial’* molti diritti comuni’ (Cic., *de Off.* 3,108) e nei confronti dei quali Roma, proprio sul modello delle famiglie dei quiriti, li accoglieva come eguali¹.

Questo mio riferimento iniziale si ascrive anche all’arrivo dei sottili fili di seta, giunti a Roma dalla Cina nel I sec. a.C. e molto apprezzati, i quali hanno successivamente guidato, secoli dopo, nel 284-285 d.C., una delegazione romana che recava doni all’imperatore Wu². Le vie della seta si erano incontrate, dunque, con le vie romane e da allora tanti furono i ‘fili’ intrecciati e raccolti per una relazione diretta: quello della ‘*iustitia*’ dell’Imperatore di cui il Gran Khan chiese notizie a Marco Polo³; quello dell’‘amicizia’, secondo il titolo del primo libro in cinese di Matteo Ricci (Pechino, 1601), che, peraltro, a Roma aveva anche iniziato studi di diritto romano, per il quale l’*amicitia* era anche quella con altri popoli che, appunto, diventavano *amici*. A questa ‘via’ si aggiunse anche quella attraverso le Indie Occidentali-America, del galeone della linea Acapulco-Manila e delle navi che collegavano Macao con Manila, nella quale si costituì una numerosa colonia cinese⁴ e fu fondata l’università dove si insegnò il diritto romano. Il riferimento alle ‘vie’ si collega

* Accenno, in questa occasione, ad un tema che tratto nel ‘Corso di Alta formazione in Diritto romano’ della ‘Sapienza’ Università di Roma su: ‘La codificazione del diritto romano comune e l’accrescimento del sistema’ e di cui spero di riuscire a pubblicarne gli *Appunti*. L’argomento è stato anche oggetto, più sinteticamente, di una mia lezione tenutasi il 18 dicembre 2020 nel Corso su: ‘*Codification throughout time: from Classics to the Chinese Civil Code*’, organizzato dall’Istituto Italo-Cinese a Wuhan presso la Università Zhongnan, di prossima pubblicazione in lingua cinese.

¹ Cfr. ad es. la *Oratio Claudii de iure honorum Gallis dando*, in C.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, Tübingen, 1909⁷, 195 ss., discorso liberamente parafrasato e abbreviato da TAC., *Ann.* 11,23-24. Su di essa, cfr. R. TURCAN, *Claude de Lyon: un précurseur*, in *BIDR*, 3, 2013, 21 ss.; la lettera di Filippo V di Macedonia agli abitanti di Larissa, in W. DITTENBERGER, *Sylloge Inscriptionum Graecarum*, rist. Hildesheim, 2, 20 s. o DION. HALIC., *Antiq.Rom.* 1,9,3.

² Cfr. S. DEL LUNGO, *Gli itinerari tra l’Europa e la Cina dall’Antichità classica al Medioevo*, in *L’impresa di Marco Polo. Cartografia, viaggi, percezione*, a cura di C. PALAGIANO ed altri, Collana ‘Marco Polo’ 750 anni, Roma, 2007, 78 ss.

³ Cfr. *Il libro di Marco Polo detto Milione. Nella versione trecentesca dell’ottimo*, Torino, 1954.

⁴ Erano alcune migliaia i cinesi che, in ragione del viaggio del galeone, lavoravano a Manila. Ad essi, fu dedicato il Titolo 6,18 delle *Leyes de Indias*. Nella città fu anche fondata la *Universidad de Santo Tomás*, la pri-

IL NUOVO CODICE CIVILE DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE E L'AUTONOMIA CONTRATTUALE: OSSERVAZIONI MINIME

ALDO PETRUCCI

ABSTRACT: Nel presente contributo si svolgono alcune riflessioni sul riconoscimento del principio dell'autonomia contrattuale nel nuovo Codice civile cinese, analizzando diversi fattori. Si parte da una rapida esposizione del progressivo affermarsi di tale principio nella tradizione giuridica occidentale, per poi considerare come esso sia stato recepito e operi in alcuni ordinamenti europei, a cominciare dal XIX secolo. Se ne valuta quindi l'attualità in talune normative o progetti di normative a livello sovranazionale. L'indagine si conclude con una serie di osservazioni, in prospettiva diacronica e sincronica, che evidenziano la specificità della soluzione cinese.

RESUMEN: En el presente artículo se realizan algunas reflexiones sobre el reconocimiento del principio de la autonomía contractual en el nuevo Código civil chino, analizando distintas circunstancias. Se comienza con una rápida exposición de la progresiva afirmación de dicho principio en la tradición jurídica occidental y luego se considera cómo fue recibido y como se aplica en algunos ordenamientos europeos desde el siglo XIX. Después se evalúa su actualidad en ciertas normativas o proyectos de normativas a nivel supranacional. La investigación se termina con una serie de observaciones en perspectiva diacrónica y sincrónica, que ponen de resalto el carácter específico de la solución china.

PAROLE CHIAVE: Nuovo Codice civile cinese; autonomia contrattuale; diritto romano; tradizione romanistica; ordinamenti europei.

PALABRAS CLAVE: Nuevo Código civil chino; autonomía contractual; Derecho romano; tradición romanística; ordenamientos europeos.

SOMMARIO: 1. Il cammino verso l'autonomia contrattuale nell'ordinamento della R.P.C. – 2. Diritto romano e tradizione giuridica precedente alle codificazioni. – 3. Un breve quadro di alcuni ordinamenti europei moderni. – 4. Riferimenti normativi sovranazionali e progetti europei di unificazione del diritto contrattuale. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il cammino verso l'autonomia contrattuale nell'ordinamento della R.P.C.

A oltre vent'anni di distanza riprendo il filo di un discorso sull'autonomia dei contraenti, cui ho brevemente accennato in questa stessa rivista in sede di presentazione di una prima traduzione in italiano delle disposizioni generali della legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese del 1999¹. L'occasione mi è data dall'entrata in vigore, il 1°

¹ A. PETRUCCI, *La nuova Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese*, in questa rivista, 7/1999, 321 ss.

gennaio 2021, del nuovo Codice civile, approvato dal Congresso Nazionale del Popolo il 28 maggio 2020.

Senza risalire alle complesse vicende intercorse tra la caduta della dinastia imperiale dei Qing nel 1911 e la fine della Grande rivoluzione culturale con la morte di Mao Zedong nel 1978², le nostre considerazioni possono ripartire da quanto aveva disposto a tal proposito la legge sui Principi generali del diritto civile del 1986³.

In essa l'art. 85, oltre a definire il contratto come un accordo tra le parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico civile, garantisce una tutela a quello concluso in base alla legge. Una simile formulazione non eliminava ogni ambiguità, perché si sarebbe potuta interpretare anche in un senso restrittivo, consentendo ai contraenti di porre in essere solo tipi di contratto legalmente previsti, ad esempio, in base alla legge sui contratti economici del 1981 o alla legge sui contratti economici concernenti interessi stranieri del 1985. Tuttavia, pur in presenza di una tale ambiguità interpretativa, l'art. 85 ha segnato un primo importante superamento dell'idea del contratto come strumento unicamente diretto all'attuazione dell'economia pianificata e, svincolandolo da questo fine, lo ha reso disponibile per la realizzazione dell'economia socialista di mercato.

Nella successiva legge sui contratti del 1999 l'enunciazione dell'autonomia contrattuale sembra delinearci più chiaramente, come sottolineato dalla stessa civilistica cinese già in sede di commento al suo progetto⁴. Oltre alle deduzioni che si possono trarre dalla definizione di contratto, contenuta nell'art. 2, nella quale, rispetto a quella del 1986, si indica chiaramente che è di tipo obbligatorio il rapporto costituito, modificato o estinto dall'accordo contrattuale e che i contraenti sono in una posizione paritaria, diversi articoli della legge toccano il profilo dell'autonomia dei contraenti⁵.

² Sulle quali esiste ormai una considerevole bibliografia in lingua italiana, tra cui mi basta qui ricordare: R. BERTINELLI, *Verso lo stato di diritto in Cina. L'elaborazione dei principi generali del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese dal 1949 al 1986*, Milano, 1989, 3 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1996, 69 ss. e Id., *Diritto Romano in Cina*, in *Treccani XXI secolo*, Roma, 2009, 527 ss. (disponibile anche sul sito <[³ Per una prima traduzione e uno stringato commento in lingua italiana cfr. lo studio ancor oggi utile di R. BERTINELLI, *Verso lo stato di diritto in Cina cit.*, 31 ss., 85 ss. Per la materia contrattuale rinvio, per tutti, ancora a S. PORCELLI, *Hetong e contractus cit.*, 61 ss., e ivi altra bibliografia.](https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_%28XXI-Secolo%29/>>); R. CAVALIERI, <i>La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese</i>, Milano, 1999, 108 ss., 132 ss. Più di recente, M. TIMOTEO, <i>Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali</i>, Padova, 2004, 229 ss., 253 ss. ed EAD., <i>Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants</i>, in <i>Mondo cinese</i>, 167, XLVII n. 1, 2019, 13 ss.; da ultimo, S. PORCELLI, <i>Hetong e contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano</i>, Torino, 2020, 15 ss., con ampie citazioni della bibliografia cinese.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁴ V. JIANG PING, *Un progetto di una legge contrattuale unitaria della Repubblica Popolare Cinese*, in *Rivista di diritto civile*, 1/1998, 96.

⁵ La legge cinese sui contratti del 1999 ha formato oggetto di un'attenta analisi in ambito italiano, fin dalla sua approvazione (cfr., fra gli altri, P. RESCIGNO, *Appunti sulla legge della Repubblica Popolare Cinese sui contratti*, in questa rivista, 8/1999, 221 e S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico*, *ibidem*, 233 ss.); da ultimi, rinvio a S. PORCELLI, *Hetong e contractus cit.*, 68 ss. e a E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma, 2020, 55 s., 125 ss., e ivi altra letteratura.

DERECHO CHINO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA*

RICCARDO CARDILLI

RESUMEN: El Código Civil de la República Popular China de 2020 es particularmente significativo para el diálogo entre el derecho chino y la tradición jurídica romanística. El nuevo Código civil chino está estructurado en 7 libros: parte general, derechos reales, contrato, derechos de la personalidad, matrimonio y familia, sucesión y responsabilidad por acto ilícito. Cabe señalar, dentro de este sistema, la opción de incluir una ‘parte general’ dentro de la cual, además, las categorías principales son la ‘persona’ y el ‘negocio jurídico’. La estructura más profunda del derecho chino codificado se ve afectada por el contexto histórico de su elaboración desde la segunda modernización mediante el uso del derecho.

ABSTRACT: Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese del 2020 è particolarmente significativo per il dialogo intercorrente tra diritto cinese e tradizione giuridica romanistica. Il nuovo Codice civile cinese si struttura in 7 libri: parte generale, diritti reali, contratto, diritti della personalità, matrimonio e famiglia, successioni e responsabilità da atto illecito. Da segnalare, all'interno di tale sistematica, la scelta di inserire una ‘parte generale’ nella quale, peraltro, le categorie portanti sono quella della ‘persona’ e del ‘negozio giuridico’. La struttura più profonda del diritto cinese codificato risente del contesto storico di sua elaborazione dalla seconda modernizzazione attraverso il ricorso alla legge.

PALABRAS CLAVE: Código; juristas; derecho chino; sistema jurídico romanístico; sistemática; parte general.

PAROLE CHIAVE: Codice; giuristi; diritto cinese; sistema giuridico romanistico; sistematica; parte generale.

SUMARIO: 1. El derecho chino, la tradición romanística y el nuevo Código civil de la República Popular China. – 2. La sistemática. – 3. Parte general: ‘persona’ y ‘negocio jurídico’. – 4. Derechos reales. – 5. ‘Contrato’ y ‘responsabilidad civil extracontractual’. – 6. Consideraciones finales.

1. *El derecho chino, la tradición romanística y el nuevo Código civil de la República Popular China*

El encuentro entre China y el sistema jurídico romanístico es relativamente reciente. Si tomamos como momento inicial la primera fase de modernización del derecho en China al final de la dinastía Qing (la llamada *Qingmo* 1840-1911)¹, ello tuvo lugar hace

* Publicado en italiano en *Mondo cinese*, n. 167, anno XLVII/1, 2020, 25-46. Agradezco a la Prof.ra Giselle López Baldera por la traducción en español del presente trabajo.

¹ V. FEI ANLING, *Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al diritto privato*, en esta revista 23/2007, 111 ss.; y, con precisiones y aclaraciones sobre los desarrollos

poco más de un siglo. El carácter reciente del diálogo (en el plano de la dimensión histórica larga) entre el derecho chino y el derecho romano no es proporcional, sin embargo, a la intensidad y aceleración que en los últimos 40 años se ha dado al uso del derecho como factor estable que acompaña la transformación de la sociedad china. Este diálogo se caracterizó, además, por el recurso a la ‘ley’ como principal fuente de producción del derecho (*fa*), alimentando una dialéctica que, presente en la historia del derecho en China, favoreció el modelo consuetudinario del ‘rito’ (*li*) en las relaciones privadas².

La forma Código, como forma privilegiada de búsqueda de significado y racionalidad del discurso jurídico en función preceptiva, de hecho muy presente en la historia antigua de China en áreas que podríamos ubicar – con las categorías del derecho liberal del siglo XIX – como propias de la persecución penal y de la gestión de la administración imperial, se convierte en el *Qingmo* en un símbolo de expresión de la forma que debe tomar el ‘derecho que regula las relaciones civiles’ (*minfa*) para la necesaria modernización a la que China aspiraba para librarse de los desiguales Tratados internacionales que le habían impuesto muchos países europeos y los Estados Unidos de América³. A partir de ello se pondrá en marcha un proceso que conducirá a la elaboración de un primer borrador de Código Civil en 1911 (que nunca entró en vigor, debido a la caída de la dinastía *Qing*), de un segundo borrador de Código civil de 1926, a la aprobación del Código Civil de 1931 (todavía en vigor en Taiwán).

Incluso en la fase maoísta, la influencia del modelo soviético y de los códigos civiles socialistas marca el camino de China hacia la tradición romanística, porque si bien por un lado el rechazo marxista a la reinterpretación pandectística del derecho romano había permitido a la ciencia jurídica rusa posrevolucionaria liberarse del modelo voluntarista e individualista de la declinación liberal del derecho romano creada en el siglo XIX en Alemania, por otro lado, las categorías conceptuales con las que se construyeron los esquemas jurídicos fundamentales de las nuevas sociedades socialistas (la empresa, la propiedad y el contrato socialistas) se basaban en todo caso en contenidos, por así decirlo, no enfatizados por la reinterpretación del siglo XIX, pero que sin embargo pertenecían, en capas más profundas, al contenido jurídico que la tradición romanística había entregado a la era industrial⁴.

El nuevo Código civil de la República Popular China (en adelante, RPC) (aprobado en su versión final el 28 de mayo de 2020 y que entrará en vigor el 1 de enero de 2021) es perfectamente coherente con la historia del derecho chino del último siglo y

históricos de este diálogo, sobre todo en la fase de la primera modernización, S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, en *BIDR*, 110, 2016, 253-292.

² Para un primer referimiento véase J. ESCARRA, *Le droit chinois (conception générale, aperçu historique)*, París, 1936, 15 ss.; R. CAVALIERI, *La legge e il rito*, Milán, 1999, 29 ss. (*fa*), 34 ss. (*li*); M. TIMOTEO, en G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, in *Trattato di diritto comparato*, dirigido por R. SACCO, Turín, 2007, 67 ss.; S. PORCELLI, *Hetong e contractus. Per una riscoperta di un'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, 2020, 3 ss.

³ V. S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica* cit., 259-261 sobre las razones de la primera modernización.

⁴ Para mi punto de vista, véase *Schemi romani dell'appartenenza e modelli di resistenza nella tradizione civilistica*, en *Diritto@Storia* 16.2018 <[http://www.dirittoestoria.it/16/memorie/romaterzaroma/Cardilli-Schemi-romani-appartenenza-modelli-resistenza-tradizione-civilistica-\[2015\].htm](http://www.dirittoestoria.it/16/memorie/romaterzaroma/Cardilli-Schemi-romani-appartenenza-modelli-resistenza-tradizione-civilistica-[2015].htm)>.

IL NUOVO CODICE CIVILE CINESE: PRIME RIFLESSIONI

MARINA TIMOTEO

ABSTRACT: Il codice civile cinese, approvato il 28 maggio 2020, è il primo codice della Repubblica Popolare Cinese. Frutto di una complessa gestazione il codice si pone nel solco di una lunga linea storica che parte dagli inizi del secolo scorso e rappresenta un elemento di raccordo all'interno del sistema civilistico cinese, cresciuto nell'ultimo quarantennio attraverso normative di settore. Non mancano gli elementi di novità, come il libro sui diritti della personalità, né affermazioni o riaffermazioni di elementi legati al contesto locale, spesso connessi con la retorica dei 'caratteri cinesi'.

RESUMEN: El Código civil chino, aprobado el 28 de mayo de 2020, es el primer código de la República Popular China. Fruto de una compleja gestación, el código se coloca en la línea histórica que parte desde inicios del siglo pasado y representa un elemento de conexión dentro del sistema civilista chino, crecido en los últimos cuarenta años mediante leyes especiales. No faltan los elementos de novedad, como el libro sobre los derechos de la personalidad, ni afirmaciones o reafirmaciones de elementos vinculados al contexto local, frecuentemente relacionados con la retórica de las 'características chinas'.

PAROLE CHIAVE: codice civile; modello tedesco; *rule of law* con caratteri cinesi; *legal transplants*; ibridazione dei modelli giuridici.

PALABRAS CLAVE: Código civil; modelo alemán; *rule of law* con características chinas; *legal transplants*; hibridación de los modelos jurídicos.

SOMMARIO: 1. Il codice civile cinese: un punto dentro una linea. – 2. La base concettuale del codice: una storia lunga un secolo. – 3. Il codice nel sistema civilistico cinese fra continuità e novità. – 4. Un tema dominante: l'ibridazione fra modelli giuridici. – 5. Il codice come ritorno al futuro. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Il codice cinese: un punto dentro una linea*

L'entrata in vigore, il primo gennaio del 2021, del primo codice civile della RPC¹ viene salutata come l'inizio di una nuova era per il diritto cinese², un'era che era stata preconizzata già dalla 'Risoluzione su alcune questioni centrali per lo sviluppo di un governo del Paese basato sul *rule of law*'³, approvata il 14 ottobre 2014 nella quarta ses-

¹ 中华人民共和国民法典 (*Zhonghua renmin gongheguo minfadian*), approvato il 28 maggio 2020.

² Si vedano le dichiarazioni di Wang Liming, riportate *infra*, nel testo, che identificano il codice con l'apertura di un nuovo capitolo nella storia del *civil law*.

³ 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定 (*Zhonggong zhongyang guanyu quanmian tuijin yifa zhiguo ruogan zhongda wenti de jue ding*), pubblicata al seguente indirizzo web <http://news.xinhuanet.com/ziliao/2014-10/30/c_127159908.htm>.

sione plenaria del diciottesimo Comitato centrale del partito comunista cinese. Nella Risoluzione – che porta, per la prima volta in termini generali, la questione del diritto al centro di un Plenum del Comitato centrale del Partito – si era tornati, dopo un decennio di silenzio, a parlare di codice civile, ponendo il tema del codice in stretta relazione con quello della costruzione di un nuovo modello di *rule of law*, la ‘*rule of law* socialista con caratteri cinesi’.

Questa versione della *rule of law* esprime il principio della specificità del modello di sviluppo del sistema giuridico cinese, un modello che è andato assumendo una propria identità e che non vive più nel riflesso di modelli esterni importati attraverso processi di *legal transplants*. La Cina – si legge nel documento – ‘non copia indiscriminatamente concetto e modelli di *rule of law* stranieri’. Il codice civile è stato presentato fin dal principio come la più alta espressione di questa nuova fase di sviluppo del sistema giuridico cinese: «The first aim is to ensure that civil law is based on China’s national condition» afferma Wang Liming⁴, uno dei padri del nuovo codice civile cinese, grande sostenitore dell’autonomia, all’interno del codice, della materia dei diritti della personalità, come cifra caratteristica e identitaria di una codificazione del XXI secolo. Oggi la Cina si propone come Paese che crea modelli giuridici. Sempre seguendo le parole di Wang Liming, questo è il senso del momento attuale sul fronte del processo di codificazione del diritto civile: «If the advent of the French civil code in the early 19th century and the German civil code in the early 20th century were significant achievements in the history of development of civil law, then the promulgation of the Chinese civil code in the 21st century will surely be meaningful and momentous chapter in the history of civil law»⁵.

Sull’onda della spinta storica che va spostando il baricentro economico (e politico) del mondo da Occidente verso Oriente, il codice viene quindi a connotarsi come una nuova tappa non solo nella storia del diritto cinese, ma in quella del *civil law* in generale.

Il nuovo codice civile cinese rappresenta, nelle declamazioni dei riformatori cinesi, un nuovo inizio.

Ma questo codice non è solo novità. Il codice è un punto che si colloca all’interno di una ben precisa linea storica⁶, una linea che parte più di un secolo fa, quando la Cina, occupata dalle potenze imperialiste occidentali, si trova a doversi mettere in dialogo con i modelli giuridici occidentali e incontra, per la prima volta la forma-codice. È a questo dialogo, che ha conosciuto momenti faticosi e difficili, ma che è sempre stato lo sfondo su cui il sistema giuridico cinese moderno è cresciuto, che dobbiamo in primo luogo guardare per leggere più compiutamente il nuovo codice cinese. Prima di parlare di nuovo e di futuro, bisogna quindi, necessariamente, volgere lo sguardo al passato.

⁴ L. WANG, *The Modernization of Chinese Civil Law Over Four Decades*, in *Frontiers of Law in China*, 14, 1, marzo 2019, 70.

⁵ L. WANG, *The Modernization of Chinese Civil Law Over Four Decades* cit., 72.

⁶ Nel senso storico descritto da P. GROSSI, *Il punto e la linea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L’insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. REBUFFA e G. VISINTINI, Milano, 1996.

LA SORPRENDENTE ‘SINFONIA’ TRA CHIESA CATTOLICA E REPUBBLICA POPOLARE CINESE (A PROPOSITO DEL DIRITTO NATURALE E DELL’ETEROSESSUALITÀ DEL MATRIMONIO)

PIETRO LO IACONO

ABSTRACT: Il lavoro si propone di porre in risalto la peculiare concordanza esistente tra il diritto canonico e l’ordinamento della Repubblica Popolare Cinese relativamente al carattere eterosessuale del vincolo matrimoniale, carattere confermato dal nuovo codice civile cinese destinato a entrare in vigore il 1 gennaio del 2021; siffatta uniformità viene ricollegata alla visione, parzialmente comune, delle finalità del matrimonio. La presenza di similitudini così significative intercorrenti tra ordinamenti profondamente diversi, per struttura e scopi, costituisce ulteriore conferma dell’incidenza del diritto naturale, recepito dalla Cina attraverso la mediazione dell’esperienza giuridica romana, sovraordinato al diritto positivo chiamato a qualificare le fattispecie concrete, non a crearle.

RESUMEN: El trabajo se propone evidenciar la peculiar concordancia existente entre el derecho canónico y el ordenamiento de la República Popular China con relación al carácter heterosexual del vínculo matrimonial, lo que ha sido confirmado por el nuevo Código civil destinado a entrar en vigor el 1 de enero de 2021. Esta uniformidad se vincula con la visión, parcialmente común, de la finalidad del matrimonio. La presencia de similitudes tan significativas entre ordenamientos profundamente diferentes, desde el punto de vista de su estructura y fines, constituye una ulterior confirmación de la incidencia del derecho natural, receptado en China por la mediación de la experiencia jurídica romana, de jerarquía superior respecto del derecho positivo llamado a calificar las *fattispecie* concretas, pero no a crearlas.

PAROLE CHIAVE: Chiesa cattolica; Repubblica Popolare Cinese; matrimonio; eterosessualità; diritto naturale; condivisione.

PALABRAS CLAVE: Iglesia católica; República Popular China; matrimonio; heterosexualidad; derecho natural; coincidencia.

SOMMARIO: 1. L’equiparazione delle unioni *samesex* al matrimonio eterosessuale: opportunità di un raffronto comparatistico tra diritto ‘religioso’ e diritto ‘secolare’. – 2. L’ordinamento canonico e la ‘naturale’ eterosessualità del matrimonio. – 3. Il nuovo codice civile della Repubblica Popolare Cinese, l’influenza del diritto romano e il matrimonio quale *coniunctio maris et foeminae*. – 4. La generazione e l’educazione della prole quali finalità del negozio matrimoniale: la singolare convergenza tra l’ordinamento cinese e il diritto canonico. – 5. Repubblica Popolare Cinese, *ius commune* e dimensione antropologica delle nozze. La legge positiva non ‘crea’ l’unione matrimoniale, ma la riconosce e la qualifica.

1. *L'equiparazione delle unioni same-sex al matrimonio eterosessuale: opportunità di un raffronto comparatistico tra diritto 'religioso' e diritto 'secolare'*

Negli ultimi decenni si è assistito al sorgere di una serie di rivendicazioni volte a contestare concezioni e principi consolidati nel tempo e generalmente ritenuti inconfutabili e incontrovertibili. Siffatte rivendicazioni hanno investito in larga misura: il modello di famiglia presente nella società; l'esercizio della sessualità; il rapporto esistente tra la scienza e l'inizio, nonché la fine, della vita umana. In particolare, relativamente all'ambito oggetto del presente lavoro, è stato contestato che il vincolo matrimoniale debba necessariamente intercorrere tra persone di sesso diverso, prospettandosi la necessità di equiparare, quantomeno parzialmente, la famiglia *same-sex* a quella eterosessuale¹.

L'istanza *de qua*, dotata indubbiamente di grande pregnanza, stante la delicatezza e la rilevanza degli interessi coinvolti, ha suscitato nella dottrina e nella giurisprudenza reazioni contrastanti: alcuni hanno ravvisato in ciò il sovvertimento di una visione della famiglia millenaria, sovvertimento che rischierebbe di travolgere le basi stesse dello Stato, così come individuate attraverso un lungo processo «di fatica e razionalità umana»²; altri hanno ritenuto che si tratti di una richiesta non soltanto lecita, ma da favorire e incoraggiare, in quanto espressione del pluralismo vigente nella società e volta a realizzare in concreto i principi di uguaglianza e di libertà affermati nelle Carte costituzionali e nelle Dichiarazioni internazionali³.

Molti ordinamenti hanno scelto di accogliere la rivendicazione in parola, prevedendo che al matrimonio possano accedere anche le coppie omosessuali, oppure istituendo tipologie di unione formalmente distinte dal legame matrimoniale del quale recepiscono, però, più o meno ampiamente, a seconda delle scelte fatte da ciascun legislatore, il regime giuridico; altri hanno preferito, invece, disattenderla, reputando che la differenza ontologica intercorrente tra una coppia eterosessuale e una coppia *same-sex* sia talmente ampia da non consentire, a livello normativo, alcuna assimilazione.

Relativamente a quest'ultima scelta appare significativa l'analisi comparatistica del diritto canonico e dell'ordinamento della Repubblica Popolare Cinese (d'ora in avanti indicata con l'acronimo RPC), che, pur essendo profondamente diversi per natura e finalità, appartenendo il primo alla «famiglia» dei diritti religiosi e il secondo alla «famiglia» dei diritti secolari, sono accomunati dalla caratteristica di rappresentare i sistemi giuridici più applicati sul globo terrestre (gli abitanti della Cina sono circa un miliardo e quattrocento milioni; oltre un miliardo e trecento milioni i cattolici, inclusi quelli cinesi pari a circa nove milioni). L'interesse dell'indagine è poi accresciuto dal fatto che il 1 gennaio del 2021 entrerà in vigore nella RPC il nuovo codice civile⁴: a quest'ultimo, e

¹ Sul punto, cfr. C. CARDIA, *Laicità, diritti umani, cultura relativista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<www.statoechiese.it>), novembre 2009, 6 s.

² Cfr. C. CARDIA, *Laicità, diritti umani, cultura relativista* cit., 17.

³ Cfr., per tutti, F. ONIDA, "A chiare lettere" - *Confronti. Riflessioni minime sulla crisi del diritto matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<www.statoechiese.it>), 28 settembre 2015, 1 ss.

⁴ Sul processo che ha portato all'elaborazione del nuovo codice civile cinese e sul contenuto dello stesso, cfr. S. PORCELLI, *Il nuovo codice civile della Repubblica popolare cinese. Osservazioni dalla prospettiva*

IL CODICE CIVILE DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE FRUTTO DEL DIALOGO TRA CINA E DIRITTO ROMANO

STEFANO PORCELLI

ABSTRACT: La Cina ha avviato da oltre un secolo il proprio dialogo con il sistema giuridico romanistico, dialogo di cui uno dei maggiori frutti è rappresentato dal recente Codice civile della Repubblica popolare cinese che poggia in larga parte su elementi frutto delle riletture sia borghesi che socialiste di quanto ereditato dalle fonti romane, elementi comunque metabolizzati alla luce delle plurimillennarie tradizioni e cultura cinesi. Nel presente lavoro, dopo aver ripercorso i momenti essenziali di questo dialogo tra Cina e sistema giuridico romanistico, vengono svolte delle riflessioni in cui la struttura e i contenuti del Codice sono vagliati alla luce dello stesso.

RESUMEN: La China ha puesto en marcha desde hace más de un siglo el propio diálogo con el Sistema jurídico romanístico, diálogo del cual uno de los mayores frutos está representado por el reciente Código civil de la República Popular China, el que se fundamenta en gran parte en elementos que son el fruto de relecturas tanto burguesas como socialistas de las fuentes de herencia romana, elementos que de todos modos fueron metabolizados a la luz de la milenaria tradición y cultura china. En el presente trabajo, después de haber recorrido los momentos esenciales de este diálogo entre la China y el Sistema jurídico romanístico, se llevan a cabo reflexiones en las que la estructura y los contenidos del Código son examinados a la luz del referido diálogo.

PAROLE CHIAVE: Codice civile della Repubblica Popolare Cinese; diritto romano; obbligazioni; responsabilità; diritti reali; diritti della personalità; diritto di famiglia; diritto delle successioni.

PALABRAS CLAVE: Código civil de la República Popular China; Derecho romano; obligaciones; responsabilidad; derechos reales; derechos de la personalidad; derecho de familia; derecho de sucesiones.

SOMMARIO: I. Introduzione. – 1. Una «私法上的百科全书», ‘enciclopedia del diritto privato’. – 2. Strumento ‘ordinario’ (anche) per situazioni emergenziali. – II. Trattati essenziali del diritto cinese dell’antichità e l’instaurazione del dialogo con il Diritto romano. – 1. Il diritto cinese dell’antichità. Trattati essenziali. – 2. L’instaurazione del dialogo Cina - Diritto romano e le tappe principali dello stesso. – III. Il Codice civile della RPC. Osservazioni di natura generale. – 1. Il dialogo tra la cultura e le tradizioni cinesi con la ‘grammatica del diritto’ e le sue riletture borghesi e socialiste. – 2. Un Codice nel sistema. – IV. La struttura e i contenuti del Codice civile della RPC. – 1. La struttura del codice. – 2. I contenuti del Codice. – A. La parte generale. – B. I diritti reali. – C. Le obbligazioni. – D. Il libro *ad hoc* sui diritti della personalità. – E. Il matrimonio e la famiglia. – F. Le successioni *mortis causa*. – V. Conclusioni.

I. Introduzione

1. Una «私法上的百科全书», 'enciclopedia del diritto privato'

Il 28 maggio 2020 è stato promulgato il 中华人民共和国民法典, Codice civile della Repubblica popolare cinese (RPC), raggiungendosi così un traguardo al quale si è aspirato diverse volte nel corso delle ultime decadi, sin dal periodo successivo alla fondazione della stessa¹ e facendo sì che il dialogo della RPC con il sistema del Diritto romano sia reso ancor più intenso. Infatti, con il Codice in vigore dal primo gennaio 2021, anche dal punto di vista formale², si è fatto ricorso ad una tipologia di testo normativo peculiare di quest'ultima, il Codice, che, per la prima volta, è stato in Cina, anche a livello terminologico, designato come tale, 典 (*dian*), mentre in passato, per i testi normativi, si è sempre fatto ricorso ai termini 律 (*lü*) e 法 (*fa*) nell'accezione di 'legge'³.

Il Codice consta di 1260 articoli divisi tra sette libri: parte generale, diritti reali, contratti, diritti della personalità, matrimonio e famiglia, successioni *mortis causa*, responsabilità per illecito civile. Si tratta, di un Codice per il quale può dirsi valida la metafora utilizzata dallo stesso legislatore e dai giuristi in Cina, secondo cui questo rappresenta una 'enciclopedia del diritto privato', una «私法上的百科全书» (*sifa shang de baikequanshu*), ovvero quella impiegata di recente dal Codificatore argentino, per cui

¹ In proposito si veda quanto sarà chiarito *infra*.

² Per quanto riguarda i contenuti, come si vedrà più avanti, questi erano già in larga parte veicolati attraverso delle 单行法 (*danxingfa*), leggi speciali, promulgate nel corso delle scorse decadi.

³ Sul punto, si veda, A. FEI, *La elaboración del Código civil de la República Popular China y sus principales características*, in *El Código civil de la República Popular China: una primera aproximación desde el derecho comparado* (titolo provvisorio), a cura di J.M. RODRÍGUEZ OLMOS (in corso di pubblicazione) Bogotá, § 1.3. Il termine *dian* – che indica nel linguaggio generale attuale un 标准 (*biaozhun*), un 'criterio', 'standard', un 法则 (*faze*), un 'modello', 'motivo regolare', 'regole'; un tipo di libro che offre dei 'motivi regolari' (词典, *cidian* - dove 词, *ci* indica la parola - è il 'dizionario'); una 典礼 (*dianli*), cerimonia etc., cfr. S. LÜ *et al.*, s. v. 典 (*Dian*), in *Xiandai Hanyu Cidian*, Beijing, 2016) – pare possa vedersi associato a 法 (*fa*), 'diritto', nel composto '法典' (*fadian*) al fine di rendere il francese 'Code', già nei primi dizionari bilingue giapponese-francese (si veda quanto in G. LI, *Ershi shiji chuqi de Zhongguo faxue*, in *Zhongwai faxue*, 53/1997, 4-5), fondamentali per la registrazione in caratteri dei termini volti ad indicare le nozioni della tradizione giuridica romanistica testimoniandone, dunque, la recezione in Asia. Come si vedrà meglio *infra*, se il diritto cinese antico andò ad influenzare il diritto giapponese (si consideri il rapporto tra il 'codice Tang', il *Tanglü* -唐律- e il *Ritsuryō* -律令- giapponese) e i caratteri cinesi antichi andarono ad influenzare il linguaggio giuridico giapponese dell'antichità, nel periodo tra la fine del XIX secolo e inizi del XX (periodo del tardo Qing 清末, *Qingmo*, in Cina e in particolare periodo delle riforme Meiji in Giappone), da ciò si verificò un processo in larga parte inverso in base al quale, poiché in Giappone delle riforme sistematiche vennero avviate con anticipo, la Cina andò in un secondo momento a recepire una serie di neologismi corrispondenti a queste nozioni tecnico-giuridiche creati già in Giappone (sul punto, mi sia permesso di rinviare alle osservazioni svolte in S. PORCELLI, *Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema*, in *BIDR*, 110, 2016, 255 ss.). Ad esempio, sebbene il 'Codice penale' (中华人民共和国刑法) ovvero, ancora, quelli di procedura penale e di procedura civile (rispettivamente 中华人民共和国刑事诉讼法 e 中华人民共和国民事诉讼法) in vigore in Cina siano stati designati 法 (*fa* che indica il diritto in senso oggettivo, la legge in senso formale, così come, ancora, il metodo etc., si veda S. LÜ *et al.*, s. v. 法 (*Fa*), in *Xiandai Hanyu Cidian* (现代汉语词典), Beijing, 2016), appunto, nell'accezione di 'legge' in senso formale; *dian* veniva già nelle scorse decadi comunemente impiegato dagli studiosi per rendere il termine 'codice' proprio della tradizione romanistica: ad esempio, tra gli altri, il Codice civile italiano è infatti reso come 意大利民法典, *Yidali Minfadian* (si veda A. FEI [traduzione], *Yidali Minfadian*, Beijing, 2004).

AMERICA LATINA ED EUROPA

EUROPA UND LATEINAMERIKA: EIN GEIST, EINE SEELE, EIN RECHT

ANTONIO SACCOCCIO*

ZUSAMMENFASSUNG: Das lateinamerikanische Recht ist Teil eines homogenen Rahmens, der dank der Diathese zwischen System und Rechtsordnungen angemessen in das römische Rechtssystem eingebunden ist.

Die ‚*Identidad latinoamericana*‘ ermöglicht jedoch die Identifizierung spezifischer Merkmale des von diesen Völkern angewandten Rechts, die durch die Verschmelzung des römischen Rechts mit präkolumbianischen Traditionen im Vergleich zu Europa einen größeren Widerstand gegen den staatlichen Legalismus bieten. Lateinamerika ist daher in geringerem Maße von den in Europa verursachten Zusammenbrüchen betroffen. Die ‚*bloque romano-ibérico-indígena*‘ leitet die Neubewertung des lateinamerikanischen Rechtssystems. Es ist daher notwendig, den nord-eurozentrischen Ansatz aufzugeben, um das Phänomen des lateinamerikanischen Rechtssystems vollständig zu analysieren.

ABSTRACT: Il diritto dell’America Latina si inserisce in un quadro omogeneo, adeguatamente collocato all’interno del sistema giuridico romanistico, grazie alla diatesi sistema/ordinamenti.

La ‚*identidad latinoamericana*‘ lascia però individuare delle specificità proprie del diritto applicato da questi popoli, che, fondendo il diritto romano con le tradizioni precolombiane, offrono una maggiore resistenza, rispetto all’Europa, allo statual-legalismo. L’America Latina risulta così affetta in maniera minore dai guasti prodotti in Europa da quest’ultimo. Il ‚*bloque romano-ibérico-indígena*‘ guida la rivalutazione del sistema giuridico latinoamericano, in una visione che correttamente abbandoni le impostazioni nord-eurocentriche nell’analisi del fenomeno.

SCHLÜSSELWÖRTER: Römisches Recht und Widerstand; Romanistisches Rechtssystem; Lateinamerikanisches Rechtssystem; Lateinamerikanische Identität; *bloque romano-ibérico-indígena*

PAROLE CHIAVE: Diritto romano e resistenza; sistema giuridico romanistico; sistema giuridico latinoamericano; identità latinoamericana; *bloque romano-ibérico-indígena*

INHALTSVERZEICHNIS: 1. Lateinamerika und Widerstand. – 2. Gehört Lateinamerika auch zu Europa? – 3. Europa und Lateinamerika ‚*gehören zusammen*‘. – 4. Lateinamerika im ‚System‘. – 5. Linien der Kontinuität. – 6. Von Kontinuität zu Spezifität und zu ‚*mezcla*‘. – 7. Von der ‚*mezcla*‘ zum ‚*bloque*‘. – 8. System und Werte.

1. Lateinamerika und Widerstand

Schon in den frühen 1900er Jahre warnte Paul Koschaker mit den folgenden Worten: «Europa ist demnach kein naturgewachsenes Produkt, keine natürliche geographische Gegebenheit, sondern ein Erzeugnis der Geschichte»¹.

* Ich bedanke mich herzlich bei Benjamin von Werdt für seine kostbare Hilfe bei der Revision des deutschen Textes.

¹ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin, 1947, 4.

Ebenso wie ‚Europa‘ soll der Begriff ‚Lateinamerika‘ nicht nur eine geografische oder ethnische Realität bezeichnen, sondern vielmehr ein polysemisches und vielschichtiges Konzept ausdrücken, das Elemente der Gemeinsamkeit in sozialer, politischer, religiöser und sogar rechtlicher Hinsicht zusammenführt und einen offensichtlichen ideologischen Wert hat.

Unter diesem Gesichtspunkt ist schon der Name ‚Lateinamerika‘ von grundlegender und ideologischer Bedeutung, da er nicht nur auf eine geographische oder ethnographische Tatsache hinweist, sondern als Träger einer präzisen kulturellen und juristischen Identität steht, die sich bereits in dem Wert des ‚Lateinisch sein‘ für das römische Recht widerspiegelt². Gerade die Verwendung der Bezeichnung ‚Latina‘ für die Bevölkerung eines Teils des amerikanischen Kontinents stellt eine von diesen Völkern seit 1851 bewusst gewählte Waffe zur Verteidigung der «*raza Latina*» gegen die «*agresión*» der «*raza anglosajona*» dar³.

Der ‚kulturelle und soziale Widerstand‘ Lateinamerikas⁴, vor allem in Bezug auf den imperialistischen Expansionismus Nordamerikas⁵, stellt eine gewaltige Waffe der Aufwertung der inneren Instanzen dar, die die Völker dieses geographischen Raumes ohne zu zögern im Kampf gegen das Eindringen systemfremder Einflüsse⁶, vor allem des Indi-

² Siehe S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel nuovo mondo*, in *Il diritto nei nuovi mondi. Atti del Congresso promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di giurisprudenza. Genova, 5-7 novembre 1992*, hrsg. von G. VISINTINI, Padova, 1994, 96 ff.; Id., *Latinità e sistema giuridico romanistico*, in *La latinité en question. Colloque international, Paris 16-19 mars 2004*, Paris, 2004, 312; allgemeiner zu diesem Punkt siehe auch F. LORUSSO, *L'invenzione dell'America Latina (e del latinoamericanismo)*, veröffentlicht am 13. Januar 2010 in *Carmilla. Letteratura, immaginario e cultura d'opposizione* (<<https://www.carmillaonline.com/2010/01/13/l'invenzione-dellamerica-latina>>). Eine gegenteilige, aber meiner Meinung nach unhaltbare, Position vertritt neuerdings P.L. CARBONE, *Latin American System*, in *Comparazione e diritto civile* (<http://www.comparazionediritto.civile.it/prov/files/carbone_latina.pdf>), 14 ff., der die Bezeichnung ‚Südamerika‘ annimmt.

³ Vgl. vor allem M. QUIJADA, *Sobre el origen y difusión del nombre 'América Latina' (o una valoración heterodoxa en torno al tema de la construcción social de la verdad)*, in *Revista de Indias*, 58, no. 214, 1998, 595 ff. und bes. 603 ff., und, in letzter Zeit, S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel nuovo mondo*, cit., 96 ff.

⁴ Von kulturelle Widerstände spricht schon H.-A. STEGER, *Emancipación y aculturación como instrumentos de dominación de la región latinoamericana y del Caribe*, in *Latinoamérica. Anuario de estudios latinoamericanos*, 8, 1975, 99 ff.

⁵ Siehe A.B. TICKNER, C. CEPEDA M., J.L. BERNAL, *Anti-americanismo, pro-americanismo y sentido común en América Latina*, in *Foro internacional*, 55, no. 3, 221, 2015, 805 ff.; siehe dazu auch A.F. LOWENTHAL-F.G. MOSTAJO, *Estados Unidos y América Latina 1960-2010: de la pretensión hegemónica a las relaciones diversas y complejas*, in *Foro internacional*, 50, no. 3/4 (201/202), 2010, 552 ff.; S. LOAEZA, *Estados Unidos y la contención del comunismo en América Latina y en México*, in *Foro internacional*, 53, no. 1 (211), 2013, 5 ff. Allgemeiner zu den Risiken des nordamerikanischen Imperialismus, siehe jetzt N. CHOMSKY, *Hegemony or Survival. The Risks of American Global Domination*, Mailand, 2005. Es muss jedoch eingeräumt werden, dass der Einfluss der USA auf Lateinamerika heute stark rückläufig ist: siehe P. MIGLIAVACCA, *Latin America, un rinascimento lontano dai 'yanquis' sognando l'unificazione*, in *Il Sole 24 ore*, 10. September 2015.

⁶ Zum römischen Recht und Widerstand für Lateinamerika siehe bereits H.-A. STEGER, *Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und im 20. Jahrhundert*, in *Index*, 4, 1973, 7 ff. (siehe aber auch oben, Fn. 4). In Italien war der Verfechter der Idee des römischen Rechts als Waffe des Widerstands der (nicht nur) lateinamerikanischen Völker gegen das angloamerikanische Recht zweifellos Pierangelo Catalano: vgl. bereits P. CATALANO *Diritto romano e paesi latinoamericani*, in *Labeo*,

LE AFFINITÀ GIURIDICO-CULTURALI CON L'AMERICA LATINA NELLA TESTIMONIANZA DI EMILIO BETTI

IOLE FARGNOLI

ABSTRACT: Nella sua relazione in merito al breve corso di insegnamento tenuto in Brasile, Betti racconta la sua percezione di profonda affinità tra la sua formazione giuridica e la cultura giuridica latinoamericana. In particolare, Betti coglie, negli studiosi locali, l'apertura di orizzonte culturale che si traduce concretamente nel loro grande interesse alla teoria generale del diritto privato nonché in una comunicazione viva e senza barriere tra docente e discenti. Il contributo è anche l'occasione per raffrontare tale esperienza didattica all'estero ad altre, tra cui quella in Germania, e per evidenziare l'importanza, per ogni studioso del sapere giuridico, di liberarsi dal provincialismo e di superare i confini della dimensione nazionale.

RESUMEN: En su informe sobre el curso impartido en Brasil, Betti cuenta su percepción de profunda afinidad entre su formación jurídica y la cultura jurídica latinoamericana. En particular, Betti advierte, en los estudiosos locales, la apertura del horizonte cultural que se traduce concretamente en el interés de ellos por la teoría general del Derecho privado, así como por una comunicación viva y sin barreras entre el docente y los alumnos. El artículo constituye también la ocasión para comparar dicha experiencia didáctica con otras que realizara en el extranjero, entre ellas la de Alemania, y para destacar la importancia para todo estudioso del saber jurídico de liberarse del provincialismo y de superar los confines de la dimensión nacional.

PAROLE CHIAVE: Emilio Betti; America Latina; didattica all'estero; affinità giuridico-culturale; orizzonte culturale.

PALABRAS CLAVE: Emilio Betti; América Latina; didáctica en el extranjero; afinidad jurídico-cultural; horizonte cultural.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'esperienza didattica in Brasile. – 3. La missione di diffusione della cultura italiana. – 4. La comparazione con le altre esperienze didattiche oltreconfine. – 5. Convergenze e divergenze. – 6. La pregnanza dell'esperienza brasiliana.

1. *Premessa*

La comunanza di cultura giuridica tra Europa e America Latina, magistralmente evidenziata da Eugen Bucher¹ nel contributo che ha costituito lo spunto di riflessione dell'incontro sull'Harder Kulm nei pressi di Interlaken², fu esplicitata già alla fine

¹ E. BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, in *ZeUP*, 3, 2004, 515 ss. Al riguardo si veda, in particolare, il contributo di A. SACCOCCIO, *Europa und Lateinamerika: ein Geist, eine Seele, ein Recht*, in questo volume, *supra*, 305 ss.

² La maturazione di queste brevi considerazioni è avvenuta, oltre che nell'ambito dell'incontro svizzero sull'Harder Kulm del settembre 2018, in occasione della mia visita a Porto Alegre nel novembre del 2017, per il cui invito sono grata a Fábio Siebeneichler de Andrade della Pontificia Universidade Católica

degli anni Cinquanta da un grande maestro della scienza giuridica italiana: Emilio Betti (1890-1968).

Di Betti è ben nota la convinzione della necessità di superare «la barbarie della specializzazione»³, là dove compito del giurista è sapersi muovere al di fuori degli angusti perimetri del sapere tecnico nella scienza del diritto in cui si rischia altrimenti di rimanere meschinamente imbrigliati⁴. Da romanista seppe muoversi in molteplici campi del diritto⁵ e nelle sue ricerche sull'interpretazione dimostrò di dominare altri ambiti del sapere, come teologia, filosofia, scienze letterarie e storiche, pervenendo addirittura a favorire il dialogo tra filosofia e teologia nella convinzione che la giurisprudenza debba affermare «la funzione direttiva che le spetta nell'ambito delle scienze dello spirito»⁶.

Meno celebre è l'altra convinzione di Betti in relazione all'importanza per ogni studioso del sapere giuridico di liberarsi dal «gretto provincialismo»⁷. Betti si esprimeva su questo tema già nelle Notazioni autobiografiche redatte nel giugno 1944⁸, esplicitando l'importanza di assumere la posizione mentale del buon europeo⁹, «pronto ad accogliere attraverso un vaglio critico e con piena indipendenza di giudizio ogni incitamento della cultura straniera confacente al genio nazionale, avverso pertanto ad ogni forma di unilaterale nazionalismo e angusto provincialismo dello spirito»¹⁰. Il tema è ripreso nel contributo in cui Betti racconta della sua esperienza al di fuori dell'Europa, all'università di Rio Grande do Sul e che fu dato alle stampe due volte¹¹ l'anno stesso e l'anno successivo. Questa relazione – su cui ci si vuole soffermare in questa sede – illustra con entusiasmo

do Rio Grande do Sul. Ringrazio anche Tommaso Dalla Massara per l'iniziativa, e gli spunti che ne sono derivati, dei due seminari su Emilio Betti, organizzati nell'ambito dell'Accordo romanistico gardesano che intercorre tra le Università di Milano Statale, Brescia, Trento e Verona: 'Emilio Betti: l'attuale inattuale' del 30.4.2020 e 'Emilio Betti: l'ermeneutica di un giurista ermeneutico' del 25.6.20.

³ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, X.

⁴ E. BETTI, *Relazione sulla visita alla Universidade do Rio Grande do Sul*, in *RISG*, 92, 1957-58, 445.

⁵ Sulle diverse materie insegnate da Betti per esempio in Statale, quali diritto civile e procedura civile, oltre a quelle romanistiche, si veda L. GAGLIARDI, *Il diritto romano alla Statale di Milano (1924-1968)*, in *Antologia romanistica ed antiquaria*, a cura di L. GAGLIARDI, II, Milano, 2018, 517 ss. nonché sull'ampia gamma di interessi scientifici e prove didattiche, in generale, della Romanistica di fine Ottocento, cfr. M. TALAMANCA, *La romanistica italiana tra Otto e Novecento*, in *Index*, 23, 1995, 164 ss.

⁶ F. WIEACKER, *Emilio Betti*, in *Labeo*, 16, 1970, 135.

⁷ E. BETTI, *Relazione cit.*, 445, cfr. anche 438.

⁸ E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953, 45, 52 (la ristampa del volume è a cura di E. MURA, Padova 2014). Sul tema, in particolare, I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO, Roma, 2015, 9 ss.; M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascino del regime cit.*, 63-102. In generale sui profili biografico-culturali si vedano G. CRIFÒ, *In memoriam. Emilio Betti*, in *BIDR*, 9, 1967, 294 ss.; ID., *Emilio Betti*, in *Iura*, 20, 1969, 697 ss.; M. BRUTTI, *Emilio Betti*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 34, Roma, 1988 e anche la biografia di M. CIOCCETTI, *Emilio Betti. Giureconsulto e umanista*, Belforte del Chienti, 1998.

⁹ E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, 129. Sugli scritti politici e l'idea bettiana di unità geopolitica dell'Europa, si veda T. GAZZOLO, *Betti politico*, in *Politica del diritto*, 42, 2011, 153 ss. e L. FANIZZA, *Emilio Betti e la posizione mentale di buon europeo*, in *E. Betti, Scritti di storia e politica internazionale*, a cura di L. Fanizza, Firenze, 2008, IX ss.

¹⁰ E. BETTI, *Notazioni cit.*, 33; in relazione al senso di apertura ai nuovi incitamenti, cfr. anche 54.

¹¹ E. BETTI, *Relazione cit.*, 435 ss. e ID., *Cultura giuridica brasiliana nelle impressioni di un viaggio giuridico*, in *Jus*, 10, 1959, 266 ss.

EUGEN BUCHERS «ZU EUROPA GEHÖRT AUCH LATEINAMERIKA» UND DESSEN VERMÄCHTNIS AN UNS

URS FASEL

ZUSAMMENFASSUNG: Eugen Bucher rief in Erinnerung, dass Lateinamerika zu Europa gehört. Doch wer war Eugen Bucher? Welche Bezüge hatte er, sprachlich, persönlich und auch wissenschaftlich, um die rechtliche Nähe Lateinamerikas in Erinnerung zu rufen? Was machte ihn zum hervorragenden Privatrechtler, der nicht nur als Rechtsvergleicher, sondern auch als Gutachter und vor allem als Schiedsrichter international anerkannt wurde? Der Aufsatz zeichnet einzelnen Stationen von Bucher auf, gibt Hinweise auf seine Hauptwerke und spannt den Bogen zu seiner Bibliothek, welche viele Werke von Azo, Donnellus, Cujaz, aber auch von weiteren wichtigen Autoren beinhaltet. Sein Vermächtnis an uns ist, über den Tellerrand hinauszuschauen und Komparatistik zu betreiben sowohl über Landesgrenzen als auch auf frühere Zeithorizonte, um sinnvollen Problemlösungen den Boden zu ebneten.

ABSTRACT: Eugen Bucher ci ricorda che l'America Latina appartiene all'Europa. Ma chi era Eugen Bucher? Quali collegamenti aveva, linguisticamente, personalmente e anche scientificamente, per sottolineare la vicinanza giuridica dell'America Latina all'Europa? Che cosa lo ha reso un eccezionale avvocato privatista, riconosciuto a livello internazionale non solo come comparatista, ma anche come redattore di pareri giuridici e, soprattutto, come arbitro? Il saggio registra le singole tappe scientifiche di Bucher, fornisce riferimenti alle sue opere principali e si estende ad abbracciare anche l'estensione della sua biblioteca, che contiene molte opere di Azzone, Donello, Cuiacio, ma anche altri importanti autori. La sua eredità per noi è pensare fuori dagli schemi e lavorare con la comparazione diacronica, sia guardando oltre i confini nazionali, sia guardando a orizzonti temporali precedenti, al fine di spianare la strada alle migliori soluzioni possibili per i problemi giuridici.

SCHLÜSSELWÖRTER: Kodifikation; Rechtsvergleichung; Allgemeiner Teil OR; Vertrauenshaftung.

PAROLE CHIAVE: Codificazione; Diritto comparato; Parte generale OR; Responsabilità extracontrattuale.

INHALTSVERZEICHNIS: 1. Anknüpfung «Lateinamerika gehört zu Europa». – 2. Kurze Lebensskizze von Eugen Bucher. – 3. Übertreffende Publikationen. – 4. Die Bibliothek von Eugen Bucher wurde zugänglich. – 5. Zum Schluss: sein Vermächtnis an uns.

1. Anknüpfung «Lateinamerika gehört zu Europa»

Mit seinem Aufsatz *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*¹ hat Eugen Bucher Juristenkreisen schweizerischer und europäischer Provenienz schlagartig ins Bewusst-

¹ Erschienen in der *ZEuP*, 2004, 515-547, per pdf zugänglich auf: <www.eugenbucher.ch>. Die Terminologie und die Sache ist heute freilich umstritten, da die Aussage von einer europazentrischen Perspek-

sein gebracht, dass die Kodifikationen aus Südamerika viel enger mit unserem heutigen Recht verknüpft sind, als wir alle gedacht hatten. Er bot dabei für die kontinentaleuropäische Juristenschar einen «tour d'horizon» durch Lateinamerika. Es soll nicht jener Aufsatz hier nochmals wiedergegeben werden, sondern es stellt sich vielmehr die Frage, weshalb der profunde Privatrechtskenner Eugen Bucher diese These aufstellt hat. Es soll insofern – mehr als sechs Jahre nach seinem erfolgten Tod² – eine kurze Einführung in das umfassende privatrechtliche Schaffen dieses überragenden Privatrechtsgelehrten der Schweiz geboten werden.

2. Kurze Lebensskizze von Eugen Bucher

Eugen Bucher wurde am 1.6.1929 als Sohn eines Handelslehrers und Handelstreibenden auf dem «Zürichberg» in Zürich geboren. Nach dem damals klassischen Gymnasium (mit Latein und Griechisch) studierte er an der Universität in Zürich und erwarb im Jahr 1956 mit einer Arbeit zum Persönlichkeitsrecht, in welchem er *vor allen anderen arztrechtliche Aspekte behandelte*³, das Doktorat. Er publizierte damit in der Schweiz lange vor allen anderen zum Arztrecht⁴.

Er war erster (und vorderhand einziger) privatrechtlicher Assistent an der Universität Zürich in den Jahren 1960 bis 1965⁵ und schloss sein Habilitationsverfahren im Jahr 1964 mit der sehr grundsätzlichen Arbeit zum subjektiven Recht als Normsetzungsbefugnis ab. Im Jahr 1959 vermählte er sich mit Frau Verena Naef (welche als Tochter einer Diplomatenfamilie am polyglotten Leben⁶ Gefallen fand). Den Ehegatten Bucher wurden in den Jahren 1960, 1962 und 1967 drei Kinder geschenkt⁷. Mit diesen verbrachten die Ehegatten Bucher auch viele Wochen in Katalonien, wo sie mehrere Liegenschaften zu Eigentum erwarben. Dies erklärt auch, warum Eugen Bucher fließend spanisch sprach⁸. Während die eine Tochter in London lebt, ist die andere

tive ausgeht, welche heute nicht mehr allgemein geteilt wird. Vgl. dazu den Beitrag von Catalina Salgado Ramirez in diesem Band.

² Eugen Bucher verstarb am 26.07.2014.

³ Der genaue Titel lautete: *Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit*, Diss. Zürich iuris 1956.

⁴ Vgl. dazu später aus seiner Feder auch *Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln*, in *Berner Tage für die juristische Praxis*, hrsg. von W. WIEGAND, 1984, Bern, 1985, 39-47.

⁵ In diesen Jahren begleitete Eugen Bucher viele junge Studierende bei Arbeiten. Dem späteren Bundesrat Leuenberger riet er jedoch – da dieser erst 23 Jahre alt war – zunächst das Leben kennen zu lernen, um danach eine wissenschaftliche Doktorarbeit zu schreiben, was dieser denn tat, aber später nie mehr Zeit fand für eine Doktorarbeit, eine Begebenheit, an welche sich der spätere Justizminister Leuenberger anlässlich eines Empfangs in der türkischen Botschaft (zu welcher auch Eugen Bucher eingeladen war) erinnerte.

⁶ Das polyglotte Leben widerspiegelt sich auch in seinen weiteren Studien: So besuchte er Ausbildungsgänge in Paris (1958), in London (1961 und 1966), in Salzburg (1963), verbunden mit weiteren Studienreisen nach Italien, Spanien, Portugal, und vor allem seine Lateinamerika-Reisen in den Jahren 1977, 1979, 1983 und 1991. In diesen Reisen nahm er vielfältige Kontakte wahr, sammelte eine eigentliche *Lateinamerika-Bibliothek* und bereitete nicht zuletzt den Aufsatz: «Zu Europa gehört auch Lateinamerika» vor.

⁷ Der Sohn verstarb früh, noch zu Lebzeiten von Eugen Bucher.

⁸ Eugen Bucher hatte die Eigenheit, nicht etwa die deutschsprachige Digestenübersetzung zu verwenden, sondern die spanischsprachige, um Rückschlüsse zu ziehen. Hingegen sprach er kein portugiesisch

DAS SYSTEM DES *CODE NAPOLÉON* ALS GRUNDLAGE FÜR WEITERE NATIONALE KODIFIKATIONEN

YVES MAUSEN

ZUSAMMENFASSUNG: Konfrontiert mit der praktischen Unmöglichkeit die Kodifikation des Privatrechts, ob seiner empirischen Beschaffenheit, zum naturrechtlichen System zu erheben, spricht sich Portalis für eine historisch angelegte und in die Zukunft weisende systemorientierte Darlegung desselben aus

ABSTRACT: Di fronte all'impossibilità pratica di elevare la codificazione del diritto privato, indipendentemente dalla sua natura empirica, a un sistema di diritto naturale, Portalis sostiene un'esposizione impostata storicamente e sistematicamente orientata al futuro della stessa.

SCHLÜSSELWÖRTER: Kodifikation; Naturrecht; Gesetzgebung; Rechtsprechung; Jurisprudenz.

PAROLE CHIAVE: Diritto naturale; legislazione; diritto giurisprudenziale; giurisprudenza.

INHALTSVERZEICHNIS: I. Einleitung. – II. Die Unzulänglichkeiten des axiomatischen Systems. – 1. Die Unmöglichkeit, rein wissenschaftlich zu sein. – 2. Die Unmöglichkeit, vollständig zu sein. – III. Die Funktion des axiomatischen Systems. – 1. Die Möglichkeiten der Richter. – 2. Die Möglichkeiten des Gesetzgebers. – IV. Schluss.

I. *Einleitung*

Man verstehe den Titel dieses Beitrags nicht falsch. Es reicht, dass er, seinem Inhalt nach, nur sehr indirekt mit der Thematik dieses Bandes verknüpft ist. Er soll nicht noch zusätzlich provozieren und Eugen Buchers Gedankengut in Frage stellen. Letzterer hat gezeigt, dass in Lateinamerika «insgesamt keinerlei Abhängigkeit vom F/CC» erkennbar ist und die «spanisch-portugiesische Sprach-Familie [...] privatrechtlich gesehen, eine eigene Familie [konstituiert]»¹. Er hat auch betont, dass in Frankreich, genauso wenig wie in Preussen oder Österreich, die Kodifikation keineswegs «auf einem bewusst entwickelten und wissenschaftlich ausdiskutierten Methodenkonzept beruht»². M. E. geht jedoch der Einfluss des *Code civil des Français* weit über inhaltliche, materielle Fragen hinaus und konnte auch über die geographischen Grenzen der von seinem Namensgeber unterworfenen Länder hinaus vor allem in methodologischen, formellen Fra-

¹ E. BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika*, in *ZEuP*, 2004, 515-547 (538); ID., *Der Einfluss des französischen Code civil auf das Obligationenrecht*, in *Das Obligationenrecht 1883-1983, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts*, hrsg. von P. CARONI, Bern-Stuttgart, 1984, 139-176.

² E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2000, 394-543 (400).

gen Grundlage für andere Kodifikationen sein. Eben mit den Worten Eugen Buchers gesagt: «Beeinflussung liegt nicht nur vor, wenn man die gleichen Dinge vielleicht in anderer Form präsentiert, sondern auch, wenn man etwas Eigenständiges verwirklicht, aber in der Fragestellung vom Vorbild bestimmt ist»³. Was den *Code civil* betrifft, wäre diese Beeinflussung sehr verschieden von der Weitergabe welchen ‚Methodenkonzepts‘ auch immer, denn tatsächlich untergräbt das französische Gesetzbuch die Idee des Systems so wie sie von den aufklärerischen Zeitgenossen verstanden wurde⁴.

«Un système n'est autre chose que la disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premières : celles qui rendent raison des autres s'appellent principes».

So erklärt es Condillac in seinem *Traité des systèmes*⁵ und Jean-Etienne-Marie Portalis scheint diese Methodik prompt zu übernehmen:

«J'appelle science une suite de vérités liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en un corps plus ou moins complet de doctrine ou de système, sur lequel une des branches principales de nos connaissances»⁶.

Die populärste Erstdarstellung findet sich bekanntermaßen bei Descartes, in seinem *Discours de la méthode* von 1637; Diese wird dann im jansenistischen Denken weitergeführt, vor allem durch Arnauld et Nicole in ihrer *Logique de Port-Royal* von 1662.

Im juristischen Feld dient ein solches System – vom Standpunkt des Gesetzgebers oder Gesetzesverfassers aus – zur *inventio*, zum Auffinden der Rechtsregeln, und bedingt – vom Standpunkt des Gesetznehmers aus, sei er Gelehrter, Praktizierender oder einfacher Bürger –, die Darstellung derselben. So spiegelt sich der Gedanke einer Adäquation zwischen Erkennendem und Erkanntem, zwischen der Struktur der erkennenden Vernunft und derjenigen ihres vernünftigen Objekts also, wider. Hierdurch wird dem Gesetz seinem Wesen nach der Anspruch auf Geheimnis verweigert und der Vergangenheit den Rücken zugekehrt. Geistesgeschichtlich gesehen, beruht diese Umwälzung auf dem modernen Naturrecht, der von ihm vorausgesetzten Möglichkeit einer subjektiven Rechtserkennung und der daraus abgeleiteten Rechtsdarstellung.

Sie führt zur *Nova Methodus descendae docendaeque jurisprudentiae* wie Leibniz sie 1667 darzustellen vermag. Einfluss gewinnt diese Lehre vor allem in Zentraleuropa, dank unter anderen der Schriften Pufendorfs oder Heineccii. Weniger wichtig ist das moderne Naturrecht allerdings lange Zeit in Frankreich geblieben. Domats *Lois civiles dans leur ordre naturel* wird z. Bsp. von den Verfassern des *Code Napoléon* ausdrücklich abgelehnt, wogegen Bourjous *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits*

³ E. BUCHER, *Der Einfluss* cit., 142.

⁴ Dieser Beitrag beruht weitgehend auf Y. MAUSEN, *Gesetzgebung und Systemdenken bei Zeiller und Portalis*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 3-4, 2010, 161-178; ID., *Wenn man von Eigenliebe nicht verblendet ist...* Zeiller et Portalis: codifier dans l'histoire, in *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)*, hrsg. von F.-S. MEISSEL u. L. PFISTER, Paris, 2015, 35-47. Dank gebührt Frau Cécile Duhil de Bénazé für die Hilfe bei der förmlichen Anpassung.

⁵ In *Œuvres*, 1798, 2, 1.

⁶ PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*, 1820, 276.

L'AZIONE POPOLARE NEL MODELLO DI CODICE DI ANDRÉS BELLO E IL SUO IMPATTO SULLA TUTELA DEGLI INTERESSI COLLETTIVI: IL CASO COLOMBIANO

CATALINA SALGADO RAMÍREZ

ABSTRACT: Muovendo dal saggio di E. Bucher, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, questo contributo invita il giurista europeo a rivedere un istituto che, nato nel diritto romano e posteriormente scomparso dal diritto europeo, trovò invece riconoscimento in alcuni paesi dell'America Latina: l'azione popolare. Si concentra nell'ordinamento colombiano nella speranza che questa esperienza giuridica possa contribuire alla discussione sull'opportunità di una rifioritura dell'istituto in ambito europeo.

RESUMEN: Partiendo del ensayo de E. Bucher, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika!*, este trabajo invita al jurista europeo a rever una institución que, nacida en el derecho romano y posteriormente desaparecida del Derecho europeo, encontró en cambio su reconocimiento en algunos países de América Latina: la acción popular. El análisis se concentra en el ordenamiento colombiano con la esperanza de que esta experiencia jurídica pueda contribuir a la discusión sobre la oportunidad de un renacimiento de la institución en el ámbito europeo.

PAROLE CHIAVE: Azione popolare; azioni collettive; diritti e interessi collettivi; beni di uso pubblico; Codice civile di Andrés Bello.

PALABRAS CLAVE: Acción popular; acciones colectivas; derechos e intereses colectivos; bienes de uso público; Código civil de Andrés Bello.

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Due chiarimenti sul diritto dell'America Latina. – 1. Il diritto latinoamericano non è una appendice del diritto spagnolo. – 2. L'America Latina non si trova in uno stato di sottosviluppo giuridico. – III. Le azioni popolari nel codice di Andrés Bello: tra tradizione e innovazione. – IV. Lo sviluppo delle azioni popolari a protezione dei diritti ed interessi collettivi nell'ordinamento colombiano.

I. Introduzione

Zu Europa gehört auch Lateinamerika! Sono state le parole utilizzate da Eugen Bucher come titolo di un saggio apparso nella *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* diciassette anni fa, nel 2004. In questo saggio il nostro autore metteva in luce il fatto che anche se i giuristi e i giudici dell'America Latina considerano il diritto dell'Europa continentale come un diritto che gli appartiene, i giuristi europei invece, molto di rado si interessano al diritto dell'America Latina. Bucher, che grazie ai suoi studi e alla sua curiosità accademica ha potuto individuare diverse particolarità del diritto latinoamericano, ha inteso certamente invitare i giuristi europei a prendere in considerazione questo diritto anche come diritto proprio, da cui imparare e anche ispirarsi. Un bel saggio, con un

titolo però non felice. Anche se le sue intenzioni erano certamente diverse, questo titolo risulta non solo scomodo per i giuristi latinoamericani, ma evoca quell'eurocentrismo in materia di diritto comparato, che ha reso invisibili per tanti anni le particolarità dei diritti dell'America Latina. Per questo motivo, se ci fosse consentito ribattezzare il suggestivo saggio di Bucher, potremmo dire non *zu Europa gehört auch Lateinamerika!* ma *Europa und Lateinamerika gehören zusammen!*: Europa e America Latina si appartengono; si appartengono grazie alla comune e ricca tradizione del diritto romano.

Muovendo da quel saggio, vorrei in questo brevissimo scritto, dopo aver chiarito due aspetti sul diritto latinoamericano, partendo da due aneddoti dottrinali (§ II), mettere in luce un istituto molto interessante, che è sparito dai diritti europei, ma che invece, attraverso il diritto romano, vive ancora in alcuni ordinamenti dell'America Latina (§ III), determinando, in modo particolare nell'ordinamento colombiano, una salda e ordinata protezione giuridica dei diritti ed interessi collettivi (§ IV): le azioni popolari.

II. Due chiarimenti sul diritto dell'America Latina

Per meglio descrivere questi aspetti, inizierò da due affermazioni di giuristi europei, in questo caso, italiani. Un primo autore, un noto giurista, A. Gentili, in un suo lavoro ha affermato quanto segue: «attraverso la codificazione spagnola il sistema di derivazione francese si è diffuso largamente anche nei paesi dell'America Latina»¹. Un secondo autore, comparatista, U. Mattei, avanzò nel 1994 una proposta di classificazione dei sistemi giuridici (diremmo meglio, degli ordinamenti giuridici²): radunando gli ordinamenti dei paesi latinoamericani e africani nello stesso gruppo, egli sostenne che «l'esperienza coloniale, con i relativi modelli giuridici occidentali, li ha sicuramente segnati entrambi in un momento di sviluppo molto primitivo»³.

1. Il diritto latinoamericano non è una appendice del diritto spagnolo

Con riguardo alla prima affermazione, basterebbe dire che il Codice civile spagnolo data al 1889 e che a quell'epoca la maggior parte dei paesi latinoamericani si era già munita di codici civili, molti dei quali con caratteristiche 'originali' – ad eccezione del Brasile, che avrà finalmente una codificazione civile, anche essa originale, solo con l'ini-

¹ A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, 4. Una critica di quest'affermazione si può leggere già in N. RUEDA, *L'interpretazione dei contratti: dal movimento di codificazione dell'America Latina ai Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Spunti per una comparazione a partire dallo studio dell'opera Senso e Consenso di Aurelio Gentili*, in *Metodo giuridico e interpretazione. Un confronto interdisciplinare su Senso e consenso di Aurelio Gentili*, a cura di I. BELLONI e V. CALDERAI, Pisa, 2018, 143.

² Sull'utilità della differenza tra sistema giuridico e ordinamento giuridico si veda P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, I, II, III, in *Visioni Latinoamericane. Rivista elettronica del Centro Studi per l'America Latina* [on line]: <<http://www2.units.it/csall/home/?file=ceisal.htm>> (s.d.) s.p.; si veda anche C. SALGADO-RAMÍREZ, *Breves reflexiones sobre la interacción entre 'ordenamiento' y 'sistema' de ius romanum*, in AA.VV., *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Bogotá, 2013, 167.

³ U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 789.

IL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI TRA DIRITTO ARGENTINO E DIRITTO ROMANO

SABRINA LO IACONO

ABSTRACT: Il divieto dei patti successori sancito dall'art. 1010 del nuovo Codice civile e commerciale argentino risulta avere un fondamento romanistico, come appare confermato anche dal suo antecedente, il Codice civile di Vélez Sarsfield. In realtà, in diritto romano la categoria giuridica dei patti successori non fu mai pienamente individuata né risulta potersi parlare in termini generali e astratti di un loro divieto; inoltre, le *rationes* poste tradizionalmente alla base della proibizione di tali istituti non trovano pieno riscontro nelle fonti romane.

RESUMEN: La prohibición de los pactos sobre herencia futura prevista por el art. 1010 del nuevo Código civil y comercial de la Nación parece tener un fundamento romanista, como también lo confirma su antecesor, el Código civil de Vélez Sarsfield. En realidad, en el Derecho romano nunca se identificó plenamente la categoría jurídica de los pactos sucesorios ni parece posible hablar en términos generales y abstractos de su prohibición. Además, las *rationes* invocadas tradicionalmente como fundamento de la prohibición de dichas instituciones no se encuentran expresadas de manera clara en las fuentes romanas.

PAROLE CHIAVE: Divieto dei patti successori; diritto romano; Codice civile e commerciale argentino; Codice civile di Vélez Sarsfield.

PALABRAS CLAVE: Prohibición de los pactos sobre herencia futura; Derecho romano; Código civil y comercial de la Nación; Código civil de Vélez Sarsfield.

SOMMARIO: 1. Il divieto dei patti successori nel nuovo *Código civil y comercial de la Nación*. – 2. Della derivazione romanistica del divieto dei patti successori nel diritto argentino. – 3. Sul divieto dei patti successori nel diritto romano. – A. Il principio *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* e la presunta immoralità dei patti successori nel diritto romano. – B. I passi del *Corpus iuris civilis* richiamati nelle note al Codice civile di Vélez Sarsfield. – 4. Rilievi conclusivi.

1. *Il divieto dei patti successori nel nuovo Código civil y comercial de la Nación*

Di fronte alla possibilità di ammettere quale oggetto di un contratto la futura eredità di uno dei disponenti o di un terzo o singoli diritti ereditari a essa appartenenti, le codificazioni moderne hanno accolto soluzioni differenti (pur non assumendo mai posizioni pure), nelle quali è possibile in generale riconoscere due indirizzi: da una parte vi sono quei Paesi – come la Germania e la Svizzera – che, seguendo il modello germanico, consentono i patti successori quale normale forma di disposizione del patrimonio per causa di morte e di disposizione o rinuncia a un'eredità futura altrui, seppure con talune

limitazioni¹, dall'altra, vi sono quelli, di tradizione romanistica, come l'Italia e la Francia, che ne sanciscono il divieto², ammettendo però limitate deroghe³.

È quest'ultima la soluzione accolta anche dall'ordinamento privatistico nazionale argentino. E infatti, il nuovo art. 1010 del Codice civile e commerciale del Paese (CCeC) – contenuto nel libro III (*Derechos Personales*), titolo II (*Contratos en general*), capitolo V (*Objeto*) – recita, al primo comma⁴:

¹ L'*Erbvertrag* tedesco è disciplinato dagli articoli 2274-2302 del BGB. Cfr. B. ECCHER, *Antizipierte Erbfolge*, Berlin, 1980; P. GALLO, *Successioni in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIX, Torino, 1999, 189. L'ordinamento elvetico regola due forme di successione volontaria a causa di morte, espressamente previste dall'art. 481 c.c.: il testamento (artt. 498 ss. c.c.) e il contratto successorio – istitutivo o positivo (*der Erbwendungsvertrag* o *der positive Erbvertrag*), art. 494 c.c., e rinunciativo o negativo (*der Erbverzichtsvertrag* o *der negative Erbvertrag*), art. 495 c.c. –, disciplinato dagli artt. 512 ss. c.c. Non è invece ammesso il contratto successorio dispositivo, salvo il caso in cui il *de cuius* abbia prestato il suo consenso all'atto. Sui patti successori nel diritto svizzero, cfr. P.H. STEINAUER, *Le droit des successions*, Bern, 2006, nn. 607 ss.; S. WOLF, *Il contratto successorio secondo il Codice civile svizzero*, in *Diritto successorio. Approfondimenti tematici*, a cura di M.G. FALZONE CALVISI, II, Milano, 2013, 265-278; S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui "patti successori" istitutivi*, Milano, 2019, 111-179 e relativa bibliografia. Sull'ammissione dei patti successori in tali Paesi, dal punto di vista della letteratura latinoamericana cfr. H.G. VARGAS BALAGUER, *Empresa familiar y pacto sucesorio*, in *Estudios de Derecho Empresario*, 11, 2017, 129; E. FERNÁNDEZ CASSINI, *La importancia de los pactos del art. 1010 del CCyC. Su incidencia en el patrimonio familiar. Análisis a la luz de la legislación comparada*, in *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, 64, 2018, 30: «Históricamente, "los pactos sucesorios se desarrollaron en plenitud en el derecho germánico, [...] con un sistema sucesorio basado en la idea de la comunidad familiar y fundado en el parentesco de sangre, que predisponían a estas sociedades contra el testamento"», che riporta le parole di F.A.M. FERRER, *Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial*, in *La Ley*, anno LXXIX, 155, 2015, 2.

² Per quanto riguarda il diritto italiano, l'art. 458 c.c. sancisce: «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 *bis* e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi», vietando così sia i patti istitutivi che rinunciativi che dispositivi; cfr. anche l'art. 457 c.c., che ammette solo la successione legittima e la successione testamentaria quali forme di successione a causa di morte. Per quanto concerne l'ordinamento francese, il *Code civil* non ha accolto le soluzioni previste dal *droit coutumier* favorevoli ai contratti successori. Cfr. A. LUCAS, *Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif*, in *Revue trimestrale de droit civil*, 1976, 476. Invece, esso introdusse il loro divieto in più norme: i patti su una successione altrui sono, infatti, vietati dagli artt. 791, 1130 comma 2, 1389, 1600, 1837; quelli sulla propria successione dagli artt. 943, 1130 comma 2, 1389, 1600. Cfr. anche E. FERNÁNDEZ CASSINI, *La importancia cit.*, 30: «Por el contrario, el derecho romano veía con disvalor estas convenciones, por lo que las legislaciones romanistas siguieron la tendencia prohibitiva en la materia. De ese modo fue receptado en nuestro país en el Código velezano que prohibía enfáticamente cualquier convención sobre herencia futura».

³ Ad esempio, l'art. 2 della L. 55/2006 ha introdotto gli artt. 768 *bis-octies* nel Codice civile italiano, che disciplinano il patto di famiglia, e modificato conseguentemente l'art. 458 c.c. con l'aggiunta di un richiamo alle nuove norme quali eccezioni al divieto dei patti successori da esso stesso sancito (cfr. *infra* nt. 8). In Francia, invece, il *Code civil* aveva già ammesso due eccezioni a tale proibizione: la *donation partage* (artt. 1075 ss.) e l'*institution contractuelle* o *donation de biens à venir* (artt. 1082, 1083, 1093, 1094). La L. 728/2006 ha poi innovato la norma cardine in tema di divieto dei patti successori, l'art. 1130, comma 2, aggiungendo l'inciso finale «que dans les conditions prévues par la loi», codificando così il principio della derogabilità del divieto mediante figure tipizzate dalla legge, che ha permesso l'introduzione di novità di rilievo alle eccezioni già previste: la legge stessa ha infatti ampliato l'ambito della *donation-partage* e la possibilità di rinuncia all'azione di riduzione ecc.

⁴ Il legislatore argentino, come già aveva fatto nel Codice civile di Vélez Sarsfield e diversamente da altri ordinamenti (come quello italiano), ha inserito il divieto dei patti successori nell'ambito della trattazione sui contratti, precisamente nella parte generale a essi dedicata.

LA RESILIENZA DELL'ANTICRESI TRA DIRITTO ROMANO E DIRITTO ARGENTINO

RENATO PERANI

ABSTRACT: Alcuni provvedimenti della legislazione imperiale del III secolo, intervenendo in tema di anticresi, attestano la rilevanza dell'istituto di derivazione greca, caratterizzato dalla funzione duplice di garanzia e di godimento. Nonostante la scarsa fortuna dell'anticresi negli ordinamenti moderni, la sua funzione peculiare sembra essere stata colta dal legislatore argentino che, nel *Código civil y comercial de la Nación* del 2014, ne ha confermato la vigenza, annoverandola espressamente fra i diritti reali di garanzia.

RESUMEN: Algunas disposiciones de la legislación imperial del siglo III, interviniendo en materia de anticresis, nos atestiguan la relevancia de esta institución de origen griego, caracterizada por la doble función de garantía y goce. A pesar de la escasa fortuna que tuvo la anticresis en los ordenamientos modernos, su función peculiar parece haber sido acogida por el legislador argentino que, en el *Código civil y comercial de la Nación* de 2014, ha confirmado su vigenza, incluyéndola expresamente entre los derechos reales de garantía.

PAROLE CHIAVE: Anticresi; pegno; diritto romano; diritto argentino; *Código civil de Vélez; Código civil y comercial de la Nación*.

PALABRAS CLAVE: Anticresis; prenda; Derecho romano; derecho argentino; *Código civil de Vélez; Código civil y comercial de la Nación*.

SOMMARIO: 1. La regolamentazione nel codice civile argentino. – 2. La disciplina nel Codice di Vélez e il suo superamento. – 3. Le soluzioni dell'esperienza giuridica romana. – 4. (*Segue*): Gli interventi della legislazione imperiale. – 5. Tentativi di rivalizzazione dell'istituto in comparazione diacronica. – 6. Rilievi conclusivi.

1. *La regolamentazione nel codice civile argentino*

Nell'art. 2212 del *Código civil y comercial de la Nación* del 2014 il legislatore argentino ha disciplinato l'anticresi con il seguente disposto:

Art. 2212 del *Código civil y comercial de la Nación*: «Concepto. La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda».

L'anticresi è inquadrata come diritto reale di garanzia su individuati beni registrati, il cui possesso viene consegnato al creditore o a un terzo designato dalle parti. La consegna non è elemento costitutivo del diritto ma un'obbligazione scaturente dal contratto, che nella nuova lettera è qualificato come consensuale a effetti reali¹. Il titolare

¹ Ciò è confermato dall'art. 2185 dello stesso codice: «Convencionalidad. Los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley

del diritto di anticresi – e possessore attuale del bene – è autorizzato a ricevere i frutti della cosa, per imputarli a saldo del debito. L'istituto di tradizione romanistica, ritenuto da parte della letteratura giuridica come antiquato per la sua scarsa diffusione nella prassi², è rimasto nel tessuto codicistico attuale. E ciò è accaduto in Argentina nonostante si sia verificata, durante i lavori preparatori al nuovo codice civile, una certa pressione per la sua abrogazione, verosimilmente perché non più confacente ormai ai nuovi assetti economici e giuridici latinoamericani del periodo³.

Scopo del contributo è tentare di analizzare le radici romanistiche dell'istituto nelle sue linee di continuità e di discontinuità con la disciplina del nuovo codice argentino.

2. La disciplina nel Codice di Vélez e il suo superamento

Il previgente codice civile argentino, entrato in vigore nel 1871 e conosciuto col nome di Codice di Vélez, contemplava già l'istituto dell'anticresi, su modello delle legislazioni europee e in generale della tradizione romanistica⁴.

indica para cada tipo». Al riguardo cfr. M. VINCI, *L'anticresi nel nuovo codice civile e commerciale argentino: inerzia legislativa o tentativo di rivitalizzazione?*, in *Atti del Congresso Internazionale "Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano"* (Roma, 7-9 maggio 2015), a cura di R. CARDILLI e D.F. ESBORRAZ, Milano, 2017, 749 s.

² M.A. PAZ VELA, *Derecho real de anticresis en el nuevo Código Civil y Comercial*, in *Revista del Notariado*, 6, Buenos Aires, 2015, § 4, che sottolinea espressamente come, nella pratica, «se conocen muy pocos casos»; M. VINCI, *L'anticresi* cit., 750 s. e 758 s.; J.M. MARÍN-RODRÍGUEZ, *Análisis comparativo de la anticresis en el Código civil del Ecuador y los recientes Códigos civiles de Argentina y de Brasil*, in *Dominio de la Ciencias*, 5, n.º 2, Manta, 2019, 506.

³ Riflessioni espresse in merito al mantenimento dell'istituto si trovano in G. BONO-A. PUERTA DE CHACÓN, *Necesaria revitalización de la "anticresis"*. *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación de 2012*, in *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012-IV, 1282-1292. La presa di posizione non è nuova, riprendendo confronti già emersi in passato sull'anticresi e in ordinamenti diversi: si può ricordare qui, con riferimento al diritto italiano, M. FRAGALI, *Dell'anticresi*, in *Commentario Scialoja-Branca, Libro IV obbligazioni, artt. 1960-1991*, Bologna-Roma, 1959, 2 s.

⁴ Sulle radici romanistiche del diritto argentino si vedano O. BEHREND, *Le codificazioni romanistiche e le costituzioni moderne (sull'importanza costituzionale del diritto romano)*, in *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1991, 195 ss.; S. SCHIPANI, *Dalmacio Vélez Sarsfield y la unificación del derecho en América Latina. Acti del colloquio internazionale "L'unificazione del diritto in America Latina: principi e regole comuni in materia di responsabilità extracontrattuale"* (Roma, 19-20 giugno 2000), in questa rivista, 10, 2000, 263-267; oltre agli studi di A. DÍAZ BIALET, *El Derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield*, Córdoba, 1949-1952; A. DÍAZ BIALET, *La recepción del Derecho romano en la Argentina*, Córdoba, 1951; A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000, 210 s.; D.F. ESBORRAZ, *La individualización del Sistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (II) La labor de la Ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX*, in questa rivista, 24/2007, 33-84; ID., *La referencia a los "principios y valores jurídicos" en el Proyecto argentino de Código civil y comercial de 2012*, in *Sistema jurídico romanista y Subsistema jurídico latinoamericano: Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, coord. da E. CORTÉS MONCAYO, D.F. ESBORRAZ, R. MORALES HERVÍAS, S. PINTO OLIVEROS e G. PRIORI POSADA, Bogotá, 2013, 119-166 (= in questa rivista, 34/2013, 229-265; e *Principi generali del diritto, un ponte giuridico tra Italia e Argentina [Brescia, 9-10 maggio 2013]*, a cura di A. CALORE e A. SACCOCCIO, 2014, 335-371) e ai contributi della

DIRITTO ROMANO COMUNE

SUL PROBLEMA DELLA REVOCA DEL TESTAMENTO IN DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD

ROBERTA MARINI

ABSTRACT: L'impostazione contenuta nel *Código civil de la República Argentina* di Vélez Sarsfield in tema di «revocación por testamento posterior» assume, nell'ambito del dialogo con la tradizione civilistica fondata sul diritto romano, una particolare rilevanza. Non solo, all'interno di quel filone, già da tempo rilevato in dottrina, che ha evidenziato nel diritto latinoamericano un ruolo di resistenza del diritto romano nel diritto attuale, ma anche per la luce che – attraverso le 'notas' allo stesso *Código* – contribuisce a dare in relazione alla configurazione del negozio tipico di revoca del testamento.

RESUMEN: La sistemática contenida en el Código civil de la República Argentina di Vélez Sarsfield en materia de «revocación por testamento posterior» asume, en el ámbito del diálogo con la tradición civilista fundada en el Derecho romano, una relevancia particular. No sólo, dentro de aquella orientación, detectada ya desde hace tiempo por la doctrina, que ha destacado en el derecho latinoamericano un papel de resistencia del Derecho romano en el derecho actual, sino también por la luz que – mediante las 'notas' del mismo Código – contribuye a dar en relación a la configuración del negocio típico de revocación del testamento.

PAROLE CHIAVE: revoca; testamento; *prius testamentum*; *posterius testamentum*; *testamentum ruptum*.

PALABRAS CLAVE: revocación; testamento; *prius testamentum*; *posterius testamentum*; *testamentum ruptum*.

SOMMARIO: 1. Sulla revocabilità del testamento: diritto romano e tradizione romanistica. – 2. La revoca del testamento nel CcArg/1869. – 3. La 'nota' all'art. 3827 del CcArg/1869. – A. Il richiamo nella 'nota' alla 'ley romana'. – B. Il richiamo nella 'nota' all'art. 1035 del CcFr/1804. – C. Il richiamo nella 'nota' a Victor-Napoléon Marcadé. – 4. L'impostazione in tema di revoca del testamento nel nuovo *Código civil y comercial de la Nación*. – 5. Osservazioni sulla revoca del testamento nel diritto successorio argentino. Brevi osservazioni conclusive.

1. Sulla revocabilità del testamento: diritto romano e tradizione romanistica

Caratteristica connaturata, nonché imprescindibile, alla stessa nozione di ‘testamento’, quale atto di ultima volontà è, anche nel diritto civile attuale¹, proprio la sua revocabilità².

Tale impostazione – evidentemente collegata al principio espresso già nelle fonti romane secondo il quale *‘ambulatoria est voluntas defuncti, usque ad vitae supremum exitum’*³ – tutela la necessità per cui sino all’ultimo momento della sua vita il testatore deve essere libero di mutare il proprio volere⁴, senza che sia ammessa a tal proposito nessuna restrizione o interferenza⁵.

Tuttavia, se la natura imprescindibilmente revocabile del testamento, quale atto *mortis causa* e come espressione diretta della forza della volontà della persona umana di decidere sino all’ultimo momento circa il proprio erede⁶ e l’attribuzione dei propri

¹ A titolo di esempio, per il modello italiano e quello cinese (prima della recentissima codificazione civile) mi sia permesso di rinviare a quanto avevo osservato in R. MARINI, *Osservazioni sul problema della revoca delle disposizioni testamentarie: diritto romano e diritto cinese*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, a cura di E. ARROYO AMAYUELAS, CH. BALDUS, E. DE CARVALHO GOMES, A.-M. LEROYER QING LU e J.M. RAINER, II (*Esperienze straniere*), Napoli, 2019, 831 ss.

² Fondamentale sul punto N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, in particolare 50 ss. Si veda anche L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni (art. 456-511)*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1980², 229 che deduce «i confini dell’autonomia privata in tale campo» proprio sulla base della revocabilità del testamento. In relazione alla struttura del negozio di revoca, M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Rivista di diritto civile*, 10 (1964), 2/1, 150 ss.; ID., *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie - delle sostituzioni - degli esecutori testamentari (art. 679-712)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1965, 10 ss.

³ Cfr. D. 34,4,4 (Ulp. 33 ad Sab.) *Quod si iterum in amicitiam redierunt et paenituit testatorem prioris offensae, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*. Sulla fonte per un primo riferimento P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale, Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano, 1963², 481; S. SERANGELI, *Sulla revoca del testamento in diritto romano*, Milano, 1982, 7 ss.; M. TALAMANCA *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 757; M. AMELOTI, s.v. *Testamento (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, 468; S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui “patti successori” istitutivi*, Milano, 2019, 210 ss.

⁴ Sia da un punto di vista meramente ‘negativo’, ossia attraverso atti con i quali il testatore si limita a rendere inefficace quanto precedentemente disposto, sia da un punto di vista ‘positivo’, ossia con quegli atti con i quali il testatore modifichi espressamente quanto in precedenza disposto, vd. M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie* cit., 1 s.

⁵ La medesima impossibilità di rinunciare a tale facoltà di revoca è presente, parallelamente, nell’esperienza romana vd. D. 32,22 pr. (Herm. 4 ep.): *Si quis in principio testamenti adscripserit: ‘cui bis legavero, semel deberi volo’, postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur: nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi paenituisse et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat*; così come in quella contemporanea, si vd. a titolo esemplificativo art. 679 del CcIt/1942: «Non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie; ogni clausola o condizione contraria non ha effetto». Sulle caratteristiche del testamento nel diritto civile attuale si veda anche E. DEL PRATO, *Autonomia e inderogabilità nelle successioni mortis causa: spigolature*, in questa rivista 36/2015, in particolare 115 ss.

⁶ Sulla natura primigenia della nozione di ‘erede’ anche in comparazione con quella più matura di ‘successione’ e sulla significativa resistenza di entrambi i termini nel vocabolario giuridico dei modelli suc-

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA REGLA *SUPERFICIES SOLO CEDIT* EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE 1869*

EMANUELA CALORE

RESUMEN: El artículo parte de una referencia a la regla *superficies solo cedit* en las Notas a los artículos 2314 y 2503 del Código civil de la República Argentina elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield para proponer una reflexión acerca de la fuerza del ligamen natural entre superficie y suelo, que surge de las fuentes romanas, que no parece ser tenida en cuenta por el codificador argentino, así como acerca de la elección de Vélez de acoger «el derecho puro de los Romanos» en vez de la labor creadora del pretor, que conduce sustancialmente a la elaboración del derecho de superficie.

ABSTRACT: L'articolo prende le mosse da un richiamo alla regola *superficies solo cedit* nelle note agli articoli 2314 e 2503 del *Código civil de la República Argentina* di Dalmacio Vélez Sarsfield per proporre una riflessione sulla forza del legame naturale tra superficie e suolo, che emerge dalle fonti romane, e sembra non essere più colto dal codificatore argentino, nonché sulla scelta di Vélez di seguire «el derecho puro de los Romanos» piuttosto che l'apporto creativo del pretore, che condusse sostanzialmente all'elaborazione del diritto di superficie.

PALABRAS CLAVE: Superficie; suelo; *ius naturale*; accesión.

PAROLE CHIAVE: Superficie; suolo; *ius naturale*; accessione.

SUMARIO: I. Premisa. – II. La regla *superficies solo cedit* en el Derecho romano. – 1. *Superficies solo cedit* y *ius naturale* en Gayo. – A. Gai. 2,73. – B. Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43,18,2. – 2. Paulo: la imposibilidad de transferir el suelo sin la *superficies, quae natura solo cohaeret*. – 3. Ulpiano: el *ius naturale* y la regla *superficies solo cedit* en el caso de la demolición, *invito domino*, de una casa. – 4. El ligamen natural entre superficie y suelo en la experiencia jurídica romana. – 5. La superación de las consecuencias de la regla *superficies solo cedit*: la concepción romana del derecho de superficie para obviar la falta de reconocimiento de la propiedad horizontal – III. Dalmacio Vélez Sarsfield: *superficies solo cedit* entre naturaleza y accesión. – IV. Conclusiones.

I. Premisa

Las Notas a los artículos 2314 y 2503 del Código civil de la República Argentina de Dalmacio Vélez Sarsfield constituyen un interesante punto de partida para una reflexión en torno a la regla *superficies solo cedit* en el Derecho romano y en el CcArg/1869.

La primera Nota vincula la regla con la accesión, y parece no reconocer la relación natural que existe entre el suelo y lo que sobre él se construye: «Los edificios son designados en el Código Francés como inmuebles por su naturaleza, cuando en verdad solo

* Agradezco al Dr. Jorge Alberto Colmenares Mantilla por la traducción del italiano al español.

lo son por un hecho de accesión, tal es el en efecto el origen que el Derecho romano asigna a esta especie de inmovilización de los materiales que por su naturaleza eran muebles. *Omne quod solo inaedificatur solo cedit*. - *Inst. De rer. divis.*, § 29. Sobre este artículo véase Demolombe, tomo 9, desde el n. 96». Por tanto, en la Nota al artículo 2314, con relación a los edificios, se contraponen dos claves de lectura: una, en la que prima el vínculo natural entre superficie y suelo, y otra, que coloca el acento sobre la accesión. La primera de ellas se halla en el Código civil francés, y la segunda, que fue apropiada por Vélez para el Código civil argentino, en el Derecho romano.

Sin embargo, en realidad la regla o principio¹ *superficies solo cedit*, según el cual aquello que está sobre el suelo (edificaciones o plantas) resulta parte integrante (*cedit*) de este último, está vinculada al *ius naturale* o a la *natura*² en diferentes fuentes del Derecho romano³.

¹ Además de Gai. 2,73; Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43,18,2; Paul. 74 *ad ed.* D. 44,7,44,1; Ulp. 6 *opinion.* D. 9,2,50, que examinaré en las páginas siguientes, el principio también se establece en Gai. 2 *rer. cott.* D. 41,1,7,10; Ulp. 69 *ad ed.* D. 43,17,3,7; Paul. 15 *quaest.* D. 46,3,98,8; Imp. Sev. et Ant. AA. Aristaeneto C. 3,32,2,1; Gai. Ep. 2,1,4; I. 2,1,29-30; S. RICCOBONO, *La violazione del principio superficies solo cedit nel diritto giustiniano. Dal diritto romano classico al diritto moderno (A proposito di D.10,3,14 [Paul. 3 ad Plautium])*, en *AUPA*, 3-4, 1917, 508 s. (= en *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, 301 ss.); F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Munich, 1934, reimp. inalt., Berlín, 2003, 87 (= trad. ital. *I principi del diritto romano*, al cuidado de V. ARANGIO-RUIZ, Florencia, 1946, 111); F. MAROI, *La proprietà degli alberi separata da quella del fondo*, en *SDHI*, 1, 1935, 349; G. PUGLIESE, *Note sulla superficie nel diritto giustiniano*, en *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segré*, Milán, 1943, 119-144 (= de la que se cita, en *Scritti giuridici scelti*, II [*Diritto romano*], Nápoles, 1985, 276 ss.); G. BRANCA, *Considerazioni intorno alla proprietà superficiaria nel diritto giustiniano*, en *Mélanges Fernand de Visscher*, III, en *RIDA*, 4, 1950, 190; ID., s.v. *accessione*, en *ED*, I, Milán, 1958, 261 ss.; F. SITZIA, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milán, 1979, 36; P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edimburgo, 1966, 93 s.; F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, 120; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Colonia, 1970, 90, la coloca entre las reglas normativas; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Turín, 1970, 234, 299; P. MADDALENA, *Accedere e cedere nelle fonti classiche*, en *Labeo*, 17, 1971, 186; J.P. MEINCKE, *Superficies solo cedit*, en *ZSS*, 88, 1971, 136 ss.; H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Zutphen, 1978, 126 ss.; E.C. SILVEIRA MARCHI, *La proprietà per piani nel diritto romano*, en *Index*, 18, 1990, 265 ss.; P. APATHY, Paul. D.46.3.98.8 - *Zur Ersatzpflicht bei inaedificatio*, en *Iura*, 42, 1991, 8; A. ZAERA GARCÍA, *La propiedad superficiaria en el Derecho romano Justiniano*, en *RIDA*, 51, 2004, 369 ss.; D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter*, Munich, 2007⁷, 226; L. GAGLIARDI, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari: dalle azioni in personam alle azioni in rem*, en *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, editado por L. GAROFALO, II, Pádua, 2011, 5 ss.

² B. KÜBLER, s.v. *superficies*, en *PWRE*, IV.A.1, Stuttgart, 1931, 926; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milán, 1937, 284 ss.; ID., *Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio «superficies solo cedit»*, en Synteleia. *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Nápoles, 1952, 138 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milán, 1952, 255 s.; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 87, a pesar de resaltar que la atribución de esta regla al *ius naturale* es indiscutible, considera que los juristas del período tardo-clásico, al indicar la justificación, colocan en primer plano al derecho natural; B. SANTALUCIA, I «Libri opinionum» di Ulpiano, II, Milán, 1971, 263 y nt. 47; H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, cit., 126 ss.; F. PASTORI, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milán, 1984, 120 s.; M. KASER, *Ius gentium*, Colonia-Weimar-Viena, 1993, 102 s.

³ Gai. 2,73; Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43,18,2; Paul. 74 *ad ed.* D. 44,7,44,1; Ulp. 6 *opinion.* D. 9,2,50.

*DEUS EX ORATIONIBUS PLACATUR,
ET PROPTEREA PESTILENTIAS REMITTIT.*
PERCEZIONI PROTO-MODERNE DELL'EPIDEMIA

ANDREA LANDI

ABSTRACT: Suscitato dalle attuali vicende della pandemia da Coronavirus, il saggio si propone di riprendere, per sommi capi, alcune delle riflessioni in tema di peste formulate dalla *scientia iuris* del Diritto comune romano-canonico, per vedere se, almeno sotto certi aspetti, esse risultino ancora interessanti per l'uomo di oggi.

Ne esce una percezione del fatto epidemico che, al di là dell'indubitabile quadro confessionale in cui fu elaborata, è estremamente moderna, perché può contribuire a determinare un ripensamento su quel rapporto fra l'uomo e la natura che caratterizza le odierne società capitalistiche.

RESUMEN: Motivado por la actualidad de la pandemia del Coronavirus, el ensayo pretende resumir, brevemente, algunas de las reflexiones sobre el tema de la peste formuladas por la *scientia iuris* del Derecho común romano-canónico, para ver si, por lo menos en algunos aspectos, siguen siendo de interés para el hombre de hoy.

El resultado es una percepción del hecho epidémico que, más allá del indudable marco confesional en el que fue elaborada, es sumamente moderna, porque puede contribuir a determinar un replanteamiento de esa relación entre el hombre y la naturaleza que caracteriza a las sociedades capitalistas de hoy.

PAROLE CHIAVE: Diritto comune romano-canonico; peste; *relaxatio*; rogazioni.

PALABRAS CLAVE: Derecho común romano-canónico; pestilencia; *relaxatio*; rogaciones.

SOMMARIO: 1. Piccole avvertenze per una comparazione diacronica. – 2. La peste nel sistema di diritto comune. – 3. Alcuni spunti dal *Tractatus de peste* di Gerolamo Previdelli. – A. La chiusura delle Università. – B. Niente assembramenti, ma mercati aperti. – C. Le 'zone rosse' e altri interventi. – 4. Percezioni proto-moderne dell'epidemia.

1. *Piccole avvertenze per una comparazione diacronica**

Le attuali, dolorose, vicende del Coronavirus, anche per il carattere pandemico e per il rilevante numero di morti che ne è derivato, evocano *d'emblée* le terribili epidemie di peste che, nel corso dei secoli, si sono avute in Europa e nel mondo, sin dall'antichità.

Tanto la peste quanto l'epidemia da Coronavirus, infatti, mettono a dura prova le società che ne vengono colpite, imponendo ai legislatori l'obbligo di intervenire per salvaguardare in primo luogo le vite umane e poi la civile convivenza.

L'esperienza del diritto comune – con la sua lunga durata dal medioevo all'età contemporanea – ci presenta spunti di riflessione, dettati in tema di peste dai legislatori e,

soprattutto, dalla *scientia iuris*, i quali appaiono determinati dallo stesso *Leitmotiv* che si riscontra in tanti provvedimenti contenuti nella legislazione emergenziale, sui quali si appunta anche oggi l'attenzione del giurista.

Nelle pagine che seguono daremo uno sguardo, seppur *à vol d'oiseau*, a questa intensa attività normativa e, soprattutto, ai principii che ne stavano a monte.

E per far questo dobbiamo preliminarmente richiamare il contesto nel quale essa si colloca, cioè l'esperienza del diritto comune; la quale, occorre ribadirlo, non operò una mera riproposizione del diritto romano – come se questo fosse chiamato ad una «seconda vita» dopo il tramonto dell'Impero –, ma ebbe una sua identità specifica e nuova, non fosse altro per il ruolo che in tale esperienza svolse il diritto canonico¹.

Anzi, questa esperienza non può essere correttamente intesa se non si tiene presente l'equiparazione fra *civis* e *fidelis*, che in essa si realizzò² e che costituì il suo tratto caratterizzante non solo per il periodo medievale, ma anche per l'età moderna; rimanendo tale caratteristica intatta fino all'Illuminismo settecentesco, nonostante fosse venuta meno l'unicità del credo religioso, già a partire dalla riforma protestante³.

Tale esperienza, come ben si sa, fu contrassegnata da una pluralità di fatti di normazione, forgiata sulla dialettica fra *ius commune* (il diritto comune romano-canonico, contenuto nei due *Corpora iuris*, e la loro *interpretatio*, fatta dalla *scientia iuris*) e *iura propria* (i diritti delle istituzioni particolari: Comuni, Corporazioni, *Regna*, etc.), nella quale pluralità il fattore unificante fu rappresentato proprio da un'accorta scienza giuridica, capace di rispondere, in un modo straordinario, ai bisogni emergenti dalla società⁴.

* Queste pagine riproducono, con la sola aggiunta delle note essenziali, una lezione tenuta nell'ambito del seminario dei docenti del Corso di Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Pisa - *Curriculum* di diritto privato, lavoro e tradizione giuridica europea, dal titolo *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19*, svoltosi nei giorni 12 e 13 giugno 2020. Essa si inseriva nella sessione dedicata a *Epidemie e diritto nella comparazione diacronica e sincronica*. Ciò spiega, almeno in parte, l'andamento didascalico e a tratti colloquiale di tutto il discorso, pensato per un uditorio di giovani studiosi di varia estrazione e non per specialisti di storia giuridica.

¹ La bibliografia sul punto è amplissima: per un primo, sintetico, approccio cfr. U. SANTARELLI, *L'esperienza giuridica basso-medievale. Lezioni introduttive*, Torino, 1991, 79 ss. Sulla genesi del diritto comune, non si possono omettere, fra i tanti, F. CALASSO, *Medio Evo del diritto. Le fonti*, Milano, 1954, 469 ss., i cui itinerari sono stati ripercorsi da M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1994⁷, 163 ss., nonché G. ERMINI, *Corso di diritto comune, I (Genesi ed evoluzione storica elementi costitutivi - Fonti)*, Milano 1989, 123 ss., con una panoramica sulle varie teorie storiografiche; oltre al più recente M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo: ius commune, droit commun, common law nella dottrina della prima età moderna*, Bologna, 2005. Per un affresco su tutta l'età del diritto comune, cfr. almeno A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, I (Le fonti)*, Milano, 1982, e la penetrante ricostruzione di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

² Cfr. P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, ora in ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. FANTAPPIÈ, Milano, 2013, 133.

³ Ancora affascinante la risalente, ma non invecchiata ricostruzione di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 97 ss.

⁴ In merito cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, nuova edizione, Roma-Bari, 2006, 127 ss.

LA NATURA DELLA DIVISIONE. UN FALSO PROBLEMA

SIMONA CACACE

ABSTRACT: Una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana sancisce il ritorno alla concezione romanistica della natura costitutiva della divisione, abbandonata col diritto intermedio a favore della dichiaratività. L'Autrice richiama le peculiarità, in diritto romano, dell'*actio finium regundorum* e, prescindendo da rigidi schematismi, accoglie la possibilità di coniugare armonicamente effetti costitutivi e dichiarativi, prodotti da un unico istituto a funzione distributiva.

RESUMEN: Un reciente pronunciamiento de las Salas Unidas de la Corte de Casación italiana dispuso el retorno a la concepción romanista de la naturaleza constitutiva de la división, abandonada en el derecho intermedio a favor de la declarativa. La Autora recuerda las peculiaridades, en el Derecho romano, de la *actio finium regundorum* y, prescindiendo de rígidos esquematismos, acoge la posibilidad de conjugar armónicamente efectos constitutivos y declarativos, producto de una única institución con función distributiva.

PAROLE CHIAVE: Divisione; natura dichiarativa; natura costitutiva; effetti; retroattività; comunione; atti *manente comunione*.

PALABRAS CLAVE: División; naturaleza declarativa; naturaleza constitutiva; efectos; retroactividad; comunión; actos *manente comunione*.

SOMMARIO: 1. La natura traslativa della divisione in diritto romano: ragioni e superamento. – 2. Natura ed effetti della divisione ai sensi dell'art. 757 c.c. – 3. Retroattività della divisione e atti dispositivi *manente comunione*. – 4. La natura dichiarativa o costitutiva della divisione: un falso problema.

1. La natura traslativa della divisione in diritto romano: ragioni e superamento

Una recente pronuncia della Corte di cassazione italiana¹ definisce come costitutiva la natura della divisione, con un *revirement* che consacra un ritorno alla concezione

¹ Cass. civ., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *Riv. Notariato*, 2019, 1262, con commento di C. CICCERO-A. LEUZZI, *Quando la divisione ereditaria di immobili equivale a una vendita. Osservazioni a margine di una sentenza-trattato*; in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 1296, con commento di R. TREZZA, *La natura giuridica dell'atto di scioglimento della comunione ereditaria e le implicazioni sui beni immobili abusivi: atto inter vivos, nullità testuale, divisione ereditaria parziale ed espropriazione dei beni indivisi: il revirement sistematico-teleologico della Cassazione*; in *Notariato*, 2019, 649, con commento di C. ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*; in *Giustizia Insieme*, 8 novembre 2019, con commento di R. TREZZA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria*; in *Vita not.*, 2019, 1229 e 1257, con commenti rispettivamente di V. CERSOSIMO, *La divisione ereditaria: dalla natura dichiarativa a quella costitutivo-traslativa (prime impressioni e risvolti pratici)* e di F.P. LOPS, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche*; in *Contr.*, 2019, 607, con commento di F.M. BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*; in *Riv. dir.civ.*, 2020, 13, con commento di G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*; in *Foro it.*, 2020, I, 995, con commento di C. BONA, *1538-2019: si chiude la parentesi sulla «dichiaratività» della di-*

romanistica, abbandonata col diritto intermedio a favore della dichiaratività nel supposto intento di far fronte ad alcuni problemi applicativi di segno giuridico e tributario.

Nel diritto romano, peraltro, è già possibile intravedere come la definizione di tale natura finisca per rappresentare un falso problema, qualora si accolga per converso la possibilità di conciliare effetti sia costitutivi, sia dichiarativi prodotti da un unico istituto, così prescindendo da velleità di schematismi categorizzanti.

Le fonti romanistiche assimilano la divisione alla permuta o alla vendita, rispettivamente tutelate con l'azione *praescriptis verbis* o con quella *ex empto*².

Tale diversa ed alternativa qualificazione dell'istituto non pare dipendesse dalle modalità con cui la spartizione veniva concretamente operata: se tramite una materiale distribuzione 'in natura' o se invece realizzando una divisione soltanto 'civile', grazie all'aggiudicazione di un bene per l'intero ad uno dei condidenti, condannato a liquidare i consorti per l'equivalente della porzione che sarebbe loro spettata.

Si trattava però certo di un contratto di scambio riguardante la quota ideale di cui ciascun condomino era proprietario sui beni attribuiti agli altri. Il condidente non otteneva dunque la proprietà dell'intero bene di cui era assegnatario, per non incorrere nel divieto di acquisto di cosa già propria (*plus quam semel res mea esse non potest*), bensì conseguiva la proprietà delle quote che idealmente ed aritmeticamente gli mancavano al fine di conseguire il diritto integrale su un oggetto materiale.

In ambito di divisione stragiudiziale, per il trasferimento della proprietà occorreva poi la *traditio*: era un contratto ad efficacia meramente obbligatoria³.

visione?; in *Dir. succ. fam.*, 2020, 301, con commento di M. CIANCIMINO, *La divisione della comunione ereditaria sull'immobili abusivo al vaglio delle Sezioni unite: la validità dello scioglimento fra normativa urbanistica e assiologia ordinamentale*; in *Teoria st. dir. priv.*, 2020, 1, con commento di R. D'ALESSIO, «Un dogma privo di solide fondamenta». *L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali*. V. anche E. MIGLIACCIO, *Sulla natura e sugli effetti della divisione*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 135, e G. AMADIO, *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 696.

² Cfr. G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 38 ss. V. altresì la definizione datane da C. DUMOULIN nel suo *Commentarii in Parisienses Totius Galliae Supremi Parlamenti Consuetudines* (Francoforti ad Moenum, 1597, Tit. I *De fiefs*, § XXIII, n. 74): «est enim divisio contractus mixtus participans de distractu et contractu, et de permutatione et de venditione, et tamen propriam et distinctam habet naturam». Lo stato di incertezza riguardo all'esatta natura contrattuale della divisione si rinviene negli stessi responsi di Papiniano, che la definisce quale *permutatio rerum discernens communionem* (*Pap.*, 8 resp. D.31,77,18) ovvero *quasi permutatio* (*Ulp.* 19 ad ed. D.10,2,20,3), mentre in altre fonti coeve essa non manca di essere assimilata alla compravendita (C.3,37,3 Imp. Alex. Sev., a. 222 e C.3,38,1 Imp. Anton., a 211). V. F. RICCI, *Fondamento della massima, essere la divisione dichiarativa e non attributiva di proprietà*, in *Giornale delle leggi*, 1878, 361, e G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 1, Torino, 1937, 127. Alla natura costitutiva della divisione corrisponde, in diritto romano, un concetto di condominio non quale gruppo collettivo cui compete la proprietà: ciascun contitolare serba infatti individualmente il suo diritto e ne esercita indipendentemente le facoltà divisibili *pro parte* (percezione dei frutti, alienazione, costituzione di usufrutto, etc.). Non sono invece consentite al singolo condomino le facoltà indivisibili, le quali verrebbero ad esaurire l'altrui diritto, come l'alienazione di parti materiali e la costituzione di servitù prediali: cfr. P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, 293, e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004⁴, 348 ss.

³ L. RAMPONI, *Della comunione*, Napoli-Torino, 1922, 213 ss.

IL PRINCIPIO DI *BONA FIDES* E IL NOTARIATO LATINO COME ELEMENTI DI IDENTITÀ DEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO

MARÍA DEL ROSARIO STOPPANI

ABSTRACT: Il contributo si occupa di fornire argomenti al fine di contribuire alla rivalorizzazione del notariato latino. L'indagine si concentra sul ruolo fondamentale del notaio latino nella attuazione dei principi di buona fede e di sicurezza giuridica preventiva, che emergono nella tradizione giuridica fondata nel diritto romano, evidenziando la funzione notarile latina come elemento di identità e di resistenza del sistema giuridico romanistico.

RESUMEN: El artículo se ocupa de suministrar argumentos para contribuir a la revalorización del notariado latino. La investigación se concentra en el papel fundamental del notario latino en la implementación de los principios de buena fe y de seguridad jurídica preventiva, que se desprenden de la tradición jurídica fundada en el Derecho romano, poniendo de manifiesto la función notarial latina como elemento de identidad y de resistencia del sistema jurídico romanístico.

PAROLE CHIAVE: Diritto romano; notaio latino; *bona fides*; buona fede; sicurezza giuridica preventiva.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano; notario latino; *bona fides*; buena fe; seguridad jurídica preventiva.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Bona fides* nel diritto romano. – 3. *Bona fides* nel diritto argentino. – 4. Notaio latino e diritto romano. – 5. *Bona fides* e notaio latino. – 6. Notaio latino e pragmatismo tecnologico. – 7. Conclusione.

1. *Premessa*

Gli ordinamenti giuridici appartenenti al sistema giuridico romanistico mostrano con crescente enfasi l'importanza fondamentale del principio di buona fede e del principio di sicurezza giuridica preventiva, che oggi non esprimono solo valori giuridici, ma assumono importanza anche in una prospettiva economica.

In questo senso, la figura del notaio latino, definito come «... el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido»¹, acquisisce un ruolo essenziale in quanto, nel suo campo d'azione, è responsabile nel garantire la corretta ed efficace attuazione di questi principi.

¹ Cfr. Conclusioni del Primo Congresso Internazionale del Notariato Latino, Buenos Aires, 2 ottobre 1948.

2. *Bona fides nel diritto romano*

I principi generali del diritto esprimono dei valori fondamentali che vanno al di là della dimensione nazionale. Uno dei principi generali del diritto è la buona fede.

Alla fine di comprendere il fondamento di questo principio è essenziale conoscerne l'emersione nella nostra tradizione giuridica, quindi è necessario analizzare il suo fondamento nel diritto romano e nella tradizione romanistica, perché come afferma il giurista Gaio nel primo libro dei *Commenti alla legge delle dodici tavole*, raccolto nel frammento del Digesto D. 1,2,1: ... *Et certe cuiusque rei potissima pars principium est...*².

Nel campo del diritto romano la buona fede è, oltre a un principio generale di condotta negoziale (lealtà e rettitudine), un principio di integrazione del contenuto delle obbligazioni nate dal contratto, che include non solo ciò che le parti hanno espressamente voluto, ma anche tutto ciò che in base alla buona fede può essere creduto che una parte debba l'altra (*quidquid dare facere oportere ex fide bona*), circostanza che evidenzia il compito essenziale del giudice, che al momento dell'emissione della sentenza deve tradurre la *fides bona* e determinarne il suo contenuto, cercando di proteggere la sinallagmaticità contrattuale. Alcune delle fonti del diritto romano che mostrano il ruolo della *bona fides* come parametro di condotta negoziale, come criterio per integrare il contenuto del contratto e come determinabile nel lavoro del *iudex* nel determinare gli obblighi derivanti da ciascuna parte, sono: Cic. *De off.* III, 16,65-66; Cic. *De off.* III, 17, 70; D. 16,3,24; D. 19,1,50; Gai. 3,137; e Gai. 3,155³.

In primo luogo, in Cic. *De off.* III, 16,65-66⁴ riferendosi a un caso in cui il venditore nasconde un vizio della proprietà all'acquirente causando un danno, Catone, padre dell'Uticense, in base al dovere di agire in base alla *bona fides* (*quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona*), stabilisce nella sua sentenza che il venditore deve informare il compratore di tutto ciò di cui è a conoscenza rispetto alla cosa venduta, condannandolo così all'inadempimento di tale dovere.

In secondo luogo, in Cic. *De off.* III, 17,70⁵, Cicerone ribadisce il dovere degli uomini di agire bene, onestamente e senza frode, ed espone il pensiero del pontefice

² Sul punto si vd. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, 101 ss.

³ Cfr. R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2010, 29 ss.

⁴ Cfr. Cic. *De off.* III, 16,65-66: [65] *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, [...], a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. [66] Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius: Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

⁵ Cfr. Cic. *De off.* III, 17,70: *Nam quanti verba illa UTI NE PROPTER TE FIDEM TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM quam illa aurea UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE. Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur 'ex fide bona'. fideique bonae no-*

NUOVO CODICE CIVILE DI PORTORICO

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO: EJEMPLO DE RESISTENCIA DE LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA EN UN ORDENAMIENTO ASEDIADO POR EL *COMMON LAW**

DAVID FABIO ESBORRAZ

RESUMEN: El artículo se ocupa del nuevo Código civil de Puerto Rico, aprobado y entrado en vigor en 2020, y de la importancia de este acontecimiento en un ordenamiento como el puertorriqueño, cuyo Derecho privado pertenece desde la conquista y la colonización española a la tradición romanística, pero que a partir de la invasión en 1898 por parte de los Estados Unidos de Norteamérica y el consiguiente cambio de soberanía se encuentra fuertemente condicionado por el *common law*. Desde esta perspectiva el nuevo Código civil constituye un hito de gran importancia, no sólo para la afirmación de la identidad jurídico-cultural puertorriqueña, sino también para la consolidación y expansión del entero Sistema jurídico romanístico.

ABSTRACT: L'articolo tratta del nuovo codice civile di Portorico, approvato ed entrato in vigore nel 2020, e dell'importanza di questo evento in un ordinamento come quello portoricano, il cui diritto privato appartiene alla tradizione romanistica sin dalla conquista e colonizzazione spagnola, ma che dall'invasione del 1898 da parte degli Stati Uniti d'America e dal conseguente cambio di sovranità è fortemente condizionato dal *common law*. In questa prospettiva, il nuovo codice civile costituisce una pietra miliare di grande importanza, non solo per l'affermazione dell'identità giuridico-culturale portoricana, ma anche per il consolidamento e l'espansione dell'intero sistema giuridico romanistico.

PALABRAS CLAVE: Código civil de Puerto Rico de 2020; Sistema jurídico romanístico; transfusión del Derecho romano; Subsistema jurídico latinoamericano; colonialismo; penetración del *common law*; transculturación; resistencia de la tradición romanística.

PAROLE CHIAVE: Codice civile di Portorico del 2020; Sistema giuridico romanistico; trasfusione del diritto romano; Sottosistema giuridico latinoamericano; colonialismo; penetrazione del *common law*; transculturazione; resistenza della tradizione romanistica.

SUMARIO: I. Introducción. – II. Las vicisitudes político-jurídicas de la ‘colonia más antigua del mundo’. – 1. El estatus jurídico de Puerto Rico bajo la dominación española (1493-1898). – A. La incorporación de la isla de Boriquén a los dominios de Castilla y la ‘transfusión’ del Derecho romano. – B. De la condición de colonia a la de provincia de Ultramar, del Derecho indiano a la codificación ultramarina. – C. El logro del tan anhelado régimen autonómico para Puerto Rico. – 2. La invasión estadounidense, el cambio de soberanía y la puesta en marcha del proceso de norteamericanización de Puerto Rico (1898-1952). – A. La supresión del régimen auto-

* Agradecemos al personal de las bibliotecas de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, y de las Escuelas de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, en las personas de los Dres. José M. Estrada Bolívar, Juan C. Corujo Berrios y Tammy Martínez Correa, respectivamente, por la colaboración prestada en la búsqueda y envío de parte del material bibliográfico empleado en este trabajo

nómico y la instalación de un Gobierno militar con ‘autoridad absoluta y suprema’. – B. El establecimiento de un Gobierno civil fuertemente condicionado por la nueva Metrópoli y la instauración de un régimen colonial fundado en la doctrina del ‘territorio no incorporado’. – C. La penetración del *common law* en Puerto Rico y la ‘hibridación’ de su ordenamiento jurídico. – 3. La creación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y los tentativos de recuperar una mayor autonomía y de frenar la transculturación. – A. La ‘farsa’ del Estado Libre Asociado: el colonialismo por consentimiento. – B. La revitalización de la tradición romanística por obra del Tribunal Supremo de Puerto Rico. – III. El nuevo Código civil de Puerto Rico como instrumento de reafirmación de su autonomía política y de su identidad jurídica. – 1. El proceso de elaboración del Código civil de 2020. – 2. El Título preliminar: la confirmación del origen romanístico del Código civil puertorriqueño, la delimitación de las fuentes del derecho y la prevalencia de la versión en español de las leyes. – 3. La Parte general: la particular atención prestada a la protección de la persona natural, de los animales y de los bienes públicos y comunes. – 4. Los derechos reales entre tradición e innovación: el reconocimiento expreso del *numerus apertus*, la ampliación de las restricciones al derecho de propiedad y la conservación de la teoría del título y del modo. – 5. Los derechos personales y la reafirmación de la sistemática de la tradición romanística: la separación de la teoría general de las obligaciones de la del contrato, la supresión o transformación de algunos tipos contractuales y la incorporación de otros de naturaleza comercial, la regulación más articulada de la responsabilidad extracontractual y de las demás fuentes de las obligaciones.

I. Introducción

El 28 de noviembre de 2020 entró en vigor el nuevo Código civil de Puerto Rico, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley n.º 55 del 1.º de junio del mismo año en sustitución del que regía en la Isla desde 1930, el cual era en realidad una versión revisada (al igual que el de 1902) del Código civil español de 1889 con algunos injertos provenientes del Código civil de la Luisiana de 1870, que terminaron por convertirlo en un híbrido jurídico¹. Es por ello que pueda afirmarse con razón que este nuevo Cuerpo legal constituya el primer Código civil auténticamente puertorriqueño, al ser el fruto del trabajo de un nutrido grupo de juristas nacionales que asesoraron a la denominada ‘Comisión Conjunta Permanente’ de la Asamblea Legislativa, creada por medio de la Ley n.º 85 de 1997 (art. 1) con la finalidad de realizar «una revisión total y una reforma del Código civil de Puerto Rico de 1930, según enmendado, atemperando[lo ...] a nuestros tiempos y prestando, además, especial atención en conciliar todas sus partes con el fin de que resulte en una obra moderna, concordante y armónica» (art. 3)².

¹ En este sentido véase, entre otros, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000, 480-484.

² La referida Comisión estuvo compuesta por siete miembros del Senado y siete miembros de la Cámara de Representantes (art. 2) y pudo contar con el asesoramiento de juristas pertenecientes, entre otras instituciones, a la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación y a las Escuelas o Facultades de Derecho de las diferentes Universidades puertorriqueñas (art. 12). La Dirección Ejecutiva de la Comisión fue confiada a la prof.ra Marta Figueroa Torres, Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Acerca del procedimiento seguido para la elaboración de los borradores del nuevo Código civil se remite a la información suministrada por la misma M. FIGUEROA TORRES, *Crónica de una ruta iniciada: el proceso de revisión del Código civil de Puerto Rico*, en *Revista jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 35.3, San Juan, 2001, 491-513.