

# ReA

# Roma e America *online*

## Diritto romano comune

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO IN EURASIA  
E IN AMERICA LATINA

Appendice annuale *open access*

ISSN 2532 411X

2/2024

***Direttore***

Antonio Saccoccio

***In collaborazione con***

Parlamento Latinoamericano y Caribeño - PARLATINO

Istituto Italo-Latino Americano - IILA

OSSERVATORIO sulla codificazione e sulla formazione del giurista in Cina  
nel quadro del sistema giuridico romanistico



MUCCHI EDITORE

# Roma e America *online*

## Diritto romano comune

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

Appendice annuale *open access*

ISSN 2532 411X

2/2024

*In collaborazione con*

Parlamento Latinoamericano y Caribeño - PARLATINO

Istituto Italo-Latino Americano - IILA

OSSERVATORIO sulla codificazione e sulla formazione del giurista in Cina  
nel quadro del sistema giuridico romanistico

Mucchi editore

*In collaborazione con:*

Parlamento Latinoamericano y Caribeño - PARLATINO

Organizzazione internazionale italo-latino americano - IILA

OSSERVATORIO sulla codificazione e sulla formazione del giurista in Cina  
nel quadro del sistema giuridico romanistico



*Roma e America* online

ISSN 2532-411X

Appendice annuale *open access* di

*Roma e America. Diritto romano comune - Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America latina* (Rivista fondata da Sandro Schipani nel 1996)

**[www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)**



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietata la vendita e la modifica.

© Stem Mucchi editore S.r.l. - 2023-2024

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) - [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)

indirizzi web: [www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it) - [www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)

facebook - twitter - instagram

Direttore responsabile *Marco Mucchi*

Tipografia, impaginazione, gestione sito web: Stem Mucchi editore - Modena

Pubblicato nel mese di dicembre 2024

***Direttore:***

Antonio Saccoccio

***Comitato di direzione editoriale:***

Antonio Angelosanto ('Sapienza' Università di Roma); Simona Cacace (Università di Brescia); Alessandro Cassarino (Università di Pisa); Catalina Salgado Ramírez (Universidad Externado de Colombia)

***In redazione:***

Chiara Iovacchini, Sabrina Lo Iacono, Enzo Rocha Magri, Mattia Melone, Marco Junior Lotti, Michele Pedone, Giulia Rabaioli, Giulia Aurora Radice, Isabella Zambotto

***Comitato scientifico:***

Sandro Schipani, 'Sapienza' Università di Roma (coordinatore del comitato e fondatore della rivista, Italia)

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México; Roberto Carleo, Università di Napoli "Parthenope"; Patricio Ignacio Carvajal Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile; Cosimo Cascione, Università di Napoli 'Federico II'; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Luis Enrique Chase Plate, Universidad Nacional de Asunción; Edgar Cortés Moncayo, Universidad Externado de Colombia; Laura D'Amati, Università di Foggia; Tommaso dalla Massara, Università Roma Tre; Fábio Siebeneichler De Andrade, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Andrea Di Porto, 'Sapienza' Università di Roma; Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid; Iole Fagnoli, Università di Milano e Università di Berna; Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino – CUPL; Enrico Gabrielli, Università di Roma 'Tor Vergata'; Jean-François Gerkens, Université de Liège; Emilssen González de Cancino, Universidad Externado de Colombia; Orisel Hernández Aguilar, Universidad de Pinar del Rio (Cuba); Huang Feng, Università Normale di Pechino – BNU; Jiang Ping, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino – CUPL; Julio Lo Coco, Universidad Católica de Buenos Aires; Eduardo Silveira Marchi, Universidade de São Paulo – USP; Carla Masi Doria, Università di Napoli 'Federico II'; Jorge Mena Brito Paz, Universidad Autónoma de México – UNAM; Cesare Mirabelli, Università di Roma 'Tor Vergata'; Martha Lucía Neme Villarreal, Universidad Externado de Colombia; Noemi L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario; Malina Novkirishka Stoyanova, Università di Sofia; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Valerio Pescatore, Università di Brescia; Aldo Petrucci, Università di Pisa; Sheraldine Pinto Oliveros, Universidad Central de Venezuela; Ronaldo de Britto Poletti†, Universidade de Brasília; Giovanni Priori Posada, Pontificia Universidad Católica del Perú; Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires; Gian Franco Rosso Elorriaga, Universidad de los Andes (Cile); Catalina Salgado Ramírez, Universidad Externado de Colombia; Lilian San Martín Neira Universidad del Desarrollo (Cile); Gianni Santucci, Università di Trento; Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn; Franco Vallocchia, 'Sapienza' Università di Roma; Andrea Trisciuoglio, Università di Torino; Alberto Venturelli, Università di Brescia; Vincenzo Verdicchio, Università del Sannio; Xu Guodong, Università di Xiamen – XmU (Cina).

*La Redazione è presso:*

Prof. Antonio Saccoccio  
'Sapienza' Università di Roma  
Dipartimento di Scienze Giuridiche - Sezione di Diritto romano  
Piazzale Aldo Moro, 5  
00185 Roma (Italia)

*antonio.saccoccio@uniroma1.it*

*<https://www.romaeamerica.it/>*

*<https://mucchieditore.it/prodotto/roma-e-america-diritto-romano-comune/>*

I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.  
La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute.

In adozione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e dei revisori) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama.

L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista e presso la Direzione.

Hanno espresso valutazioni in ordine ai contributi del presente volume:

Gregor Albers, Friedrich Wihlems Universität Bonn; Luca Ancis, Università di Cagliari; Luigi Ardizzone, Università di Brescia; Barbara Pozzo, Università dell'Insubria di Varese e Como; Michela Cavallaro, Università di Catania; Enzo Di Salvatore, Università di Teramo; Marco Falcon, Università di Padova; Francesco Fasolino Università di Salerno; Maurilio Felici, Università LUMSA di Roma; Emilio Garrote Campillay, UDA Universidad de Atacama (Chile); Alexandre Ginzler, Universidade de São Paulo-USP; Manuel Grasso, Universidad de los Andes (Santiago de Chile); Giovanbattista Greco, Università di Salerno; Francesco Morandi, Università di Sassari; Rosanna Ortu, Università di Sassari; Andrea Sassi, Università di Perugia; Silvia Schiavo, Università di Ferrara; Laura Schiuma, Università di Perugia; Bruno Tassone, Università 'Mercatorum'; Andrea Trisciuglio, Università di Torino; Alberto Venturelli, Università di Brescia; Vincenzo Verdicchio, Università 'Sannio' di Benevento; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica (Santiago de Chile); Rafael Vergara Gutierrez, Universidad de los Andes; Silvia Viaro, Università di Padova; Victor Doering Xavier da Silveira, Universidade de São Paulo-USP.

## INDICE

### DIRITTO ROMANO COMUNE

GIORGIA MARAGNO		
<i>Cavalli e bastoni. Costantino e l'eterogenesi dei fini?</i>	»	2
MAURIZIO ONZA		
<i>I contratti di escrow: prospettive di diritto commerciale</i>	»	29
<i>Piattaforme online, dati e intelligenza artificiale tra interessi pubblici e garanzie dei privati [Alberto Di Flumeri]</i>	»	34

### CODICI

ANTONIO SACCOCCIO		
<i>Eugen Huber e i suoi rapporti con l'Italia</i>	»	41
ALEKSANDER GREBIENIOW		
<i>Le ultime modifiche legislative al codice civile polacco del 1964 (2009-2023)</i>	»	62
LINDA DE MADDALENA		
<i>Eugen Huber a lezione da Theodor Mommsen. Appunti dal semestre berlinese</i>	»	81

### AMERICA LATINA

<i>Breve resumen de las XLV Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial [Emilio Romualdi]</i>	»	89
ALESSANDRO ZAMPONE		
<i>Considerazioni sparse sugli effetti dell'evento 'guerra' sui contratti di impiego dell'aeromobile</i>	»	91
BERNARDO B. QUEIROZ DE MORAES		
<i>A sistematização do Direito civil brasileiro no período pré-codificação e o Direito romano</i>	»	108
MARÍA KARINA GUGGIANA VARELA		
<i>Acerca del requisito de la utilidad y del principio romano civiliter uti en su aplicación al ejercicio de las servidumbres mineras en Chile</i>	»	130
RODRIGO ARNONI SCALQUETTE		
<i>Vizi redibitori dal diritto romano al diritto contemporaneo: un'analisi italo-brasiliana</i>	»	142

## CUBA

PIETRO PAOLO ONIDA

*Animali non umani e ambiente nel sistema giuridico romano: la prospettiva del diritto naturale* pag. 160

ANTONIO ANGELOSANTO

*L'estensione della legittimazione attiva alla tutela delle res in usu publico (e della salubritas) dai cives agli omnes homines: al di là della persona giuridica* » 194

ORISEL HERNÁNDEZ AGUILAR

*La naturaleza 'societaria' del municipio: de su génesis en el derecho romano a su recepción en Cuba* » 231

JOANNA GONZÁLEZ QUEVEDO

*La recepción del Derecho público romano en Cuba. Una visión desde la participación del ciudadano* » 245

ENRICO DEL PRATO

*Sostenibilidad, precaución, subsidiariedad* 259

ALESSANDRA DI MARTINO

*Un landmark case en el litigio climático transnacional: derechos, intertemporalidad y democracia a partir del Klima-Beschluss del Tribunal Constitucional alemán* 279

*La prima Summer school italo-cubana a L'Avana [Antonio Saccoccio]* 317

# DIRITTO ROMANO COMUNE

## CAVALLI E BASTONI. COSTANTINO E L'ETEROGENESI DEI FINI?

GIORGIA MARAGNO

**SINTESI:** La discussa legge costantiniana riportata in C.Th. 8,5,2 vieta di utilizzare *fustes nodosi et validissimi* per incitare gli *animalia publica*. Norma, in linea di massima, confermata nel Codice di Giustiniano (C. 12,50,1) e poi nei Basilici (B. 56,17,1, *restitutus*). Dopo aver analizzato il testo nei suoi profili più critici, l'attenzione si concentra sulla *ratio*, differentemente intesa dagli studiosi: la salvaguardia dei beni pubblici e/o il benessere degli animali. Mettendo a confronto la triplice tradizione del testo, è forse possibile individuare una maggiore articolazione della suddetta *ratio*, fino a pervenire all'idea che la legge abbia subito un intenzionale mutamento formale da parte dei compilatori giustiniani. Rispetto alla più antica tradizione, una clamorosa eterogenesi dei fini?

**RESUMEN:** La discutida ley constantiniana en C.Th. 8,5,2 prohíbe el uso de *fustes nodosi et validissimi* para incitar *animalia publica*. Una norma, en principio, confirmada en el Código de Justiniano (C. 12,50,1) y posteriormente en los Basilicos (B. 56,17,1, *restitutus*). Tras analizar el texto en sus aspectos más críticos, la atención se centra en la *ratio*, entendida de forma diferente por los estudiosos: la protección de los bienes públicos y/o el bienestar animal. Comparando la triple tradición del texto, quizá sea posible identificar una mayor articulación de la mencionada *ratio*, lo que lleva a pensar que la ley sufrió un cambio formal deliberado por parte de los compiladores justinianos. En comparación con la tradición más antigua, ¿se aprecia una evidente heterogeneidad de fines?

**PAROLE CHIAVE:** Codice Teodosiano; Codice di Giustiniano; Costantino; maltrattamento di animali; *cursus publicus*.

**PALABRAS CLAVE:** Código Teodosiano; Código de Justiniano; Constantino; maltrato de animales; *cursus publicus*.

**SOMMARIO:** 1. I testi della legge, dal Teodosiano ai Basilici. – 2. Titianus, lo sconosciuto destinatario e Costantino, l'imperatore emanante reale o putativo. – 3. Quali animali: *animalia publica* (C.Th. 8,5,2); *equi, qui publico cursui deputati sunt* (C. 12,50,1); οἱ ἵπποι οἱ ἀφορισμένοι τῷ δημοσίῳ δρόμῳ (B. 56,17,1, *restitutus*). – 4. Quali corpi contundenti: bastoni, fruste e pungoli. – 5. Sulle tracce dello scopo della legge.

### 1. I testi della legge, dal Teodosiano ai Basilici

Per la legge di cui intendiamo occuparci, attribuita a Costantino e datata al 316, risulta una triplice (e non del tutto omogenea) trasmissione: C.Th. 8,5,2, C. 12,50,1 e B. 56,17,1, *restitutus*. Si tratta di una legge per nulla sconosciuta che

ha richiamato, anche di recente, l'attenzione di storici e di giuristi<sup>1</sup>. Un moderno retrogusto 'animalista', un destinatario avvolto nel mistero, una persistente incertezza sull'imperatore emanante e, nel *backstage*, un'insistita chiacchiera sul passato di Costantino. Ce n'è abbastanza per ritornare sull'argomento.

Per cominciare dalla tradizione più antica, nel testo tramandato dal Codice Teodosiano si fa divieto di utilizzare bastoni per incitare gli *animalia publica*, ovvero del *cursus publicus* (C.Th. 8,5,2).

Così recita il testo inserito nel Codice di Teodosio II (in particolare nel libro ottavo, titolo quinto, *De cursu publico angariis et parangariis*)<sup>2</sup>:

C.Th. 8,5,2 (316 Mai. 14). *Idem A. (Constantinus) ad Titianum. Quoniam plerique nodosis et validissimis fustibus inter ipsa currendi primordia animalia publica cogunt quidquid virium habent absumere, placet, ut omnino nullus in agitando fuste utatur, sed aut virga aut certe flagro, cuius in cuspide infixus brevis aculeus pigrescentes artus innocuo titillo poterit admonere, non ut exigat tantum, quantum vires valere non possunt. Qui contra hanc fecerit sanctionem promotus, regradationis humilitate plectetur: munifex poenam deportationis excipiat. Dat. prid. id. Mai. Sabino et Rufino cons.*

Parafrasando, dunque, poiché i più, con *fustes nodosi* e *validissimi*<sup>3</sup>, già nelle fasi iniziali del viaggio costringono gli *animalia publica* a consumare qualsiasi forza abbiano, piace che nessuno utilizzi mai un *fustis* per incitare, bensì con una *virga* o, tutt'al più, con un *flagrum*, sulla punta del quale sia stato attaccato un *brevis aculeus*, possa sollecitare gli arti impigriti con uno stimolo innocuo, affinché non pretenda tanto quanto le forze non possono raggiungere. Se un *promotus* avrà agito contro questa norma, sia colpito dal disonore della degradazione; un *munifex* subisca la pena della deportazione<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Indichiamo, in particolare, M. CASSIA, *Cavalli cappadoci e cursus publicus in età costantiniana: humanitas imperiale o logica del profitto?*, in Aa.Vv., *Fra Costantino e i Vandali. Atti del Congresso Internazionale di Studi per Enzo Aiello (1957-2013)*, a cura di L. DE SALVO – E. CALIRI – M. CASELLA, Bari, 2016, 453-478; F. RESCIGNO, *Gli esseri animali quali "res senzienti"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 2, 2019, 680, nt. 1.

<sup>2</sup> La trasmissione di questo testo è limitata al manoscritto *Parisinus 9643 (Paris BnF Lat. 9643)*, indicato con la sigla *R* nell'edizione di Mommsen. Cfr. *Codex Theodosianus, Volumen I, Theodosiani Libri XVI, Cum constitutionibus Sirmonianis edidit adsumpto apparatu* P. KRUEGERI TH. MOMMSEN, *Pars posterior, Textus cum apparatu*, Berlin, 1904 (r. a. Hildesheim, 2000), 375. Per approfondimenti sul suddetto manoscritto, il rimando resta a J.M. COMA FORT, *Codex Theodosianus. Historia de un texto*, Madrid, 2014, spec. 57-66. Non sono esenti da significativi problemi i testi tra i quali il provvedimento in esame è inserito. La costituzione che lo precede (ossia C.Th. 8,5,1), inviata ad un destinatario incerto (*Constantius*), potrebbe essere postdatata al 326 se effettivamente indirizzata al prefetto del pretorio con tale nome (cfr. alla voce *Fl. Constantius 5, PLRE, I, 225*). Presenta incertezze anche la costituzione che segue (ossia C.Th. 8,5,3), recante l'*inscriptio Idem A.* e datata al 326, dal momento che il destinatario Acindino ricoprì la carica di prefetto del pretorio dal 338 al 340.

<sup>3</sup> *Fustis validus* è espressione che si rintraccia anche in Serv. *ad Verg. georg.* 2,427 (*VIRENS SVAS quia tenera virgulta solent religari fustibus validioribus*).

<sup>4</sup> In M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., 453, si offre la seguente traduzione: «Dal momento che parecchi con bastoni nodosi e robustissimi costringono gli animali di proprietà dello Stato ad esauri-

Segue il testo proveniente dal *Codex repetitae praelectionis* (C. 12,50,1), nel quale la legge è collocata in apertura del titolo omonimo rispetto a quello del Teodosiano. Tale testo restituisce una versione ridotta e modificata di quest'ultimo:

C. 12,50,1 *Imp. Constantinus A. ad Titianum. Equos, qui publico cursui deputati sunt, non lignis vel fustibus, sed flagellis tantummodo agitari decernimus: poena non defutura contra eum, qui aliter fecerit. D. prid. id. Mai. Sabino et Rufino cons. (a. 316)*

Ebbene, parafrasando, i cavalli che sono impiegati nel *cursus publicus* non siano spronati con *ligna* e *fustes*, ma soltanto con *flagella*: non mancherà la pena contro colui che avrà agito in modo diverso<sup>5</sup>. L'elemento testuale di maggiore novità è rappresentato dal fatto che non si parla di *animalia publica*, bensì di *equi, qui publico cursui deputati sunt*.

La terza tradizione testuale è contenuta nei Basilici, con parole che quasi ricalcano la versione giustiniana. Quello che leggiamo nelle edizioni moderne della compilazione bizantina è, tuttavia, un testo *restitutus*, ricostruito grazie al corrispondente passo della *Synopsis Basilicorum Maior*<sup>6</sup>:

re tutte le proprie energie fin dal principio della tratta, (l'imperatore) ordina, senza eccezioni, che nessuno si serva del bastone come sprone, ma (adoperi) uno scudiscio o comunque uno staffile, alla cui estremità un corto pungolo fissato potrà sollecitare con un'innocua stimolazione le membra impigrite, così da non pretendere uno sforzo insostenibile. Il *promotus* che avrà agito in contrasto con questa sanzione sia punito con l'umiliazione della retrocessione: il *munifex* patisca la condanna alla deportazione». Cfr. anche la traduzione inglese in C. PHARR, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmonian Constitutions. A Translation with Commentary, Glossary, and Bibliography*, New York, 1952 (r. a. 1969), 195: «Since very many persons by means of knotty and very stout clubs force the public post animals, at the very beginning of their course, to use up whatever strength they have, it is Our pleasure that no person at all shall use a club in driving, but shall employ either a switch or at the most a whip in the tip of which a short prick has been inserted, by which the lazy limbs of the animals may be gently tickled into action, and the driver must not force the animals to exert themselves beyond their strength. 1. If any soldier of advanced rank should contravene this sanction, he shall be punished by the humiliation of demotion; if a common soldier, he shall receive the penalty of deportation».

<sup>5</sup> Cfr. *The Codex of Justinian. A New Annotate Translation, with Parallel Latin and Greek Text, Based on A Translation by Justice F. H. Blume*, B.W. FRIER (general editor), III, Cambridge, 2016, 2995: «We decree that the horses assigned to the public post shall not be struck by sticks or cudgels, but only by whips. Punishment will not be wanting on the person who does otherwise». Non sembra inutile considerare anche *Cuerpo del Derecho Civil Romano* [...], por D. ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL [...], Segunda parte [...], *Código*, Tomo II, Barcelona, 1895, 758 (qui C. 12,51,1): «Mandamos que los caballos que están destinados á la posta pública no sean arreados con palos ó varas, sino solamente con látigos; no habiendo de faltar pena contra el que hubiere obrado de otro modo», e altresì *Les Douze Livres du Code de l'Empereur Justinien* [...], traduits en français par P.-A. TISSOT, IV, Metz, 1810 (r. a. Aalen, 1979), 420: «Nous ordonnons que les chevaux qui sont destinés aux voitures, soient stimulés non avec des bâtons, mais seulement à coups de fouet; on décrènera une peine à celui qui agira autrement» (su questa traduzione, cfr. nt. 31).

<sup>6</sup> *Synopsis Basilicorum sive Synopsis Maior*, Δ,8,1: «VIII. Περί τοῦ δημοσίου δρόμου καὶ τῶν τοῖς κοντούροις χρωμένων. 1. Ἀνάγν. βι. νς' τί. ιζ'. οὔτινος ἐν τῷ ἀ' κεφαλαίῳ φησίν· Οἱ ἵπποι οἱ ἀφορισμένοι τῷ δημοσίῳ δρόμῳ οὐδὲ ξύλοις οὐδὲ ῥοπάλοις τύπτονται, ἀλλὰ μόνον φραγγελίοις ἐλαύνονται. οὐδὲ γὰρ ἐλλείπει τιμωρία κατὰ τοῦ παρὰ ταῦτα ποιοῦντος». L'edi-

B. 56,17,1, *restitutus* (ed. Scheltema, van der Wal, A VII, 2592). Οἱ ἵπποι οἱ ἀφορισμένοι τῷ δημοσίῳ δρόμῳ οὐδὲ ξύλοις οὐδὲ ῥοπάλοις τύπτονται, ἀλλὰ μόνον φραγγελίοις ἐλαύνονται· οὐδὲ γὰρ ἐλλείπει τιμωρία κατὰ τῶν παρὰ ταῦτα ποιούντων.

Si tratta quasi di una traduzione letterale, ma che comunque lascia trasparire interessanti profili linguistici. Ancora parafrasando, i cavalli selezionati per il *cursus publicus* non siano percossi con legni o mazze, ma siano colpiti soltanto con fruste; non mancherà infatti la pena nei confronti di coloro che agiranno contro queste disposizioni.

Come è palese da quanto detto finora, la tradizione occidentale del testo si interrompe con il Codice Teodosiano e non vi sono tracce di successive modifiche<sup>7</sup>.

Prima di concentrarci sui passaggi di maggiore importanza dal punto di vista esegetico presenti nella triplice tradizione della legge, come gli animali e gli strumenti di offesa, è necessario evidenziare alcuni profili problematici emergenti dall'*inscriptio*.

## 2. *Titianus, lo sconosciuto destinatario e Costantino, l'imperatore emanante reale o putativo*

Approfondiamo questi aspetti con ordine, basandoci (è appena il caso di precisarlo) sui dati formali della legge restituiti dal Teodosiano. La *subscriptio* ci informa come la legge risulti *data* il 14 maggio 316<sup>8</sup>. L'*inscriptio* riporta che l'imperatore emanante è il medesimo a cui va attribuita la costituzione immediatamente precedente nella sistematica teodosiana (C.Th. 8,5,1), ossia Costantino<sup>9</sup>.

zione dei Basilici in H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, *Basilicorum Libri LX, Series A, Volumen VII, Textus Librorum LIII-LIX*, Groningen, 1974, 2592, reca infatti: «Libri LVI Titulus XVII Restitutus. > Τίτλος ιζ'. > Περὶ τοῦ δρόμου τοῦ δημοσίου, ἀγγαρειῶν καὶ παραγγαρειῶν». Il testo è restituito, come detto, dalla *Synopsis Basilicorum*: cfr. P. ZEPOS (post C.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL), *Synopsis Basilicorum. Jus Graecoromanum*, V, Editio Alterna Lucis Ope Expressa, Aalen, 1962, 184. Nell'opera di Heimbach, cfr. K.W.E. HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX*, V, Lipsiae, 1850, 157 (alla nota *v*, ulteriori precisazioni circa la precedente edizione a cura di Fabroto).

<sup>7</sup> La legge è assente dal *Breviarium* di Alarico II. Delle 66 costituzioni che compongono il corposo titolo C.Th. 8,5 (*De cursu publico angariis et parangariis*), divenuto il secondo nella compilazione visigotica, i commissari alariciani ne scelgono soltanto una (C.Th. 8,5,59) e tralasciano tutte le altre, compresa quella di cui ci occupiamo.

<sup>8</sup> La data pare sicura: il consolato di Sabino e Rufino non si ripete e connota univocamente l'anno 316. Cfr. *Codex Theodosianus, Volumen I, Theodosiani Libri XVI, Cum constitutionibus Sirmonianis edidit adsumpto apparatu* P. KRUEGERI TH. MOMMSEN, *Pars prior, Prolegomena*, Berlin, 1905 (r. a. Hildesheim, 2002), CCXI-CCXII; O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart, 1919 (r. a. Frankfurt am Main, 1984), 164-165.

<sup>9</sup> Come detto (cfr. nt. 2), anche la prima costituzione del titolo presenta un destinatario incerto (Constantius), perché, se fosse rivolta al prefetto del pretorio Constantius, dovrebbe recare la data del 326 (cfr. s. v. F. Constantius, *PLRE*, I, 225).

Segue l'indicazione del destinatario: un funzionario chiamato Titianus, di cui conosciamo solo il nome, mancando ogni ulteriore dettaglio circa la sua *dignitas*. E qui cominciano i problemi, perché la sua identificazione finisce per mettere in dubbio quella del principe legislatore.

Prima di verificare la presenza di altri funzionari con lo stesso nome all'interno del Teodosiano, bisogna subito sottolineare che in dottrina si è tentato di mettere in relazione il Titianus destinatario di C.Th. 8,5,2 con un altro Titianus, a cui è indirizzata una legge inserita nel solo *Codex repetitae praelectionis* (C. 7,16,41)<sup>10</sup>. L'*inscriptio* di quest'ultima reca i nomi di Costantino e di Licinio, nonché del destinatario, appunto un tale Titianus governatore della Cappadocia; la *subscriptio*, purtroppo, manca del tutto e non conosciamo, quindi, la data del provvedimento (Costantino e Licinio sono associati al potere – come è noto – dall'agosto 313 al luglio 324)<sup>11</sup>. Si aggiunga che il dispositivo di C. 7,16,41 non può offrire

<sup>10</sup> C. 7,16,41. *Impp. Constantinus et Licinius AA. ad Titianum praesidem Cappadociae. Iubemus omnes epistulas actricis, quas ad Aelium tamquam principalem fecerat, inanes et vacuas esse atque in irritum devocari ac de ingenuitate eiusdem Aelii requiri nec mulieri id obesse, quod ad eum tamquam decurionem ac principalem scripserit, vel id, quod idem se finxerit decurionem vel principalem, maxime cum non solum testium professione et cognationis eius, quae iugum servile agnoscit, verum etiam voce propria eiusdem Aelii apud aliud iudicium patuerat, quod condicionis servilis videretur.* Sulla tradizione papiracea del provvedimento nel primo Codice giustiniano si rimanda, per tutti, a P. RADICIOTTI, *PSI XIII 1347*, in *Scrivere libri e documenti nel mondo antico*, a cura di G. CAVALLI – E. CRISCI – G. MESSERI – R. PINTAUDI, Firenze, 1998, 90, 169-170, con letteratura precedente. Non possiamo soffermarci, in questa sede, su una questione di particolare importanza che pure balza agli occhi e non può essere completamente sottaciuta. A parte il problema concernente la presenza del nome di Licinio nell'*inscriptio*, la costituzione in C. 7,16,41 rappresenta infatti uno dei casi di leggi (date dal 312 fino al 438) che ci si aspetterebbe di leggere nel Teodosiano e che, invece, non troviamo. Sorvoliamo sui motivi che possono giustificare la mancata presenza (forse la natura del provvedimento non interessava i compilatori teodosiani al lavoro su *leges generales*?) e che agitano una questione di enorme momento, ossia quella concernente le fonti del Codice di Giustiniano, ma che non rilevano direttamente nella presente ricerca. Ci limitiamo a rimandare, in proposito, ai rilievi in R. LAMBERTINI, *Se, per le costituzioni anteriori al 438, i tres veteres codices siano stati l'unica fonte del Codice giustiniano*, in *AUPA* 61, 2018, 124-144, rivolti agli studi in P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio, Codice di Giustiniano. Saggio di comparazione su alcune costituzioni di Costantino e Licinio*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, 14, 2003, 263-322 (pubblicato anche in *SDHI*, 68, 2002, 265-317) e in E. GERMINO, *Codex Theodosianus e Codex Iustinianus: un'ipotesi di lavoro*, in *Società e diritto nella tarda antichità*, a cura di L. DE GIOVANNI, Napoli, 2012, 61-85, ora in *Codici, società, cultura. Studi di diritto romano tardoantico*, Napoli, 2021, 73-102, tutti con ulteriori letture (in particolare, sulla possibile origine del provvedimento in C. 7,16,41, cfr. la bibliografia in P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 267-268).

<sup>11</sup> In O. SEECK, *Regesten* cit., 54, si afferma che la costituzione riportata in C.Th. 8,5,2 è da attribuirsi a Licinio qualora si identifichi il destinatario Titianus con l'omonimo *praeses* della Cappadocia. Una possibile coincidenza tra i due Titianus è segnalata anche alle voci *Titianus 1* (*PLRE*, I, 917), in cui è indicato come ricevente di C. 7,16,41, e *Titianus 2* (*PLRE*, I, 917), concernente lo sconosciuto destinatario (forse un «provincial governor»?) a cui è rivolta C.Th. 8,5,2, «possibly identical with *Titianus 1*». Più cauto appare Mommsen (*Codex Theodosianus* [...], *Prolegomena* cit., CCVII): tra i *constitutionum acceptores*, il nome Titianus è inserito nella sezione *magistratu non enuntiato* e appare come destinatario di C.Th. 8,5,2 e di C.Th. 12,1,36 (cfr. nt. 13). Se ben abbia-

alcun aiuto, poiché manca qualsivoglia correlazione con il contenuto del provvedimento di cui ci occupiamo<sup>12</sup>. Pertanto, in un simile quadro, la proposta di identificare il Titianus destinatario di C.Th. 8,5,2 con il Titianus *praeses* della Cappadocia in C. 7,16,41 (personaggio altrimenti perfettamente sconosciuto) resta e deve restare una semplice ipotesi. Tale rimane anche se è stata avanzata da illustri studiosi (i quali, a ben guardare, non si sono spinti oltre ad una doverosa notizia di omonimia e ad una mera ipotesi di identificazione) e accolta da un filone che, come diremo tra poco, ha ritenuto di ascrivere la paternità della legge a Licinio.

Viene, a questo punto, spontaneo chiedersi se esistano altre costituzioni nel Teodosiano indirizzate ad un destinatario di nome Titianus. La ricerca non conduce ad approdi sicuri. Oltre a quella in esame, contiamo quattro costituzioni, tutte successive al 316 e, almeno in due casi, inviate allo stesso magistrato, Fabius Titianus, che da altre fonti sappiamo essere stato *consularis Siciliae* proprio sotto Costantino<sup>13</sup> (senza dubbio non dopo il 337, ma non ci constano attestazioni che permettano di affermare che nel 316 ricoprì tale carica)<sup>14</sup>. A complicare il quadro è il fatto che il nome Titianus risulta di uso piuttosto comune<sup>15</sup>.

Tornando alla tesi che propone l'identificazione dei due Titianus in C.Th. 8,5,2 e in C. 7,16,41, si deve segnalare che l'adesione a questa idea comporta, come si accennava, una conseguenza notevole: se il destinatario è governatore della Cappadocia, la paternità della legge è da ascrivere non a Costantino, bensì a

mo visto, Mommsen non propone alcuna identificazione tra il destinatario di C.Th. 8,5,2 e quello di C. 7,16,41 (v. anche *Codex Theodosianus* [...], *Prolegomena* cit., CC).

<sup>12</sup> Sulla non correlazione tra i due frammenti cfr. anche O. SEECK, *Regesten* cit., 127.

<sup>13</sup> Le quattro costituzioni sono C.Th. 7,1,3 (a. 349), indirizzata a Fabius Titianus (prefetto del pretorio), C.Th. 9,17,1 (a. 340), indirizzata a Fabius Titianus (prefetto della città di Roma), C.Th. 12,1,36 (indirizzata a Titianus senza indicazione della *dignitas*, ma è probabile che si tratti ancora, come indicato in *PLRE* I, 918, di Fabius Titianus) e C.Th. 14,3,17 (a. 380), indirizzata a Celsinus Titianus (vicario dell'Africa, ma non rileva perché la datazione è troppo posteriore al periodo che ci riguarda). Per il Titianus in C. Th. 12,1,36 v. anche, come si è detto, TH. MOMMSEN, *Codex Theodosianus* [...], *Prolegomena* cit., CC.

<sup>14</sup> Secondo M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., 458, «assume particolare rilievo, a nostro avviso, il fatto che la costituzione di C.Th. 8, 5, 2 fosse indirizzata al *praeses* di Cappadocia, terra non a caso rinomata proprio per la straordinaria qualità dei suoi equini, ancor oggi ampiamente utilizzati, assieme a muli e asini, nei trasporti e nei lavori agricoli». Ora, non sappiamo se Fabius Titianus fosse stato all'epoca *consularis Siciliae* e se possa essere considerato il misterioso Titianus di C.Th. 8,5,2, ma, seguendo la linea interpretativa tracciata dalla studiosa, si potrebbe obiettare che non solo la Cappadocia, ma anche la Sicilia era conosciuta per la qualità dei suddetti animali (cfr. M. CASSIA, *Multa enim bona Sicilia generat: patrimonio zootecnico e nuovi profili professionali*, in M. CASSIA – C. GIUFFRIDA, *Silenziose rivoluzioni. La Sicilia dalla Tarda Antichità al primo Medioevo. Atti dell'Incontro di Studio, Catania-Piazza Armerina 21-23 maggio 2015*, Catania, 2016, 43-106, spec. 60-73 e 82-89). In realtà, a nostro avviso, una norma generale come questa non poteva essere limitata ai soli territori che potessero vantare una tradizione nell'allevamento di animali pregiati, ma si doveva estendere a tutte le regioni dell'impero.

<sup>15</sup> O. SEECK, *Regesten* cit., 54: «doch ist der Name zu häufig, als daß man dies mit Sicherheit annehmen könnte».

Licinio. Se ci si incammina su questa via, si deve coerentemente concludere che l'*inscriptio* del testo di cui ci occupiamo riporta soltanto il nome di Costantino (e non, come dovremmo aspettarci, i nomi di entrambi gli imperatori) perché, in questo come in altri casi di *damnatio memoriae*, è stata 'ripulita' dall'indicazione di quello di Licinio<sup>16</sup>. Il punto è di notevole importanza perché l'attribuzione a Licinio comporta la necessità di inquadrare il provvedimento nell'ambito della sua legislazione e non in quella di Costantino<sup>17</sup>. Dato che la legge non contiene alcun riferimento a realtà locali<sup>18</sup>, potrebbe essere possibile ipotizzare che sia stata recepita anche da parte dell'imperatore che non l'aveva emanata. Tuttavia, questa strada appare difficile da percorrere, considerato – come è da tutti saputo – che al tempo i rapporti tra i due principi non erano affatto distesi<sup>19</sup>. Il terreno è, quin-

<sup>16</sup> Su questo aspetto (e, più in generale, per l'indicazione della letteratura più risalente sul problema dell'attribuzione a Costantino di provvedimenti di Licinio), v., tra gli altri, M. AMELOTI, *Legge e volontà imperiale*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, ora in *Altri scritti giuridici*, a cura di M.P. PAVESE, Torino, 2014, 236; R. ANDREOTTI, *L'imperatore Licinio ed alcuni problemi della legislazione costantiniana*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, 3, Milano, 1962, spec. 44.

<sup>17</sup> Prudente la posizione di M. AMELOTI, *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali*, in *SDHI*, 27, 1961, ora in *Scritti giuridici*, a cura di L. MIGLIARDI ZINGALE, Torino, 1996, spec. 566, che rimarca come per l'attribuzione a Licinio «l'unico argomento» sia rappresentato dall'identificazione dei destinatari di C.Th. 8,5,2 e C. 7,16,41. Altrettanta cautela in J. GAUDEMET, *Constantin restaurateur de l'ordre*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, 1948, ora in Id., *Études de droit romain. II. Institutions et doctrines politiques*, Napoli, 1979, 667 (che lamenta come niente permetta di affermare che i due destinatari di nome Titianus si sovrappongano). In termini di possibilità si esprime anche S. CORCORAN, *Hidden from History: the Legislation of Licinius*, in J. HARRIES – I. WOOD (ed.), *The Theodosian Code. Studies in the Imperial Law of Late Antiquity*, London, 1993, spec. 107, nt. 56 e 114 (Licinio «potrebbe celarsi» dietro al nome di Costantino).

Maggiore sicurezza circa la paternità di Licinio in R. ANDREOTTI, *L'imperatore Licinio* cit., 44-45, nt. 6 (lo studioso accetta l'identificazione di Titianus come *praeses Cappadociae*: 43, nt. 1). Viceversa, altri studiosi riferiscono il provvedimento a Costantino. Così, anzitutto, Gotofredo: cfr. *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis IACOBI GOTHOFREDI [...] opera et studio Antonii Marvillii Antecessoris Primicerii in Universitate Valentina Editio Nova in VI. Tomos Digesta [...] Aucta Quibus Adiecit Suas Ioan. Dan. Ritter, P. P., Tomus Secundus, Lipsiae [...]*, MDCCXXXVII, 528-529. Più recentemente, M. SARGENTI, *L'opera legislativa dell'imperatore Giuliano*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, 3, 1979, ora in *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova, 1986, 208; *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante (337-361)*, a cura di P.O. CUNEO, Milano, 1997, 40; P.P. ONIDA, *Il divieto dei sacrifici di animali nella legislazione di Costantino. Una interpretazione sistematica*, in *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di san Costantino imperatore tra Oriente e Occidente*, a cura di F. SINI, P.P. ONIDA, Torino, 2003, 127-129 e Id., *Per lo studio delle costituzioni imperiali in Sardegna: cursus publicus e humanitas costantiniana*, in *Diritto@Storia*, 10, 2011-2012. Cfr. anche, come meglio vedremo, E. PAIS, *Storia della Sardegna e della Corsica durante il periodo romano*, a cura di A. MASTINO, 2, Nuoro, 1999 (riedizione dell'opera pubblicata a Roma nel 1923), 186.

<sup>18</sup> Cfr. nt. 14.

<sup>19</sup> Per il problema della divisione dell'impero in quest'epoca rimandiamo, per tutti, a G. DE BONFILS, *La legislazione di Valentiniano e Valente*, in *Index*, 24, 1996, spec. 393-406, e a Id., *I rapporti legislativi tra le due partes Imperii*, in S. CROGIEZ-PÉTREQUIN, P. JAILLETTE (éd.), *Société, Économie, Administration dans le Code Théodosien*, Villeneuve d'Ascq, 2012, 235. Sul medesimo problema, ma soprattutto per l'epoca posteriore, cfr. i saggi in P. LEPORE, *Riflessioni sui rapporti bu-*

di, molto scivoloso e, in mancanza di dati inequivocabili, è necessario esercitare estrema cautela: con le parole di un autorevole studioso, «bisogna onestamente riconoscere che l'attribuzione è lungi [...] dalla certezza»<sup>20</sup>.

Si tratta, dunque, di una legge di Costantino (come pensano alcuni), di Licinio (come sostengono altri) o di entrambi (come pare doversi ricavare da uno studio recente)<sup>21</sup>? Una domanda senza risposta certa, ma le cui implicazioni devono essere adeguatamente chiarite. Se si afferma che il destinatario della costituzione è, «con ogni probabilità»<sup>22</sup>, Titianus governatore della Cappadocia (riconoscendo, peraltro, una originaria efficacia limitata della legge al contesto della regione), bisogna trarne la conseguenza che l'imperatore emanante fosse Licinio (e non attribuire il provvedimento ad entrambi gli imperatori)<sup>23</sup>. Sulla base delle considerazioni che abbiamo avanzato, ci appare, invece, preferibile lasciare aperta la possibilità che il destinatario non fosse il governatore della Cappadocia. Per di più, giudichiamo quantomeno rischioso affermare che il provvedimento fosse stato concepito con una efficacia inizialmente circoscritta ad una regione specifica come la Cappadocia. Innanzitutto perché ciò non è affermato nel testo, né risulta in alcun modo ricavabile in via interpretativa; in secondo luogo perché è tutt'altro che accertato che Titianus fosse 'quel' Titianus governatore della Cappadocia; in terzo luogo, perché il *cursus publicus* era un servizio per sua stessa natura esteso all'intero territorio imperiale. Pare, pertanto, preferibile ritenere che una norma di questo tenore abbia conosciuto, fin dalla sua emanazione, un'applicazione diffusa e non geograficamente ridotta (è appena il caso di precisare che, un secolo dopo, la legge avrebbe comunque assunto efficacia generale in forza del suo inserimento nel Teodosiano).

*rocratico-legislativi tra Oriente ed Occidente nel tardo impero romano*, Roma, 2012. In linea di massima, si deve registrare la tendenza a ritenere che Costantino e Licinio abbiano legiferato separatamente. Sul punto, cfr. soprattutto C. CASTELLO, *Rapporti legislativi tra Costantino e Licinio alla luce dell'"inscriptio" e della "subscriptio" di C.Th.*, 8, 18, 1, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, 2, 1976, 42-43, e M. AMELOTTI, *Da Diocleziano a Costantino* cit., spec. 550-573. Vedi anche C. DUPONT, *La domaine géographique d'application des textes constantiniens. Procédés de détermination*, in *Iura*, 18, 1967, 28-44.

<sup>20</sup> M. AMELOTTI, *Da Diocleziano a Costantino* cit., 566.

<sup>21</sup> La posizione espressa sul punto in M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., spec. 457-458 e 477-478, non ci risulta del tutto chiara. Nel corso della ricerca, infatti, la studiosa colloca la costituzione nel contesto locale della Cappadocia e sembra propendere per un'esplicita attribuzione a Licinio; nel prosieguo dell'indagine, però, si sofferma a considerare le fonti letterarie concernenti il rapporto tra Costantino e gli animali del *cursus publicus*, finendo per assegnare la paternità del provvedimento anche a quest'ultimo imperatore («il Costantino della costituzione indirizzata a *Titianus*», 478). Perciò è forse corretto ritenere che, dal suo punto di vista, la legge sia da ascrivere ad entrambi (dato che è indirizzata «da Costantino ad un Titianus, quasi certamente proprio il *praeses Cappadociae* destinatario anche di *CI 7*, 16, 41 e funzionario della *pars* di fatto governata da Licinio», M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., 477).

<sup>22</sup> M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., 457.

<sup>23</sup> Cfr. nt. 21.

Dunque, Costantino imperatore emanante reale o putativo? L'interrogativo si pone senz'altro se ci si interroga sul contesto in cui l'originario provvedimento è maturato; tuttavia, se si considera la tradizione successiva della legge (già a partire dal Teodosiano) non si può non rilevare come, quand'anche la legge non fosse stata emanata da Costantino, comunque gli appartenga per diritto perché assorbita sotto il suo nome, quello di Licinio essendo stato cancellato con la *damnatio memoriae*.

3. *Quali animali*: animalia publica (C.Th. 8,5,2); equi, qui publico cursui deputati sunt (C. 12,50,1); οἱ ἵπποι οἱ ἀφορισμένοι τῷ δημοσίῳ δρόμῳ (B. 56,17,1, restitutus)

A quali animali si applicava la legge in discorso? Nel Teodosiano leggiamo *animalia publica*, nel Giustiniano *equi, qui publico cursui deputati sunt* (C. 12,50,1) e, nella *Synopsis*, οἱ ἵπποι οἱ ἀφορισμένοι τῷ δημοσίῳ δρόμῳ.

Prendendo anzitutto in esame il testo del Teodosiano, è necessario soffermarsi sull'espressione *animalia publica*, che pare corretto precisare nel senso di *animalia* del *cursus publicus*. Ma 'quali' animali sono questi *animalia*? Non condividiamo l'opinione, per certi aspetti fondante, di Gotofredo, che intende solo gli *equi*<sup>24</sup>. A noi sembra che l'equivalenza tra *animalia publica* e cavalli destinati al *cursus publicus* sia negata primariamente dal fatto che nel *cursus*, organizzato secondo le due note categorie del *cursus velox* e del *cursus clabularius*<sup>25</sup>, erano impiegati non solo cavalli ma anche asini, muli e buoi<sup>26</sup> (per giunta, tra gli stes-

<sup>24</sup> *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis* IACOBI GOTHOFREDI cit., 528, nota c), redatta dallo stesso Gotofredo: «Animalia publica [...] sunt Equi publico cursui deputati, ut Τριβόν. d. l. I. reposuit».

<sup>25</sup> Secondo la sintesi che gli studiosi hanno ricavato da fonti giuridiche e letterarie, il *cursus clabularius* può essere paragonato ad una «corsa normale», principalmente utilizzata per il «trasporto delle derrate e dei bagagli dei militari» o, più in generale, di «persone e beni dello Stato» quali «armi, tributi, oro ed argento per le zecche, bottino di guerra, animali, abiti, collezioni di libri per le biblioteche etc.», mentre il *cursus velox* può essere definito una «corsa accelerata» ed era «destinato al trasporto dei corrieri e dei funzionari statali», per «la diffusione e la circolazione delle informazioni ufficiali» (così L. DI PAOLA, *Viaggi, trasporti e istituzioni. Studi sul cursus publicus*, Soveria Mannelli, 1999, spec. 15-16 e 65-66). Sulla differenza tra il *cursus velox* e il *clabularius*, rimandiamo, per tutti, anche a P. STOFFEL, *Über die Staatspost, die Ochsenespanne und die requirierten Ochsenespanne. Eine darstellung des römischen Postwesens auf Grund der Gesetze des Codex Theodosianus und des Codex Iustinianus*, Bern, 1994, spec. 15-16, 21-22 e *passim*, e ad A. KOLB, *Transport und Nachrichtentransfer im Römischen Reich*, Berlin, 2000, 52-53 (anche per indicazioni lessicali circa la doppia attestazione *clabularius/clavularius*) e *passim*.

<sup>26</sup> Per citare alcune fonti a titolo di esempio, si parla di *boves* (C.Th. 8,5,1), di *mulae* (C.Th. 8,5,8; C.Th. 8,5,53), di *asini* (C.Th. 8,5,38 e 8,5,41). Sull'impiego di animali diversi dai cavalli cfr., tra gli altri, L. LEMCKE, *Imperial transportation and Communication from the Third to the Late Fourth Century: The Golden Age of the cursus publicus*, Bruxelles, 2016, spec. 24-27 e 54-60 e *passim*; P. STOFFEL, *Über die Staatspost* cit., spec. 21-22 e *passim*; A. KOLB, *Transport und Nachrichtentransfer* cit., 214 e *passim*.

si cavalli del *cursus*, parrebbe esserci stata una significativa differenza tra quelli da corsa e quelli da tiro)<sup>27</sup>. Inoltre, a sostegno della nostra tesi, per la quale nel Teodosiano *animalia publica* individuerebbe ogni animale del *cursus*, possono valere alcune considerazioni su ciò che il testo non dice. Nella legge non si forniscono precisazioni riguardanti gli animali del *cursus* ai quali si applica la norma, individuati unicamente dall'espressione *animalia publica*. Più che concentrarsi sul noto problema, qui non dirimente, della provenienza degli animali (soltanto da requisizioni a privati o anche da allevamenti statali?)<sup>28</sup>, ai nostri fini appare di maggiore utilità verificare se tale accostamento ricorra altrove nel Codice Teodosiano. Se ci si affida, dunque, ad una interpretazione di tipo sistematico, si rintracciano le medesime parole in altri cinque luoghi del Teodosiano (quattro dei quali nello stesso titolo *De cursu publico angariis et parangariis*), in cui, se non erriamo, mantiene sempre il generico significato di 'animale del *cursus publicus*' (non necessariamente un cavallo)<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Come si sa, erano ordinariamente utilizzati buoi (per le *angariae* del *cursus clabularius*), muli e asini (per i veicoli del *cursus velox* come *birotae* e *redae*). Viceversa, per i cavalli pare doversi distinguere tra esemplari da corsa (indicati sovente come *veredi*, impiegati solo come animali da sella), ed esemplari da traino (*agminales*). Agli stessi scopi erano destinati anche i cavalli di riserva e quelli supplementari, ossia i *parhippi* e i *paraveredi*. In merito a questi profili, che non possiamo approfondire qui, cfr. A. KOLB, *Transport und Nachrichtentransfer* cit., spec. 214-216 e *passim*. Già in G.C. LEISER, *Jus Georgicum, sive Tractatus de praediis* [...], Lipsia-Francoforte, 1713, 346: «Duplicis autem generis equi in Cursu publico adhibebantur. Alii enim hominibus, alii sarcinis ferendis destinati erant». Per gli aspetti più tecnici, v. P. VIGNERON, *Le cheval dans l'antiquité gréco-romaine (Des guerres médiques aux grandes invasions)*. *Contribution à l'histoire des techniques*, I, Nancy, 1968, 177 ss.

<sup>28</sup> Cfr. l'analisi, limitata ai soli cavalli, in S. MITCHELL, *Horse-breeding for the Cursus Publicus in the Later Roman Empire*, in *Infrastruktur und Herrschaftsorganisation im Imperium Romanum. Herrschaftsstrukturen und Herrschaftspraxis III. Akten der Tagung in Zürich 19. - 20.10.2012*, a cura di A. KOLB, Berlin, 2014, 246-261.

<sup>29</sup> In C.Th. 8,5,8 (a. 357) si dispone che nessuna usurpazione di *evectioes* doveva recare danno agli *animalia publica* del *cursus*. In C.Th. 8,5,10 (a. 358) si fa divieto di usare *animalia publica* per condurre veicoli privati. In C.Th. 8,5,53 (a. 395) si riporta la notizia della sottrazione di *animalia publica* e, nelle righe seguenti, si ordina che in futuro nessuno dovrà prendere *veredi* (ossia cavalli), muli o buoi oltre al numero prescritto, quasi a precisare il significato di *animalia publica* come comprensivo di tutti quelli che servono nel *cursus*. Si comanda, inoltre, che non manchi foraggio per gli *animalia publica* nelle stazioni di cambio (C.Th. 8,5,60, a. 400). Infine, in una costituzione collocata nel titolo *De operibus publicis* (C.Th. 15,1,35, a. 396), leggiamo come sulle finanze dei governatori provinciali gravasse la manutenzione di stalle e ricoveri per gli *animalia publica*. In tutti questi casi, dunque, l'*animal publicus* non appare mai equiparato al solo *equus/veredus*. Anzi, in C.Th. 8,5,53, come si è detto, si esplicita come *animalia publica* sia espressione volta a comprendere la totalità degli animali del *cursus*.

Per quanto concerne le fonti letterarie coeve, *animalia publica* si legge in AMM. 21,16,21 (in occasione dei funerali di Giuliano, a Gioviano, seduto sul carro che trasportava la salma del predecessore, sono presentati *probae* delle razioni militari e *animalia publica*). Su questo passo, per tutti, cfr. G. CARRASCO SERRANO, *El retrato amiano del emperador Joviano*, in *Fortunatae. Revista canaria de Filología, Cultura y Humanidades Clásicas*, 7, 1995, spec. 178. Nel medesimo titolo C.Th. 8,5 (e nel resto del Codice Teodosiano) si rintracciano altri provvedimenti in cui si parla, ancor più gene-

Ancora, nel testo è taciuta ogni indicazione circa la tipologia di viaggio (*velox* o *clabularius*?) e circa l'eventuale vettura<sup>30</sup>. Nel silenzio del provvedimento dobbiamo intendere che l'autorità imperiale si riferisse a qualsiasi genere di viaggio, sia tramite il *cursus velox* sia tramite il *cursus clabularius*, sia in sella sia con un qualsivoglia veicolo, trainato da cavalli da tiro o da altri animali<sup>31</sup>.

Anche gli elementi non taciuti bensì espressi nella legge ci sembrano confermare la voluta genericità delle parole *animalia publica*. Si consideri l'espressione *inter ipsa currendi primordia*. Benché, a tutta prima, questa sembri alludere ad una corsa al galoppo (andatura tipica del cavallo) perché il verbo *currere* descrive in genere un'azione piuttosto rapida (*celeriter moveri*)<sup>32</sup>, tuttavia, in questo contesto, pare forse eccessivo limitare il significato a 'galoppare'<sup>33</sup>. Infatti – oltre a non mancare attestazioni (anche in coevi trattati di veterinaria) in cui tale verbo è utilizzato in riferimento ad animali diversi dal cavallo (ad esempio, ai buoi)<sup>34</sup> – in ambito più specificamente giuridico la parola *currere* potrebbe assumere l'accezione di *cursum facere* o, meglio ancora, di *iter facere (cursu publico adhibito)*<sup>35</sup>, quindi di «compiere un tragitto» (senza particolare enfasi sull'andatura).

In aggiunta, come vedremo in dettaglio nel prossimo paragrafo, la legge esplicita i nomi di diversi strumenti atti a fungere da stimolo (bastoni e fruste di vario genere), ma non risulta che questi fossero adoperati solo su una specie animale anziché sulle altre (anzi, alcuni di questi erano impiegati anche sui corpi umani).

ricamente, di *animal*. Il significato del termine si precisa nel contesto in cui è collocato. Per concentrare l'attenzione sul titolo C.Th. 8,5, si considerino C.Th. 8,5,16 (in questo caso il testo si occupa di *veredi* e di *paraveredi*, dunque cavalli), C.Th. 8,5,23 (tutti gli animali del *cursus*), C.Th. 8,5,64 (come sinonimo di *veredi* e di *paraveredi*), C.Th. 8,5,66 (par di capire, tutti gli animali del *cursus*).

<sup>30</sup> Cfr. ntt. 25-27.

<sup>31</sup> Nella traduzione francese di C. 12,50,1 a cura di Tissot, come si è visto (cfr. nt. 5), il riferimento è ai «cavalli che trainano una vettura» («les chevaux qui son destinés aux voitures»), ma, a nostro avviso, il testo latino non sembra permettere tale restrizione. Così *Les Douze Livres du Code de l'Empereur Justinien* [...], traduits en français par P.-A. TISSOT, IV, Metz, 1810 (r. a. Aalen, 1979), 420.

<sup>32</sup> Cfr. la voce *currere* in *TLL*, IV, 1508.

<sup>33</sup> In questo senso, cfr. le fonti indicate in *TLL*, IV, 1512, compreso, per quanto concerne quelle giuridiche, Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,5,20 pr. (*Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendus dederis, ut, si in triduo displicissent, redderes, tuque desulor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio*). Sempre sull'uso di *cursus*/*cursus* nel senso di 'galoppare' si aggiungano le riflessioni in J.N. ADAMS, *Pelagonius and Latin Veterinary Terminology in the Roman Empire*, Leiden, 1995, 144.

<sup>34</sup> Nell'opera *De curis bouum epitoma*, che rappresenta il quarto libro dei *Digesta artis mulomedicinalis* di Vegezio, si legge la frase *si boves concitentur ad cursum* (4,2,12). Su quest'ultima opera v. nt. 59. Cfr. inoltre la voce *currere* in *TLL*, IV, 1512 (*equitando*) e 1513 (*equi*); 1513 (*aliae bestiae*).

<sup>35</sup> H.E. DIRKSEN, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum. Thesauri Latinitatis Epitome In Usus Tironum*, Berlin, 1837, 238. L'espressione in C.Th. 8,5,2 è riportata sotto l'accezione «*cursum facere*».

Né la parte sanzionatoria, in chiusura del testo, permette di restringere la portata della legge ad una particolare tipologia di animali. I soggetti passibili di essere puniti in caso di violazione della norma sono *promoti* e *munifex* (sostituiti da un *quis* generico nelle proiezioni, cronologicamente successive, del *Codex giustiniano* e della *Synopsis*). *Munifex* è termine che indica il semplice *miles* nella *militia armata*, o il corrispondente *officialis* nella *militia inermis*; il *promotus* è contrapposto al *munifex* perché ha ottenuto una promozione (e, nella legge in discorso, la pena consiste infatti nella degradazione)<sup>36</sup>. Non è da escludere che il legislatore abbia accostato le parole *promoti* e *munifex* proprio allo scopo di comprendere la totalità degli appartenenti alla *militia* (come a dire: tutti, inferiori e superiori, sono tenuti al rispetto di questa norma). Così sembrano intenderla anche i giustinianeî che utilizzano un indeterminato *quis*<sup>37</sup>. Ci pare inoltre corretto ritenere che *promoti* e *munifex* siano sanzionati nel caso in cui siano personalmente responsabili degli abusi sugli *animalia publica* (e non, per ipotesi, qualora manchino di reprimere illeciti altrui, poiché il controllo del *cursus* spettava ad altri soggetti incaricati)<sup>38</sup>. A questo punto, sappiamo (come già era ben noto) che *promoti* e *munifex* utilizzavano il *cursus*<sup>39</sup>, ma essi potevano ben servirsi sia del *cursus velox*, sia del *cursus clabularius*, dato che, a seconda delle esigenze del momento, avrebbero necessitato di viaggiare leggeri e con una rapida andatura (quindi, ad esempio, in sella ad un *veredus*) oppure di trasportare carichi, anche pesanti.

Nel testo tramandato dal Teodosiano, dunque, non ci pare corretto circoscrivere il significato di *animalia publica* a quello di cavalli del *cursus*: l'espressione è da intendersi, a nostro avviso, come comprensiva di tutti gli animali del *cursus*.

<sup>36</sup> «Promotus, erat qui ad gradum aliquem promotus erat», «Munifex vero gregarius miles, vel cohortalinus. Nempe, ut in militia armata, ita et in Officiali alii promoti, alii munifex fuere: illi iam in gradua liquo constituti, hi Gregari»: così in *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis IACOBI GOTHOFREDI* cit., 528-529, con indicazione di fonti letterarie in cui i termini *promotus* e *munifex* sono attestati. Si noti come, in C.Th. 9,21,2, la contrapposizione sia invece posta tra *promotus* e *miles* (e ciò vale a rimarcare la sinonimia tra *miles* e *munifex*). Come già evidenziato in P. STOFFEL, *Über die Staatspost* cit., 83, il termine *promotus* non ha qui il significato di membro di una particolare unità militare, accezione che assume, viceversa, in altri contesti: cfr., per un primo orientamento, Y. LE BOHEC, *Armi e guerrieri di Roma antica. Da Diocleziano alla caduta dell'impero*, tr. it. L. Del Corso, Roma, 2008 (Paris, 2006), spec. 114-116.

<sup>37</sup> Anche se, ad essere precisi, nel testo del Giustiniano si potrebbe intravedere un allargamento del soggetto attivo del reato a ricomprendere utenti del *cursus* che non fossero membri della *militia*, bensì altre persone autorizzate. Sull'impiego del *cursus* da parte di altri soggetti (appartenenti al clero e, in alcuni casi, privati cittadini), cfr. ad esempio L. DI PAOLA, *Viaggi, trasporti e istituzioni* cit., 33-40 e 71-73; ID., *Il cursus publicus in età tardoantica: storia di un servizio di Stato tra conservazione e mutamento*, in *AntTard*, 24, 2016, 65-67.

<sup>38</sup> Cfr., invece, il dettato della norma in C.Th. 8,5,50. Per le diverse attività di controllo e gestione svolte da *agentes in rebus* e da curiali si rimanda alla sintesi in L. DI PAOLA, *Viaggi, trasporti e istituzioni* cit., 42, 55 e *passim*.

<sup>39</sup> Cfr. sul punto *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis IACOBI GOTHOFREDI* cit., 529 (*Promotos et Munifexes cursum publicum peregrisse*).

Considerando ora la tradizione del *Codex repetitae praelectionis*, ricordiamo come gli animali oggetto di protezione siano precisati con le parole *equi, qui publico cursui deputati sunt* (C. 12,50,1). Ebbene, a differenza della visione unitaria sostenuta da Gotofredo, noi intendiamo segnalare come una novità il passaggio testuale da «animali» a «cavalli». Nella seconda tradizione testuale, la tutela si sposta, quindi, sui soli *equi* ed è particolarmente interessante interrogarsi sul senso di questa modifica da parte dei compilatori al lavoro sul Codice del 534. Non pare infatti possibile spiegarla alla luce delle coeve riforme giustinianee in tema di *cursus*, della cui effettiva portata molto si discute in dottrina<sup>40</sup>. Non risulta, comunque, che gli animali del *cursus* all'epoca fossero rappresentati soltanto dai cavalli: si pensi, per esempio, al fatto che nel *Codex* del 534 è accolta la legge di Leone (C. 12,50,22) che abolisce il *cursus clabularius* solo in alcune zone, lasciandolo perciò in vigore in altre, oppure alla testimonianza di Procopio, che attesta la prassi di impiegare asini al posto di cavalli<sup>41</sup>. In ogni caso, è noto come anche nel *cursus velox* si utilizzassero animali diversi dai cavalli, come i muli, per il traino di vetture leggere<sup>42</sup>. I cambiamenti intervenuti nell'organizzazione del *cursus* non sono, dunque, tali da spiegare la sostituzione di *animalia* con *equi*. Sarebbe stato infatti molto più ragionevole da parte dei compilatori mantenere la generica espressione *animalia publica* e non compiere un passo indietro nella tutela riservata agli animali diversi dai cavalli. La legge finisce invece per segnare, di fatto, un arretramento nell'efficienza del *cursus publicus* e su questo punto merita un supplemento di attenzione. La modifica testuale operata dai compilatori giustiniani – che non trova, come ripetiamo, spiegazioni soddisfacenti sul lato pratico – costringe a spostare l'attenzione su considerazioni di carattere culturale, forse anche religioso, e potrebbe trovare la sua ragione d'essere se calata nella mitologia del 'cavallo di Costantino' che si era venuta formando e di cui a breve parleremo.

Niente di nuovo per quanto riguarda il testo della *Synopsis*, che si adagia sul rispettabile trattamento riservato ai cavalli e sulla scomparsa degli altri animali del *cursus*<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Uno degli elementi di maggiore spicco è costituito dal fatto che il titolo C. 12,50 (*De cursu publico, angariis et parangariis*) risulta fortemente ridimensionato rispetto all'omonimo titolo del Teodosiano (C.Th. 8,5). Si rimanda alle considerazioni, tra le altre, in L. DI PAOLA, *Il cursus publicus in età tardoantica* cit., 65 e, soprattutto, in A. KOLB, *Transport und Nachrichtentransfer* cit., 221-226, con indicazione delle principali fonti in materia anche per quanto concerne il periodo successivo all'emanazione del *Codex repetitae praelectionis*.

<sup>41</sup> Cfr. C. 12,50,22 (l'abolizione del *cursus clabularius* è circoscritta alla diocesi orientale e ad altre località taciute nella legge ma menzionate in una *instructio* del prefetto del pretorio Pusaesus) e Procop. *Arc.* 30,11.

<sup>42</sup> A. KOLB, *Transport und Nachrichtentransfer* cit., 70. Cfr. nt. 27.

<sup>43</sup> Non consideriamo, perché non pertinente in questa sede, l'interrogativo se il testo della *Synopsis* rispecchiasse l'effettiva realtà del *cursus* nell'impero bizantino del X secolo. Un primo orientamento in A. KOLB, *Transport und Nachrichtentransfer* cit., 226 (ma il punto meriterebbe un approfondimento specifico).

#### 4. *Quali corpi contundenti: bastoni, fruste e pungoli*

*Fustes, virga, flagrum* (nel Codice Teodosiano); *ligna, fustes, flagella* (nel Giustiniano), ξύλον, ῥόπαλον, φραγγέλιον (nella *Synopsis*). Quali strumenti, ai sensi della presente legge, erano da considerarsi ammessi e quali proibiti?

I corpi contundenti illeciti. Nel testo del Teodosiano si vieta l'uso del bastone (*fustis*) per spronare gli animali. L'imperatore prende atto che la maggior parte degli utenti del *cursus*, fin dall'inizio del viaggio, impiegava *fustes nodosi et validissimi* per incitare gli animali a «consumare ogni forza» (*quidquid virium habent absumere*). E possiamo intendere che l'esaurimento delle forze avvenisse sia perché gli animali erano spinti a tenere un'andatura il più possibile rapida, sia perché dovevano essere sottoposti a colpi tanto energici da ricevere lesioni. Dunque, l'autorità imperiale proibisce non soltanto l'utilizzo di *fustes nodosi et validissimi* ma di qualsiasi *fustis* per spronare (*ut nullus omnino in agitando fuste utatur*). Nodoso o meno che fosse, il bastone era quindi vietato.

Nel resto del Codice di Teodosio II non risultano – se ben abbiamo visto – altre attestazioni di *fustes* adoperati sugli animali. Quanto al significato di *fustis*, i lessici ci informano che il termine indica, sostanzialmente, un bastone (dunque «baculum, pertica, stipes, tignum»), usato in genere quale «instrumentum ad verberandum», soprattutto «bestias [...] imprimis asinos»<sup>44</sup>.

La parola *fustes* è mantenuta anche nel *Codex repetitae praelectionis*, ma si precisa attraverso uno sdoppiamento: *ligna vel fustes*<sup>45</sup>. La *Synopsis* reca ξύλα e ῥόπαλα. Come nel Codice di Giustiniano, si tratta di due parole che, per così dire, si puntualizzano a vicenda: ξύλον designa, infatti, genericamente il legno «tagliato e pronto ad essere utilizzato» oppure «uno strumento di punizione»<sup>46</sup>, mentre ῥόπαλον è spesso reso con «randello», «clava»<sup>47</sup>.

Niente *fustes*, dunque, sugli animali del *cursus*. Ma sugli uomini sì, viene spontaneo aggiungere. Non si può non ricordare – anche se il punto non è strettamente rilevante – come, anche in quest'epoca, la *verberatio* tramite *fustes* fosse ammessa quale sanzione corporale per colpire corpi umani. Corpi umani liberi,

<sup>44</sup> Si rimanda alla voce *fustis* in *TLL*, VI.1, 1657-1660. La fonte di cui ci occupiamo, ossia C.Th. 8,5,2, è indicata in «II. speciatim: instrumentum ad verberandum [...]». Cfr. anche E. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*<sup>4</sup>, r. a. Bologna 1965, II, 570, in cui si rende con «bastone, palo».

<sup>45</sup> Cfr. *TLL*, VII.2, s.v. *lignum* (il testo di C. 12,50,1 è riportato in «II. de rebus ex ligno factis», «B. de armis», «2. de fustibus sim.»). V. anche E. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*<sup>4</sup>, r. a. Bologna, 1965, III, 85.

<sup>46</sup> Il corrispondente termine latino è, appunto, *lignum* (E. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*<sup>4</sup>, r. a. Bologna, 1965, III, 85). Cfr. la voce ξύλον nel *Greek-English Lexicon (LSJ)*, consultato online nel database *TLG – Thesaurus linguae graecae* (<https://stephanus.tlg.uci.edu>).

<sup>47</sup> Cfr. la voce ῥόπαλον nel *Greek-English Lexicon (LSJ)*, consultato online nel database *TLG – Thesaurus linguae graecae* (<https://stephanus.tlg.uci.edu>). Nell'Iliade è usato per colpire gli asini (es. *Il.* 11,559) e nell'Odissea lo maneggiano i Ciclopi (*Od.* 9,319); anche la clava di Eracle è chiamata con questo nome (es. in *AR. Ra.* 38).

dovremmo precisare, dato che, almeno in linea di principio, ai corpi degli schiavi erano riservati i *flagella*<sup>48</sup>.

Gli strumenti leciti. Il testo tramandato dal Teodosiano afferma l'ammissibilità della *virga* e del *flagrum*, anche con l'aggiunta di un *brevis aculeus* come stimolo. Nel Giustiniano, è permesso lo strumento indicato con il diminutivo di *flagrum*, ossia il *flagellum* (la *Synopsis* riporta φραγγέλιον). La *virga* è il «ramoscello», dunque più sottile e leggero del *fustis*<sup>49</sup>, e, tra i diversi impieghi, è conosciuto anche quello di strumento per incitare gli animali<sup>50</sup>. *Flagrum*, reso generalmente con «sferza, staffile»<sup>51</sup>, non doveva presentare, quanto a significato, differenze degne di nota con il suo diminutivo, *flagellum*, più comune nelle fonti giuridiche<sup>52</sup>. Può essere interessante registrare come la parola *flagrum* ricorra una sola volta nel Teodosiano, e soltanto nel testo di cui ci occupiamo (nessuna attestazio-

<sup>48</sup> Tale principio, che si applica di norma ai liberi *humiliores*, non appare immune da eccezioni, ma la questione merita di essere trattata estesamente in un'indagine indipendente che non può essere riassunta in questa sede: per una prima lettura, cfr. la sintesi in *PWRE, Supplementband IX* (1962), 1589-1597, s. v. *verbera*. Si rimanda, in ogni caso, essenzialmente a Call. 6 *de cogn.* D. 48,19,28,2, Call. 1 *de cogn.* D. 50,13,5,2, Call. 6 *de cogn.* D. 48,19,28,5, Hermog. 5 *epit.* D. 47,10,45 pr.

Per quanto concerne il diverso ambito delle punizioni domestiche, risulta invece attestato l'uso dei *fustes* anche sui servi (da ultimo, cfr. N. DONADIO, *I castighi del servo nella commedia antica*, in *Tesseræ iuris*, IV.1, 2023, 13-46).

<sup>49</sup> «Fustis gravior est virga seu flagro: cum non semper modus in illius admonitione adhiberi, quin facile animal enecari queat»: così G.C. LEISER, *Jus Georgicum, sive Tractatus de praediis cit.*, 350.

<sup>50</sup> Tra gli strumenti attraverso i quali «pelluntur et concitantur ad cursum», il «primum simplicissimumque virga est» (cfr. J. SCHEFFER, *De re vehiculari veterum libri duo*. [...], Francoforte, 1671, 186). Tra le fonti circa l'uso della *virga* (sui cavalli e su altri animali, come i muli) v., tra le tante, CVRT. 7,4,18: *Nobilis equus umbra quoque virgae regitur*; IVV. *carm.* 3,312 ss.: *sed iumenta vocant et sol inclinat: eundum est. / nam mihi commota iam dudum mulio virgal annuit*; ancora, LUCAN. 4,677; NEMES. *cyn.* 266. Secondo M. CASSIA, *Cavalli cappadoci cit.*, 454, nel testo in C.Th. 8,5,2 la parola *virga* «indicherebbe un frustino da equitazione, ovvero un bastoncino flessibile, spesso rivestito di cuoio e usato per incitare il cavallo», ma non fornisce la fonte di una definizione tanto precisa. Inoltre, considerato che sugli animali del *cursus* i più impiegavano bastoni nodosi e legnosi, è probabile che con il termine *virga* il legislatore non intendesse riferirsi ad un attrezzo professionale, bensì ad una qualsiasi bacchetta che risultasse leggera e non pericolosa.

<sup>51</sup> E. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*<sup>4</sup>, r. a. Bologna, 1965, II, 494. V. anche TLL, VI.1, 848-849 (oltre «ad castigandos homines, imprimis servos», serviva anche «ad verberandas bestias», non soltanto cavalli, ma anche altri animali, come i buoi). Il *flagrum* è frequentemente rappresentato nelle mani degli aurighi. Si legga, ad esempio, MACR. *Sat.* 1,23,13 (*simulacrum enim aureum specie imberbi instat dextera elevata cum flagro in aurigae modum*), 5,11,21 (*Gravius poeta equorum tantum meminit flagro animante currentium*), 5,11,22 (*et accepto brevi semine de Homeric flagro pinxit aurigas concutientes lora undantia et pronos in verbera pendentes*).

<sup>52</sup> Nel Digesto, cfr. Ulp. *l. s. de off. pu.* D.1,15,4 pr.; Ulp. 5 *ad ed.* D. 2,4,10,12; Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7,1,23,1; Alf. 2 *dig.* D. 9,2,52,1; Ulp. 43 *ad Sab.* D. 47,1,2,4; Paul. 54 *ad ed.* D. 47,9,4,1; Ulp. 57 *ad ed.* D. 47,10,17,2; Hermog. 5 *epit.* D. 47,10,45 pr.; Ulp. 2 *de off. procons.* D. 48,2,6 pr.; Call. 6 *de cogn.* D. 48,19,7 pr.; Macer 2 *de publ. iudic.* D. 48,19,10 pr.; Call. 6 *de cogn.* D. 50,2,12 pr. La parola *flagellum*, nel Codice Teodosiano, ricorre soltanto in due testi: in C.Th. 13,3,1 (*verberatio* sugli schiavi tramite *flagellis*), mentre in C.Th. 6,29,5 *flagella* indica una particolare vettura, detta appunto *quadriga*

ne, invece, nel *Codex repetitae praelectionis*). I compilatori del Giustiniano, come detto, preferiscono *flagellum* e, anche in questo caso, il termine non conosce altre occorrenze nel Codice. Per quanto concerne il testo della *Synopsis*, l'unico strumento lecito è il φραγγέλιον<sup>53</sup>. Sotto il nome di *flagrum/flagellum* ricadono molteplici strumenti di vario genere, solitamente (ma non sempre) composti da una o più strisce di cuoio legate ad un manico, quasi tutti usati anche per correggere, addestrare e stimolare gli animali<sup>54</sup>. Nel Teodosiano, è precisata l'ammissibilità dell'aggiunta, all'estremità, di un *brevis aculeus*<sup>55</sup>. Lo scopo è unicamente quello di esercitare uno stimolo delicato (*innocuo titillo...admonere*) e soltanto nel caso in cui si presenti la necessità di incitare l'animale al movimento (si parla di *pigre-scentes artus*)<sup>56</sup>. Tale specificazione cade nel testo del Giustiniano e della *Synopsis*.

vel flagella (sul punto, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis IACOBI GOTHOFREDI* cit., 198; C. PHARR, *The Theodosian Code* cit., 146, nt. 19, parla di «fourth century Roman slang»).

<sup>53</sup> Il termine risulta un calco del latino *flagellum*, meno attestato rispetto alla forma φραγγέλιον (quest'ultima compare, ad esempio, in diversi *scholia* ai Basilici). Abbiamo consultato il *Lexikon zur byzantinischen Gräzität (LBG)*, nel database *TLG – Thesaurus linguae graecae* (<https://stephanus.tlg.uci.edu>).

<sup>54</sup> Cfr. la voce *Flagellum* (Μύστιξ) in *DS*, II.2, 1152-1156: la parola, latina e greca, «désignent en bloc toutes les variantes du même type, comme celui de fouet s'emploie en français pour désigner différentes sortes de cravaches, badines, verges, férules, houssines, escourgées, lanières, étrivières, cordes, martinets, knouts, garcettes et autres instruments cinglants et flagellants». Per quanto concerne specificamente il *flagellum* degli aurighi, cfr. alla voce *flagellum* nel *Glossario latino dei termini tecnici circensi in La villa di Massenzio sulla via Appia*, a cura di G. IOPPOLO – G. PISANI SARTORIO, Roma, 1999, 316: «Frusta utilizzata dall'auriga e composta da un corto manico di legno e da più corde con nodi», ma a volte rappresentata «con una sola corda». Nel cosiddetto Editto dei prezzi diocleziano è indicato anche uno strumento denominato, in latino, *flagellum mulionicum cum virga* (10,18), mentre il testo greco reca φλάγγελον (cfr. M. GIACCHERO, *Edictum Diocletiani et Collegarum de pretiis rerum venalium in integrum fere restitutum e Latinis Graecisque fragmentis*, Genova, 1974, 158-159). In un passo di Giovenale, *virga* e *flagellum* compaiono insieme nelle mani di un cocchiere (ma è lecito chiedersi se non si tratti dello stesso attrezzo, indicato con parole diverse). Cfr. *Ivv. sat.* 8,150-154: [...] *finitum tempus honoris/ cum fuerit, clara Lateranus luce flagellum/ sumet et occursum nunquam trepidabit amicit/ iam senis, ac virga prior annuet atque maniplos/ solvet et infundet iumentis hordea lassis*.

<sup>55</sup> Per l'aggiunta di uno *stimulus* al *flagrum/flagellum*, cfr. ancora alla voce *Flagellum* (Μύστιξ) in *DS*, II.2, 1153. L'*aculeus* in discorso è citato anche in *TLL*, I, 457. Circa l'impiego di uno *stimulus* «id est, pertica cum cuspidē acuta» per incitare i buoi, cfr. l'analisi e le fonti citate in A. ADAM, *Roman Antiquities, or, an Account of the Manners and Customs of the Romans*, Edinburgh, 1791, 553, in cui si considerano anche la *virga* e il *flagrum vel flagellum*.

<sup>56</sup> Gotofredo identifica questi «aculeata flagra» con gli strumenti detti *scorpiones* (*Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis IACOBI GOTHOFREDI* cit., 528), ma sul punto si vedano le riflessioni in P.P. LAZERI, *De' tormenti de' Santi Martiri e della sincerità che può argomentarsene de' loro atti*, IV, in *Annali delle Scienze Religiose*, VI (luglio-agosto) 1854, 53 ss. In A. HYLAND, *Equus. The Horse in the Roman World*, London, 1990, 255, si osserva che «anyone who knows about a whip realizes that a switch or a goad is far more effective than a blunt club which serves to bruise, but the picture does arise of animals being subjected to excessive demands which shortened their lives».

Sia concesso evidenziare come le considerazioni finora esposte rappresentino ulteriori elementi per continuare a preferire, contro l'autorità di Gotofredo, l'ipotesi che l'espressione *animalia publica* nel Teodosiano si riferisca a tutti gli animali del *cursus* e non soltanto ai cavalli. Appare infatti ampiamente testimoniato come gli strumenti citati fossero adoperati non solo sui cavalli ma anche su differenti animali (per tacere degli esseri umani)<sup>57</sup>.

Vogliamo, infine, soffermarci su un'ultima notazione, di carattere più generale, concernente il lessico della legge. L'uso dei termini *virga* e *flagrum*, contrapposti a *fustis*, ha infatti suggerito l'idea che «per la corretta stesura di quest'atto normativo» siano stati «consultati esperti in materia veterinaria»<sup>58</sup>. Altri indizi che deporrebbero in questo senso sarebbero rappresentati dalla presenza, nel testo del Teodosiano, del termine tecnico *titillum* (ossia, «stimolo»)<sup>59</sup>, dal fatto che presso le stazioni del *cursus publicus* fossero stabilmente impiegati veterinari (*mulomedici*)<sup>60</sup> e dalle notizie di cui disponiamo circa i viaggi compiuti al seguito di Costantino o di Licinio da parte di esperti in detta scienza<sup>61</sup>. Benché non tutti gli indizi esposti abbiano uguale peso, a nostro avviso la suggestione (che, pure, mera suggestione deve rimanere) merita di essere valorizzata e, anzi, ulteriormente supportata dai seguenti appunti. Almeno altri tre termini, infatti, possono essere considerati 'tecnici', ossia i verbi *agitare* ed *admonere*, nonché l'agget-

<sup>57</sup> Il testo della costituzione, almeno nella forma in cui ci è stato tramandato, si limita a designare gli strumenti con termini piuttosto generici. In presenza di indicazioni più precise (es. la lunghezza degli attrezzi) si sarebbe, forse, potuto inferire se destinati ad essere impiegati su animali da sella o da tiro. Ma la genericità è forse dovuta al fatto che, come ripetiamo, la norma doveva rivolgersi ad ogni animale del *cursus* e ad ogni tipologia di viaggio.

<sup>58</sup> M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., 454-457 (il testo fra virgolette si legge a p. 456).

<sup>59</sup> M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., 454. La studiosa rileva come il sostantivo *titillatio* e il verbo *titillare* siano «adoperati specificamente nei trattati di veterinaria», in particolare in opere del IV-V secolo quali l'anonima *Mulomedicina Chironis* (3,124 e 9,811, ed. Oder) e i *Digesta artis mulomedicinalis* di Vegezio (2,103 e 2,129, ed. Lommatzsch, anche se, in quest'ultimo passo, sembra significare piuttosto 'infiammazione'). Cfr. anche J.N. ADAMS, *Pelagonius and Latin Veterinary Terminology* cit., 306. Informazioni essenziali in V. ORTOLEVA, *Per una nuova edizione critica dei Digesta artis mulomedicinalis di Vegezio: alcune note metodologiche*, in *La médecine vétérinaire antique*, a cura di M.-T. CAM, Rennes, 2007, pp. 135-144; K.-D. FISHER, *Ancient Veterinary Medicine. A Survey of Greek and Latin Sources and Some Recent Scholarship*, in *Medizinhistorisches Journal*, 23.3-4, 1988, pp. 197-202.

<sup>60</sup> L'attività dei *mulomedici* nelle stazioni del *cursus* è attestata in una costituzione inserita nel medesimo titolo, ossia C.Th. 8,5,31 (in cui si dispone che essi, al pari dei *muliones* e dei *carpentarii*, non ricevano altri compensi, dato che lo Stato provvede all'annona e al loro vestiario). Cfr., per tutti, A. KOLB, *Transport und Nachrichtentransfer* cit., 197; J.N. ADAMS, *Pelagonius and Latin Veterinary Terminology* cit., 56.

<sup>61</sup> Cfr. M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., 456 per le fonti circa l'esperienza di Apsirto («veterinary writer and soldier», *PLRE*, I, s.v. *Apsyrus*, 90) al seguito di Costantino e di Teomnesto, un altro scrittore di veterinaria, del quale sopravvivono alcuni frammenti negli *Hippiatrica*. Su quest'ultimo v. anche il capitolo *Theomnestus* in A. McCABE, *A Byzantine Encyclopaedia of Horse Medicine. The Sources, Compilation and Transmission of the Hippiatrica*, Oxford, 2007, 181-207.

tivo *pigrescentis*. Il testo nel Codice Teodosiano stabilisce che *placet, ut omnino nullus in agitando fuste utatur*, quello nel Giustiniano *flagellis tantummodo agitari decernimus* (nella *Synopsis* si legge ἐλάωνω, che ne rappresenta l'equivalente). Il verbo *agitari* indica propriamente l'attività di chi spinge gli animali a mettersi in movimento (l'*agitator* è, prima di tutto, l'auriga)<sup>62</sup>. Nel Teodosiano la costituzione contiene anche il verbo *admonere*, nel senso di *urgere, stimulare*<sup>63</sup>. Ancora, il medesimo testo reca l'aggettivo *pigrescentes*, riferito agli arti degli animali: il termine, chiaramente derivato da *piger*, ricorre nella trattatistica veterinaria dell'epoca<sup>64</sup>. Nulla vieta, dunque, di ipotizzare che lo spunto per l'emanazione della legge possa essere venuto da un rapporto di *mulomedici*, forse nella circoscrizione di Titianus (come si è detto, non sappiamo se fosse un governatore), i quali avessero riscontrato i nocivi effetti di bastoni e di stimoli eccessivi sugli animali del *cursus*.

E, secoli e secoli dopo, del testo del Teodosiano si ode, forse, ancora l'eco nei divieti di asportare e vendere «bastoni nodosi, e di grosso diametro» che si rintracciano in diverse ordinanze dell'Italia preunitaria<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Già in *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis* IACOBI GOTHOFREDI cit., 528, nota d), dello stesso Gotofredo: «Agitandi vox propria». Cfr. *TLL*, I, 1330, s.v. *agito* (sotto «I. de motu [...] animalium: 1. de motu corporum: [...] actores, pastores agitant iumenta, equites vel aurigae equos, sim.»), e *TLL*, I, 1329, s.v. *agitator* («auriga» [...] «in certamine circensium»), con l'indicazione di numerose fonti. Per un'occorrenza di *agitator* nelle costituzioni dell'epoca cfr. C.Th. 15,7,12 (C. 11,41,4); questi e altri testi giuridici sono approfonditi in E. FRANCIOSI, *Athletae, agitadores, venatores. Aspetti del fenomeno sportivo nella legislazione postclassica e giustiniana*, Torino, 2012, spec. 97-138.

<sup>63</sup> Gotofredo osserva «Admonere proprie», «Admonere, est urgere, stimulare». Così *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis* IACOBI GOTHOFREDI cit., 528, nota f), di Gotofredo, con rimando a fonti letterarie, come VERG. *Aen.* 10,586 (*admonuit biiugos*); MART. 6,46 (*Vapulat assidue veneti quadriga flagello*), COLUM. 2,2 (*Numquam stimulo lacessat iuvenum, quae res taetratum calcitrosam que eum reddit, non numquam tamen admoveat flagello*). Cfr. *TLL*, I, 764, s.v. *admoveo* («II. cum obiecto directo», «7. bestias incitare»).

<sup>64</sup> Cfr., ad esempio, l'uso di *piger* nei *Digesta artis mulomedicinalis* di Vegezio (in particolare ai passi 1,1,1; 2,5,2; 3,5,4; 4,2,2; 4,2,12).

<sup>65</sup> Cfr. ad esempio l'Ordinanza di polizia del 9 ottobre 1822 riportata in *Comentario sul Codice per lo Regno delle Due Sicilie e propriamente sulla Parte Seconda, Leggi Penali [...]*, Opera di O. GIACCARI, I, Avellino, 1837, 194-195, oppure l'Avviso del Ministero di Giustizia e Polizia Generale (Milano, 7 Pratile anno 9 della Repubblica), che vieta «la delazione de' bastoni nodosi, o di forma e di qualità non ordinaria» in *Raccolta delle leggi, proclami, ordini ed avvisi pubblicati in Milano dal giorno 13 Pratile Anno VIII (2 giugno 1800) [...]*, II, Milano, s.d. [1800], 185. Sul persistente divieto di bastonare i cavalli della posta pubblica in età moderna, cfr. il riferimento a C.Th. 8,5,2 in N. BERGIER, *Histoire des grands chemins de l'Empire romain, [...]*, Paris, 1722, 608. Si vedano anche D.C. FEA, *Compendio storico delle Poste specialmente romane antiche e moderne [...]*, Roma, 1835, 81.

### 5. Sulle tracce dello scopo della legge

Veniamo, quindi, alla *ratio* della legge (forse, come si dirà, storicamente modificata con il mutare del suo testo, come a noi pare probabile considerando l'intervento giustiniano).

Ma partiamo dal Teodosiano. Il legislatore, nel prendere atto di un comportamento tanto diffuso quanto errato, concentra l'attenzione sul fatto che i *plerique* costringono gli *animalia publica* a consumare ogni forza (*vis*) fin dall'inizio del viaggio (*inter ipsa currendi primordia... cogunt quidquid virium habent absumere*). Il principe indica gli strumenti ammessi e quelli vietati, e insiste sulla necessità di non sforzare gli *animalia publica* oltre le loro possibilità, esigendo quel che non possono dare (*ut non exigat tantum, quantum vires valere non possunt*). Per la seconda volta in poche righe, le forze (*vires*) sono poste al centro dell'attenzione del legislatore. Da una lettura il più possibile aderente al testo, sembra doversi ricavare che lo scopo (non espresso, ma sufficientemente chiaro) dell'autorità imperiale fosse quello di impedire che gli animali esaurissero le loro forze e, con ogni probabilità, invecchiassero precocemente (in altre parole, anche se resta implicito, di salvaguardare tali *animalia* in quanto *publica* e di tutelare così il buon funzionamento del sistema di trasporti)<sup>66</sup>.

Rimanendo nel quadro della compilazione teodosiana, si deve evidenziare che tale *ratio* trova conforto in un'interpretazione sistematica: il medesimo scopo si può rintracciare, infatti, anche in altre costituzioni dello stesso titolo del Teodosiano<sup>67</sup>.

Su questa *ratio*, gli studiosi concordano. Già in epoca risalente, si è osservato come la legge fosse volta a garantire che gli animali del *cursus publicus* non subissero danni a causa di maltrattamenti o di sforzi eccessivi<sup>68</sup>. È stato notato come la costituzione (che si inserisce nella «fitta rete» di «misure dirette a regolare anche

<sup>66</sup> Per le occorrenze dell'espressione *animalia publica* nel medesimo titolo del Teodosiano cfr. nt. 29. Sulla possibilità che lo sforzo eccessivo comportasse la riduzione dell'aspettativa di vita del cavallo, abbiamo già indicato A. HYLAND, *Equus. The Horse in the Roman World* cit., 255.

<sup>67</sup> Citando solo pochi significativi esempi (alcuni dei quali abbiamo richiamato nelle note precedenti), leggiamo come si punissero le usurpazioni delle *evectiones* in quanto portavano danno agli *animalia del cursus publicus* (C.Th. 8,5,8), come si imponesse di non impiegare gli animali fuori dai tracciati stradali ordinari, altrimenti si sarebbero dovuti scegliere *agminales seu paraveredi*, e comunque *modice et temperate tantum ad usum proprium necessariis* (C.Th. 8,5,3), tanto che muoversi oltre 500 passi *ab itinere recto* era un comportamento passibile di sanzione (C.Th. 8,5,24). Diverse costituzioni (quali C.Th. 8,5,17, C.Th. 8,5,18, C.Th. 8,5,20, C.Th. 8,5,28, C.Th. 8,5,30) stabiliscono il peso massimo che ogni tipologia di veicolo poteva trainare o il numero massimo di persone da trasportare. In altre leggi, ancora, il legislatore si preoccupa delle forniture di foraggio (ad esempio in C.Th. 8,5,60) e, come già abbiamo avuto modo di segnalare, della presenza di veterinari (*mulomedici*) nelle maggiori *mansiones* (C.Th. 8,5,31).

<sup>68</sup> Gotofredo concentra l'attenzione sulla volontà imperiale di limitare gli eccessi (*Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis* IACOBI GOTHOFREDI cit., 528).

i più piccoli particolari del servizio») fosse stata emanata «nell'evidente, duplice intento di assicurare l'efficienza [del *cursus*] e di diminuirne il peso sui cittadini»<sup>69</sup>.

Amnesso che la legge sia di Costantino, la *ratio* ora esposta potrebbe coincidere con lo scopo che egli si prefiggeva di raggiungere. Ma ciò non esclude, come vedremo, che la legge (se è originariamente di Costantino e non solo a lui attribuita nel corso del tempo) nascondesse un suo retropensiero: quello di veicolare l'opinione di un principe attento alla cosa pubblica, anzi attento ad uno speciale tipo di cosa pubblica, gli *animalia publica* (e forse, in particolare, i cavalli). Questa peculiare propensione alla tutela del *cursus publicus* potrebbe aver avuto lo scopo di allontanare da sé alcuni eventi del passato (veri o inventati che fossero). Diremo di qui a poco.

Dobbiamo prima dare conto di una seconda *ratio* della legge, che alcuni studiosi hanno ritenuto di scorgere e che affermano addirittura prevalente sulla prima: la protezione degli animali (ispirata dalla sensibilità cristiana di Costantino o, addirittura, da un non ben precisato sentire 'laico-animalista'). Chi propone letture inquadrabili in questo secondo indirizzo si stacca, con ogni evidenza, dalla lettera del testo. Significativa è la posizione di chi citava questa legge rilevando che «dall'età di Costantino in poi furono talora prese disposizioni informate a sensi di maggiore umanità»<sup>70</sup> e che tali «miti sensi non si rivelano solo rispetto agli uomini ma talora anche verso gli animali»<sup>71</sup>. L'umanità di Costantino, in questa lettura, è naturalmente tutta cristiana e in tale prospettiva si inquadra anche l'asserita «mitezza» nei confronti degli animali. Sulla stessa linea si collocano, negli ultimi decenni, altre letture, le quali escludono «l'idea di una tutela degli animali in chiave puramente utilitaristica» ed esaltano lo scopo «forse non del tutto inconsapevole» della «tutela degli animali come esseri senzienti, capaci di provare dolore»<sup>72</sup>. Secondo un'interpretazione ancora più recente (anche questa da ascri-

<sup>69</sup> M. SARGENTI, *L'opera legislativa dell'imperatore Giuliano*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, 3, 1979, ora in ID., *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova, 1986, 208.

<sup>70</sup> Cfr. E. PAIS, *Storia della Sardegna e della Corsica* cit., 186.

<sup>71</sup> E. PAIS, *Storia della Sardegna e della Corsica* cit., 136, nt. 380. Lo storico si limita a citare, quali esempi della sua affermazione, C.Th. 8,5,2 e C.Th. 8,5,17.

<sup>72</sup> In P.P. ONIDA, *Il divieto di sacrifici di animali nella legislazione di Costantino. Una interpretazione sistematica*, in *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino imperatore tra Oriente e Occidente*, a cura di F. SINI – P.P. ONIDA, Torino, 2003, 127-128 (anche in *Diritto@Storia*, 2, 2003), si legge che la costituzione, attribuita dallo studioso a Costantino, «probabilmente non costituisce solo una misura di conservazione del patrimonio pubblico» e che «poteva anche perseguire, in modo forse non del tutto inconsapevole, una tutela degli animali come esseri senzienti, capaci di provare dolore. E qui, la tutela del valore economico dell'animale doveva andare di pari passo con la tutela come essere animato». Secondo lo studioso, il fatto che si potesse «impiegare l'animale nel rispetto delle proprie energie» non esprimerebbe «una esigenza puramente utilitaristica, poiché, su questo piano, un divieto di tal genere avrebbe avuto una ragion d'essere al solo fine di evitare la morte o la menomazione dell'animale. Nel nostro caso, invece, la costituzione vieta lo sfruttamento eccessivamente oneroso dell'animale anche nel caso in cui esso possa recuperare le forze, senza aver riportato alcuna menomazione». Non si capisce, però, perché un'esigenza meramente «utilitaristi-

vere al secondo indirizzo interpretativo), l'autorità imperiale avrebbe addirittura mostrato quasi il volto di un legislatore 'animalista': questa legge è stata infatti portata come esempio del fatto che la c.d. «questione animale» avrebbe agitato «la storia del pensiero umano da molto tempo, forse da sempre»<sup>73</sup>.

Il secondo indirizzo non è stato immune da critiche. Si è osservato che, se la legge fosse stata dettata da considerazioni di «Menschlichkeit»<sup>74</sup>, l'autorità imperiale avrebbe tutelato non solo gli animali del *cursus*, ma avrebbe richiesto anche ai padroni di usare moderazione nei confronti dei propri animali<sup>75</sup>. Ancora, uno studioso constatava ironicamente che «qualche presidentessa d'una qualsiasi società di protezione degli animali» avrebbe potuto porre «anche il nome di Costantino...fra i grandi precursori del grande movimento che le sta a cuore», dato che il provvedimento «potrebbe da un ottimista essere considerato l'espressione non di una preoccupazione materiale per l'integrità del patrimonio dello Stato, ma di un sentimento idealistico francescano!»<sup>76</sup>. Parole che non hanno mancato di suscitare polemiche<sup>77</sup>, anche se resta vero come il secondo orientamento si allontana dalla lettera del testo per inseguire un tanto affascinante quan-

ca» dovrebbe evitare soltanto i comportamenti che possono condurre alla morte o alla perpetua menomazione dell'animale, dato che anche un recupero più lento delle forze a causa di uno sforzo potrebbe causare significativi ritardi e inefficienze del *cursus*. Rilievi pressoché identici in P.P. ONIDA, *Per lo studio delle costituzioni imperiali in Sardegna* cit. («Soprattutto degno della massima attenzione è poi il fatto che l'inciso *non ut exigat tantum, quantum vires valere non possunt* sveli una attenzione particolare per la condizione animale che trascende la ottica puramente utilitaristica. Obiettivo della disposizione non è semplicemente quello di evitare una menomazione o addirittura la uccisione dell'animale. Anche gli strumenti che possono essere impiegati per la guida del quadrupede, in quanto normalmente non cruenti, divengono vietati quando essi conducano ad uno sforzo intollerabile»).

<sup>73</sup> Così F. RESCIGNO, *Gli esseri animali quali "res senzienti"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 2, 2019, 680, con nt. 1. La studiosa segnala questa costituzione come 'testimone' di una (non meglio definita) «rilevanza dell'interesse giuridico nei confronti degli esseri animali nel diritto romano».

<sup>74</sup> Cfr. I.F.H. UBEGG, *Ueber die Bestrafung der Mißhandlung von Thieren*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 12, 1832, 627.

<sup>75</sup> I.F.H. UBEGG, *Ueber die Bestrafung der Mißhandlung von Thieren*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 12, 1832, 626-627.

<sup>76</sup> G. COSTA, *Religione e politica nell'Impero romano*, Torino, 1923, 259-260.

<sup>77</sup> Ad esempio, si è rilevato come l'opinione di Costa si spinga a «ridicolizzare il significato profondo della disposizione» (P.P. ONIDA, *Per lo studio delle costituzioni imperiali in Sardegna* cit.) e tradisca «un certo disinteresse per un problema – quello della condizione animale nell'antichità – che fu, invece, avvertito con particolare fervore dalla cultura filosofico-giuridica greca e romana» (P.P. ONIDA, *Il divieto di sacrifici* cit., 127). Secondo la lettura di Onida, la costituzione in esame «non può essere rettammente intesa se non si considerano i presupposti filosofico-giuridici dai quali traspare, in generale a Roma, e nello specifico nella legislazione costantiniana, una attenzione particolare per il mondo animale» (P.P. ONIDA, *Per lo studio delle costituzioni imperiali in Sardegna* cit.). Onida rimanda alle sue osservazioni in Id., *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002, spec. 21-73; si vedano, per quanto concerne specificamente «l'amore» di Costantino per gli animali, Id., *Il divieto di sacrifici* cit., 127-169, e V. POGGI S.J., *Perché in Sardegna Costantino è Santo*, in F. SINI, P.P. ONIDA, *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di*

to sfuggente ‘sentire’ nei confronti del ‘benessere animale’ (presente, forse, più nella mente dell’interprete attuale che in quella del legislatore tardoantico)<sup>78</sup>.

Riprendiamo l’argomento, sopra accennato, di un possibile retropensiero che può aver guidato Costantino. L’imperatore ha emanato una legge il cui scopo è oggettivamente quello di proteggere il *cursus publicus*, ma, al tempo stesso, potrebbe aver avuto l’intenzione di diffondere una rappresentazione di sé tesa a contrastare (e, se possibile, a neutralizzare) un’opposta immagine che, forse, aveva già iniziato a circolare.

Il rapporto tra Costantino e gli animali del *cursus publicus* sembra infatti conoscere un antecedente in un avvenimento restituito da diversi passi non giuridici<sup>79</sup>. Tralasciando i noti problemi che pongono le fonti utilizzabili per ricostruire la vita di questo imperatore<sup>80</sup>, concentriamo l’attenzione su un evento che lo vide protagonista nell’estate del 306 (questa pare la data più plausibile)<sup>81</sup>, ossia il rapido viaggio dalla corte di Galerio a Nicomedia verso Gesoriacum (Boulogne-sur-Mer) o, secondo altre fonti, verso la Britannia, per raggiungere il padre (poco dopo, si sa, Costanzo Cloro sarebbe morto e le truppe avrebbero acclamato il figlio come Augusto). Per compiere questo lungo tragitto, Costantino avrebbe utilizzato gli animali del *cursus*, in particolare i cavalli. Nei testi, come vedremo, si parla infatti di *equi*, di *veredi* oppure, più genericamente, di *iumenta*, ma è quasi scontato, data la fretta che animava Costantino, ritenere che abbia viaggiato, tramite il *cursus velox*, in sella a cavalli. La notizia è riportata da diverse fonti, a volte con accenti discordi e ciò indicherebbe come non circolasse una versione

*san Costantino imperatore tra Oriente e Occidente*, Torino, 2003, 337-339. Sul rapporto tra Costantino e i cavalli, v. però *infra*.

<sup>78</sup> Ad esempio, come già si osservava ormai due secoli fa (I.F.H. UBEGG, *Ueber die Bestrafung der Mißhandlung von Thieren* cit. 626-627), non si comprende perché l’attenzione di un legislatore tanto attento alla ‘questione animale’ si sarebbe dovuta limitare agli animali (secondo alcuni, peraltro, addirittura solo ai cavalli!) del *cursus publicus*, escludendo tutti gli altri.

<sup>79</sup> L’episodio è preso in esame anche da parte di studiosi che attribuiscono, in prima battuta, la paternità della legge a Licinio: cfr. i rilievi, alla nt. 21 del presente studio, circa la posizione espressa in M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., spec. 457-458 e 477-478.

Quanto alla vicenda, si può notare con P. DUFRAIGNE (texte établi et traduit par), *Aurelius Victor. Livre des Césars*, Paris, 1975, 190, come «cet épisode pittoresque a séduit les historiens».

<sup>80</sup> Una ricognizione della sconfinata letteratura su Costantino esula dagli scopi del presente contributo: v., tra le tante, le recenti messe a punto in T.D. BARNES, *Constantine. Dynasty, Religion and Power in the Later Roman Empire*, Malden, 2011; A. MARCONI, *Costantino il Grande*, Roma-Bari, 2000; K. ROSEN, *Konstantin der Große. Kaiser zwischen Machtpolitik und Religion*, Stuttgart, 2013. Ci sembrano da tenere ben presenti le cautele recentemente ricordate da A. BARBERO, *Costantino il vincitore*, Roma, 2016, 9-17, in particolare per quanto riguarda lo stato delle fonti e della storiografia su Costantino.

<sup>81</sup> Sul problema della datazione dell’evento (da collocarsi, secondo alcuni, nel 305) il riferimento è ora A. OMISSI, *Hamstrung Horses: Dating Constantine’s Departure from the Court of Galerius*, in *Journal of Late Antiquity*, 16.1, 2023, 4-26.

univoca dei fatti. Diamo rapidamente conto dei testi che ne trattano, presentandoli in ordine cronologico.

Il viaggio di Costantino è raccontato, anzitutto, dall'autore del Panegirico del 310 (come è noto, recitato a Treviri alla presenza dello stesso imperatore). Il panegirista, rivolgendosi al principe, dichiara che egli era stato chiamato dal Cielo per la salvezza della *res publica* e che il suo *repentinus adventus* era stato tanto folgorante da far pensare che fosse giunto presso il padre quasi in volo su un carro divino, anziché con il *cursus publicus*. In questo testo, dunque, siamo informati soltanto del fatto che Costantino aveva utilizzato il *cursus* per raggiungere il padre (e che il viaggio era stato rapido, anzi improvviso)<sup>82</sup>.

Nell'opera *De mortibus persecutorum*, scritta tra il 313 e il 315, Lattanzio racconta che Costantino, per sfuggire a Galerio e ricongiungersi con il padre, si dilegua nottetempo da Nicomedia e durante il tragitto fa sparire, stazione dopo stazione, tutti i cavalli (*omnibus equis publicis*)<sup>83</sup>. Il giorno dopo, Galerio tenta l'inseguimento ma il *cursus publicus* è *denudatus*. In Lattanzio si parla di cavalli *sublati*, dunque «portati via», «tolto di mezzo», non necessariamente «uccisi» (anche se non è affatto chiaro quale fine abbiano fatto).

Eusebio di Cesarea, invece, nella *Vita Constantini* racconta soltanto che il giovane si affrettò a raggiungere il padre (σπεύδων ἀφίκετο πρὸς τὸν πατέρα) prima che spirasse<sup>84</sup>. Nessun cenno ad animali e nemmeno al *cursus publicus*.

<sup>82</sup> *Incerti Panegyricus Constantino Augusto dictus*, VII (6), 7,5 (ed. Galletier, 1952): *Iam tunc enim caelestibus suffragiis ad salutem rei publicae uocabaris, cum ad tempus ipsum quo pater in Britanniam transfretabat classi iam uela facienti repentinus tuus aduentus inluxit, ut non aduectus cursu publico, sed diuino quodam aduolasse curriculo uidereris*. Come si legge nella traduzione in *Panegyrici latini*, a cura di D. LASSANDRO – G. MICUNCO, Torino, 2000, 229-231, «il tuo improvviso arrivo brillò come luce alla flotta che già dava le vele: sembrava che non fossi arrivato per via ordinaria, ma che fossi venuto in volo su di un cocchio divino». Cfr. il commento in B. MÜLLER-RETTIG, *Der Panegyricus des Jahres 310 auf Konstantin den Grossen. Übersetzung und historisch-philologischer Kommentar*, Stuttgart, 1990, 126-129.

<sup>83</sup> LACT. *mort. pers.* 24,6-7 (ed. STÄDELE, 2003): *Quae cum ille prospiceret, quiescente iam imperatore post cenam properavit exire sublatis que per mansiones multas omnibus equis publicis evolauit. Postridie imperator cum consulto ad medium diem usque dormisset, vocari eum iubet. Dicitur ei post cenam statim profectus. Indignari ac fremere coepit. Poscebat equos publicos, ut eum retrahi faceret. Nudatus ei cursus publicus nuntiatur. Vix lacrimas tenebat*. Coordinate essenziali su quest'opera in F. WINKELMANN, *Historiography in the Age of Constantine*, in *Greek and Roman Historiography in Late Antiquity. Fourth to Sixth Century A.D.*, a cura di G. MARASCO, Leiden-Boston, 2003, 10-14. Cfr. anche, tra i tanti, G. LETTIERI, *Lattanzio ideologo della svolta costantiniana*, in *Costantino I. Enciclopedia costantiniana sulla figura e l'immagine dell'imperatore del cosiddetto Editto di Milano (313-2013)*, II, Roma, 2013, spec. 49-51.

<sup>84</sup> EUS. *Vita Constantini* 1,21,2 (ed. Winkelmann, 1975): [...] αὐτίκα δ' οὖν ἐπειδὴ τῶν ἐπιβούλων τὰς μηχανὰς διαδράς σπεύδων ἀφίκετο πρὸς τὸν πατέρα, ὁμοῦ μὲν αὐτὸς χρόνιος παρῆν, κατὰ τὸ αὐτὸ δὲ τῷ πατρὶ τὰ τῆς τοῦ βίου τελευτῆς ἐπὶ ξυροῦ ἴστατο. [...].

Nell'opera conosciuta come *Origo Constantini*, da datarsi forse dopo il 337, l'autore (indicato in genere come Anonimo Valesiano)<sup>85</sup> riferisce che Costantino, in qualche modo, «eliminò» i *veredi* (sappiamo, i cavalli da sella) del *cursus* man mano che procedeva: leggiamo infatti *veredis post se truncatis* (e *truncare* può indicare tanto amputare quanto uccidere)<sup>86</sup>.

Aurelio Vittore nel *Liber de Caesaribus*, non usa invece mezzi termini: in quel frangente Costantino, nel suo ardore, avrebbe ucciso gli animali (*iumenta*) per sfuggire agli inseguitori (*ad frustrandos insequentes, publica iumenta, quaquia iter egerat, interficeret*)<sup>87</sup>.

Nel *Libellus de vita et moribus imperatorum breuiatus ex libris Sexti Aurelii Victoris a Caesare Augusto usque ad Theodosium*, più noto come *Epitome de Caesaribus*, composto da autore ignoto dopo il 395, leggiamo quasi le stesse parole: Costantino uccide gli animali (*ad frustrandos insequentes publica iumenta, quaquia iter egerat, interfecit*)<sup>88</sup>.

Infine, Zosimo. Anche questo autore, che scrive a Costantinopoli nel VI secolo la sua Ἱστορία Νέα, apertamente ostile ai cristiani, riporta che Costantino rendeva via via inservibili i cavalli del *cursus* attraverso uno storpiamento<sup>89</sup> (il ver-

<sup>85</sup> «L'*Origo Constantini*, nella forma nella quale la possediamo, è un'opera complessa, risultato dell'assemblamento di materiale di origine diversa, associato ad una rilevante serie di manipolazioni da parte del redattore (o forse dei redattori), su questo materiale» (V. NERI, *Medius princeps. Storia e immagine di Costantino nella storiografia latina pagana*, Bologna, 1992, 210). Cfr. anche F. WINKELMANN, *Historiography in the Age of Constantine* cit., 15-17 e soprattutto V. AIELLO, *La Pars constantiniana degli Excerpta Valesiana. Introduzione, testo e commento storico*, Messina, 2012.

<sup>86</sup> *Origo Const.* 2,4 (ed. Moreau, Velkov, 1968): *Tunc eum Galerius patri remisit. qui ut Severum per Italiam transiens vitaret, summa festinatione veredis post se truncatis Alpes transgressus ad patrem Constantium venit apud Bononiam quam Galli prius Gesoriacum vocabant*. Si rimanda a V. AIELLO, *La Pars constantiniana degli Excerpta Valesiana* cit., 152-156.

<sup>87</sup> AVR. VICT. *Caes.* 40,2 (ed. Dufraigne, 1975): *Quod tolerare nequiens Constantinus, cuius iam tum a puero ingens potensque animus ardore imperitandi agitabatur, fugae commento cum, ad frustrandos insequentes, publica iumenta, quaquia iter egerat, interficeret, in Britanniam peruenit; nam is a Galerio religionis specie ad uicem obsidis tenebatur*. Notizie sull'autore e sulla composizione dell'opera in V. NERI, *Medius princeps* cit., 1-64.

<sup>88</sup> *Epit.* 41,2 (ed. Pichlmayr, 1911): *Hic dum iuuenulus a Galerio in urbe Roma religionis specie obses teneretur, fugam arripiens atque ad frustrandos insequentes publica iumenta, quaquia iter egerat, interfecit et ad patrem in Britanniam peruenit; [...].* Riflessioni sull'«evidenza delle analogie verbali» in V. NERI, *Medius princeps* cit., 8-13, dove sono illustrate le ipotesi avanzate in dottrina per spiegare questa identità (è probabile che il testo dell'*Epitome* dipenda da quello di Aurelio Vittore, oppure entrambi gli autori potrebbero essersi basati su una fonte comune, riproducendola alla lettera, impiegata anche da Zosimo). Per Zosimo, cfr. *infra*.

<sup>89</sup> Zos. 2,8,3 (ed. Paschoud, 2000): *Δεδιώξ δὲ μὴ ποτε φεύγων καταληφθεῖη (περιφανῆς γὰρ ἦν ἡδὴ πολλοῖς ὁ κατέχων αὐτὸν ἔρωσ τῆς βασιλείας) τοὺς ἐν τοῖς σταθμοῖς ἵππους, οὓς τὸ δημόσιον ἔτρεφεν, ἅμια τῷ φθάσαι τὸν σταθμὸν κολουῶν καὶ ἀχρεῖους ἑῶν τοῖς ἐξῆς ἐστῶσιν ἐχρήτη· καὶ ἐξῆς τοῦτο ποιῶν τοῖς μὲν διώκουσιν ἀπέκλεισε τὴν ἐπὶ τὸ πρόσω πορείαν, αὐτὸς δὲ προσήγγιζεν τοῖς ἔθνεσιν ἐν οἷς ἦν ὁ πατήρ*. Proponiamo la traduzione italiana in *Zosimo. Storia Nuova*, Introduzione, traduzione e note di F. CONCA, Milano, 2007, 181: «Per paura di essere catturato durante la fuga – ormai infatti era chiaro a molti che lo possedeva la passione per l'impero

bo impiegato è κολοῦειν ossia «mozzare», «azzoppare», o, secondo alcuni, in questo contesto, «sgarrettare»). Non può sfuggire, neppure in questa breve rassegna, la sospetta vicinanza tra il termine *truncare* dell'Anonimo Valesiano e κολοῦειν di Zosimo, per spiegare la quale si è pensato ad una originaria fonte comune<sup>90</sup>.

Insomma, secondo alcune fonti, nel viaggio per raggiungere il padre Costantino si sarebbe limitato ad usare il *cursus publicus* (secondo l'autore del Panegirico del 310), al massimo facendo sparire (*tollere*) dietro di sé i cavalli (secondo Lattanzio), mentre per altre fonti Costantino avrebbe amputato/ucciso (*truncare*) gli animali (secondo l'Anonimo Valesiano), o li avrebbe ammazzati (*interficere*, secondo Aurelio Vittore e l'autore dell'Epitome), oppure mutilati (secondo Zosimo)<sup>91</sup>.

Ebbene, tornando alla *ratio* della legge, non è da escludere, come si anticipava, un altro scopo nella mente di Costantino. Uno scopo quasi sottinteso, certamente ben nascosto. Per così dire, un'arrière-pensée. Forse è indimostrabile, ma resta la suggestione che Costantino possa aver emanato questa legge, una decina d'anni dopo i fatti ora descritti, perché circolavano notizie (vere o false, non lo sappiamo) che lo volevano crudele «sgarrettatore» od uccisore di cavalli del *cursus*. Il fine recondito di Costantino potrebbe essere stato quello di ricucire uno strappo, di riparare, insomma di propagare – sul piano emotivo – l'immagine di sé come protettore della cosa pubblica. Non interessa qui stabilire se abbia per davvero mutilato o ucciso i cavalli: quel che importa è che qualcuno diceva, a torto o a ragione, che lo aveva fatto.

–, appena arrivato in una stazione di sosta azzoppava i cavalli che lo Stato manteneva e lasciandoli inutilizzabili si serviva di quelli che si trovavano nella stazione successiva; così, ripetendo questa operazione, impedì agli inseguitori di avanzare e intanto si avvicinava alle province in cui si trovava il padre». L'edizione di Paschoud reca «il mutilait» (*Zosime. Histoire Nouvelle*, Tome I, Livres I-II, Texte établi et traduit par F. PASCHOUD, Paris, 2000, 79).

<sup>90</sup> Secondo la lettura di V. NERI, *Medius princeps* cit., 10 con nt. 20, per Zosimo «i cavalli alle stazioni di posta vengono azzoppati, mentre per Aurelio Vittore essi vengono uccisi. Questa divergenza, apparentemente marginale, potrebbe nascere da una diversa interpretazione del verbo *truncare* (che compare nella tradizione dell'episodio dell'*Origo Constantini: summa festinatione veredis post se truncatis*), che ha il doppio significato di mutilare e di uccidere». Lo studioso osserva che «il termine κολοῦειν difficilmente potrebbe essere un'erronea traduzione in greco del latino *truncare*, dal momento che nel testo di Zosimo compare associata ad esso l'indicazione, congruente con il senso, che in questo modo i cavalli venivano resi inservibili» e, dunque, che «si potrebbe insomma pensare che Aurelio Vittore e la fonte di Zosimo abbiano attinto ad una fonte comune, nella quale veniva usato il verbo *truncare*, intendendolo però diversamente». Non è tuttavia da escludere, a nostro avviso, che *truncare* sia da intendersi nel senso di 'mutilare' anche nel testo dell'*Origo Constantini*. Per alcune importanti considerazioni circa l'opera di Zosimo, rinviamo a G. ZUCHELLI, *La propaganda anticostantiniana e la falsificazione storica in Zosimo*, in AA.VV., *I canali della propaganda nel mondo antico*, a cura di M. SORDI, IV, Milano, 1976, 229-251.

<sup>91</sup> Per la contrapposizione tra il Costantino «pretendente al trono» mosso «dalla logica del potere ad ogni costo» e il Costantino Augusto interessato «alla logica 'del profitto' in vista del buon funzionamento dello Stato», v. M. CASSIA, *Cavalli cappadoci* cit., 478. Come avremo modo di precisare nel testo, forse è possibile scorgere qualcosa di più in questa apparente contrapposizione.

Un elemento che invero questa ipotesi può forse essere rintracciato nel fatto che, nel testo giustiniano della legge, compaiono i cavalli. Richiamiamo il lettore su C. 12,50,1 ove, come più volte osservato, spariscono, ai fini della protezione dalla violenza fisica dei conducenti, gli *animalia publica* del testo cronologicamente precedente per lasciare spazio agli *equi, qui publico cursui deputati sunt* (frase ripetuta anche nella terza trasmissione testuale).

Il passaggio, dopo due secoli, dagli *animalia* del Teodosiano agli *equi* ἵπποι del Giustiniano e della *Synopsis* potrebbe infatti essere il frutto di una voluta (almeno da parte dei compilatori giustiniani) trasformazione nella *ratio* della legge. Il bene da proteggere non è più rappresentato da tutti gli animali del *cursus*, ma soltanto dai cavalli. Quale possa essere il motivo dello spostamento di attenzione sui soli cavalli – come sopra detto – non si può dire con certezza<sup>92</sup>, ma, probabilmente, nei due secoli che separano i codici Teodosiano e Giustiniano, doveva già essersi consolidata (per quali misteriosi rivoli non sappiamo) la forte connessione tra Costantino e i cavalli. La transizione da *animalia* ad *equi* del testo della legge è un profilo che è stato finora sottovalutato ma che potrebbe rivelarsi l'importante spia dell'esistenza di una 'narrazione', fiorita in breve tempo, in cui Costantino era dipinto non certo come distruttore ma addirittura come protettore dei cavalli. I commissari giustiniani potrebbero aver apportato la modifica in discorso obbedendo, anche a livello irrazionale, all'immagine di Costantino che la propaganda aveva ormai consacrato. La variazione testuale da loro operata potrebbe attestare che, ai loro tempi, questa legge era interpretata come volta a proteggere soprattutto – in modo speciale e quasi sacrale – i cavalli del *cursus publicus*. Forse l'immagine è già presente negli occhi dell'autore del Panegirico del 310, ancora prima dell'emanazione della legge: Costantino, alla guida di un *divinum curriculum*, quasi 'vola' dal padre (non si precisano gli animali al traino dell'immaginario carro, ma pare ben difficile pensare che non fossero cavalli). Fin dagli scritti di Ambrogio si tratteggia un singolare legame tra Costantino e questa specie di animali: si pensi al fatto che la madre Elena esercitava l'attività di *stabularia* e che, successivamente, avrebbe ricavato un *frenum* per il figlio da uno dei chiodi della croce<sup>93</sup>. E, nel corso dei secoli successivi, si assiste al consolidarsi della figura di Costantino – almeno nell'immaginario collettivo – come icona dell'imperatore a cavallo. Raffigurazioni di principi in sella ad un destriero, ad esempio nei portali delle cattedrali, sono identificati con Costantino<sup>94</sup>; a

<sup>92</sup> Pare difficile affermare che, anche se si parla solo di cavalli, i giustiniani intendessero proteggere anche gli altri animali del *cursus* (si dovrebbe pensare ad una *sineddoche* nel testo).

<sup>93</sup> Sulla rappresentazione della madre di Costantino come *stabularia* (addetta ai cavalli o locandiera) v. AMBR. *obit. Theod.* 42. Per un altro riferimento ai cavalli v., ancora, AMBR. *obit. Theod.* 47, in cui si narra come da uno dei chiodi della croce di Cristo, da lei rinvenuti sul Golgota, Elena avrebbe tratto un morso da cavallo (*frenum*).

<sup>94</sup> Per tutti, D. VALENTI, *Costantino a cavallo. Persistenze di un'iconografia nel medioevo*, in *Nis̄ & Byzantium. Symposium VI. The 1670th Anniversary of the Death of St. Emperor Constantine*

Roma, già dalla seconda metà del X secolo, la statua equestre di Marco Aurelio era il *caballus Constantini*<sup>95</sup>; da ogni parte fioccano leggende in cui il figlio della *stabularia* Elena è descritto come abilissimo a montare già in tenera età<sup>96</sup>; ancora oggi in Sardegna, dove è considerato Santo, si organizza una nota corsa di cavalli in suo onore, detta Ardia<sup>97</sup>.

Ebbene, se la legge è da attribuirsi a Costantino<sup>98</sup>, è forse possibile affermare che la prima pietra del cammino verso l'eterogenesi dei fini è stata posta dai giustiniani. Nella trasformazione degli *animalia* in *equi* si coglie, probabilmente, una mutata comprensione dello scopo della norma (che nemmeno Costantino stesso avrebbe osato sperare): dalla tutela degli animali del *cursus* alla tutela dei cavalli del *cursus*, quasi la specie (che aveva permesso la forsennata e favoleggiata corsa al capezzale di Costanzo) meritasse un onore particolare. L'eterogenesi dei fini, in un certo senso, può già dirsi compiuta. A ben vedere, infatti, l'indirizzo interpretativo che individua nel benessere degli animali la *ratio* della legge non ne è che una (tarda e attuale) derivazione.

*the Great, 337-2007* (Niš, 2-5 giugno 2007), Niš, 2008, 165-183, con indicazione di ulteriori letture. V. anche s.v. *Cavaliers au portail des églises* nel *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie*, publié par F. CABROL, II.2, Paris, 1910, 2690-2700.

<sup>95</sup> Sulla tradizionale attribuzione della statua equestre di Marco Aurelio a Costantino cfr. C. FRUGONI, *L'antichità: dai "Mirabilia" alla propaganda politica*, in *Memoria dell'antico nell'arte italiana: l'uso dei classici*, a cura di S. SETTIS, I, Torino 1984, 32-53. V. altresì la letteratura indicata alla nt. precedente.

<sup>96</sup> Per il particolare leggendario su Costantino bambino che balza a cavallo cfr. la ricostruzione in A. COEN, *Di una leggenda relativa alla nascita e alla gioventù di Costantino Magno. III*, in *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, IV, 1881, 298-299, ripresa anche in V. POGGI S.J., *Perché in Sardegna Costantino è Santo* cit., 338. Su tutti questi aspetti, v. la messa a punto in J.W. DRIJVERS, Helena Augusta. *The Mother of Constantine the Great and the Legend of Her Finding of the True Cross*, Leiden, 1992, spec. 15, 102-109, e, recentemente, in J. HILLNER, Helena Augusta. *Mother of the Empire*, Oxford, 2023, spec. 28-29; 311-312 e *passim*.

<sup>97</sup> Per alcune considerazioni su questi aspetti e sulla «passione» di Costantino per i cavalli, rimandiamo nuovamente a V. POGGI S.J., *Perché in Sardegna Costantino è Santo* cit., 337-339.

<sup>98</sup> E se fosse corretta l'ipotesi secondo la quale il testo è da attribuirsi a Licinio? Si può pensare che egli avesse emanato il provvedimento per garantire l'efficienza del *cursus publicus*, ma anche con l'intento, naturalmente celato, di prendere le distanze dai 'chiacchierati' metodi impiegati dal collega sugli *animalia publica*. In ogni caso, come detto, gli eventi successivi, a partire dalla *damnatio memoriae*, avrebbero concorso a cancellare il suo apporto e a collegare a doppio filo la legge in discorso alla figura di Costantino.

## I CONTRATTI DI *ESCROW*: PROSPETTIVE DI DIRITTO COMMERCIALE\*

MAURIZIO ONZA

**SINTESI:** Il contributo si propone di analizzare la prassi dell'*escrow* in una prospettiva sia teorica sia pratica.

**RESUMEN:** El artículo se propone analizar la práctica del *escrow* desde una perspectiva tanto teórica como práctica.

**PAROLE CHIAVE:** *escrow*; contratti; notaio.

**PALABRAS CLAVE:** *escrow*; contratos; notario.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. *Escrow* e tipi contrattuali. – 3. *Escrow* e clausole contrattuali. – 4. Conclusioni (con uno sguardo al futuro).

### 1. *Introduzione*

Nell'affrontare il tema di ciò che nella prassi legale, assai in uso nell'oggi<sup>1</sup>, si designa con il termine '*escrow*' o con la locuzione 'contratti di *escrow*', in via preliminare, muoverei dalle parole: parole che evocano, all'evidenza, un elemento di estraneità all'ordinamento giuridico domestico, innestando in esso consolidati istituti (come sintesi di fattispecie e disciplina) stranieri.

E così, in primo luogo, dal lemma '*escrow*' che, stando al *Black Law Dictionary* (ed. 2002), designa un documento legale o una proprietà consegnata da un promittente ad una terza parte per essere tenuta da quest'ultimo per un periodo di tempo definito o fino al verificarsi di una condizione, occorsi i quali la terza parte deve consegnare il documento o la proprietà al promissario; in un senso più ristretto, si tratta di un conto tenuto in *trust* o in garanzia.

Si avverte poi che si tratta di termine che, come '*scroll*' o '*scrawl*', è di derivazione normanna e francese che isola uno strumento 'scritto' o 'reso per iscritto'.

\* Questo lavoro riproduce, con un apparato bibliografico minimo, la relazione presentata al convegno *Dagli argentari ai contratti escrow. Diritto romano e nuove pratiche notarili*, tenuto il 23 giugno 2023, presso la Facoltà di Giurisprudenza 'Sapienza' Università di Roma. Da qui l'andamento colloquiale del discorso.

<sup>1</sup> Ma a cui la dottrina ha dedicato, a quanto mi consti, poca o punto riflessione: per tutti, v. A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contr. Impr.*, 2005, p. 801 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. anche il bel saggio di F. DELLA ROCCA, *Disciplina applicabile al contratto 'escrow account'. Origine, funzione e caso concreto*, in questa *Rivista*, 1, 2023 (online).

Infine, da un canto, l'*escrow agreement* è definito come 'istruzione dato alla terza parte depositario di un *escrow*'; e, dall'altro, l'*escrow contract* è un accordo tra acquirente, venditore e detentore dell'*escrow* che prevede i diritti e le responsabilità di ciascuno.

Sempre da un punto di vista lessicale, mi pare interessante evidenziare che, in uno dei pochissimi provvedimenti giudiziari italiani in cui si parla di *escrow*, a fronte di un contratto prodotto nel solo testo inglese, si avverte un problema 'terminologico atteso che il giudizio deve essere svolto in italiano e alcuni termini, a seconda della traduzione, potrebbero influire sulla decisione; per esempio il termine *escrow* potrebbe indicare tanto penale che caparra, che acconto, che garanzia, con riferimento agli istituti italiani, ma poiché le parti non danno a questo alcun significato in italiano non potrà trarsi dall'utilizzo di quel termine alcuna conclusione. Si tratta solo di somme di cui le parti chiedono di venire in possesso e pagate nell'ambito della acquisizione, non a portata a termine'<sup>2</sup>.

Ne ricaverei, ancora in via preliminare, che:

- a) il fenomeno di cui stiamo parlando è un fenomeno squisitamente p a t t i - z i o;
- b) è un fenomeno 'c a n g i a n t e', nel senso che racchiude diversi regolamenti tesi a soddisfare diverse esigenze delle parti;
- c) tale diversità di regolamenti richiama, almeno, t i p i c i t à d e i c o n t r a t t i, c o l l e g a m e n t i t r a c o n t r a t t i, a t i c i p i c i t à d e i c o n t r a t t i e c o m m i s t i o n e t r a c o n t r a t t i. Dovendo l'interprete di volta in volta, in sede di applicazione della regola o di contestazione della regola, appurarne condizioni e pre-condizioni;
- d) in questo, per così dire, p o l i m o r f i s m o dell'*escrow*, si possono tuttavia fissare alcuni profili stabili; e, cioè,
- e) l'*escrow* coinvolge (almeno) t r e p a r t i (contrattuali);
- f) nel conflitto, attuale o potenziale, di due parti, queste affidano il governo di quel conflitto ad un t e r z o, pre-determinandone diritti, obblighi e, così, responsabilità.

Notazione, quest'ultima, in grado di giustificare, esemplarmente, il perché, nella prassi italiana, quel terzo sia (normalmente) un n o t a i o<sup>3</sup>, se si condivide l'idea che la riserva notarile sia sistematicamente giustificata dalla funzione (anti- e)

<sup>2</sup> Trib. Milano, 25 febbraio 2013, n. 2612, in *banca dati* De Jure.

<sup>3</sup> Con la l. n. 147/2013, modificata poi con la l. n. 124/2017, sono state introdotte nell'ordinamento giuridico italiano alcune regole, eteronome, sulla predisposizione, presso un notaio, di un conto corrente dedicato a specifiche operazioni: con una funzione socio-economica non lontana, appunto, dall'*escrow*. In tema, dall'angolo visuale notarile ma con una prospettiva sistematica, v. D. MURITANO, *Compravendita immobiliare e deposito del prezzo*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio n. 418-2017/C; nonché V. TAGLIAFERRI, *Il conto corrente dedicato e i conseguenti obblighi in capo al notaio*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio n. 419-2017/C; saggi, questi, entrambi reperibili all'indirizzo elettronico <<https://notariato.it/>>.

pre-conteziosa radicata nell'art. 27 Cost.; e che mi pare pure giustifichi il rilievo per il quale in definitiva l'*escrow* richiede una *f o r m a s c r i t t a*.

Naturalmente, il conflitto di cui parlo, attuale o potenziale, è tra parti di un contratto; un conflitto, in un certo senso, 'composto' nella regola contrattuale; o da 'comporre' nello svolgimento del rapporto. Il che significa che l'*escrow* s u p p o n e sempre un r a p p o r t o d a g o v e r n a r e; e che le parti di questo rapporto, congiuntamente, affidano il governo ad un terzo. D'onde ci si potrebbe domandare quanto e come questo rapporto sia 'c o l l e g a t o' all'*escrow*; in che misura, voglio dire, le vicende dell'uno si riflettono sulle vicende dell'altro. Il che, ancora e stante la natura pattizia e poliforme della vicenda, richiede, credo, una verifica caso per caso.

## 2. Escrow e tipi contrattuali

Sulla base di quanto fin qui solo abbozzato, mi parrebbe che, almeno tra i contratti tipici, gli *escrow* partecipino certamente degli elementi del c o n t r a t t o d i d e p o s i t o.

C'è, negli *escrow*, la consegna di qualcosa, relativa al rapporto da governare, a qualcuno, il terzo; e questa consegna è temporanea, richiama la necessità di una custodia e di una restituzione a qualcuno (a seconda dei casi, all'una o all'altra parte). Ciò non dimeno, non escluderei la partecipazione di elementi relativi al c o n t r a t t o d i m a n d a t o; il terzo, in fondo, è tenuto a compiere uno o più atti giuridici nell'interesse altrui, delle parti, ed a compiere alcune valutazioni (sulle condizioni dedotte dalle parti) dietro la prestazione di un compenso.

Ma anche qui, direi, occorre una attenta valutazione, caso per caso, dell'assetto pattizio. Ovviamente, quando il terzo sia un n o t a i o, tutto ciò concorre con la di esso f u n z i o n e p u b b l i c a e r e s p o n s a b i l i t à n o t a r i l e.

## 3. Escrow e clausole contrattuali

Proverei a questo punto a proporre qualche esemplare di clausole relative agli *escrow*<sup>4</sup> che così compendierei:

- a) ipotizzando come rapporto da governare un contratto di compravendita di partecipazioni sociali, nel regolamento contrattuale si prevede, anzitutto, che 'il venditore è obbligato a versare l'importo vincolato sul conto vincolato, al fine di garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dell'acquirente'; tra cui, quella di versare un indennizzo in caso di violazione di alcune garanzie assunte dal venditore in relazione ad alcune caratteristiche delle partecipazioni sociali oggetto di compravendita;

<sup>4</sup> Traggio spunto da concreti contratti che ho potuto esaminare grazie alla gentilezza ed alla competenza dell'avv. Gherardo Cadore.

- b) il contratto in questione è definito come contratto di deposito, in cui ‘le parti intendono disciplinare i termini e le condizioni in conformità ai quali il terzo, definito depositario, ‘deterrà e libererà l’importo vincolato depositato dal venditore, al fine di garantire i diritti e gli interessi dell’acquirente in relazione alle obbligazioni garantite’ dal deposito;
- c) il deposito consta di un ‘conto vincolato’, quale conto corrente bancario (identificato) ‘aperto presso il depositario a nome del venditore e dell’acquirente’; conto che rappresenta un ‘importo vincolato’;
- d) questo importo, vincolato conformemente a quanto ‘previsto dal contratto’ di compravendita (ed ecco qui un elemento di collegamento) ed ‘al fine di garantire i diritti dell’acquirente in relazione alle obbligazioni garantite’, è stato alimentato ‘in nome e per conto del venditore’ dal versamento da parte dell’acquirente (dandosi, per tale via, un passaggio di denaro dal venditore all’acquirente con l’obbligo, per quest’ultimo, di riversarlo nel conto vincolato);
- e) si prevede, quindi, che, per l’intera durata del contratto di deposito, il depositario debba trattenere e liberare l’importo vincolato solo ed esclusivamente in conformità alle previsioni del contratto di deposito’;
- f) si dà atto che l’importo vincolato è depositato sul conto vincolato anche nell’interesse del venditore secondo l’art. 1173 c.c., rilevando siccome fonte dell’obbligazione che coinvolge la posizione del venditore, qualificando il deposito anche quale contratto a favore di terzo;
- g) il depositario è pertanto l’unica parte contrattuale titolata alla gestione del conto vincolato; d’onde su quest’ultimo è precluso ogni potere dispositivo del venditore e dell’acquirente in ordine alla liberazione, in tutto o in parte, dell’importo vincolato, quelli potendo solo agire attraverso richieste o istruzioni al depositario conformi al contratto di deposito; e, da ultimo,
- h) sono previste regole di dettaglio sulla liberazione dell’importo vincolato (su richiesta dei venditori, dell’acquirente o congiunta).

Proprio in questo caso concreto, allora, in fondo il depositario deve *valutare*: deve valutare non solo gli aspetti formali della richiesta (conformità alle istruzioni pattizie) ma anche la ‘sostanza’.

Penso, in particolare, alla validità delle garanzie che assistono la circolazione delle partecipazioni sociali che spesso si sostanziano nella previsione della compensazione del prezzo dovuto con le sopravvenute passività: che potrebbero essere, per esempio, eccessivamente indeterminate<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> V., con ampia ricostruzione, Cass. n. 9347/2023, nella quale si trovano i passaggi in esponente nel testo. Sulla questione, in dottrina, v., tra i molti, M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di «controllo» e garanzie contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*, e A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

Sono, in effetti, clausole contrattuali che istituiscono ‘garanzie’ su una determinata situazione debitoria della società ovvero un determinato valore patrimoniale netto dell’azienda; clausole che la giurisprudenza tende a distinguere tra quelle che si limitano ad ‘aggiustare’ il prezzo, governando il futuro, e clausole che effettivamente costituiscono una vera e propria garanzia, operando nella fase ‘patologica’ (quelle, dette di *price adjustment*, queste, nominate di *indemnity*).

Ebbene, le clausole c.d. *indemnity* svolgono una funzione ‘assicurativa’, il cedente assumendo ‘un autonomo e specifico obbligo di indennizzo (altrimenti estraneo all’oggetto della garanzia legale, cui il venditore è tenuto nei confronti del compratore), rappresentato dal reintegro, totale o parziale, di passività sopravvenute, usualmente di natura fiscale, riferibili alla gestione anteriore all’acquisto (obbligo di ‘manleva’)’. Indipendentemente dalla qualificazione di garanzia in senso tecnico, si pone, per esse e come cennavo poco fa, la questione dell’eventuale nullità per indeterminatezza. Ecco, di tutto ciò, credo, il depositario, soprattutto se notaio, non può non tenere conto nell’adempimento della sua obbligazione, lasciando, per questo rispetto e soprattutto considerando che inevitabilmente i regolamenti pattizi sono o lacunosi o soggetti ad interpretazione, un margine di discrezionalità e quindi di responsabilità affatto irrilevante.

#### 4. Conclusioni (con uno sguardo al futuro)

Affido le conclusioni ad uno sguardo verso il futuro: forse, la funzione degli *escrow* potrà essere sostituita dagli *smart contracts*<sup>6</sup>: contratti che si auto-esegono in assenza o anche contro la volontà delle parti. Ma essi, penso, non saranno in grado di sostituire la funzione del notaio, nel suo prudente apprezzamento della vicenda concreta, svolto, questo è il punto, non solo nell’interesse delle parti ma pure nell’interesse pubblico che, forse, qui potrebbe pure concretizzarsi, considerando il contratto ed il suo contesto, nel buon funzionamento del mercato.

<sup>6</sup> Sui quali, può utilmente leggersi MAR. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, Il Mulino, 2021, *passim*.

## PIATTAFORME ONLINE, DATI E INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA INTERESSI PUBBLICI E GARANZIE DEI PRIVATI

Il 13 e 14 giugno 2024, presso il Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi (D.E.M.M.) dell'Università degli Studi del Sannio di Benevento, nella suggestiva sede di Palazzo De Simone, a pochi passi dalla Chiesa e annesso chiostro di Santa Sofia, patrimonio Unesco, si è svolto un convegno, promosso da giuristi dell'Università del Sannio e di altri Atenei<sup>1</sup>, sul tema *Piattaforme online, dati e intelligenza artificiale tra interessi pubblici e garanzie dei privati*.

L'incontro ha visto la partecipazione di illustri componenti del mondo accademico nazionale e internazionale, rappresentando un punto di confluenza di impostazioni e di idee a confronto su uno dei temi di più stretta attualità del tempo contemporaneo.

Per singolare coincidenza – atta a sottolineare l'importanza delle questioni trattate – il convegno si è svolto in concomitanza dell'incontro tra i capi di Stato e di Governo, con la partecipazione per la prima volta di Papa Francesco, al G7 italiano in Puglia, dove si è discusso proprio dei problemi posti dalle applicazioni dell'intelligenza artificiale.

Si tratta di un argomento trasversale, capace sia di coinvolgere tutti i campi del sapere, muovendo dalle acquisizioni tecniche e tecnologiche, sia di involgere i più disparati ambiti del vivere, alla luce dei possibili sviluppi.

La complessità della materia è rinvenibile sin dalla difficoltà di ricondurla a una definizione appagante o a una disciplina unitaria, capace di regolamentare, su vasta scala, fuoriuscendo dagli stretti confini nazionali, un fenomeno di portata e valenza globali.

In tale prospettiva, di recente, il Parlamento ed il Consiglio dell'Unione Europea hanno emanato il Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale, approvato il 12 marzo 2024, c.d. AI Act. Il testo è composto da 113 articoli e 13 allegati, per i quali si stabilisce una revisione periodica fissata ogni cinque anni. Si tratta di una regolamentazione volta a disciplinare in modo uniforme le possibili scelte applicative del fenomeno, il quale costituisce, per espressa previsione normativa, soltanto un primo passo, atteso che la sua effettiva applicazione è fissata

<sup>1</sup> Il Comitato organizzatore, più precisamente, era così composto: prof. Fabio Addis dell'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza', nonché Presidente della Unione dei Privatisti (UP); prof. Francesco Battaglia dell'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'; prof. Nicola Ruccia dell'Università degli Studi del Sannio; prof. Alberto Venturelli dell'Università degli Studi di Brescia; prof. Vincenzo Verdicchio dell'Università degli Studi del Sannio, nonché Vicepresidente della predetta UP.

a ventiquattro mesi dopo l'entrata in vigore, salvo per quanto riguarda *a*) i divieti relativi a pratiche vietate, che si applicheranno a partire da sei mesi dopo l'entrata in vigore; *b*) i codici di buone pratiche (nove mesi dopo); *c*) le norme sui sistemi di IA per finalità generali, compresa la *governance* (dodici mesi dopo); *d*) gli obblighi per i sistemi ad alto rischio (trentasei mesi dopo).

Il complesso normativo è fondato sulla prevenzione del rischio: più alto è lo stesso, più stringente la relativa disciplina, i divieti, le responsabilità, con l'espressa enunciazione, all'art. 5, degli usi vietati.

L'ampia diffusione sul piano generale di applicazioni note come Chat-GPT, OpenAI, Gemini di Google, oltre a tantissime altre che affiorano nei diversi campi delle scienze, della medicina, della finanza, della ricerca, per la gestione delle imprese e delle professioni, nonché delle attività del quotidiano, per lo studio e per gli hobby, segnano in maniera evidente l'importanza sociale ed economica del fenomeno, prima ancora che giuridica.

Muovendo proprio dalla tecnologia, l'Intelligenza Artificiale viene definita come la riproduzione parziale dell'attività intellettuale propria dell'uomo (con particolare riguardo ai processi di apprendimento, di riconoscimento, di scelta), realizzata o attraverso l'elaborazione di modelli ideali o, concretamente, con la messa a punto di macchine che utilizzano per lo più a tale fine elaboratori elettronici, per questo detti cervelli elettronici (cfr. <https://www.treccani.it/vocabolario/intelligenza>).

La vastità dello scenario e l'esteso confine applicativo dei sistemi di intelligenza artificiale sono stati esaminati nelle tre sessioni del convegno, in ciascuna delle quali si sono delineati temi, riflessioni, spunti teorici e soluzioni operative, in uno stretto dialogo tra teoria e prassi, nella necessità di tracciare una possibile disciplina dei casi concreti.

Sin dai saluti istituzionali del Rettore dell'Università del Sannio, prof. Gerardo Canfora, e del Direttore del Dipartimento D.E.M.M., prof. Gaetano Natullo, è apparso evidente il metodo che ha caratterizzato la due giorni sannita: il connubio tra l'anima tecnica e tecnologica dell'IA e i suoi risvolti nella vita economico-sociale, ai quali l'operatore del diritto è chiamato a dare risposta.

Il convegno è stato, inoltre, inserito nel più ampio progetto di ricerca di rilevanza europea del PRIN 2022 '*Online platforms in the European digital single market*', sui risultati del quale hanno relazionato il prof. Giuseppe Morgese, responsabile nazionale, e il prof. Nicola Ruccia, responsabile locale presso l'Università ospitante.

I lavori sono stati aperti dalla relazione introduttiva del prof. Vincenzo Verdicchio, presidente del Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza dell'Università del Sannio, il quale ha delineato i profili caratteristici dell'IA, evidenziandone potenzialità, benefici e rischi e ponendo sul banco i temi di più stretta attualità da essa implicati. Muovendo dalla necessità di indagare le correnti applicazio-

ni, gli sviluppi e le possibilità tecniche, è stato sottolineato l'inscindibile legame tra ragioni economiche e tutele del diritto, laddove l'operatore è chiamato a operare scelte di valore non neutrali, ma capaci di realizzare e bilanciare i diversi interessi a vario titolo coinvolti.

Il convegno si è articolato in tre sessioni: la prima – dedicata a «I fondamentali» e diretta dal prof. Enrico Minervini (Università di Napoli 'Federico II') –, nella quale la prof.ssa Lucia Corso (Università di Enna 'Kore') ha discusso di «IA ai confini tra etica e diritto»; il prof. Thomas Rübner (Università di Trier) ha svolto una relazione intitolata «Dal passato al futuro attraverso la IA»; la prof.ssa Carolina Perlingieri (Università di Napoli 'Federico II') ha riflettuto su «IA tra regole e principi».

Muovendo da un'indagine fenomenologica, dalla robotica alle 'sfaccettature' dell'IA (predittiva, generativa, basata sulle decisioni e sulle anomalie), mediante un'analisi al contempo sincronica e diacronica, le diverse voci hanno posto l'accento sulle implicazioni dell'uso di algoritmi capaci di generare opzioni al contempo efficienti e in grado di rispondere a logiche non soltanto di mercato, ma di tutela dei soggetti coinvolti. La dialettica tra il momento normativo e quello operativo e il veloce susseguirsi di applicazioni di una tecnologia capace di incidere significativamente nella vita socio-economica inducono a scelte disciplinari che il diritto è chiamato a trovare sia per la risoluzione dei possibili conflitti, sia – ancora prima – per prevenire distorsioni del sistema. In tale contesto la persona, i dati biometrici, le notizie e le informazioni acquisibili sulle scelte, preferenze, andamenti richiedono la presenza di valori minimi ma essenziali, condivisi su larga scala, laddove la tecnica non può che avere una funzione di promozione dei bisogni e del benessere degli individui, di tutti gli individui, evitando possibili concentrazioni e ulteriori e nuove forme di disuguaglianze.

Un'etica che ridisegna i confini attuali tra essere e dover essere.

Nel primo giorno di lavori sono stati presentati, inoltre, due importanti studi, frutto di applicazione concreta dei sistemi di IA: l'uno, grazie all'intervento del prof. Sandro Schipani ('Sapienza' Università di Roma), relativo all'opera di Renato Perani (Università di Milano) «Intelligenza artificiale e *Digesta Iustiniani*. La casistica romana per un orientamento nella risoluzione automatica delle controversie»; e l'altro, a cura di Alessandro Sterpa (Università della Tuscia), intitolato «L'ordine giuridico dell'algoritmo», con la relazione del prof. Aristide Police (Università di Roma 'LUISS-Guido Carli').

Al prof. Fabio Addis ('Sapienza', Università di Roma) è toccato il compito di concludere i lavori della prima giornata con la presentazione della nuova rivista scientifica «*AI Law*». Una rivista che guarda al futuro e agli sviluppi specifici della materia, che intende porsi – in una prospettiva inter- e multidisciplinare, oltre che internazionale – come luogo di incontro e confronto di idee. Scienza e tecnologia, dottrina e pratica, in un contesto in rapida evoluzione, spingono a riflettere sui risultati della tecnica e a suggerire e promuovere soluzioni efficienti ed efficaci.

La seconda sessione, dal titolo «L'ordinamento e la giustizia», ha approfondito i temi di stretta applicazione giudiziale del fenomeno.

Le relazioni, che si sono susseguite sotto la presidenza del prof. Stefano Pagliantini (Università di Firenze), hanno trattato i seguenti temi: «IA e trattamento dei dati tra ordinamenti nazionali e diritto internazionale», a cura del prof. Gianpaolo Maria Ruotolo (Università di Foggia); «Trattamento dei dati e algoritmi: una IA costituzionalmente orientata», svolta dalla prof.ssa Nadia Maccabiani (Università di Brescia); «IA, procedimento amministrativo e soluzione dei conflitti fra interessi», affidata al prof. Giovanni Pesce (Università Internazionale Telematica 'Uninettuno'); «Piattaforme online, intelligenza artificiale e giustizia civile», nonché «Piattaforme online, intelligenza artificiale e giustizia penale», rispettivamente trattate dal prof. Ernesto Fabiani (Università del Sannio di Benevento) e dalla prof.ssa Antonella Marandola (Università del Sannio di Benevento); «Trattamento dei dati, IA e rapporti di lavoro», svolta dal prof. Gaetano Natullo (Università del Sannio di Benevento), che ha chiuso la sessione mattutina.

I temi affrontati hanno scandagliato *funditus* le diversità applicative dell'IA. Muovendo da un'analisi di ampio respiro, attraverso un confronto sempre ricco di suggestioni comparative tra gli ordinamenti giuridici, sono state vagliate le potenzialità che l'impiego degli algoritmi può avere nella gestione delle vicende pubblico-private di enti, persone, imprese e dell'intera collettività. Non privi di risvolti positivi, ma anche di rischi, gli usi dell'IA nel sistema giustizia, ove le grandi potenzialità operative non appaiono tuttavia poter superare l'importanza del fattore umano per le soluzioni dei casi nell'incessante dialettica tra fatto e norma, realtà concreta e disciplina positiva.

Sicura base per trovare adeguati indici restano i principi costituzionali e i valori normativi, in un sistema aperto, il quale deve essere capace di rispondere all'innovazione non soltanto fotografandone la realtà, ma riuscendone a cogliere potenzialità e sviluppi.

L'ultima sessione, presieduta del prof. Massimo Zaccheo ('Sapienza' Università di Roma), è stata dedicata alla «Tutela della persona e del mercato digitale». Gli interventi sono stati svolti dai professori Eugenio Fazio (Università di Messina), che si è occupato di «Trattamento dei dati e identità personale: uno statuto della persona umana in un mondo algoritmico»; Francesco Ricci (Università di Bari 'LUM-Giuseppe Degennaro'), che ha posto a oggetto delle sue riflessioni «La contrattazione algoritmica»; Francesco Astone (Università di Foggia), che si è intrattenuto su «La responsabilità civile di fronte alle sfide dell'IA»; Mauro Pennasilico (Università di Bari 'Aldo Moro'), che ha relazionato sul tema «IA pro ESG? Ambiguità della transizione digitale ed ecologica»; Francesco Battaglia ('Sapienza' Università di Roma), che ha discettato di «Tutela dei dati personali su piattaforme digitali, diritto della concorrenza e protezione dei consumatori»; Massimo Proto (Università 'Link Campus' di Roma), che ha messo a fuoco «La IA nei rapporti bancari».

Le riflessioni, sviluppate alla luce della recente evoluzione dell'IA in diversi settori, hanno toccato diverse e fondamentali questioni: la definizione e la natura degli algoritmi (beni o qualità soggettive); l'uso corretto e le possibili manipolazioni degli stessi; i rischi di immissione di dati non corretti nel sistema di sviluppo delle soluzioni. Il dualismo tra IA simbolica e subsimbolica e la connessione tra modalità di elaborazione dei dati e immagini neuronali in un accostamento tra uomo ed elaboratore hanno introdotto l'indagine sugli *smart contracts* e sulla necessità di riconsiderare i limiti della volontà nei negozi. Il tema della responsabilità, cartina di tornasole di tutte le possibilità applicative della IA, vede un ruolo fondamentale nell'opportunità di rintracciare soluzioni che siano capaci di collocare la responsabilità sul soggetto che ha l'effettiva gestione delle applicazioni, ovvero su coloro i quali possono sfruttarne i benefici, mediante regole che, muovendo dal sistema del diritto della navigazione, siano ancorabili alle formule di una responsabilità tendenzialmente oggettiva. Lo scenario degli usi applicativi dell'IA nella gestione dei dati dei consumatori offre, alla luce dei recenti interventi delle giurisdizioni superiori anche a livello sovranazionale, il vasto campo di un'indagine nuova che, se da un lato è necessaria ad assicurare la tutela, preferibilmente preventiva, da un uso inappropriato o distorto, capace di incidere negativamente sul mercato e sui soggetti che in esso sono chiamati ad operare nei diversi livelli, dall'altro non può spingersi a creare forme di barriere che mal si conciliano con uno strumento il cui ambito di applicazione è globale. I mercati finanziari, bancari, assicurativi, l'accesso al credito, l'importanza della gestione dei dati, l'uso esatto degli algoritmi, la correttezza delle informazioni sono tutti aspetti di un unico fenomeno, dove trasparenza e conoscenza sono l'altra faccia della medaglia del consenso e laddove un nuovo modello di tutela passa attraverso le forme dell'oblio e della deindicizzazione.

Sullo sfondo di un epocale progresso l'IA pone, tuttavia, importanti questioni in ordine ai 'costi' e all'impatto sull'ambiente e sull'ecosistema, dovuti alla necessità di sfruttamento di enormi quantità di energia e acqua per il suo funzionamento, nonché di materie prime per la produzione dei sistemi operativi, senza tralasciare la corretta gestione dei rifiuti derivanti sia dalla produzione sia dall'impiego. Di qui la possibile lettura dell'IA quale «mezzo» rivolto a un fine e non fattore di discriminazione legato alle diversità economiche, sociali, culturali e tecnologiche tra i diversi ordinamenti.

La relazione conclusiva è stata svolta dal prof. Gregorio Gitti (Università di Milano).

Nel riannodare le riflessioni di tutti i relatori che si sono succeduti nella due giorni sannita, sono state evidenziate, come in un movimento a spirale, luci e ombre dell'IA, scenari attuali e sfide che attendono i sistemi ordinamentali e gli operatori, possibilità e rischi.

La sussistenza e la concentrazione di pochi gestori nel mondo, il divario tra Europa, Stati Uniti e Cina, maggiori sviluppatori, le applicazioni su ampio raggio di taluni Paesi come l'India, gli usi nei diversi settori del sapere, impongono una riflessione attenta, che, muovendo dal superamento del principio di neutralità tecnologica, ha il compito di indagare le normative nazionali ed europee, le scelte operate e le soluzioni adottate, senza porre limiti aprioristici allo sviluppo tecnico e tecnologico. Molte le domande, diverse le risposte, da rintracciare alla luce dei contesti operativi nei quali si svolge l'evoluzione della materia. Se, infatti, il sistema, dal punto di vista dell'evoluzione scientifica, sembra essere pronto alle sfide del futuro, bisogna tracciare le linee per una scelta politica consapevole, capace di contemperare le diverse esigenze, i differenti bisogni e diritti in gioco, in un delicato equilibrio tra essere e divenire.

Il convegno si è chiuso con la condivisa consapevolezza del ruolo fondamentale del giurista moderno in un mondo in rapida trasformazione, laddove l'IA è uno strumento, creato dall'intelligenza umana, che potrà apportare progresso e miglioramenti nei limiti in cui ne sarà assicurato un effettivo controllo e uno sviluppo sostenibile, capace di coniugare interessi economici e finalità sociali, senza tralasciare chi ancora oggi vive un gap di condizioni tecnologiche e culturali.

[Alberto Di Flumeri]

CODICI

## EUGEN HUBER E I SUOI RAPPORTI CON L'ITALIA

ANTONIO SACCOCCIO

**SINTESI:** Il saggio ripercorre i rapporti con l'Italia di Eugen Huber, il grande giurista autore del Codice civile svizzero. Huber, grande viaggiatore e appassionato scrittore di lettere, aveva un amore particolare per l'Italia, e dai suoi viaggi ha attinto diverso materiale per la realizzazione dei suoi lavori. Vengono qui prese in considerazione alcune parti ancora inedite del ricchissimo epistolario di Huber.

**RESUMEN:** El ensayo analiza la relación de Eugen Huber, el gran jurista y autor del Código Civil suizo, con Italia. Huber, gran viajero y apasionado escritor de cartas, sentía un amor especial por Italia, y de sus viajes extrajo numeroso material para la realización de sus obras. Aquí se examinan algunas partes aún inéditas del riquísimo epistolario de Huber.

**PAROLE CHIAVE:** Eugen Huber; Italia; Codice civile svizzero; epistolario di Huber.

**PALABRAS CLAVE:** Eugen Huber; Italia; Código Civil suizo; epistolario de Huber.

**SOMMARIO:** 1. Eugen Huber. – 2. Il codificatore. – 3. Il giurista. – 4. Huber e l'Italia. – 5. Il giurista e i viaggi. – 6. Serafini e Huber. – 7. Huber e le lettere a professori italiani. – 8. Huber viaggiatore. – 9. Le lettere inedite e l'Italia. – 10. Huber e la moglie Lina.

### 1. *Eugen Huber*

Eugen Huber è stato uno dei più grandi giuristi del periodo a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento<sup>1</sup>, sebbene egli sia poco conosciuto dal mondo giuridico italiano. Egli nasce nel 1849 nei pressi di Zurigo. Della sua vita e delle sue opere, che non è compito di questo scritto descrivere<sup>2</sup>, segnalo qui solo alcune

<sup>1</sup> Uno dei «berühmtesten Juristen des vergangenen und des jetzigen Jahrhunderts», si legge giustamente in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 28, 1923, 353.

<sup>2</sup> Per un quadro d'insieme, rinvio a W. BURCKHARDT, *Eugen Huber*, in *Deutsches biographisches Jahrbuch*, 5, 1923, 185-194; T. GUHL, *Eugen Huber*, in *Schweizerischer Juristen der letzten hundert Jahren*, Zürich, 1945, 323-359; J. VOGEL, *Personliche Erinnerung an prof. Eugen Huber* in *Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 99, 1963, 27-33; P. LIVER, *Eugen Huber*, in *NDB*, 9, 1972, 690 s.; D. MANAÏ, *Eugen Huber, jurisconsulte charismatique*, Bâle, 1990; S. HOFER, *Eugen Huber, Vordenker des Schweizer Zivilrechts*, Zürich, 2023; su aspetti particolari della vita di Huber, cfr. J. KOHLER, *Eugen Huber und das schweizer Zivilgesetzbuch*, in *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 5, 1913, 1-44; O. IRMINGER, *Eugen Huber als Rechtslehrer*, in *Wissen und Leben*, 25, 1922-1923, 700-703; A. WELTI, *Eugen Huber als politischer Journalist*, Leipzig, 1932; F. WARTENWEILER, *Eugen Huber, der Lehrer, Gesetzgeber und Mensch*, Zürich und Leipzig, 1932; A.

cose che sono utili per il tema che intendo trattare e che riguarda i rapporti di Huber con l'Italia.

Già dagli anni del liceo, ma più ancora nel corso degli studi universitari, Huber si segnala come una personalità di studioso poliedrica, multiforme, attenta cioè a tutto ciò che accade nella vita reale e non solo dedito alla lettura di libri<sup>3</sup>. Anche per questo, i suoi compagni di scuola lo avevano soprannominato l'«entusiasta» (*der Schwärmer*)<sup>4</sup>. Tornerò meglio più avanti su questo punto.

EGGER, *Eugen Huber als Gesetzgeber*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 37, 1940, 93-97; E. EICH-HOLZER, *Eugen Huber und das Arbeitsrecht*, in *Wirtschaft und Recht*, 1967, 144 ss.; P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in *Quaderni fiorentini*, 40/I, 2011, 265 ss.; ma soprattutto si vedano gli interessantissimi volumi tutti curati con la passione che lo contraddistingue da U. FASEL: *Eugen Huber als Chefredaktor der NZZ*, Bern, 2014; *Eugen Huber als Richter (1881-1882)*, Bern, 2020; *Eugen Huber als Richter (1883)*, Bern, 2021; *Eugen Huber als Richter 1884 und seine Arbeit in der Justizkommission*, Bern, 2022; *Eugen Huber hört Bruns' Pandektenvorlesungen*, Bern, 2022; *Eugen Huber erste Zivilechtvorlesung*, Bern, 2022; *Eugen Huber hört Rudolf von Jhering*, Bern, 2023; *Eugen Huber hört Theodor Mommsen* (con V.E. MÜLLER), Bern, 2023. Per un profilo scientifico di Huber, vd. P. CARONI, *Il mito svelato*, in *ZSR NF*, 110, 2001, 419 ss. (in commento al lavoro di Manāi cit.). Molto toccanti sono le lettere scritte da Huber alla moglie defunta, dalle quali si ricavano non pochi tratti della personalità di questo studioso: cfr. *Briefe an der tote Frau*, I, 1910, *Briefe 1-219*, a cura di S. HOFER, Bern, 2018; II, 1911, *Briefe 1-302*, a cura di H. HOFER-E. SCHÄDLER, Bern, 2019; III, 1912, *Briefe 1-255*, a cura di S. HOFER-E. SCHÄDLER, Bern, 2020. Sul bellissimo rapporto che legava Huber alla moglie, fondamentale è V.E. MÜLLER, *Liebe und Vernunft: Lina und Eugen Huber. Porträt einer Ehe*, Baden, 2016. Notizie utili si ricavano anche dalle lettere e dai necrologi, alcuni dei quali sono molto toccanti: per le lettere, informazioni, curiosità e notizie in abbondanza si trovano nelle lettere originali, conservate nella *Zentralbibliothek Zürich*, *Nachlass Emil Zürcher*, *Sign.* 25,1 e 25,2 (le lettere sono in gran parte ancora inedite, ma cfr. S. HOLENSTEIN, *Emil Zürcher (1850-1926). Leben und Werken eines bedeutenden Strafrechtswissenschaftlers*, Zürich, 1996); per il necrologio, vd. invece quelli a firma di M. GMÜR, in *Zeitschr. der bern. Juristenvereins*, 59, 1923, 209 ss.; di V. ROSSEL, *Eugen Huber (1849-1923). Impressions et souvenirs d'un ami*, in *Wissen und Leben*, 16, 1923, 679-689; di U. STUTZ, in *ZSS GA*, 44, 1924, 11-19; e di P. MUTZNER, in *ZSR NF*, 43, 1924, 1 ss. Infine, segnalo anche K. MATSUKURA, *Eugen Huber, 1849-1923: a profile of the drafter of the Swiss civil Code*, Nagoya (Giappone), 1975, a me non accessibile per ragioni di lingua, essendo scritto in giapponese.

<sup>3</sup> Al liceo le sue materie preferite erano matematica, poesia e storia, ma coltivò anche il disegno e la pittura: cfr. P. MUTZNER, *Eugen Huber*, in *ZSR NF*, 43, 1924, 2, ma vd. anche D. MANĀI, *Eugen Huber, Jurisconsulte charismatique*, Bale et Fancfort-sur-le-Main, 1990, 9. La musica per lui era «das Asyl, wohin man aus der Kampfe mit der Materie sich retten soll»: P. MUTZNER, *Eugen Huber*, in *ZSR NF*, 43, 1924, 2. Durante il primo semestre di studi all'università, Huber scrisse anche un dramma in versi in cinque atti, che però incontrò poco entusiasmo da parte dei suoi amici e del suo professore. Come Huber ricorderà in seguito, questo scetticismo lo spinse a immergersi nelle letture giuridiche.

<sup>4</sup> Cfr. D. MANĀI, *Eugen Huber* cit., 7, la quale ricorda come Huber avesse accettato di buon grado il soprannome, a condizione che fosse «ein kluger Schwärmer». F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4, 1924, 170 traduce il termine tedesco come 'il sognatore'; la traduzione non appare precisa, però cfr. V.E. MÜLLER, *Der Jurist Eugen Huber und der Physiker Alfred Kleiner: eine Freundschaft bis zum Tode*, in *Willkühr und Freiheit im römischen und schweizerischen Erbrecht*, Bern, 2017, 180, secondo la quale Huber sognava di diventare uno statista o un letterato.

Nel 1872, all'età di 23 anni, Huber ottiene il dottorato con una dissertazione sul Diritto ereditario svizzero<sup>5</sup>, conseguendo poi l'anno successivo a Zurigo la libera docenza in Storia del diritto, sebbene le sue lezioni rimanessero spesso deserte, cosa che gli provoca non poco fastidio e dolore<sup>6</sup>.

Decide perciò di trasferirsi a Berna, dove inizia la carriera di giornalista e detta lezioni di Storia del diritto fino al 1875<sup>7</sup>. Abbandonato il giornalismo, si dedica anche alla politica e svolge, tra le altre cose, il lavoro di magistrato e capo della polizia a Trogen, nel cantone di Appenzell<sup>8</sup>.

Nel 1880 consegue, come straordinario, la cattedra di Diritto pubblico federale, Diritto civile e Storia del diritto a Basilea<sup>9</sup>; nel 1882 è ordinario e comincia a collaborare con la *Zeitschr. für schweiz. Zivilrecht*, della cui redazione entra a far parte<sup>10</sup>. Ma lo stipendio non è sufficiente e gli lascia un senso di insoddisfazione<sup>11</sup>.

Nel 1888 è chiamato contemporaneamente ad Halle e a Marburgo. Huber accetta la prima chiamata<sup>12</sup>, assicurandosi però che gli venisse lasciato il tempo per finire il suo 'Sistema', al quale nel frattempo aveva iniziato a dedicarsi. Ad Halle Huber instaura una fraterna amicizia con Max Rümelin e Rudolf Stammeler, al quale ultimo rimane così legato da dedicargli il suo più profondo saggio di filosofia giuridica, *Recht und Rechtsverwirklichung* 1920<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> *Die schweizerischen Erbrechte in ihrer Entwicklung seit der Ablösung des alten Bundes vom deutschen Reich*: esame superato con la votazione 'magna cum laude': cfr. P. MUTZNER, *Eugen Huber* cit., 3; D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 13.

<sup>6</sup> D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 47.

<sup>7</sup> Come giornalista, comincia la carriera nel 1873 nel *Zürcher Zeitung*, uno dei quotidiani più prestigiosi dell'intera Svizzera; si afferma, diviene corrispondente da Berna per questo giornale e nel 1876 ne assume la direzione fino alla primavera del 1877: cfr. P. MUTZNER, *Eugen Huber* cit., 6; D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 21 ss. Sulla carriera giornalistica di Huber basti qui il rimando ad A. WELTI, *Eugen Huber als politischer Journalist* cit., 1932.

<sup>8</sup> Quest'ultimo lavoro ebbe anche un impatto sulla sua formazione, perché lo pose a stretto contatto con la vita concreta, dalla quale Huber ha sempre imparato: cfr. P. MUTZNER, *Eugen Huber* cit., 7 s.; D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 47 ss.

<sup>9</sup> A Basilea pronuncia una Prolusione sul tema '*Das kölnische Recht in der Zähringischen Städten*': cfr. P. MUTZNER, *Eugen Huber* cit., 8, il quale ricorda (nt. 5) come a Basilea Huber divenne anche giudice civile (1881) e componente della commissione giustizia (1887); sul punto vd. anche D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 49 ss.

<sup>10</sup> P. MUTZNER, *Eugen Huber* cit., 10.

<sup>11</sup> D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 51.

<sup>12</sup> Racconta U. FASEL, *Philipp Lotmar nella Facoltà dell'Università di Berna e all'ombra di Eugen Huber*, in «Heimat di tutti i giuristi». *Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano*, a cura di I. FARGNOLI, Roma, 2021, 43 s. che tra il 1889 e il 1892 Huber aveva rifiutato le offerte delle Università di Basilea (dove gli era stato offerto anche il posto di Presidente del Tribunale), di Losanna (anche qui con annesso un prestigioso incarico giudiziario) e Zurigo, dove sarebbe succeduto al suo maestro, Aloys von Orelli, ma anche di Vienna e Strasburgo.

<sup>13</sup> Su questa esperienza di Huber, cfr. R. LIEBERWIRTH, *Eugen Huber und sein Wirken an der Universität Halle-Wittenberg*, in *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944)*, a cura di A. CSIZMADIA e K. KOVACS, Budapest, 1970, 77-83. La chiamata ad Halle ridona sereni-

Nel 1892 viene chiamato a Berna, quattro anni dopo un altro grande giurista (Philipp Lotmar) che ha determinato la storia giuridica di questo bellissimo Paese<sup>14</sup>. A Berna Huber, divenuto rapidamente il perno e il cardine dell'Università<sup>15</sup>, insegna Diritto privato svizzero, Storia del diritto e Filosofia del diritto, e in questa affascinante città egli pone il centro della sua vita, e rimane fino alla morte, nel 1923.

## 2. Il codificatore

Nel 1884, Huber viene incaricato di redigere un primo progetto per un Codice civile federale e per la revisione dell'*Obligationenrecht*: considerata la frammentazione del diritto svizzero del tempo, Huber, con la sua conoscenza del diritto cantonale e la sua padronanza della storia giuridica appariva la figura di studioso perfetta per questo incarico<sup>16</sup>. Egli si mise subito al lavoro e diede alle stampe dapprima, tra il 1886 e il 1889, i tre volumi del suo *Sistema e storia del diritto privato svizzero*, e poi, nel 1893, la *Storia del diritto privato svizzero*<sup>17</sup>.

Contemporaneamente, già dal 1893 pubblica i primi progetti, ma solo nel 1900 redige l'*Avant-projet du Département fédéral de justice et police* e, dopo vicende che qui non fa mestieri di raccontare, il testo del Codice, che rappresenta un vero e proprio capolavoro giuridico, ed entra in vigore nel 1912<sup>18</sup>.

Il codice di Huber, l'unico Codice civile europeo tributario del lavoro di un solo uomo<sup>19</sup>, definito anche 'il Codice della coscienza scritta' e un 'Codice d'autà a Huber, il quale riesce a guardare al diritto svizzero «de haut et de loin»: cfr. sul punto D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 53.

<sup>14</sup> Per i rapporti non sempre idilliaci tra Huber e Lotmar, vd. ora I. FARGNOLI, *Zwischen Begeisterung und Bitterkeit. Eugen Huber im Spiegel von Philipp Lotmars Briefe*, in *Die Macht der Tradition im Dienstbarkeitsrecht und Eugen Huber*, a cura di U. FASEL e I. FARGNOLI, Bern, 2016, 15 ss.; U. FASEL, *Philipp Lotmar nella Facoltà dell'Università di Berna* cit., 52.

<sup>15</sup> U. FASEL, *Philipp Lotmar nella Facoltà dell'Università di Berna* cit., 41 ss.

<sup>16</sup> Cfr. il verbale del Consiglio direttivo della società svizzera dei giuristi in *ZSR N.F.*, 3, 1884, 725 ss., sul quale vd. P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in *Quaderni fiorentini*, 40/I, 2011, 266. «Es galt nun doch, der Gegenwart zu dienen», scrive Huber stesso nella Prefazione al primo volume del suo 'System'.

<sup>17</sup> Cfr. E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Recht*, 4 voll., Basel 1886-1893: «In den ersten drei Banden sind die Kantonalen Rechte in einem vergleichenden Systeme in übersichtlicher Weise zusammengestellt, während der vierte Band die Geschichte der Rechtsquellen und die dogmengeschichtliche Entwicklung der kantonalen Rechte enthält und damit in trefflicher Weise die tiefere Erkenntnis des im vergleichenden System Gebotenen vermittelt»: cfr. P. MUTZNER, *Eugen Huber* cit., 14 s.

<sup>18</sup> Il Progetto venne pubblicato nel 1903, e, rielaborato da una commissione di esperti venne presentato alle assemblee il 28 maggio 1904 e approvato all'unanimità il 10 dicembre 1907 dal Consiglio nazionale e dal Consiglio degli Stati.

<sup>19</sup> Per l'America Latina si possono ricordare i Cc. del Cile (1855), opera di Andrés Bello, dell'Argentina (1869), opera di Dalmacio Vélez Sarsfield e del Brasile (1917), fondato sul lavoro di Augusto Teixeira de Freitas prima, di Clóvis Beviláqua dopo.

tore<sup>20</sup>, riflette quella stessa fede democratica e liberale e quella concezione kantiana della libertà dell'individuo, che fu un postulato di tutto il sistema filosofico di Huber<sup>21</sup>.

Huber conosceva senza dubbio i modelli pandettistici, ma nell'elaborazione del Codice li rifiuta, non costruendo una parte generale, scegliendo una lingua semplice ed evitando ove possibile i termini tecnici e le espressioni dotte, sulla base del motto: «Gesetze müssen alle verstehen».

Huber stesso scrisse: «Wohl könnte ich ihnen helfen, ein gutes Gesetz zu gestalten, gute Richtern kann ich ihnen nicht machen». Ciononostante, rilevante appare il ruolo che nel 'suo' Codice Huber ritaglia per i giudici, ai quali, a suo avviso, era necessario lasciare una certa libertà di apprezzamento nell'interpretazione della parola della legge. Così il Codice svizzero lascia ampio spazio alla dottrina e alla giurisprudenza per adattare la lettera immutabile del diritto alla vita mutevole.

Un'altra sua convinzione era che la consuetudine dovesse considerarsi come il necessario completamento del diritto scritto: da qui deriva il famosissimo art. 1 del Cc. svizzero, nel quale si chiede al giudice di farsi legislatore in caso di lacune della legge<sup>22</sup>.

Huber riteneva, infatti, che il diritto positivo avesse le sue lacune, che non sempre potevano essere colmate in via interpretativa; ma se la legge aveva lacune,

<sup>20</sup> Così cfr. F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4, 1924, 169; Paolo Grossi lo definisce come il Codice della «valorizzazione della coscienza giuridica» o anche «Codice d'Autore»: cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2009; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 104, nt. 24.

<sup>21</sup> Senza, per ovvie ragioni, poter entrare nello specifico di questo testo e sul debito di esso verso Huber, vale la pena appena sottolineare come la libertà del contratto di matrimonio, l'estensione della facoltà di testare, la libera scelta tra più forme di garanzie reali sono, a detta dello stesso Huber, alcune delle scelte che egli compie per unificare la legislazione svizzera, superando la diversità delle legislazioni cantonali. La libertà politica avrà come corollario la libertà civile. Questa dottrina individualista informa nel Codice di Huber la nozione di persona e soggetto di diritto e anche la proprietà è considerata come un attributo della personalità: cfr. F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 174 s., il quale nota che mentre il movimento dottrinale specialmente francese si andava orientando verso i concetti di solidarietà sociale e di funzione sociale del diritto (Saleilles, Duguit, Charmont, Lévy, Demogue) e si poneva come obiettivo la conciliazione tra la libertà e la solidarietà, fra i diritti intangibili dell'individuo e quelli della collettività, il Codice svizzero, più ancora di quello tedesco, si allontanava dal dogma dell'assorbimento della personalità dell'individuo nella funzione sociale e, procedendo a ritroso sul cammino delle dottrine giuridiche, si ricollegava alla filosofia razionale del Codice Napoleone, reclamando il rispetto dell'individuo, la concessione di più ampi poteri nell'ambito della sua vita giuridica. Su questi punti, basti qui il rinvio a W. YUNG, *Eugène Huber et l'esprit du Code civil suisse (1849-1923)*, in *Mémoires publiés par la Faculté de droit*, 6, Genève, 1948; A. EGGER, *Eugen Huber und das schweizerische Zivilgesetzbuch*, in *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, I, Zürich, 1957, 105 ss.; L. VAN MOOS, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch und sein Schöpfer*, in *ZSR N.F.*, 81, 1962, 1 ss.

<sup>22</sup> Art. 1 co. 2: «Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine, e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore».

non le poteva avere l'ordinamento giuridico così che bisognava partire dal principio secondo cui il giudice, sebbene non trovasse sostegno nella legge e nel Codice, con tutto il rimanente ordine giuridico avrebbe potuto trovare la soluzione che, come legislatore, avesse ritenuto giusta.

E sebbene la norma non sia stata usata spesso dalla giurisprudenza elvetica, essa ben rappresenta l'accoglimento da parte di Huber di una impostazione antidogmatica e antipositivistica.

### 3. *Il giurista*

Huber aveva una intelligenza non modellata su schemi scolastici, ma educata alla realtà della vita<sup>23</sup>.

Il riferito rifiuto della impostazione pandettistica nell'elaborazione del Codice, così come l'adesione a una concezione neokantiana del diritto, faceva sì che per Huber il diritto non si riduceva alla sola legislazione, ma derivava dalla ragione e dalla coscienza giuridica dell'individuo. Gli individui, poi, erano la meta verso la quale doveva tendere il legislatore, che doveva essere sempre attento al *Volksgeist*, in una linea di continuità che lo collegava così a Savigny, ma anche ad Hegel<sup>24</sup>.

Nella dissertazione di dottorato, Huber da un lato riconosce il carattere universale della Storia del diritto e del Diritto romano in particolare, ma dall'altro lato afferma che il carattere di un popolo dà alla sua legislazione una direzione del tutto particolare. La Svizzera, a suo avviso, rappresentava un ottimo banco di prova pratico per queste sue idee. Infatti, la separazione dall'impero tedesco e la politica repubblicana avevano permesso un peculiare sviluppo del Diritto privato in questo Paese.

Sono i particolari della vita quelli che illuminano meglio le teorie, le direttive spirituali, le progressive evoluzioni del pensiero di uno scrittore. Da ciò deriva che Huber trasse ispirazione più dall'osservazione dei fatti che dalla dogmatica e derivò il suo orientamento scientifico dalla vita più che dalla scuola<sup>25</sup>.

Huber fu indubbiamente anche un filosofo del diritto<sup>26</sup>, sebbene si dedicò a questo suo vecchio amore solo negli ultimi anni della sua vita. Da questo punto di vista il suo capolavoro è il libro su *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basel, 1921,

<sup>23</sup> F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 170.

<sup>24</sup> F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 171.

<sup>25</sup> F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 169.

<sup>26</sup> Cfr. A. TROLLER, *Eugen Hubers allgemeingültige Rechtsphilosophie*, in *Gedächtnisschrift P. Jäggi*, a cura di B. SCHNEYDER e P. GAUCH, Fribourg, 1977, 135-149; ID., *Eugen Hubers Rechtsidee und Idee vom richtigen Recht*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 73, 1977, 268-271.

libro ingiustamente trascurato dalla critica in Italia, mentre in Svizzera e in Germania ha formato oggetto di vive discussioni da parte di Kelsen e Baumgarten<sup>27</sup>.

A mio avviso, però poco conta definire Huber come giurista 'positivo' o, piuttosto, come storico del diritto o filosofo del diritto: di gran lunga più importante è, infatti, notare che egli sempre, in tutte le sue poliedriche manifestazioni, «pose la ricerca del diritto divenuto a sussidio del divenire del diritto», per usare una celebre immagine che di lui ci restituisce Fulvio Maroi<sup>28</sup>.

#### 4. Huber e l'Italia

Eppure, nonostante l'elevatissimo livello scientifico raggiunto da Huber e nonostante i raffinati risultati dei suoi studi, un giurista elegante come Pio Caroni non può mancare di notare un fatto piuttosto singolare. Su Huber nella stessa Svizzera da decenni è caduto un silenzio «vergognoso e mortificante»<sup>29</sup>. E se dello Huber legislatore si conserva qualche memoria, lo Huber storico è stato quasi dimenticato.

In Italia Huber non ha avuto grande fama, certamente neanche lontanamente paragonabile al suo enorme valore di giurista. Basta dire che la sua grande opera 'Sistema e storia del diritto privato svizzero', scritta negli anni tra il 1886 e il 1893, non sia posseduta da nessuna delle biblioteche dell'università di Roma 'La Sapienza', la mia università e l'università più grande d'Italia. Solo la Biblioteca nazionale centrale di Roma ne acquista un esemplare già nel 1890, ma essa attualmente non risulta a catalogo. L'opera è posseduta in Italia soltanto dalle biblioteche delle Università di Bologna, Milano, Pavia, Torino, Trieste, oltre che dalla Biblioteca centrale giuridica di Roma.

Analogamente, scarse sono le citazioni del pensiero di Huber nelle opere degli storici del diritto italiani a lui contemporanei o di poco successivi. Probabilmente il metodo di studi che al tempo dominava in Italia, attento più alla critica testuale che non alla comparazione, fosse essa orizzontale o verticale, contribuirono a non dare in Italia a questo studioso la fama che senz'altro egli meritava.

<sup>27</sup> Cfr. H. KELSEN, *Eugen Hubers Lehre vom Wesen des Rechts*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 34, 1921, 217 ss.; A. BAUMGARTEN, *Eugen Hubers Rechtsphilosophie*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 15, 1921-1922, 341 ss. Sul punto si sofferma anche F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 177. Anche questo lavoro (vd. *infra*, § 4) è scarsamente presente nelle biblioteche giuridiche italiane (si trova solo a Firenze, Roma, Trieste e in trad. spagnola a Cagliari e a Roma). Tra i lavori di Huber sulla filosofia del diritto vd. anche E. HUBER, *Das Absolute im Recht: schematische Aufbau einer Rechtsphilosophie*, Bern, 1922.

<sup>28</sup> Huber considerava ogni vigente sistema legislativo come il punto di convergenza della positività e idealità del diritto. Fu un idealista, ma il suo idealismo era ragionato, anzi controllato sui dati dell'esperienza: cfr. F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 171.

<sup>29</sup> Cfr. P. CARONI, *Il mito svelato* cit., 383.

La notizia della sua morte si trova in Italia solo grazie a un affettuoso necrologio di Fulvio Maroi, nella *Rivista italiana di filosofia del diritto*. Parlando di Huber, Maroi definirà «poderosa» la sua opera e dice che egli dedicò tutta la sua vita alla scuola, alla scienza e alla patria, tre nomi nei quali si compendia ogni sua attività<sup>30</sup>.

Bellissime sono le definizioni che di Huber danno lo stesso Maroi e Burckhardt: il primo lo definisce «un maestro, cioè un creatore di energie»<sup>31</sup> e riferisce che il secondo avrebbe affermato che Huber accendeva «das heilige Feuer»<sup>32</sup>. Tra i giuristi italiani contemporanei di Huber, Filippo Serafini non mancherà di elogiarne l'attività, definendola «molto importante»<sup>33</sup>, mentre Gian Piero Chironi ne loda più volte l'opera, definendola «eccellente» e «notevolissima»<sup>34</sup>.

### 5. Il giurista e i viaggi

Il giurista è il collegamento tra il mondo ontologico e quello deontologico. Il diritto non è un fenomeno statico ma dinamico. Il giurista cuce il mondo delle norme con la realtà e deve farlo non una volta ogni tanto, ma ogni giorno (*cotidie*), come insegnava già quasi duemila anni fa il giurista romano Pomponio<sup>35</sup>.

Il giurista deve adeguare le norme alla realtà in cui vive e per questo deve viaggiare, deve conoscere, deve essere curioso e apprendere le abitudini, le usanze del proprio popolo, ma anche degli altri popoli, per vedere dove e come alcune norme possono essere consolidate o debbano essere superate.

Si può viaggiare in due modi.

Un primo modo è quello che ci ha descritto un grande filosofo dei nostri tempi, come Umberto Eco. Eco diceva che chi legge libri, chi studia quello che gli altri hanno scritto prima di lui, viaggia nel tempo, perché è stato con Alessandro Magno sul fiume Gange, con Cesare in Gallia e con Napoleone alle Piramidi<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 169; ID., *Le costumanze giuridiche e la riforma del diritto privato in Italia (relazione al congresso nazionale delle tradizioni popolari tenuto a Firenze il 11.5.1929)*, in *Rivista di diritto civile*, 21, 1929, 354 ss. e 363. Sull'opinione che Maroi aveva di Huber vd. meglio *supra*, § 3 in fondo, mentre sull'opinione che di Huber aveva Serafini vd. meglio *infra*, il § 6.

<sup>31</sup> F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 169.

<sup>32</sup> *Ibidem*, ma non sono stato in grado di trovare il saggio di Burckhardt ivi citato da Maroi.

<sup>33</sup> Vd. il *Bollettino bibliografico* pubblicato nell'*Archivio giuridico*, 37, 1886, 176, rivista diretta proprio da Serafini.

<sup>34</sup> Vd. G.P. CHIRONI, *Questioni di diritto civile. Studi critici di giurisprudenza civile italiana*, Torino, 1890, 68 e 309.

<sup>35</sup> Cfr. *Pomp. ls. ench.* D.1,2,2,13: *constare non potest ius, nisi sit aliquis iurisperitus per quem possit in melius produci.*

<sup>36</sup> Cfr. un famoso discorso pronunciato da Umberto Eco alle matricole del Corso di laurea in Scienza della comunicazione dell'Università di Bologna nel 2009: «Di qualsiasi cosa i mass media si stanno occupando oggi, l'università se ne è occupata venti anni fa e quello di cui si occupa oggi

Un secondo modo è acquistare il biglietto di un aereo, di un treno, di una carrozza e spostarsi da un luogo all'altro.

Huber ha certamente sperimentato entrambi i tipi di viaggio. E in entrambi i tipi di viaggio egli è entrato in contatto con l'Italia.

Mi concentrerò brevemente ora su entrambi questi aspetti.

## 6. Serafini e Huber

Cominciamo con il primo aspetto.

Chi legge le cose scritte dagli altri è come se viaggiasse nel tempo e nello spazio.

Huber si laureò con lode con Tomaschek, con una tesi dal titolo: *Über die schweizerische Erbrechte in ihrer Entwicklung*. Subito dopo la laurea, il maestro lo invitò a collaborare alla pubblicazione di una serie di documenti. Huber, però, rifiutò l'invito, e trovò più rispondente alla sua inclinazione conoscere, viaggiando, paesi e persone<sup>37</sup>.

Va a Torino e a Ginevra: già da studente era stato in Germania a Berlino, dove aveva frequentato le lezioni di Bruns, Gierke, Treitschke, Mommsen, e a Vienna, dove aveva ascoltato Jhering (Diritto privato), Tomaschek (Storia del diritto) e Stein (Filosofia del diritto)<sup>38</sup>. Poi, ancora giovanissimo, si reca a Londra, Bruxelles, Anversa e viaggia lungamente anche in Italia<sup>39</sup>.

Quando, da giurista più maturo, compila il 'System', Huber si dichiara convinto che una comparazione orizzontale sarebbe stata possibile solo dopo una attenta e meditata comparazione verticale, cioè l'approfondimento di uno studio storico del diritto<sup>40</sup>. Il viaggio nella storia, quindi, doveva servire a Huber per

l'università sarà riportato dai mass media tra vent'anni. Frequentare bene l'università vuol dire avere vent'anni di vantaggio. È la stessa ragione per cui saper leggere allunga la vita. Chi non legge ha solo la sua vita, che, vi assicuro, è pochissimo. Invece noi quando moriremo ci ricorderemo di aver attraversato il Rubicone con Cesare, di aver combattuto a Waterloo con Napoleone, di aver viaggiato con Gulliver e incontrato nani e giganti. Un piccolo compenso per la mancanza di immortalità».

<sup>37</sup> D. MANAI, *Eugen Huber cit.*, 13; F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber cit.*, 170.

<sup>38</sup> Per queste informazioni, cfr. D. MANAI, *Eugen Huber cit.*, 13 ma anche F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber cit.*, 170.

<sup>39</sup> Per queste notizie, cfr. D. MANAI, *Eugen Huber cit.*, 13.

<sup>40</sup> Vd. P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber cit.*, 270. Nella storia medioevale svizzera Huber vedeva un fertile terreno di diritto embrionale svizzero: cfr. E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrecht*, I, cito dalla 2ª edizione completata da P. MUTZNER, I Bâle, 1932, 54-55: «Es liegt ein großer Segen in der Entwicklung eines Rechtes aus ununterbrochenen geschichtlichen Zusammenhängen, wie sie unserem Volke im allgemeinen bis zu Ausgestaltung im einheitlichen Recht beschieden gewesen ist. Wir finden darin die Anleitung, das Gewesene zu schätzen als die Quelle des heutigen, das Gewordene zu erfassen und zu besitzen als unser eigenes. (...). Geschichtliche Auffassung ist denn auch in unserem Volke wohlverbreitet und schickt sich gut zu der Grundlage unseres Staatswesens, das die Geschehnisse wie die Geschichte des Landes in die Hand der Mehrheit seiner Bürger legt».

una migliore comprensione anche del diritto attuale, sia quello vigente, sia quello *de iure condendo*.

In quest'ambito mi appare importante segnalare l'importanza che per Huber ha avuto la (probabile)<sup>41</sup> lettura dell'opera di un giurista italiano, Filippo Serafini, nato a Preore (Trento), ma poi professore a Pavia (al tempo sotto l'Austria), Bologna, Roma e a Pisa, dove è sepolto<sup>42</sup>.

Serafini, dal canto suo, era una figura di giurista molto particolare nel panorama italiano. Egli dominava perfettamente la lingua tedesca<sup>43</sup> e, forse anche per questo, si era già interessato dell'area giuridica elvetica: nel 1874 aveva pubblicato, sulle colonne dell'*Archivio giuridico*, una delle più prestigiose riviste scientifiche italiane di cui lo stesso Serafini aveva ereditato la direzione dal fondatore, Pietro Ellero, nel 1869<sup>44</sup>, uno Studio comparativo delle legislazioni civili dei vari cantoni della svizzera, nel quale mette in contatto queste legislazioni con le codificazioni civili italiane preunitarie, in particolare con il Codice di Parma e con il Codice albertino<sup>45</sup>. Probabilmente anche per queste ragioni, Serafini nel 1880 fu chiamato a collaborare con la commissione di redazione dell'*OR*, entrato in vigore nel 1883<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> In realtà non abbiamo alcuna convincente prova del fatto che Huber abbia potuto leggere i lavori di Serafini, ma assumo qui come possibile tale ipotesi.

<sup>42</sup> Su Filippo Serafini basti qui il rimando a M. TALAMANCA, *Un secolo di bullettino*, in *BIDR*, 91, 1988, LXXXVI IX ss.; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 16; F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016, 87 ss.; I. FARGNOLI, *Filippo Serafini e il dialogo oltreconfine*, in *Tesseræ iuris*, 3/1, 2022, § 1.2 (= in *Dall'unità alla codificazione. Diritto ed economia in Italia dal 1861 al 1871*, Soveria Mannelli, 2023, 9 ss.). La relazione (indiretta) tra Serafini e Huber è poco conosciuta, se si eccettua questo ultimo brillante studio di Iole Fagnoli.

<sup>43</sup> Serafini, infatti, aveva compiuto gran parte della sua istruzione scolastica in Austria (Innsbruck, Bressanone, Brescia, Rovereto [e non nel comune svizzero di Roveredo, come si legge erroneamente in F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016, 97]), e aveva proseguito gli studi giuridici tra Vienna, Innsbruck, Berlino e Heidelberg. Per questo Serafini, sebbene si sentisse profondamente italiano (vd. I. FARGNOLI, *Filippo Serafini e il dialogo oltreconfine* cit., § 1.2), presumibilmente, aveva più familiarità con il tedesco che con l'italiano: vd., in particolare, A. DE GUBERNATIS, s.v. *Filippo Serafini*, in *Dizionario biografico degli scrittori contemporanei ornato di oltre 300 ritratti*, Firenze 1879, 941; I. FARGNOLI, *Filippo Serafini e il dialogo oltreconfine* cit., 2022.

<sup>44</sup> Cfr. L. LANDUCCI, *Filippo Serafini*, in *AG*, 85, 1921, 15. Non del tutto chiaro appare il passaggio a Serafini della direzione della rivista da parte di Ellero, dopo solo un anno dalla sua fondazione: cfr. M. TALAMANCA, *Un secolo di bullettino* cit., LXXXVI.

<sup>45</sup> Cfr. F. SERAFINI, *Studio comparativo delle legislazioni civili dei vari cantoni della Svizzera*, in *AG*, 12, 1874, 418 ss. = in *Id.*, *Opere minori raccolte e pubblicate da Enrico Serafini*, I, *Scritti varii*, Modena, 1901, 285 ss., da cui cito.

<sup>46</sup> Vd. G. EUGSTER, *Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes vom Jahre 1883*, Diss., Weida i. Thür., 1926, 111; R. VON JHERING, *Lettera n. 19 Rudolf von Jhering a Filippo Serafini Vienna, settembre 1872*, in *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlass der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992*, a cura di O. BEHREND, Göttingen, 1992, 136.

Serafini sceglie un tema e adotta un approccio completamente estraneo alla dottrina romanistica e civilistica italiane del tempo, le quali erano scarsamente inclini alla comparazione e, piuttosto dedite alle esegesi e alla ricostruzione critica del testo<sup>47</sup>.

Nel ricordato saggio, si trovano anticipate alcune soluzioni che poi Huber accoglierà nel ZGB<sup>48</sup>. Ad esempio, la divisione in quattro categorie dei sistemi cantonali: Zurigo, di stampo più industriale; Berna e Lucerna, di impronta agricola; i cantoni centrali (Appenzell, Uri), dediti all'allevamento e cattolici, e i cantoni latini, che si ispiravano al diritto francese<sup>49</sup>. Le differenze erano evidenti: ad esempio, in tema di divorzio tra i cantoni tedeschi e quelli latini, così come anche in tema di matrimonio. Ma anche nel campo del sistema di pubblicità immobiliare, Serafini informa che era opportuno estendere a tutta la Svizzera il modello tedesco, perché «più favorevole alla celerità, alla sicurezza delle operazioni e per conseguenza al credito»<sup>50</sup>.

Colpisce che Serafini più di dieci anni prima della pubblicazione del *System* e più di venti anni prima dell'entrata in vigore del ZGB si era dimostrato consapevole delle difficoltà del percorso che la Svizzera avrebbe dovuto compiere verso la codificazione. Difficoltà per la cui soluzione Huber è possibile abbia trovato ispirazione proprio nel lavoro del professore italiano.

Serafini fu poi chiamato anche a collaborare con la Commissione per stesura della Legge federale svizzera sull'esecuzione e il fallimento, entrata in vigore nel 1892: cfr. L. LANDUCCI, *Filippo Serafini*, in *AG*, 85, 1921, 22; *Nella morte di Filippo Serafini. Commemorazione fatta al Senato del regno nella tornata del 25 maggio 1897*, Archivio Giuridico 'Filippo Serafini' LVIII (1897) 507, accessibile online <<http://notes9.senato.it/web/senregno.nsf/e56bbbe8d7e9c734c125703d002f2a0c/e5ad68b170f68d654125646f00608944?OpenDocument>>.

<sup>47</sup> Un vero e proprio manifesto di questo modo di intendere gli studi romanistici si trova in F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare. Prolusione al corso di Diritto romano nella R. Università di Roma [letta] il dì 25 novembre 1871*, Roma 1872. Sul punto, e sulla celeberrima lettera di Scialoja a Serafini, basti qui il rimando a F. AMARELLI, *L'insegnamento scientifico del diritto' nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index*, 18, 1990, 59 ss.; G. CAZZETTA, *Unità del diritto e 'missione della scienza'. Prolusioni nella Facoltà giuridica romana in età liberale*, in *RISG N.S.*, 5, 2014, 215.

<sup>48</sup> Così cfr. F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia* cit., 98, sebbene non manchino dubbi sull'effettivo impatto del contributo di Serafini sulla legislazione svizzera: vd. sul punto I. FARGNOLI, *Filippo Serafini e il dialogo oltreconfine* cit., § 3.

<sup>49</sup> F. SERAFINI, *Studio comparativo delle legislazioni civili* cit., 418 ss. (= 285 s.), dove il giurista trentino dice che il legislatore svizzero avrebbe dovuto armonizzare tutto questo materiale, cosa che poi Huber farà.

<sup>50</sup> Così vd. P. CARONI, *Il mito svelato* cit., a giudizio del quale Huber avrebbe adottato questa soluzione introducendo il registro fondiario.

### 7. Huber e le lettere a professori italiani

Huber era uno scrittore di lettere appassionato, quasi compulsivo. Scrisse lettere, biglietti, messaggi, note a tantissimi, tra amici, colleghi, conoscenti, con una frequenza quasi altrettanto compulsiva di quanto noi oggi inviamo messaggi con il telefonino. Molto si ricava dall'epistolario di questo grande personaggio, solo in parte pubblicato.

Tra questo materiale, non poche sono le lettere e i biglietti che Huber scambia con professori italiani, i quali rappresentano in alcuni casi delle eccellenze del Diritto civile italiano<sup>51</sup>.

Con Gaspare Ambrosini (1886-1985) scambia un paio di biglietti, in probabile accompagnamento alla spedizione di qualche opera da parte di Ambrosini, al tempo giovane studioso. Ambrosini fu professore di Diritto costituzionale in varie università italiane, prevalentemente della Sicilia, ed è considerato uno dei padri della Costituzione italiana del 1948.

Anche con Ludovico Barassi (1873-1961) scambia un paio di lettere. Barassi fu professore di Diritto civile e Diritto del lavoro in varie università in Italia, tra cui principalmente Milano. Barassi scrive a Huber perché si interessa dei suoi lavori sulla unificazione giuridica.

Interessanti sono anche gli scambi epistolari con Gian Pietro Chironi (1855-1918), di origine sarde, ma poi professore di Diritto civile a Siena e a Torino, dove fu anche rettore e senatore. Chironi fu una figura di spicco della civilistica italiana del tempo. Molto famoso è il suo Trattato sulla Colpa, così come anche le Istituzioni di Diritto civile. Chironi scrive a Huber per raccomandargli un suo allievo. Egli ringrazia Huber per l'invio del suo 'System' e promette di scrivere una recensione in una rivista giuridica, cosa che però non farà mai, non mancando di lodarne per iscritto l'opera (vd. *supra*, § 4).

Anche Lando Landucci (1855-1937) scrive a Huber. Landucci era professore di Diritto romano a Padova, allievo di Serafini, di cui sposa anche la figlia. Egli non era una figura di primo piano degli studi giuridici romanistici in Italia, ma fu per quattro legislature deputato al Parlamento italiano. Scrive a Huber chiedendogli della documentazione sulla legislazione cantonale della Svizzera. Dice che su questo tema in Italia era molto difficile trovare bibliografia. In cambio spedisce a Huber un suo lavoro sulla Storia del diritto romano.

<sup>51</sup> Vedili diligentemente elencati da G. CANEPA, in G. CANEPA – S. ULMANN, *Eugen Huber als international bekannter Privatrechtler*, in *Eugen Huber (1849-1923). Akten des im Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars (mit einem bibliographischen Anhang)*, a cura di P. CARONI, Bern 1993, 317 ss., da cui ho tratto le citazioni che seguono. Queste lettere e questi biglietti sembrano dimostrare come, in controtendenza rispetto al quasi totale silenzio sulle sue opere nella dottrina italiana del tempo (vd. *supra*, § 4), Huber non mancava di godere di una certa considerazione tra alcuni studiosi italiani del tempo, i quali si rivolgevano a lui come massimo e forse unico esperto del Diritto civile svizzero.

Anche Isidoro Modica (1871-1966), professore di Diritto civile a Catania scrive a Huber. Modica, anch'egli non una figura di primo piano della civilistica italiana, chiede a Huber qualche chiarimento sul Codice civile svizzero, perché dice di voler scrivere un saggio di Diritto civile comparato. Non mi risulta che portò a compimento questa impresa. Modica, infatti, concentrò particolarmente i suoi studi sul tema del Diritto del lavoro.

Più interessanti sono gli scambi epistolari che Huber intrattiene con Vittorio Polacco e Mario Ricca Barberis.

Polacco (1859-1926) fu professore di Diritto civile a Padova, la sua città, in cui fu anche Rettore, ma anche a Roma. Fu Senatore, ma anche Membro dell'Accademia dei Lincei, e autore di molti scritti giuridici. Scrive a Huber, richiamando la solidarietà che deve esistere tra gli studiosi della stessa disciplina. Gli chiede materiali sul Codice civile svizzero. In cambio gli spedisce il suo scritto sulle obbligazioni nel Diritto civile italiano, un libriccino che aveva al tempo una discreta fama in Italia.

Mario Ricca Barberis (1877-1959) fu professore di Diritto civile e di Diritto processuale civile in varie Università italiane, tra cui principalmente Torino. Fu autore di vari saggi, praticamente su tutte le tematiche del Diritto civile italiano. Scrive a Huber a proposito di un problema che evidentemente lo interessava dal punto di vista teorico: cosa succede quando ci siano differenze nelle diverse versioni delle leggi in diverse lingue. Non sappiamo però la risposta di Huber.

#### 8. *Huber viaggiatore*

Huber fu anche un grande viaggiatore. Egli saziava così la sua curiosità, la sua sete di conoscenza e la necessità di continuo apprendimento.

Mi ha colpito leggere che in gioventù egli per viaggiare utilizzò anche i fondi dell'eredità paterna, di fatto esaurendoli<sup>52</sup>. Egli intendeva il viaggio come una parte necessaria del suo essere giurista, un compito necessario da assolvere, perché il giurista che non conosce i risvolti pratici del diritto non è un buon giurista.

Come detto, già durante la laurea, aveva svolto un semestre a Berlino e poi dopo la laurea, si recò a Vienna. Le vacanze estive del 1872 furono da lui usate per un viaggio a Milano, dove scoprì le fonti ticinesi dell'Ambrosiana. Trascorse il semestre invernale del 1873 a Ginevra. E di questo ho periodo ho potuto leggere alcune interessanti lettere da lui scritte, sulle quali riferirò subito dopo.

Dopo brevi soggiorni a Parigi e Londra, Huber tornò a Zurigo.

Quando viene chiamato a Berna per compilare il primo progetto per il nuovo Cc, egli dichiara che era obbligo di ogni scienziato non assistere passivamente

<sup>52</sup> Si evince dalle lettere private di Huber (*Zentralbibliothek Zürich, Nachlass Emil Zürcher, Sign. 25,1 e 25,2*), che mi è stato possibile leggere grazie alla cortesia di Urs Fasel. Cfr. P. MUTZNER, *Eugen Huber cit.*, 4; D. MANÄI, *Eugen Huber cit.*, 10.

agli eventi che si preparavano, ma era necessario porre come Archimede il proprio sapere a disposizione della patria<sup>53</sup>.

### 9. *Le lettere inedite e l'Italia*

Huber ha viaggiato molto e in molte occasioni verso l'Italia.

Del resto, l'Italia, definita 'la terra dove fioriscono i limoni' («Das Land wo die Zitronen blühen») era al centro dei viaggi della nobiltà inglese già nel XVIII secolo, e senza dubbio il *Viaggio in Italia* di Goethe non aveva mancato di avere la sua influenza sulla formazione del giovane Huber, intrisa di classicismo. Non è azzardato affermare che per Huber l'Italia fosse una '*Traumdestination*'.

Dobbiamo supporre che egli conoscesse l'italiano, almeno a livello elementare. Di ciò non abbiamo in realtà prove sicure, perché egli non ci ha lasciato né opere scritte nella lingua di Dante, né alcuna delle lettere del suo ricchissimo epistolario è scritta in questo idioma.

Però, possiamo fondatamente supporre che un viaggiatore che si muove verso l'Italia nel XIX secolo conosca almeno i rudimenti della mia lingua. Sappiamo poi che uno dei suoi migliori amici fin dai tempi del liceo a Zurigo era un italiano, l'ingegnere milanese Gaetano Crugnola (1850-1910), il quale divenne una personalità di spicco nell'Italia del tempo. Inoltre, sappiamo che i giuristi in genere, e i romanisti in particolare, hanno una buona padronanza delle lingue straniere. Del resto, Huber per l'elaborazione del suo '*System*' aveva dovuto consultare i documenti del Canton Ticino (nell'archivio di Bellinzona, già nel 1872 e poi anche a Milano), che sono in italiano, e, sappiamo altresì che egli, quale uomo di ampia cultura, aveva letto più volte *I promessi sposi*<sup>54</sup> ed egli stesso ci racconta di aver intrapreso lo studio dell'italiano (vd. *infra*, in questo stesso paragrafo). Infine, abbiamo sopra visto che molti professori italiani gli spedivano le loro opere, spesso accompagnandole con brevi biglietti scritti in italiano e diverse di queste opere Huber dimostra di conoscere, quando si dedica al lavoro scientifico.

<sup>53</sup> F. MAROI, *Necrologio Eugenio Huber* cit., 171.

<sup>54</sup> Lo sappiamo da una lettera scritta da Huber il 24 febbraio 1895, della cui conoscenza sono nuovamente grato a Frau E. Verena Müller. Eugen Huber, il quale era un grande ammiratore della cultura italiana, conservava a casa un grande busto di Dante e un calco in bronzo del Mosè di Michelangelo, alto circa 50 cm. Questi due oggetti si trovano oggi nella Biblioteca Eugen Huber dell'Università di Berna. A proposito del calco in bronzo, gustoso è l'aneddoto che mi ha raccontato Frau Verena Müller nel corso del simposio su Huber nell'aprile 2023: Huber si innamorò della scultura del Mosè durante un viaggio in Italia e voleva assolutamente comprarla; discusse a lungo con la moglie, la quale era risolutamente contraria, perché la scultura era piuttosto grande e pesante e a poteva a stento essere contenuta nelle valigie. Inoltre, con l'acquisto i coniugi avrebbero dato praticamente fondo a tutti i loro risparmi e avrebbero così dovuto risparmiare nel seguito del viaggio, a scapito della qualità sia dei trasporti sia del cibo. La presenza della scultura ancora oggi nella Biblioteca Eugen Huber dimostra chi dei due la ebbe vinta....

Dalla lettura di alcune sue lettere ancora inedite<sup>55</sup>, dirette all'amico Emil Zürcher, professore di Diritto penale e di Procedura penale, emergono alcuni aneddoti interessanti, che ci dimostrano, tra le altre cose, il suo amore per il mio Paese, cosa che mi rende particolarmente felice.

Queste lettere coprono il primo periodo della vita accademica di Huber, cioè gli anni 1872 e 1873. Emerge un Huber viaggiatore, attento ai dettagli dei paesi e delle città che visita. Ma anche un Huber intimista, che non si fa scrupolo di rivelare all'amico i suoi sentimenti più nascosti, né di raccontargli come trascorre le sue giornate o quali sono i suoi programmi. Ogni tanto le lettere, scritte in tedesco, sono infarcite di parole in lingue straniere, italiano soprattutto, ma anche francese e inglese e non manca qualche errore ortografico che rende l'autore più vicino e in qualche modo più intimo al lettore.

Racconto qualche episodio, spigolando tra le varie lettere ancora inedite.

Nel 1872, Huber racconta in una serie di lettere di un suo lungo viaggio in Italia<sup>56</sup>, cominciando dal trasferimento da Vienna a Trieste e poi a Venezia.

Lo fa in un tono molto appassionato, quasi romantico.

Dice: «Das Lumpennest Triest hielt mich zwei Tage wegen Miramare und der Meeraussicht. Die Mondscheinfahrt nach Venedig war durch ein Gewitter getrübt. Ich blieb acht volle Tage in Venedig, behaglich genissend, schwitzend, badend».

Huber racconta poi di essere rimasto a Venezia otto giorni, giorni che «schön und sorglos waren». «In diesen Tage» – continua lo studioso – «knüpfte ich ein mit meinem *Gondoliere* Antonio intimes Verhältniss an, und verdanke ihm ein paar *Canzoni*». Dice di aver studiato qui «Baukunst, Malerei, venezianische Poesie» e di aver «*Canzoni* gesungen, *Gelati* gegessen, und eine *vita stranca* (sic!) e *silenziosa* geniessen».

Racconta anche un simpatico aneddoto. Rivela, infatti, che voleva mettersi anche qui a lavorare e visitare l'archivio, ma poi die «Stadt hat mich mit ihrem Zauber so sehr gefangen genommen, dass ich keine Lust hatte, auch hier der Wissenschaft den üblichen Tribut zu zollen». A Venezia Huber stava così bene che – racconta – quando è partito gli è sembrato tutto un sogno: dice «*Addio, lieber Stadt a rivederci* (sic!)».

Poi si sposta a Verona, che gli è sembrata più movimentata («belebter») di quanto avesse pensato. Racconta di aver visitato '*Giardino Giusti*' e di aver goduto di una splendida natura. Poi si sposta a Milano, dove rimane 14 giorni. La cit-

<sup>55</sup> Ho potuto leggerle nella trascrizione curata dall'amico Urs Fasel, che ringrazio nuovamente.

<sup>56</sup> Lo studioso è a Trieste il 19 e 20 luglio; dal 21 al 28 luglio si sposta a Venezia, per visitare poi Padova (il 29), Verona (il 30) e Milano (il 31), dove rimane diversi giorni, con piccoli spostamenti in città vicine, come ad esempio Varese. Successivamente, a settembre, visita Bellinzona e Torino.

tà offre molto e in particolare «eine originelles italienische Leben», molto diversa dalla 'lotteria veneziana'. La città gli pare molto simile a Vienna e qui riesce a lavorare in modo intenso.

Scrive: «ich lerne italienisch, soviel als in den Kopf hinein geht. Mit dem, was ich zu wissen glaubte, ist gar nichts». Dice che gli piacerebbe imparare la storia di questa città lombarda ma che per questo forse dovrà tornare una seconda volta, sebbene non gli manchi una certa «Durst nach Heimatluft und Freudesantlitz».

L'animo cupo, caratteristica che in realtà non pare averlo mai abbandonato<sup>57</sup>, comunque ogni tanto torna a colpirlo: «Tage des innern Sturmes nahen, sobald ich mich allein finde, Mailand hat mich dies wieder und schwerer als Wien erfahren lassen». Racconta di aver visto alla Pinacoteca di Brera un quadro di Paolo Veronese, rappresentante Cristo con ai piedi una donna che gli lava i piedi e una tavola apparecchiata e che questo quadro gli suscita pensieri oscuri, perché «die Zeit eilt und bringt nie eine Entschcheidung».

Il 2 settembre 1872 scrive ancora da Milano

Dice che sta vivendo un periodo difficile e prima di tutto chiede «ein *Perdono*». Discute del lavoro di Zürcher sull'*actio Pauliana*, criticandolo. Dice che vuole raccontare di come va la sua vita in Italia, che funziona come nei *Promessi sposi*. Si sofferma sugli studi di Jhering sulla *condictio indebiti*, che mostra di non condividere.

Vuole andare a Pavia, un breve trasferimento da Milano: «ein Herbstausflug, allein. Ich will die *Certosa* besuchen und die Universität», e poi muovere verso il lago di Como, Lugano e le isole borromeo. Però il senso del dovere non lo abbandona: «Dann sollte ich noch arbeiten, aber Mailand bietet mir wenig mehr. Es war nicht ganz klug, so lange hier zu bleiben. Ende diese Monat denke ich nach Florenz zu gehen». Ha fame di viaggiare, e in tutto il mondo, e non manca di scriverlo: «Meine Reiselust ist wieder entflammt. Ach ich möchte durch die ganze Welt davon».

Si sposta poi a Varese e torna a Milano, da dove scrive di nuovo il 24 settembre. Racconta di Otto Stoll<sup>58</sup>, e di alcune considerazioni che questi gli ha

<sup>57</sup> Cfr. V.E. MÜLLER VERENA, *Der Jurist Eugen Huber und der Physiker Alfred Kleiner: eine Freundschaft bis zum Tode*, in *Willkühr und Freiheit im römischen und schweizerischen Erbrecht*, Bern, 2017, 180: «Seine Stimmung war oftmals duster».

<sup>58</sup> Otto Stoll (1849-1922) era un compagno di liceo di Huber. Egli aveva iniziato gli studi di medicina ma divenne poi un brillante linguista, antropologo etnologo. Insegnò all'università di Zurigo, dopo essersi specializzato nelle lingue Maya, a seguito di un lungo viaggio in Guatemala (1878-1883): cfr. la *v. Otto Stoll* nel *Dizionario Storico della Svizzera* (DSS) <<https://hls-dhs-dss.ch/lit/articles/028956/2013-11-26/>>. Stoll era un donnaiolo, e, quando era già fidanzato, aveva intrapreso una relazione clandestina con la cameriera del padre. Stoll arrivò a sedurre anche Lina, la quale, innamoratasi di lui, arrivò fino a dargli in prestito dei soldi, che, successivamente, riuscì a recuperare solo grazie all'intervento di Huber. In ogni caso, Lina riuscì a resistere alle arti seduttive di Stoll, e – come tutti sappiamo – finì per sposare poi Huber stesso.

comunicato in una lettera, e che egli giudica «dumm genug». Emerge il rapporto di Stoll con Lina, e dice: 'Povera Lina che deve averlo come amico!' («Arme Lina, dass Due den zum Freund haben musst!»). Ma – aggiunge – si tratta di confessioni che faccio a un amico («ein Schweigen Freundsache»).

Il tema sarà ricorrente nei giorni seguenti.

Il 28 ottobre scrive da Ginevra e dice che è stato 14 giorni a Bellinzona, dove ha cominciato a scrivere uno dei suoi capolavori, cioè la storia del diritto svizzero.

Ringrazia il dott. Daniele Cantoni (che lui chiama 'Mario'), Presidente del consiglio cantonale, che gli è stato presentato dal prof. Aloys von Orelli. Cantoni – scrive Huber – al momento della partenza gli avrebbe detto «*ci abbiám riveder!*». Racconta poi di essersi spostato a Torino e poi a Modane, nella Alta Savoia francese, dove ha trovato la neve invece della pioggia e poi è andato a Ginevra.

Scrive: «*act that each day say as further than today*», laddove, nonostante la sgrammaticatura, l'inquietudine e il fatalismo non mancano di fare capolino tra le righe.

Poi torna a parlare di Stoll e dei suoi progetti di lavoro, della *Habilitationsrede*, che vuole consegnare nella primavera del 1873 e dell'esame da *Privatdozent und Advocat*.

L'animo rapidamente volge alla cupezza, e lo spirito si fa di nuovo triste: «*Mir ist manchmal wie ein Nebel vor den Augen, ich sehe keinen Ausweg, als durch mühsame Pfade voll Erfahrungen, die geeignet wären, den Schwung zu rauben, den der Akademiker mit sich auf das Catherernehmen soll*».

Se non fosse per il lavoro che mi attende in Svizzera – dice – io tornerei a Vienna, e comincerei una 'pura vita accademica', «*um der rauhen Praxis des Geschäftsmannes zu entgehen*».

In caso estremo, dice all'amico Zürcher tra il serio e il faceto, apriamo insieme un ufficio, e sfidiamo la «*die ewige forza del destino*».

Il 12 dicembre 1872 da Ginevra scrive in francese (cosa abbastanza rara nel pur ricco epistolario di Huber), a proposito della *Probevorlesung* che intende sostenere a fine gennaio. Poi racconta di voler andare due mesi a Parigi, ma solo se riuscirà ad assolvere a tutto quello che è necessario per cominciare i corsi a maggio.

Il 9 gennaio 1873 scrive da Ginevra, raccontando di essersi abilitato in *Schweizerische Rechtsgeschichte*, cioè per *Deutsche Rechtsgeschichte im allgemein*, ma che nel primo semestre darà lezioni solo di Diritto svizzero e più in là farà Diritto privato e un corso dogmatico. Dubita che avrà studenti, dubbio che in effetti si concretizzerà di là a poco, con sua evidente delusione.

Racconta, in maniera spiritosa, che aspetta con impazienza il momento della *Probevorlesung*, che per lui è come un parto, al punto che si sente già come incinta. Ritorna un Huber sensibile e intimista, che ci apre il suo animo anche

su alcuni aspetti privati e personali. Il giorno dopo scrive, sempre da Ginevra, che vorrebbe essere libero da rapporti, così da concentrarsi solo sul Diritto svizzero. Ha superato il duro periodo di crisi e solitudine. Scrive a Zürcher: «du hast ein Mal geschrieben, ich steige den Bergpfad der Wissenschaft, das ist war, und Bergpfade sind einsam. Chiude la lettera con un «*a riveder ci*».

Il 9 marzo 1873 è a Parigi, dove riferisce di trovarsi da quattro settimane. Se non ha scritto prima – si scusa – non è stato né per pigrizia né per dimenticanza: Parigi è una città raffinata, «die viel zu bummeln gibt, aber zu viel für mich, und zu Allerlei anregt». Sebbene non abbia ancora visto tutto quello che c'è da vedere, confessa che quello che ha visto gli fa dire che Parigi è più bella di Vienna e Berlino messe insieme: le persone sono molto accoglienti e le donne molto belle.

Però torna con il pensiero alla sua visita a Zurigo, che è stata un «Genuss». Sul punto torno subito dopo.

Racconta poi di aver scritto il 31 dicembre a Kleiner<sup>59</sup>, il quale gli ha risposto con cortesia, dicendogli di tenere duro, di non abbandonare i programmi pianificati insieme: «Wir haben zu trachten, erst dem Geiste und die Tendenzen unserer Zeit auf die Spur zu kommen». Si trovano d'accordo su questo; devono solo decidere come e quando fare il primo passo. Scrive Huber: «Ich bin nicht der Ansicht, dass mir rein receptiver Thätigkeit damit mit den Jahren schliesslich das Rechte erreicht werden könne. Es scheint mir umgekehrt, dass eine rüstige Thätigkeit im Kreise des schaffenden Lebens viel sicherer zu dem Punkt führe, von wo aus der Plan beherrscht werden kann».

Huber però a non rinuncia a insegnare. Racconta che il suo corso sulla storia medioevale gli fa imparare molte cose, che non mancheranno di manifestare la loro utilità anche nello studio del diritto attuale.

Molto interessante è quanto Huber racconta di aver scritto in una lettera a Kleiner, nella quale rivela di aver criticato la teoria dell'evoluzione, perché a lui sembra che sia più importante il principio di solidarietà, che contrasta con questa teoria. Nelle parole di Montesquieu, secondo il quale 'chi è proprietario di qualcosa è naturalmente generoso, perché conta sull'avvenire', egli ritiene ci sia il germe di tutto lo sviluppo dell'umanità: «der Keim zur ganze Entwicklung der Humanität».

<sup>59</sup> Alfred Kleiner, professore di fisica, già Rettore dell'Università di Zurigo (1908-1910) ma passato alla storia soprattutto per essere stato il maestro di dottorato di Albert Einstein, era uno degli amici di più lungo corso di Huber, probabilmente il suo «best Freund»; su questo bellissimo rapporto, che giunse fino al punto di progettare un suicidio simultaneo, e che vide Kleiner morire nella casa e quasi fra le braccia di Huber nel 1916, vd. V.E. MÜLLER VERENA, *Der Jurist Eugen Huber und der Physiker Alfred Kleiner* cit., 180 ss.

Sappiamo per certo che egli tornerà ancora almeno una volta a Milano nel 1889 per ragioni mediche<sup>60</sup>. Milano è una città che non manca di fare breccia nel cuore di Huber, ma anche della moglie Lina: «Milan ravive ses souvenirs de jeunesse et sa femme est émerveillée de découvrir l'Italie»<sup>61</sup>.

Huber viaggerà ancora in Italia nel 1906<sup>62</sup>, nel 1908<sup>63</sup>, nel 1909<sup>64</sup> e poi per l'ultima volta nel 1910, quando, alla fine di settembre, visita Varese, Induno e Canobbio.

Nella primavera del 1910 Huber aveva programmato un viaggio in Italia, ad Amalfi e a Capri, con la moglie Lina e i coniugi Kleiner. L'improvviso peggioramento delle condizioni di salute di Lina lo costringono ad annullare il viaggio, senza però che questo sia per lui motivo di eccessivo sconforto: «Nun, was nicht jetzt ist, kann ein andermal werden!»<sup>65</sup>. Ma questo viaggio non avrà mai luogo, per la sopravvenuta scomparsa di Lina pochi mesi dopo.

#### 10. Huber e la moglie Lina

Huber aveva un rapporto fortissimo con la moglie Lina, che gli è stata compagna per tutta la vita.

È un fatto noto che Huber continua a scrivere quasi ogni giorno una lettera alla moglie, anche dopo la sua morte nel 1910. Sono lettere dolcissime, in cui egli racconta le sue giornate, svela i suoi sentimenti, a volte anche i più intimi. Huber

<sup>60</sup> Cfr. D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 54. Sappiamo che egli parte da Zurigo per Milano il 28 agosto 1895; il 30 agosto è a Bologna, dove ha modo di vedere gli Appennini; sappiamo da alcune lettere spedite ad amici, che in queste occasioni visita la provincia di Lucca (3 settembre), e poi di nuovo Bologna, Pistoia, Firenze e Pisa. Abbiamo poi un riscontro del fatto che il 6 aprile dello stesso anno Huber è a Roma all'hotel Minerva con la moglie Lina. Di queste notizie sono debitore a Frau Verena Müller, che ringrazio nuovamente.

<sup>61</sup> D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 54.

<sup>62</sup> Sappiamo che si reca a Milano, perché scrive in una lettera alla moglie Lina che ha dovuto cambiare hotel rispetto a quello prenotato, che era troppo caro.

<sup>63</sup> Il 10 dicembre 1907 il Parlamento svizzero aveva approvato all'unanimità il Codice redatto da Huber, il quale, escluso così il ricorso ad un eventuale referendum, poté prendersi un semestre di vacanza insieme alla moglie: cfr. T. GUHL, *Eugen Huber*, in *Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre*, a cura di H. SCHULTHESS, Zürich, 1945, 323 ss. e in particolare 345. Sappiamo che Huber in questa occasione si recò anche a San Marino, da dove scrive una cartolina illustrata all'amico Kleiner il 12 marzo 1908, e poi a Sorrento e a Napoli, sempre insieme alla moglie.

<sup>64</sup> Ad aprile, è all'hotel Splendid a Portofino (scrive una cartolina illustrata il 4 aprile) dove si trattiene venti giorni insieme alla moglie e alla amata figlia adottiva Marieli, la quale aveva avuto il permesso di accompagnarli per aver appena superato l'esame di italiano: per queste notizie ringrazio ancora Frau Verena Müller; sulla figlia Marieli, vd. D. MANAI, *Eugen Huber* cit., 13 s.).

<sup>65</sup> V.E. MÜLLER VERENA, *Der Jurist Eugen Huber und der Physiker Alfred Kleiner* cit., 195.

amava follemente Lina, al punto da ritenerla non solo il suo primo e unico vero amore, ma il necessario completamento della sua stessa vita<sup>66</sup>.

Racconta Verena Müller che Huber lavorava a stretto contatto con la moglie Lina, alla quale sottoponeva sempre i suoi saggi, una volta completati. Se Lina non avesse capito subito quello che Huber scriveva, egli avrebbe provveduto a modificare il testo. È questa una caratteristica tipica dello stile di Huber, che identifica ancora oggi il Diritto privato svizzero, connotato da un linguaggio giuridico semplice. Era intima convinzione di Huber, infatti, che le leggi debbano essere comprensibili a tutti coloro che vi sono soggetti. Scrive Huber nel Commento al ZGB: «Die Gebote des Gesetzgebers müssen daher, soweit dies mit dem speciellen Stoff verträglich ist, für jedermann oder doch für die Personen, die in den gesetzlich geordneten Beziehungen in einem Berufe thätig sind, verstanden werden können».

Mi sia consentito raccontare un aneddoto sul rapporto privato di Huber con la moglie Lina, che emerge da una lettura sinottica di alcune delle lettere inedite che ho potuto leggere, indirizzata al suo amico del cuore Emil Zürcher.

Racconta Huber di aver avuto uno scambio epistolare con Kleiner, con il quale spesso si intratteneva nelle sue lettere a parlare di donne<sup>67</sup>. A Kleiner, Huber offre una 'spiegazione definitiva' dei suoi rapporti con Lina, che già nel 1871 aveva seccamente rifiutato una proposta di matrimonio che Huber le aveva fatto pervenire per lettera<sup>68</sup>.

Huber riteneva che al tempo Lina avesse una relazione con Otto Stoll.

In una lettera, quasi improvvisamente, Huber esclama entusiasta: «Stoll hat sie verlassen, sie bereut, imh ihr Herz geöffnet zu haben, sie liebt mich! Und ich sie».

Ma racconta anche di essere rimasto perplesso dal silenzio del suo interlocutore epistolare (cioè Zürcher) sul punto nell'ultima lettera. Per questo si reca a Zurigo, con il cuore pieno di dubbi e una sensazione negativa. Fa visita a Lina, nel pieno convincimento che il suo (vero o presunto) rapporto con Stoll fosse giunto al punto terminale e si aprisse una nuova via a lui favorevole, ma la visita non ha l'esito sperato. Huber racconta che il giorno dopo aveva un fortissimo dolore nel cuore, anche perché qualcuno gli aveva riferito che Lina si sen-

<sup>66</sup> In una lettera scritta all'amico Paul Kleiner il 18 gennaio 1871 Huber scrive: «Lina ist mir nicht nur die erste Liebe, sie ist mir mehr, ich weiss, dass sie mir geben könnte, was mir fehlt: praktischer Idealismus, der Thun u. Denken durchdringt. Mit ihr möchte ich wohl mehr leisten, als ohne sie mir je möglich ist, sie liesse mich nie mehr rückwärts gleiten. Nun, komms heraus, wie's will, jedenfalls will ich mein Möglichstes thun, sie doch zu Erlangen».

<sup>67</sup> Cfr. V.E. MÜLLER, *Der Jurist Eugen Huber und der Physiker Alfred Kleiner* cit., 185 ss., la quale (187) racconta che, curiosamente, entrambi (Huber e Kleiner) «fanden ihre Lebensgefährtin im Gasthaus».

<sup>68</sup> V.E. MÜLLER, *Der Jurist Eugen Huber und der Physiker Alfred Kleiner* cit., 187.

tiva ancora legata a Stoll. Dice che la lotta è stata dura e gli è mancata «Ruhe und Nüchternheit».

Tutti sappiamo poi come finì la storia tra i due: Huber riesce nel novembre del 1873 a incontrare Lina, che al tempo lavorava al *Café Boller* di Zurigo, grazie a un trucco escogitato proprio con il suo amico Emil Zürcher. La bacia, le chiede di sposarlo, lei accetta, ma Huber continua a nutrire dei dubbi. Il matrimonio seguirà solo tre anni dopo, nel 1876. Sarà l'inizio di un grande amore, che durerà tutta la vita e anche oltre. Sono aspetti marginali rispetto al contributo offerto da Huber alla scienza giuridica. Ma mi è parso molto bello raccontare anche l'inizio di questo aspetto molto personale di questo grandissimo giurista.

## LE ULTIME MODIFICHE LEGISLATIVE AL CODICE CIVILE POLACCO DEL 1964 (2009-2023)

ALEKSANDER GREBIENIOW

**SINTESI:** Dopo i cambiamenti politici del 1989-1990, la ricodificazione immediata del diritto civile è stata abbandonata a favore di un adattamento evolutivo alle realtà della proprietà privata e dell'economia sociale di mercato. Un'altra ondata di mutamenti si è verificata sull'onda dell'implementazione del diritto dell'Unione Europea prima dell'adesione della Polonia nel 2004. Sempre negli ultimi anni, il Codice Civile polacco del 1964 ha subito una serie di modifiche, concernenti questioni tipiche della tradizione romanistica, il cui impatto sull'ordinamento vigente sarà interessante approfondire. Questo articolo presenta una selezione delle più importanti modifiche legislative apportate dal 2009 al 2023 nell'area del diritto contrattuale e delle successioni, con riferimento alla giustizia contrattuale, al trasferimento di proprietà a fini di garanzia, al contratto di mutuo, nonché alle forme speciali di testamento e di cd. *family trust*.

**RESUMEN:** Tras los cambios políticos de 1989-1990, se abandonó la recodificación inmediata del Derecho civil en favor de una adaptación evolutiva a las realidades de la propiedad privada y de la economía social de mercado. Otra oleada de cambios se produjo a raíz de la aplicación del Derecho de la Unión Europea antes de la adhesión de Polonia en 2004. También en los últimos años, el Código Civil polaco de 1964 ha sido objeto de una serie de modificaciones, sobre cuestiones típicas de la tradición romanista y, por tanto, interesantes desde el punto de vista de su impacto en el Derecho vigente en el siglo XXI. Este artículo presenta una selección de los cambios legislativos más importantes introducidos de 2009 a 2023 en el ámbito del derecho contractual y sucesorio, con referencia a la justicia contractual, a la transmisión de bienes con fines de garantía, al contrato de mutuo, así como a las formas especiales de testamento y del denominado *family trust*.

**PAROLE CHIAVE:** Codice civile; lesione; mutuo; negozio fiduciario; *family trust*; testamenti.

**PALABRAS CLAVE:** Código Civil; lesiones; mutuo; negocio fiduciario; *family trust*; testamentos.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Diritto delle obbligazioni. – 2.1. *Laesio enormis*. – 2.2. Invalidità del trasferimento della proprietà residenziale utilizzata dal consumatore come garanzia dei crediti. – 2.3. Contratto di mutuo. – 3. Diritto successorio. – 3.1. Successione *ab intestato*. – 3.2. Indegnità. – 3.3. *Legatum per vindicationem* e donazione *mortis causa*. – 3.4. L'acquisto dell'eredità e la responsabilità per i debiti ereditari. – 3.5. 'Family Trust'. – 3.6. Contratto di rinuncia all'eredità. – 3.7. Le forme testamentarie speciali. – 4. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Questo studio presenta alcuni emendamenti legislativi al Codice Civile polacco dal 2009 al 2023, riguardanti istituti tipici della tradizione romanistica oppure principi derivati dal diritto romano. Nell'arco temporale descritto, il Codice ha subito 31 modifiche, concernenti quasi tutti i rami del diritto privato, ma soprattutto la contrattualistica e le successioni *mortis causa*. Tra le questioni più rilevanti esaminate nel presente saggio, vi sono l'introduzione della *laesio enormis*, la regolamentazione dell'invalidità del trasferimento di proprietà a titolo di garanzia, la revisione approfondita del contratto di mutuo, nonché numerosi cambiamenti nel diritto ereditario: segnatamente, la modifica della responsabilità per i debiti ereditari, l'inserimento della possibilità di istituire *trust* familiari<sup>1</sup> per testamento e l'imminente riforma delle forme speciali di testamento.

In via preliminare, vale la pena ricordare che il Codice Civile polacco è stato promulgato nel 1964. È il frutto dell'unificazione e della codificazione finale del diritto privato polacco; due processi in corso, con dinamiche diverse, dal 1918, quando la Polonia ha riconquistato l'indipendenza. Il compito fondamentale della politica legislativa dell'epoca era l'unificazione dei cinque ordinamenti giuridici in vigore sul territorio della Repubblica di Polonia (austriaco, francese, tedesco, russo e ungherese)<sup>2</sup>. Nel 1933, fu emanato il Codice delle obbligazioni, ripreso nella sua struttura di base nel Codice civile in vigore. Nel 1934, entrò in vigore il Codice di Commercio. Dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, nel 1946, furono emessi dei decreti che unificavano il diritto di proprietà e quello di famiglia, le successioni *mortis causa* e il diritto civile generale. Da allora, si è lavorato per creare una codificazione unificata<sup>3</sup>. Il Codice del 1964<sup>4</sup> è stato condizionato dal sistema della democrazia popolare e dell'economia controllata a livello centrale, secondo le regole imposte dall'Unione Sovietica, ma allo stesso tempo era una profonda espressione della tradizione giuridica europea, forte-

<sup>1</sup> N.b. che il *trust* familiare di diritto polacco (*fundacja rodzinna*) non è una recezione legale dal *common law* ma segue la struttura continentale di una fondazione come un'entità con personalità giuridica separata.

<sup>2</sup> Cfr. N. DAVIES, *God's Playground. A History of Poland*, II, Oxford, 1981, 401-402; A. ZAMOYSKI, *Poland: A History*, London, 2009, 297; M. LÖHNIG, *Über einige Charakteristika einer jäh beendeten mitteleuropäischen Kodifikationsepoche*, in AA.Vv., "Nichtgeborene Kinder des Liberalismus?". *Zivilgesetzgebung im Mitteleuropa der Zwischenkriegszeit*, a cura di M. LÖHNIG – S. WAGNER, Tübingen, 2018, 363-365.

<sup>3</sup> Per un resoconto dettagliato del lavoro di unificazione e codificazione, si veda A. GREBIENIOW – J. RUDNICKI, *Mixed Jurisdiction in the Middle of Europe? Poland's Interwar Experience 1918-1939*, *blog della British Association of Comparative Law*, <<https://wp.mel/p80U0W-1k2>> [consultato il 18 dicembre 2023].

<sup>4</sup> Allo stesso tempo, fu emanato un Codice della Famiglia e della Tutela separato. Per quanto riguarda il lavoro di codificazione dopo la seconda guerra mondiale, si veda A. WOLTER, *Diritto civile polacco. Parte generale*, Napoli, 1976, 31-43.

mente radicata nel mondo giuridico polacco. Modellato secondo una struttura pandettistica, in esso i singoli libri erano preceduti da una parte generale. Dopo la rimozione nel 1990 delle disposizioni improntate all'ormai superato regime, il Codice Civile è rimasto la principale fonte del diritto in tema di circolazione dei beni in Polonia<sup>5</sup>.

I paragrafi seguenti tratteranno gli istituti giuridici nel campo del diritto contrattuale: l'istituto della rescissione per lesione (2.1.), l'invalidità di un trasferimento di proprietà di beni immobili appartenenti al consumatore (2.2.), le modifiche al contratto di mutuo (2.3.). Seguirà una panoramica delle modifiche legislative del diritto delle successioni negli ultimi anni (3.1.-3.6.). Una breve conclusione fornisce le osservazioni finali (4.).

## 2. Diritto delle obbligazioni

### 2.1. Laesio enormis

Una modifica legislativa che allude in modo particolare (anche se, come dimostra la relazione introduttiva del disegno di legge, non intenzionalmente) al diritto romano riguarda la rescissione per lesione (*wyzysk*) e l'assimilazione della sua logica alla *laesio enormis*, un'innovazione romana nel diritto della vendita risalente alla fine del terzo secolo<sup>6</sup>.

La soluzione nota come *laesio enormis* sopravvive in due rescritti degli imperatori Diocleziano e Massimiano, C. 4,44,2 e C. 4,44,8, rispettivamente del 285 d.C. e del 293 d.C.<sup>7</sup>, entrambi riferiti a casi in cui la proprietà era stata venduta a meno della metà del suo valore reale (*pretium verum*), con conseguente perdita patrimoniale subita dal venditore. In tali situazioni, gli imperatori concedevano la possibilità di rescindere il contratto o di richiedere un successivo supplemento della parte mancante del prezzo da parte dell'acquirente. Tuttavia, una simile tutela era esclusa se la differenza non superava la metà del valore effettivo e la sproporzione non era causata da *dolus* o *metus* (C. 4,44,8). Entrambe le costitu-

<sup>5</sup> T. GIARO, *La Polonia nella cultura giuridica europea. Abbozzo storico*, in *Atti dell'Accademia Polacca di Roma*, 5, 2016, 47-51.

<sup>6</sup> Dalla letteratura recente si veda, tra l'altro: W. ERNST, § 79, in AA.Vv., *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, n. 442-445; P. LAMBRINI, *Autonomia privata e storia della rescissione per lesione*, Padova, 2021, 7-24; M. PENNITZ, *Zur Ursprung und Zweck der sog. laesio enormis*, in *ZSS RA*, 138, 2021, 379-445; A. GREBIENIOW, *Die laesio enormis und der dolus re ipsa heute: die Verschuldensfrage*, in *TR*, 85, 2017, 192-229; P. LAMBRINI, *Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme*, in AA.Vv., *Mater familias. Scritti per Maria Zabłocka*, a cura di Z. BENINCASA – J. URBANIK, Varsavia, 2016, 453-463.

<sup>7</sup> C. 4,44,2 (Diocl. et Maxim. a. 285) *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxist, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*. Si veda anche C. 4,44,8 (Diocl. et Maxim. a. 294).

zioni rappresentavano un'innovazione rispetto al diritto classico<sup>8</sup>. La loro storia successiva durante la recezione del diritto romano è segnata da numerose controversie dottrinali. Infine, nel tardo XIX secolo la *laesio enormis* fu sostituita nelle codificazioni europee da un moderno istituto (come la rescissione per lesione italiana, art. 1448 del Codice civile), che, a differenza del primo, richiedeva, oltre a una sproporzione oggettiva dei benefici, la prova dello sfruttamento della debolezza della parte lesa. In quest'ottica, la modifica del 2022 dell'articolo 388 del Codice Civile è un esempio del 'ritorno della figura giuridica'<sup>9</sup>, di cui ha scritto Theo Mayer-Maly.

L'articolo 388 del Codice Civile regola l'istituto della rescissione per lesione in modo simile a quello del § 138 del BGB o dell'articolo 21 del Codice svizzero delle obbligazioni: una parte di un contratto che approfitta della debolezza della controparte e si riserva un compenso eccessivo deve sopportare le conseguenze di un'eventuale modifica giudiziaria del contratto o della sua rescissione:

§ (1) Se una delle parti, approfittando della posizione di dipendenza, dell'infirmità, dell'inesperienza o della mancanza di sufficiente comprensione dell'oggetto del contratto, accetta in cambio della sua prestazione o riserva per sé o per un terzo una prestazione il cui valore al momento della stipula del contratto supera la sua prestazione in misura eccessiva, l'altra parte può, a sua scelta, chiedere una riduzione della sua prestazione o un aumento della prestazione a lui dovuta, o la rescissione del contratto.

§ 1<sup>1</sup>. Se il valore della prestazione di una parte al momento della conclusione del contratto supera almeno il doppio del valore del corrispettivo, si presume che sia in eccesso.

§ 2. I diritti di cui al § 1 scadono al termine di tre anni dalla data di conclusione del contratto e, se la parte contraente è un consumatore, al termine di sei anni.

L'articolo 388, come emanato nel 1964 e in vigore fino al 2022, si basava sulla premessa oggettiva che il vantaggio di una parte fosse 'in misura eccessiva' superiore a quello della controparte. Si trattava quindi di un criterio la cui determinazione era lasciata ai tribunali. Inoltre, la disposizione richiedeva che una parte conseguisse un vantaggio approfittando di una condizione di debolezza tra quelle enumerate nella disposizione, come la situazione di dipendenza, l'infirmità o l'inesperienza (requisito soggettivo).

Le conseguenze legali originariamente previste includevano la modifica del contenuto del contratto. La rescissione era pronunciata solo se la modifica fosse stata impossibile o significativamente difficile. La gradazione delle sanzioni era una specificità del diritto polacco<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> A. GREBIENIOW, *La laesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *RIDA*, 61, 2014, 204.

<sup>9</sup> TH. MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, in *JuristenZeitung*, 26, 1971, 1-3.

<sup>10</sup> A. GREBIENIOW, *Rechtsfolgen der Übervorteilung*, Zürich-Basel-Genf, 2015, n. 671.

L'emendamento del dicembre 2021 al Codice Civile<sup>11</sup>, in primo luogo, ha arricchito il catalogo dei requisiti soggettivi con il requisito della 'mancanza di sufficiente comprensione dell'oggetto del contratto'; in secondo luogo, ha formulato la presunzione di *laesio enormis*; in terzo luogo, ha introdotto la facoltatività delle conseguenze legali della rescissione e, in quarto luogo, ha modificato il termine di prescrizione.

La prima modifica riguarda l'elemento soggettivo: la 'mancanza di sufficiente comprensione dell'oggetto del contratto' si riferisce alla condizione mentale dello sfruttato. La relazione introduttiva al disegno di legge definisce la mancanza di sufficiente comprensione come 'la mancanza delle conoscenze necessarie per considerare responsabilmente l'opportunità e le conseguenze della stipula del contratto proposto'. Il legislatore ha deciso di aggiungere la mancanza di sufficiente comprensione all'elenco esistente di requisiti soggettivi (posizione di dipendenza, infermità, inesperienza) come elemento alternativo ('o'), ma non necessariamente disgiuntivo. Ciò significa che l'insufficiente comprensione può includere sia fatti non coperti dai requisiti precedenti, sia fatti già sussumibili sotto essi<sup>12</sup>. La qualifica 'insufficiente' della comprensione solleva la questione dell'interazione della nuova premessa con l'istituto dell'errore. Se riguarda l'oggetto del contratto, ad esempio il prezzo della merce, può di conseguenza assumere la forma di un *error in pretio*<sup>13</sup>. Nelle condizioni dei rapporti contrattuali, sembra che la 'mancanza di comprensione' possa configurarsi come l'ignoranza della tipologia o dell'oggetto di un contratto. La giurisprudenza osserva come, a livello linguistico, sia difficile equiparare una mancanza di esperienza di vita generale a una mancanza di comprensione<sup>14</sup>.

In secondo luogo, l'articolo 388 § 1<sup>1</sup> del Codice Civile stabilisce che la prestazione di una parte supera la prestazione dell'altra in misura grave se il valore dell'una sia almeno il doppio di quello dell'altra. L'adozione di questa proporzione introduce *de facto* l'istituto della *laesio enormis*. Ciò è tanto più sorprendente in quanto l'entità delle complicazioni giuridiche che comportava l'adozione di un criterio rigido per la valutazione della regolarità dei contratti ha portato a un

<sup>11</sup> Gazzetta delle leggi 2021, n° 2459.

<sup>12</sup> Non è difficile resistere all'impressione che il requisito si sovrapponga al concetto di inesperienza. Quest'ultima, a sua volta, è definita nella dottrina polacca come 'mancanza di conoscenze pratiche in generale o mancanza di conoscenze specifiche'. Così, tra l'altro, J.M. KONDEK, *Instytucja wyzysku we współczesnym prawie polskim*, in AA.VV., *Instytucja wyzysku w prawie cywilnym. Perspektywa krajowa i prawnoporównawcza*, a cura di J. ANDRZEJEWSKI – W. BORYSIK – A. GREBIENIOW – J.M. KONDEK, Warszawa, 2022, 252-253.

<sup>13</sup> Si veda la dottrina austriaca al § 935 ABGB, in J. ANDRZEJEWSKI, *Laesio enormis i wyzysk. Tradycja prawna a przeciwdziałanie nieekwiwalentności świadczeń w prawie prywatnym Austrii, Niemiec i Polski* (Tesi di Dottorato), Poznań, 2015, 53; W. BORYSIK, *Uwagi prawnoporównawcze in Instytucja wyzysku cit.*, 62.

<sup>14</sup> Veda, tra l'altro, la sentenza della Corte d'Appello di Danzica del 15.12.2016, I ACa 1035/16.

cambio di paradigma fondamentale più di un secolo fa: la *laesio enormis* è stata espunta<sup>15</sup>. La *ratio legis* della nuova disposizione consiste nella semplificazione del processo applicativo dell'art. 388, presupponendo il verificarsi di una condizione oggettiva allorché la proporzione tra le prestazioni delle parti raggiunga una grandezza matematicamente determinata. L'applicabilità della presunzione richiede che la prestazione della parte ledente superi la prestazione di quella lesa di qualsiasi importo superiore al livello del 100% del valore. La presunzione non opera se la prestazione della parte lesa ha un valore inferiore al doppio del valore della prestazione che essa ha ricevuto<sup>16</sup>. Le sproporzioni minori saranno inoltre soggette a eventuale accertamento giudiziario.

In terzo luogo, le sanzioni legali previste dall'articolo 388 § 1 *in fine* del Codice Civile sono state significativamente modificate. Il meccanismo originale le metteva in sequenza in modo tale che la richiesta giudiziale di rescissione del contratto fosse possibile solo dopo aver stabilito che una modifica del contenuto del contratto era impossibile o assai ardua<sup>17</sup>. Nella versione attuale, il regime sanzionatorio è strutturato come segue: 'l'altra parte può, a sua scelta, chiedere una riduzione della sua prestazione o un aumento della prestazione a lei dovuta, oppure la rescissione del contratto'<sup>18</sup>. In questo senso, le conseguenze legali della rescissione sono diventate simili a quelle previste dalla cancelleria dell'Imperatore Diocleziano in C. 4,44,2 (a. 285).

L'asprezza dell'emendamento impreciso e poco ponderato è smussata dal fatto che l'onere della prova nell'ambito dei prerequisiti soggettivi continua a ricadere interamente sulla parte lesa<sup>19</sup>. Quest'ultima dovrà dimostrare che la

<sup>15</sup> M. MARTÍN-CASALS, *From laesio enormis to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm*, in *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, a cura di W. WIEGAND – TH. KOLLER – H.P. WALTER, Bern, 2009, 499-527.

<sup>16</sup> A. GREBIENIOW, in *Kodeks cywilny. Komentarz*, a cura di K. OSAJDA – W. BORYSIK, Warszawa, 2023<sup>31</sup>, art. 388 nt. 24.

<sup>17</sup> L'idea di lasciare le parti libere di scegliere la sanzione è stata promossa da Ernest Till nell'art. 48 del suo progetto del diritto delle obbligazioni (1923). La soluzione è stata ripresa nell'art. 97 § 2 del Progetto di Codice Civile del 2015.

<sup>18</sup> Ciò significa, in pratica, che la parte lesa ha la possibilità di richiedere: a) una riduzione della propria prestazione, b) un aumento della prestazione dovutagli dalla controparte o c) la rescissione del contratto. Va notato che le sanzioni di cui alle sottosezioni a) e b) sono in relazione ad un'alternativa congiunta, mentre la sottosezione c) è in relazione ad un'alternativa disgiunta dalle prime due opzioni.

<sup>19</sup> A vantaggio della parte lesa, l'emendamento del dicembre 2021 ha trasformato radicalmente la disposizione sul termine per l'esercizio dei diritti ai sensi ex art. 388 § 1 del Codice Civile. Offre più tempo per preparare una causa, ma allo stesso tempo differenzia la durata del termine tra consumatori e non consumatori: secondo l'articolo 388 § 2 del Codice Civile, i diritti di cui al § 1 si estinguono con il decorso di tre anni dalla data di conclusione del contratto, e se la parte contraente è un consumatore, con il decorso di sei anni. La legittimità di questa distinzione è discutibile, soprattutto perché finora la rescissione per lesione non è stata un istituto adattato al commercio professionale o utilizzato specificamente dai professionisti.

controparte era almeno consapevole dell'insufficiente conoscenza della vittima, approfittandone per concludere un contratto a questa gravemente sfavorevole<sup>20</sup>. I tribunali non hanno ancora avuto l'occasione di pronunciarsi sul 'nuovo ma vecchio' regime.

## 2.2. Invalidità del trasferimento della proprietà residenziale utilizzata dal consumatore come garanzia dei crediti

Con la Legge del 14 maggio 2020, che modifica alcune leggi emanate in relazione alla diffusione del virus SARS-CoV-2<sup>21</sup>, è stata introdotta la disposizione dell'articolo 387<sup>1</sup> del Codice Civile polacco, secondo la quale:

Un contratto in cui una persona si impegna a trasferire la proprietà di un immobile utilizzato per soddisfare le sue esigenze abitative, al fine di garantire i crediti derivanti da questo o da un altro contratto non direttamente collegato all'attività commerciale o professionale di questa persona, è invalido se: (1) il valore dell'immobile è superiore al valore dei crediti pecuniari garantiti da questo immobile più l'importo dell'interesse moratorio massimo su questo valore per un periodo di 24 mesi o (2) il valore dei crediti pecuniari garantiti da questo immobile non è determinato, oppure (3) la conclusione di questo contratto non è stata preceduta da una valutazione del valore di mercato dell'immobile da parte di un perito.

Questa lunga e complessa disposizione è una regolamentazione frammentaria dell'istituto del trasferimento di proprietà a titolo di garanzia, le cui radici, come noto, risalgono al diritto romano (*fiducia cum creditore contracta*)<sup>22</sup>. Per i Romani, la *fiducia* aveva lo scopo di garantire il pagamento di un debito trasferendo la proprietà (e possibilmente il possesso<sup>23</sup>) di una determinata cosa al creditore per mezzo di una *mancipatio* o di una *in iure cessio*, con riserva di restituzione in ipotesi di adempimento, probabilmente inclusa in un separato *pactum fiduciae*. A fronte del mancato pagamento del debito, la proprietà della cosa trasferita rimaneva al creditore. Come sottolinea Talamanca, la cosa ceduta in *fiducia* era equivalente al valore del debito garantito. Inizialmente, la garanzia avente per oggetto una *res* di valore superiore a quello del debito non dava luogo ad

<sup>20</sup> Cfr. nello stesso senso M. GUTOWSKI, in *Kodeks cywilny. Komentarz*, a cura di M. GUTOWSKI, II, Warszawa, 2022, art. 388, nt. 17.

<sup>21</sup> Gazzetta delle leggi 2020, n° 875 modificata.

<sup>22</sup> Il contratto di trasferimento della proprietà *causa cavendi*, in linea di principio, non è entrato nelle codificazioni moderne, sebbene la prassi negoziale ne abbia riconosciuto l'utilità. È consentito per esempio nel diritto tedesco (*Sicherungsübereignung*), nel diritto francese (*faculté de rachat, vente à réméré*) e nel diritto inglese (*trust, retention of title*). Si veda W.J. ZWALVE – B. SIRKS, *Grundzüge Der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2012, 452-454, 482-486, 515-516.

<sup>23</sup> Cfr. M. KASER – R. KNÜTEL – S. LOHSSE, *Römisches Privatrecht*, München, 2021, § 41.II n. 8.

una richiesta di pagamento della differenza; richiesta, quest'ultima, solo successivamente contemplata nel *pactum fiduciae* (ad esempio D. 13,7,6,1 Pomp. 25 *ad Sab.*; FIRA III, 91,3,14-15)<sup>24</sup>.

L'ordinamento polacco non presenta una disciplina positiva dell'istituto in parola, che si configura, invece, come un contratto bilaterale consensuale innominato, pacificamente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, a scopo di garanzia dei crediti (*causa cavendi*) del creditore-acquirente della cosa nei confronti del debitore-alienante della stessa. La struttura del trasferimento a titolo di garanzia consiste in un'alienazione incondizionata e non soggetta a termine della proprietà al creditore, con un obbligo condizionale, operante sul piano puramente obbligatorio, di ritrasferire la proprietà al debitore in caso di adempimento del debito garantito. Il negozio appartiene al novero dei diritti personali, in quanto il diritto di riscatto sulla cosa vantato dal debitore non è opponibile *erga omnes*<sup>25</sup>. Questo istituto ha guadagnato popolarità dopo la trasformazione politica ed economica dei primi anni '90 ed è diventato uno schema ricorrente nella pratica negoziale polacca<sup>26</sup>.

La restrizione della libertà contrattuale attraverso la sanzione della nullità delle *pactiones fiduciae* nella misura indicata nell'art. 387<sup>1</sup> del Codice Civile non si inquadra in una riforma di più ampio respiro, ma è l'esito di un intervento legislativo circoscritto. Anche l'art. 76 § 1 della c.d. Legge COVID-19 non è in alcun modo collegato alla materia centrale di questa legge pandemica. Per ragioni assiologiche, i fatti contenuti nella disposizione in commento devono essere trattati come un caso speciale e casisticamente standardizzato di rescissione per lesione. L'assiologia della nuova disposizione lo colloca tra gli strumenti giuridici esistenti per la protezione della parte contrattuale più debole, come la regolamentazione dell'importo degli interessi massimi (art. 359 del Codice Civile), l'inefficacia delle clausole abusive (art. 385, 385<sup>1</sup> del Codice Civile) o la rescissione per lesione (art. 388 del Codice Civile). Anche gli emendamenti nell'area del contratto di mutuo (art. 720-724<sup>1</sup> del Codice Civile) sono un tentativo di intervenire sui rapporti di credito disequilibrati.

<sup>24</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 478-479; M. MILANI, *La fiducia nel diritto romano*, Napoli, 2022, 33-34, 36. V. anche D. SCHANBACHER, § 46, in AA.VV., *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, n. 16.

<sup>25</sup> Si veda la sentenza della Corte Suprema del 12.10.2011, II CSK 690/10, OSNC-ZD 2012, n. D, n° 83. Per quanto riguarda il numero chiuso dei diritti reali, cfr. M. OSSOWSKA, *The Numerus Clausus Issue in Property Law – European Private Law and the Polish Perspective*, in *Studia Iuridica*, 82, 2020, 211-226.

<sup>26</sup> Il trasferimento di proprietà a titolo di garanzia è regolato in modo vago dall'art. 101 del Diritto Bancario e da altre due leggi. La giurisprudenza indica innanzitutto la libertà contrattuale (art. 353<sup>1</sup> del Codice Civile) come base giuridica per la conclusione di accordi di questo tipo. Cfr. la risoluzione della Corte Suprema del 5.05.1993, III CZP 54/93, OSNC 1993, 12, n° 219.

La costruzione della disposizione si basa su una premessa generale, che identifica il proprio oggetto nella garanzia di un credito, prestata da un consumatore, consistente nel trasferimento fiduciario di un immobile utilizzato dal debitore per scopi abitativi. La sanzione di invalidità si applica solo se tale requisito di carattere generale e almeno una delle tre condizioni speciali elencate ai nn. 1-3 sono soddisfatte congiuntamente. I requisiti speciali elencati ai nn. 1-3 della disposizione in questione costituiscono elementi di un'alternativa congiunta, nel senso che il soddisfacimento di almeno uno dei tre prerequisiti, insieme al prerequisito generale, è sufficiente per dichiarare l'invalidità del negozio giuridico. Allo stesso tempo, la formulazione della disposizione non esclude il verificarsi cumulativo di più requisiti speciali.

Va sottolineato che nel caso di un trasferimento di proprietà immobiliare a titolo di garanzia, tale negozio di solito viene a esistenza, come nel diritto italiano (art. 1376 del Codice Civile italiano), tramite la conclusione di un contratto con un doppio effetto (obbligatorio e reale), che prevede che la retroalienazione della *res* dopo l'adempimento si verifichi tramite un secondo contratto traslativo, che sostanzialmente adempie all'obbligazione condizionata contenuta nel primo contratto. Ciò è dovuto al fatto che la legge polacca esclude la possibilità di disporre di un diritto reale sotto condizione risolutiva o a termine (art. 157 § 1 del Codice Civile). Un contratto di trasferimento della proprietà può anche avere effetti meramente obbligatori<sup>27</sup>. Spetta alle parti decidere come il creditore possa soddisfarsi sul bene, trattenendo per sé direttamente l'immobile trasferito (art. 453 del Codice Civile – *datio in solutum*) o incamerando i proventi della sua vendita. Ciò non esclude che il creditore possa anche, salvo che non vi abbia rinunciato in sede negoziale, procedere all'esecuzione sui beni rimanenti del debitore<sup>28</sup>. Infine, in una sentenza del 8 marzo 2002<sup>29</sup> la Corte Suprema ha affermato che il trasferimento di un immobile al mutuante, unitamente al suo obbligo di ritrasferire la proprietà di questo immobile al mutuatario in caso di adempimento puntuale del debito, è ammissibile. La facoltà del creditore di soddisfarsi direttamente sull'immobile trasferito non fa parte degli *essentialia negotii*, sicché, anche laddove il negozio fiduciario non preveda esplicitamente tale effetto, ciò non implica che vi sia stata una violazione dell'art. 58 § 2 del Codice Civile (contrarietà ai principi della convivenza sociale<sup>30</sup>). La monetizzazione della cosa comporta l'ob-

<sup>27</sup> La questione della compatibilità del contratto di trasferimento di immobili a titolo di garanzia con l'art. 157 del Codice Civile in combinato disposto con l'art. 58 § 1 (invalidità) e l'art. 94 del Codice Civile (condizione) è stata ripetutamente affrontata dalla Corte Suprema. Cfr. la risoluzione della Corte Suprema del 5.05.1993, III CZP 54/93, OSP 1994, 10, n° 176.

<sup>28</sup> A. KAPPEL, in *System Prawa Prywatnego*, IX, a cura di W.J. KATNER, Warszawa, 2018, § 12 n. 372.

<sup>29</sup> III KKN 748/00, OSNC 2003, 3, n° 33.

<sup>30</sup> Per la nozione dei principi di convivenza sociale, v. A. JUREWICZ, *Respublica Polona curator morum. Le clausole generali di buona fede, di buoni costumi e di principi di convivenza socia-*

bligio di consegnare il superfluo al debitore<sup>31</sup>. Questa circostanza non è irrilevante dal punto di vista delle possibilità del debitore di riottenere il bene.

Il fenomeno della sproporzione tra garanzie e crediti garantiti nell'attuale cornice giuridica è fonte di nullità (art. 58 del Codice Civile), in quanto viola i principi della convivenza sociale a causa della realizzazione di uno scopo negoziale diverso da quello concordato: invece di garantire il credito, porta un vantaggio non autorizzato all'acquirente della cosa. La dottrina e la giurisprudenza ravvisano tale fenomeno nella costituzione di una garanzia eccessiva o superflua del credito a favore del creditore, che dovrebbe determinare la nullità del negozio<sup>32</sup>. Occorre tuttavia tenere presente che le logiche del mercato del credito tendono nella prassi a richiedere l'offerta di garanzie eccedenti il valore dei crediti garantiti<sup>33</sup>.

Il legislatore ha ritenuto particolarmente degna di tutela la posizione del consumatore in relazione all'immobile da lui occupato. Sull'art. 75 della Costituzione della Repubblica di Polonia del 1997, la dottrina e la giurisprudenza hanno fondato un'interpretazione estensiva del concetto di tutela delle esigenze abitative. Quest'ultima, nella disposizione commentata, viene in rilievo sotto forma di residenza effettiva e permanente in un determinato immobile da parte del debitore, che su tale bene vanta un diritto di proprietà. La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale indica che «si può dire che la tutela delle esigenze abitative di un cittadino avviene in una situazione in cui occupa un'abitazione con le caratteristiche corrispondenti in termini di estensione della superficie dell'immobile, tipologia di immobile, ubicazione e titolo giuridico. Il termine 'abitazione propria',

*le nel codice civile polacco e la loro interpretazione dalla Suprema Corte di Polonia, in RIDROM, 4, 2010, 53-88.*

<sup>31</sup> Decisione della Corte Suprema del 13.05.2011, V CSK 360/10; decisione della Corte Suprema del 12.02.2016, II CSK 815/14.

<sup>32</sup> Si veda, tra l'altro, la decisione della Corte Suprema del 28.10.2010, II CSK 218/10, OSNC 2011, 6, n° 72; J.M. KONDEK, *Umowa przewłaszczenia nieruchomości na zabezpieczenie i jej praktyka w świetle wizytacji i lustracji kancelarii notarialnych w latach 2013–2017*, in *Prawo w Działaniu*, 40, 2019, 175-181.

<sup>33</sup> In passato, la giurisprudenza ha valutato il verificarsi di uno stato di sproporzione nella cessione di crediti a titolo di garanzia. Cfr. la decisione della Corte Suprema del 28.06.2019, IV CSK 231/18 (inammissibilità della previsione di un multiplo dell'importo del credito come garanzia); sentenza della Corte d'Appello di Lublino del 8.03.2018, I ACa 408/17 (un'ipoteca garantisce un credito insieme a eventuali interessi e spese processuali fino all'importo della somma ipotecata); sentenza della Corte Suprema del 28.10.2010, II CSK 218/10 (necessità di dimostrare la sproporzione anche grossolana tra l'importo della garanzia e il valore del credito garantito). La valutazione dell'eccessività della garanzia è stata ravvisata dalla Corte d'Appello di Danzica, nella sentenza del 1.03.2016, I ACa 938/15, nel caso di una garanzia il cui valore stimato rappresentava il 165% del credito garantito. Nella sentenza della Corte Suprema del 31.03.2016, IV CSK 372/15, OSP 2019, 4, n° 35, è stato indicato che un prestito del valore, insieme a commissioni e interessi, di circa 80.000 PLN era garantito da un immobile il cui valore era di circa 120-140.000 PLN. Nella sentenza del Tribunale Regionale di Łódź del 30.10.2020, I C 691/18, il valore dell'immobile trasferito doppiava l'importo del credito garantito.

utilizzato nella disposizione costituzionale in questione, indica qualsiasi abitazione sulla quale il cittadino che la occupa ha un titolo giuridico appropriato, ossia un'abitazione in cui è «a casa» e non solo un'abitazione di cui è proprietario»<sup>34</sup>. L'interpretazione fornita dal Tribunale Costituzionale non implica necessariamente la residenza permanente in un luogo particolare.

La disposizione prevede la creazione di un criterio, oggettivo, seppur non rigido per valutare la validità del trasferimento di proprietà. In primo luogo, si stabilisce che l'invalidità del contratto di trasferimento di proprietà si applica ai casi in cui il valore dell'immobile è superiore al valore cumulativo del credito garantito più gli interessi di mora per un periodo di 24 mesi. In secondo luogo, il legislatore indica in alternativa il requisito che il valore del credito garantito non deve essere oggettivamente 'indeterminato'. Infine, si richiede che la valutazione dell'immobile sia effettuata da un perito, quindi da un membro di una professione regolamentata e autorizzata a effettuare una valutazione affidabile.

In presenza dei requisiti dell'art. 387<sup>1</sup> del Codice Civile opera la sanzione della nullità assoluta (art. 58 § 1 del Codice Civile): il contratto traslativo della proprietà dell'immobile di cui alla disposizione sarà trattato come se non fosse mai stato concluso. Si tratta della conseguenza più severa nel diritto civile, posta a tutela della sicurezza dei traffici. Protegge efficacemente il debitore dalla disonestà dell'altra parte del contratto, anche se paternalisticamente presuppone che l'interesse del debitore a garantire il debito contratto non meriti tutela giuridica<sup>35</sup>.

### 2.3. Contratto di mutuo

La regolamentazione relativamente semplice e lineare del contratto di mutuo (art. 720-724 del Codice Civile) è stata notevolmente ampliata dalle recenti modifiche legislative, definite dal Ministero della Giustizia ha definito come strumenti di lotta all'usura. La Legge del 6 ottobre 2022, che modifica l'impianto normativo in argomento<sup>36</sup>, inserisce le disposizioni degli art. 720-720<sup>15</sup> e dell'art. 724<sup>1</sup> del Codice Civile, al fine di definire l'importo ammissibile delle cosiddette spese vive che il mutuante è autorizzato ad addebitare al mutuatario. La normativa rappresenta una reazione alla pratica diffusa di concedere prestiti

<sup>34</sup> Si veda la sentenza della Corte Costituzionale del 20.04.2005, K 42/02, OTK-A 2005, 4, n° 38; del 29.05.2001, K 5/01, OTK 2001, 4, n° 87.

<sup>35</sup> Cfr. M. GUTOWSKI, in AA.VV., *Kodeks cywilny. Komentarz*, II, a cura di M. GUTOWSKI, Warszawa, 2022, Art. 387<sup>1</sup> n. 2; ID., *Sankcja nieważności umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości mieszkaniowej na podstawie nowego art. 387<sup>1</sup> k.c.*, in *Prokuratura i Prawo*, 7-8, 2020, 189, 205-207. Sulla base della disposizione commentata, rimane aperta la questione della possibilità di applicare la nullità parziale dell'atto giuridico (art. 58 § 3 del Codice Civile), riducendone il contenuto alle clausole rimaste valide per garantirne l'efficacia. Cfr. A. GREBIENIOW, in *Kodeks cywilny* cit, art. 388 n. 64, 66.2.

<sup>36</sup> Gazzetta delle leggi 2022, n° 2339.

in contanti gravati da numerose commissioni, volte ad aggirare il tasso di interesse massimo pari al doppio della somma del tasso di interesse legale della Banca Nazionale di Polonia più il 3,5%<sup>37</sup>, secondo l'art. 359 del Codice Civile. Il principale ambito di applicazione di questo divieto in concreto è rappresentato dai mutui concessi ad appartenenti a gruppi sociali che non hanno accesso al credito offerto dalle banche, e rimangono così intrappolati in una spirale di debiti nei confronti di soggetti operanti fuori dal mercato bancario regolamentato, fenomeno che si è aggravato durante la pandemia Sars-CoV-2.

Nell'antica Roma, la legislazione cercava anche di contrastare l'aumento del costo del credito sul piano sia civile sia penale. L'interesse (*usurae*) massimo era del 6% sotto Giustiniano (C. 4,32,26,2 Iust. a. 528).

Come nel diritto romano e italiano, il contratto di mutuo nel diritto polacco consiste nel trasferimento da parte del mutuante al mutuatario della proprietà di denaro o di altre cose fungibili per un determinato periodo di tempo, con l'obbligo di restituire la stessa quantità e la stessa qualità di cose<sup>38</sup>. Diversamente dall'ordinamento giuridico italiano (art. 1815 del Codice Civile italiano), in Polonia, il mutuo è un contratto consensuale<sup>39</sup>, non a titolo oneroso.

Gli emendamenti non rendono il contratto a titolo oneroso, lasciando alle parti la possibilità di prevedere la stipulazione di interessi o di aggiungere altre spese. La disposizione dell'art. 720 § 1 per costi non legati agli interessi intende altri costi comunque derivanti dal medesimo contratto di mutuo o da altro accordo:

(1) le spese, le commissioni o gli onorari relativi alla preparazione del contratto di mutuo, alla concessione del mutuo o costi di natura analoga, (2) gli oneri relativi alla dilazione del rimborso del mutuo, al suo inadempimento o costi di natura analoga, (3) i costi dei servizi accessori, in particolare i costi assicurativi, (3) i costi dei servizi accessori, in particolare i costi relativi alla fornitura di garanzie per il prestito, i costi per ottenere informazioni sul mutuatario, se necessari per la conclusione del contratto, esclusi gli onorari notarili e i contributi pubblici che le parti sono tenute a pagare in relazione alla conclusione del contratto.

Se il mutuante è rappresentato alla conclusione del contratto da un agente o da un'altra persona attraverso la quale il mutuante conclude il contratto o con la cui assistenza esegue la sua prestazione, anche la remunerazione dell'agente o di questa persona sarà inclusa nei costi non legati agli interessi relativi alla conclu-

<sup>37</sup> L'interesse legale attuale è del  $5,75\% + 3,5\% = 9,25\%$  e l'interesse massimo è del 18,5%. [al 28 dicembre 2023].

<sup>38</sup> Cfr. gli art. 1813-1814 del Codice Civile italiano.

<sup>39</sup> W. CZACHÓRSKI, *Il diritto delle obbligazioni. Profili generali*, Napoli, 1980, 327-328. Sui recenti sviluppi dei contratti reali, vd. A. SACCOCCIO, *Morte e rinascita del contratto reale*, Bologna 2022, 91-124.

sione del contratto di mutuo, nella misura in cui essi sono a carico del mutuatario (art. 720<sup>1</sup> § 3 del Codice Civile).

L'articolo 720<sup>2</sup> del Codice Civile fornisce una formula per determinare l'importo totale dei costi non legati agli interessi nell'ambito di un contratto di mutuo in contanti concluso con una persona fisica e non direttamente collegato all'attività commerciale o professionale del mutuatario<sup>40</sup>. Analogamente al divieto di fissare interessi *supra duplum* nel diritto romano (cfr. D. 12,6,26,1 Ulp. 26 *ad ed.*<sup>41</sup>), l'art. 720<sup>2</sup> § 2-3 del Codice Civile stabilisce anche che i costi non legati agli interessi nell'intero periodo di rimborso del prestito non possono superare il 25% dell'importo totale del prestito. Il superamento di questi limiti comporta la loro riduzione a un importo massimo. L'art. 720<sup>3</sup> è una disposizione *iuris cogentis*, secondo cui l'importo del capitale e il tipo di garanzia per il mutuo, in caso di mutuo garantito, devono essere chiaramente definiti. Il valore della garanzia non deve superare il valore del capitale più il valore degli interessi massimi e dei costi degli interessi.

È evidente che le recenti modifiche al contratto di mutuo toccano gli stessi problemi legali che già si conoscevano nella Roma repubblicana: il problema dell'importo massimo degli interessi sul capitale e il problema di aggirare tali restrizioni.

### 3. Diritto successorio

Negli ultimi 15 anni, la disciplina delle successioni *mortis causa* di cui al Libro IV del Codice Civile ha subito profonde modifiche. Il motivo del crescente interesse per il diritto successorio da parte del legislatore e della dottrina è da ricercarsi non solo in ragioni demografiche, ma anche in una regolamentazione relativamente scarna, originariamente tesa, nel sistema socialista, a inibire l'accumulo di capitale mediante l'eredità.

#### 3.1. Successione ab intestato

Tra il 2009 e il 2011, la cerchia dei legittimari è stata notevolmente ampliata<sup>42</sup>. Mentre in precedenza anche i genitori e i fratelli ereditavano congiuntamente al coniuge, che aveva una quota pari alla metà dell'eredità, l'emendamen-

<sup>40</sup> La formula è:  $MPK = K \times n/R \times 20\%$ , in cui il costo massimo senza interessi è l'importo totale del prestito, moltiplicato per il periodo di rimborso espresso in giorni, a partire dalla data di consegna dell'oggetto del prestito e per il 20%, e diviso per il numero di giorni in un anno.

<sup>41</sup> *Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae.*

<sup>42</sup> Legge del 2 aprile 2009 che modifica la Legge – Codice civile, Gazzetta delle leggi 2009, 79, n° 662; Legge del 18 marzo 2011 che modifica la Legge – Codice civile e alcuni altri atti, Gazzetta delle leggi 2011, 85, n° 458.

to ha permesso agli ascendenti e ai fratelli di essere chiamati alla successione indipendentemente dalla presenza di un coniuge superstite del defunto (art. 932 del Codice Civile). È stata consentita anche la successione dei discendenti di fratelli e sorelle. Di conseguenza, la successione legittima in Polonia è divenuta simile al sistema germanico della parentela<sup>43</sup>. Vale la pena ricordare l'emanazione di un emendamento nel luglio 2023<sup>44</sup>, ai sensi del quale se gli avi del defunto non sono vissuti fino all'apertura della successione<sup>45</sup>, i loro figli e, in un ulteriore grado, i nipoti sono chiamati all'eredità. Solo in assenza di figli e nipoti, la quota spettante a un ramo di avi (paterni o materni) si accresce agli avi superstiti (art. 934).

È agevole notare la somiglianza tra questa disciplina rinnovata, che amplia la cerchia degli eredi e in particolare la posizione degli ascendenti e dei discendenti, e la riforma attuata da Giustiniano nel 543. La Nov. 118 prevedeva la successione degli ascendenti e dei fratelli, e quindi dei parenti del secondo grado di cognazione, nel secondo ordine di successione legittima.

### 3.2. *Indegnità*

Nella già citata modifica di luglio 2023 al Codice Civile è stato ampliato il catalogo dei motivi di indegnità, che esclude l'erede dall'eredità come se non fosse superstite<sup>46</sup>. La nuova disposizione dell'art. 928 § 1 (4) e (5) stabilisce che un erede è indegno se ha omesso in modo persistente di adempiere all'obbligo di mantenimento nei confronti del defunto, definito nell'importo da una decisione del tribunale, da una transazione raggiunta davanti a un tribunale o a un'altra autorità, ovvero da un altro accordo; e se ha omesso in modo continuativo di adempiere all'obbligo di assistenza verso il *de cuius*, con particolare riguardo ai doveri imposti all'esercente la responsabilità genitoriale, al tutore, al genitore affidatario, al coniuge e in generale in maniera reciproca a genitori e figli.

### 3.3. *Legatum per vindicationem e donazione mortis causa*

Nel 2011 è stata introdotta nel sistema l'istituzione del legato a effetti reali (pol. *zapis windykacyjny*, art. 981-981<sup>16</sup> Codice Civile)<sup>47</sup>, che, esattamente come

<sup>43</sup> Si veda F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Statość a zmiennosc szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej*, in *Forum Prawnicze*, 46, 2018, 10.

<sup>44</sup> Legge del 28 luglio 2023 che modifica la Legge – Codice Civile e alcune altre leggi, *Gazetta delle leggi* 2023, n° 1615.

<sup>45</sup> La cerchia degli eredi legittimi è stata estesa agli avi con l'emendamento del 2009.

<sup>46</sup> Cfr. nel diritto romano: D. 34,9; C. 6,35.

<sup>47</sup> Legge del 18 marzo 2011 che modifica la Legge – Codice civile e alcuni altri atti, *Gazzetta delle leggi* 2011, 85, n° 458. Cfr. A. GREBIENIOW, *Zapis windykacyjny – w sprawie nowelizacji Kodeksu cywilnego*, in *Wiedza Prawnicza*, 3, 2010, 45-54; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Perspective*, Warszawa, 2011, 200-202; K. OSAJDA,

nel *legatum per vindicationem* del diritto romano, comporta il trasferimento della proprietà dei beni ereditari. I beneficiari di legati a effetti reali sono corresponsabili nel diritto polacco per i debiti ereditari, nonché legittimati passivi dell'azione di riduzione (art. 999, 1034<sup>1</sup>-1034<sup>3</sup> del Codice Civile). Il diritto romano non collegava, di norma, l'aver beneficiato di un *legatum per vindicationem* alla responsabilità per i debiti ereditari, anche se una simile opinione, benché minoritaria, emerse in occasione della disputa giurisprudenziale sul *legatum peculii*<sup>48</sup>.

Nel 2013, dopo un tentativo infruttuoso di introdurre la donazione a causa di morte nel diritto polacco, la Corte Suprema ha adottato una risoluzione<sup>49</sup>, in cui ha riconosciuto l'ammissibilità di questo tipo di disposizione di ultima volontà, nonostante il divieto generale dei patti successori (art. 1047 del Codice Civile) con l'eccezione dei contratti di rinuncia all'eredità (art. 1048 del Codice Civile). L'argomento a favore dell'autorizzazione della *donatio mortis causa* era quello della differenza dogmatica tra una donazione e un patto successorio. Le controargomentazioni si basavano sulla convergenza funzionale dei due istituti<sup>50</sup>.

#### 3.4. L'acquisto dell'eredità e la responsabilità per i debiti ereditari

Nel 2015, la responsabilità con beneficio d'inventario è divenuto il modello ordinario di responsabilità dell'erede per i debiti ereditari (art. 1015 § 2 del Codice Civile)<sup>51</sup>. Il concetto giustiniano di *beneficium inventarii* (C. 6,30,22) era presente nel diritto ereditario polacco fin dagli albori, ma richiedeva un comportamento attivo da parte dell'erede. Le frequenti controversie nella prassi giudiziaria relative all'istituto della restituzione nel termine hanno spinto il legislatore a considerare l'accettazione di eredità con beneficio d'inventario come regola al posto della precedente responsabilità diretta per l'intero debito. Secondo l'attuale formulazione dell'art. 1015 § 2 del Codice Civile, l'inutile decorso del termine per la presentazione della dichiarazione di accettazione o rifiuto dell'eredità comporta l'accettazione con beneficio d'inventario.

La Legge del 28 luglio 2023<sup>52</sup> ha aggiunto all'art. 1015 del Codice Civile due disposizioni ispirate da precedenti decisioni della Corte Suprema. La prima

*The New Polish Regulation on Legatum per Vindicationem. A New Solution for Old Problems*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 20, 2012, 484-500.

<sup>48</sup> Questo parere è stato sostenuto da Pegaso e Giuliano: v. D. 15,2,1,7 (Ulp. 29 *ed.*) e D. 33,4,1,10 (Ulp. 19 *ad Sab.*).

<sup>49</sup> Risoluzione (7) della Corte Suprema del 13 dicembre 2013, III CZP 79/13, OSNC 2014, 10, n° 98.

<sup>50</sup> Cfr. I. 2,20,1, in cui Giustiniano equiparava giuridicamente i legati con le donazioni a causa di morte proprio per la somiglianza funzionale tra i due istituti.

<sup>51</sup> Legge del 20 marzo 2015 che modifica la Legge sul Codice Civile e alcune altre leggi, Gazzetta delle leggi 2015, n° 539.

<sup>52</sup> Legge del 28 luglio 2023 che modifica la Legge – Codice Civile e alcuni altri atti, Gazzetta delle leggi 2023, n° 1615.

stabilisce che il termine per la dichiarazione di accettazione o rinuncia all'eredità è rispettato presentando una richiesta al tribunale entro 6 mesi dall'apertura della successione<sup>53</sup>. La seconda dispone che, se è necessaria l'autorizzazione del tribunale, come nel caso di dichiarazione di accettazione o rinuncia all'eredità effettuata da un minore, la presentazione della relativa domanda di autorizzazione sospende il termine ai sensi dell'art. 1015 § 1 del Codice Civile<sup>54</sup>.

### 3.5. 'Family trust'

Ampie modifiche ha comportato l'emanazione della Legge sul *Family Trust* del 16 gennaio 2023<sup>55</sup>, che consente la creazione di un *trust* familiare, avente natura di persona giuridica, per conferire beni, gestirli nell'interesse dei beneficiari ed erogare prestazioni a vantaggio dei beneficiari. La nuova disciplina ha imposto la modifica delle disposizioni del Libro IV del Codice Civile, relative alle successioni. Un *trust* familiare è stato ammesso a partecipare alla successione come erede (art. 927 § 3 del Codice Civile) se è stato istituito in un testamento e registrato fino a due anni dopo la morte del testatore. I beni conferiti nel *trust* familiare vanno computati all'interno della quota disponibile dell'eredità, potendo essere soggetti all'azione di riduzione (*actio ad supplendam legitimam*) esperita dai legittimari (art. 991 § 2 del Codice Civile). Inoltre, il valore del bene conferito in un *trust* familiare istituito non per testamento, ma tramite un negozio concluso fino a dieci anni prima della morte del fondatore viene computato all'eredità ai fini della determinazione dell'asse ereditario (art. 993 del Codice Civile). Se il beneficiario non può ricevere dall'erede o dal legatario la quota di legittima che gli spetta, può richiederla al *trust* familiare, la cui dotazione iniziale è stata computata nell'eredità, un conguaglio in denaro ai fini del reintegro della quota di legittima. Tuttavia, il *trust* familiare sarà obbligato a versare tale somma solo nei limiti dell'arricchimento derivante dai beni conferiti in esso da parte del defunto (art. 1000 del Codice Civile).

Un'altra riforma, non direttamente correlata al *trust* familiare, ha introdotto il diritto dell'obbligato al reintegro della quota di legittima di richiedere una

<sup>53</sup> Cfr. decisione della Corte Suprema del 20.02.1963, II CR 109/63, OSNCP 1964, 3, n° 51; decisione della Corte Suprema del 24.09.2015, V CSK 686/14.

<sup>54</sup> C'è stata una controversia nella giurisprudenza della Corte Suprema, nel caso di autorizzazione di una dichiarazione da parte di un minore, in merito all'applicazione della sospensione, interruzione o prolungamento del termine per l'accettazione. Si veda la risoluzione dei 7 giudici della Corte Suprema del 22.05.2018, III CZP 102/17, OSNC 2018, 12, n° 110, discussa in: A. GREBIENIOW, *Prawo spadkowe*, in AA.VV., *Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Przegląd Orzecznictwa za rok 2018*, a cura di J. KOSONOGA, Warszawa, 2019, 189-192. Il legislatore ha deciso di adottare la costruzione della sospensione del termine, per così dire, in contrasto con la suddetta risoluzione della Corte Suprema.

<sup>55</sup> Gazzetta delle leggi 2023, n° 326.

dilazione, con una rateizzazione per un massimo di 10 anni e, in casi eccezionali, una riduzione dell'importo della quota di legittima 'tenendo conto della situazione personale e finanziaria del legittimario e dell'obbligato al reintegro della quota di legittima' (art. 997<sup>1</sup> del Codice Civile). Questa possibile mitigazione della responsabilità ricorda il privilegio romano del *beneficium competentiae*, concesso ai familiari stretti.

### 3.6. *Contratto di rinuncia all'eredità*

Tra gli interventi recenti, vale la pena menzionare la modifica del contratto di rinuncia all'eredità (art. 1048 del Codice Civile), che ora consente la rinuncia alla quota di legittima o di una parte di essa, e la rinuncia all'eredità a favore di una persona specifica (art. 1048 § 2 del Codice Civile). La rinuncia è quindi efficace a condizione che la persona in questione erediti (art. 1048 § 3 del Codice Civile). Si tratta di un ripristino delle norme degli art. 10 § 2 e 13 del Decreto – Legge sulle Successioni<sup>56</sup> del 1946, poiché dopo l'entrata in vigore del Codice Civile nel 1964 e fino al 2023 non era possibile né rinunciare all'eredità a favore di un'altra persona né rinunciare alla quota riservata.

Sebbene l'esperienza giuridica romana non avesse familiarità con i cd. patti successori, figure giuridiche oggi vigenti in alcuni ordinamenti giuridici europei<sup>57</sup>, il fenomeno non sembra del tutto sconosciuto a quella realtà, ancorché circoscritto ad alcuni casi, come ad esempio il mancato esercizio della *querela inofficiosi testamenti* (D. 29,2,18 Paul. 2 *ad Sab.*), l'utilizzo del *beneficium abstinendi* pretorio (cfr. D. 29,2,57 pr. Gai. 3 *ad ed. prov.*) o una stipulazione (Paul. Sent. 5,9,1).

### 3.7. *Le forme testamentarie speciali*

Oltre alle riforme passate in rassegna sopra, il Ministero della Giustizia sta lavorando per modificare le disposizioni sui testamenti speciali (art. 952-955 del Codice Civile)<sup>58</sup> per eliminare il cd. testamento itinerante (articolo 953 del Codice Civile), utilizzato in un numero trascurabile di casi<sup>59</sup>; incorporare nel Codice Civile il testamento militare (art. 954 del Codice Civile)<sup>60</sup>, attualmente nella

<sup>56</sup> Gazzetta delle leggi 1946, 60, n° 328.

<sup>57</sup> A. GREBIENIOW, *Der Erbvertrag der Römer und der Erbvertrag heute*, in *TR*, 90, 2022, 527-557. Cfr. anche *Erbrecht in Europa*, a cura di R. Süß, Bonn, 2020<sup>4</sup>, *passim*.

<sup>58</sup> Cfr. *Proposta di modifica della Legge sul Codice Civile (UD 448)*, <<https://legislacja.gov.pl/projekt/12365902/katalog/12924000#12924000>> [consultato il 19.12.2023,]. Cfr. W. BORYSIK, *Testament na statku morskim lub powietrznym de lege lata i de lege ferenda w prawie polskim na tle porównawczym*, in *Prawo w Działaniu*, 54, 2023, 82-106.

<sup>59</sup> Una forma analoga a quella prevista dagli art. 611 e 616 del Codice Civile italiano.

<sup>60</sup> Cfr. art. 617-618 del Codice Civile italiano.

legislazione complementare; e modificare la forma del testamento orale, recependo la giurisprudenza della Corte Suprema sul tema (codificazione *sui generis* della giurisprudenza)<sup>61</sup>.

In particolare, vale la pena di soffermarsi sul progetto di tale ultimo emendamento. Nella giurisprudenza della Corte Suprema sono emerse divergenze in merito ai motivi che giustificano l'uso del testamento orale. Un primo orientamento richiede quale presupposto il timore di una morte imminente alla luce di conoscenze mediche oggettive<sup>62</sup>; un altro considera sufficiente un timore giustificato soggettivamente<sup>63</sup>; un altro ancora – che si colloca in una posizione intermedia, recepita dal progetto – ritiene che la premessa del timore di una morte imminente si verifichi quando la convinzione soggettiva del testatore si basa su circostanze giustificanti<sup>64</sup>. Allo stesso tempo, la proposta di applicare questa forma di testamento in circostanze speciali e urgenti (requisito oggettivo) che giustificano il timore di morte imminente (requisito soggettivo) consentirà un migliore inquadramento dei casi in cui il testatore soffre di una malattia cronica incurabile. Infatti, per questo tipo di quadri clinici si dovranno prendere in considerazione quegli aggiornamenti di prognosi che dovessero prevedere con particolare imminenza la possibilità di decesso del testatore<sup>65</sup>.

\*

<sup>61</sup> A differenza del Codice civile italiano, che non prevede il testamento orale, il Codice civile polacco regola la forma del testamento orale come forma speciale. Ai sensi dell'art. 952 del Codice Civile polacco, quando si teme la morte imminente del testatore o quando, a causa di circostanze particolari, è impossibile o molto difficile seguire la forma ordinaria di un testamento, il testatore può dichiarare le sue ultime volontà oralmente in presenza di almeno tre testimoni. Il contenuto di un testamento orale può essere messo per iscritto da uno dei testimoni o da una terza persona che scrive la dichiarazione del testatore entro un anno dal momento in cui è stata fatta, indicando il luogo e la data della dichiarazione e il luogo e la data in cui è stata effettuata la redazione per iscritto, firmata dal testatore e da due o più testimoni. Se il contenuto di un testamento orale non è stato fissato documentalmente nel modo sopra indicato, esso può essere stabilito entro sei mesi dalla data di apertura della successione mediante la deposizione congiunta dei testimoni davanti all'autorità giudiziaria. Qualora non sia possibile ascoltare uno dei testimoni o vi siano ostacoli insormontabili, il giudice può basarsi sulla deposizione unanime di due testimoni.

<sup>62</sup> Si veda la decisione della Corte Suprema del 25.03.1974, III CRN 5/74, OSNCP 1975, 3, n° 42.

<sup>63</sup> Cfr. la risoluzione della Corte Suprema del 7.01.1992, III CZP 135/91, OSP 1993, 1, n° 4.

<sup>64</sup> Cfr. decisione della Corte Suprema del 29.06.2012, I CSK 575/11, IC 2013, 10.

<sup>65</sup> Sentenza della Corte Suprema del 25.07.2003, V CK 120/03, OSNC 2004, 10, n° 159. Si veda la precedente giurisprudenza e dottrina in: A. GREBIENIOW, *Prawo spadkowe*, in AA.Vv., *Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Przegląd Orzecznictwa za rok 2019*, a cura di J. KOSONOGA, Warszawa, 2020, 86-93; Id., *Prawo spadkowe*, in AA.Vv., *Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Przegląd Orzecznictwa za rok 2020*, a cura di J. KOSONOGA, Warszawa, 2021, 123-124. Nel caso di una cattiva salute di lunga durata, il requisito oggettivo è considerato soddisfatto con il suo improvviso deterioramento.

Sembra abbastanza evidente che i cambiamenti avvenuti negli ultimi anni nel diritto ereditario polacco sono, anche se non sempre consciamente, fortemente legati all'influenza della tradizione romanistica sul diritto contemporaneo e sulla sua prassi.

#### 4. Conclusioni

Il Codice civile polacco è il frutto di una sintesi delle tradizioni giuridiche delle principali codificazioni civili d'Europa<sup>66</sup>. Il tratto pragmatico conferitogli dai suoi autori negli anni 1919-1964<sup>67</sup> è visibile ancora oggi. Vale la pena ricordare che il legislatore polacco nel 1989 – come il legislatore italiano nel 1945 – non decise di ricodificare<sup>68</sup>, ma ha seguito fino ad oggi la strada delle correzioni evolutive della disciplina in vigore. Questi cambiamenti devono essere valutati in modo diverso: alcuni sono espressione di un pensiero ponderato, mentre altri appaiono il frutto di una reazione populista<sup>69</sup> a determinati fenomeni sociali.

Va aggiunto che negli ultimi due decenni l'attenzione del legislatore si è focalizzata sul diritto dei contratti e delle successioni in particolare. Mentre l'evoluzione in materia contrattuale è per lo più innescata dall'armonizzazione del diritto nell'Unione Europea<sup>70</sup>, i cambiamenti nel campo successorio sono il risultato degli sviluppi interni della dottrina e della giurisprudenza della Corte Suprema.

Sebbene il presente contributo non possa contemplare analiticamente la totalità degli sviluppi recenti, sembra chiaro come non solo il Codice Civile polacco *per se* inteso, ma anche la direzione dell'evoluzione delle sue disposizioni siano influenzati della tradizione romanistica, ancorché – per così dire – sottotraccia.

<sup>66</sup> F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, Wien-New York, 2009<sup>3</sup>, 106; H. SLAPNICKA, *Österreichs Recht außerhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraums*, Wien, 1973, 20-21.

<sup>67</sup> Cfr. tra l'altro W. DAJCZAK, *Die Privatrechtsentwicklung in Polen nach 1918*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 41, 2019, 47-64.

<sup>68</sup> R. BONINI, *Dopo il Codice civile del 1942. Appunti per una storia del diritto privato nell'ultimo cinquantennio (dal 1942 al 1948)*, in AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio*, Napoli, 1998, 409-410, 414-418; J. RUDNICKI, *Dekodifikacja prawa cywilnego w Polsce*, Bielsko-Biała, 2018, 222-223.

<sup>69</sup> Cfr. P. GRZEBYK, *The Rise of Populism and Its Impact on Labour Law, Social Law and Social Policy*, in *International Journal of Comparative Labour Law*, 39, 2023, 6.

<sup>70</sup> V. per esempio i cambiamenti nella vendita al consumatore, omessi da questo studio, compresa l'introduzione di una definizione legale di difetto nella cosa venduta (art. 556<sup>3</sup> del Codice Civile). Si veda la Legge del 4 novembre 2022, Gazzetta delle leggi 2022, n° 2337. In generale sull'europeizzazione del diritto polacco si veda G. Blicharz, *La Polonia e le prospettive del diritto privato europeo. L'unificazione e il metodo combinato*, in *LR*, 6, 2017, 223-242.

## EUGEN HUBER A LEZIONE DA THEODOR MOMMSEN.

### APPUNTI DAL SEMESTRE BERLINESE

LINDA DE MADDALENA

**SINTESI:** Durante il suo periodo di insegnamento all'Università di Berlino, Theodor Mommsen ebbe tra i suoi studenti anche Eugen Huber, il futuro redattore del Codice Civile svizzero. Nell'ambito della *Schriftenreihe zu Eugen Huber*, Urs Fasel e Verena Müller hanno pubblicato il manoscritto inedito degli appunti che il giovane studente Huber prese durante le lezioni di Mommsen sulle *'Römische Rechtsalterthümer'*. Da questi appunti e dalla corrispondenza di Huber con l'amico Emil Zürcher, emergono alcuni profili dell'impatto che l'incontro con Theodor Mommsen e lo studio delle materie romanistiche ebbero su Eugen Huber.

**RESUMEN:** Durante su período de docencia en la Universidad de Berlín, Theodor Mommsen también tuvo entre sus alumnos a Eugen Huber, futuro redactor del Código Civil suizo. En el marco de la *Schriftenreihe zu Eugen Huber*, Urs Fasel y Verena Müller publicaron el manuscrito inédito de las notas que el joven estudiante Huber tomó durante las clases de Mommsen sobre el *'Römische Rechtsalterthümer'*. A partir de estas notas y de la correspondencia de Huber con su amigo Emil Zürcher, se perfilan las repercusiones que tuvieron en Eugen Huber su encuentro con Theodor Mommsen y el estudio de temas romanistas.

**PAROLE CHIAVE:** Theodor Mommsen, appunti manoscritti, Eugen Huber, Storia romana

**PALABRAS CLAVE:** Theodor Mommsen, notas manuscritas, Eugen Huber, historia romana.

A un anno di distanza dalla pubblicazione del ventitreesimo volume della collana *Schriftenreihe zu Eugen Huber*, intitolato *Eugen Huber hört Bruns' Pandektenvorlesung* e contenente una trascrizione degli appunti manoscritti di Eugen Huber presi in occasione del corso di Pandette tenuto da Karl Georg Bruns all'Università di Berlino<sup>1</sup>, Urs Fasel, avvalendosi della collaborazione di Verena Müller<sup>2</sup>, storica e biografa, dà alle stampe una seconda raccolta di annotazioni ine-

<sup>1</sup> Cfr. la nota di S. LO IACONO, *Appunti delle lezioni berlinesi di Karl Georg Bruns*, in *Rivista di diritto romano*, 22, 2022, 491 ss.

<sup>2</sup> Verena E. Müller è autrice del ritratto biografico *Liebe und Vernunft, Lina und Eugen Huber, Portrait einer Ehe*, Baden, 2016, che tratteggia aspetti meno noti della personalità e della vita

dite risalenti al periodo in cui Huber studiò a Berlino. Come ricordato da Fasel nel primo volume della collana<sup>3</sup>, nel 1868 Huber cominciò i suoi studi di diritto all'Università di Zurigo e, grazie a un cospicuo patrimonio ereditato dalla madre scomparsa nell'agosto del 1869 e agli aiuti economici del fratello, frequentò due semestri (a partire dal semestre invernale che iniziò il 15 ottobre dello stesso anno e terminò il 19 marzo dell'anno successivo) a Berlino. Durante quell'anno di studio i suoi maestri furono, tra gli altri, Karl Eduard Georg Bruns (24.02.1816-10.12.1880), Rudolf von Gneist (13.08.1816-23.07.1895), Franz von Holtzendorf (14.10.1829-04.02.1889), Albert Friedrich Berner (30.11.1818-13.01.1907), Otto von Gierke (11.01.1841-10.10.1921) e Theodor Mommsen (30.11.1817-01.11.1903).

Una ricostruzione tabellare degli avvenimenti principali della vita di quest'ultimo<sup>4</sup> è proposta nelle prime pagine della premessa al volume (§ 1; pp. 1-4) ed è preceduta dalla definizione del duplice scopo dell'opera. L'intento dei curatori non è di aggiungere uno studio alle già esistenti biografie di Mommsen<sup>5</sup>, ben-

privata di Eugen Huber attraverso il racconto del grande amore che lo legava alla moglie Lina Weisert, scomparsa improvvisamente il 4 aprile del 1910.

<sup>3</sup> Il primo volume della collana pubblicata dalla casa editrice Stämpfli, *Eugen Hubers Vorlesungen*, dedicato alle lezioni che Huber tenne a partire dal 1874 alle Università di Berna, Halle an der Saale e Basilea, è del 2014. Ad esso sono seguiti: *Eugen Huber als Chefredaktor NZZ*, Bern, 2014; *Schweizerische Rechtsgeschichte aus Eugen Hubers Feder*, Bern, 2015; *Eugen Huber und die romanistische Grundlage des Schweizer Kaufrechts*, Bern, 2015; *Eugen Hubers Basler Obligationenrechtsmanuskript zum Allgemeinen Teil des OR*, Bern, 2016; *Eugen Hubers Basler Obligationenrechtsmanuskript zum Besonderen Teil des OR*, Bern, 2016; *Die Macht der Tradition im Dienstbarkeitsrecht und Eugen Huber*, Bern, 2016; *Eugen Hubers praktische Übungen im Obligationenrecht*, Bern, 2017; *Willkür und Freiheit im römischen und schweizerischen Erbrecht*, Bern, 2017; *Eugen Hubers Gutachten 1918-1923*, Bern, 2018; *Eugen Hubers Gutachten 1916-1917*, Bern, 2018; *Eugen Hubers Gutachten 1914-1915*, Bern, 2018; *Die Anschauungen römischer Juristen und ihre Wirkung bis heute*, Bern, 2018; *Eugen Hubers Gutachten 1911-1913*, Bern, 2019; *Eugen Hubers Gutachten 1902-1910*, Bern, 2019; *Der Bildungswert des römischen Zivilprozesses für die heutigen Juristen*, Bern, 2020; *Das römische Recht vom Error – Philipp Lotmars opus magnum, Forschungsband zum Kolloquium 2019 an der Universität Bern*, Bern, 2020; *Eugen Hubers Gutachten 1895-1901*, Bern, 2020; *Eugen Hubers Gutachten 1881-1894*, Bern, 2020; *Eugen Huber als Richter 1881-1882*, Bern, 2021; *Eugen Huber als Richter 1883*, Bern, 2021; *Eugen Huber als Richter 1884 und seine Arbeiten in der Justizkommission*, Bern, 2022; *Eugen Huber hört Bruns' Pandektenvorlesung*, Bern, 2022; *Eugen Hubers erste Zivilrechtsvorlesung 1880-1884*, Bern, 2022; *Eugen Huber hört Theodor Mommsen*, Bern, 2023; *Eugen Huber hört Rudolf von Jhering*, Bern, 2023; *Symposium Eugen Huber: Modernisierung modo legislatoris*, Bern, 2023.

<sup>4</sup> Con brevi cenni al biennio (1852-1854) in cui Mommsen insegnò diverse materie romanistiche all'università zurighese, ossia *Institutionen des römischen Rechts* e *Kurze Übersicht der römischen Verfassungsgeschichte* (semestre estivo 1852); *Pandekten e Juristische Übung* (semestre invernale 1852); *Institutionen des römischen Rechts* e *Römische Epigraphik* (semestre estivo 1853); *Pandekten des römischen Rechts* e *Übungen aus dem römischen Recht* (semestre invernale 1853); *Institutionen des römischen Rechts* e *Exegetische Übungen aus dem römischen Recht* (semestre estivo 1854).

<sup>5</sup> Tra le quali si ricordano, in particolare, quella monumentale di L. WICKERT, *Theodor Mommsen: Eine Biographie*, 4 voll., Frankfurt am Main, 1959-1980 e quella, più agile e indirizzata a un più ampio pubblico, di S. REBENICH, *Theodor Mommsen, eine Biographie*, München, 2002.

sì di avvicinare la figura del grande romanista tedesco al pubblico e di offrire, tramite gli appunti delle sue lezioni<sup>6</sup>, un ulteriore tassello nella messa a disposizione dei materiali e degli scritti del più noto giurista svizzero, padre della codificazione civile, al quale è dedicata l'intera collana di cui il volume in oggetto fa parte.

I criteri editoriali adottati nel precedente volume della collana vengono mantenuti e pertanto, là dove vi siano abbreviazioni oppure parole difficilmente leggibili nel testo manoscritto, i curatori ne propongono fra parentesi quadre svolgimenti, ipotesi di decifrazione e di contenuto al fine di rendere la lettura più agevole (p. 7).

Dal carteggio con l'amico Emil Zürcher<sup>7</sup> (pp. 4-7) si apprende, fra l'altro, che Huber trovava il soggiorno berlinese molto piacevole, nonostante il suo piano settimanale di studio comportasse un impegno notevole<sup>8</sup>. Dalle sue parole emerge una considerazione positiva sugli insegnamenti e sui docenti delle lezioni da lui frequentate, tra i quali spiccavano in modo particolare Rudolf von Gneist, che teneva il corso di Procedura civile, e Theodor Mommsen<sup>9</sup>, al quale era stato affidato il corso di *Römische Rechtsalterthümer*<sup>2</sup>. A quest'ultimo infatti era stata assegnata nel 1861 una cattedra di ruolo di nuova costituzione alla Friedrich-Wilhelms-Universität «secondo il desiderio della Facoltà di Filosofia»<sup>10</sup> per l'insegnamento della Storia romana, materia che sino a quel momento non veniva insegnata come disciplina autonoma.

Negli anni in cui Huber seguì le sue lezioni, Mommsen aveva già dato alle stampe i primi tre volumi (1854-1856) della trattazione storica *Römische Geschichte, opus magnum* per il quale ricevette il Premio Nobel per la letteratura nel 1902, pochi mesi prima della sua scomparsa, e che per il suo poderoso successo ebbe svariate traduzioni ed edizioni.

La trascrizione letterale degli appunti di Huber prende le mosse nel § 2 del volume (p. 9) ed è articolata in capitoli e paragrafi corredati di titoli che evidente-

<sup>6</sup> Come indicato in una nota (p. 7 nt. 18), i documenti del manoscritto originale di Huber sono conservati nello Schweizer Bundesarchiv con il titolo *Studien an der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin*.

<sup>7</sup> La corrispondenza di Eugen Huber all'amico Emil Zürcher (11.06.1850-03.10.1926) è conservata nella Zentralbibliothek Zürich (Dossier: 167 Briefe, Karten, 3 Telegramme an Emil Zürcher, in Nachlass Emil Zürcher 25.1).

<sup>8</sup> In uno stralcio della lettera indirizzata a Zürcher il giorno 8 novembre 1869 (riportata dai curatori a p. 6), Huber elenca all'amico le lezioni che sta frequentando nel semestre invernale, le cui ore complessive ammontano a 30. La frequentazione del corso di Mommsen lo impegnava per quattro ore alla settimana, e precisamente il lunedì, il martedì, il mercoledì e il giovedì dalle 8 alle 9 (p. 5).

<sup>9</sup> Il 27 ottobre 1857 Mommsen venne chiamato per decreto reale alla Preussische Akademie der Wissenschaften di Berlino per occuparsi del monumentale progetto di raccolta delle iscrizioni latine del mondo romano (*Corpus Inscriptionum Latinarum*) ed è l'inizio del suo periodo scientificamente più produttivo.

<sup>10</sup> S. REBENICH, *Theodor Mommsen* cit., 106.

mente corrispondono agli argomenti in cui Mommsen aveva ripartito il suo insegnamento di *'Römische Rechtsalterthümer'*.

Tra le prime annotazioni si individuano alcuni manuali, fra i quali quello di Albert Schweigler (1819-1857)<sup>11</sup>, come letteratura da consultare in fase di studio, verosimilmente suggeriti dallo stesso docente durante la lezione.

Il primo gruppo di appunti, riuniti sotto il titolo «Röm. Staatsalterthümer I» (pp. 9-36), si articola in due capitoli nei quali compaiono, peraltro senza mostrare un preciso andamento del discorso e di conseguenza difficilmente decifrabili nella loro unità, definizioni, strutture sociali e governative come pure concetti istituzionali propri del diritto e della storia romana della fase monarchica e repubblicana.

Al termine di questo primo *corpus* di appunti, e legata da essi, compare una raccolta di annotazioni di Huber (pp. 36-54) conseguente alla meticolosa lettura degli allora già pubblicati tre volumi della *'Römische Geschichte'*. La suddivisione delle parti in cui si articolano queste note riproduce fedelmente i singoli capitoli dell'opera di Mommsen<sup>12</sup>, i titoli vengono trascritti talvolta per intero, talaltra in

<sup>11</sup> A. SCHWEIGLER, *Römische Geschichte*, 3 voll., Tübingen, 1853-1858.

<sup>12</sup> Di seguito l'indice dei primi tre volumi: Der erste Band. Bis zur Schlacht von Pydna, Erstes Buch. Bis zur Abschaffung des römischen Königthums (I: Einleitung; II: Die ältesten Einwanderungen in Italien; III: Die Ansiedlungen der Latiner; IV: Die Anfänge Roms; V: Roms Hegemonie in Latium; VI: Die ursprüngliche Verfassung Roms; VII: Die Nichtbürger und die reformierte Verfassung; VIII: Die umbrisch-sabellischen Stämme. Anfänge der Samniten; IX: Die Etrusker; X: Die Hellenen und Punier in Italien. Seeherrschaft der Tusker und Karthager; XI: Recht und Gericht; XII: Religion; XIII: Ackerbau, Gewerbe und Handel; XIV: Maß und Schrift; XV: Die Kunst); Zweites Buch. Von der Abschaffung des römischen Königthums bis zur Einigung Italiens (I: Aenderung der Verfassung. Beschränkung der Magistratsgewalt; II: Das Volkstribunat und die Decemvirn; III: Die Ausgleichung der Stände; IV: Sturz der etruskischen Macht. Die Kelten; V: Die Unterwerfung der Latiner und Campaner unter Rom; VI: Die Italiker gegen Rom; VII: König Pyrrhos gegen Rom; VIII: Innere Verhältnisse); Drittes Buch. Von der Einigung Italiens bis auf die Unterwerfung Karthagos und der griechischen Staaten (I: Karthago; II: Der erste Krieg mit Karthago; III: Die Ausdehnung Italiens bis an seine natürlichen Grenzen; IV: Hamilkar und Hannibal; V: Der hannibalische Krieg bis zur Schlacht bei Cannae; VI: Der hannibalische Krieg von Cannae bis Zama; VII: Der Westen vom hannibalischen Frieden bis zum Ende der dritten Periode; VIII: Die östlichen Staaten und der zweite makedonische Krieg; IX: Der Krieg gegen Antiochos von Asien; X: Der dritte makedonische Krieg; XI: Die Verfassung und die inneren Verhältnisse). Der zweite Band. Von der Schlacht bei Pydna bis auf Sullas Tod, Viertes Buch. Die Revolution (I: Die unterthänigen Landschaften bis zu der Gracchenzeit; II: Die Reformbewegung und Tiberius Gracchus; III: Die Revolution und Gaius Gracchus; IV: Die Restaurationsherrschaft; V: Die Völker des Nordens; VI: Revolutionsversuch des Marius und Reformversuch des Drusus; VII: Die Empörung der italischen Unterthanen und die sulphicische Revolution; VIII: Der Osten und König Mithradates; IX: Cinna und Sulla; X: Die sullanische Verfassung; XI: Das Gemeinwesen und seine Oekonomie; XII: Nationalität. Religion. Erziehung; XIII: Litteratur und Kunst). Der dritte Band. Von Sullas Tode bis zur Schlacht bei Thapsus, Fünftes Buch. Die Begründung der Militärmonarchie (I: Marcus Lepidus und Quintus Sertorius; II: Die sullanische Restaurationsherrschaft; III: Der Sturz der Oligarchie und die Herrschaft des Pompeius; IV: Pompeius und der Osten; V: Der Parteienkampf während Pompeius Abwesenheit; VI: Pompeius Rücktritt und die Coalition der Prätendenten; VII: Die Unterwerfung

forma abbreviata, e nell'ordine in cui si presentano nei volumi originali. A ogni titolo corrispondono annotazioni sottoforma di elenchi di parole, estreme sintesi degli argomenti trattati nel rispettivo capitolo nonché veri e propri brani tratti dal testo di Mommsen e riportati tra virgolette sergenti. Tra di essi è degna di nota la citazione testuale di un'epigrafe funeraria (p. 37) dedicata a una donna defunta di nome Claudia, che Mommsen considera nel primo volume della sua opera<sup>13</sup> come un'ode alle virtù delle donne romane.

La trascrizione degli appunti prosegue con il secondo *corpus* di lezioni intitolato nel manoscritto «Römische Altertümer IV» (pp. 54-63), seguito con un'inversione della cronologia numerica non comprensibile dal titolo «Römische Altertümer III», nei quali Huber annota, con lo stesso stile disorganico delle pagine precedenti, denominazioni e competenze delle cariche governative e degli avvenimenti che hanno segnato la storia della Roma imperiale.

Quale integrazione del lavoro di trascrizione di Fasel e Müller si segnalano numerose note a piè di pagine che, nelle intenzioni degli autori, vogliono facilitare al pubblico di non specialisti la comprensione dei personaggi e dei fatti storici evocati.

Il volume è infine completato da un Indice dei nomi (p. 307) e da un Indice delle materie (pp. 109-113).

La lettura degli appunti di Huber consente di formulare, in particolare, due considerazioni legate alla figura del docente Mommsen e del discente Huber. Innanzitutto, il primo appare agli occhi del secondo, al pari di Rudolf von Gneist, come uno dei docenti più autorevoli in assoluto anche dal punto di vista didattico. A colpire Huber è, in particolare, la poliedrica competenza di Mommsen e uno dei suoi tratti più emblematici, ossia la capacità di costruire una «famose Staats- und Rechtsgeschichte» partendo dalle fonti<sup>14</sup>. Inoltre, ne ammira la pregnanza e la chiarezza espressiva, nonché l'aspetto ascetico e l'entusiasmo risplendente nel suo sguardo, doti che sovrastavano, a suo dire, qualche difetto nella retorica<sup>15</sup>. L'ammirazione di Huber verso il docente di '*Römische Rechtsaltertümer*', che traspare nitidamente dalle parole colme di entusiasmo a lui rivolte nella corrispondenza con Zürcher, assume un significato ancora maggiore se si

des Westens; VIII: Pompeius und Caesars Gemmtherrschaft; IX: Crassus Tod. Der Bruch der Gemmtherrscher; X: Brundisium, Ilerda, Pharsalos und Thapsus; XI: Die alte Republik und die neue Monarchie; XII: Religion, Bildung, Litteratur und Kunst).

<sup>13</sup> TH. MOMMSEN, *Römische Geschichte*<sup>6</sup>, 1, Berlin, 1874, 56: «Kurz, Wanderer, ist mein Spruch; halt an und lies ihn durch, es deckt der schlechte Grabstein eine schöne Frau. Mit Namen nannten Claudia die Eltern sie; mit eigner Liebe liebte sie den eignen Mann; zwei Söhne gebar sie; einen ließ auf Erden sie zurück, den andern barg sie in der Erde Schoß. Sie war von artiger Rede und von edlem Gang, versah ihr Haus und spann. Ich bin zu Ende, geh».

<sup>14</sup> «Mommsen ist auch ein Jurist, er baut aus all den Stellen eine famose Staats- und Rechtsgeschichte auf» scrive Huber in un passaggio della lettera all'amico Zürcher datata 8 novembre 1869, il cui testo è parzialmente riportato da Fasel e Müller a pagina 6.

<sup>15</sup> Queste qualità del docente vengono confidate da Huber a Zürcher nella già citata lettera del giorno 8 novembre 1869 (p. 6).

pensa che gli impegni didattici venivano vissuti da Mommsen come una sgradita incombenza dalla quale nel 1885 ottenne di essere sollevato<sup>16</sup>.

In secondo luogo, dalle annotazioni di Huber emerge un grande interesse per le materie romanistiche, non solo sotto il profilo giuridico, ma anche sotto quello storico. Dalle confidenze all'amico Zürcher traspare infatti il grande appagamento del giovane studente nell'apprendimento del Diritto e della Storia romana. Grazie a questi studi, peraltro intensi in termini di ore settimanali di lezione, il suo «rispetto per i Romani è cresciuto» (p. 5) – afferma il giovane Huber – e ciò non fa che confermare quanto la formazione romanistica ricevuta durante il semestre berlinese abbia profondamente segnato la sua eclettica cultura giuridica<sup>17</sup>. Che Huber conoscesse molto bene i fondamenti romanistici del diritto privato tedesco emerge anche dall'opinione del suo compagno di studi all'Universität Halle an der Saale, Max Rümelin (1861-1931), con il quale intrecciò un'amicizia profonda e uno scambio epistolare molto intenso<sup>18</sup> per oltre trent'anni. In un passaggio della lettera che Rümelin scrisse all'amico a seguito della lettura<sup>19</sup> di uno scritto in cui Huber metteva in rilievo le differenze fra principi di diritto romano e principi di diritto tedesco in vari ambiti giuridici<sup>20</sup>, è significativo l'elogio con cui Rümelin riconosce all'amico di possedere un grande sapere scientifico in veste non solo di germanista, ma anche di romanista: «Das letztere ist bei Dir um so mehr begreiflich als Du eben gar kein eiseitiger Germanist bist, sondern auch ein Romanist zu sein verdienst»<sup>21</sup>.

Lo stesso Rümelin ricorda che durante una conversazione Huber gli confessò che tra le letture che avevano maggiormente influito sulla sua formazione si distin-

<sup>16</sup> Tale disinteresse per l'attività didattica in aula si rifletteva sulla qualità del suo insegnamento e sul gradimento degli studenti. Infatti, come ricorda S. REBENICH, *Theodor Mommsen* cit., 133, a Berlino non era un segreto che Mommsen fosse un cattivo docente.

<sup>17</sup> Fasel, nel già menzionato volume ventitreesimo, *Eugen Huber hört Bruns' Pandektenvorlesung*, ricorre alla pregnante espressione «Imprägnierung Eugen Hubers durch das römische Recht» (p. 8), che il giurista avrebbe dimostrato specialmente nella redazione di pareri su casi pratici.

<sup>18</sup> La quantità di lettere che Rümelin e Huber si scambiarono in questo arco di tempo è imponente. Le 458 lettere che Rümelin scrisse a Huber e le 251 lettere che Huber indirizzò a Rümelin sono conservate nel Schweizerisches Bundesarchiv di Berna (BAR) (Dossier J1.119#1968/107#1\*: Briefe von Prof. Dr. E. Huber an Prof. Dr. M. Rümelin e Dossier J1.109-01#1000/1276#510-7\*: Briefe von Prof. Dr. E. Huber an Prof. Dr. M. Rümelin).

<sup>19</sup> Lettera di M. Rümelin a E. Huber datata 19 aprile 1869.

<sup>20</sup> Si tratta del contributo di E. HUBER, *Deutsches Privatrecht*, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 20, 1896, 441 ss., dato poco dopo alle stampe.

<sup>21</sup> Su questo e su altri meno noti profili della vita e delle opere di Eugen Huber emergenti dal carteggio con Max Rümelin, si veda I. FARGNOLI, *Eugen Huber und Max Rümelin. Aus dem Briefwechsel*, in *Symposium Eugen Huber: Modernisierung modo legislatoris*, a cura di U. FASEL, Bern, 2024, 165 ss.

guevano la *Römische Geschichte* di Mommsen e il manuale di Pandette di Friedrich Ludwig von Keller (1799-1860), edito nel 1861 dal suo allievo Emil Friedberg<sup>22</sup>.

Grazie alla lodevole opera di restituzione del manoscritto berlinese per opera di Fasel e Müller questa affermazione di Rümelin trova conferma. La fedele annotazione dei capitoli dell'opera di Mommsen, frutto certamente di un'attenta consultazione, è indice della particolare attenzione dedicata da Huber ai volumi della monumentale trattazione storica.

Va riconosciuto, dunque, ai curatori del volume il merito di avere trovato e trascritto quello che Huber comprese delle lezioni berlinesi di Mommsen, nonostante le dovute riserve legate tanto alla sua giovane età quanto alla estrema sinteticità e disorganicità delle sue annotazioni. Non può escludersi invero che tale disorganicità potrebbe essere in parte attribuibile allo stesso Mommsen: quando iniziò la stesura dei primi due volumi della *Römische Geschichte*, definì più volte il suo lavoro con il termine «Geschichtsklitterung»<sup>23</sup>, alludendo ironicamente alla mancanza di ordine nel suo manoscritto.

Non è la prima volta che gli appunti delle lezioni berlinesi di Mommsen vengono resi accessibili al pubblico, come ricordano gli stessi curatori nella premessa al volume venticinquesimo (p. VI)<sup>24</sup>, ma il presente lavoro di trascrizione si presenta di particolare interesse; possiede infatti il pregio di fare trapelare, seppur attraverso il filtro delle finora inedite sintesi del giovane studente Huber, la sostanza e il metodo del primo insegnamento di Storia romana di Mommsen alla Friedrich-Wilhelms-Universität di Berlino, ispirato agli studi storico-giuridici già allora confluiti nei primi tre volumi della '*Römische Geschichte*' e nel primo volume del monumentale '*Römische Staatsrecht*'<sup>25</sup>, dato alle stampe solo un paio d'anni dopo.

<sup>22</sup> M. RÜMELIN, *Eugen Huber. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1923*, Tübingen, 1923, 5.

<sup>23</sup> Si veda a tal proposito E. MEYER, *Theodor Mommsen in Zürich (1852-1854)*, in *Schweizerbeiträge zur Allgemeinen Geschichte*, 12, 1943, 118 s., che riporta il contenuto di alcune lettere scritte da Mommsen all'amico Otto Jahn (1813-1869) durante il periodo zurighese in cui lo informa sull'avanzamento dell'opera.

<sup>24</sup> Da menzionare è infatti il fortunato ritrovamento degli appunti di Sebastian e Paul Hensel avvenuto nel 1980 da parte di Alexander Demandt nel negozio di antiquariato Kistner a Norimberga. Tali appunti restituiscono i contenuti delle lezioni di *Römische Kaisergeschichte* che Mommsen tenne a Berlino nel semestre invernale 1882/1883. Con la loro pubblicazione in B. - A. DEMANDT, *Theodor Mommsen. Römische Kaisergeschichte. Nach den Vorlesungs-Mitschriften von Sebastian und Paul Hensel 1882/1886*, I ed., München, 1992, gli autori riescono in minima parte a compensare il fatto che il quarto volume della *Römische Geschichte* non fu mai scritto: avrebbe dovuto trattare per l'appunto il periodo successivo della storia di Roma. Sulle possibili cause di tale lacuna si vd. L. WICKERT, *Theodor Mommsen* cit., 3, 417 ss. e B.-A. DEMANDT, *Theodor Mommsen* cit., 15 ss.

<sup>25</sup> TH. MOMMSEN, *Das römische Staatsrecht*, I ed., Leipzig, 1871.

AMERICA LATINA

## BREVE RESUMEN DE LAS XLV JORNADAS DE DERECHO AERONÁUTICO Y ESPACIAL

En la ciudad de San Pablo, Brasil, los días 4, 5 y 6 de octubre de 2023 se realizaron las XLV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, conjuntamente con el XIV Congreso Internacional de Derecho Aeronáutico.

La misma fue una reunión de muy alto nivel académico en el que participaron juristas europeos y americanos de diversos países donde no sólo los relatores plantearon sus temas con gran versación, sino que se produjeron debates enjundiosos y de muy altos resultados jurídicos.

Los temas tratados entre los más relevantes han sido las circunstancias extraordinarias en el transporte aéreo donde entre varios expositores el profesor Alessandro Zampone se refirió a la guerra como tal en el contexto actual y donde se trataron asimismo situaciones particulares que habilitarían la interrupción del nexo de causalidad en virtud de dichas circunstancias.

Se analizó asimismo a partir del precedente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en el asunto BT contra Laudamotion GmbH (C-111/21) el concepto de daño moral y daño psíquico y sus particularidades en los países de los integrantes de la conferencia con la inestimable participación de la profesora Valeria Curi Starling de Brasil, José del Hierro de Colombia, el profesor Emilio Romualdi de Argentina y el presidente de las jornadas Marco Fabio Morsello de Brasil.

Asimismo, el problema del combustible de aviación sostenible donde se destacó la participación del profesor francés Vincent Correia y el profesor brasileño Ricardo Bernardi fue de profundo análisis.

De igual modo se analizó el problema de la carga aérea donde el profesor Ricardo Maluf de Brasil quien analizó las regulaciones de la ANAC para el transporte de productos peligrosos y en el que tanto la profesora María Victoria Petit Lavall de España como Valentina Corona de Italia hicieron profundos relatos.

Uno de los temas que despertó mayor debate fue el de los vehículos aéreos no tripulados y nuevas tecnologías en particular por la posibilidad de realización de operaciones totalmente autónomas en el que todos los relatores, Carlos Vassallo de Argentina, Anna Melania Sia de Italia, Roberto Honorato de Brasil y Anna Konert de Polonia, realizaron análisis muy valiosos sobre estas novedosas tecnologías.

Dentro de ese marco de discusión el problema de la inteligencia Artificial y Derecho Espacial concitó importantes debates al igual que la cuestión del turismo espacial desarrollado por el profesor Michele Comenale Pinto de Italia y la posibilidad de un nuevo derecho comercial del espacio desarrollado por la profesora

Marta Gaggero de Uruguay en particular por las recientes decisiones en tal sentido en los EE. UU. que puso en el marco de la secretaría de comercio las actividades en dicho ámbito.

De igual modo la Inteligencia Artificial (IA) en la regulación del espacio aéreo con los nuevos ingenios del aire, RPAS y VSTOL y sus desafíos jurídicos/operacionales ha sido objeto de un pormenorizado análisis en particular por los profesores Tito Muñoz Reyes de Chile y Valnora Leister de Brasil.

Luego, en particular a partir de la evolución del reconocimiento del pasajero como objeto de tutela, y su carácter de consumidor, se analizaron los derechos y deberes de los pasajeros y transportistas en la realidad contemporánea por los profesores Manuel Sarmiento García de Colombia, Carlos Alberto Neves Almeida de Portugal y Marcio Souto de Brasil.

En este importante panel se analizaron las condiciones generales del contrato de transporte aéreo y la necesidad de realizar un proyecto uniforme que sirva como modelo de nuevas regulaciones nacionales en tal sentido.

De igual modo, el problema de las franjas horarias, tan acuciante en Latinoamérica, fue objeto de debate y análisis por los profesores Ricardo Fenelon de Brasil y Alejandro Piera de Paraguay.

Finalmente, se avanzó en la redacción del proyecto de convenio internacional de contratos de viaje que está confeccionando ALADA dirigido por los profesores Orlando Natiello de Argentina y Roxana Cobrán de Uruguay. Asimismo se analizó la responsabilidad del agente de viajes en el transporte aéreo por parte del profesor Néstor Balian de Argentina y los profesores Joandre Antonio Ferraz y Dra. Patrícia Ferraz ambos de Brasil. De manera remota participó en este panel el profesor Giovanni Pruneddu de Italia.

Con la presencia del presidente de Alada el prof Mario Folchi se realizó la elección de la Mesa Directiva de ambos eventos siendo elegidos por unanimidad los siguientes Miembros: Presidente: Prof. Marco Fabio Morsello (Brasil); Vicepresidentes: Dra. Marta Gaggero (Uruguay) y Massimiliano Piras (Italia); Secretario General: Dr. Eduardo Teixeira Farah (Brasil).

[EMILIO ROMUALDI]

## CONSIDERAZIONI SPARSE SUGLI EFFETTI DELL'EVENTO 'GUERRA' SUI CONTRATTI DI IMPIEGO DELL'AEROMOBILE\*

ALESSANDRO ZAMPONE

**SINTESI:** L'articolo riproduce la Relazione di apertura presentata in occasione delle *XLV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, svoltesi dal 4 al 6 ottobre 2023 in São Paulo, Brasil. Le crisi emergenziali degli ultimi tempi e, in particolare, le tensioni geo-politiche conseguenti al deflagrare del conflitto tra la Russia e l'Ucraina, hanno inciso significativamente sul comparto del trasporto aereo sotto diversi profili. L'analisi si sofferma, in particolare, sul regime contrattuale, con riferimento al rapporto tra clausole di forza maggiore e clausole 'rischio guerra', e su alcuni aspetti particolarmente critici venuti in evidenza in sede di applicazione pratica delle sanzioni adottate dagli Stati nei confronti della Federazione Russa aventi ad oggetto aeromobili nella disponibilità di soggetti russi per effetto dei contratti di utilizzazione maggiormente impiegati nel settore aeronautico.

**RESUMEN:** El artículo reproduce el informe de apertura presentado con motivo de las *XLV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, realizadas del 4 al 6 de octubre de 2023 en São Paulo, Brasil. Las crisis de emergencia de los últimos tiempos y, en particular, las tensiones geopolíticas derivadas del estallido del conflicto entre Rusia y Ucrania, han afectado significativamente al sector del transporte aéreo en diversos aspectos. El análisis se centra, en particular, en el régimen contractual, en referencia a la relación entre cláusulas de fuerza mayor y cláusulas de 'riesgo de guerra', y en algunos aspectos particularmente críticos que salieron a la luz durante la aplicación práctica de las sanciones adoptadas contra la Federación de Rusia sobre aeronaves en disponibilidad de entidades rusas como resultado de contratos de uso utilizados principalmente en el sector aeronáutico.

**PAROLE CHIAVE:** guerra; sanzioni; trasporto aereo; *leasing* aeronautico; assicurazione.

**PALABRAS CLAVE:** guerra; sanciones; transporte aéreo; *leasing* aeronáutico; seguro.

**SOMMARIO** – 1. Premessa. – 2. Conseguenze sul regime contrattuale. Cenni. – 3. Alcune considerazioni sugli effetti del regime sanzionatorio adottato dagli Stati. – 4. (*segue*) Dimensione soggettiva degli effetti del regime sanzionatorio. – 5. (*segue*) Il problema dei limiti della dimensione dominicale sull'effettività delle sanzioni: le situazioni affidanti e il trust. – 6. L'indennizzo assicurativo per perdita dell'aeromobile in caso di mancata restituzione del medesimo a causa degli effetti delle sanzioni. – 7. Conclusioni.

\* Testo della conferenza pronunciata nel corso delle *XLV Jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, svoltesi a San Paolo (Brasile), nei giorni 4-6 ottobre 2023.

### 1. Premessa

Eventi emergenziali recenti ripropongono il tema della stabilità del sistema economico globale anche qualora essi siano riducibili ad un determinato contesto geografico oggettivamente regionalizzabile (è il caso dell'aggressione russa all'Ucraina). Sistematicamente ci si ritrova a considerare quali siano le conseguenze provocate nel settore degli scambi internazionali, della produzione, delle catene degli approvvigionamenti e della distribuzione; settori nei riguardi dei quali il trasporto è da sempre in rapporto di strettissima complementarità. È fin troppo intuibile come il trasporto sia stato sempre considerato un'attività strumentalmente funzionale al progresso economico, dal livello cellulare degli albori al contesto globale odierno. Si tratta di un vero e proprio sistema, che è andato progressivamente evolvendo, che comprende veicoli, vie di comunicazione, infrastrutture dedicate, tecnologie.

Il trasporto è sempre stato, fin dai primordi dell'età commerciale, lo strumento in grado di garantire la circolazione delle persone e delle merci, a prescindere dall'esistenza di frontiere<sup>1</sup>, e gli scambi tra comunità secondo indici di efficienza e affidabilità sempre crescenti che hanno favorito lo sviluppo, da principio, delle comunità territoriali e, quindi, della civiltà globale. Come è noto, ruolo trainante va riconosciuto al trasporto marittimo, le cui prime regolazioni sono risalenti al diritto antico per poi divenire con la civiltà medievale, attraverso gli statuti delle città marinare e nelle raccolte di norme di estrazione consuetudinaria e giurisprudenziale, pioniere del diritto commerciale<sup>2</sup>, secondo la formula molto felicemente coniata da Tullio Ascarelli, che nella città di San Paolo del Brasile, che quest'anno ospita le *Jornadas*, ha insegnato diritto commerciale ed esercitato la professione di avvocato durante il periodo in cui fu costretto ad abbandonare l'Italia a causa delle persecuzioni razziali<sup>3</sup>. Tuttavia, con l'avvento del mezzo aeronautico, è il trasporto aereo ad avere cambiato evolutivamente in modo epocale il nostro modo di intendere la connettività: geografica, politica, economica, sociale, culturale<sup>4</sup>.

Non c'è dubbio che l'indispensabile relazione tra lo spostamento geografico e l'impiego del veicolo, che connota e identifica il trasporto rispetto ad altre

<sup>1</sup> La circolazione delle merci senza frontiere è uno degli effetti caratterizzanti la società della globalizzazione. Cfr. P. MARCONI, *Globalizzazione, merce, lavoro*, in *Sociologia e diritto* 3/2006, 226: «con gli accordi che hanno sancito l'adesione alla Wto nella maggioranza del globo, si assiste alla liberalizzazione del transito delle manifatture (soprattutto quelle ad alto contenuto tecnologico)».

<sup>2</sup> Cfr. A. ANTONINI, *Commercio internazionale e portualità*, in *Dir. trasp.* 2022, 356.

<sup>3</sup> T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Introduzione*, Roma, 1936<sup>3</sup>, 18.

<sup>4</sup> Mi sia consentito rinviare a A. ZAMPONE, *Los principios fundamentales del Derecho aeronautico. Consecuencia practica de su reconocimiento*, in *Revista Latino Americana de Derecho Aeronautico (RLADA-XIV-300)*, 21, ottobre 2014.

modalità di trasferimento (quale il trasferimento di energia, di dati, di sostanze mediante infrastrutture fisse, quali reti, cavi elettrici, fibra, tubazioni, oleodotti, gasdotti), da un lato, evidenziano la delicatezza del rapporto, soprattutto in quei casi in cui la distanza geografica da percorrere è particolarmente elevata ed impone l'impiego di modalità di trasporto non esclusivamente terrestre; dall'altra, espone l'efficienza dell'operazione all'intervento di numerosissime variabili, in grado di alterarne sensibilmente, se non di annullarne, le probabilità di riuscita. La stretta interdipendenza tra ambiti finisce infatti per rivelarsi momento di debolezza, qualora il sopravvenire di un evento eccezionale ponga a rischio l'affidabilità di ciascuno di questi elementi.

Tra gli eventi maggiormente significativi, senza dubbio c'è la guerra. Quale evento in grado di isolare aree geografiche molto estese dal resto del mondo, essa ha sempre avuto un impatto di grande rilevanza nel settore della navigazione e dei trasporti. Si tratta, infatti, di un evento che possiede tutte le potenzialità necessarie per incidere significativamente sulla libera fruibilità delle grandi vie di comunicazione, che siano marittime, aeree o terrestri, e sull'accesso e l'impiego delle grandi infrastrutture che ne costituiscono i terminali e gli snodi essenziali. Al tempo stesso, gli effetti immediati che tale accadimento genera sul mercato, dalla estrazione delle materie prime, alla lavorazione delle medesime, alla distribuzione dei prodotti semilavorati e all'approvvigionamento dei prodotti finiti, contrae la domanda di trasporto e comunque ne condiziona la regolarità fino, nei casi più gravi, ad escluderla del tutto. Il caso del conflitto Russo-Ucraino è emblematico in questo senso. Lo è in particolare proprio nel settore dei trasporti dal momento che gli effetti specifici che ne sono scaturiti conducono a risultati contrastanti e non omologabili, e comunque non sovrapponibili a quelli che hanno riguardato ambiti diversi, quali le reti fisse di distribuzione e approvvigionamento rappresentate da oleodotti, gasdotti, cablaggi aerei o sottomarini, che pure sono state considerate, proprio con i trasporti, nei provvedimenti sanzionatori adottati dalla Comunità internazionale e, in particolare, dall'Unione europea.

## *2. Conseguenze sul regime contrattuale. Cenni*

Tutto ciò si riverbera inevitabilmente sul regime dei contratti del commercio internazionale, per lo meno sotto due prospettive; la prima, è rappresentata essenzialmente dagli effetti della sopravvenienza dell'evento in sé rispetto ad un assetto di interessi già costruito e stabilizzato nel contratto in corso di esecuzione; la seconda, dallo sforzo di adeguamento al fattore nuovo, sul regime dei contratti futuri. Nel primo caso sono chiamati ad intervenire strumenti di protezione degli interessi già cristallizzati nel contratto; strumenti che, ovviamente, possono variare da ordinamento a ordinamento ma che, molto spesso, sono già stabiliti mediante le clausole sul rischio il cui impiego è condiviso e diffuso nell'am-

bito del commercio internazionale<sup>5</sup>. Nel secondo caso, l'autonomia contrattuale interviene per modulare gli effetti dell'evento sui contratti futuri, modificando quindi e integrando la regolamentazione negoziale del contratto.

La guerra incide quindi sui rapporti contrattuali che caratterizzano il commercio internazionale e, per quel che qui più rileva, i contratti riconducibili alla dimensione del trasporto, tra i quali vanno annoverati quelli di impiego dell'aeromobile data la strettissima relazione tra questi ultimi e l'esecuzione della prestazione di trasporto per via aerea. Ora, non c'è dubbio, che l'alto livello di sofisticazione raggiunto nella contrattualistica internazionale in questo settore, significativamente influenzata da principi anglosassoni, ha prodotto dei modelli contrattuali, predisposti a monte da organizzazioni di operatori con altissima competenza e specializzazione, già perfettamente in grado di disciplinare le conseguenze dell'insorgere del rischio guerra sulla sostenibilità del rapporto contrattuale. Dall'altro lato, le conseguenze di carattere risarcitorio sono per lo più oggetto di disposizioni di diritto domestico o uniforme spesso di carattere inderogabile.

Occorre infatti premettere che la guerra rappresenta in primo luogo un tipico caso di forza maggiore, esplicitamente annoverato in numerosi testi di diritto internazionale uniforme quale evento esonerativo della responsabilità degli operatori della navigazione e del trasporto nell'esercizio delle proprie attività. Sia sotto il profilo contrattuale che sotto quello extracontrattuale<sup>6</sup>. Nel primo caso, secondo una logica volta a valorizzare il momento dell'impossibilità anche in questi ambiti, si tratta di un evento che previene il sorgere della responsabilità, in quanto valutato come ipotesi di impossibilità della prestazione con valenza esonerativa secondo una logica che è evoluta tenendo conto anche della calcolabilità del rischio contrattuale rimesso alla determinazione delle parti o direttamente alla legge. Nel secondo, è un fatto che si frappone tra attività del soggetto coinvolto e pregiudizio, in grado di escludere la relazione causale, presupposto del sorgere della responsabilità da fatto illecito.

<sup>5</sup> Clausole di *Hardship*, clausole di forza maggiore sono sistematicamente introdotte nei contratti del commercio internazionale e possono essere ricondotte al potenziale sopravvenire di tale evento quando si accolga nell'ambito delle impossibilità anche quella di natura temporanea che comunque pregiudichi la realizzazione dell'interesse presupposto delle parti. A proposito della clausola di forza maggiore elaborata dalla ICC e impiegata con successo nella prassi internazionale, cfr. F. MARRELLA, *Forza maggiore e vendita internazionale dei beni mobili in un contesto di pandemia: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 3/2021, 533 ss.

<sup>6</sup> Valgano ad esempio, tra le numerosissime disposizioni con tale contenuto, l'art. IV.2 della Convenzione di Bruxelles sull'unificazione di alcune regole in materia di polizza di carico firmata a Bruxelles il 25 agosto 1924, che include, alla lett. e), l'ipotesi dei «faits de guerre» tra gli eventi esonerativi della responsabilità del vettore marittimo di merci per i danni da perdita e avaria del carico; e l'art. 18.2 della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 per l'unificazione di alcune regole in materia di trasporto aereo internazionale che stabilisce, tra le specifiche ipotesi esonerative della responsabilità del vettore aereo di merci, «an act of war or an armed conflict».

Al tempo stesso, la guerra è uno degli eventi che ricevono nei contratti di impiego del veicolo una particolare attenzione sotto il profilo del rischio contrattuale tradizionalmente inteso secondo la logica delle attribuzioni patrimoniali, essendo in grado di modificare sensibilmente la concreta realizzabilità del programma convenuto dai contraenti e quindi di incidere sensibilmente nell'economia degli interessi sottintesi al contratto.

Tuttavia, nel settore della contrattualistica dei trasporti, normalmente si preferisce dedicare a tale accadimento specifica rilevanza. Il tema è soprattutto quello della sussistenza o meno di ipotesi di *frustration of charter* in funzione della dimensione nel tempo e nello spazio dell'evento impeditivo della realizzazione degli interessi contrattuali. Problema particolarmente delicato nei contratti di durata quali i contratti di *dry lease* e *wet lease* impiegati nel settore aeronautico<sup>7</sup>.

'*War Cancellation Clauses*' e '*War Risks Clauses*' sono diffusamente impiegate nei maggiori formulari del trasporto marittimo internazionale. Le prime, proprie dei contratti di durata, consentono alle parti di risolvere il contratto quando eventi riconducibili al rischio 'guerra' siano causa del repentino mutamento delle condizioni operative o di mercato tanto da rendere non più vantaggiosa l'esecuzione del contratto (di trasporto)<sup>8</sup>. Le seconde, previste anche nei contratti a viaggio, stabiliscono le modalità di rinegoziazione degli effetti del rischio guerra con l'obiettivo di conservare il contratto.

Nei contratti di impiego dell'aeromobile, la guerra, con numerosi altri accadimenti, è considerata come evento di forza maggiore, tale da determinare in primo luogo l'inapplicabilità di clausole generalmente inserite in contratto (soprattutto nei contratti di *dry lease* o *dry leasing*), come la '*Hell or High Water*', che pongono i rischi relativi all'utilizzo dell'aeromobile sul *lessee* il quale, 'cascasse il cielo', resta pertanto obbligato al pagamento del nolo, anche quando l'impiego dell'aeromobile sia impedito da restrizioni governative al trasporto aereo (come è

<sup>7</sup> Sui contratti di impiego dell'aeromobile, cfr. L. TULLIO, *Contratto di noleggio*, Milano, 2006, 366 ss.; C. SEVERONI, *Il code sharing*, Milano, 2010, 90 ss.; A. ANTONINI, *Il noleggio di aeromobile*, in *Dir. mar.*, 2011, 4; G. REALE, *Il contratto di noleggio di aeromobile*, in *Codice dei trasporti*, a cura di L. TULLIO e M. DEIANA, Milano, 2011, 841; C. DE MARZI, *Il charter aeronautico*, in *I contratti del trasporto*, a cura di F. MORANDI, I, Bologna, 2013, 53.

<sup>8</sup> Valga a esempio la descrizione che di rischio di guerra viene fatto nella BIMCO *War Risks Clause CONWARTIME* 2013 inglobata in numerosi formulari di *Time Charter*, tra cui il *NYPE* 2015: «War Risks shall include any actual, threatened or reported: war, act of war, civil war or hostilities; revolution; rebellion; civil commotion; warlike operations; laying of mines; acts of piracy and/or violent robbery and/or capture/seizure (hereinafter 'Piracy'); acts of terrorists; acts of hostility or malicious damage; blockades (whether imposed against all vessels or imposed selectively against vessels of certain flags or ownership, or against certain cargoes or crews or otherwise howsoever), by any person, body, terrorist or political group, or the government of any state or territory whether recognized or not, which, in the reasonable judgement of the Master and/or the Owners, may be dangerous or may become dangerous to the Vessel, cargo, crew or other persons on board the Vessel».

accaduto in occasione delle restrizioni disposte a causa della pandemia Covid-19) o da un provvedimento governativo che proibisca temporaneamente l'utilizzo di un determinato tipo di aeromobile (come è avvenuto per l'impiego del «Boing 737 Max» oggetto di provvedimenti di autorità aeronautiche che ne hanno impedito l'utilizzo), non implicando tali accadimenti una radicale alterazione del contratto che possa lasciare ritenere integrata l'ipotesi della *frustration*<sup>9</sup>. Quest'ultima, infatti, si verifica ed è accertata secondo un test molto rigoroso solo allorché le prestazioni contrattuali siano diventate «radically different» rispetto alle obbligazioni assunte e non semplicemente più onerose. Non è sufficiente quindi che l'evento sopravvenuto abbia semplicemente comportato costi ulteriori o ritardi o in generale abbia reso la prestazione più onerosa<sup>10</sup>.

La clausola di forza maggiore presente nei contratti di impiego dell'aeromobile, invece, indica l'evento guerra come una ipotesi di impossibilità sopravvenuta, che deve essere intesa sia con riferimento alla pericolosità oggettiva dell'impegno delle zone di guerra, sia con riguardo agli effetti dei provvedimenti di blocco e interdizione disposti dalle pubbliche Autorità in conseguenza o come reazione al deflagrare dell'evento bellico. In entrambi i casi appare difficile eludere i temi della impossibilità sopravvenuta per forza maggiore o *factum principis*, con prevalenza su quelli della eccessiva onerosità sopravvenuta, e quindi considerare gli effetti risolutivi che ne conseguono, contrattuali o legali. Quel che è certo è che nei contratti di impiego dell'aeromobile, spesso molto complessi come è il caso dei formulari di *Aircraft Dry Lease and Services Agreement* o di *Wet Lease All Inclusive (Aircraft, Crew, Maintenance & Insurance ACMI)*, nei quali il *lessor* fornisce aeromobile, equipaggio e provvede anche alla manutenzione del mezzo e alla stipulazione dell'assicurazione, la clausola di forza maggiore – il cui inserimento a rigore di *common law* appare indispensabile per la disciplina degli effetti dell'impossibilità della prestazione – comprende l'evento guerra; essa spesso opera secondo un complicato meccanismo simile a quello delle 'War Risks Clause' del comparto marittimo che, presupponendo comunque la imprevedibilità e la inevitabilità, impone alla parte la cui prestazione si è rivelata impossibile, di comunicare tempestivamente la situazione e, a tutte le parti, di cooperare in buona fede per cercare di superare la situazione di inattuabilità venutasi a creare, consentendo la risoluzione del contratto, intesa come *extrema ratio*, solo nel caso in cui non sia oggettivamente possibile garantire l'adempimento entro un determinato periodo di tempo. Ed è ovvio che, di fronte all'evento 'guerra', inteso nella sua dimensio-

<sup>9</sup> In questo senso Queen's Bench Divisioni, Commercial Court, 30 aprile 2021; *J Wilmington Trust c. Spicjet*, in *Dir. mar.* 2022, 849 ss., con nota di M.S. CENINI e R.E. CERCHI, *Gli aeromobili sono a terra: se l'illegality e la frustration, al momento, non riescono a 'scalfire' il dry leasing, la Corte riporta lessee e lessors al tavolo delle trattative.*

<sup>10</sup> *National Carriers Ltd c. Panalpina (Northern) Ltd.* (1981) A.C. 675; *Raineri c. Miles* [1981] AE 1056; *Davis Contractor Ltd c. Fareham UDC* [1956]; TREITEL, *on The Law of Contract*, London, 2020.

ne fattuale e giuridica, particolarmente complicata appare la strada della effettiva conservazione del contratto e della sua manutenzione.

A ciò si aggiunga che il concetto di 'guerra' presupposto dalle clausole contrattuali che se ne occupano deve essere inteso in senso piuttosto ampio. Esso, infatti, assume un senso comprensivo, risultando ad esso riconducibili sia i tipici eventi bellici, sia gli eventi ad esso assimilabili, quali il terrorismo e la pirateria. Ma soprattutto, per il particolare rilievo che assume nell'ambito del regime di sanzioni cui si farà riferimento, è di rilievo la circostanza che tali clausole contemplano anche l'ipotesi del 'blocco' (*blockade*) che può interessare i velivoli immatricolati in determinati Stati o nella disponibilità di determinati soggetti, o interessare certi beni o equipaggi. Si tratta di una ipotesi che può certamente essere ricondotta estensivamente anche al regime di sanzioni predisposte dagli Stati contro la Russia, replicandone la fisionomia, a condizione che il concetto di 'blocco' espresso dalla clausola non venga assunto in senso esclusivamente fisico; essendo invece necessario farvi rientrare ogni genere di ipotesi che impedisca ai soggetti interessati, anche sul solo piano giuridico, di dare esecuzione al contratto (congelamento dei beni, fermi amministrativi, ecc.).

Proprio questo elemento ci induce a considerare un ulteriore aspetto che, sotto il profilo delle conseguenze provocate dall'evento 'guerra' sui contratti di impiego dell'aeromobile, si interseca con quelli ai quali si è fatto fin qui rapidamente riferimento.

### 3. Alcune considerazioni sugli effetti del regime sanzionatorio adottato dagli Stati

Tra gli effetti diretti dell'evento 'guerra', di indubbia rilevanza, come si è accennato, vi sono quelli rappresentati dalla reazione della Comunità internazionale nei confronti degli Stati belligeranti e del regime di sanzioni che normalmente ne consegue, caratterizzato molto spesso, come è il caso delle diverse azioni di carattere sanzionatorio messe in atto da Stati Uniti, Europa e Regno Unito, da disomogeneità e incertezza. Problema che scaturisce in primo luogo dal carattere unilaterale delle iniziative sanzionatorie che ne delimita l'ambito di applicazione all'interno dell'ordinamento che le ha adottate, essendo rivolte ai soggetti appartenenti a tali ordinamenti e non ad altri.

Il complesso sistema di sanzioni messo in atto unilateralmente da numerosi Stati e dalla UE<sup>11</sup> colpisce infatti gli individui, i soggetti, gli operatori e le imprese facenti capo allo Stato aggressore e, in quanto tale, sanzionato; tuttavia, esse,

<sup>11</sup> Sul concetto di sanzioni unilaterali, cfr. H. KAEMPFER, A.D. LOWENBERG, *Unilateral Versus Multilateral Sanctions: A Public Choice Perspective*, in *International Studies Quarterly*, 43, 1999, 37; S. SILINGARDI, *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, Milano, 2020.

dirette a limitare gli scambi e rapporti tra Stati membri e Federazione Russa, si rivolgono in primo luogo ai soggetti sottoposti alla giurisdizione di chi le emana e, quindi, per il caso della UE, le persone fisiche e giuridiche che di questa fanno parte<sup>12</sup>. Situazione apparentemente paradossale, ma evidentemente funzionale al raggiungimento del potenziale isolamento economico e commerciale che si ritiene determini il momento affittivo della sanzione<sup>13</sup>.

Ci sono poi previsioni specifiche con riferimento alle diverse modalità di trasporto (aereo, marittimo, terrestre). I regolamenti emanati in progressione dall'Unione europea dopo il 24 febbraio 2022, in continuità giuridica con quelli adottati nei confronti della Russia in concomitanza dell'annessione della Crimea<sup>14</sup>, intervengono, pur con alcune deroghe previste per specifici insopprimibili motivi di interesse superindividuale e diffuso (esigenze umanitarie, di sicurezza, di salvaguardia della vita umana, di approvvigionamento di beni essenziali), anche stabilendo il blocco di veicoli nella disponibilità di soggetti russi<sup>15</sup> e limiti e interdizioni a mezzi immatricolati in Russia (navi e aeromobili) o in esercizio a vettori russi (direttamente o mediante l'esecuzione, dal lato attivo o passivo, di accordi commerciali quali gli accordi di *code sharing* o *blocked-space*) rispetto alla possibilità di impegnare aree di competenza unionale, quali le strade, lo spazio

<sup>12</sup> A. LEANDRO, *I rapporti internazionali d'impresa al vaglio delle misure restrittive adottate dall'Unione europea in occasione del conflitto russo-ucraino*, in *Dir. comm. intern.*, 2022, 243 ss.

<sup>13</sup> L. PICOTTI, *Guerra, sanzioni, commercio internazionale, trasporti: profili contrattuali operativi*, in *Dir. trasp.*, 2023, 39 ss.

<sup>14</sup> In particolare, il reg. (UE) n. 692/2014 concernente restrizioni sulle importazioni nell'Unione di merci originarie della Crimea o Sebastopoli, in risposta all'annessione illegale della Crimea e di Sebastopoli, il reg. (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina. Il reg. (UE) n. 269/2014 del 17 marzo 2014, concernente misure restrittive relative ad azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, seguito della modifica apportata con Regolamento UE n. 476/2014 del Consiglio del 12 maggio 2014, all'art. 2 stabilisce «1. Sono congelati tutti i fondi e le risorse economiche appartenenti a, posseduti, detenuti o controllati, da qualsiasi persona fisica o giuridica, entità o organismo, o da qualsiasi delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi a essa associati elencati nell'allegato I. 2. È vietato mettere, direttamente o indirettamente, fondi o risorse economiche a disposizione delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi, o di qualsiasi delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi a essa associati elencati nell'allegato I, o destinarli a loro vantaggio».

<sup>15</sup> Il numero dei soggetti sanzionati inserito nell'Allegato A del Regolamento (UE) n. 269/2014 è andato progressivamente aumentando a seguito dell'invasione russa in Ucraina come pure sono stati modificati i criteri soggettivi di inserimento nell'allegato. Con decisione (PESC) 2022/239 del 25 febbraio 2022, vengono considerati i soggetti «responsabili di azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina», coloro che «sostengono, materialmente e finanziariamente, i decisori russi responsabili dell'annessione della Crimea o della destabilizzazione dell'Ucraina, ovvero che traggono vantaggio dagli stessi», come pure gli «imprenditori di spicco che operano in settori economici che costituiscono una notevole fonte di reddito per il governo della Federazione russa».

aereo, le acque e infrastrutture di superficie (porti e aeroporti), come pure divieti e interdizioni alla possibilità di importare o esportare determinati beni.

La mancanza di chiarezza ed uniformità influisce significativamente sul comparto trasporti. L'incertezza normativa si traduce poi in una incertezza sul rischio, con la conseguenza che si rende particolarmente problematico, come si vedrà brevemente, il rapporto con il comparto assicurativo da sempre strettamente funzionalizzato alle attività di trasporto.

Esse, come detto, hanno come destinatari i soggetti, imponendo loro determinate condotte per lo più sotto forma di divieti: divieto di sorvolo dello spazio aereo dell'Unione europea da parte dei vettori russi, che siano vettori operativi o contrattuali; divieto di sorvolo, atterraggio o decollo analogo per gli aeromobili, immatricolati o meno in Russia, che siano posseduti, noleggiati o controllati da soggetti russi. Inoltre, il reg. UE 2022/328, all'art. 3 c) proibisce, con riferimento a «aircraft, spacecraft and parts thereof» di «sell, supply, transfer or export, directly or indirectly, goods and technology suited for use in aviation or the space industry».

Lo stesso articolo proibisce la fornitura a soggetti russi o da impiegare in Russia di attività di assistenza e di supporto, strumentali e complementari, relative all'impiego operativo del veicolo, tra le quali, di grandissima importanza, la fornitura dei servizi di assicurazione e riassicurazione.

In virtù di queste disposizioni, i fornitori europei (ma lo stesso discorso è riferibile ai cittadini USA e UK in ragione di analoghe disposizioni stabilite in quegli ordinamenti) di veicoli e servizi strumentali ad essi correlati hanno inoltre dovuto risolvere i loro contratti in essere con interlocutori russi. Queste norme hanno quindi legittimato azioni volte a riottenere la disponibilità dei velivoli in capo ai proprietari, mediante iniziative che non sempre hanno sortito, come si dirà, risultati positivi.

È certo che l'applicazione pratica di tali disposizioni ha dato luogo ad una serie di problemi e interrogativi a cascata, che si sono rivelati di particolare complessità proprio in virtù del fatto che, nel settore di contratti di impiego dell'aeromobile, si dissociano posizioni dominicali, quali proprietà o altri diritti reali, posizioni di esercizio, posizioni di godimento delle utilità che scaturiscono dall'esercizio, posizioni di finanziamento e di garanzia. Ad essi sono poi ricollegabili i temi delle responsabilità contrattuali verso i terzi creditori commerciali di quei soggetti colpiti direttamente dalle sanzioni che impediscono l'impiego dell'aeromobile che è strumentale all'esecuzione dell'operazione contrattuale.

#### 4. (segue) *Dimensione soggettiva degli effetti del regime sanzionatorio*

Proprio questo tema merita qualche notazione particolare, poiché il problema del fermo dei mezzi o del congelamento dei medesimi per il periodo di vigenza delle sanzioni è di particolare delicatezza; essi, infatti, ripropongono la fre-

quente ipotesi del disallineamento tra proprietà ed impiego commerciale, determinata dalla prassi dei contratti di utilizzazione dei veicoli, soprattutto della navigazione marittima e aerea, quali i contratti di *charterparty* o di *lease* aeronautico. Il rischio, infatti, è che si giunga a forme di penalizzazione di posizioni che non sono direttamente riferibili ai soggetti destinatari *ex lege* delle sanzioni.

Per l'ambito aeronautico bisogna partire dal celebre caso *Bosphorous Airways*<sup>16</sup>. In questo caso la Corte europea ha interpretato la norma di riferimento<sup>17</sup> stabilendo che debba essere sottoposto a provvedimento di sequestro (una sorta di sequestro amministrativo disposto come misura preventiva; in Italia mediante decreto del Ministero economia e finanze) anche l'aeromobile di proprietà di soggetto stabilito nella Repubblica federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro) o operante a partire dal territorio di questa, ma ceduto in godimento temporaneo mediante contratto di *dry lease* ad altro soggetto non stabilito in tale Repubblica né operante a partire dal suo territorio, né controllato in alcun modo da soggetto sottoposto a sanzioni. In tal caso la Corte ha valorizzato il contesto e gli scopi della disciplina. I diritti fondamentali, quali sono il diritto al rispetto della proprietà privata e il diritto al libero esercizio di un'attività commerciale, non sono stati intesi come prerogative assolute, così che il loro esercizio è stato ritenuto passibile di restrizioni, fino all'ipotesi del fermo, in nome di obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità<sup>18</sup>. Al cospetto di una finalità di interesse generale così fondamentale per la Comunità internazionale, vale a dire porre fine allo stato di guerra nella regione e alle violazioni del diritto umanitario internazionale, il sequestro dell'aeromobile, di proprietà di un soggetto stabilito nella Repubblica federale di Jugoslavia o operante a partire dal suo territorio (misura che si aggiunge al congelamento dei canoni di locazione pagati dal *lessee* in favore del soggetto direttamente sanzionato), non può essere considerato né inadeguato né sproporzionato, anche qualora colpisca gli interessi di colui che, estraneo alle sanzioni in prima battuta, di tale aeromobile si sia assicurato la disponibilità e ne curi l'esercizio in concreto.

<sup>16</sup> CGCE 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e al.*; e Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, causa n. 45036/98.

<sup>17</sup> Art. 8 reg. CE n. 990/93, relativo agli scambi tra la Comunità economica europea e la Repubblica federale di Jugoslavia, il quale dispone che «tutte le imbarcazioni, tutti i veicoli da trasporto, tutto il materiale rotabile e tutti gli aeromobili la cui proprietà è detenuta da una persona o da un'impresa stabilita nella Repubblica federale di Jugoslavia – Serbia e Montenegro – o operante a partire da quest'ultima sono sequestrati dalle autorità competenti degli Stati membri».

<sup>18</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. intern.* 2005, n. 3, 762 ss. Sul caso in generale e sui conseguenti sviluppi processuali, cfr. C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, vol. 6, n. 1, 87 ss.; S. DOUGLAS-SCOTT, *The Bosphorus Case: human rights in the EU and ECHR*, in *Common Market Law Review*, 2006, n. 1, 243 ss.

Questa decisione ha assunto un rilievo determinate nella configurazione dell'ambito di operatività del sistema di sanzioni in termini generali. I diritti fondamentali alla proprietà, alla libertà di movimento ed alla libertà di impresa, sono stati anche recentemente intesi come privi di carattere assoluto e pertanto possono legittimamente essere sottoposti a restrizioni o limitazioni che si giustificano in ragione della preminenza degli obiettivi di interesse generale quale, con riferimento alla cronaca più recente, la tutela dell'integrità territoriale, della sovranità e dell'indipendenza di uno Stato aggredito (è il caso dell'Ucraina), che collima con l'obiettivo più ampio di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale<sup>19</sup>.

La prospettiva della sanzione del fermo e blocco di velivoli (e di altri mezzi di trasporto) appare pertanto essenzialmente fungibile, purché ci si rivolga, sia sotto il profilo statico (proprietà dell'aeromobile, immatricolazione) che dinamico (esercizio operativo del velivolo), a soggetti riconducibili allo Stato sanzionato. La dimensione cui esplicitamente si riferisce la norma nell'individuare l'obiettivo del meccanismo sanzionatorio rileva quindi con preponderanza sull'elemento dell'esercizio del velivolo quando questo si manifesti in forma dissociata dalla proprietà e sia stato assunto da soggetto di per sé estraneo all'impianto sanzionatorio. Si tratta di una presa di posizione che muove da una attenzione sostanzialistica. L'interesse è quello di rafforzare ulteriormente la pressione esercitata sullo Stato sanzionato. Garantire la continuità dell'esercizio (di soggetto estraneo alle sanzioni), antepoendolo alla dimensione statica della proprietà (del soggetto riferibile allo Stato sanzionato), secondo lo spirito della linea interpretativa in esame, metterebbe a rischio l'efficacia delle sanzioni, che consistono nel congelamento di tutti i mezzi di trasporto, ivi compresi gli aeromobili, appartenenti o riconducibili allo Stato sanzionato e ai suoi cittadini. Infatti – sostiene la Corte – il semplice trasferimento dell'esercizio e della gestione quotidiana dei mezzi di trasporto, mediante un contratto di locazione o noleggio o in altro modo che non comporti trasferimento di proprietà, consentirebbe a tale Stato o ai suoi cittadini di sottrarsi all'applicazione delle sanzioni.

Questa presa di posizione del giudice europeo è, come detto, un punto di arrivo, i cui principi sono destinati a ricevere applicazione diffusa non solo per i contratti di *dry lease* di aeromobile, cui il caso specifico si riferisce, ma anche per la variegata tipologia dei contratti di *wet lease*. Di ciò si ricava conferma proprio dal sistema sanzionatorio messo ulteriormente a punto contro la Russia il quale, con il III pacchetto di misure del 28 febbraio 2022 (al momento della presente relazione, siamo arrivati all'undicesimo pacchetto di misure del 23 giugno 2023), ha previsto il divieto ai vettori russi e a qualsiasi aeromobile immatricolato in Russia, o posseduto, noleggiato o controllato da persone fisiche e giuridiche

<sup>19</sup> In tal senso, Trib. UE 21 giugno 2022 T-234/22R; *Gulbakhov c. Commissione europea*; in *Dir. mar.* 2022, 800, con nota di C. DEL RE, *Due casi in tema di sanzioni nei confronti della Russia*.

russe di atterrare nel, decollare dal o sorvolare il territorio dell'Unione, rendendo di fatto impossibile la movimentazione fisica fra la Russia e la Ue.

Si colpisce, quindi, l'aeromobile in quanto tale. La dissociazione tra proprietà ed esercizio rimane pertanto ininfluenta, essendo destinata, tutt'al più, a produrre conseguenze sugli assetti contrattuali tra le parti e sulle responsabilità commerciali dei contraenti nei confronti di eventuali terzi (passeggeri, caricatori, ecc.).

5. (segue) *Il problema dei limiti della dimensione dominicale sull'effettività delle sanzioni: le situazioni affidanti e il trust*

Tuttavia, la prassi ha messo in luce come anche nella sola dimensione dominicale esista una zona, una sfera, i cui confini non sono così facilmente delineabili, che, chiamando in gioco individui e interessi differenti, rende comunque problematica l'individuazione del soggetto sanzionabile. Questo ambito coinvolge la dimensione della proprietà di beni di rilevanza economica notevole, tra i quali, come è intuibile, vanno annoverati anche gli aeromobili.

Si tratta degli effetti delle c.d. 'situazioni affidanti' e, in particolare, del *trust* e della configurabilità o meno di un effetto traslativo del conferimento dei beni che, in caso affermativo, provocherebbe la potenziale successiva estromissione del disponente, determinando il passaggio di proprietà del bene in capo al *trustee* (*legal owner* dei beni fino al trasferimento ai successivi beneficiari). Venendo meno il potere (diretto o indiretto) di gestione e controllo del bene in capo al *settlor* (nel silenzio dell'atto istitutivo e della legge regolatrice), il tema dell'individuazione del presupposto che consenta di applicare un provvedimento sanzionatorio di congelamento nei confronti del bene conferito nel *trust* diviene insidioso, quando obiettivo del provvedimento di blocco sia proprio il patrimonio del disponente<sup>20</sup>.

Il tema, in effetti, è particolarmente complesso, perché impone il confronto con norme di riferimento, nazionali o europee, che si occupano delle conseguenze sul *trust* e altre situazioni affidanti a proposito di ipotesi non esattamente coincidenti con quella in esame. Viene infatti primariamente in gioco la direttiva UE n. 2015/849 del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo (che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione). Essa, all'art. 3, co. 6, lett. b) n. 1), prevede che, in caso di *trust*, il disponente rientra nel novero dei «titolari effettivi», ossia di quei soggetti «che in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o le per-

<sup>20</sup> Nel caso del conflitto russo-ucraino in ragione del regolamento di esecuzione UE 2022/336 del 28 febbraio 2022 modificativo del regolamento UE 269/2014.

sono fisiche per conto delle quali è realizzata un'operazione o un'attività». Analoga disposizione è vigente nell'ordinamento italiano a proposito delle misure a contrasto del riciclaggio e del terrorismo (art. 22, co. 5 d.lgs. n. 231/2007, come modificato con d.lgs. n. 90/2017). A ciò si aggiunga che proprio in tale contesto interviene l'orientamento espresso dalla giurisprudenza della sezione tributaria della Corte di cassazione italiana secondo cui l'intestazione al *trustee* non implica un vero e proprio effetto traslativo dei beni, ma un atto dispositivo di mero carattere formale, a titolo gratuito, dei beni stessi, con finalità che spesso sono essenzialmente di carattere segregativo rispetto al patrimonio personale del *settlor*<sup>21</sup>.

Proprio alla luce di questo quadro non di immediata e scontata lettura, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con ordinanza dell'11 aprile 2023 n. 6256/2023 (causa n. r.g. 5205/2022), ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) in via pregiudiziale la questione concernente «la possibilità di ritenere che i beni, le risorse e i rapporti oggetto di conferimento possano essere ritenuti comunque 'appartenenti' al disponente, sebbene lo stesso non sia utilizzatore o gestore dei beni conferiti né beneficiario finale degli stessi, ovvero, a soggetto 'associato' al disponente o, in ultima analisi, 'controllato'<sup>22</sup> dal disponente stesso, con il conseguente effetto di potere applicare, in caso di beni conferiti in *trust* dal disponente designato (o listato), le misure di congelamento previste dall'art. 2, co. 1 del Regolamento UE n. 269/2014».

Viene quindi in gioco l'interpretazione del concetto di 'appartenenza' introdotta dall'art. 2, co. 1 del Regolamento UE n. 269/2014; si tratta infatti di stabilire se il concetto, rilevante ai fini dell'applicazione della sanzione (congelamento dei beni), si configuri non solo in caso di appartenenza formale o diretta del bene al soggetto designato, ma anche nei casi di «appartenenza sostanziale o indiretta», ipotesi in cui (come nell'ipotesi del *trust*) un soggetto (il disponente), pur non possedendo direttamente i beni conferiti né avendone la disponibilità o l'intestazione formale, è obiettivamente in grado di esercitare un'influenza sostanziale sui beni; vuoi perché è in grado di riacquisirne anche la proprietà formale (come detto, per scioglimento anticipato del *trust fund* ovvero per rifiuto o impossibilità di devoluzione ai beneficiari), vuoi perché, istituendo il *trust* e affidando la gestione

<sup>21</sup> Cass. civ., 28 ottobre 2021, n. 30430; Cass. civ., 21 dicembre 2020, n. 29199; Cass. civ., 15 novembre 2019, n. 29727.

<sup>22</sup> Sul concetto di controllo, e su quello più ampio di *shadow-listed subjects*, le *EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures*, aggiornate dopo l'invasione in Ucraina, precisano che un soggetto, che sia persona fisica o giuridica, è in posizione di controllo su una persona giuridica diversa quando esercita una influenza determinata sulla sua condotta. Il particolare livello di interferenza negli affari di altra impresa è accertato mediante la valorizzazione di alcuni elementi, tra i quali rilevano il potere di intervenire sulla maggioranza dei membri del suo organo di amministrazione, di direzione e di vigilanza; la possibilità di impiegare il suo patrimonio; la gestione strategica aziendale; la condivisione delle sue esposizioni finanziarie; la gestione delle risorse umane.

ed il controllo a soggetti di sua fiducia, da lui scelti, è in grado preventivamente di orientarne l'utilizzo (e soprattutto la destinazione finale).

Peraltro, poiché la norma richiamata assimila, quanto agli effetti (congelamento del bene), alla posizione qualificata di 'appartenenza' anche quella di colui che rispetto al titolare di tale appartenenza si ritrovi in una posizione 'associata' e quella di colui che, benché non nominalmente titolato, eserciti sul bene un controllo, alla Corte viene chiesto un supplemento di indagine anche con riguardo a questi ulteriori profili. Infatti, anche nel caso in cui si ritenga di dovere privilegiare la concezione formalistica del concetto di 'appartenenza' (formale intestazione del bene) – escludendo, dunque, che il bene 'appartenga' al disponente per i fini sanzionatori in discussione – sarà indispensabile verificare se il disponente possa comunque rientrare tra coloro che possono essere considerati 'associati' alla persona fisica o giuridica designata ovvero eserciti una posizione di controllo sul bene stesso. Infatti, il disponente, pur non essendo più nominalmente intestatario del bene, potrebbe continuare a mantenere un legame significativo col bene o una situazione di controllo, almeno finché lo stesso non sia stato trasferito ai beneficiari (uscendo quindi dal *trust fund*)<sup>23</sup>, conservando un rapporto privilegiato col bene che giustificerebbe l'applicazione della sanzione. Attendiamo quindi che su tali importanti interrogativi si pronunci la Corte di giustizia europea la cui decisione è destinata, come appare evidente, a rilevare ben oltre i limiti del pur complesso tema della soggettività del trust e delle altre situazioni affidanti.

*6. L'indennizzo assicurativo per perdita dell'aeromobile in caso di mancata restituzione del medesimo a causa degli effetti delle sanzioni*

Concludo questo intervento con un cenno ad un problema connesso, anch'esso di grande importanza. Le situazioni che hanno condotto alla risoluzione dei contratti di impiego dell'aeromobile, in corso al momento del deflagrare del conflitto in Ucraina (con effetto dal 28 marzo 2022), in conseguenza delle sanzioni disposte da UE e UK, come anche i provvedimenti di blocco dei velivoli

<sup>23</sup> Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha quindi sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: «A) Se l'art. 2, co. 1 del Regolamento Ue n. 269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto cui il bene o le risorse appartengono; B) (in caso di risposta negativa) Se l'art. 2, co. 1 del Regolamento Ue n. 269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto associato alla persona cui il bene o le risorse appartengono; C) (in caso di risposta negativa) Se l'art. 2, co. 1 del Regolamento Ue n. 269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto che controlla il bene o le risorse».

in esercizio presso soggetti facenti capo a Stati destinatari di sanzioni hanno legittimato le iniziative promosse dai proprietari e dai *lessors* dei velivoli volte a riottenere la disponibilità. La cronaca ha posto in evidenza tali tentativi i quali, come detto, non sempre si sono rivelati positivi (*Commercial High Court* di Colombo, Sri Lanka). Peraltro, il governo russo, in risposta alle sanzioni disposte da USA, UK e UE, l'11 marzo 2022 ha emanato un provvedimento con il quale: a) è stata vietata l'esportazione e la fuoriuscita degli aeromobili al momento operanti in Russia; b) sono stati riconosciuti come validi i certificati di aeronavigabilità e le licenze di esercizio straniere degli aeromobili operanti in Russia; c) è stato consentito, in spregho dell'art. 18 della Convenzione di Chicago del 1944, alle compagnie aeree nazionali russe di reimmatricolare aeromobili nel registro aeronautico russo, senza prevedere la necessità della previa cancellazione dal registro di provenienza<sup>24</sup>.

Questa situazione di conflitto sul piano sostanziale e processuale si riflette immediatamente su quello assicurativo. Infatti, proprio dai non sempre felici esiti delle iniziative dei *lessors* volte a riottenere la disponibilità degli aeromobili concessi in *leasing* a soggetti sanzionati sono scaturiti i tentativi di riscuotere dagli assicuratori gli indennizzi stabiliti dalle polizze assicurative per l'ipotesi di perdita (totale) del velivolo e di perdita costruttiva. Emblematica di tale realtà è la nota controversia giudiziaria che coinvolge *AerCap Ireland Limited* in qualità di attore e *AIG Europe S.A.* e *Lloyd's Insurance Company S.A.* in qualità di convenuti dinanzi alla *Commercial Court of the Business & Property Courts della High Court of Justice* di Londra; quest'ultima, preso atto dell'aumento esponenziale dei *claims*, riguardanti centinaia di aeromobili condotti in *leasing* da operatori russi e numerosi motori di aeromobili, sta esplorando delle misure di gestione collettiva delle controversie con il lodevole intento, talvolta premiato (alcuni conflitti sono stati infatti risolti in transazione), di pervenire e assicurare soluzioni uniformi. La controversia si risolve nel tema essenziale se possa essere equiparata, ai fini della configurabilità del diritto all'indennizzo, alla perdita fisica (effettiva) del bene (perdita materiale di ciascun aeromobile e motore) l'ipotesi diversa dell'impossibilità del *lessor* di rimpossessarsi del bene (nel caso di specie, ben 116 velivoli e 23 motori) benché essi siano operativi nella disponibilità dei *lessees* (conduttori o noleggiatori). La vicenda, come è intuibile, è di grande interesse perché coinvolge il tema della nozione di 'perdita' del velivolo la cui dimensione è ritenuta non perfettamente coincidente con il corrispondente concetto contemplato negli istituti assicurativi più propriamente marittimi che comprende, oltre alla perdita totale, l'ipotesi della perdita totale costruttiva basata sulla privazione del posses-

<sup>24</sup> C. BONACCI, *Aviation Insurance Claims in Leasing Contracts Arising from the Russia-Ukraine Conflict: an Update from English Courts*, in *Aviation & Space Journal*, 3, 2023, 4 ss.

so fisico dell'aeromobile e dei motori in circostanze in cui il recupero è incerto<sup>25</sup>. Tema assai delicato anche sotto il profilo sistematico se si considera, tra l'altro, che l'applicabilità dei principi marittimistici alle polizze assicurative aeronautiche è normalmente esclusa dalla prassi (con particolare riferimento al principio della irrecuperabilità della perdita).

Risolto il problema della configurabilità o meno della perdita totale nell'ipotesi di irrecuperabilità del bene, altro problema, al primo logicamente subordinato, è quello della applicabilità o meno, in caso di soluzione affermativa del medesimo, della polizza *Hull All Risks* (che, tuttavia, con la clausola AVN 48B esclude dalla copertura i rischi causati da particolari eventi come guerre, invasioni, tensioni internazionali, confische, nazionalizzazioni, sequestri o appropriazioni da parte di o sotto l'ordine di qualsiasi governo) o della polizza *War Risks* (LSW 555 - *Aviation Hull 'War and allied perils' Policy*). La formulazione delle polizze aeronautiche maggiormente in uso (clausola LSW555D) contiene un'ampia descrizione dei pericoli legati alla guerra, tale da potere richiedere al tribunale un'analisi speciale sul nesso di causalità tra pericolo specifico e ciascun aeromobile oggetto della richiesta di indennizzo. Ma il tema essenziale e decisivo rimane quello di stabilire se abbia o meno una rilevanza causale autonoma, rispetto al fermo dell'aeromobile, il rifiuto degli operatori di procedere alla riconsegna degli aeromobili benché continuino a gestirli con regolarità.

## 7. Conclusioni

La prassi ha posto in evidenza come l'evento 'guerra' risulti efficacemente disciplinato nel sistema dei contratti di impiego dell'aeromobile. Clausole specifiche sul rischio contrattuale che tipizzano il rischio guerra, seppure di diversa natura, consentono alle parti di assistere al meglio i propri interessi in un contesto di sostanziale alterazione dell'assetto originario che tuttavia viene considerato secondo una logica che è funzionalmente volta a superare i rigori della teoria della *frustration*. Il problema di maggior rilievo appare invece essere quello legato all'efficacia e della disponibilità del regime delle sanzioni che vengono disposte dagli Stati. La particolare complessità della fisionomia dei contratti di impiego dell'aeromobile e di quelli assicurativi ha messo in luce infatti quanto sia significativo e problematico l'impatto degli effetti collaterali di tale regime, alcuni dei quali sembrano non essere stati esattamente prefigurati dal legislatore. Abbiamo accennato solo ad alcuni di questi problemi la cui prospettiva appare ancora assai fluida. Le risposte che perverranno dalla giurisprudenza al cui giudizio sono sta-

<sup>25</sup> Sul concetto di perdita della nave, rilevante in tema di abbandono delle merci agli assicuratori ex artt. 541 e 540, lett.a) c. nav., si è pronunciata recentemente la Corte di Cassazione italiana; cfr. Cass. 26 aprile 2022 n. 12975, con nota di A. CARDINALI, *Abbandono della merce agli assicuratori: la non riparabilità della nave*, in *Dir. trasp.*, 2022, 695 ss.

te poste questioni interpretative di rilievo delineeranno con maggior precisione l'attuale quadro d'insieme. Esse, al tempo stesso, si rileveranno utili per calibrare al meglio i successivi interventi in modo tale che possano essere superati i limiti di scarsa efficacia posti in luce dalla prassi e, nel contempo, possano essere prevenuti quegli effetti controproducenti, se non dannosi, per gli interessi tutelati, che si rivelano in tutti quei casi in cui il bene, l'aeromobile, sia nella disponibilità, mediante contratti di impiego, di soggetti non destinatari diretti delle sanzioni e che non ne sono proprietari.

## A SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO NO PERÍODO PRÉ-CODIFICAÇÃO E O DIREITO ROMANO

BERNARDO B. QUEIROZ DE MORAES

**RESUMO:** Nos últimos anos renovaram-se os estudos acerca da história do direito no Brasil do século XIX. No que diz respeito ao direito civil, estende-se um pouco esse limite temporal e se adota como marco divisório a promulgação do primeiro Código Civil em 1916 (já no início do século XX, portanto). Foi com ele que o país passou a ter uma identidade própria mais evidente. E ele é fruto do trabalho de sistematização de poucos juristas a partir da década de 1850. Alguns nomes são muito referidos e estudados (como Teixeira de Freitas). Outros menos. O conhecimento de seus nomes e principais obras é fundamental para se compreender a base fundamental do direito civil brasileiro e entender algumas linhas de sua evolução até os dias atuais. A sua indicação e as suas conexões com o direito romano são o objeto do presente artigo.

**SINTESI:** Negli ultimi anni si sono rinnovati gli studi sulla storia del diritto in Brasile nel XIX secolo. Per quanto riguarda il diritto civile, questo limite temporale si è un po' esteso e si è adottato come punto di partenza la promulgazione del primo Codice Civile nel 1916 (quindi, già agli inizi del XX secolo). Fu con esso che il Paese iniziò ad avere una propria più evidente identità. Ciò è frutto del lavoro di sistematizzazione di pochi giuristi a partire dagli anni '50 del 1800. Alcuni nomi sono molto citati e studiati (come Teixeira de Freitas), altri meno. La conoscenza dei loro nomi e delle loro opere principali è fondamentale per comprendere le basi del diritto civile brasiliano e alcune linee della sua evoluzione fino ai giorni nostri. Il loro ricordo e le loro relazioni con il diritto romano costituiscono l'oggetto del presente articolo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Brasil; Direito civil; Direito romano; Código Civil de 1916; principais juristas.

**PAROLE CHIAVE:** Brasile; Diritto civile; Diritto romano; Codice Civile del 1916; principali giuristi.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. – 2. Base portuguesa até 1854. – 3. A contribuição seminal de Teixeira de Freitas ao direito brasileiro. – 4. A Parte Geral. – 5. Direito de Família. – 6. Direito das Coisas. – 7. Direito das Obrigações. – 8. Direito das Sucessões. – 9. Conclusão.

## 1. Introdução

«Não chegaram a quinze os bons volumes brasileiros sobre direito civil, publicados antes do Código»<sup>1</sup>. A frase, dita originalmente em 1928 por um jovem estudioso (36 anos) que se tornaria um dos maiores civilistas brasileiros do século XX<sup>2</sup>, parece exagerada, mas traz uma verdade difícil de ser contestada. Até a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro (em 1916), poucas foram as obras que efetivamente se desvincularam minimamente do espírito português e demonstraram uma identidade nacional.

Conquistada a independência política em 1822, desde o princípio houve esforços no sentido de se criar um direito que melhor refletisse os anseios da sociedade brasileira. Foi nesse contexto que foram fundados os cursos jurídicos em 1827 e que a Constituição do Império (1824) ordenava: «Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade» (art. 179, XVIII). No que diz respeito ao direito civil, contudo, somente após 28 de abril de 1854, com os novos Estatutos para as Faculdades de Direito<sup>3</sup>, o ordenamento constitucional (e desejo dos civilistas brasileiros) começou a ganhar forma, em um longo processo que só terminou em 1916, com a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro<sup>4</sup> (portanto, uma codificação tardia para o contexto latino-americano<sup>5</sup>).

Nesse trajeto de mais de sessenta anos, poucos civilistas tiveram a sensibilidade adequada para, a partir da leitura do direito de então (luso-brasileiro, de forte raiz romana) e acolhendo as categorias mais importantes da pandectística alemã, construir um novo sistema em manuais que se tornaram por décadas as principais referências de qualquer aplicador do direito. Uma quinzena de obras, de apenas sete autores principais, foram as mais importantes para a formação do imaginário do civilista brasileiro. Em todas elas há uma forte presença das fontes e forma de raciocinar romanos, em especial das Institutas de Justiniano<sup>6</sup> («O direito civil brasileiro é o direito privado romano», disse o principal responsável pelo primeiro Código Civil do Brasil, Beviláqua<sup>7</sup>). É fundamental entender esse

<sup>1</sup> F.C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1981<sup>2</sup>, 64 (referindo-se ao primeiro Código Civil brasileiro, de 1916). Já era, à época, respeitado por conta de obra publicada originalmente em 1922: F.C. PONTES DE MIRANDA, *Sistema de ciência positiva do direito*, I-IV, Rio de Janeiro, 1972<sup>2</sup>, dentre outras.

<sup>2</sup> Sobre ele cf. AA.VV., *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*, sob a organização de G. CARCATERRA – M. LELLI – S. SCHIPANI, Padova, 1989, *passim*.

<sup>3</sup> Decreto 1.386/1854, artigo 3º.

<sup>4</sup> Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

<sup>5</sup> Para uma visão geral desse movimento de codificação, cf. B.B.Q. MORAES, *Parte Geral do Código Civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*, São Paulo, 2018, 129 ss.

<sup>6</sup> Acerca do papel das Institutas de Justiniano nesse período, cf. B.B.Q. MORAES, *O estudo direto das fontes romanas no Brasil*, nesta Revista [no prelo].

<sup>7</sup> C. BEVILAQUA, *O direito no Brasil: a sua feição particular, os seus grandes interpretes*, Rio de Janeiro, 1910, 10.

momento inicial para bem compreender o atual direito civil do Brasil<sup>8</sup>. É o que se pretende delinear a seguir<sup>9</sup>.

## 2. Base portuguesa até 1854

Como já mencionado, até 1854 não se pode falar em um verdadeiro direito civil brasileiro. Aplicava-se a legislação portuguesa (centrada nas *Ordenações Filipinas* de 1603), ensinava-se com base em manuais portugueses (em sua maioria publicados em Coimbra) e houve poucas tentativas efetivas de construção de algo novo. Em outras palavras, o direito civil brasileiro espelhava o direito civil português. Nossas principais referências eram as principais referências deles. Qualquer boa biblioteca (pública ou privada) normalmente tinha os seguintes autores como mais consultados (os 'guias espirituais do foro'<sup>10</sup>): P.J. Mello Freire (1738-1798)<sup>11</sup>, M. Almeida e Souza ['Lobão'] (1745-1817)<sup>12</sup>, M. Borges Carneiro (1774-1833)<sup>13</sup>,

<sup>8</sup> Sempre foi polêmica a unidade do direito civil e do direito comercial ao interno de um Código Civil no Brasil. Como o Código Civil de 1916 optou por só tratar da matéria civil (até porque os brasileiros já tinham um Código Comercial desde 1850), serão indicadas a seguir somente aquelas obras fundamentais para o desenvolvimento do direito civil. Contudo, quanto ao direito comercial, pode-se rapidamente referir que no século XIX a obra mais influente foi a de J. SILVA LISBOA ('Visconde de Cairú'), *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, I-VII, Rio de Janeiro, 1874<sup>6</sup> (mas a primeira edição, publicada em Portugal, é anterior à vinda da Família Real para o Brasil). Mais próximo da promulgação do Código Civil, já no século XX, o nome mais referido na matéria era J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, I-VIII (alguns divididos em partes), São Paulo, a partir de 1910. Para outros nomes importantes para a evolução do direito comercial brasileiro, cf. P. A. FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro*, São Paulo, 2023<sup>6</sup>, 30 ss.

<sup>9</sup> Para uma análise um pouco diversa do período, mas com algumas conclusões equivalentes, cf. J.C. MOREIRA ALVES, *O Direito Romano na formação dos civilistas brasileiros até o advento do Código Civil*, em *Index*, 14, 1986, 225 ss.

<sup>10</sup> Para uma visão da época, cf. A.J. RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro – Parte Geral*, II, Rio de Janeiro, 1865, 344 ss. «Coelho da Rocha, supprindo as lacunas com o código da Prussia, Corrêa Telles, com receio de passar por inovador, recorrendo á opinião dos doutores velhos e já fallecidos, Borges Carneiro, pedindo a Heineccio subsidios para formar o *jus constitutum* erão, com Mello Freire e Almeida Lobão, os guias espirituas do fôro» – C.A. CARVALHO, *Direito civil brasileiro recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, 1899, VI.

<sup>11</sup> *Institutiones juris civilis Lusitani cum publici tum privati*, I-IV, Coimbra, 1853<sup>5</sup>; *Historia juris civilis Lusitani*, Coimbra, 1853<sup>5</sup>.

<sup>12</sup> *Notas de uso pratico e criticas, addições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio*, I-III, Lisboa, 1847; *Collecção de dissertações juridico-praticas, em supplemento ás notas ao livro terceiro das Instituições do Doutor Pascoal José de Mello Freire*, 1839.

<sup>13</sup> *Direito civil de Portugal*, I-IV, Lisboa, 1867<sup>5</sup>.

J. H. Corrêa Telles (1780-1849)<sup>14</sup>, A.R. Liz Teixeira (1790-1847)<sup>15</sup>, M.A. Coelho da Rocha (1793-1850)<sup>16</sup> e J. Dias Ferreira (1837-1907)<sup>17</sup>.

A obra basilar do período é a de Mello Freire («Papiniano deste Reino»<sup>18</sup>)<sup>19</sup>. Por volta da época da vinda da Família Real portuguesa para o Brasil (em 1808), seus livros eram o principal compêndio não estrangeiro adotado na Faculdade de Direito de Coimbra<sup>20</sup>. E as *Institutiones juris civilis Lusitani*, como o próprio título indica, na parte do direito privado, são uma sistematização a partir das categorias-chave das Institutas de Justiniano<sup>21</sup>, mas adequadas ao direito português da época. A escolha desse texto jurídico romano era justificável para um compêndio, pois os alunos iniciavam seu curso pela leitura das Institutas desde o final do século XVIII (em Coimbra) e no início do século XIX pela versão comentada de Waldeck a Heinécio<sup>22</sup>.

E, apesar de Portugal ser um Estado unificado há séculos e de a obra ser de direito nacional, em Mello Freire é claramente perceptível a importância das fontes romanas, que aparecem mencionadas em equilíbrio, por exemplo, com as fontes de direito comparado (elas são, por exemplo, mais de um quinto de todas as referências indicadas pelo autor<sup>23</sup>), mas que não tem mais valor absoluto (autoridade extrínseca), devendo ser empregadas de forma equilibrada (conforme a 'boa-razão'), naquilo que colaborar para a integração e compreensão do direito da época (com base em especial na interpretação que lhe dá o '*usus modernus pandectarum*'<sup>24</sup>).

<sup>14</sup> *Digesto português*, I-III, Coimbra, 1835-1836; *Commentario critico à Lei da Boa razão em data de 18 de agosto de 1769*, Lisboa, 1824.

<sup>15</sup> *Curso de direito civil português ou Commentario ás Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*, I-III, Coimbra, 1856<sup>3</sup>.

<sup>16</sup> *Instituições de direito civil português*, I-II, Coimbra, 1857<sup>4</sup>.

<sup>17</sup> *Código Civil português anotado*, I-IV, Lisboa, 1870-1875.

<sup>18</sup> M. ALMEIDA E SOUZA, *Notas de uso pratico e criticas, addições, illustrações e remissões á imitação das de Muller a Struvio*, I, Lisboa, 1847, 3.

<sup>19</sup> «Antes de Paschoal jazião dispersos e mutilados os elementos do Direito Patrio; elle os reuniu, escoimou-os das feses que os deturpavão, organisou-os, deu-lhes unidade, restituiu-lhes a côr nacional e fundou em Portugal a sciencia do Direito Civil» – L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de familia*, Rio de Janeiro, 1869, XXI.

<sup>20</sup> M.P. MERÊA, *O ensino do direito*, em AA.VV., *Jurisconsultos portugueses do século XIX*, I, dir. de J. PINTO LOUREIRO, Lisboa, 1947, 165.

<sup>21</sup> P.J. MELLO FREIRE, *Institutiones juris civilis Lusitani cum publici tum privati*, II, *De jure personarum*, Coimbra, 1853<sup>5</sup>, VII.

<sup>22</sup> P. WALDECK, *Institutiones juris civilis Heineccianae emendatae atque reformatae*, Coimbra, 1805. A obrigatoriedade de adoção na Faculdade de WALDECK, como texto-base do primeiro ano, e de MELLO FREIRE, como texto-base do terceiro e quarto anos, consta do Aviso Régio de 07 de maio de 1805. Cf. *Legislação academica desde os Estatutos de 1772 até ao fim do anno de 1850*, Coimbra, 1851, 70 s.

<sup>23</sup> Cf., e.g., A.M. HESPANHA, *Razões para decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX – Um ensaio de análise de conteúdo*, em *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39, 2010, 124 ss.

<sup>24</sup> P.J. MELLO FREIRE, *Institutiones juris civilis Lusitani cum publici tum privati*, IV, *De obligationibus et actionibus*, Coimbra, 1853<sup>5</sup>, ix s.; A.M. HESPANHA, *Razões para decidir cit.*, 127 s.

Várias das obras que se seguiram usaram a base da sistematização e estilo de Mello Freire para continuar construindo uma nova identidade nacional (portuguesa). São exemplos claros Almeida e Souza [‘Lobão’] e Liz Teixeira, por serem suas obras comentários àquele autor, como o próprio título delas indica (não obstante, há mudanças de posicionamento nelas: na primeira, por exemplo, nota-se o emprego mais efetivo da legislação comparada<sup>25</sup>).

Já Borges Caneiro (mais sintético<sup>26</sup>) e Coelho da Rocha (que gozou de muita fama no Brasil<sup>27</sup>) procuram ser mais originais<sup>28</sup> e expõem uma atitude mais aberta ao direito romano<sup>29</sup>. O segundo, por exemplo, ao falar das ‘leis ou códigos das nações modernas’ afirma: «sendo elas o contraste legal para se julgar do uso das leis romanas, não sabemos decidir, se aquelas, se estas, têm maior autoridade entre nós»<sup>30</sup>, pois o direito romano «constitui a fonte mais copiosa da jurisprudência civil português; já porque as ordenações em muitos lugares expressamente o mandam seguir; já porque está declarado subsidiário para os casos omissos»<sup>31</sup>. Ademais, nele se faz sentir a influência da nova leitura que autores alemães começaram a fazer, no século XIX, das fontes jurídicas romanas<sup>32</sup> (F. Mackeldey<sup>33</sup> foi dos que mais influenciou essa renovação do direito civil português).

Contudo, na praxe judicial talvez o nome mais relevante no Brasil seja Corrêa Telles, por conta de duas obras: ‘Manual do tabelião’<sup>34</sup> (que foi um texto central acerca dos negócios jurídicos, em geral, e dos contratos, em especial, em uma época na qual esses institutos jurídicos ainda não gozavam de grande importância sistemática – ao menos fora de ambiente alemão) e ‘Doutrina das ações’<sup>35</sup> (de tal

<sup>25</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., XXII.

<sup>26</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., XXIII.

<sup>27</sup> Cf. J.C. MOREIRA ALVES, *Apresentação*, em M.A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, I, São Paulo, 1984.

<sup>28</sup> *Instituições de direito civil português*, I, Coimbra, 1857<sup>4</sup>, IV.

<sup>29</sup> M. BORGES CANEIRO o refere de forma indireta, indicando autores como HEINÉCIO – *Direito civil de Portugal*, I, Lisboa, 1867<sup>5</sup>, VI.

<sup>30</sup> *Instituições de direito civil português*, I, Coimbra, 1857<sup>4</sup>, 284.

<sup>31</sup> *Instituições de direito civil I* cit., 21.

<sup>32</sup> Cf. J.C. MOREIRA ALVES, *Apresentação* cit., sem paginação.

<sup>33</sup> Por autores brasileiros, ele é comumente citado através da tradução francesa de sua obra: *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, trad. fr. de J. BEVING, *Manuel de droit romain, contenant la théorie des Institutes*, Bruxelles, 1846<sup>3</sup>.

<sup>34</sup> J.H. CORRÊA TELLES, *Manual do tabelião ou ensaios de jurisprudência eumática*, Lisboa, 1859. O manual foi renovado posteriormente por A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Formulario dos contratos, testamentos, e de outros actos do tabelionato*, Rio de Janeiro, 1881.

<sup>35</sup> J.H. CORRÊA TELLES, *Doutrina das ações acomodada ao Foro de Portugal*, Lisboa, 1824<sup>2</sup>. Para alguns juristas brasileiros do século XIX, essa foi sua melhor publicação – e.g. L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., XXIII.

importância a ponto de ser adaptada ao Brasil pelo maior civilista do século XIX, Teixeira de Freitas<sup>36</sup>, e pelo maior civilista do século XX, Pontes de Miranda<sup>37</sup>).

Em direito civil, duas de suas obras são comumente referidas. A primeira é o seu comentário à Carta de Lei de 18 de agosto de 1769, que ele cunhou como ‘Lei da Boa Razão’<sup>38</sup> e na qual ele externa atitude cuidadosa no emprego dos autores do ‘*usus modernus pandectarum*’ e abertura maior ao emprego do direito romano<sup>39</sup>. A segunda é o seu ‘*Digesto Portuguez*’<sup>40</sup>, que visava servir de subsídio ao primeiro Código Civil português e acabou por ser cogitado como primeiro Código Civil do Brasil<sup>41</sup> (apesar de algumas deficiências já notadas à época<sup>42</sup>). Nela, o autor enfaticamente defende o emprego constante do direito romano: «Sobre as Leis Romanas fiz mais alguma firmeza, do que sobre os Escriptos dos DD., porque não podemos negar-lhes algum grão de autoridade extrínseca»<sup>43</sup> ... «Em quanto pois não tivermos Codigos menos imperfeitos que as actuaes Ordenações, as quaes em innumeraveis lugares deixáráo de dispor o que era necessario, mandando guardar o Direito Commum; não podemos, como fizeram os Francezes, desautorizar de todo o Direito Romano, sob-pena de ficarmos em muitas materias sem Lei alguma, lutando com a arbitrariedade. Na França mesmo ainda hoje é licito invocar o Direito Romano, não como Lei, mas como razão escripta»<sup>44</sup>. Essa nova atitude com relação ao direito romano, não isolada em ambiente português<sup>45</sup>, claramente está refletida em sua obra (que busca constantemente em

<sup>36</sup> J.H. CORRÊA TELLES – A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Doutrina das acções accommodada ao Foro do Brazil até o ano de 1877*, Rio de Janeiro, 1880.

<sup>37</sup> J.H. CORRÊA TELLES – F.C. PONTES DE MIRANDA, *Doutrina das acções (acompanhada do Exemplario de Libellos)*, Rio de Janeiro, 1918.

<sup>38</sup> J.H. CORRÊA TELLES, *Commentario critico* cit., 2. Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, em *Revista Portuguesa de História*, 14, 1974, 279 nt. 101.

<sup>39</sup> Cf., por exemplo, J.H. CORRÊA TELLES, *Commentario critico* cit., 42.

<sup>40</sup> J.H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*, I-III, Coimbra, 1835-1836.

<sup>41</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Os 150 anos da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas: reflexões sobre a sua importância na formação do direito brasileiro*, nesta *Revista*, 25, 2008, 7; J.C. MOREIRA ALVES, *Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais*, em *Revista da Faculdade de Direito (Universidade de São Paulo)*, 88, 1993, 191 s.; G. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, em *Obras esparsas II – Estudos de história do direito – direito moderno – 1ª parte*, Coimbra, 1981, 63 ss.

<sup>42</sup> Cf. L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de familia* cit., xxiii ss.

<sup>43</sup> J.H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*, I, Coimbra, 1835, 4.

<sup>44</sup> J.H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez I* cit., 5.

<sup>45</sup> Por exemplo: M.O. CHAVES E CASTRO, *Estudo sobre o artigo XVI do Codigo Civil portuguez e especialmente sobre o direito subsidiario civil portuguez*, Coimbra, 1871, 14 ss.

fontes romanas o fundamento de suas regras<sup>46</sup>) e influenciou os civilistas brasileiros após a década de 1850 na tarefa de construção do sistema jurídico nacional.

As obras acima indicadas é evidente que se deve somar o próprio Código Civil português de 1867 (Código Seabra), porém nessa época já havia sido iniciado o longo processo criativo do primeiro Código Civil brasileiro (como será visto a seguir) e, ademais, o *Code Napoléon* (1804) e o material doutrinário que deu suporte ao B.G.B. (1896) foram uma influência mais importante. E o próprio Código português foi mais uma consolidação da doutrina dominante do que uma ‘revolução nos hábitos e costumes’<sup>47</sup>: daí o apego maior dos civilistas brasileiros à doutrina que lhe deu base. Seja como for, os civilistas brasileiros levaram em consideração a codificação portuguesa principalmente pela interpretação que lhe deu Dias Ferreira.

### 3. A contribuição seminal de Teixeira de Freitas ao direito brasileiro

Esse era o contexto quando houve a reforma dos Estatutos das Faculdades de Direito em 1854 e quando começou a produção principal daquele que seria considerado o ‘jurisconsulto do Império’<sup>48</sup> e um dos maiores juristas latino-americanos de sua época<sup>49</sup>: A. Teixeira de Freitas (1816-1883), o ‘Cujácio brasileiro’<sup>50</sup>. De sua grande produção, duas obras se destacam<sup>51</sup>, a sua ‘*Consolidação das leis civis*’<sup>52</sup> e o ‘*Esboço de Código Civil*’<sup>53</sup>. O conjunto delas foi inquestionavelmente a base para a construção do direito civil brasileiro, cujas principais características permanecem, sem solução de continuidade, até os dias atuais.

A primeira delas (‘*Consolidação*’) era para ser uma mera consolidação de todo o direito que regia as relações entre particulares no Brasil, «um trabalho de simplificação, que, destinado à grande obra do Código Civil Brasileiro, mal aspira

<sup>46</sup> Exemplos em B.B.Q. MORAES, *Coordenação das fontes do direito na Lei da Boa Razão e o direito romano: perspectiva brasileira*, em AA.VV., *A função modernizadora do direito comparado – 250 anos da Lei da Boa Razão*, São Paulo, 2020, 431 ss.

<sup>47</sup> J. DIAS FERREIRA, *Código Civil português anotado*, I, Lisboa, 1870, XIV ss. «O Código Civil Português em substancia não é senão a codificação do Direito Civil Português preexistente, completado em suas lacunas e augmentado com as reformas que os progressos da sociedade exigião» – L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., XXVI nt. 1.

<sup>48</sup> S.A.B. MEIRA, *Teixeira de Freitas – o jurisconsulto do Império*, Belo Horizonte, 2019<sup>3</sup>.

<sup>49</sup> Para esse contexto, genericamente, cf. AA.VV., *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, sob a organização de S. SCHIPANI, Padova, 1988.

<sup>50</sup> C. MENDES DE ALMEIDA, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, 1870<sup>14</sup>, lix.

<sup>51</sup> Os dois «livros capitaes» dele: C. BEVILAQUA, *O direito no Brazil* cit., 21.

<sup>52</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, 1876<sup>3</sup>, cuja primeira edição é de 1857 e a segunda de 1865 (as demais edições são posteriores à sua morte).

<sup>53</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil – Esboço*, I-VII (com paginação sequencial), Rio de Janeiro, 1860-1865.

o merecimento de uma codificação provisória»<sup>54</sup>. Nesse sentido não era inédita<sup>55</sup>, contudo, às obras anteriores faltava o aval do Governo Imperial (do qual gozou a obra de Teixeira de Freitas que, em verdade, teve grande valor para o aplicador do direito até as vésperas da promulgação do primeiro Código Civil<sup>56</sup>) e faltava a criatividade de um hábil jurisconsulto<sup>57</sup> que não se restringiu a coligir e simplificar textos, mas buscou compreender o «actual systema do direito civil»<sup>58</sup> para, depois, fixar premissas («noções fundamentais»<sup>59</sup>) que seriam a base de uma original ‘classificação’ (sistematização) de todo direito civil («aplicação de princípios»<sup>60</sup>), de inegável «importância pratica»<sup>61</sup>. O valor dessa obra de Teixeira de Freitas não está em ter reunido as principais regras do direito civil, mas em ter trazido clareza a elas através de uma sistematização original. Na rica ‘Introdução’ do texto (de mais de duzentas páginas) e nas milhares de notas aos 1.333 artigos da Consolidação deixa-se explícita uma mescla de elementos da tradição luso-brasileira (Corrêa Telles e Coelho da Rocha são autores muito referidos) com inovações francesas (*Code Napoléon*) e alemãs (que o autor conhecia através de traduções francesas de importantes obras) do século em curso (XIX), tudo como que dosado pelo crivo da ‘boa razão’ das fontes romanas (muito frequentemente referidas e citadas)<sup>62</sup>.

Já a segunda obra (‘Esboço’) foi o seu ápice intelectual. Não estando mais limitado pela necessidade de compilar um direito já existente, pode ele criar (projetar) um sistema jurídico inédito que simplesmente deveria atender aos anseios

<sup>54</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit., xxix.

<sup>55</sup> É exemplo imediatamente anterior: L.S.A.A. SUSANO, *Digesto brasileiro ou Extracto e commentario das Ordenações e leis posteriores até o presente*, Rio de Janeiro, 1856<sup>2</sup>.

<sup>56</sup> É exemplo de publicação no ano anterior à promulgação do Código Civil de 1916: A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis, anotada por Martinho Garcez*, Rio de Janeiro, 1915<sup>5</sup>.

<sup>57</sup> ‘Jurisconsulto’ no sentido que dá ao termo um de seus contemporâneos: A.J. RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro – Parte Geral*, I, Rio de Janeiro, 1865, 29: «Aquelle que apenas conhece as leis, mas não sabe interpreta-las, chama-se *leguleio*; o que as conhece e interpreta exactamente, mas não as applicam denomina-se *jurisperito*; o que apenas possui a méra pratica de applica-las, sem sabê-las bem interpretar, nem conhecer a sua theoria scientifica, chama-se *rabula*; o jurisconsulto ou jurisprudente é o que reúne a sciencia do direito á pericia na sua applicação».

<sup>58</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit., XL ss.

<sup>59</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit., LXII ss.

<sup>60</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit., CXII ss.

<sup>61</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit., CLXV ss.

<sup>62</sup> Cf., genericamente, J.C. MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, em AA.Vv., *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* cit., 21: «Em toda a sua obra, revela a preocupação de extrair do direito romano seu conteúdo jurídico, para, submetendo-o a exame crítico, aferir-lhe a validade na disciplina das necessidades sociais de seu tempo. Se jamais teve hesitação em enaltecer as virtudes das fontes romanas, também é certo que não lhe devotou admiração incondicional, não lhe poupando críticas nos pontos que se lhe afiguram falhos... Para ele, o conhecimento do direito romano era o instrumento indispensável do jurista».

da sociedade brasileira. Foi a base fundamental (o germe) de todo direito civil brasileiro: as noções fundamentais e sistematização fixadas por ele influenciam até hoje o sistema jurídico brasileiro. Nunca mais houve reconfiguração de tal porte, que exigiu reformulação de toda doutrina nacional (que ainda se sustentava em sintéticos manuais portugueses). Até havia obras nacionais anteriores de incontestes méritos (Trigo de Loureiro<sup>63</sup> e Vieira da Silva<sup>64</sup> são os melhores exemplos), mas Teixeira de Freitas fez surgir a necessidade de tratar com maior detalhamento cada ramo do direito civil a partir da sistematização fundamental proposta pela doutrina alemã: Parte Geral, Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões<sup>65</sup> (sistematização que ele próprio não seguiu<sup>66</sup>). Tal necessidade foi suprida nas décadas anteriores ao Código Civil de 1916.

#### 4. *A Parte Geral*

A primeira obra surgida nesse contexto foi acerca do bloco em que houve maior originalidade por parte de Teixeira de Freitas (e sobre a qual ele mais refle-

<sup>63</sup> Nascido em Portugal e tendo frequentado a Faculdade de Direito de Coimbra, ele escreveu o primeiro trabalho sistemático de direito civil produzido no Brasil: L. TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de direito civil brasileiro, extrahidas das Instituições de Direito Civil Lusitano do exímio jurisconsulto portuguez Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e augmentadas nos lugares competentes com a substancia das leis brasileiras*, I-II, Recife, 1851. Apesar de seus méritos, contudo, era mais um comentário a P.J. MELLO FREIRE adaptado ao direito brasileiro. Pode ser, por isso, considerada uma obra de transição. Sobre ela, cf. B.B.Q. MORAES, *Coordenação das fontes do direito cit.*, 433 ss. A crítica dos civilistas da época era por vezes bastante negativa: «é uma mesquinha compilação, sem critério, sem philosophia, revelando apenas uma erudição larga mas pouco profunda» – F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, Rio de Janeiro, 1897, XVII.

<sup>64</sup> Doutor em direito por Heidelberg, ele escreveu o primeiro manual de direito romano produzido no Brasil: L.A. VIEIRA DA SILVA, *História interna do direito romano privado até Justiniano*, Rio de Janeiro, 1854. A obra, porém, nunca foi adotada pelas Faculdades de Direito no Brasil ou influenciou sobremaneira o desenvolvimento do direito civil no país – cf. J.C. MOREIRA ALVES, *Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império*, em *Revista da Faculdade de Direito (Universidade de São Paulo)*, 86, 1991, 42; J.C. MOREIRA ALVES, *Luís Antônio Vieira da Silva – o homem e a obra*, em L.A. VIEIRA DA SILVA, *História interna do direito romano privado até Justiniano*, Brasília, 2008, 11 ss.

<sup>65</sup> Essa é a sequência de matérias do Código Civil de 1916. Contudo, coincidentemente, os manuais dessas áreas do direito civil foram surgindo nessa mesma ordem.

<sup>66</sup> A sistematização do 'Esboço' é muito mais complexa e o próprio A. TEIXEIRA DE FREITAS indicou mudanças em uma tábua impressa em 1865, em uma carta dirigida ao Governo Imperial em 1867 e nos quatro apêndices de seu último livro, publicado no ano de sua morte (1883). Cf. J.C. MATOS PEIXOTO, *A codificação de Teixeira de Freitas (continuação)*, em *Revista Forense*, 77, 1939, 211 ss. (em especial 226 ss.); A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Carta de Teixeira de Freitas, de 20 de setembro de 1867*, em *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 1, 1977, 362 ss.; A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Vocabulário jurídico com Appendices*, Rio de Janeiro, 1883.

tiu<sup>67</sup>): a Parte Geral, na qual são reunidas as regras acerca dos «elementos constitutivos de todas as relações jurídicas»<sup>68</sup>. Era uma sistematização adotada pela doutrina alemã e que, através das obras de Savigny<sup>69</sup> e do já citado Mackeldey<sup>70</sup>, influenciou o jurista brasileiro<sup>71</sup>, inspirando-o a empregá-la na sistematização do direito positivo (algo no mundo inédito à época). Fê-lo tanto na ‘*Consolidação*’ quanto no ‘*Esboço*’, porém de modo diverso. Quando da elaboração da ‘*Consolidação*’ entendia que somente as pessoas e as coisas eram elementos constitutivos de todas as relações jurídicas<sup>72</sup>; por isso, divide a ‘Parte Geral’ em ‘pessoas’ (artigos 1º a 41) e ‘coisas’ (artigos 42 a 75). Anos depois, ao preparar o ‘*Esboço*’, acresce os fatos como um dos ‘elementos dos direitos’ e justifica longamente sua mudança de posição<sup>73</sup>. A Parte Geral no sistema do ‘*Esboço*’ é dividida em três seções: ‘das pessoas’ (artigos 16 a 316), ‘das coisas’ (artigos 317 a 430) e ‘dos fatos’ (artigos 431 a 866).

O primeiro manual a refletir essa configuração dos ‘elementos do direito’ foi publicado no ano em que Teixeira de Freitas termina o seu ‘*Esboço*’ (1865) e foi produzido por um professor da Faculdade de Direito de São Paulo: A.J. Ribas (1818-1890)<sup>74</sup>. O primeiro volume tratava das noções propedêuticas do direito (incluindo as divisões fundamentais, fontes, história e literatura jurídica), enquanto o segundo versava sobre a Parte Geral propriamente dita, cujos elementos eram indicados como sendo as pessoas, as coisas e os atos jurídicos. A influência de Teixeira de Freitas é incontestável<sup>75</sup>, mas ao invés de o citar com frequência, prefere empregar mais as fontes primárias que, no caso da Parte Geral, são constituídas essencialmente por fontes subsidiárias<sup>76</sup> (o «belo, completo e majestoso» direito romano<sup>77</sup>). De fato, são incontáveis as referências às partes do *Corpus*

<sup>67</sup> Ele retoma o tema da Parte Geral na famosa ‘Carta de 1867’ e na sua última obra publicada em 1883 (‘Vocabulário’).

<sup>68</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit., CXIII.

<sup>69</sup> Por autores brasileiros, ele é comumente citado através da tradução francesa de sua monumental obra: F.C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. fr. de Ch. GUENOUX, *Traité de droit romain*, I-VIII, Paris, 1855-1860<sup>2</sup>.

<sup>70</sup> F. MACKELDEY, *Manuel de droit romain* cit.

<sup>71</sup> B.B.Q. MORAES, *Parte Geral* cit., 106 ss.

<sup>72</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit., cxiii nt. 187.

<sup>73</sup> Em nt. ao artigo 431.

<sup>74</sup> A.J. RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro – Parte Geral*, I-II, Rio de Janeiro, 1865.

<sup>75</sup> A.J. RIBAS, *Curso de direito civil I* cit., 348.

<sup>76</sup> «Deficiente como é o nosso Direito pátrio, especialmente em relação às noções gerais que são objeto deste trabalho, forçoso nos foi recorrer frequentes vezes aos fragmentos homogêneos das fontes subsidiárias» – A.J. RIBAS, *Curso de direito civil I* cit., IV.

<sup>77</sup> «O conhecimento profundo e completo do direito pátrio é impossível sem que se firme nas largas bases do direito romano; não só porque é neste que se encontram as razões históricas eficientes das legislações dos povos modernos, como porque é ele o mais bello, completo e magestoso monumento de sabedoria jurídica, que os passados séculos nos legarão» – A.J. RIBAS, *Curso de direito civil I* cit., 162 ss.

*Iuris Civilis* no segundo volume da obra<sup>78</sup>. Muito provavelmente Ribas seguia as indicações dos manuais mais difundidos em sua Faculdade: Crispiniano Soares, o catedrático de direito romano, adotava à época o compêndio de Waldeck<sup>79</sup>, em conjunto com o manual de Warnkönig<sup>80</sup> (além do difundido trabalho de Mackeldey<sup>81</sup>).

Tal foi o sucesso do manual que até as vésperas do Código Civil ele foi reeditado<sup>82</sup> e nele é indicado um ‘sistema preferível’<sup>83</sup> para uma codificação, no qual ele destaca: (i) o direito de família<sup>84</sup>, (ii) o direito das coisas<sup>85</sup>, (iii) o direito das obrigações<sup>86</sup> (já o direito das sucessões não teria independência porque «pertence elle simultaneamente ás tres divisões do Direito Civil»<sup>87</sup>). Coincidência ou não, foi exatamente nessa ordem que foram surgindo manuais relativos à Parte Especial, como será visto a seguir.

Contudo, tal sucesso não impediu que mais de quatro décadas depois, já no contexto de discussão do projeto de Código Civil, duas novas obras buscassem uma visão nova acerca da Parte Geral. A primeira delas foi elaborada pelo responsável pelo Projeto de Código Civil que seria, depois, transformado no primeiro Código Civil do Brasil: C. Beviláqua (1859-1944)<sup>88</sup>. Seu estilo é muito diverso do anterior (Ribas) por ser mais objetivo (característica desse autor), menos propeúutico (parecendo por vezes comentários a um direito projetado, mas ainda não aprovado<sup>89</sup>) e conter muito mais referências doutrinárias (em sua maio-

<sup>78</sup> Sobre o emprego de fontes em sua obra, cf. A.F. PEREIRA, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX – papel de Teixeira de Freitas*, em AA.VV., *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* cit., 89 ss.

<sup>79</sup> P. WALDECK, *Institutiones juris civilis* cit.

<sup>80</sup> Provavelmente em sua terceira edição, que logo seria traduzida e publicada no Brasil: L.A. WARNKÖNIG, *Institutiones juris romani privati*, Bönn, 1834<sup>3</sup>; L. A. WARNKÖNIG, *Institutiones juris romani privati*, trad. port. de A.M. CHAVES E MELLO, *Instituições de direito romano privado*, Rio de Janeiro, 1863. Cf. J.C. MOREIRA ALVES, *Aspectos do ensino do direito romano* cit., 15 e 24.

<sup>81</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Aspectos do ensino do direito romano* cit., 38. Mais tarde, foi publicada no Brasil uma tradução dessa obra: F. MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, trad. port. de A. BENTO DE FARIA, *Elementos de direito romano, contendo a theoria das institutas precedida de uma introdução ao estudo do direito romano*, Rio de Janeiro, 1907.

<sup>82</sup> Houve uma segunda edição em vida do autor, na qual ele demonstrava consciência da importância de sua obra, por preencher uma lacuna: A.J. RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro*, I, Rio de Janeiro, 1880<sup>2</sup>, viii. A 4ª edição é pouco anterior ao Código Civil de 1916: A.J. RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro: introdução ao estudo do direito civil*, Rio de Janeiro, 1915<sup>4</sup>.

<sup>83</sup> Essa expressão é destacada somente na segunda edição da obra: A.J. RIBAS, *Curso de direito civil I (1880)* cit., 323.

<sup>84</sup> A.J. RIBAS, *Curso de direito civil II* cit., 373 s.

<sup>85</sup> A.J. RIBAS, *Curso de direito civil II* cit., 375 s.

<sup>86</sup> A.J. RIBAS, *Curso de direito civil II* cit., 376 s.

<sup>87</sup> A.J. RIBAS, *Curso de direito civil II* cit., 378.

<sup>88</sup> C. BEVILÁQUA, *Theoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro, 1908.

<sup>89</sup> Ele não faz referências constantes ao seu Projeto de Código Civil, mas esse estilo permaneceria em seus famosos ‘Comentários’: C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil com-*

ria estrangeiras, que são usadas como argumentos de autoridade em substituição à farta referência às fontes romanas em Ribas). O direito romano certamente está presente e citado, contudo, de forma menos frequente, até porque o autor, famoso por ter escrito o primeiro manual brasileiro de legislação comparada<sup>90</sup>, considerava as fontes romanas mais como ‘legislação comparada’ do que como ‘direito anterior’<sup>91</sup>, porque, perdendo a sua função de direito subsidiário (com a promulgação do Código Civil), passou, junto com as legislações dos povos cultos, a ter «valor doutrinário, semelhante ao dos grandes mestres. Elucidam as questões, robustecem as inteligências na pesquisa do justo, e assimilados constituem, com os princípios da sciencia, elementos, que entram na formação da consciência jurídica»<sup>92</sup>.

Outra obra importante sobre a Parte Geral foi o ‘*Sistema*’ de E. Espínola (1875-1967)<sup>93</sup>, publicado no mesmo ano da obra de Beviláqua (1908)<sup>94</sup>, mas que, refletindo (mas não se limitando a) o Projeto de Código Civil, buscou uma interpretação criativa nesta fase final de consolidação do direito civil brasileiro pré-codificação. Logo na sua dedicatória impressa, deixa-se evidente a grande influência dos autores de língua alemã da segunda metade do século XIX (característica também presente em Beviláqua). Espínola a dedica, primeiramente, a quatro juriconsultos: Savigny, Jhering, Windscheid e Dernburg; depois, em segundo plano, cita, dentre seis nomes, três juristas brasileiros: Lafayette Rodrigues Pereira, Beviláqua e Lacerda de Almeida<sup>95</sup>. São, sem dúvida, três dos nomes mais importantes para qualquer juriconsulto que pretendesse construir um ‘sistema do direito civil brasileiro’<sup>96</sup> (a escolha, portanto, foi bem pensada). Teixeira de Freitas e Ribas não são aqui referidos, mas foram empregados ao longo da obra: o primeiro, tido como ‘jurista genial’, é mais citado pela sua ‘*Consolidação*’ («o verdadeiro ponto de partida para a codificação do nosso direito civil»<sup>97</sup>) e foi homenageado, na segunda edição da obra<sup>98</sup>, ao lado dos quatro autores alemães já referidos (e acima de qualquer outro brasileiro); o segundo, embora referido, é tido

*mentado*, I-VI, Rio de Janeiro, 1916.

<sup>90</sup> C. BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Recife, 1893.

<sup>91</sup> Isso é evidente nos seus ‘Comentários’: C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* cit.

<sup>92</sup> C. BEVILÁQUA, *Theoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro, 1929<sup>2</sup>, 42 s.

<sup>93</sup> E. ESPÍNOLA, *Systema do direito civil brasileiro*, I, *Introdução e Parte Geral*, Bahia, 1908.

<sup>94</sup> Ele a refere no proêmio da obra (chama-a de ‘precioso livro’), explicando que só teve acesso a ela quando seu trabalho já se encontrava impresso – E. ESPÍNOLA, *Systema I* cit., xxvi.

<sup>95</sup> Os demais eram C. CROME, P. COGLIOLO e G. CHIRONI. Na segunda edição acresce: M.I. CARVALHO DE MENDONÇA e M.C.S. GARCEZ.

<sup>96</sup> Como ele pretendia: E. ESPÍNOLA, *Systema I* cit., XXV.

<sup>97</sup> E. ESPÍNOLA, *Systema I* cit., 9.

<sup>98</sup> E. ESPÍNOLA, *Systema do direito civil brasileiro*, I, *Introdução e Parte Geral*, Rio de Janeiro, 1917<sup>2</sup>.

como não adequado ao momento do início do século XX<sup>99</sup> (crítica de certa forma correta). Seja como for, a forte influência da ‘escola alemã’ em geral e da pandectística em especial faz com que Espínola empregue constantemente o direito romano (ainda importante fonte subsidiária à época), mesmo que, aparentemente, por via indireta. Nesse sentido, ele reage a uma leitura ‘anti-romanista’ da Lei da Boa Razão (infelizmente ainda referida por muitos civilistas brasileiros no século XXI<sup>100</sup>) e acolhe as conclusões de Izidoro Martins Júnior<sup>101</sup>, no sentido de que a Carta de Lei de 18 de agosto de 1769 «foi até uma homenagem da Lei ao velho Direito, rejuvenescido por novos methodos»<sup>102</sup> (isso, de fato, o que faz Espínola: a partir da reformulação da ‘escola alemã’, uma nova leitura das fontes romanas adequada ao momento do direito brasileiro no início do século XX).

### 5. *Direito de Família*

O segundo ramo do direito civil (o primeiro da Parte Especial) que teve uma obra de sistematização que marcou toda evolução posterior foi o direito de família, com o mui elogiado manual de Lafayette Rodrigues Pereira (conhecido como ‘Conselheiro Lafayette’ – 1834-1917)<sup>103</sup>. Tendo trabalhado com Teixeira de Freitas na sua juventude<sup>104</sup> (na época mais produtiva daquele), era natural que se deixasse muito influenciar por ele<sup>105</sup> e percebesse desde cedo a necessidade de sistematização do nosso direito civil (a partir das construções alemãs da época). Fê-lo, com relação ao direito de família, poucos anos após a publicação do ‘Curso’ de Ribas, de quem discordava<sup>106</sup>.

Seu ‘Manual’ teve um sucesso imediato e se tornou por décadas a principal referência nesse novo ramo do direito<sup>107</sup>. Enaltecendo obras de escritores alemães, como Heise e Thibaut<sup>108</sup> (mas empregando efetivamente Mackeldey e Mour-

<sup>99</sup> Como ele pretendia: E. ESPÍNOLA, *Systema I* cit., XXVI.

<sup>100</sup> Sobre essa questão, cf. B.B.Q. MORAES, *Coordenação das fontes do direito* cit., *passim*.

<sup>101</sup> E. ESPÍNOLA, *Systema I* cit., 120 nt. 87.

<sup>102</sup> J. IZIDORO MARTINS JÚNIOR, *Historia do direito nacional*, Rio de Janeiro, 1895, 124.

<sup>103</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit.

<sup>104</sup> A. PUJOL, *Discurso de posse na Academia Brasileira de Letras*, em L. RODRIGUES PEREIRA, *Cartas ao irmão & Vindiciae*, Brasília, 2021, 200.

<sup>105</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., XXIV nt. 1.

<sup>106</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Cartas ao irmão* cit., 92. Só uma disputa pessoal entre L. RODRIGUES PEREIRA e A.J. RIBAS pode justificar que o segundo não tenha mencionado a obra ‘Direito das Cousas’ (volume I, Rio de Janeiro, 1877, X) do primeiro como uma obra fundamental da matéria em seu livro de 1883: A. J. RIBAS, *Da posse e das ações possessórias*, Rio de Janeiro, 1883.

<sup>107</sup> Cf. B.B.Q. MORAES, *A formação da ideia de um ‘direito de família’*, em *Família e pessoa: uma questão de princípios*, coord. de R.B. TAVARES DA SILVA – U.C. BASSET, São Paulo, 2018, 197 ss.

<sup>108</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., V.

lon, além dos portugueses Borges Carneiro, Almeida e Souza e Mello Freire<sup>109</sup>), lamenta que «bem pobres e mesquinhas, porem, são as fontes do nosso Direito Civil»<sup>110</sup>; «acerca dos *Direitos de família* particularmente, não temos lei que regulasse a matéria sob um plano sistematico e completo»<sup>111</sup>. Natural, portanto, a necessidade de empregar frequentemente o direito romano para integrar essas lacunas<sup>112</sup>, mas a peculiaridade da matéria (mais sensível à influência religiosa e a transformações sociais) e o perfil do autor (mais político do que jurista<sup>113</sup>) fez com que fontes romanas não fossem tão citadas quanto na obra de Ribas. Ainda assim, seu estilo pragmático, moderno e direto serviu de modelo para toda sistematização restante da Parte Especial<sup>114</sup>.

Tamanho foi o respeito a sua obra<sup>115</sup> e tamanha era a dificuldade de sistematização desse ramo do direito civil que, até a promulgação do Código Civil (quase meio século depois), surgiu somente um outro manual de importância sobre o direito de família, de Beviláqua<sup>116</sup> (ainda que com qualidades evidentes, é surpreendente a longevidade do manual de 1869, pois houve importantes mudanças legislativas nesse ramo após a proclamação da República em 1889<sup>117</sup>). Tendo por base Rodrigues Pereira, cujo livro chamava de ‘classico’<sup>118</sup>, preconizava um método de tratamento da matéria um pouco diverso, com maior peso do elemento histórico e do elemento comparativo (uma escolha previsível, pois era professor de ‘legislação comparada’ e havia se notabilizado com aquele que é considerado o primeiro manual de legislação comparada do Brasil, cujo conteúdo era preponderantemente relativo ao direito de família<sup>119</sup>); sempre que possível (e conveniente), o direito romano é citado expressamente. Contudo, mesmo tendo sido elaborado pelo principal responsável pelo Código Civil de 1916 e tendo sido bem acolhida pelos juristas brasileiros<sup>120</sup>, continuou a obra de Rodrigues Pereira sendo republi-

<sup>109</sup> H.M.F. MADEIRA, *A latinidade e o humanismo de Lafayette Rodrigues Pereira*, em *RT*, 873, 2008, 40.

<sup>110</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., XII.

<sup>111</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., XIII.

<sup>112</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., XIII e XVI.

<sup>113</sup> H.M.F. MADEIRA, *A latinidade e o humanismo de Lafayette Rodrigues Pereira* cit., 39.

<sup>114</sup> Cf. A.F. PEREIRA, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX* cit., 90 s.

<sup>115</sup> O autor gozava «de uma estima tam extensa quanto merecida» – C. BEVILÁQUA, *O direito no Brazil* cit., 23.

<sup>116</sup> C. BEVILÁQUA, *Direito da família*, Recife, 1896.

<sup>117</sup> Em particular com o Decreto 181, de 24-01-1890, que regulou o casamento civil.

<sup>118</sup> C. BEVILÁQUA, *Direito da família* cit., ‘palavras iniciais’ (sem paginação).

<sup>119</sup> Mais de 40% de suas lições são relativas a essa matéria: C. BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada* cit., 92 ss. Na segunda edição da obra, escrita no mesmo ano em que foi divulgado seu manual de direito de família (mas publicado no ano seguinte), a proporção é bem menor – C. BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, 1897<sup>2</sup>.

<sup>120</sup> Cf. o prefácio da segunda edição: C. BEVILÁQUA, *Direito da família*, Recife, 1905<sup>2</sup>.

cada no século XX (ou seja, continuou a ser a principal referência na matéria por décadas) a partir de uma atualização feita em 1918 por Andrada e Silva<sup>121</sup>.

## 6. *Direito das Coisas*

O direito das coisas, por sua vez, era tido como um ramo tradicional do direito civil luso-brasileiro, muito influenciado pelas fontes romanas (e sua noção de ‘res’)<sup>122</sup>. Suas principais categorias jurídicas habitualmente agregavam institutos jurídicos que gravitavam em volta de direitos de natureza jurídica diversa (os direitos pessoais)<sup>123</sup>. Colaborou para esse estado da doutrina a promulgação do *Code Napoléon* em 1804 e o fato do Código Civil dos franceses ter sido um recorrente modelo de codificação no século XIX (em especial no contexto dos sistemas de tradição romanística e do sistema latino-americano em particular<sup>124</sup>). Lembrese, por exemplo, que, nesse texto legislativo, os contratos, ainda que não translativos da propriedade, eram tratados no Livro III: ‘das diferentes formas de se adquirir a propriedade’. No Brasil, o principal crítico dessa sistematização do direito privado foi Teixeira de Freitas, em sua ‘*Consolidação*’<sup>125</sup>. Era natural que os juristas da época (práticos ou teóricos) desejassem uma reformulação desse ramo do direito civil (tido por muito importante) à luz dessas novas ideias.

Coube mais uma vez a Lafayette Rodrigues Pereira essa tarefa, tendo o seu ‘Direito das cousas’<sup>126</sup> atingido igual sucesso de sua obra anterior (*‘Direitos de família’*). Agora, porém, a obra veio bem mais extensa por conta das características mencionadas desse ramo do direito civil e com muito mais frequente utilização do direito romano<sup>127</sup>, pois «o Direito civil moderno dos povos cultos em materia de propriedade se construiu sobre as bases do Direito Romano»<sup>128</sup>. Em verdade, ele propõe uma leitura renovada das fontes romanas: «É exemplo brilhante o Direito Romano. Aquelles textos admiraveis de precisão, de energia, de agudeza e profundidade, descanso, ha muitos séculos, na imobilidade da morte. Mas a sciencia dogmatica do Direito Romano não estaciona, progride sempre,

<sup>121</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família*, Rio de Janeiro, 1918. Essa pode ser considerada a segunda edição da obra (a primeira edição foi reimpressa em 1889).

<sup>122</sup> Veja-se o exemplo de P.J. MELLO FREIRE, *Institutiones juris civilis Lusitani cum publici tum privati*, III, *De jure rerum*, Coimbra, 1853<sup>3</sup>, *passim*.

<sup>123</sup> Cf. F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das cousas*, I, Rio de Janeiro, 1908, 9 ss.

Claramente incidia nesse erro: J.H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo Código Civil*, III, Coimbra, 1835.

<sup>124</sup> B.B.Q. MORAES, *Parte Geral* cit., 130.

<sup>125</sup> A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação* cit., XL ss.

<sup>126</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direito das cousas*, 2 volumes, Rio de Janeiro, 1877.

<sup>127</sup> H.M.F. MADEIRA, *A latinidade e o humanismo de Lafayette Rodrigues Pereira* cit., 42.

<sup>128</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direito das cousas*, I, Rio de Janeiro, 1877, VII.

e em cada século renova de face»<sup>129</sup>. Como reconhecimento de sua qualidade, a obra foi reeditada várias vezes e adaptada ao Código Civil por Andrada e Silva<sup>130</sup>.

Beviláqua também escreveu sobre a matéria, mas, ao contrário de todos os outros temas do direito civil, hesitou muito acerca do direito das coisas<sup>131</sup> e só conseguiu concluir seu manual, também em dois volumes, no final de sua vida, com idade muito avançada<sup>132</sup> (mais de duas décadas depois de vigente o Código Civil).

Realmente inovadora e crítica foi a obra de F.P. Lacerda de Almeida (1850-1943)<sup>133</sup>, cujos pressupostos foram fixados uma década antes em seu estudo sobre o direito das obrigações<sup>134</sup>. No subtítulo desta segunda obra ele propunha realizar uma «exposição systemática desta parte do direito civil patrio [Obrigações] em seguimento aos ‘direitos de família’ e ‘direito das cousas’ do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira». Ademais, dedicava o livro «aos grandes civilistas alemães que me iluminaram com seu profundo saber». Tais elementos induzem a uma falsa conclusão de que haveria uma continuidade de método. Em verdade, Lacerda de Almeida em muito se diferenciou de Rodrigues Pereira e de Beviláqua. Como o primeiro, era criativo, mas muito mais crítico e, por vezes, ousado<sup>135</sup> (no sentido de perceber a inconsistência de ideias consolidadas e ter a coragem de romper com paradigmas); como o segundo, tinha um profundo conhecimento do direito e legislação comparados, mas não tinha uma atitude de veneração irrefletida delas<sup>136</sup> (nesse sentido, aproximava-se mais ao espírito de Teixeira de Freitas). E de ambos se distanciava por um estilo de escrita mais analítico e denso e por um claro afastamento da autoridade (extrínseca ou intrínseca) do direito romano<sup>137</sup>. Partindo de uma diferenciação entre um ‘direito das coisas clássi-

<sup>129</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direito das cousas I cit.*, XII.

<sup>130</sup> L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos das cousas*, Rio de Janeiro, 1922. Essa pode ser considerada a segunda edição da obra (a primeira edição foi reimpressa em 1905, também em um único volume).

<sup>131</sup> Apesar de ter escrito, duas décadas antes, extenso comentário a todo Código Civil de 1916, que incluía um volume (III) só para a parte do direito das coisas: C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, I-VI, Rio de Janeiro, 1916-1919.

<sup>132</sup> C. BEVILAQUA, *Direito das cousas*, I-II, Rio de Janeiro, 1941-1942.

<sup>133</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das cousas I cit.*; F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das cousas*, II, Rio de Janeiro, 1910.

<sup>134</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações cit.*

<sup>135</sup> O que ele valorizava: F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das cousas I cit.*, 12.

<sup>136</sup> Exemplo de ácida crítica dele ao emprego indiscriminado do direito comparado: F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *O Código e a teoria da posse*, em *O Código Civil visto por alto*, Rio de Janeiro, 1921, 47.

<sup>137</sup> S.T. DANTAS, *Lacerda de Almeida – Arcaísmo e modernismo*, em *Figuras do direito*, Rio de Janeiro, 1962, 100. Isso não significava a não valorização do direito romano por Lacerda de Almeida. Ele próprio afirmou: «Confesso que dos variados ramos em que se divide a nossa ciência, nenhum conheço que mais incite e desenvolva o espírito de investigação do que o Direito Romano» ... «o Direito Romano, perdida a força coativa como texto de lei, conserva ainda hoje no espírito que

co' (baseado no direito romano e tido como «insuficiente e atrasado»), um 'direito das coisas científico' («por outras razões inapplicavel á legislação») e um 'direito das coisas legal' (considerado ideal por ele)<sup>138</sup>, um exemplo interessante dessas características dele é o fato de conscientemente não ter incluído o tema da posse, como um capítulo separado, em seu manual<sup>139</sup> (algo que claramente ofendia a tradição romanística e a experiência do direito comparado)<sup>140</sup>. Talvez a ousadia de seu espírito tenha levado a um injusto esquecimento de suas obras décadas após a sua morte<sup>141</sup>, mas sem dúvida suas obras em muito contribuíram para o debate jurídico nas duas décadas que antecederam a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro por servirem de contraponto à forma de pensar habitual (exatamente o que ele pretendia com a sua produção acadêmica).

### 7. Direito das Obrigações

Chama muito a atenção para um civilista contemporâneo que o direito das obrigações não tenha tido um manual antes dos demais ramos do direito civil. Tal sentimento deriva não somente da importância da matéria ao interno do Código Civil de 2002 (apesar de ele ser dividido em seis blocos – Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito de Empresa, Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões – mais de 1/3 de todos seus artigos se refere ao direito das obrigações), mas também do fato de ser hoje esse ramo que reúne as principais categorias jurídicas que agregam institutos jurídicos por vezes que gravitavam em volta de direitos de natureza jurídica diversa (ou seja, o que acontecia com os direitos reais até um século atrás).

A percepção da importância prática do direito das obrigações demorou a se consolidar no Brasil. Não por acaso essa matéria foi tratada na parte final do Código Civil de 1916, só antes do direito das sucessões (no atual Código Civil de

o anima todo o vigor, toda a mocidade como doutrina, e constitui a ganga, o substrato do pensamento jurídico moderno» – F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Prefácio*, em A.S. CUNHA LOBO, *Curso de direito romano: História. Sujeito e objeto do direito, Instituições jurídicas*, Brasília, 2006, XXX. E ainda: «Este caráter de unidade e de universalidade, podemos acrescentar, porque uma coisa implica a outra, provém-lhe de duas qualidades que o distinguem de quaisquer outros – a sua verdade e a sua beleza que lhe é própria» – F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Prefácio cit.*, XXXI.

<sup>138</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das cousas I cit.*, 47 ss.

<sup>139</sup> Para a principal justificativa, cf. F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das cousas I*, 58 ss.; F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *O Codigo e a theoria da posse cit.*, 41 ss.

<sup>140</sup> Cf. S.T. DANTAS, *Lacerda de Almeida cit.*, 101.

<sup>141</sup> Já em 1921 ele dizia: «certo como estou de não serem bem aceitas minhas idéas, pois vêm contrariar velhos hábitos de pensar e praticar» – F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *O Codigo Civil cit.*, 5. Seu desencanto com o direito levou-o até a se desfazer de sua biblioteca jurídica nos últimos anos de sua vida: S.T. DANTAS, *Lacerda de Almeida cit.*, 103. Para um isolado, mas recente, exemplo de retomada de seu pensamento, cf. F.S. MEDINA, *Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002*, Belo Horizonte, 2022.

2002, é a primeira matéria da Parte Especial). Não por acaso o primeiro grande manual acerca da matéria somente surgiu mais de três décadas depois da ‘Parte Geral’ de Ribas e duas décadas depois do ‘Direito das Coisas’ de Rodrigues Pereira<sup>142</sup>. Foi Bevilaqua quem supriu essa lacuna, ao escrever o seu primeiro manual de um dos hoje tradicionais ramos do direito civil (o direito das obrigações)<sup>143</sup>. Contudo, fê-lo de forma muito sintética e sem perceber plenamente a crescente relevância do que ele chamou de «curioso departamento do direito privado»<sup>144</sup>. Talvez por tal motivo tenha atingido mais sucesso entre os estudantes<sup>145</sup> do que entre os estudiosos e aplicadores do direito (como o próprio autor reconhecia<sup>146</sup>).

Foi Lacerda de Almeida, em seu já citado primeiro manual, quem realmente, pela primeira vez no Brasil, conseguiu empreender uma síntese criativa do direito das obrigações<sup>147</sup>. Criticando duramente Bevilaqua<sup>148</sup> e cômico da dificuldade da tarefa<sup>149</sup> e do infinito potencial de crescimento desse novo ramo do direito civil<sup>150</sup>, ele constrói uma interessante ‘teoria geral das obrigações’ que muito poderia ter colaborado com o desenvolvimento do direito civil no país (nela ficam já claras as virtudes que, uma década depois caracterizariam seu manual sobre o direito das coisas), mas seu estilo combativo, como já referido, dificultava sobremaneira a difusão de seu pensamento. Ainda assim, houve uma segunda edição da obra<sup>151</sup>, quando ainda não tinha entrado em vigor o Código Civil de 1916. Nela, o estudioso insere um inédito ‘capítulo preliminar’ sobre ‘a importância e utilidade da doutrina das obrigações’. Do que é mais interessante do seu discurso, afirma ele, seguindo a tendência brasileira da época de precursores estudos de direito comparado<sup>152</sup>, que «o direito das obrigações tende a internacionalizar-se e constituir-se sobre bases uniformes em todo o mundo civilizado. É pelo Direito

<sup>142</sup> Houve obras esparsas, mas que não tinham mínimo verniz científico e que não influenciaram significativamente o desenvolvimento posterior. É exemplo desse tipo de obra: J.J.P.S. RAMOS, *Apontamentos jurídicos sobre contractos*, Rio de Janeiro, 1868.

<sup>143</sup> C. BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, Bahia, 1896.

<sup>144</sup> C. BEVILAQUA, *Direito das obrigações* cit., ‘nota preliminar’ (sem paginação).

<sup>145</sup> O que justificou uma segunda edição antes da promulgação do Código Civil: C. BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, Bahia, 1910<sup>2</sup>.

<sup>146</sup> C. BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro, 1940<sup>5</sup>, 8.

<sup>147</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações* cit.

<sup>148</sup> Sobre o manual dele, publicado um ano antes, disse: «Tem seu valor, não ha duvida, aqui onde tão pouco se escreve, onde tão pouco se estuda» – F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações* cit., XVII nt. \*.

<sup>149</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações* cit., IX ss.

<sup>150</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das cousas I* cit., 7.

<sup>151</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, Rio de Janeiro, 1916<sup>2</sup>.

<sup>152</sup> Além do já citado manual de C. BEVILAQUA (*Resumo das licções de legislação comparada* cit.), não se pode esquecer: C.L.M. OLIVEIRA, *Curso de legislação comparada – Parte Geral: as fontes*, Rio de Janeiro, 1903.

das Obrigações que se fará, se algum dia puder ser feito, o Codigo Internacional do Direito Privado»<sup>153</sup>.

Sua obra foi a base fundamental para aquele que escreveria o mais influente manual acerca das obrigações do período anterior ao Código Civil de 1916: M. I. Carvalho de Mendonça (1859-1917)<sup>154</sup>. Com redação clara e às vezes prolixa (e não linear), ele não era sintético como Rodrigues Pereira e Bevilacqua<sup>155</sup>, nem denso como Lacerda de Almeida, e tinha uma visão prática que caiu no gosto dos juristas brasileiros. O direito comparado foi-lhe mais importante do que o direito romano, que, segundo ele, «nem sempre nos oferece um guia seguro nessas investigações»<sup>156</sup> (com essa atitude de desconfiança com relação ao direito romano nesse tema, seguia Lacerda de Almeida). Obras estrangeiras atualizadas para o período são constantemente referidas (principalmente as francesas e alemãs) e a legislação comparada é citada em volume nada usual para um estudioso brasileiro do início do século XX<sup>157</sup>. Mas talvez a maior virtude de seu manual foi ter inserido definitivamente no espírito do civilista brasileiro que o direito das obrigações era um ramo ‘elástico’, com potencial incalculável de crescimento<sup>158</sup>. O sucesso foi imediato e resultou na publicação, apenas três anos depois, de uma nova edição (em dois volumes), muito aumentada<sup>159</sup>. Nela, reforçou o papel (e relevância) social do direito das obrigações em um momento de ‘mudança de princípios’<sup>160</sup>. Também como resultado desse sucesso, escreveu outra obra, que é a natural continuação de sua ‘teoria das obrigações’: ‘Contratos no direito civil’ (também em dois volumes)<sup>161</sup>.

O conjunto desses quatro volumes foi a base segura para o desenvolvimento posterior do direito das obrigações no Brasil, o que não significou que não tenham surgido outras obras com espírito diverso. Nesse sentido, deve ser feita

<sup>153</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações (1916)* cit., XVIII s.

<sup>154</sup> Ele chamava F.P. LACERDA DE ALMEIDA de «o nosso melhor tratadista das obrigações» – M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações ou Tratado geral dos direitos de credito*, Curitiba, 1908, XIX.

<sup>155</sup> A obra do último, ao contrário do primeiro (em outros ramos do direito civil), era, segundo ele, «de uma insuficiência manifesta» – M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações* cit., XVII.

<sup>156</sup> M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações* cit., XIX.

<sup>157</sup> Quase sempre a partir de consulta direta ao texto original (e não ‘de segunda mão’) – M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações* cit., XXI s.

<sup>158</sup> M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações* cit., XXIII s.

<sup>159</sup> M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações ou Tratado geral dos direitos de credito*, 2 volumes, Rio de Janeiro, 1911<sup>2</sup>. Segundo o próprio autor, a primeira edição esgotou-se em pouco mais de um ano – M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações ou Tratado geral dos direitos de credito*, I, Rio de Janeiro, 1911<sup>2</sup>, 7.

<sup>160</sup> M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e pratica das obrigações I* cit., 16 s.

<sup>161</sup> M.I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Contractos no direito civil brasileiro*, I-II, Rio de Janeiro, 1911.

menção ao segundo volume do ‘Sistema’ de Espínola<sup>162</sup> no qual o autor retoma uma atitude de maior respeito (ainda que equilibrado) ao papel do direito romano para a construção dogmática de então: «é tal a perfeição da doutrina romana, que pode se aplicar a um mundo inteiramente diverso, sem grande abalo em sua substancia»<sup>163</sup>. Essa sua obra, porém, teria um impacto menor na evolução da civilística brasileira no século XX do que a Carvalho de Mendonça: tendo Espínola ocupado cargos elevados na República, como o de Presidente do Supremo Tribunal Federal, ele é mais lembrado pelos civilistas por outra publicação no direito das obrigações, da fase final de sua vida: ‘Contratos nominados’<sup>164</sup> (muito posterior à promulgação do Código Civil de 1916).

### 8. *Direito das Sucessões*

Faltava o direito das sucessões. Talvez tenha sido natural a demora em surgir um manual nacional desse ramo do direito civil. Por um lado, porque a independência do direito das sucessões não era assunto pacífico entre os civilistas brasileiros (havendo muitos que o ligavam a outros ramos); por outro, porque a construção desse ramo dependia da construção dos demais (o que, como se viu, tardou a acontecer)<sup>165</sup>. Enquanto não se construía uma identidade nacional na matéria, circulava no Brasil, ao longo de todo século XIX, obra de Gouvea Pinto que, em verdade, mesmo nas várias edições publicadas aqui, mais refletia o estado do direito português. Exceção, porém, deve ser feita a uma última adaptação, da lavra de Teixeira de Freitas, já no final de sua vida, que a chamava de «meu livro predilecto»<sup>166</sup>.

O primeiro a elaborar um manual nacional acerca da matéria foi, mais uma vez, Bevilaqua, já no apagar de luzes do século XIX (concluiu-o pouco antes de receber o convite para elaborar o Projeto de Código Civil)<sup>167</sup>. Com seu estilo característico, expôs de maneira objetiva o estado do direito brasileiro (sempre em comparação com o direito de outras nações, mas com menos emprego do direito romano por conta da peculiaridade da matéria), tendo por base a obra de Gouvea Pinto, que criticava pela sua ausência de sistematização<sup>168</sup>. E como as suas demais

<sup>162</sup> E. ESPÍNOLA, *Systema do direito civil brasileiro*, II.I, *Theoria geral das relações jurídicas de obrigação*, Rio de Janeiro, 1912.

<sup>163</sup> E. ESPÍNOLA, *Systema do direito civil II.I* cit., 19.

<sup>164</sup> E. ESPÍNOLA, *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1953.

<sup>165</sup> Cf. A.J. RIBAS, *Curso de direito civil I (1880)* cit., 328 s.; L. RODRIGUES PEREIRA, *Direitos de família* cit., IX.

<sup>166</sup> A.J. GOUVEA PINTO – A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Tratado dos testamentos, e sucessões*, Rio de Janeiro, 1881, XVII.

<sup>167</sup> C. BEVILAQUA, *Direito das sucessões*, Bahia, 1899.

<sup>168</sup> «A exposição desse jurista é tão confusa e desordenada que antes parece uma collecção, aliás preciosa, de notas para um livro a fazer-se do que um verdadeiro tractado. E esse vicio origi-

obras (exceção feita ao manual sobre o direito das obrigações), embora voltada aos estudantes, fez muito sucesso entre estudiosos e aplicadores do direito (sendo ainda citada no século XXI<sup>169</sup>).

Fora ela, só houve uma outra que realmente influenciou a construção do direito nacional, de Lacerda de Almeida<sup>170</sup>. Seu estilo crítico, com escrita densa e grande controle da literatura, é repetido nessa obra, mas ela reflete muito mais a construção histórica do nosso sistema (um elemento não desconsiderado nas suas outras obras, mas colocado em um patamar de importância diverso). Em especial a herança romana, combinada com a influência bárbara (visigótica) e o antigo direito português, é frequentemente referida, sob a justificativa de que «com a Família constituem as Sucessões no quadro do Direito Civil a parte mais avessa a mudanças e alterações»<sup>171</sup>, donde «é, com efeito, puro Direito Romano a matéria das Sucessões nas Ordenações do Reino, ainda em vigor no Brasil republicano, pois infrutíferos têm sido os ensaios para dotar o país de um código ao sabor dos de outras nações até sul-americanas»<sup>172</sup>. Sua leitura do direito da época é única e, se fosse bem conhecida, poderia afastar inúmeros equívocos de interpretação do direito civil contemporâneo.

### 9. Conclusão

«O interprete é um creador, como o artista...», «é, também, um sábio, porque a matéria prima sobre que trabalha é feita de experiência e de estudo...», «o verdadeiro interprete é o juriconsulto»<sup>173</sup>. No Brasil, antes do Código Civil de 1916, foram poucos os civilistas que foram verdadeiramente ‘juriconsultos’, que souberam fazer a adequada leitura do emaranhado legislativo de então e que sistematizaram o conhecimento jurídico respeitando a identidade nacional (ainda que inspirados pela doutrina e legislação europeias).

Sete foram os principais nomes (brasileiros) e quinze são as obras de sistematização que deveriam ser conhecidas por qualquer aplicador do direito civil: (i) Teixeira de Freitas, com a ‘*Consolidação*’ (1857) e o ‘*Esboço*’ (1860-1865); (ii) Ribas, com seu ‘*Curso*’ sobre a Parte Geral (1865); (iii) Rodrigues Pereira, com o nário não o detergiu satisfatoriamente a remodelação de Teixeira de Freitas» – C. BEVILAQUA, *Direito das sucessões* cit., 8.

<sup>169</sup> Para um exemplo de citação elogiosa, cf. L.C. PENTEADO, *Manual de direito civil – Sucessões*, São Paulo, 2014, 29 ss.

<sup>170</sup> F.P. LACERDA DE ALMEIDA, *Sucessões*, Rio de Janeiro, 1915. Houve outras obras no período anterior ao Código Civil de 1916, mas que não alcançaram a mesma projeção. Dentre elas, é exemplo: A.V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Princípios de sucessões e testamentos*, Rio de Janeiro, 1910; essa obra foi a base para outra do mesmo autor, mas muito posterior: A.V. ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Tratado de direito das sucessões*, I-III, São Paulo, 1952<sup>4</sup>.

<sup>171</sup> F. P. LACERDA DE ALMEIDA, *Sucessões* cit., I.

<sup>172</sup> F. P. LACERDA DE ALMEIDA, *Sucessões* cit., XXVII.

<sup>173</sup> C. BEVILAQUA, *O direito no Brasil* cit., 17.

'*Direito das Famílias*' (1869) e o '*Direito das Coisas*' (1877); (iv) Beviláqua, com o '*Direito das Obrigações*' (1896), o '*Direito da Família*' (1896), o '*Direito das Sucessões*' (1899) e a sua '*Teoria Geral*' (1908); (v) Lacerda de Almeida, com o '*Obrigações*' (1897), o '*Direito das Coisas*' (1908-1910) e o '*Sucessões*' (1915); (vi) Carvalho de Mendonça, com a '*Doutrina e Prática das Obrigações*' (1908) e o '*Contratos*' (1911); (vii) Espínola, com o '*Sistema*' (1908-1912).

Parece pouco esse conjunto, mas esses verdadeiros juristas criaram a base necessária (sempre tendo o direito romano como pano de fundo) para o desenvolvimento posterior do direito civil brasileiro.

## ACERCA DEL REQUISITO DE LA UTILIDAD Y DEL PRINCIPIO ROMANO *CIVILITER UTI* EN SU APLICACIÓN AL EJERCICIO DE LAS SERVIDUMBRES MINERAS EN CHILE

MARÍA KARINA GUGGIANA VARELA

RESUMEN: En el ejercicio de toda servidumbre, el titular del predio dominante debe limitar su actuar a la estricta utilidad de la constitución del gravamen y siempre dentro del marco respecto del cual fue constituido aquel, guardando no causar mayores molestias al predio sirviente. El ámbito de las servidumbres mineras coactivas en Chile no es la excepción, por lo que se analizará el requisito de la utilidad, en conjunto con el principio romano *civiliter uti* en su actual aplicación al ejercicio del gravamen que comentamos.

SINTESI: Nell'esercizio di qualsiasi servitù, il proprietario del fondo dominante deve limitare i suoi atti a quanto strettamente necessario per l'esercizio della servitù e comunque sempre nei limiti di quanto pattuito, avendo cura di recare minore incomodo al proprietario del fondo servente. Le servitù coattive minerarie in Cile non fanno eccezione a questo principio; pertanto, il requisito dell'utilità verrà analizzato, insieme al principio romano *civiliter uti* con particolare riferimento a questa tipologia di servitù.

PALABRAS CLAVES: *Civiliter uti*; utilidad; servidumbres mineras; aprovechamiento.

PAROLE CHIAVE: *Civiliter uti*; utilità; servitù minerarie; sfruttamento.

SUMARIO: 1. Introito. – 2. Acerca del requisito de la utilidad y del principio romano *civiliter uti*. – 3. Manifestación de la utilidad y del principio *civiliter uti* en la servidumbre coactiva en Chile. – 3.1. Generalidades acerca de la servidumbre minera en Chile. – 3.2. Expresiones del principio *civiliter uti* en el marco de las servidumbres mineras tratadas.

### 1. *Introito*

Hemos visto en otros trabajos de esta autoría<sup>1</sup> que, con ocasión de la constitución de las servidumbres mineras coactivas en Chile, muy a menudo el juez a cargo del proceso de constitución del referido gravamen, omite un análisis acabado que dé cuenta de la profunda relación existente entre la entidad del proyecto minero que se pretende ejecutar en el área de constitución de la servidumbre y la temporalidad del gravamen en cuestión, considerándose que éste es esencialmente transitorio conforme norma expresa del artículo 124 del Código de Minería de Chile – CMCh–, todo lo cual, en su conjunto, no solo influye en las indemnizaciones que se deban al propietario del predio sirviente, sino además, en la limitación del ejercicio de la servidumbre cuya constitución se pretende.

Conceder una adecuada objetivación de los criterios mínimos imprescindibles para dar por constituida la servidumbre demandada, esto es, preexistencia de una concesión minera y la acreditación de la necesidad de la constitución del gravamen, permitiría – por lo tanto – erradicar una excesiva discrecionalidad de los tribunales de justicia a la hora de constituir el gravamen, lo que puede resultar en contra de los intereses de los titulares de predios sirviente y dominante.

En el presente trabajo, nos centraremos en profundizar acerca del criterio vinculado al requisito de la utilidad que conlleva la constitución del gravamen, en su estrecha relación con los elementos ‘facilitación’, dado por el artículo 120 del CMCh y ‘aprovechamiento’, otorgado por el artículo 124 del mismo cuerpo legal, ello, en apegado vínculo con el principio romano *civiliter uti*, todo lo cual – en su conjunto – posee aplicación actual en el derecho minero chileno, con ocasión de la constitución y ejercicio de la servidumbre minera coactiva.

### 2. *Acerca del requisito de la utilidad y del principio romano civiliter uti*

Respecto al principio romano *civiliter uti* es necesario mirar hacia atrás y desentrañar la génesis de aquel.

El denominado comportamiento *civiliter*, es considerado como superior criterio de moderación y buena fe en el ejercicio de las servidumbres, siendo por lo

<sup>1</sup> Ver M.K. GUGGIANA, *Algunas críticas al procedimiento judicial de constitución de servidumbres mineras, en particular respecto de la servidumbre minera provisoria y los efectos procesales nocivos de una expresión de tutela jurisdiccional anticipada*, en *Revista de Derecho de Universidad de Los Andes*, 6, Santiago, 2022, 22 ss. <<https://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/131/143>>; EAD. *Determinación anticipada de la vida útil del proyecto minero como esencial para la fijación de los límites temporales de la servidumbre legal minera y la cuantificación de las indemnizaciones a que tendrá derecho el propietario del predio sirviente*, en *Revista de Derecho de Universidad Católica del Norte*, 30, 2023, 1 ss. <<https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/5024>>.

tanto el contrario a aquel comportamiento *inciviliter* el cual representa la doctrina del abuso del derecho<sup>2</sup>.

*Civiliter* corresponde al comportamiento llevado a cabo civilizadamente, a partir del cual la entidad e intensidad de la carga que el ejercicio de la servidumbre implica, debe manifestarse de la forma menos pesada o gravosa posible para el dueño del predio sirviente (*praedium serviens* o *qui servit*).

Es así como la fuente romana establece un límite general respecto del ejercicio de la servidumbre en el sentido de que el titular de ella, debe actuar *civiliter*<sup>3</sup>, lo que significa que dicho titular [el del fundo dominante] no puede realizar innovaciones que hagan más gravosa la condición del predio sirviente, lo que conlleva indefectiblemente a determinar cuál ha sido el contenido de la servidumbre que ha resultado constituida; contenido el cual no se puede superar a mera voluntad del titular del predio dominante, y quien – ante todo – debe ejercer su derecho custodiando causar el menor agravio a su contraparte.

En virtud de lo anterior es que el criterio de ‘utilidad’ justifica la constitución del gravamen y al mismo tiempo es el elemento regulador de su ejercicio<sup>4</sup>, por lo que al no definirse adecuadamente la necesidad de la constitución de aquel, se devendrá en la desnaturalización de su esencia, ya que la utilidad de un fundo se exige no solo para su constitución, sino además, para su ejercicio<sup>5</sup>. En este sentido, cabe precisar que la exigencia de la utilidad se funda en la idea de que no deben admitirse gravámenes o limitaciones arbitrarias sobre la propiedad inmueble<sup>6</sup>, este último el cual deberá asumir el sacrificio de la imposición de aquel, ello sumado al hecho de que las servidumbres prediales tienen limitado su contenido, por lo que no hay aprovechamiento pleno, sino orientado solo en una dirección determinada<sup>7</sup>.

La servidumbre debe procurar un beneficio al predio dominante, es decir, a cualquiera de sus propietarios a través del terreno cuyo disfrute aumenta o mejora, esto es, una ventaja respecto del fundo dominante. No hay servidumbre, sino usufructo o uso, cuando la ventaja se la lleva consigo directamente la persona<sup>8</sup>.

La utilidad predial emerge, por lo tanto, como el objeto y presupuesto del derecho real, por lo que una vez determinado en lo abstracto<sup>9</sup> dicha servidum-

<sup>2</sup> A. DÍAZ, *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona, 2004, 292 ss.

<sup>3</sup> G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 165 ss.

<sup>4</sup> B. BIONDI, *Las servidumbres (traducción de la segunda edición y anotaciones al derecho civil español, común y foral por Juan Manuel González Porras)*, Granada, 2002, 757 ss.

<sup>5</sup> B. BIONDI, *Las servidumbres* cit., 758 ss.

<sup>6</sup> M. LINACERO, *Tratado de servidumbres*, Valencia, 2017, 75 ss.

<sup>7</sup> J. HEDEMAN, *Derechos reales (traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez)*, Santiago, 2020, 253 ss.

<sup>8</sup> S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 21.

<sup>9</sup> G. BRANCA, *Instituciones de derecho privado (traducción de la sexta edición italiana por Pablo Macedo)*, ciudad de México, 1978, 231 ss.

bre será válida para su posterior ejercicio, y siempre dentro de los límites respecto del cual fue constituida, restringiendo su ejercicio a lo estrictamente necesario<sup>10</sup>.

Corresponde a la *causa servitutis*<sup>11</sup>, no siendo necesario que se ejerza de modo automático al instante de concederse aquella, pero, si resulta menester que manifieste objetivamente las ventajas que reportará por el servicio parcial que entraña del fundo sirviente<sup>12</sup>. Al respecto, cabe añadir que el contenido de la servidumbre está determinado en función de la destinación de aquella en utilidad del fundo dominante y por lo tanto, del uso del fundo sirviente de parte de aquellos que tienen el derecho de disfrutar de ello<sup>13</sup>.

La extensión de la necesidad de la servidumbre encuentra su límite en el perjuicio, el que en todo caso debe ser el menor posible, por lo que se enarbola como el término medio entre la necesidad y el daño a causar con el ejercicio del gravamen<sup>14</sup>, y esto es, precisamente, a lo que nos referimos en este trabajo. En efecto, el principio romano respecto del cual hacemos referencia, importa la comprensión de un ejercicio limitado del derecho real de servidumbre, a través del cual no se puede dañar al titular del predio sirviente, lo que constituye una manifestación concreta del principio general del derecho *alterum non laedere*.

El principio *civiliter uti* o *civiliter modo*, tiene su origen en un texto de Celso, mediante el cual se indica que la servidumbre de paso que está constituida, deberá efectuarse *civiliter modo*<sup>15</sup>, indicando que el camino (*via*) no deberá transcurrir por el medio de la villa o en medio de las viñas, pudiéndose establecer un pasaje igualmente cómodo por otra parte, causando el menor agravio al fundo sirviente:

D. 8, 1, 9 *Cels. libro V. Digestorum Si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius parte mire, agere licebit, civiliter modo. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur, non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agree sinendus est, quum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire, agree deberet, nec amplius mutandae eius potestatem haberet; sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret; quod et in via servandum esse verum est*<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> N. GERMANO, *Trattato delle servitù*, II, Napoli, 1889, 306 ss.

<sup>11</sup> Al respecto A. GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, I, 2013, 690 ss. citando el D. 8,1,15 pr. de Pomponio: *Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet*, texto cuyo sentido dice relación a indicar de que no vale una servidumbre a menos que haga la diferencia (*interesse*) en favor del fundo dominante, como la de no pasar por su propio predio, o no usarlo o disfrutarlo.

<sup>12</sup> A. DÍAZ, *Servidumbres* cit., 76 ss.

<sup>13</sup> A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007, 26 ss.

<sup>14</sup> B. BIONDI, *Las servidumbres* cit., 758 ss.

<sup>15</sup> Al respecto véase también N. GERMANO, *Trattato delle servitù*, I, Napoli, 1886, 304 ss.

<sup>16</sup> D. 8, 1, 9 *Cels.; Digesto, Libro V.* – «Si a alguien se le cediera o dejase simplemente camino por el fundo de cualquiera, le será lícito pasar y conducir por tiempo indefinido, a saber, por cual-

Este principio – al decir del profesor Grosso<sup>17</sup> – posee una incidencia concreta sobre el objeto y el contenido del gravamen, determinando, por lo tanto, los límites del ejercicio de aquel. En efecto, las servidumbres en general se caracterizan por la especialidad de su contenido, lo que está representado precisamente por la utilidad.

Este principio también se constata en las Siete Partidas (Partida 3<sup>a</sup>, XXXII, 13), a partir del cual se estatuye que el derecho que otorga el ejercicio del gravamen, deberá llevarse a cabo *sic utere iure tuo ut non alienum laedas*, esto es, *feci sed iure feci*<sup>18</sup>, lo cual significa que el perjuicio causado con ocasión del ejercicio del gravamen [derecho en favor del titular del predio dominante] resulta ser inocuo, al ejercitarse dentro del marco del *ius*.

Como ya se ha dicho, la utilidad concede instrumentalidad al contenido del gravamen, siendo el elemento estructural y legal<sup>19</sup> de la servidumbre. También respecto de este asunto los romanos eran conscientes de la necesidad de desarrollo concreto del contenido respecto del cual estaba destinado el ejercicio de la servidumbre, lo que hasta los días que corren resulta determinante al considerarse que la utilidad no solo es un requisito *sine qua non* de la institución en estudio, sino que representa el contenido mismo de este derecho real.

Ahora bien, tiene lugar la extinción de la servidumbre cuando cesa su utilidad. Así, es que aparece un caso en el D.8,5,6, a través del cual la servidumbre cae en la inutilidad, extinguiéndose consecuentemente<sup>20</sup>,

D. 8,5,6 pr. *Ulp. 17 ad ed. Et si forte qui medius est, quia servitutem non debbat, altius extulerit aedificia sua, ut iam ego videar luminibus tuis obstaturus, si aedificavero, frustra intendes ius mihi non esse ita aedificatum habere invito te: sed*

quier parte del mismo, con tal que sea con arreglo a derecho. Porque en la expresión se exceptúan tácitamente algunas cosas, pues no se ha de dejar pasar, ni conducir por la misma casa, ni por medio de las viñas, como quiera que pueda hacer esto con igual comodidad por otra parte con menor daño del fundo sirviente. Pero fue constate, que por donde primeramente hubiese dirigido el camino, por allí debiese pasar y conducir en lo sucesivo, sin que tuviera facultad para cambiarlo otra vez; según así parecía también a Sabino, que se valía del argumento de la corriente de agua, la que en un principio había sido lícito conducirla por cualquier parte, y después que hubiese sido guiada no era lícito cambiarla; lo cual es verdad que también se ha de observar respecto a un camino».

<sup>17</sup> G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* cit., 165 ss.

<sup>18</sup> A. DÍAZ, *Servidumbres* cit., 292 ss. Al respecto sostiene que el principio *feci sed iure feci*, mediante el cual se puede decir que *non fase tuerto a otro quien usa de un derecho* – Partida 3.<sup>a</sup>, XXXIV, 14 –, solo se excusa de responsabilidad cuando se hizo dentro de los límites del derecho mismo, es decir, cuando se usó de él, pues, no se autoriza a causar perjuicios a otros por el uso que uno haga de su derecho si se rebasan las disposiciones legales o contractuales o consuetudinarias, ya que en este caso se trata del ejercicio abusivo de un derecho.

<sup>19</sup> B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, 1954, 174 ss.

<sup>20</sup> S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediale*, Napoli, 1948, 179 ss.

*si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio*<sup>21</sup>.

Todo lo cual resulta aplicable en el ámbito de las servidumbres mineras en Chile al indicarse expresamente por la ley de que ellas cesarán cuando termine su aprovechamiento<sup>22</sup>, estando representado esto último, por el cese de la exploración, explotación y beneficio de mineral.

### *3. Manifestación de la utilidad y del principio civiliter uti en la servidumbre minera coactiva en Chile*

#### *3.1. Generalidades acerca de la servidumbre minera en Chile*

Previo al análisis de lo indicado en el título, resulta necesario brevemente señalar que las servidumbres mineras en Chile, configuran los gravámenes que se constituyen en virtud de un acuerdo de voluntades o por medio de la dictación de una sentencia constitutiva (forzosa), sobre un predio superficial en utilidad de una concesión minera, de un establecimiento de beneficio o sobre una concesión minera en utilidad de otra<sup>23</sup>.

Las labores mineras cuyo ejercicio derivan de una concesión minera constituida de manera previa, han de llevarse a cabo necesariamente sobre suelos superficiales, de carácter públicos o privados, estando el ingreso y uso de tales suelos sujetos a la limitación de obtenerse de parte del dueño del predio, el respectivo permiso o autorización, que – de no otorgarse de manera voluntaria por él – es suplida por la acción del juez al constituirse la servidumbre minera, mediando sentencia judicial que así lo declare<sup>24</sup>.

Estas servidumbres mineras se encuentran reguladas en los artículos 120 a 125 del CMCh<sup>25</sup> y tienen por objeto establecer solución a los problemas que naturalmente acaecen, con ocasión de la exploración, explotación y beneficio de mineral, y que se suscitan entre el concesionario minero y el titular del inmueble

<sup>21</sup> «Si acaso el que está en medio, porque no debía servidumbre, levantara más su edificio, de modo que aunque yo edifique, parezca que no le quito las luces, en vano pretenderás que no tengo derecho de tener edificado en aquella manera contra tu voluntad; pero si dentro del tiempo establecido el vecino volviere a demoler lo que edificó, recuperarás la reivindicación».

<sup>22</sup> Art. 124 CMCh: «Las servidumbres son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento (...)».

<sup>23</sup> Las servidumbres mineras tratadas en el CMCh, tienen aplicación también respecto de las concesiones de energía geotérmica, concesiones de hidrocarburos líquidos y gaseosos, y otras sustancias no concesibles, como lo es el litio.

<sup>24</sup> A. VERGARA, *Sistema de derecho minero*, Santiago, 2013, 331 ss.

<sup>25</sup> CMCh, Santiago, 2023, 38 ss. Título IX denominado 'De la exploración y explotación mineras', Párrafo 1° 'De las servidumbres que gravan los predios superficiales', Párrafo 2° 'De las servidumbres que se deben las concesiones entre sí'.

superficial; ello, al resultar imprescindible aquel [el inmueble superficial], para llevar a cabo la ejecución del proyecto minero pretendido por el titular de la concesión minera o del establecimiento de beneficio. Lo anterior, máxime si el régimen minero en Chile posee como fundamento la *publicatio* minera, la que tiene como objeto ordenar y regular el aprovechamiento de las minas<sup>26</sup>, mediante la cual a través de la institución de la concesión minera [constituida en sede judicial] se encarga la función administrativa de otorgar derechos mineros a favor de los particulares, para que lleven a cabo la exploración, explotación y beneficio de mineral (art. 19 número 23 de la Constitución Política de Chile), lo que se constata como una manifestación al principio de subsidiaridad.

En este tipo de gravámenes, el predio sirviente puede serlo tanto una finca o una concesión minera, esta última la cual será constituida por resolución judicial. Por otro lado, el predio dominante será: la concesión minera (sea de exploración o explotación)<sup>27</sup>; la facultad de catar y cavar (en virtud del artículo 19 del CMCh); un establecimiento de beneficio de mineral (artículo 121 del CMCh); la concesión administrativa (en caso de sustancias no concesibles, como el litio) o en su defecto, el contrato especial de operación petrolera – CEOP– (en el caso de la explotación de hidrocarburos); y la respectiva concesión administrativa, en caso de que se constituya servidumbre para la exploración y explotación de una concesión de energía geotérmica.

En cuanto a los fines del estudiado gravamen, es que tales servidumbres mineras podrán constituirse en toda la extensión necesaria, para ser ocupadas por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y beneficio de minerales; por sistemas de comunicación, canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias. A su vez, para el establecimiento de servidumbres mineras con fines eléctricos y el de tránsito, como también, el de ser ocupados los predios sirvientes por caminos, ferrocarriles, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir la concesión minera con caminos públicos, establecimientos de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos y centros de consumo. Además, tienen por objeto facilitar el beneficio de los minerales, desde que estas servidumbres pueden imponerse en favor de los establecimientos en los que éstos se procesan, como a su vez, en lo que respecta a la facultad de

<sup>26</sup> A. VERGARA, *Instituciones de derecho minero*, Santiago, 2010, 168 ss.

<sup>27</sup> Se sugiere revisar G. ROSSO, *Ampliación del concepto de 'predio' en materia de servidumbres y posibles efectos* en *Estudios de Derecho Civil*, IX, Santiago, 2014, 215-234 ss. El autor sostiene que ha sido el legislador el que ha provocado la ampliación del concepto de 'predio', particularmente en el ámbito del Derecho Administrativo, entre los cuales destacan los denominados 'derechos reales administrativos', los que mediante un acto administrativo o a través de una resolución judicial –constituyen derechos reales de aprovechamiento *ex novo*, los que pueden adquirir el carácter de predios dominantes y de predios sirvientes.

catar y cavar, tratada en el artículo 15 del CMCh el objeto de las servidumbres mineras es facilitar la búsqueda o investigación de sustancias minerales.

Sin la constitución de este gravamen, no se permite ejercer la actividad minera, por lo que una vez constituida la concesión – con excepción de la servidumbre para catar y cavar, la cual no requiere concesión minera previa –, lo que resta es obtener la servidumbre para dar curso al respectivo proyecto minero<sup>28</sup>. En cualquier caso – y al igual que la generalidad de este tipo de gravámenes–, el predio sirviente y dominante deben ser de distintos dueños. Este gravamen faculta al titular del predio dominante para llevar a cabo la utilización del predio sirviente, de carácter no pleno, sino limitada al ejercicio de los fines respecto de la cual es constituida. Por lo tanto, no pueden considerarse incluidas en la servidumbre, elementos que no aparezcan indefectiblemente unidos al uso de la misma cuando no son necesarios e indispensables para el disfrute pleno y completo de la utilidad a que se concreta el derecho real<sup>29</sup>.

La servidumbre minera en Chile configura un gravamen de utilidad futura, considerándose que al constituirse aún no se generan los daños sobre el predio sirviente con ocasión del ejercicio de aquel. Que sea de utilidad futura, por lo tanto, significa que la servidumbre puede actualmente existir, con efecto inmediato desde su constitución, pero teniendo en vista una ventaja futura, y por un tiempo limitado, considerándose el carácter transitorio de la servidumbre en análisis, conforme norma expresa establecida en el CMCh.

Es así que la previsión meramente eventual de una ventaja futura se traduzca ya en una utilidad actual para el fundo dominante, al considerarse que la certeza de la configuración de tal requisito concede al titular de la servidumbre la posibilidad de prevenir un daño futuro<sup>30</sup>.

La extensión de la utilidad de la servidumbre minera en Chile, es concedida por el término ‘facilitación’ establecida en el artículo 120 del CMCh y delimitada por el ‘aprovechamiento’ referido en el artículo 124 del mismo cuerpo legal, debiendo ejercerse a salvaguarda del contenido objetivo respecto del cual fue constituida, con estricto rigor a las necesidades del fundo dominante e irrogando el menor perjuicio para el predio sirviente, lo que resulta – a juicio de Biondi<sup>31</sup> – imprescindible por dos razones: uno) en caso de indeterminación o duda, como criterio de especificación; dos) en caso de una precisa determinación, funciona como criterio del menor medio para satisfacer las exigencias del fundo dominante.

<sup>28</sup> Escapa a este trabajo el análisis de los permisos ambientales y otros de carácter sectorial que deba tramitar el titular de la concesión minera, para lograr finalmente ejecutar el proyecto minero respectivo.

<sup>29</sup> A.L. REBOLLEDO, *Tratado de servidumbres*, Pamplona, I, 2013, 342 ss.

<sup>30</sup> A. BURDESE, *Le servitù prediali*, 32 ss.

<sup>31</sup> B. BIONDI, *Las servidumbres* cit., 759 ss.

Aparece, entonces, una relación de instrumentalidad<sup>32</sup> directa entre gravamen y el disfrute del predio sirviente de manera que incluso el propio contenido y ejercicio del derecho es instrumental a la utilización de éste último. Es así que debe considerarse que la utilidad de la servidumbre deberá proporcionarse, no en base a elementos subjetivos, sino por el contrario, debe estar circunscrita a fundamentos objetivos y concretos, siendo dicha utilidad la razón fundamental en virtud de la cual surge la servidumbre. Una servidumbre que carezca de concreción, será por lo tanto inútil y no podrá ser ejercitada, de lo cual derivará su extinción por no uso<sup>33</sup>.

La utilidad de la institución de la servidumbre, en general, está aparejada con el carácter potencial del ejercicio de aquella. Es así como una servidumbre imposible no será jamás útil, frente a lo cual, en el ámbito de las servidumbres mineras en Chile al juez que conozca del proceso de constitución le corresponde constatar que el gravamen pretendido estará destinado real y objetivamente a lo proyectado en el libelo de demanda, para lo cual – al menos – deberá tener a la vista antecedentes que den cuenta, no solo de la preexistencia del predio dominante, sino de la factibilidad técnica del proyecto minero que se aspire ejecutar.

Surge entonces la necesidad de entender que la *utilitas* que la servidumbre conceda al predio dominante, ha de ser actual o potencial, pero de ningún modo eventual.

### 3.2. *Expresiones del principio civiliter uti en el marco de las servidumbres mineras tratadas*

El CMCh no establece de forma explícita la aplicación del principio *civiliter uti*, sin embargo, al decir el art. 124 del CMCh que las servidumbres mineras «no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas», se logra concluir a través de un criterio interpretativo, que ellas deberán ajustarse estrictamente al contenido del gravamen, ejerciéndose con apego respecto de los fines en que ha sido constituida, en cuanto a desplegar el ejercicio del gravamen rigurosamente restringido a la necesidad del fundo dominante, generando el menor de los agravios posibles a aquel predio que se sacrifica soportando el ejercicio del primero.

Más claro que lo anterior, aparece el art. 126 del CMCh, el que señala que respecto de las servidumbres mineras que se constituyan teniendo como predio sirviente y dominante a dos concesiones mineras de distintos titulares, es que el ejercicio de aquella, «en caso alguno podrá impedir o dificultar considerablemente la exploración o la explotación de la concesión que los soporte», lo que signifi-

<sup>32</sup> G. GROSSO, *Le servitù prediali* cit., 97 ss.

<sup>33</sup> B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano* cit., 175 ss.

ca que la concesión minera que debe sacrificar sobre ella el ejercicio de una servidumbre que la grava, no deberá verse obstaculizada en la ejecución de su proyecto minero, lo que resulta ser una manifestación expresa del principio romano respecto del cual hacemos referencia.

Se logra verificar, por lo tanto, que subordinado al criterio de la necesidad del predio dominante, aparece aquel que da cuenta del menor agravio del fundo [o concesión minera] sirviente, en el sentido que – al determinarse la extensión material de la servidumbre minera que pretenda constituirse – el ejercicio de dicha servidumbre deberá ajustarse a la utilidad respecto de la cual ha sido constituida, importando, por lo tanto, el menor agravio posible respecto del fundo [o concesión minera] sirviente.

Ahora bien, en cuanto al factor temporal de la servidumbre minera, destaca el carácter esencialmente transitorio de ella<sup>34</sup> como manifestación del principio *civiliter uti* en el ejercicio del gravamen. En efecto dicha servidumbre se extinguirá por la falta de aprovechamiento, extinción la cual no viene de pleno derecho, sino que debe ser demandada por el titular del predio sirviente y ser declarada – consecuentemente – mediando resolución judicial.

Este es un caso específico de estas servidumbres mineras, las que han de extinguirse por la llegada del plazo respecto del cual han sido constituidas, al ser esencialmente transitorias y de ningún modo perpetua, según norma expresa establecida en el CMCh.

El principio de transitoriedad que caracteriza a las servidumbres mineras forzosas en Chile, se explica toda vez que el yacimiento minero es agotable y por ende, habiendo cesado el aprovechamiento del predio dominante, es que la servidumbre minera llega a su fin.

El carácter transitorio del gravamen estudiado se debe a los cambios de intensidad y de ubicación de las faenas mineras, cuestión la cual se fija con la determinación anticipada de la vida útil del proyecto minero respectivo, y el cual se encuentra regulado por la ley 20.551/2011<sup>35</sup>, lo que resulta ser un elemento objetivo para delimitar la extensión temporal del ejercicio de la servidumbre

<sup>34</sup> Transitoriedad la cual es opuesta a la *perpetua causa sertitutis* del periodo postclásico, y que consiste en la ventaja del predio dominante sin límite temporal. Al respecto, los romanos establecían que en la servidumbre de conducción de agua, su fuente no se agote, no siendo por lo tanto objeto de servidumbre la toma de agua que se efectúa a través de un canal artificial. Es así como, la utilidad temporal o no permanente, no podía ser objeto del gravamen. Al respecto véase F. SAMPER, *Derecho Romano*, Santiago, 2014, 169 ss., quien cita un fragmento de Paulo en D. 8,2,28: *Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex natural tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.*

<sup>35</sup> Sobre planes de cierre de faenas e instalaciones mineras.

minera constituida, resultando ser – a nuestro juicio – una manifestación expresa y material del principio romano *civiliter uti* ya explicado más arriba.

El factor transitorio de las servidumbres mineras en Chile, representado por la vida útil en los términos referidos, conlleva – además – una más adecuada constatación de la facilitación [utilidad] que debe prestar el predio superficial que se pretende gravar, respecto de la concesión minera o establecimiento de beneficio, en calidad de predios dominantes.

Esto es, la necesidad de la conveniencia y utilidad de la servidumbre en los términos del artículo 8 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, deberá estar estrechamente relacionada a la real ejecución de un proyecto minero y a una delimitada extensión de la vida útil de éste, que guarde estrecha relación con la transitoriedad que es característica propia de este tipo de servidumbres.

En relación a lo anterior, existe otra manifestación del principio *civiliter uti* con ocasión de la constitución y ejercicio de las servidumbres mineras coactivas en Chile, la que corresponde a la ejecución del cierre de la operación minera, tratada y regulada en la ley 20.551 sobre planes de cierre de faenas e instalaciones mineras.

En efecto, tal como hemos visto, el establecimiento de las servidumbres estudiadas se explica toda vez que las concesiones mineras se encuentran en «la circunstancia de coexistir respecto de un mismo terreno o lugar» cuya titularidad generalmente es de un tercero, frente a lo cual estas circunstancias obligaron al legislador a contemplar los mecanismos adecuados para que el minero pudiera llevar a cabo las labores de búsqueda, exploración y beneficios de dichas sustancias<sup>36</sup>.

Las mentadas labores causan necesariamente un sinnúmero de variaciones en el medio natural y ambiental del predio sirviente, por lo que resulta esencial efectuar el ejercicio jurídico – técnico correspondiente al cálculo de la vida útil de la operación minera que se pretende llevar a cabo con ocasión del ejercicio del gravamen, lo cual incluye la etapa de cierre de la faena e instalación minera.

Llevar a cabo lo indicado posee una relevancia práctica sin igual, ya que en virtud de su establecimiento se regulará el cierre de la faena e instalación minera, junto con el término de las servidumbres vinculadas a dicho proyecto. El cierre de la faena minera, se deberá efectuar siempre antes de término de sus operaciones, de manera tal que al cese de ellas se encuentren implementadas y creadas las condiciones de estabilidad física y química del lugar en que se llevó a cabo la operación minera.

Cabe precisar que de ninguna manera el cierre de la faena e instalación minera, implica que el predio sirviente sea devuelto en el mismo estado en que

<sup>36</sup> S. LIRA, *Curso de Derecho de Minería*, Santiago, 2007, 175.

fue recibido por parte del titular del predio dominante al momento de constituirse el gravamen, de lo cual se colige que no existe una reparación *in natura*, sin embargo, la ejecución del plan de cierre de la operación minera debe considerarse como una obligación *propter rem* que recae – por cierto – sobre el titular del predio dominante, constituyendo para éste una carga accesoria del derecho real de servidumbre de que es titular, de lo cual se colige de que se encuentra sujeto a la exigibilidad de su cumplimiento quedando aquel obligado a materializar tal cierre y ajustar el mismo a las servidumbres que se encuentren constituidas para tales fines, de lo contrario se verá expuesto a las consecuencias de su incumplimiento.

Dicho lo anterior, es que resulta necesario distinguir los efectos reales de la servidumbre minera y los efectos obligatorios de aquella. Al respecto se sostiene<sup>37</sup> que la servidumbre importa la atribución de determinadas facultades sobre el predio sirviente, debiendo soportar el titular de éste el ejercicio de aquellas; y no solo dicho titular, sino que sus efectos se extienden *erga omnes*, con lo cual se constata una situación jurídica objetiva entre el predio dominante y el predio sirviente. Pues bien, además del efecto real constitutivo del gravamen, es que – con el objeto de asegurar el ejercicio de la servidumbre – la ley impone determinadas obligaciones a favor o a cargo de ambas partes, que poseen el carácter de obligaciones *proptem rem*, siendo la del cierre mencionada una de ellas, la que – configurándose del modo establecido por la autoridad – impone el ejercicio *civiliter uti* de parte del titular del predio dominante, por todo el periodo en que perdure la ejecución del cierre de la operación minera, prohibiéndose – de tal modo – cualquier innovación que implique una agravación de las condiciones del fundo sirviente.

Como se ve, el principio *civiliter uti*, de origen romano, rige hasta nuestros días incluso en el ámbito de esta tan particular y específica institución relativa a las servidumbres mineras forzosas en Chile, configurándose como un principio general de Derecho, aplicable – como se ha visto – por vía de interpretación e integración<sup>38</sup> del precepto de que se trate.

<sup>37</sup> B. BIONDI, *Las servidumbres* cit., 747 ss.

<sup>38</sup> M. LINACERO, *Tratado de servidumbres* cit., 88 ss.

## VIZI REDIBITORI DAL DIRITTO ROMANO AL DIRITTO CONTEMPORANEO: UN'ANALISI ITALO-BRASILIANA

RODRIGO ARNONI SCALQUETTE

**RESUMEN:** Os vícios redibitórios e a responsabilidade que deles decorre ocupou espaço de destaque no direito romano que influenciou diversos sistemas jurídicos, como o italiano e o brasileiro. A estrutura estabelecida no Código Civil italiano e no Código Civil brasileiro demonstra que as lições deixadas pelos romanos quanto aos vícios ocultos continuam sendo utilizadas como parâmetro em ambos os países, mesmo diante das novas especificidades, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro que possui normatização específica quanto às relações de consumo com a Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Este estudo ocupa-se desta relação a fim de demonstrar a importância e a influência do direito romano no direito contemporâneo positivado.

**SINTESI:** I vizi redibitori e la responsabilità che da essi nasce occuparono uno spazio di rilievo nel diritto romano che ha influenzato diversi ordinamenti giuridici, come quello italiano e brasiliano. La struttura del Codice civile italiano e di quello brasiliano dimostra che la lezione lasciata dai romani sui vizi occulti continua ad essere utilizzata come parametro in entrambi i paesi, anche di fronte a nuove specificità, soprattutto nell'ordinamento giuridico brasiliano, che dispone di una normativa specifica in materia di rapporti con i consumatori con la legge n. 8.078 dell'11 settembre 1990. Il presente studio affronta tale rapporto al fine di dimostrare l'importanza e l'influsso del diritto romano sul diritto positivo contemporaneo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Vícios redibitórios; responsabilidade; consumidor; defeitos.

**PAROLE CHIAVE:** Vizi redibitori; responsabilità; consumatore; difetti.

**SOMMARIO.** 1. Introduzione. – 2. Vizi redibitori: nozioni generali. – 3. Vizi redibitori nel diritto romano. – 4. Vizi redibitori: Codice civile e Codice di tutela del consumo brasiliani, Codice civile italiano. – 5. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

Il tema dei vizi redibitori occupa un posto di rilievo sia nell'ordinamento italiano che in quello brasiliano.

L'origine della disciplina loro dedicata risale senza dubbio al diritto romano, che già si occupava dei difetti nascosti e delle possibili conseguenze contrattuali della loro scoperta.

Il presente articolo, frutto della ricerca sviluppata nell'ambito del programma di *Visiting Professor* presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno svolto dall'autore, intende dare conto delle specificità della disciplina in materia di vizi redibitori nella normativa dei due Paesi, evidenziandone identità e differenze, sebbene entrambi derivino dalla stessa matrice, il diritto romano.

### 2. *Vizi redibitori: nozioni generali*

Nel mondo dei contratti le obbligazioni del venditore, ossia di colui che cede la cosa oggetto di trasferimento, non si esauriscono con la sua mera consegna. L'acquirente deve poter godere della cosa secondo la sua natura e destinazione e, a sua volta, il venditore deve garantire all'acquirente che ciò avvenga.

La condotta di tutti i contraenti deve ispirarsi a buona fede. In tal senso, chi trasmette la *res* deve: i) astenersi dal compiere qualsiasi atto che implichi violazione del diritto trasmesso; ii) evitare che l'acquirente sia ostacolato nell'esercizio del diritto da atti spoliativi perpetrati da terzi; e, iii) assicurare l'assenza di imperfezioni della cosa, garantendo l'acquirente dai vizi occulti<sup>1</sup>.

Tenuto conto dell'equilibrio contrattuale e della buona fede che guidano i negozi giuridici, il venditore/cedente ha l'obbligo di rispondere dei vizi e dei difetti non solo del diritto trasferito ma anche della cosa stessa, quando non siano rilevabili da chi ha ricevuto il bene<sup>2</sup>.

Ma cos'è il vizio redibitorio<sup>3</sup>?

Il vizio redibitorio è il vizio occulto della cosa che dà luogo alla risoluzione del contratto, rendendo il suo oggetto inidoneo alla destinazione d'uso o diminuendone il valore per cui, se l'altro contraente fosse venuto a conoscenza del vizio, non avrebbe concluso il negozio giuridico o non lo avrebbe fatto allo stesso prezzo<sup>4</sup>. Si consideri, come esempio di vizio occulto che rende la cosa inadatta all'uso a cui è destinata, quello prospettabile nel caso di un contratto di compravendita di un

<sup>1</sup> Cfr. S. DE SALVO VENOSA, *Direito Civil: contratos*, III, São Paulo, 2019<sup>19</sup>, 207.

<sup>2</sup> Cfr. A. WALD – A.E.L.W., CAVALCANTI – L. MINARDI PAESANI, *Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, São Paulo, 2015<sup>22</sup>, 342.

<sup>3</sup> Il verbo portoghese «redibir» e l'aggettivo italiano «redibitorio» derivano dal latino *redhibere* = recuperare.

<sup>4</sup> Cfr. A. WALD – A.E.L.W., CAVALCANTI – L. MINARDI PAESANI, *Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, São Paulo, 2015<sup>22</sup>, 342.

cavallo da corsa che presenta una grave malattia respiratoria e che, quindi, non può gareggiare, con tale problema di salute ignorato dalla cerchia dei fantini<sup>5</sup>.

È bene ricordare che esistono alcuni requisiti perché un vizio redibitorio possa dirsi sussistente<sup>6</sup>. In primo luogo, i difetti devono essere occulti, ossia non immediatamente percepibili. Se percepibili, si presume siano stati presi in considerazione dall'acquirente che ha ricevuto la cosa e non l'ha rifiutata. Vale la pena notare, tuttavia, che questo requisito potrebbe essere difficile da verificare nella pratica. Un difetto può essere nascosto a una persona e facilmente visibile a un'altra. In questo caso l'accertamento del vizio occulto avverrà *in abstracto*. Un difetto si considera occulto se una persona che abbia le conoscenze tecniche dell'acquirente, o una persona di media diligenza, se non un tecnico, riesce a scoprire il difetto dopo un esame sommario della cosa. È interessante notare che nei rapporti con i consumatori, in Brasile, la latenza non è richiesta, e il prodotto o servizio può essere rifiutato anche se il difetto era evidente o facilmente rilevabile (art. 26 della legge 8.078/90 – Codice del Consumo)<sup>7</sup>.

In secondo luogo, nel contratto i vizi occulti devono essere sconosciuti all'acquirente, cioè se questi ne è a conoscenza, anche se si tratta di vizi non evidenti, non può lamentarne la presenza. Inoltre, i vizi occulti devono essere coevi alla conclusione del contratto, cioè si prendono in considerazione solo quelli che già esistevano al momento della vendita e che perdurano fino al momento della denuncia. Se si tratta di vizi sopravvenuti, che intervengono a pregiudicare la cosa quando questa è già incorporata nel patrimonio dell'acquirente, la loro denuncia non ha valore. Un'eccezione a questa regola si verifica in Brasile, nel Codice di protezione dei consumatori, che prevede che i difetti relativi a prodotti e servizi che sono oggetto di un rapporto di consumo, anche se si verificano dopo la conclusione del contratto, vanno valutati nell'ottica dell'appropriatezza d'uso del prodot-

<sup>5</sup> Cfr. S. DE SALVO VENOSA, *Direito Civil: contratos*, III, São Paulo, 2019<sup>19</sup>, 210-211.

<sup>6</sup> Cfr. C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, III, Rio de Janeiro, 2015<sup>19</sup>, 108-109.

<sup>7</sup> Art. 26 CDC. *O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. § 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2º Obstat a decadência: I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; II – (...) III – a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.* «Il diritto di reclamo per difetti apparenti o facilmente rilevabili si prescrive in: I – trenta giorni, nel caso di fornitura di servizi e prodotti non durevoli; II – novanta giorni, nel caso di fornitura di servizi e prodotti durevoli. § 1° Il periodo di scadenza decorre dalla consegna effettiva del prodotto o dalla fine della prestazione dei servizi. § 2° Ostacoli alla decadenza: I – il reclamo formulato espressamente dal consumatore al fornitore di prodotti e servizi fino alla relativa risposta negativa, che dovrà essere trasmessa secondo modalità non equivoche; II – (...). III – l'avvio di un procedimento civile, fino alla sua chiusura. § 3° In caso di vizio occulto, il termine di prescrizione decorre dal momento in cui il vizio diventa manifesto».

to o servizio. Infine, vengono presi in considerazione solo i vizi occulti che ledano positivamente l'utilità della cosa, rendendola inidonea all'uso previsto nel contratto o che ne riducano il pregio economico (valore) verranno presi in considerazione. In altre parole, nei rapporti di consumo in Brasile, il consumatore può esigere la sostituzione delle parti difettose quando riscontra una difformità rispetto alle indicazioni riportate sul contenitore, sull'imballaggio, sull'etichetta o sul messaggio pubblicitario, rispettando le variazioni della loro natura (art. 18 della legge 8.078/90 – Codice del Consumo)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Art. 18. CDC. *Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço. § 2º Poderão as partes convenicionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. § 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. § 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo. § 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor. § 6º São impróprios ao uso e consumo: I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.* «I fornitori di beni di consumo durevoli o non durevoli sono responsabili in solido per i difetti qualitativi o quantitativi che li rendano inidonei o inadatti al consumo al quale sono destinati o ne riducano il valore, nonché per quelli derivanti dalla difformità con le indicazioni riportate sul contenitore, sulla confezione, sull'etichetta o nel messaggio pubblicitario, rispettando le variazioni derivanti dalla loro natura, ed il consumatore potrà esigere la sostituzione delle parti difettose. § 1° Se il difetto non viene rimosso entro il termine massimo di trenta giorni, il consumatore può chiedere, in alternativa e a sua scelta: I – la sostituzione del prodotto con un altro dello stesso tipo, in perfette condizioni d'uso; II – rimborso immediato dell'importo pagato, aggiornato monetariamente, fatte salve eventuali perdite e danni; III – la riduzione proporzionale del prezzo. § 2° Le parti possono convenire di ridurre o prolungare il termine previsto dal comma precedente, che non può essere inferiore a sette né superiore a centottanta giorni. Nei contratti di adesione la clausola contrattuale dovrà essere pattuita separatamente, mediante espressione espressa da parte del consumatore. § 3° Il consumatore può avvalersi immediatamente delle alternative di cui al § 1° del presente articolo ogniqualvolta, a causa dell'entità del difetto, la sostituzione delle parti difettose possa compromettere la qualità o le caratteristiche del prodotto, ridurne il valore o essere prodotto essenziale. § 4° Se il consumatore ha optato per l'alternativa di cui al punto I del § 1 del presente articolo, e se non è possibile sostituire il bene, questo può essere sostituito con un altro di tipo, marca o modello diverso, mediante integrazione o

Dopo aver analizzato i presupposti dei vizi redibitori, occorre evidenziare la differenza intercorrente, in campo negoziale, tra errore e vizio redibitorio.

Nell'errore<sup>9</sup> l'acquirente si è formato una falsa idea della realtà, frutto di una carenza di percezione che opera sul piano soggettivo. Ad esempio, chi acquista un quadro falso, pensando che sia vero, incorre in un errore. Il difetto redibitorio, invece, attiene alla cosa stessa che la parte desidera fare propria, con l'acquirente che non è a conoscenza del difetto, perché è nascosto. Ad esempio: l'acquisto di un quadro apparentemente in perfetto stato di conservazione ma colonizzato da funghi invisibili che, dopo l'acquisto, ammuflisce, sarà interessato da un difetto redibitorio<sup>10</sup>.

### 3. Il vizio redibitorio nel Diritto Romano

Nel diritto romano la compravendita era un contratto bilaterale perfetto, che generava obblighi per entrambe le parti contraenti – venditore e acquirente – dal momento della sua conclusione<sup>11</sup>. Nell'antica Roma, la conclusione di un contratto di compravendita non si accompagnava ad alcuna garanzia tacita sulla consistenza della cosa. Il venditore, in linea di principio, non era responsabile dei vizi redibitori<sup>12</sup> presentati dall'oggetto compravenduto, a meno che non fosse stata conclusa tra lui e l'acquirente una *stipulatio duplae* o una *stipulatio habere licere*, in modo che questi fosse garantito contro l'evizione<sup>13</sup> e i vizi redibitori<sup>14</sup>.

rimborso qualsiasi differenza di prezzo, fatto salvo quanto previsto ai punti II e III del § 1 del presente articolo. § 5° In caso di fornitura di prodotti freschi, il fornitore diretto sarà responsabile nei confronti del consumatore, tranne quando il suo produttore è chiaramente identificato. § 6° Non sono idonei all'uso e al consumo: I – i prodotti la cui data di scadenza è scaduta; II – prodotti deteriorati, alterati, adulterati, danneggiati, contraffatti, corrotti, fraudolenti, dannosi alla vita o alla salute, pericolosi o anche non conformi agli standard normativi di produzione, distribuzione o presentazione; III – prodotti che, per qualsiasi motivo, si rivellano inadeguati all'uso cui sono destinati».

<sup>9</sup> Se l'errore è indotto intenzionalmente dall'alienante o da un terzo, il difetto di volontà diventa intenzione.

<sup>10</sup> Cfr. S. DE SALVO VENOSA, *Direito Civil: contratos*<sup>19</sup> cit., 211.

<sup>11</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, II, Rio de Janeiro, 2002<sup>6</sup>, 161.

<sup>12</sup> È interessante notare che nel diritto romano, se veniva realizzata una *mancipatio* (la forma più antica di trasferimento di proprietà di *res mancipi*) e il venditore dichiarava che l'immobile aveva una superficie maggiore di quella reale, oppure che l'immobile era *uti optimus maximus* (esente da servitù immobiliari), e ciò non era esatto, l'acquirente aveva, rispettivamente, l'*actio de modo agri* e l'*actio auctoritatis*. Entrambi i rimedi, però, non sono esattamente esemplificativi di ipotesi in cui sussista responsabilità per vizi redibitori, tanto che le due azioni citate si basano, non sull'idea di una garanzia intrinseca alla vendita, ma piuttosto sull'esistenza di una protezione dall'illecito. Cfr. J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano* cit., 163.

<sup>13</sup> «L'evizione è la situazione nella quale l'acquirente perde il possesso o la proprietà di un determinato oggetto, a causa di una decisione giudiziaria che lo attribuisce a un terzo, riconoscendo che il cedente non era titolare del diritto da lui trasferito». A. WALD – A.E.L.W. CAVALCANTI – L. MINARDI PAESANI, *Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos* cit., 360.

<sup>14</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*<sup>6</sup>, II cit., 163.

Nella *stipulatio duplae*, il venditore prometteva all'acquirente di pagare il doppio del prezzo di vendita, il *duplum (pecuniae)*, in caso di futura evizione, quando l'acquirente o i suoi aventi causa fossero risultati soccombenti rispetto all'*actio in rem* proposta da un terzo, malgrado il compratore avesse sollecitato il venditore a difendere in giudizio la titolarità della cosa.

A sua volta, nella *stipulatio habere licere* il venditore rispondeva per il semplice interesse dell'acquirente a permanere nella disponibilità della cosa. La figura derivava dalla vendita di *res nec Mancipi* e venne interpretata rigorosamente in epoca tardo classica, per cui il venditore si limitava a promettere di astenersi dall'interferire lui stesso (come pure i suoi eredi) nel possesso della cosa da parte dell'acquirente, ma senza rispondere di aggressioni portate da terzi. Con l'*actio empti* essa divenne superflua, e nel periodo postclassico ne venne assorbita o si trovò sostituita dalla *stipulatio duplae (simplae)*<sup>15</sup>.

È interessante notare che ai tempi di Cicerone l'acquirente della cosa, promuovendo l'*actio empti*, poteva ottenere, quando la cosa era difettosa, il rimborso del prezzo mediante la restituzione della cosa, o, se gli conveniva, semplicemente una riduzione del prezzo, purché il venditore fosse a conoscenza dell'esistenza del difetto occulto<sup>16</sup>.

Va osservato che il venditore, a Roma, rispondeva dei vizi materiali (inizialmente solo per infedeltà), mediante *actio empti*, quando, conoscendoli, li aveva intenzionalmente occultati (*dolo malo*), ovvero quando (nella vendita o *mancipatio*) aveva dato espressa assicurazione che la cosa non avesse vizi né presentasse determinate qualità (D. 19,1,13,14). In questo senso l'*actio empti* serviva ad ottenere l'*id quod interest*, cioè non solo il rimborso del minor valore della cosa stessa, ma il risarcimento dei danni causati indirettamente (danni indiretti)<sup>17</sup>.

Nel contratto di compravendita romano, affinché il venditore fosse responsabile dei vizi redibitori, era necessario che, all'atto della conclusione della vendita, dichiarasse che la cosa venduta era esente da vizi. Poiché la maggior parte dei contratti non erano accompagnati da tali dichiarazioni, dovettero originarsi numerose controversie, principalmente nel settore della vendita di schiavi<sup>18</sup>.

A quali approdi condusse un simile contenzioso?

Nel III secolo a.C. l'edile curule – magistrato incaricato di vigilare sui mercati – emanò apposite clausole edittali per reprimere le frodi commesse dai venditori (generalmente stranieri) ai danni degli acquirenti di animali o di persone di condizione schiavile.

<sup>15</sup> Cfr. M. KASER, *Direito Privado Romano*, Tradução de S. RODRIGUES – F. HÄMMERLE, Lisboa, 1999, 245.

<sup>16</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*<sup>6</sup>, II cit., 161.

<sup>17</sup> Cfr. M. KASER, *Direito Privado Romano* cit., 246-247.

<sup>18</sup> Cfr. S. DE SALVO VENOSA, *Direito Civil: contratos*<sup>19</sup> cit., 211.

Tali previsioni – ospitate nell’editto – si stabilizzarono e, in breve, sancirono che il venditore di schiavi o di determinate tipologie di animali fosse obbligato a dichiarare espressamente i vizi di cui erano affette le cose vendute<sup>19</sup>.

In sintesi, sotto due appositi titoli, gli editti del magistrato deputato al controllo sui mercati trattavano della vendita degli schiavi (*de mancipiis uendendis*) e di quella di *iumenta* (*de iumentis uendundis*).

Assolutamente suggestiva, in argomento, risulta la lezione del giurista brasiliano José Carlos Moreira Alves – Ministro della Corte Suprema Federale e Professore Associato di Diritto Romano presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Federale di Rio de Janeiro – quando si pronuncia sul contenuto dell’editto degli edili curuli. In particolare, era previsto l’obbligo del venditore di schiavi e *iumenta* (animali da sella e da soma, che vengono addomesticati per la schiena – *dorso domantur*) di rendere pubblici i difetti dei propri beni (quali, ad esempio, malattie, esistenza di responsabilità per danni cagionati dall’animale o dallo schiavo, difetti caratteriali dello schiavo – come la tendenza alla fuga, o l’essere vagabondo).

Sussisteva l’obbligo del venditore di schiavi (è dibattuto se esistesse anche in relazione agli animali) di concludere una *stipulatio* per il doppio, in favore del compratore, per garantirlo contro i vizi taciuti dal primo; in questo caso, se il venditore non prestava tale garanzia, l’acquirente poteva, entro due mesi dalla vendita, restituire la cosa, ottenendo il rimborso del prezzo, mediante *actio redhibitoria*, oppure, se voleva tenere lo schiavo o l’animale, chiedere la riduzione del prezzo, mediante *actio quanti minoris* (detta anche *actio aestimatoria*), entro sei mesi. Da ultimo, oltre a tale garanzia derivante dalla *stipulatio* per il doppio, o anche in sua assenza, il compratore poteva – se il vizio redibitorio è sorto dopo la consegna della cosa (animale o schiavo) – esigere, mediante l’*actio redhibitoria*, da introdurre entro sei mesi lavorativi dall’acquisto, la restituzione del prezzo mediante retrocessione della cosa, ovvero, entro un anno lavorativo dall’acquisto, mediante *actio quanti minoris* (o *actio aestimatoria*), la riduzione del prezzo<sup>20</sup>.

Come si evince da quanto detto, l’azione redibitoria e quella *quanti minoris* o azione estimatoria nascono nel diritto romano, quando si verificano vizi occulti, a protezione dell’acquirente che poteva contare su due tipi di azioni per reclamare contro il venditore al cospetto di vizi redibitori.

Relativamente all’*actio redhibitoria* l’oggetto dell’azione era la risoluzione del contratto con retrocessione della cosa acquistata e restituzione del prezzo pagato<sup>21</sup>. La denuncia dei vizi andava formulata entro un termine massimo di sei mesi dalla data del contratto e, va notato, avrebbe avuto lo scopo di procurare la restituzione di tutto ciò che era stato scambiato, per cui l’acquirente doveva resti-

<sup>19</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>20</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*<sup>6</sup>, II cit., 164.

<sup>21</sup> Cfr. L.A. ROLIM, *Instituições de Direito Romano*, São Paulo, 2008<sup>3</sup>, 259.

tuire la cosa con i suoi accessori e il venditore doveva restituire l'importo ricevuto con eventuali interessi<sup>22</sup>.

L'azione redibitoria presentava originariamente natura penale, in particolare per il fatto che il venditore era chiamato a restituire il doppio del prezzo ricevuto – in caso di vizi occulti; successivamente, nel diritto romano, si accettò, nell'*actio redhibitoria*, che il venditore restituisse la somma ricevuta e gli interessi e, da parte dell'acquirente, che venisse retrocessa la cosa con i suoi accessori e i frutti percepiti. Si noti che in questa situazione si realizza un rimborso *in integrum* e le parti del contratto ritornano al cosiddetto *status quo ante* – ossia alla situazione precedente al completamento della transazione legale<sup>23</sup>.

In caso di azione estimatoria, *quanti minoris*, l'acquirente della cosa mira ad ottenere dal venditore una riduzione del prezzo pagato per la cosa. La richiesta di 'diminuzione' doveva essere avanzata entro un anno dalla vendita – l'oggetto vale meno perché presenta 'difetti' – e, vale la pena ricordare, che la richiesta poteva essere reiterata ogniqualvolta fossero scoperti nuovi vizi occulti<sup>24</sup>.

I rimedi in discussione vengono adattati dagli stessi edili alle peculiarità proprie dell'impresa commerciale costituita dalla *societas venaliciaria*, operante nel settore del commercio degli schiavi. All'argomento si dedica il giurista Paolo nel commento al testo editale:

D. 21.1.44 pr.-1 Paul., *II ad ed. aedil. curul.*

*Iustissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere, ne qua fraus aut edicto aut iure civili fieret: ut ait pedius, propter dignitatem hominum: alioquin eandem rationem fuisse et in ceteris rebus: ridiculum namque esse tunicae fundum accedere. ceterum hominis venditioni quidvis adicere licet: nam et plerumque plus in peculio est quam in servo, et nonnumquam vicarius qui accedit pluris est quam is servus qui venit. [1] Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogereur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.*

L'occasione per trattare l'argomento è fornita dall'approfondimento delle disposizioni dettate a tutela degli interessi del compratore nel caso i *mancipia*

<sup>22</sup> Cfr. S. DE SALVO VENOSA, *Direito Civil: contratos*<sup>19</sup> cit., 212.

<sup>23</sup> Cfr. A. WALD – A.E.L.W. CAVALCANTI – L. MINARDI PAESANI, *Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*<sup>22</sup> cit., 344.

<sup>24</sup> Cfr. S. DE SALVO VENOSA, *Direito Civil: contratos*<sup>19</sup>, III cit., 212.

acquistati fossero affetti da vizi<sup>25</sup>. Per quanto ci è noto da Ulpiano<sup>26</sup>, le disposizioni edittali prevedevano che l'alienante rendesse precise dichiarazioni in merito alle condizioni materiali e giuridiche di quanto si accingeva a trasferire in proprietà. L'obbligo informativo, però, originariamente sussisteva nei soli casi in cui il *servus* fosse l'oggetto principale della compravendita. Ciò dovette fornire ai *venaliciarii* lo spunto per eludere la prescrizione cedendo lo schiavo quale accessorio di un'altra *res* senza doversi produrre in rassicurazioni compromettenti, quando erano consapevoli della loro infondatezza.

Il frammento di Paolo si apre proprio con la risposta edittale a questa distorta pratica commerciale, consistente nel divieto di accessione del sottoposto ad un bene di valore inferiore. La proibizione è giustificata ora con la *dignitas* propria della persona umana<sup>27</sup>, ora con l'osservazione per cui non può ritenersi serio – quindi degno di tutela giuridica – l'assunto che una pertinenza possa avere un valore assai più elevato del bene che si assume principale, come nel confronto tra una tunica e un appezzamento di terra.

Il prosieguo del testo è particolarmente significativo ai fini della nostra indagine. Viene infatti menzionato un particolare accorgimento adottato nella concessione dell'azione edilizia e che investe la legittimazione passiva. Per comprenderne la portata deve tenersi presente che il commercio di forza lavoro schiavile era solitamente esercitato in forma associata, attraverso la *societas venaliciaria*, esempio tipico di *societas unius negotiationis*<sup>28</sup>. È presumibile che queste imprese risentissero delle oscillazioni del mercato e venissero costituite *ad hoc* in corrispondenza di congiunture favorevoli per poi essere sciolte al mutare delle convenienze<sup>29</sup>. Non è

<sup>25</sup> Su questa fonte vd. G. GRECO, 'Turpitudō'. *Alle origini di una categoria giuridica*, Napoli, 2018, 124 ss.; ID., *Brevi osservazioni sui rapporti tra onorabilità dei litiganti e processo privato*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 9, 2018, 27 ss.

<sup>26</sup> D. 21,1,1,1 (Ulp. 1 ad ed. aedil. curul.) *Aiunt aediles: 'qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitivae cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiant. quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiant: ex his enim causis iudicium dabimus. hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus'.*

<sup>27</sup> Sul valore dell'assai suggestiva espressione «*propter dignitatem hominum*» nel contesto oggetto di analisi, rinviamo a R. ORTU, «*Propter dignitatem hominum*». *Riflessioni su D. 21.1.44 pr.* (Paul. 2 ad ed. aed. cur.), in *Diritto@Storia*, 3, 2004 consultabile al seguente link: <<http://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Ortu-Propter-dignitatem-hominum.htm>>.

<sup>28</sup> *Gai*, 3.148.

<sup>29</sup> Tanto si potrebbe ricavare dai termini in cui è formulata l'ipotesi di recesso del socio presa in considerazione da D. 17,2,65,5 (Paul. 32 ad ed.).

neppure da escludersi che, a società di dimensioni ridotte, operanti solo sul mercato romano, si affiancassero realtà più estese, dotate di infrastrutture e mezzi considerevoli<sup>30</sup>, capaci di operare tanto nella capitale quanto oltremare<sup>31</sup>.

Proprio in relazione ai problemi che il compratore avrebbe potuto incontrare in ragione della complessa e mutevole base associativa della controparte, Paolo riporta che l'*actio redhibitoria* e l'*actio aestimatoria*, quando il vizio riscontrato fosse stato taciuto o dichiarato inesistente dal venditore, si sarebbero potute esperire, per l'intero, contro il socio della *societas* alienante che fosse titolare di una quota maggiore o uguale a quella degli altri (e quindi, in caso di partecipazioni paritarie, poteva scegliersi indifferentemente uno dei soci da convenire in giudizio). Si evitava in questo modo all'acquirente di doversi attivare *pro quota* contro ciascuno dei *venaliciarii*, come sarebbe invece dovuto necessariamente avvenire facendo ricorso all'*actio empti*<sup>32</sup>.

La dottrina tradizionale ritiene che la speciale regola introdotta dagli edili valesse per il caso in cui tutti i partecipanti alla società fossero stati presenti alla conclusione della compravendita e avessero assunto verso l'acquirente obblighi entro la propria quota di spettanza, posto che l'inciso «*plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere*» varrebbe quale attestazione della pratica dei venditori di schiavi di agire congiuntamente. Di recente è stato tuttavia ipotizzato che il vantaggio processuale accordato all'acquirente valesse anche quando la negoziazione fosse stata portata a termine da un singolo socio. In tal caso la testimonianza del giurista Paolo potrebbe impiegarsi per dimostrare l'esistenza di un potere di rappresentanza diretta reciproca tra i *soci venaliciarii* e la rilevanza esterna del rapporto societario che fosse stato portato a conoscenza dei terzi.

<sup>30</sup> R. ORTU, *Note in tema di organizzazione e attività dei venaliciarii*, in *Diritto@Storia*, 2, 2003 consultabile al seguente link: <<http://dirittoestoria.it/tradizione2/Ortu-Venaliciarii.htm>>.

<sup>31</sup> R. ORTU, *Brevi note in tema di societas venaliciaria*, in *Archivio storico giuridico sardo di Sassari*, 19, 2014, 166.

<sup>32</sup> Con riferimento ai trasferimenti realizzati facendo ricorso allo schema dell'*emptio-venditio* si registrava in favore dell'*emptor* la possibilità, quando vi fossero patologie del rapporto contrattuale, di beneficiare di un sistema composito di tutele, costituito, per un verso, dalla tutela onoraria facente capo agli edili curuli (se l'oggetto compravenduto fossero schiavi ed animali da sella e da soma venduti nei mercati) e, per l'altro, dalla tutela civile riconosciuta nell'editto pretorio. Tali rimedi, secondo le diverse opinioni, si collocavano in un rapporto di concorrenza, concorso elettivo o sussidiarietà. Nel sistema di tutele edilizio il compratore poteva avvantaggiarsi della circostanza che il venditore non potesse sottrarsi alla condanna dimostrando la propria assenza di colpa qualora venisse provata l'esistenza dei vizi occulti della cosa. Tuttavia, l'*actio redhibitoria* e quella *aestimatoria* dovevano proporsi in termini particolarmente stretti (sei mesi o un anno). L'*actio empti* accordata dal pretore si fondava sulla violazione del regolamento contrattuale e non poteva prescindere dall'imputabilità dell'inadempimento almeno a titolo colposo. Non scontava però limiti decadenziali stringenti. Relativamente agli strumenti processuali di cui trattasi e alle loro interrelazioni cfr. T. DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2012, 838 ss., con ampia bibliografia.

Le ragioni della deroga al normale assetto dei rapporti processuali ci sono fornite dallo stesso commento paolino all'editto, con un'espressione tanto stringata quanto incisiva: «*nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est*». L'autorità cittadina mostra di serbare un atteggiamento sprezzante verso i mercanti di schiavi a causa della loro nota propensione a procurarsi guadagni in maniera turpe. Ed in effetti, sebbene fosse indispensabile al funzionamento dell'apparato produttivo, il commercio di esseri umani era ritenuto a Roma occupazione particolarmente infamante<sup>33</sup>. A rafforzare il giudizio di riprovazione erano poi le pratiche commerciali a cui gli operatori del settore facevano ricorso in danno dei clienti meno avveduti. Oltre alla vendita di *homines* che presentavano difetti quali accessori di altre *res*, di cui abbiamo menzionato la finalità elusiva, non doveva essere raro il tentativo di smerciare servi più vecchi mettendoli a nuovo come se fossero giovani<sup>34</sup>, occultarne la gracilità con espedienti<sup>35</sup> e, se necessario, prospettare persino che fossero gemelli per alienarli in blocco o ad un prezzo maggiore<sup>36</sup>.

In conclusione, in questo ramo del diritto, il venditore di persone e animali schiavi era obbligato a dichiarare i vizi o difetti di ciò che vendeva nei mercati di Roma, e, via via, con l'espansione dell'ambito territoriale di efficacia degli editti edilizi, nel territorio dell'Impero Romano. Nel periodo classico del diritto romano, questa previsione cominciò ad applicarsi alla compravendita di qualsiasi 'cosa'. La sua estensione alle cose in generale si verificò, definitivamente, solo al tempo dell'imperatore Giustiniano<sup>37</sup> quando non esisteva più la distinzione tra *ius civile*<sup>38</sup> e *ius honorarium*<sup>39</sup>.

#### 4. Vizio redibitorio: Codice civile e Codice di tutela dei consumatori brasiliani e Codice civile italiano

Il diritto civile in Brasile, con le sue radici romane<sup>40</sup>, si è occupato del regime della responsabilità per vizi fin dai tempi della colonizzazione portoghese, attraverso le Ordinanze del Regno, introducendo la possibilità di rivedere il contratto in caso di vizio occulto, e con le Ordinanze Manueline (1521) che, per la prima volta, stabilirono un regime generale dei vizi, ripreso poi dalle Ordinanze

<sup>33</sup> Plaut., *Capt.*, vv. 98-101.

<sup>34</sup> D. 21,1,37 (*Ulp., I ad ed. aed. curulium*).

<sup>35</sup> Plin., *Nat. hist.*, 24.35.

<sup>36</sup> Plin., *Nat. hist.*, 7.56.

<sup>37</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*<sup>6</sup>, II cit., 164-165.

<sup>38</sup> Il diritto romano antico applicabile ai cittadini romani.

<sup>39</sup> Fu il diritto derivato dall'attività del magistrato investito di onori che perfezionò e migliorò il diritto costituito, aprendolo a nuove prospettive.

<sup>40</sup> Cfr. R. ARNONI SCALQUETTE, *Lições Sistematizadas de História do Direito*, São Paulo, 2020<sup>2</sup>, 137.

Filippine (1603), che rimasero in vigore in Brasile fino al XX secolo, più precisamente fino al 1916 con l'avvento delle il primo Codice civile brasiliano<sup>41</sup>.

I vizi redibitori del Codice civile brasiliano del 1916 – CC./1916, noto come Codice Clóvis Beviláqua, trovavano la loro disciplina negli articoli da 1.101 a 1.106. Il Codice civile del 1916 ha stabilito la possibilità per l'acquirente di ricorrere alle azioni edilizie, a fronte di vizi occulti o apparenti in caso di contratti onerosi e commutativi. Tali azioni avevano ad oggetto la pretesa di ridurre il prezzo (*quanti minoris*) attraverso l'azione estimatoria, ovvero la risoluzione del contratto (pretesa redibitoria), attraverso l'azione redibitoria, da cui potevano derivare perdite e danni se il venditore avesse agito in mala fede<sup>42</sup>.

Nell'attuale Codice civile brasiliano del 2002 – CC./2002, la regolamentazione dei vizi redibitori è ospitata negli articoli da 441 a 446. Secondo il diritto civile brasiliano, la cosa ricevuta con contratto commutativo può essere rifiutata a causa di vizi nascosti o difetti che la rendono inidonea all'uso al quale è destinata, o diminuirne il valore (art. 441 CC./2002).

È importante evidenziare che il venditore, con la conclusione del contratto, dovrà garantire il perfetto stato della cosa, garantendo le qualità pubblicizzate, la sicurezza e l'idoneità agli scopi proposti. Se la cosa presenta difetti o imperfezioni che la rendono inadatta ai suoi scopi o ne riducono il valore, non ci si potrà sottrarre alla responsabilità contrattuale<sup>43</sup>.

Pontes de Miranda osserva che: «ciò che hanno in comune vizi di diritto e vizi di fatto è che essi determinano la responsabilità di chi ha adempiuto, e non solo di chi ha promesso. Fai semplicemente quello che hai promesso, ma deve essere fatto in modo tale che non ci siano difetti. Chi ha promesso “a” e ha mantenuto “a”, ma “a” era di qualcun altro, o era malato o aveva una parte interna rotta, è responsabile di aver agito in modo improprio. Ecco perché l'esistenza del difetto deve sussistere al momento dell'adempimento e non al momento della promessa. Se vi è stato adempimento, il concedente è esonerato»<sup>44</sup>.

La legge civile brasiliana del 2002 stabilisce che la cosa può essere rifiutata solo se il vizio o il difetto vengono occultati; nel caso in cui si tratti di un difetto apparente, suscettibile di essere rilevato ad un attento esame, effettuato

<sup>41</sup> B. MIRAGEM, *Curso de Direito do Consumidor*, São Paulo, 2019<sup>8</sup>, 769-770. Sul corrispondente rilievo spiegato dal diritto romano nella formazione della cultura giuridica italiana in età moderna, si veda F. FASOLINO, *Il dibattito settecentesco intorno al diritto romano: prime considerazioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano, 1073 ss.; ID., *Mario Pagano e il diritto romano*, in *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, II, a cura di A. BARBERA – A. LOIDICE – M. SCUDIERO – P. STANZIONE, Soveria Mannelli, 423 ss.

<sup>42</sup> B. MIRAGEM, *Curso de Direito do Consumidor*<sup>8</sup> cit., 769-770.

<sup>43</sup> Cfr. W. DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*, V, ed. Atualizada por C.A. DABUS MALUF – R.B. TAVARES DA SILVA, São Paulo, 2007<sup>35</sup>, 50.

<sup>44</sup> F. CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Obrigações: negócios jurídicos bilaterais*, Tomo XXXVIII, atualizado por C. LIMA MARQUES – B. MIRAGEM, São Paulo, 2012, 386.

dall'acquirente che agisca con diligenza nel corso delle trattative, non costituirà un difetto idoneo a giustificare l'avvio di un'azione redibitoria. In questa situazione si presuppone che l'acquirente fosse già a conoscenza del difetto e non lo abbia considerato un impedimento al perfezionamento dell'affare, rinunciando alla garanzia legale di riscatto e garantendo la fermezza del contratto<sup>45</sup>.

Se invece esiste un vizio o un difetto occulto, il Codice civile brasiliano prevede due alternative per l'acquirente della cosa (art. 442): si può rifiutare la cosa e risolvere il contratto con azione redibitoria, chiedendo la restituzione del prezzo pagato oppure si può trattenere la cosa, difettosa, pretendendo la riduzione del prezzo con azione stimativa o *quantis minoris*. Tali azioni ricevevano il nome di *edilicias* – con allusione all'edile curule – che agivano sui mercati all'epoca del diritto romano in questioni relative alla risoluzione del contratto o alla riduzione del prezzo<sup>46</sup>, come abbiamo visto in precedenza.

È opportuno precisare che la responsabilità del venditore per vizi redibitori risiede nel principio di garanzia, secondo il quale l'acquirente ha diritto alla naturale utilità del bene (mobile o immobile) e non può, nella maggior parte dei casi, esaminarlo approfonditamente, al punto da poter scoprire i vizi non apparenti; in questo modo, deve essere garantito che – nel caso di consegna di una cosa difettosa, non idonea al suo uso normale o che non corrisponda al valore di acquisto – si consenta all'acquirente di rifiutare la cosa o di ridurre il prezzo<sup>47</sup>.

Infine, le azioni edilizie (redibitorie ed estimatorie) devono essere proposte entro il termine di trenta giorni, computati dalla consegna dei beni mobili e di un anno, se si tratta di un immobile, ai sensi dell'articolo 445 CC. del 2002.

Passando ad esaminare la responsabilità per vizi nel diritto dei consumatori, vale considerare che in Brasile, per mandato costituzionale, è stato creato il Codice di protezione dei consumatori (CDC.) – legge 8.078/90 – per occuparsi dei rapporti contrattuali che coinvolgono i consumatori<sup>48</sup>.

È importante a questo punto evidenziare la differenza tra un rapporto di diritto civile e un rapporto di consumo. Se una persona acquista un'auto da un'altra persona avremo un rapporto di diritto civile regolato dalle norme del Codice

<sup>45</sup> Cfr. C.R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*, III, São Paulo, 2015<sup>12</sup>, 133.

<sup>46</sup> Cfr. *Ibidem*, 135.

<sup>47</sup> M.H. DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações contratuais e extra-contratuais*, III, São Paulo, 2015<sup>31</sup>, 40.

<sup>48</sup> I rapporti di consumo «comprendono quelli riferiti alle attività di produzione, trasformazione, assemblaggio, creazione, costruzione, importazione, esportazione, distribuzione o commercializzazione di beni e di prestazione di servizi, compresi quelli di carattere bancario, finanziario, creditizio e assicurativo, esclusi quelli di natura lavorativa e sviluppati da enti privati o pubblici (art. 3 del CDC). Le relazioni comprendono quindi, in sintesi, quelle relative alla produzione e all'immissione sul mercato di beni e servizi, e alla loro successiva consumazione da parte della comunità». C.A. BITTAR, *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, 2002<sup>5</sup>, 28.

civile; se invece un soggetto acquista un'auto presso una concessionaria di automobili, il rapporto è di consumo e perciò regolato dal Codice del consumo. Nel primo caso si tratta di un rapporto tra individui e, nel secondo, tra un fornitore e il destinatario finale di un prodotto commercializzato.

Innanzitutto, dobbiamo distinguere i 'vizi' dai 'difetti'. I difetti sono anomalie riscontrate in prodotti e servizi che li rendono inadatti agli scopi a cui sono destinati, causando danni e mettendo a rischio la salute, la sicurezza e la vita dei consumatori. Ad esempio, l'immissione sul mercato di automobili con un difetto all'impianto frenante. I vizi invece sono anomalie che rendono la cosa inadatta allo scopo a cui è destinata. Ad esempio, vaccinare gli animali domestici con un prodotto innocuo<sup>49</sup>.

Il sistema descritto nel Codice del consumo si rivela più rigoroso nella tutela del consumatore, non limitandosi a consentire la denuncia dei difetti redibitori attraverso la promozione di azioni edilizie, ma rendendo il produttore responsabile dei difetti di fabbricazione e determinando la sostituzione del prodotto con altro dello stesso tipo, in perfette condizioni d'uso, nonché l'immediata restituzione dell'importo pagato, aggiornato monetariamente, oltre alle perdite e ai danni, o anche una proporzionale riduzione del prezzo (art. 18 CDC.)<sup>50</sup>.

Il diritto brasiliano del consumo considera difetti nascosti così come quelli evidenti o facilmente rilevabili come difetti redibitori:

Art. 26 CDC. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II – (Vetado).

III – a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Cfr. J.G. DE BRITO FILOMENO, *Manual de Direitos do Consumidor*<sup>8</sup>, São Paulo, 2005, 173-174.

<sup>50</sup> Cfr. C.R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*<sup>12</sup> cit., 140-141.

<sup>51</sup> Art. 26 CDC. Il diritto di reclamo per difetti apparenti o facilmente identificabili decade dopo:

I – trenta giorni, nel caso di fornitura di servizi e prodotti non durevoli;

Dalla lettura della disposizione di cui sopra si può individuare una delle differenze fondamentali tra la responsabilità per vizi nel diritto dei consumatori e il regime dei vizi redibitori nel diritto civile. Nel Codice civile del 2002 il difetto deve essere non apparente; qualora sia visibile, non costituirà difetto redibitorio idoneo a giustificare la promozione di azioni edilizie, le quali impongono che il difetto sia occulto e non conosciuto dall'acquirente. Nella legge sui consumatori, al contrario, è previsto che il consumatore possa agire sia in presenza di difetti apparenti o facilmente rilevabili sia di difetti nascosti.

Nell'ordinamento italiano la disciplina dei vizi redibitori è contenuta negli articoli da 1490 a 1497 del Codice civile del 1942<sup>52</sup>.

L'articolo 1490 c.c. prevede che il venditore debba garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che potrebbero renderla inidonea all'uso cui è destinata o ridurne sensibilmente il valore, prevedendo anche che il patto nel quale è esclusa o limitata la garanzia sia intervenuto nessun effetto se il venditore agisce in mala fede nei confronti del compratore riguardo ai vizi della cosa.

Secondo Rossella Fadda<sup>53</sup> «L'art.1490 c.c. nel disciplinare la garanzia per vizi, si riferisce all'ipotesi in cui la cosa acquistata presenta una alterazione patologica o una anomalia che la rende inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuisce in modo apprezzabile il valore».

Tuttavia, l'articolo 1491 c.c. prevede che la garanzia non è dovuta se, al momento della conclusione del contratto, l'acquirente conosceva i difetti della cosa e, inoltre, se i difetti erano facilmente riconoscibili, a meno che, in quest'ultimo caso, il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da difetti.

Nei casi indicati dall'articolo 1490 c.c. l'acquirente potrà chiedere, a sua scelta, la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

Se la cosa consegnata è perita a causa di vizi, l'acquirente ha il diritto di risolvere il contratto; se, al contrario, è perita per un caso fortuito o per colpa

II – novanta giorni, nel caso di fornitura di servizi e prodotti durevoli.

§ 1° Il periodo di scadenza decorre dalla consegna effettiva del prodotto o dalla fine dell'esecuzione dei servizi.

§ 2. Ostacoli alla decadenza:

I – il reclamo formulato in modo manifesto dal consumatore davanti al fornitore di prodotti e servizi fino alla corrispondente risposta negativa, che dovrà essere trasmessa in modo inequivocabile;

II – (...).

III – l'avvio di un'istruttoria civile, fino alla sua chiusura.

§ 3° In caso di vizio occulto, il termine di prescrizione decorre dal momento in cui il vizio diventa manifesto.

<sup>52</sup> Disponibile al link <<https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>>. L'accesso alla fonte è stato effettuato in data 16 novembre 2023.

<sup>53</sup> R. FADDA, *Garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Codice della vendita: le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, a cura di V. BUONOCORE – A. LUMINOSO – G. FAUCEGLIA, Milano, 2018<sup>4</sup>, 824.

dell'acquirente, o se ne ha alienato o trasformato, dovrà non poter pretendere la riduzione del prezzo (art. 1492 c.c.).

L'articolo 1493 c.c. stabilisce che in caso di risoluzione del contratto il venditore è tenuto a rimborsare il prezzo e risarcire all'acquirente le spese ed i pagamenti legittimamente effettuati per la vendita. L'acquirente, a sua volta, è tenuto a restituire la cosa, se non è perita a causa di difetti.

In ogni caso, il venditore è tenuto a risarcire il danno se questi non possa provare di aver ignorato incolpevolmente i vizi della cosa (art. 1494 c.c.). Il venditore deve inoltre risarcire l'acquirente per eventuali danni derivanti da difetti della cosa.

Mara Messina, in sintesi, rileva: «colui che ha acquistato una cosa affetta da vizi ha a propria disposizione due tipi di tutela: la prima, consistente, alternativamente, nella risoluzione del contratto o nella riduzione del prezzo, se ha interesse a trattenere la cosa; la seconda, aggiuntiva, al risarcimento del danno»<sup>54</sup>.

A norma dell'articolo 1495 c.c., il compratore decade dal diritto alla garanzia se non denuncia i difetti al venditore entro otto giorni dalla scoperta, a meno che non sia stato stabilito dalle parti o dalla legge un termine diverso. La denuncia non è necessaria se il venditore riconosce l'esistenza del difetto o lo nasconde.

L'azione si prescrive, in ogni caso, entro un anno dalla consegna, ma l'acquirente che è interessato all'esecuzione del contratto, può sempre far valere la garanzia, purché il difetto della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima di un anno dalla consegna.

È inoltre interessante evidenziare che l'articolo 1496 c.c. stabilisce che le norme relative alla vendita degli animali e alla garanzia sui vizi sono regolate da legge speciale e, in assenza di specifica disposizione di legge, saranno regolate dagli usi locali. Qualora però questi non esistessero, dovranno essere rispettate le norme generali vigenti.

Infine, l'articolo 1497 c.c. prevede che, quando la cosa venduta non presenta le qualità promesse o quelle essenziali per l'uso al quale è destinata, l'acquirente ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulle risoluzioni dovute a difetto, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi e dai costumi.

Tuttavia, il diritto di ottenere la risoluzione è soggetto al termine di prescrizione e di prescrizione stabilito dall'articolo 1495 c.c., cioè a otto giorni dalla scoperta e ad un anno dalla consegna della cosa.

<sup>54</sup> M. MESSINA, *Gli obblighi del venditore*, in *La Compravendita*, I, a cura di A. MUSIO – F. NADDEO, Padova, 2008, 464-465.

### 5. Conclusioni

Come si evince dal quadro storico brevemente presentato in questo articolo, è antica la preoccupazione di tutelare l'acquirente e, in una prospettiva più moderna, in alcune legislazioni come quella brasiliana, il consumatore dai difetti della cosa.

È possibile apprezzare l'esistenza di alcune differenze riguardo al termine ed anche riguardo alla possibilità di risarcire l'acquirente-consumatore per vizi apparenti e non solo occulti, che costituisce una delle maggiori preoccupazioni del legislatore fin dai tempi del diritto romano.

Tale preoccupazione e la conseguente previsione della risoluzione del contratto, della riduzione del prezzo e del risarcimento degli eventuali danni cagionati sono correlate con il superiore principio che dovrebbe governare ogni accordo contrattuale, ovvero il principio di buona fede, in quanto, qualora non dovesse essere osservato, lo squilibrio prevarrebbe, disarmonizzando il sistema degli obblighi.

CUBA

## ANIMALI NON UMANI E AMBIENTE NEL SISTEMA GIURIDICO ROMANO: LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO NATURALE

PIETRO PAOLO ONIDA

**SINTESI:** Il lavoro si propone di offrire una chiave di lettura giuridica delle complesse relazioni tra animali non umani e ambiente, sulla base dell'ipotesi che attraverso il riferimento alla nozione di *natura* la giurisprudenza romana sia giunta ad elaborare una concezione complessiva dell'intero *ius*, con risvolti significativi per la comprensione del diritto odierno, nel quale quelle stesse relazioni sono essenziali. Pur rifiutando l'idea di una corrispondenza esatta tra le riflessioni antiche e quelle moderne in tema di protezione della natura, è possibile individuare nelle fonti letterarie e giuridiche in Roma una consapevolezza delle conseguenze nocive dell'attività umana sull'ambiente. Nell'analisi proposta, anche alla luce del radicamento attuale di concezioni biocentriche presenti specialmente in America Latina, si ritiene opportuno liberarsi dai condizionamenti antropocentrici derivanti dall'uso delle categorie giuridiche moderne di soggetto e di oggetto di diritto, che non consentono di cogliere adeguatamente il valore delle relazioni tra animali e ambiente nel sistema giuridico romano.

**RESUMEN:** El trabajo se propone ofrecer una clave jurídica de las complejas relaciones entre los animales no humanos y el medio ambiente, partiendo de la hipótesis de que mediante la referencia a la noción de *natura* la jurisprudencia romana llegó a elaborar una concepción global de todo el *ius*, con importantes implicaciones para la comprensión del derecho actual, en el que esas mismas relaciones son esenciales. Aun rechazando la idea de una correspondencia exacta entre las reflexiones antiguas y modernas sobre la protección de la naturaleza, es posible identificar en las fuentes literarias y jurídicas romanas una toma de conciencia de las consecuencias perjudiciales de la actividad humana sobre el medio ambiente. En el análisis propuesto, también a la luz del actual afianzamiento de las concepciones biocéntricas presentes sobre todo en América Latina, se considera oportuno liberarse de los condicionamientos antropocéntricos derivados del uso de las modernas categorías jurídicas de sujeto y objeto de derecho, que no permiten captar adecuadamente el valor de la relación entre animales y medio ambiente en el ordenamiento jurídico romano.

**PAROLE CHIAVE:** Animali non umani; ambiente; Enciclica *Laudato si'*; *ius naturale*.

**PALABRAS CLAVE:** Animales no humanos; medio ambiente; Encíclica *Laudato si'*; *ius naturale*.

**SOMMARIO:** Premessa. – 1. Il problema del diritto ambientale a Roma. – 2. Ambiente ed Enciclica *Laudato si'*. – 3. Superamento della concezione antropocentrica e condizione giuridica dell'animale non umano in relazione all'ambiente. – 4. Rilievi ambientalistici della nozione ulpianea di *ius naturale*. – 5. Tutela dell'ambiente e diritto latinoamericano.

### Premessa

Desidero anzitutto ringraziare la professoressa Joanna González Quevedo e il professor Antonio Saccoccio per il gradito invito a partecipare a un Seminario, dedicato al tema del *'Medio ambiente y desarrollo sostenible: protección de los bienes comunes en la era de la globalización'*, il cui programma lascia intendere la complessità e la urgenza degli argomenti che saranno trattati in questi nostri giorni di lavoro comune<sup>1</sup>.

Il mio contributo non pretende certo di essere una trattazione generale dei numerosi e complessi problemi giuridici che le relazioni fra animali non umani e ambiente comportano sin dall'antichità. Vorrei tentare di offrire 'solo' una chiave di lettura specifica di tali relazioni attraverso la prospettiva del diritto naturale, perché essa ci permette di comprendere come la giurisprudenza romana, partendo da un tema puntuale qual è la condizione giuridica dell'animale non umano, sia giunta ad una concezione generale dell'intero *ius*. Come vedremo, a questa prospettiva in America Latina si guarda ora con rinnovato interesse nell'ambito della questione ambientale.

La dottrina romanista, nel secolo scorso, nell'affrontare il tema del *ius naturale* ha messo in luce il fatto che non solo quest'ultimo, ma l'intero sistema giuridico romano è in qualche modo fondato sulla *natura*. Se ciò è vero, fino al punto che vi è stato chi come Carlo Alberto Maschi ha parlato in passato di una concezione naturalistica dell'intero diritto romano<sup>2</sup>, il riferimento alla *natura* non solo ci permette di comprendere una parte essenziale del diritto romano ma anche ci consente, oggi che i problemi connessi all'ambiente si presentano sempre più frequenti e drammatici, di capire specularmente il nostro stesso diritto.

<sup>1</sup> Pubblico il testo del mio contributo al Seminario *'Medio ambiente y desarrollo sostenible: protección de los bienes comunes en la era de la globalización'*, tenutosi a La Habana il 30 gennaio - 3 febbraio 2023, organizzato dalla Prof.ssa Joanna González Quevedo della Università dell'Avana e dal Prof. Antonio Saccoccio della Sapienza Università di Roma. Ho inserito qualche integrazione e correzione alla relazione e aggiunto in nota i riferimenti essenziali alla dottrina.

<sup>2</sup> Si veda C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 158 ss.; A. BURDESE, *Ius naturale*, in *NNDI*, 9, Torino, 1963, 383 ss.; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967<sup>2</sup>, 99 ss., il quale rileva che «l'antico *ius civile* romano aveva spontaneamente alla sua base una concezione naturalistica, in quanto traduceva in termini giuridici la stessa struttura sociale romana e rispondeva a una intrinseca forza di necessità ... La visuale più ampia che nasceva dalle interferenze con altri popoli e altri ordinamenti, l'influenza delle concezioni dei filosofi e dei retori, il concetto che ha dato una formulazione teorica al *ius gentium*, portarono a mettere di fronte al diritto positivo del popolo romano una concezione più universale, che appunto faceva capo alla *natura*, alla *naturalis ratio*, al *ius naturale*». Si veda Y. THOMAS - J. CHIFFOLEAU, *L'istituzione della natura*, a cura e con un saggio di M. SPANÒ, Torino, 2020, sulla 'istituzionalizzazione della natura' e sul rapporto tra 'legge di natura' e 'legge umana', a partire dalla esperienza giuridica romana e medievale (Yan Thomas e Jacques Chiffolleau) fino al diritto odierno, con una analisi critica, in riferimento alla questione ambientale, della dicotomia tra soggetti e cose e del diritto soggettivo (Michele Spanò).

Il concetto di *natura* nelle fonti letterarie e giuridiche è certamente molto ampio, così che sarebbe impossibile anche solo immaginare di ridurre a unità i suoi vari significati<sup>3</sup>. Basti qui considerare l'impiego del termine *natura* per indicare quella realtà fattuale, la quale è espressione di una razionalità presente nell'ambiente in cui operano uomini e altri esseri viventi<sup>4</sup>. Possiamo anche pensare al rinvio da parte dei giuristi romani al concetto di *natura* per considerare la struttura essenziale di un certo fenomeno, una realtà esterna al diritto, dunque, nella quale gli istituti naturali si distinguono dagli istituti giuridici che di quella realtà naturale sono proiezioni concrete<sup>5</sup>.

Tale realtà naturale, poi, assurge a un più alto valore sul piano sistematico quando essa è concepita come espressione di una ragione essenziale delle cose, di quella *naturalis ratio*, che è centrale non solo nella concezione ulpiana del *ius naturale*<sup>6</sup>, ma anche nella riflessione gaiana a proposito della nozione di *ius gentium*<sup>7</sup>. Nella *natura*, la quale «con i suoi principii, modella le relazioni umane,

<sup>3</sup> Sulle varie accezioni del termine *natura* nel linguaggio giuridico romano si rinvia ancora a C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* cit., 2 ss. Si veda inoltre, nella dottrina recente, L. PELLICCIOLI, *Natura delle cose e metodo giuridico. Il «diritto naturale dei giuristi»*, Pisa, 2015, 15 ss.

<sup>4</sup> Per l'idea, nel mondo antico, della razionalità della natura si rinvia a M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 2001, 115, secondo il quale «La natura costituisce, in se stessa, un ordine razionale. In questa idea convergono gli indirizzi fondamentali della filosofia antica: dal naturalismo ionico, interpretato in termini numerici dalla scuola pitagorica, a quello di Empedocle, attraverso la cosmologia eleatica; dalla riflessione platonica e peripatetica a quella epicurea e stoica. Lo scetticismo poteva solo postularla». Si veda, però, A. MANTELLO, *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in AA.Vv., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI – A. SCHIAVONE, Pavia, 2007, 209 ss. (= in IDEM, *Variae*, I, Lecce 2014, 667 ss.), il quale ritiene che il problema della razionalità della natura è risolto nella dottrina contemporanea a 'senso unico,' vale a dire come razionalità intrinseca, anche se il problema era 'aperto' ancora ai tempi di Cicerone, il quale distingueva tra una 'natura come una forza irrazionale suscitante movimenti necessari nei corpi' e una natura intesa invece come 'forza razionale e ordinata che procedeva su binari precisi ed indicava causa ed effetti'.

<sup>5</sup> A proposito dei concetti di *natura* e *naturale* si veda G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano* cit., 101 ss., il quale parla di «realtà grezza, che sta al di là della assunzione nel diritto stesso, si da potervisi contrapporre, di modo che gli istituti naturali si contrappongono all'istituto giuridico corrispondente (p. es. *naturalis possessio, naturalis obligatio*), talora ad indicare la ragione stessa delle cose, che determina istituti e norme giuridiche, quella ragione stessa delle cose, quella *naturalis ratio* che nella definizione gaiana starebbe a base del *ius gentium*, in quanto imporrebbe un diritto comune a tutti gli uomini».

<sup>6</sup> D. 1,1,1,3 (Ulp. 1 *inst.*) su cui *infra* § 4. Si veda A. BURDESE, *Il concetto di 'ius naturale' nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *RISG*, 7, 1954, 411, il quale osserva che per naturali si intendono quei «fenomeni che esistono nella realtà di fatto o sono il prodotto di inderogabili leggi fisiche».

<sup>7</sup> Gai. 1,1: ... *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*. D. 1,1,9 (Gai. 1 *inst.*): ... *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*. I. 1,2,1: *quod vero naturalis ratio in-*

e così le relazioni fra le cose»<sup>8</sup>, possiamo vedere, da un lato, una razionalità che precede il diritto e, dall'altro, un ordine interno al diritto, secondo una tensione descritta fra gli altri da Cicerone, il quale mentre nel *De re publica*, 3,22,33, esalta come unica vera *lex* quella *recta ratio*, che conforme alla *natura* precede il diritto<sup>9</sup>, nelle *Partitiones oratoriae*, 129-130, rinvia a un *ius*, che si sostanzia nella dialettica tra *lex* e *natura*<sup>10</sup>.

Le tassonomie relative agli animali non umani nel sistema giuridico romano ci appaiono così elaborate attorno al concetto di *natura*. Pensiamo alla classificazione delle *ferae bestiae*, la cui condizione di libertà naturale, corrispondente a una situazione di indipendenza dall'uomo<sup>11</sup>, è intesa in relazione alla natura propria

*ter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.* Sulla 'corrispondenza' alla *naturalis ratio* con riguardo al *ius gentium* e quindi sulla 'coincidenza' tra *ius naturale* e *ius gentium* in Gaio si veda G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di "ius gentium"*, Milano, 1946, 131 ss., il quale parla (a p. 149) della *naturalis ratio* come di una «logica naturale che si sprigiona dalla realtà obbiettiva delle cose». Di significato «descrittivo o sociologico» con riferimento a Gai. 1,1, parla M. TALAMANCA, *Ius gentium: da Adriano ai Severi*, in AA.Vv., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio. Napoli, gennaio-novembre 1996*, a cura di E. DOVERE, Napoli, 1998, 192 ss.

<sup>8</sup> Così M. BREONE, *Labeone e l'ordine della natura*, in AA.Vv., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* cit., 265 ss.

<sup>9</sup> Cic., *rep.* 3,22,33 (si veda Lact., *Div. Inst.*, 6,8,6-9): *Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat ...*

<sup>10</sup> Cic., *Part. Or.* 129-130: 129 ... *iuris est omnis ratio nobis explicanda. Quod dividitur in duas primas partis, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum religionis.* 130 *Aequitatis autem vis est duplex, cuius altera directae veri et iusti et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur, altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia, in iniuria poenitio nominatur. Atque haec communia sunt naturae atque legis; sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae, sine litteris, aut gentium iure aut maiorum more retinentur.*

<sup>11</sup> Tra le fonti si veda Isid., *orig.* 12,2,1-2: 1 *Bestiae dictae a vi, qua saeviunt.* 2 *Ferae appellatae, eo quod naturali utuntur libertate et desiderio suo ferantur.* Isid., *diff.* 1,248: *Inter Feras et bestias. Omnis bestia fera, non omnis fera bestia. Bestiae namque sunt, quae morsu, vel unguibus saeviunt, ut pardi, leones, tigrides, a vastando dictae. Ferae autem etiam illae sunt quae etsi non saeviunt, tamen silvestres sunt; dictae autem ferae, quod et naturali utuntur libertate, et desiderio suo ferantur;* Virg. *gramm., epit.* 14 p. 85,18 (Huemmer): *bestia dicitur de bessu, hoc est more feritatis.* Gai. 2,16: *Item ferae bestiae nec mancipi sunt velut ursi, leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, veluti elephanti et cameli; et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent; nam ne nomen quidem eorum animalium illo tempore <notum> fuit, quo constituebatur quasdam res mancipi esse, quasdam nec mancipi.* Sulle *ferae bestiae* mi permetto di rinviare ai miei lavori: P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2012<sup>2</sup>, 137 ss.; IDEM, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli, 2012, 107 ss. Cfr. A. WALDE – J.B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1938<sup>3</sup>, sv. *bestia*, 102; A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, 1932, sv. *bestia*, 69; M.G. BRUNO, *Il lessico agricolo latino*, Amsterdam, 1969<sup>2</sup>, 104.

dell'animale<sup>12</sup>. Gli *animalia quae collo dorsove domantur*, nella celebre controversia tra Proculiani e Sabiniani in merito al momento in cui tali animali debbano essere ricompresi tra le *res Mancipi*, sono classificati in relazione alla valutazione della loro idoneità al lavoro<sup>13</sup>. Il *grex* si presenta come *corpus* unitario in forza della considerazione di quella caratteristica naturale di talune specie a vivere appunto *gregatim*<sup>14</sup>, con una identità concreta e permanente anche nel mutare dei singoli capi che compongono l'aggregato<sup>15</sup>. Se poi ci spostiamo dal piano delle tasso-

<sup>12</sup> Per C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* cit., 15, la «*Natura animalium* non ha diverso valore della *natura hominis*: indica tutto ciò che è essenza, normalità degli animali o di singoli animali, da cui la legge ricava conseguenze giuridiche».

<sup>13</sup> Sulla controversia si veda Gai. 2,15: *Sed quod diximus, et boves equos mulos asinos Mancipi esse, nunc videamus quomodo intellegendum sit. sane nostri quidem praeceptores ea animalia statim ut nata Mancipi esse putant; Nerva vera et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, in qua domari solent.* Gai. 2,16: *Item ferae bestiae nec Mancipi sunt velut ursi, leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, veluti elephanti et cameli; et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent; nam ne nomen quidem eorum animalium illo tempore <notum> fuit, quo constiuebatur quasdam res Mancipi esse, quasdam nec Mancipi.* Con riferimento ai problemi connessi alla integrazione dei passi gaiiani si veda G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, in *IURA*, 18, 1967, 45 ss. (= in IDEM, *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania, 1998, 205 ss.); IDEM, *Il testo di Gai. 2.15 e la sua integrazione*, in *Labeo*, 14, 1968, 167 ss. (= in IDEM, *Silloge. Scritti 1956-1996* cit., 293 ss.). Sulle tesi di Nicosia si veda A. GUARINO, *Collo dorsove domantur*, in *Labeo*, 14, 1968, 227 ss. ([= IDEM, *Tagliacarne*, Soveria Mannelli, 1983, 105 ss.] [= in IDEM, *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, 529 ss.]). In Tit. Ulp. 19,1 si trova l'espressione *quadrupes quae dorso collove domantur*, mentre in Vat. Fr. 259 (Papin. 12 resp.) è utilizzata la variante *pecora quae collo vel dorso domarentur*. Si veda Gai. 1,120 per l'elenco degli animali *Mancipi*: *animalia quoque, quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini.* Per la nota polemica tra le scuole dei Sabiniani e dei Proculiani mi permetto di rinviare al mio P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano* cit., 207 ss.; e di recente M. VARVARO, *La compravendita di animali appartenenti alle res Mancipi in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza fra Baviera, Pernice e Mommsen*, in *AUPA*, 56, 2013, 313 ss.

<sup>14</sup> Cfr. G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941 (= in IDEM, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una «nota di lettura» di Filippo Gallo*, in *Rivista di Diritto Romano*, 1, 2001, 86 ss., da cui si cita <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>>. Per la letteratura sulla *universitas* si veda per un primo esame B. BIONDI, *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, in *Jus* (= in *Scritti giuridici in onore di Francesco Rovelli*), 6, 1955, 254 ss. (= IDEM, *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, in *BIDR*, 61, 1958, 1 ss.; poi ripubblicato in *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda, Cagliari-Sassari 23-26 maggio 1955*, Milano, 1968, 23 ss.; e in IDEM, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, 119 ss., da cui si cita); A. DELL'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963, 31, il quale parla di un «impulso naturale» a stare aggregati.

<sup>15</sup> D. 41,3,30,2 (Pomp. 30 ad Sab.): *De tertio genere corporum videndum est. Non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. Quid ergo est? Etsi ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. Nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex domini mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.* Sulla continuità del gregge si veda A. DELL'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*

nomie a quello degli istituti giuridici che rivelano una certa attenzione della giurisprudenza romana per il comportamento animale, la *pauperies*, che si richiede essere *contra naturam*<sup>16</sup>, rivela una affinità con la responsabilità nossale del *pater familias* per i danneggiamenti inferti da *filii familias* e *servi*<sup>17</sup>.

Se dalla *natura* passiamo a considerare il concetto di ambiente, non possiamo non osservare come anche quest'ultimo termine sia assai vasto e per certi aspetti di difficile precisazione<sup>18</sup>. È noto che il termine ambiente, dal participio presente del verbo latino *ambire*, indica nella sua derivazione etimologica, lo ha ricordato Laura Solidoro, «ciò che si trova intorno ad un organismo vivente»<sup>19</sup>. Senza entrare nel merito della questione se l'ambiente sia un bene a 'struttura complessa' o a 'struttura unitaria', possiamo, quindi, utilizzare per il nostro contributo una nozione così ampia di ambiente, come quella ora richiamata, da intendersi elasticamente come sistema di relazioni fra uomo, altri esseri viventi ed elementi naturali<sup>20</sup>.

cit., 7 ss., il quale ricorda che anche in D. 5,1,76 (Alf. 6 dig.) è presente la idea della 'continuità' di *navis*, *populus* e *legio* al di là del mutamento di singoli elementi costitutivi; nella medesima linea di Alfeno, Seneca, nelle *Epistulae ad Lucilium* 102,6, richiama l'*exercitus*, il *populus* e il *senatus*, osservando che *corpora ex distantibus* sono quelli che *iure aut officio cohaerent*, *natura tamen diducti et singuli sunt*, cioè quelli che, anche se in natura sono separati, in diritto sono considerati una unità.

<sup>16</sup> D. 9,1,1,7 (Ulp. 18 ad ed.): *Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. at si, cum equum permulsisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus.* Inst. 4,9 pr. *Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritatem pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est (quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est); puta si equus calcitrosus calce percusserit aut bos cornu petere solitus petierit. haec autem actio in his quae contra naturam moventur locum habet: ceterum si genitalis sit feritas, cessat. Denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit. pauperies autem est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuriam fecisse dici, quod sensu caret. haec quod ad noxalem actionem pertinet.*

<sup>17</sup> Per i rapporti tra *pauperies* e responsabilità nossale si rinvia a M.V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli, 1995, 211 ss.; e al mio P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano* cit., 324 ss.; e nella recente dottrina si veda G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *L'actio iniuriarum noxalis. Su alcune peculiarità della condanna nossale*, Fano, 2012, 9 ss.; E. FRANCESCON, *Il corpo nella responsabilità nossale*, in AA.VV., *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di L. GAROFALO, I, Pisa, 2015, 169 ss.

<sup>18</sup> Si veda I. FARGNOLI, *Ruina naturae e diritto romano*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 8, 2005, 1 ss., la quale rileva che «Pochi concetti sono così sfuggenti come quello di ambiente. Ne è nota la vastità, ma anche la tipica intersezione con molteplici scienze e competenze».

<sup>19</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, Torino, 2009, 5 ss.

<sup>20</sup> Sulla struttura unitaria dell'ambiente si veda S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 926; di «natura proteiforme» parla A. ZORZI GIUSTINIANI, *La protezione dell'ambiente nuova frontiera del costituzionalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, a cura di A. ZORZI GIUSTINIANI – A. GIANGIOR-

In questi termini, il rapporto tra animali non umani e ambiente ci appare come un sistema di relazioni anche confliggenti fra loro<sup>21</sup>. Cito due esempi, che sono i più importanti soprattutto in relazione al tema oggetto del mio contributo. Il primo, il più intuitivo: gli animali sono parte essenziale dell'ambiente e quindi condizionano in tutte le modalità possibili l'ambiente stesso. In tal senso, essi sono causa di inquinamento come l'uomo anche se, a differenza di quest'ultimo, incolpevole<sup>22</sup>. Ma gli animali anche rendono possibile la vita della natura e quindi la nostra. Il secondo, meno intuitivo: gli animali sono elementi dell'ambiente attraverso i quali l'uomo, in quanto anch'esso animale, prende consapevolezza della propria identità. Bruno Snell, nel suo celebre saggio sulla similitudine, ha posto bene in risalto il labirinto delle relazioni tra il mondo degli uomini e quello degli altri esseri animati, osservando che «gli animali sono lo specchio attraver-

GIO, V, Napoli, 2011, 3722; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Il valore ambientale nel bilanciamento costituzionale e gli interessi sensibili nella nuova conferenza di servizi*, in *Nomos*, 3, 2016, 1 ss. Per un quadro sintetico della definizione giuridica di ambiente si rinvia per tutti a G. SANNA, *Ambiente. Parte giuridica*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, I, Napoli, 2009, 425 ss. Per la partecipazione dei cittadini alla gestione dell'ambiente si può fare riferimento a M. FEOLA, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, 2014, 48 ss., con ampi rinvii alla dottrina. Per una visione non antropocentrica della nozione di ambiente si veda A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012, 85 ss. Un quadro delle diverse concezioni in tema di nozione giuridica di ambiente si trova ora in M. PIERRI, *Il limite antropocentrico dello sviluppo sostenibile nella prospettiva del personalismo costituzionale. Riflessioni a margine della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2, 2022, 234 ss.

<sup>21</sup> S. GRASSI, *La tutela degli animali nella prospettiva della 'tutela dell'ambiente e dell'ecosistema'*, in AA.VV., *La questione animale*, a cura di S. CASTIGNONE – L. LOMBARDI VALLAURI, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ – P. ZATTI, Milano, 2012, 309 ss., ritiene che la 'questione animale' sia parte della 'questione ambientale' e distingue tra 'concezione antropocentrica', la quale «favorisce una disciplina della interazioni tra gli esseri viventi che vede l'uomo utilizzare gli animali come risorse naturali, per mezzo delle quali garantire, con la tutela dell'ambiente, la qualità delle proprie condizioni di vita» e la 'concezione ecocentrica', la quale attribuisce «all'ambiente ed alle risorse naturali un valore in sé, con l'uomo che si colloca come uno tra gli elementi vitali nell'equilibrio della biosfera».

<sup>22</sup> Si veda U. VERONESI, *L'importanza di diventare vegetariani*, in *Repubblica*, 6 giugno 2008, il quale osserva che certe forme di allevamento intensive sono tra le più gravi cause di inquinamento e di enorme spreco di risorse alimentari e ambientali: il 50% dei cereali esistenti nel mondo servirebbe ad alimentare gli animali da allevamento, mentre per 'produrre' un chilo di carne di manzo sarebbero necessari ben 30.000 litri di acqua. La tesi ora richiamata è assai comune fra ambientalisti e animalisti: si veda ad esempio E. MURGESE, *Gli allevamenti intensivi seconda causa di inquinamento da polveri sottili*, in <<https://www.greenpeace.org/italy/storia/4813/gli-allevamenti-intensivi-seconda-causa-di-inquinamento-da-polveri-sottili/>>. Si veda, però, per la tesi del ridimensionamento degli effetti inquinanti derivanti dagli allevamenti intensivi F. CORREDDU – M.F. LUNESU – M.F. CARATZU – G. PULINA, *Recalculating the global warming impact of italian livestock methane emissions with new metrics*, in *Italian Journal of Animal Science*, 22, 2023, 1, 125 ss.

so il quale l'uomo può vedere se stesso»<sup>23</sup>. Dapprima in Omero<sup>24</sup>, infatti, e poi ancora, fra gli altri, in Esopo, Simonide, Platone, il “gioco degli specchi” esprime l'ambiente nel quale si dipanano le interferenze tra il mondo degli uomini e quello degli animali non umani<sup>25</sup>. Un gioco ambiguo, non lineare, perché l'uomo affascinato dal regno animale al quale appartiene, nella storia del pensiero occidentale, per dirla parafrasando le *Cronache Marziane* di Ray Bradbury, si è (il più delle volte) adoperato per dimenticare il senso di questa appartenenza ed essere quindi solo un uomo<sup>26</sup>.

È questo l'invito che ci proviene dalla importante riflessione di Giorgio Agamben a ripensare il concetto di umanità: «se la cesura fra l'umano e l'animale passa innanzi tutto all'interno dell'uomo, allora è la questione stessa dell'uomo – e dell'«umanesimo» – che dev'essere posta in modo nuovo ... chiedersi in che modo – nell'uomo – l'uomo è stato separato dal non-uomo e l'animale dall'umano, è più urgente che prendere posizione sulle grandi questioni, sui cosiddetti valori e diritti umani. E, forse, anche la sfera più luminosa delle relazioni col divino dipende, in qualche modo, da quella – più oscura – che ci separa dall'animale»<sup>27</sup>.

### 1. *Il problema del diritto ambientale a Roma*

Prima di inoltrarci nella analisi delle relazioni tra animali e ambiente, mi sembra importante considerare brevemente una questione di fondo relativa alla ammissibilità e alla utilità di uno studio dell'ambiente così specificato per la esperienza romana.

<sup>23</sup> B. SNELL, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, tr. it. di V. DEGLI ALBERTI – A. SOLMI MARIETTI, Torino, 1963, 285 ss.

<sup>24</sup> Si pensi al racconto del cane Argo, in *Od.* XVII 292-326, in cui il rapporto simpatetico fra uomo e animale non umano è descritto attraverso il riferimento alla fiducia reciproca. Una relazione che in Omero è comunque presente anche nell'episodio della maga Circe, *Od.* X 240, la quale, trasformando in porci Ulisse e i suoi compagni, nega il valore della reciproca fiducia senza però riuscire ad annullare il senso della continuità fra uomo e animali. Mentre nella rappresentazione dei tipi femminili contenuta nel frammento 7 di Semonide, le donne traggono i vizi e le virtù dagli animali che le hanno generate, nel *Timeo*, 90 e ss., di Platone sono gli animali a trarre dagli esseri umani i loro vizi. Sulla concezione delle donne in Simonide e in Platone si veda E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma, 1983<sup>2</sup>, 44 ss.

<sup>25</sup> Sul ‘gioco degli specchi’ ha scritto pagine molto belle M. VEGETTI, *Il coltello e lo stilo*, Milano, 1996<sup>3</sup>, 22 ss.; più di recente si veda D. LOSCALZO, *La mediazione degli animali nel rapporto con la divinità presso i greci*, in *Voci. Annuale di Scienze Umane*, 9, 2012, 71 ss. Indaga ora molto efficacemente i problemi connessi alla identità uomo/animale non umano F. MIGLIORINO, *Un animale in più efferati, inumani, mostruosi nelle maglie del diritto*, in AA.VV., *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche*, a cura di L. SOLIDORO, Torino, 2019, 155 ss.

<sup>26</sup> R. BRADBURY, *Martian Chronicles*, 43, 1950.

<sup>27</sup> G. AGAMBEN, *L'aperto. L'uomo e l'animale*, Torino, 2002, 24.

Sotto il profilo della ammissibilità possiamo osservare che la scienza giuridica odierna, nel definire l'ambito e la funzione del diritto ambientale, rispetto ad altre partizioni 'tradizionali' quali specialmente quelle di diritto civile, penale, amministrativo e internazionale, ha opportunamente messo in rilievo l'esigenza di distinguere l'attenzione di una certa società per l'ambiente dalla tutela giuridica di esso<sup>28</sup>. Ciò pone, in altri termini, per la scienza giuridica il compito di individuare, in relazione ai caratteri del momento storico considerato, natura e obiettivi del diritto ambientale. Compito arduo in quanto fenomeni quali la industrializzazione e la globalizzazione, da un lato, e la sempre maggiore sensibilità ambientalistica, dall'altro, determinano contrazione o espansione degli ambiti del diritto ambientale e con esse degli interessi protetti. In particolare, la scienza giuridica ha tentato di assolvere tale compito di inquadramento soffermando l'attenzione sul valore giuridico dell'ambiente e sulla origine stessa del diritto ambientale, riconducibile storicamente alla esigenza di affrontare in una dimensione sovranazionale problemi quali le esalazioni industriali o il contenimento di fiumi o laghi<sup>29</sup>. Fenomeni che sarebbe ora arbitrario tentare di inquadrare per andare alla ricerca di una nozione di ambiente e di diritto ambientale utilizzabile ovunque e in ogni momento storico. È certo che, al di là di una difficile corrispondenza tra le riflessioni antiche in tema di protezione della natura e quelle della dottrina moderna<sup>30</sup>, è possibile riscontrare nelle fonti letterarie<sup>31</sup> e nelle fonti giuridiche una diffusa consapevolezza delle conseguenze nocive dell'attività umana sull'ambiente<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Per la 'emersione dell'interesse ambientale' si veda G. Rossi, *Storicità e gradualità della emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica*, in AA.Vv., *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2011, 3 ss.

<sup>29</sup> Per la ricostruzione del carattere sovranazionale del diritto dell'ambiente si veda ancora G. Rossi, *Le fonti*, in AA.Vv., *Diritto dell'ambiente* cit., 30 ss.

<sup>30</sup> Si veda per una critica alla tesi in merito alla esistenza di una coscienza ecologica nell'antichità M. FIORENTINI, *Diritto e salubritas. Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque*, in *Index*, 34, 2006, 355 ss.; IDEM, *Diritto e salubritas. Precedenti di diritto ambientale a Roma? II. La tutela boschiva*, in *Index*, 35, 2007, 325 ss. Per una ricostruzione minuziosa dello stato della dottrina in tema di ambiente nella antichità, I. FARGNOLI, *Ruina naturae* e diritto romano cit., 6 ss.

<sup>31</sup> Sulla concezione dell'ambiente nel mondo antico, con ampi riferimenti alle fonti letterarie, si veda O. LONGO, *Ecologia antica. Il rapporto uomolambiente in Grecia, in Aufidus*, 6, 1988, 7 ss.; P. FEDELI, *La natura violata. Ecologia e mondo romano*, Palermo, 1990, 17 ss.; IDEM, *L'uomo e la natura nel mondo romano*, in *Atti del Convegno nazionale di Studi Torino L'uomo antico e la natura, Torino 28-30 Aprile 1997*, a cura di R. UGLIONE, Torino, 1998, 105 ss.; C. BEARZOT, *Uomo e ambiente nel mondo antico*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze* VII/2, 2010, 2; D. BONANNO – C. BONNET, *Uomo e ambiente nel mondo greco: premesse, risultati e piste di ricerca*, in *Hormos*, 10, 2018, 89 ss., con ampi riferimenti alla letteratura.

<sup>32</sup> Un quadro generale dei problemi ambientali nel mondo romano si trova in R. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, Aachen, 1996; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico* cit., 43 ss.; A. CIN-

Nell'età arcaica l'attenzione per i problemi giuridici connessi all'ambiente passava attraverso il piano della *religio* con risvolti importanti anche sul piano del *ius*. Basti pensare alla idea dell'«aumento della città» (*civitas augescens*: D. 1,2,2,7 [Pomp. *libro singularem enchiridii*])<sup>33</sup>, la quale è espressione della esigenza di una armonica relazione fra dèi, uomini e natura, alla cui salvaguardia sovrain-tendono gli àuguri, preposti, come ricorda Cicerone (*leg.* 2,22), anche a favorire la crescita delle piantagioni e della salute del popolo<sup>34</sup>. Sempre sul piano della *religio* si fonda la tutela dei boschi sacri (Prop., *el.* 4,4,3-6; 4,9,23-30; Plin., *nat. hist.* 12,2,3)<sup>35</sup>. Nelle XII Tavole sono presenti norme dalle quali emerge una certa attenzione anche nei confronti dell'ambiente: così quelle disposizioni che proibiscono la sepoltura all'interno della città (Tab. 10,1)<sup>36</sup>; che sanzionano il taglio

COTTA, *L'ambiente, l'Antico e noi. Premesse storiche ad uno studio in materia di diritto penale dell'ambiente*, in *Historia et ius*, 9, 2016, 1 ss., <[http://www.historiaetius.eu/uploads/5/19/4/8/5948821/cin-cotta\\_9.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/19/4/8/5948821/cin-cotta_9.pdf)>.

<sup>33</sup> D. 1,2,2,7 (Pomp. *libro singularem enchiridii*): *Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum*. Sul significato di 'civitas augescens' si veda P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, XIV ss.; M.P. BACCARI, *Il concetto giuridico di 'civitas augescens' origine e continuità*, in *SDHI*, 61, 1995 (= in *Studi in memoria di Gabrio Lombardi*, II, Roma, 1996), 759 ss.; EADEM, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino, 1996, 55 ss.; P. CATALANO, *A proposito di 'civitas augescens' (D. 1.2.2) e 'civitas amplianda' (C. 7.15.2)*, in *Index*, 46, 2018, 679 ss.; M. CACCIARI, *Il mito della civitas augescens*, in *Il Veltrò. Rivista della civiltà italiana*, 2-4, 41, marzo-agosto 1997, 161 ss.; R. MARINI, *Attualità e ricchezza dell'idea giuridica di civitas augescens*, in *Imperium, Staat, Civitas. Ein kritischer Beitrag zum postmodernen Konzept der Macht/Imperium, Stato, Civitas. Contributo critico alla concezione postmoderna del potere, Atti del Convegno di Villa Vigoni 19-21 marzo 2013*, a cura di E. CALORE – R. MARINI, Stuttgart, 2015, 207 ss.; A. SACCOCCIO, *Una alternativa alla globalizzazione è possibile: Roma communis patria*, in *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un 'Codice' per Curitiba*, a cura di D. D'ORSOGNA – G. LOBRANO – P.P. ONIDA, Napoli, 2016, 125, 137 ss.; A. CALORE, *'Cittadinanze' nell'antica Roma*, I, *L'età regia*, Torino, 2018, 38 ss.; L. CEGLIA, *Communio iuris: condivisione ed estensione dei diritti civili nella civitas romana*, Bucarest, 2020, 332 ss.

<sup>34</sup> Cfr. L. MONACO, *Sensibilità ambientali nel diritto romano, tra prerogative dei singoli e bisogni della collettività*, in *Teoria e Storia del diritto privato*, 5, 2012, 6 ss.

<sup>35</sup> Si veda da ultimo A. BANFI, *A proposito di boschi sacri nell'esperienza giuridica romana*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 68, 2, 2021, 99 ss.; A. TRIGGIANO, *Profili di tutela del bosco sacro nell'esperienza giuridica romana*, in *AA.Vv., I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, a cura di L. GAROFALO, II, Napoli, 2016, 473 ss.

<sup>36</sup> Sulle ragioni del divieto di sepoltura entro le mura della città si veda F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*, Napoli, 1953, 75 ss.; F. DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, Milano, 1963, 23; 60; 146 ss. Con riferimento agli aspetti 'ambientalistici' di tale divieto si veda M. SALAZAR REVUELTA, *Régimen jurídico de las res religiosas y la prohibición de exhumación en el derecho romano*, AA.Vv., *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*, I, *Derecho administrativo y Derecho Medioambiental IV*, I, Madrid, 2021, 532 ss.; e in relazione specifica al *ius naturale* G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Parámetros Históricos y Jurídicos, Romanos y Medievales, para la Protección Universal de los Recursos Naturales*, in *AHDE*, 90, 2020, 9 ss.; e ora sul 'rituale funerario' a Roma L. D'AMATI, 'Dis Manibus (Sacrum)'. *La sepoltura nel diritto della Roma pagana*, Bari, 2021, 27 ss.

degli alberi altrui (Tab. 8,11=Plin., *nat. hist.* 17,1,7)<sup>37</sup>; che prevedono l'illecito di "incantamento delle messi" (XII Tab. 8,8a)<sup>38</sup> e di incendio doloso (XII Tab. 8,10 = D. 47,9,9 [Gai. 4, *ad l. XII Tab.*])<sup>39</sup>. In tali norme, oltre al fine della conservazione della proprietà privata, è presente anche quello della tutela di beni essenziali sul piano pubblico. Nella giurisprudenza romana (ad esempio in D. 43,23,1,2 [Ulp. 71 *ad. ed.*] e in D. 50,16,86 [Cels. 5 *dig.*]) vi è poi una certa considerazione per la *salubritas* delle città e delle campagne, la tutela delle acque e la valutazione delle immissioni conseguenti alle attività industriali<sup>40</sup>. Nella età repubbli-

<sup>37</sup> Si veda O. CARRELLI, *I delitti al taglio degli alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel diritto romano*, in *SDHI*, 5, 1939, 329 ss. Si veda, però, per la critica sul valore 'ambientalistico' della disposizione relativa al taglio di alberi, M. FIORENTINI, *Diritto romano e ambiente. Corso di Diritto Romano*, in <[https://moodle2.units.it/pluginfile.php/345406/mod\\_resource/content/1/Diritto%20Romano%20e%20ambiente.pdf](https://moodle2.units.it/pluginfile.php/345406/mod_resource/content/1/Diritto%20Romano%20e%20ambiente.pdf)>, il cui cap. 11, 75 ss., significativamente intitolato 'La tutela dei boschi nell'antichità ha avuto un'impronta ecologista?', contiene un ampio esame delle tesi di J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Madrid, 2003. È condivisibile l'affermazione di Mario Fiorentini, secondo il quale se «il silenzio delle fonti giuridiche non vale a dimostrare l'inesistenza di un fenomeno economico o sociale, così, al contrario, la sola presenza di mezzi processuali di difesa degli ambienti silvicoli non è sufficiente a dimostrare un proposito ambientalista, neanche in embrione. Sarebbe invece necessario verificare volta per volta se questi mezzi avessero come loro fine precipuo la difesa del patrimonio boschivo». Tuttavia, continuo a credere che la disposizione relativa al taglio di alberi altrui, pur non essendo volta espressamente a proteggere un interesse ambientalistico, possa avere avuto comunque un significato complessivo nella tutela indiretta dell'ambiente.

<sup>38</sup> Sul *malum carmen incantare* si veda A.D. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, I, *Età repubblicana*, Milano, 1979, 1 ss.; M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, London, 1996, 677 ss.; F. ZUCCOTTI, «... 'Qui fruges excantassit ...'» *Il primigenio significato animistico-religioso del verbo 'excanto' e la duplicità delle previsioni di XII Tab. VIII.8*, in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano*, Milano, 1988, 83 ss.; R. FIORI, *Il processo privato*, in XII Tabulae. *Testo e commento*, a cura di M.F. CURSI, I, Napoli, 2018, 87 ss.; M. HUMBERT, *La Loi des XII tables. Édition et commentaire*, Rome, 2018, 403 ss.; M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, in XII Tabulae. *Testo e commento*, a cura di M.F. CURSI, II, Napoli, 2018, 485 ss.; C. MASI DORIA, *Il diritto agrario romano. Spunti in tema di origini di una disciplina giuridica moderna, regolamentazione antica dell'agricoltura e mito (anche fascista) di Roma*, in *Segmenti della ricerca antichistica e giusantichistica negli anni Trenta*, a cura di P. BUONGIORNO – A. GALLO – L. MECELLA, II, Napoli, 2022, 553 ss.

<sup>39</sup> Cfr. M.N. LÓPEZ GÁLVEZ, *Incendios en el paisaje rural: penas y resarcimiento del daño en derecho romano*, in *Scritti in onore di Generoso Melillo*, a cura di A. PALMA, Napoli, 2009, 2681 ss.; O. MARLASCA MARTÍNEZ, *Observaciones sobre las sanciones en los casos de incendio fuentes romanas y visigodas*, in AA.VV., *El derecho penal: de Roma al derecho actual, VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano*, coord. por F. CAMACHO DE LOS RÍOS – M. ARÁNZAZU CALZADA GONZÁLEZ, Madrid, 2005, 369; L. MINIERI, *Exurere adurere incendere. Studi sul procurato incendio in diritto romano*, Napoli, 2012, 6 ss.; F.M. LUCREZI, *Il procurato incendio in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio'*, VI, Torino, 2012, 3 ss.

<sup>40</sup> Si veda A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza*, I, *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990; IDEM, *La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda Repubblica e primo Impero. Linee di un modello*, in AA.VV., *Societas – ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, 1999, 41 ss. (il saggio è stato ripubblicato con il titolo *I 'rifiuti' a Roma fra repubblica e impero. Linee della*

cana e in quella imperiale la tutela ambientale era mista, in quanto si fondava su un intervento pubblico e privato<sup>41</sup>. I magistrati romani garantivano la salubrità dei luoghi pubblici (Sen., *Ep. ad Luc.* 11,86,10) attraverso loro incaricati addetti alla vigilanza e mediante sanzioni pecuniarie a carico di coloro che contaminavano le acque (Front., *de aq.* 97,5-6; *lex rivi incerta* [FIRA III, 224 s.]). Dal III-II sec. a.C. l'editto del pretore gettò le basi per una tutela della *salubritas* attraverso impiego di interdetti a ciò specificamente rivolti o la estensione di essi a tale fine. Si possono ricordare alcuni interdetti popolari a tutela dei beni pubblici, tra cui quelli *de locis et itineribus publicis*<sup>42</sup> e *de fluminibus publicis et de rivis*<sup>43</sup>, al fine di ostacolare l'inquinamento dei luoghi pubblici e garantire la navigabilità dei fiumi, e *de cloacis* funzionale a garantire le operazioni di pulizia e manutenzione della cloaca per la salute pubblica<sup>44</sup>. A ciò si aggiungeva, a partire dalla età

*disciplina*, in IDEM, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino, 2014, 83 ss.); A. WÄCKE, *Umweltschutz im römischen Recht?*, in *Orbis Iuris Romani*, 7, 2002, 101 ss.

<sup>41</sup> Così A. TRISCIUOLIO, *Tutela del Medio Ambiente (Roma, Europa, América Latina)*, in *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, M.I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (coord.), Roma-Perugia-México, 2013, 693 ss.

<sup>42</sup> Sugli interdetti popolari a tutela delle *res in usu publico* si veda D. 43,1,1 pr. (Ulp. 67 *ad ed.*) *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt ... Quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. Publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. Quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuque*. D. 43,7,1 (Pomp. 30 *ad Sab.*): *Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdictur*. D. 43,8,2 pr.-2 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Praetor ait: "Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretore principum tibi concessum est. De eo, quod factum erit, interdictum non dabo"*. 1. *Hoc interdictum prohibitorium est*. 2. *Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est*. Per un esame delle fonti ora citate si veda A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, 26 ss.

<sup>43</sup> D. 43,8,2,20 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Ait praetor: "In via publica itinereve publico facere inmittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto"*. D. 43,8,2,35 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Praetor ait: "Quod in via publica itinereve publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas"*.

<sup>44</sup> D. 43,23,1,3 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Hoc autem interdictum propositum est de cloacis privatis: publicae enim cloacae publicam curam merentur*. Per la dottrina sui 'rimedi' a garanzia del funzionamento delle condotte fognarie si rinvia a A. BISCARDI, *Interdicta de cloacis privatis*, in *NNDI*, VIII, Torino, 1962, 798 ss.; A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, 141 ss.; F. VALLOCCHIA, *Lex Metilia fullonibus dicta. Studi su una legge e una categoria produttiva*, in *Legge e società nella repubblica romana*, a cura di F. SERRAO, II, Napoli, 2000, 341 ss.; IDEM, *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D. 43.10.1)*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 6, 1 ss.; R. SCEVOLA, *Utilitas publica. Elaborazione della giurisprudenza severiana*, II, Padova, 2012, 129 ss.; V. ABELANDA, *El agua res commune omnium: acciones procesales e interdictos romanos en defensa de su acceso y conservación*, Ciudad de Buenos Aires, 2015, cap. II. 'Interdictos y acciones procesales romanas en defensa del acceso y conservación del agua'; M. FIORENTINI, *Cloache e sanità urbana nello specchio*

augustea, l'*interdictum quod vi aut clam*, alla base del quale per il giurista Labeone (D. 43,24,11 pr. [Ulp. 71 *ad. ed.*]) sembrano esservi le medesime prospettive di tutela della *salubritas*<sup>45</sup>. Dalla epoca classica, specialmente quando l'aggressione all'ambiente avveniva in uno spazio pubblico, per la tutela era assegnato un ruolo essenziale a qualsiasi cittadino. Il giurista Nerva padre (D. 43,8,2,29 [Ulp. 68 *ad. ed.*]) ammetteva l'impiego dell'interdetto *ne quid in loco publico vel in itinere fiat*<sup>46</sup>, al quale poteva ricorrere il cittadino per le attività che avessero avvelenato l'aria in spazi pubblici. L'aria, l'acqua corrente, il mare e il lido del mare erano considerati, nella classificazione del giurista Marciano (D. 1,8,2 pr.-1 [Marc. 3 *inst.*]), fra le *res communes omnium*, in quanto appartenenti per diritto naturale a tutti gli uomini, concezione questa che oggi, sul piano sovranazionale, è apprezzata in funzione di una universale loro fruizione<sup>47</sup>. Emerge oggi anche la tenden-

*del diritto*, in *Index*, 46, 2018, 320 ss.; IDEM, *Cloache e sanità urbana: attività pretoria, prassi private e riflessioni giurisprudenziale*, in AA.VV., *I sistemi di smaltimento delle acque nel mondo antico*, a cura di M. BUORA – S. MAGNANI, Trieste, 2018, 21 ss.; M. GIAGNORIO, *Cittadini e sistemi fognari nell'esperienza giuridica romana*, Bari, 2020, 75 ss.

<sup>45</sup> Sull'impiego dell'*interdictum quod vi aut clam* in materia di inquinamento si veda E. NARDI, *Inquinamento e diritto romano*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, III, Milano, 1984, 755 ss. (= in *Atti dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Rendiconti*, 70, 1981-1982, 135; e in *Scritti minori*, I, rist. an., Bologna, 1991, 585 ss.); A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza*, I cit.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'interdetto quod vi aut clam e il suo ambito di applicazione*, in *Index*, 21, 1993, 264 ss.; IDEM, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1996, 1 ss.; R. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, Aachen, 1996, 26 ss.; I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdictum quod vi aut clam*, Milano, 1998, 1 ss.; EADEM, *Ruina naturae e diritto romano* cit., 8 ss., con altri riferimenti alla letteratura.

<sup>46</sup> Sul fondamento della tutela della salubrità connesso all'interdetto citato si veda A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza*, I, *Il ruolo di Labeone* cit., 141 ss.; IDEM, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino, 2014, 83 ss.; contra A. SCHIAVON, *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu publico*, Napoli, 2019, 128 ss.

<sup>47</sup> Sulla necessità di 'ripensare' le risorse ambientali in termini di appartenenza comune e di titolarità popolare delle azioni a tutela di esse, si veda G.C. SEAZZU, *Res communes omnium oggi. Il paradosso dominante e il ripensamento necessario*, Bari, 2020, 45 ss. In generale sulle *res communes omnium*, oltre al saggio ormai 'classico' di A. DELL'ORO, *Le «res communes omnium» dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati*, 31, 1962-63, 237 ss. (= in *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di A. Dell'Oro*, a cura di I. FARGNOLI – C. LUZZATI – R. DELL'ORO, Milano, 2015, 173 ss.), si veda F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, I. *La struttura giuridica*, Napoli, 2012, 111 ss.; IDEM, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, II. *L'organizzazione giuridica*, Napoli, 2012, 143 ss.; V. ABELEND, *El agua res commune omnium: acciones procesales e interdictos romanos en defensa de su acceso y conservación* cit., cap. I. 'El agua res commune omnium'; M. FALCON, 'Res communes omnium': vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana, in AA.VV., *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, a cura di L. GAROFALO, I, Napoli, 2016, 107 ss.; D. DURSI, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli 2017, con ampi riferimenti alla letteratura; A. CAPURSI, *The end of res communes omnium*, in AA.VV., *A New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods? Atti del convegno di Padova (19 maggio 2022)*, a cura di M. FALCON – M. MILANI, Napoli, 2022, 59 ss.

za a individuare un ‘modello’ nella protezione antica delle *res publicae in publico usu* mediante interdetti popolari, che meglio consentono forme di partecipazione popolare all’uso dei ‘beni comuni’<sup>48</sup>.

I numerosi riferimenti contenuti nelle fonti romane a problemi in materia ambientale, quali ad esempio quelli relativi allo sfruttamento delle miniere, al disboscamento, all’inquinamento idrico e agli interventi di bonifica, alle sofisticazioni alimentari, sono espressione di una consapevolezza della importanza dell’ambiente, in linea con quell’obiettivo essenziale che oggi indichiamo con la formula dello ‘sviluppo sostenibile’<sup>49</sup>. Le ragioni, che hanno provocato più di una qualche riserva in uno studioso molto attento alle questioni ambientali come Mario Fiorentini, pongono serie questioni che andrebbero esaminate con più attenzione di quanto ora possibile<sup>50</sup>. Ma il nucleo centrale di quella dottrina romanistica, che ha ritenuto di poter individuare una sorta di coscienza ambientale e un ‘diritto ambientale’ a Roma, mi sembra ancora condivisibile. Come ha scritto Laura Solidoro: «il rispetto per la natura (quale valore autonomo, ma anche rapportato al primario interesse dell’uomo di sopravvivere, e decorosamente) non si ottiene facendo esclusivamente leva sulla repressione giuridica delle aggressioni all’ambiente, ma anche attraverso la diffusione, tra le popolazioni, del convincimento della necessità di attuare un comportamento rispetto del nostro *habitat*. Pensiero, diffusione della cultura ecologica, regolamentazione giuridica: questi tre poli devono necessariamente interagire»<sup>51</sup>. Il che è come dire, con riferimento al tema del mio contributo, che, alla domanda se i romani abbiano o no sentito il problema della tutela ambientale e degli animali non umani, la risposta non si evin-

<sup>48</sup> Si veda A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e «class actions»*, in «*Actio in rem*» e «*actio in personam*». In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2011, 713 ss.

<sup>49</sup> Si veda per l’analisi delle diverse forme di aggressione all’ambiente a Roma L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell’ambiente nella sua evoluzione storica. L’esperienza del mondo antico* cit., 43 ss. Sulla nozione di ‘sviluppo sostenibile’ si rinvia, nella più recente dottrina, a S. PEDRABISSI, ‘Sviluppo sostenibile: l’evoluzione giuridica di un concetto mai definito’, in *Revista Ibérica Do Direito*, 1,1, 2021, 133 ss., <<https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/31>>.

<sup>50</sup> Per M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque*, in *Index*, 34, 2006, 353 ss., bisognerebbe evitare di affermare in maniera acritica che «qualsiasi mezzo processuale, per il solo fatto di essere destinato alla tutela di una porzione dell’ambiente (qualità dell’aria e delle acque, tenuta dei fiumi, impedimento dei ristagni), fosse solo per questo introdotto con finalità di tutela ambientale. In altri termini, la strada maestra per rispondere alla domanda è indagare su quale fosse il bene protetto». Quella di Fiorentini, nel fare leva sull’interesse protetto, è una impostazione assai utile allo studio del diritto ambientale nell’antica Roma. Tuttavia, l’osservazione dello studioso, secondo cui «il mondo antico è intervenuto incisivamente sull’aspetto igienico-sanitario, elaborando empiricamente regole che oggi definiremmo di sanità pubblica», non significa che gli stessi mezzi non abbiano potuto assolvere anche al compito di preservare l’ambiente.

<sup>51</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell’ambiente nella sua evoluzione storica. L’esperienza del mondo antico* cit., XVII.

ce attraverso il solo riferimento alle disposizioni giuridiche, ma anche attraverso il riferimento a quelle fonti letterarie che descrivono il pensiero complessivo del mondo romano sulle relazioni fra animali non umani e ambiente.

Sotto il profilo della utilità di una analisi storico-giuridica relativa ai problemi ambientali è importante osservare che l'intento del giurista non può essere banalmente antichistico. Specialmente nell'affrontare un tema quale quello delle relazioni tra animali non umani e ambiente, occorre tenere a mente anzitutto l'insegnamento di Giuseppe Grosso a proposito del valore del diritto romano in funzione della soluzione di problemi giuridici del presente<sup>52</sup>.

Lo studio storico-giuridico così orientato ci offre oggi la via per analizzare tali relazioni senza il condizionamento dovuto a sovrapposizioni antropocentriche connesse all'uso delle categorie giuridiche moderne di soggetto e di oggetto di diritto<sup>53</sup>. Negli ultimi anni, l'attenzione della dottrina giuridica si è concentrata sulla questione se l'animale sia o no un soggetto di diritto. Mentre nella dottrina romanistica è fino ad oggi dominante l'idea che gli animali non umani siano semplicemente una cosa e dunque un oggetto di diritto<sup>54</sup>, nella dottrina di diritto positivo è invece frequente riscontrare tesi volte a sostenere che essi debbano essere considerati soggetti di diritto e si parla di 'diritti degli animali'<sup>55</sup>. Entram-

<sup>52</sup> Si veda G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano* cit., VII ss.

<sup>53</sup> Nella vasta letteratura sulle categorie giuridiche di soggetto e di oggetto di diritto, con riferimento alla loro applicazione al sistema giuridico romano, si rinvia per tutti a P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, 169 sgg.; IDEM, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, 97 ss.

<sup>54</sup> Si veda ad esempio M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, 379, il quale rileva che «Il termine *res*, che noi traduciamo 'cosa', assume nelle fonti giuridiche romane significati molteplici. Più spesso vuol dire effettivamente 'cosa' nella sua accezione più propria di 'oggetto materiale' (con riferimento anche a terreni, edifici, schiavi ed animali)»; per A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001<sup>12</sup>, 316: «per *res* (o '*bona*', '*beni*') furono intesi: in senso stretto, le entità materiali e gli animali subumani; in senso lato, anche gli schiavi». Ricostruisco lo stato della dottrina sulla condizione giuridica dell'animale non umano in P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano* cit., 8 ss.; IDEM, *Il problema della qualificazione dogmatica dell'animale non umano*, in AA.VV., *Per una storia non antropocentrica. L'uomo e gli altri animali. Catalogo della mostra e Atti del convegno di studi, Archivio di Stato di Salerno, maggio 2009*, a cura di E. GRANITO – F. MANZIONE, Roma, 2010, 159 ss.

<sup>55</sup> Sulla soggettività giuridica degli animali non umani e il problema dei 'diritti degli animali' si veda C.M. MAZZONI, *I diritti degli animali: gli animali sono cose o soggetti del diritto*, in AA.VV., *Per un codice degli animali. Commenti sulla normativa vigente*, a cura di A. MANNUCCI – M. TALLACCHINI, Milano, 2001, 111 sgg.; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005, 1 ss.; D. FRANCAVILLA, *Comparare il diritto degli animali*, in AA.VV., *La questione animale* cit., 823 ss.; M. GASPARI, *La dicotomia 'persona-cosa' e gli animali*, *ibidem*, 295 ss.; D. CERINI, *Il diritto e gli animali: note gius-privatistiche*, Torino, 2012, 1 ss.; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana* cit., 25 ss.; U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. L'ordine quadrato*, Napoli, 2014<sup>3</sup>, 369 ss.; M. PITTALIS, *Diritto degli esseri animali. Lezioni e commenti*, Bari, 2022, 9 ss.; e ora, con riferimenti alla esperienza giuridica latinoamericana, D. NAVARRO SÁN-

be queste concezioni, quella che potremmo chiamare ‘oggettivistica’ da un lato e quella ‘soggettivistica’ dall’altro, in quanto condizionate da quelle sovrapposizioni antropocentriche di cui si è detto, non ci permettono, però, di cogliere adeguatamente il valore delle relazioni tra animali e ambiente nel sistema giuridico romano. Mi sembra che, se ci libera da tali condizionamenti antropocentrici, si possa trovare nel diritto romano una chiave di lettura diversa e più utile delle relazioni tra uomo e altri esseri animati che negli ultimi anni viene riproposta con sempre più forza e autorevolezza<sup>56</sup>.

Alla idea della partecipazione degli animali non umani al diritto, che troppo spesso il pensiero animalista ha ritenuto essere una elaborazione recente, soprattutto di derivazione anglosassone<sup>57</sup>, finendo quindi col dimenticare che la concezione di un diritto comune a uomini e altri animali trova nella filosofia greca e poi nel diritto romano la sua prima affermazione<sup>58</sup>, si aggiunge oggi la tesi che il diritto non solo non debba essere inteso come una creazione riservata ai soli esseri umani, ma sia uno strumento fondamentale per la costruzione di relazioni equilibrate

CHEZ, *De la res romana al pleno reconocimiento de la personalidad jurídica: el avance imparable del derecho Animal*, in AA.VV., *A New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods? Atti del convegno di Padova (19 maggio 2022)* cit., 343 ss.

<sup>56</sup> Particolare apprezzamento merita il tentativo di superare la dicotomia soggetto-oggetto di diritto con riguardo alla condizione degli animali non umani: si veda L. LOMBARDI VALLAURI, *Abitare pleromaticamente la terra*, in AA.VV., *Il meritevole di tutela. Studi per una ricerca coordinata da L. LOMBARDI VALLAURI*, Milano, 1990, VII ss., il quale pone in rilievo la necessità di tutelare la vita «se possibile, indivisibilmente» e rileva che «la brutale oggettivazione, reificazione, mortificazione che i procedimenti industriali di allevamento, macellazione, lavorazione perpetrano sugli animali-massa, sugli animali-macchina loro sottoposti falsifica violentemente la realtà. Dalla simbiosi non certo paritetica, ma certo simpatetica, partecipativa, che ha accomunato uomini e animali nei millenni pre-moderni, si è passati, attraverso l’industrialismo concentrazionario, a uno smisurato rapporto persona-cosa, soggetto-oggetto, che a sua volta legittima erroneamente, nell’immaginale umano, la negazione della soggettività animale».

<sup>57</sup> Per una prima analisi della letteratura anglosassone sulla “questione animale” si veda T. REGAN – P. SINGER, *Diritti animali, obblighi umani*, tr. it. di P. GARAVELLI, Torino, 1987; P. SINGER, *In difesa degli animali*, tr. it. di S. NESI SIRGIOVANNI, Roma, 1987; IDEM, *Il movimento di liberazione animale*, a cura di P. CAVALIERI – A. PILLON, Torino, 1989; T. REGAN, *I diritti animali*, tr. it. di R. RINI, Milano, 1990; P. CAVALIERI – P. SINGER, *Il Progetto Grande Scimmia: eguaglianza oltre i confini della specie umana*, Roma, 1994; L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Roma-Bari, 1997; P. CAVALIERI, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Torino, 1999; AA.VV., *Per un codice degli animali. Commenti sulla normativa vigente*, a cura di A. MANNUCCI – M. TALLACCHINI, Milano, 2001; L. GALLEN – F. VIOLA – F. CONIGLIARO, *Animali e persone: ripensare i diritti*, Milano, 2003; P. SINGER, *Liberazione animale*, a cura di P. CAVALIERI, tr. it. di E. FERRERI, Milano, 2003; V. POCAR, *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, nuova edizione riveduta e aggiornata, Roma-Bari, 2005; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetto* cit., 39 ss.; C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in AA.VV., *La questione animale* cit., 281 ss.; D. CERINI, *Il diritto e gli animali: note gius-privatistiche* cit., 43 ss.

<sup>58</sup> Si veda il mio P.P. ONIDA, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli, 2012, 55 ss.

fra tutti gli esseri animati e l'ambiente<sup>59</sup>. È questa una concezione, riconducibile propriamente alla giurisprudenza romana, che ha un grande valore sul piano della tutela dell'ambiente e che potremmo definire biocentrica, in cui l'uomo, pur continuando ad essere parte essenziale di quel diritto e perciò maggiormente responsabile nei confronti dell'ambiente in cui vive, non è l'unica parte.

## 2. Ambiente ed Enciclica Laudato si'

La ripresa, negli ultimi anni, degli studi giuridici sulla nozione antica di *persona*, la quale presenta una sua concretezza contro le moderne e astratte categorie di soggetto e di oggetto<sup>60</sup>, si pone in linea con l'esigenza della scienza giuridica di superare la concezione ora fortemente in crisi dell'Uomo inteso come signore incontrastato dell'universo. Proprio alla nozione di *persona* si guarda oggi per favorire l'apertura degli uomini verso gli 'altri': non solo verso i propri simili, ma anche verso l'ambiente e gli animali non umani, in una ottica di perseguimento del bene comune<sup>61</sup>.

La prospettiva biocentrica, con la esigenza di assicurare un rispetto per tutti gli esseri animati nelle loro relazioni con l'ambiente, è alla base della *Lettera Enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune* (2015)<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti* cit., 89 ss.

<sup>60</sup> Si veda P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12* cit., 117, il quale osserva come la nozione di 'soggetto di diritto' sia «docile strumento del 'diritto oggettivo' di poteri privati, statali e internazionali, oggi tutti 'soggetti' della (o alla?) globalizzazione».

<sup>61</sup> Sul rapporto tra persona e ambiente sono molto suggestive le osservazioni di S. TAFARO, *Centralità dell'uomo (Persona)*, in AA.Vv., *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 151 ss., per il quale «Il termine persona, nel diritto, deve essere rivitalizzato e proiettato in una visione planetaria. Solo così l'Uomo, la Sua dignità, il Suo futuro, potranno essere salvaguardati, uscendo dalle mistificazioni di un linguaggio ambiguo, che in nome dei valori, in nome della persona, oggi spesso soffoca l'uomo».

<sup>62</sup> Per la letteratura giuridica sulla Enciclica *Laudato si'* rinvio a M.V. BALOSI – M. PRADA, *L'Enciclica Laudato si', tra scienza e diritto: spunti di riflessione*, in <<https://www.tuttoambiente.it/commenti-premium/lenciclica-tra-scienza-e-diritto-spunti-di-riflessione/>>; P. MADDALENA, *L'Enciclica Laudato si' di Papa Francesco. Riflessi giuridici*, in <<https://www.istitutobioetica.it/bioetica-e-diritti/187-paolo-maddalena-l-enciclica-laudato-si-di-papa-francesco-riflessi-giuridici/>>; C. ALBORETTI, *Laudato si'. Ambiente e diritti nella enciclica di Papa Francesco sulla cura della casa comune*, Roma, 2016; L. DE GREGORIO, *Laudato si': per un'ecologia autenticamente cristiana*, in <<https://www.statoecliese.it/contributi/laudato-si-per-uncologia-autenticamente-cristiana>>, 41/2016; R. MIGUEZ NUNEZ, *La vocazione giuridica di un'enciclica ecologica: note civilistiche a proposito della Laudato si'*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, 757 ss.; G. AMENDOLA, *Etica e diritto: il valore ambiente nell'enciclica Laudato si' e nella normativa italiana*, in <[https://www.questionegiustizia.it/articolo/etica-e-diritto-il-valore-ambiente-nell-enciclica-laudato-si-e-nella-normativa-italiana-\\_27-06-2019.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/etica-e-diritto-il-valore-ambiente-nell-enciclica-laudato-si-e-nella-normativa-italiana-_27-06-2019.php)>, 2019; G. CARLO SEAZZU, *'Bene comune' e ambiente: una lettura romanistica della Enciclica Laudato Si'*, in *Зборник Радова Изазови Правном Систему, Challenges to the legal system*, a cura di D. CERANIC, 2, Sarajevo, 2021, 447 ss.

La Enciclica ha da subito richiamato l'attenzione della dottrina romanistica, fino al punto che uno studioso attento alle questioni dell'ambiente come Andrea Triscioglio ha parlato con riferimento specifico all'Enciclica di «una nuova consapevolezza nel diritto»<sup>63</sup>.

Paolo Maddalena, nel commentare la Enciclica, ha richiamato la importanza del diritto naturale per il superamento del positivismo e del nichilismo giuridico. Per lo studioso «è inevitabile rivolgersi al 'diritto naturale', secondo il quale il comportamento dell'uomo deve essere indiscutibilmente conforme alle 'leggi di natura', poiché soltanto queste consentono alla natura e all'opera dell'uomo di esplicitarsi nella 'bellezza', che appare come supremo valore da conservare e proteggere». Un 'giusnaturalismo costituzionale', per usare la espressione dell'illustre studioso, già presente nella nostra Costituzione, la quale, in diverse disposizioni (art. 9, 33 e 117, come novellato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001) tutela, in sintesi, quell'equilibrio che si è sopra richiamato e che è essenziale per lo sviluppo della persona umana e della intera società (art. 3 e art. 4 Cost.)<sup>64</sup>.

Nel fare rinvio alle figure del Patriarca Ecumenico di Costantinopoli Bartolomeo I e di San Francesco di Assisi, si evidenzia il motivo ispiratore della Enciclica nella idea dello «sviluppo sostenibile e integrale». Il rapporto dell'uomo con l'ambiente assume un valore etico, sul quale occorre costruire una nuova unione in funzione di un mutamento radicale dell'azione umana. Il richiamo del Pontefice è alla fondazione di una «conversione ecologica globale» e di «un'autentica ecologia umana», con l'obiettivo di eliminare le «disfunzioni dell'economia mondiale» e di correggere i modelli di sviluppo che impediscano la tutela dell'ambiente. «L'autentico sviluppo umano», si legge nella *Laudato si'*, «possiede un carattere morale e presuppone il pieno rispetto della persona umana, ma deve prestare attenzione anche al mondo naturale e 'tener conto della natura di ciascun essere e della sua mutua connessione in un sistema ordinato'»<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> A. TRISCIUOGGIO, *Fondamenti culturali della Laudato si'*, *l'Enciclica di Papa Francesco sulla cura della casa comune*, relazione presentata al Convegno 'Antropocene, l'equilibrio spezzato e la difesa del creato', Sacra di San Michele, 20 maggio 2023.

<sup>64</sup> P. MADDALENA, *L'Enciclica Laudato si' di Papa Francesco. Riflessi giuridici* cit.

<sup>65</sup> L'ultima parte del brano ora riportato della *Laudato si'* è una citazione tratta dalla Enciclica *Sollicitudo rei socialis*, IV, 34, di Giovanni Paolo II, del 30 dicembre 1987. Esiste una ben precisa linea di continuità tra il magistero di Papa Francesco e quello di Giovanni Paolo II. Nel messaggio pronunciato per la Giornata Mondiale della pace, l'8 dicembre 1989, Giovanni Paolo II ha dichiarato (si veda *L'Osservatore Romano*, supplemento, mercoledì 6 dicembre 1989): «Si avverte ai nostri giorni la crescente consapevolezza che la pace mondiale sia minacciata, oltre che dalla corsa agli armamenti, dai conflitti regionali e dalle ingiustizie tuttora esistenti nei popoli e tra le nazioni, anche dalla mancanza del dovuto rispetto per la natura, dal disordinato sfruttamento delle sue risorse e dal progressivo deterioramento della qualità della vita. Tale situazione genera un senso di precarietà e di insicurezza che a sua volta favorisce forme di egoismo collettivo, di accaparramento e di prevaricazione. Di fronte al diffuso degrado ambientale l'umanità si rende conto che non si può continuare a usare i beni della terra come nel passato. L'opinione pubblica e i responsabili politici ne sono

Il valore al centro della *Laudato si'* è, dunque, individuato nella esigenza di fondare un rinnovato biocentrismo, da intendersi come equilibrio fra tutte le creature viventi, uomini, animali e vegetali, e il Creato stesso. È questo il senso di quel riferimento, che sin dal par. 1 è presente nella Enciclica, alla «casa comune come una madre bella che ci accoglie tra le sue braccia». I riferimenti a tale equilibrio e, quindi, alla necessità di concepire la terra come una madre, la quale ci dà ospitalità e verso la quale abbiamo precisi vincoli di rispetto, corrispondono a un filo rosso presente in tutta la Enciclica. Il superamento dell'antropocentrismo e la tensione verso il biocentrismo è esplicito quando nella Enciclica si osserva che «la persona umana tanto più cresce, matura e si santifica quanto più entra in relazione, quando esce da se stessa 'per vivere' in comunione con Dio, con gli altri e con tutte le creature» (par. 240) e che, inoltre, «la vita eterna sarà una meraviglia condivisa, dove ogni creatura, luminosamente trasformata, occuperà il suo posto e avrà qualcosa da offrire ai poveri definitivamente liberati» (par. 243). L'uomo ha una responsabilità particolare nell'evitare l'uso indiscriminato delle risorse che la Terra mette a disposizione (par. 1 e par. 2). Egli non deve essere considerato come padrone del Creato ma come un custode della Terra, la quale, si legge nella Enciclica, «protesta per il male che le provochiamo, a causa dell'uso irresponsabile e dell'abuso dei beni che Dio ha posto in lei. Siamo cresciuti pensando che eravamo suoi proprietari e dominatori, autorizzati a saccheggiarla. La violenza che c'è nel cuore umano ferito dal peccato si manifesta anche nei sintomi di malattia che avvertiamo nel suolo, nell'acqua, nell'aria e negli esseri viventi». In questa ottica leggiamo nella Enciclica un forte ammonimento: «dobbiamo rifiutare con forza che dal fatto di essere creati a immagine di Dio e dal mandato di soggiogare la terra si possa dedurre un 'dominio assoluto' sulle altre creature ... i testi biblici ci invitano a 'coltivare e custodire' il giardino del mondo ... custodire vuol dire proteggere, curare, preservare, conservare, vigilare» (par. 67). L'uomo è invece parte dell'ambiente in cui vive (par. 139).

Quali sono i rimedi possibili contro il degrado ambientale? La crescita, intesa come consumo di risorse, non può essere «infinita o illimitata» (par. 106). La stessa concezione della proprietà per la tradizione cristiana non è mai stata quella del dominio illimitato, ma di un potere che assolve a una 'funzione sociale': «la Chiesa insegna che su ogni proprietà privata grava sempre "un'ipoteca sociale", perché i beni servano alla destinazione generale che Dio ha dato loro» (par. 93). Emerge quindi la concezione dell'ambiente come «bene collettivo, patrimo-

preoccupati, mentre studiosi delle più diverse discipline ne esaminano le cause. Sta così formandosi una coscienza ecologica, che non deve essere mortificata ma anzi favorita, in modo che si sviluppi e maturi trovando adeguata espressione in programmi ed iniziative concrete». Come è stato osservato da N. LANZI, *Prefazione* a GIOVANNI PAOLO II, *La visione cristiana dell'ambiente. Testi del magistero pontificio scelti a cura di Padre Bernardo J. Przewozny*, Pisa, 1991, 8, «l'uomo non è padrone assoluto della natura secondo il pensiero cartesiano. Dominare e costruire, infatti, non ha mai significato saccheggiare, né la natura può essere ridotta a cosa da usare e sfruttare soltanto».

nio di tutta l'umanità e responsabilità di tutti» (par. 95). L'idea del bene collettivo implica nella Enciclica il concetto di comunità, intesa come società politica (par. 177), che è di per sé contraria ai fenomeni deleteri della globalizzazione per quegli eccessi di carattere economico che hanno reso più debole la comunità stessa (par. 173 e 175). La concezione della comunità che si delinea è contrassegnata da un forte senso di partecipazione di cittadini alla gestione della cosa pubblica (par. 181 e 183), con largo spazio per le comunità locali nelle quali è più vivo il senso del rispetto per l'ambiente (par. 179). Il concetto di comunità si sublima nella idea della comunione fra uomo e ambiente e altre creature viventi fino a presentarsi come «stupenda comunione universale» (par. 191).

### 3. *Superamento della concezione antropocentrica nella interpretazione delle relazioni tra animali e ambiente*

Il superamento di una concezione meramente antropocentrica a favore di una concezione biocentrica, in cui attraverso la prospettiva del diritto naturale emerge l'idea fondamentale che l'uomo non sia dominatore del Creato ma responsabile della salvaguardia di esso, conduce anche al superamento della riduzione dell'animale non umano a mera cosa.

La dottrina, nella riduzione dell'animale a cosa, ha fatto rinvio a una identità tra le nozioni antiche di *res* e *persona* e quelle moderne di cosa e soggetto di diritto. Ora, mentre fra la classificazione delle *res* e la classificazione delle *personae* si può parlare di una distinzione tra partizioni caratterizzate da punti di contatto, come prova ad esempio l'inquadramento del *servus* nell'ambito delle *res* e al contempo nell'ambito delle *personae*<sup>66</sup>, fra il mondo delle cose-oggetti e quello dei soggetti di diritto vi è una rigida contrapposizione caratterizzata da separa-

<sup>66</sup> Si veda P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* cit., 169 ss., per il quale «L'affermazione ricorrente secondo cui gli antichi Romani non avrebbero considerato i *servi* come 'soggetti di diritto' è errata per due motivi di fondo: a) in primo luogo perché oblitera il dato storico della attiva partecipazione dei *servi* a varie sfere dello *ius*: allo *ius sacrum* (certo antichissimo), allo *ius naturale* (più recente, almeno quanto alla formulazione della categoria) e in certo modo anche oltre ... b) in secondo luogo per un motivo metodologico: si introduce la nozione di 'soggetto di diritto', estranea alle fonti e, quel che più conta, inadatta ad afferrare il dato storico, in quanto troppo generica per un lato (implica una astratta soggettività giuridica) e troppo ristretta per l'altro lato (implica una giuridicità 'isolata' dalla religione e dalla morale)». Nella linea di Catalano si veda S. TAFARO, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, 2009, 71 ss., il quale rileva che la concezione moderna della personalità ha finito per condurre alla 'omogeneizzazione' della complessa visione antica in tema di persone e alla 'sottovalutazione' dell'articolazione del sistema giuridico romano imperniato attorno alla considerazione dell'essere umano.

zione e incomunicabilità, in quanto la condizione di cosa-oggetto esclude quella di soggetto<sup>67</sup>.

L'analisi ora condotta ci porta dal piano specifico della condizione giuridica animale a quello più generale delle categorie giuridiche utili per la interpretazione della nozione di ambiente e per la stessa 'costruzione' del diritto ambientale.

Paolo Maddalena ha messo in rilievo le conseguenze negative, che derivano dall'impiego dei dogmi del diritto di 'stampo liberale', quali quelli della 'personalità dello Stato' e della separazione fra 'pubblico e privato', osservando che a causa della personificazione o astrazione dello Stato (lo Stato-persona) si è giunti a estromettere dalla tutela dell'ambiente il popolo, da intendersi come gli *universi-cives*, mentre «il cittadino può vantare solo un diritto individuale di fruizione, nei limiti in cui questo stesso diritto è posto e riconosciuto dallo Stato». Il ricorso alla idea della proprietà in termini di dominio e di abuso del diritto ha portato a dimenticare la concezione della 'proprietà comune o collettiva', che invece potrebbe semplificare la identificazione del concetto giuridico di ambiente e la sua tutela. L'idea della appartenenza collettiva dei beni ambientali, nel superamento della dicotomia tra privato e pubblico, trova per l'illustre studioso, un preciso riscontro nel concetto di 'sovranità popolare' (art. 1 Cost.) e nel diritto-dovere di 'partecipazione' dei cittadini «all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma 2, Cost.)<sup>68</sup>. Dalla concezione dell'ambiente come cosa deriva quella che Maddalena chiama la 'mercificazione' dell'ambiente stesso, con la conseguenza della rimozione dell'interesse generale sotteso alla tutela di esso. Contro questa rigida concezione dell'ambiente in termini di mera cosa si può opporre una concezione più elastica dell'ambiente inteso come bene giuridico per riportare al centro del diritto l'interesse generale sotteso alla tutela dell'ambiente. Interesse generale che era già alla base della disposizione contenuta nell'art. 117, comma secondo, lett. s della Costituzione, di una competenza legislativa esclusiva in materia di «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» e che con la recente legge costituzionale dell'11 febbraio 2022, che ha modificato, fra l'altro, l'art. 9 della Costituzione, ha trovato un espresso riconoscimento in una chiave non più banalmente antropocentri-

<sup>67</sup> Sulla elasticità della distinzione gaiana fra *personae* e *res*, si veda, invece, G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose - contratti*, a cura di L. LANTELLA, Torino, 1974, 5 ss., il quale osserva che nei termini *persona* e *res* vi è al contempo un riferimento soggettivo e oggettivo. Di 'disumanizzazione della *persona*' parla ora U. VINCENTI, *Le persone*, in AA.Vv., *Il diritto romano dopo Roma. Attraverso le modernità*, a cura di A. PALMA, Torino, 2022, 32 ss.

<sup>68</sup> P. MADDALENA, *La scienza del diritto ambientale ed il necessario ricorso alle categorie giuridiche del diritto romano*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 2011, 3 ss. Dell'illustre studioso, a proposito della concezione dell'ambiente come bene comune, si veda anche IDEM, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi.it*, 21 dicembre 2011; IDEM, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in *Federalismi.it*, 11 luglio 2012; IDEM, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014.

ca nello stabilire (al comma 3) che la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Il riferimento alle 'generazioni future' costituisce il principio fondamentale alla base di questa disposizione, la quale allinea il nostro ordinamento alle esigenze del principio dello sviluppo sostenibile riconosciuto nell'art. 3-*quater* (introdotto dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4) del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 'Norme in materia ambientale'<sup>69</sup>.

La qualificazione dell'ambiente come bene comune<sup>70</sup> appare in linea con l'elastica distinzione romana fra le nozioni concrete di *res* e *personae*, in termini che non sono invece corrispondenti alla rigida contrapposizione moderna fra le nozioni astratte di soggetto e oggetto di diritto<sup>71</sup>. Soprattutto tale qualificazione dell'ambiente evita di ricondurre la titolarità del bene ambiente alla astrazione moderna dello Stato-persona giuridica, per riconnetterlo a quella concezione della comunità, la quale è invece in linea con la idea concreta del *populus*. Emerge da questa impostazione la configurazione del rapporto tra uomo, ambiente e altri esseri animati in funzione non del potere del primo ma della sua responsabilità.

<sup>69</sup> D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 3-*quater* 'Principio dello sviluppo sostenibile': «Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future».

<sup>70</sup> Nella dottrina relativa ai beni comuni si veda P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 1981; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Introduzione e cura di M.R. MARELLA; postfazione di S. RODOTÀ, Verona, 2012; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari, 2013; N. GENGA – M. PROSPERO – G. TEODORO, *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Torino, 2014; P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico cit.*; F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, in *Diritto e società*, 3, 2016, 381 ss.; S. STAIANO, *Beni comuni» categoria ideologicamente estenuata*, *ibidem*, 415 ss.; I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, *ibidem*, 457 ss. Il problema dei beni comuni ha suscitato negli ultimi anni anche una certa attenzione nella dottrina romanistica: si veda A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e "beni comuni". Il nodo della tutela cit.*, IX ss.; B. BISCOTTI, *Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni*, in AA.VV., *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana cit.*, 1 ss.; P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni*, *ibidem*, 85 ss.; F. FASOLINO, *Dalla tutela alla cura del patrimonio culturale: l'utilità di una riflessione storico-giuridica*, in AA.VV., *La tutela dei 'beni culturali' nell'esperienza giuridica romana*, a cura di F. FASOLINO, Padova, 2020, 8 ss.

<sup>71</sup> Cfr. P. MADDALENA, *La scienza del diritto ambientale ed il necessario ricorso alle categorie giuridiche del diritto romano cit.*, 1, 2011.

#### 4. Rilievi ambientalistici della nozione ulpiana di *ius naturale*

L'idea di una partecipazione di tutti gli esseri animati, uomini e altri animali, al diritto è presente nella celebre definizione del *ius naturale* elaborata da Ulpiano come diritto che la natura insegna a tutti gli esseri animati:

D. 1,1,1,3 (Ulp. 1 *inst.*): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.*

La concezione ulpiana presenta una sua concretezza per via del riferimento a elementi propri dell'ambiente. Gli esseri animati, in quanto parte del *ius naturale*, sono descritti attraverso un riferimento all'ambiente in cui essi vivono: *quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*. La concretezza di questa impostazione si rafforza, inoltre, attraverso il riferimento di Ulpiano agli istituti giuridici che di quel *ius* sono espressione: dalla congiunzione tra maschio e femmina alla procreazione e educazione della prole. Questa impostazione non preclude ad Ulpiano di distinguere tra essere umano e altri esseri animati. Lo dimostra il riferimento all'istituto del matrimonio, che il giureconsulto così definisce solo con riguardo al rapporto che lega individui di sesso opposto<sup>72</sup>. Si è in passato voluto confinare la concezione ulpiana nell'ambito del metagiuridico. La concezione di un *ius naturale* così inteso da Ulpiano non deve essere, però, intesa come espressione di un generico sentimento di amore dell'uomo per gli altri animali, ma come parte fondante di un sistema giuridico che attraverso la relazione tra gli esseri animati supera il profilo di una concezione antropocentrica.

Mi sembra che le ascendenze della concezione ulpiana, alla quale Giustiniano attribuisce un grande significato sul piano sistematico all'interno dei *Digesta* e delle *Institutiones*<sup>73</sup>, debbano indurci a riflettere con molta attenzione sul valore giuridico della vita animale nelle sue diverse specificazioni. Tale concezione si pone lungo la linea di quelle tesi che nella filosofia greca e nella cultura latina

<sup>72</sup> Si veda P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano* cit., 86 ss.; IDEM, *Prospettive romanistiche del diritto naturale* cit., 99 ss. Sulla tendenza di Ulpiano a distinguere tra la condizione degli uomini e quella degli animali sulla base del possesso della ragione, si veda ora V. MAROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in AA.VV., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* cit., 597 ss.

<sup>73</sup> I. 1,2: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio: videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censer.* Cfr. sul valore sistematico che al *ius naturale* attribuisce Giustiniano P. CATALANO, *Giustiniano*, in *Enciclopedia Virgiliana*, II, Roma, 1985, 762.

attestano un quadro di affinità fra gli esseri animati proprio sul piano giuridico. In particolare, nella filosofia di Pitagora è centrale la credenza nella trasmigrazione e il rifiuto dei maltrattamenti a danno degli animali<sup>74</sup>, l'invito alla astensione dell'uomo dalla alimentazione carnea<sup>75</sup> e dai sacrifici cruenti<sup>76</sup>, la estensione della giustizia anche nei confronti degli altri animali:

Iambl., *Vita Pyth.* 24,107-108: 107 καὶ τὰ πρὸς εὐάγειαν δὲ ἐναντίως ἔχοντα καὶ ἐπιθολοῦντα τῆς ψυχῆς τὰς τε ἄλλας καθαρότητος καὶ τὰ ἐν τοῖς ὕπνοις φαντάσματα παρηγεῖτο. κοινῶς μὲν οὖν ταῦτα ἐνομοθέτησε περὶ τροφῆς, ἰδίᾳ δὲ τοῖς θεωρητικωτάτοις τῶν φιλοσόφων καὶ ὅτι μάλιστα ἀκροτάτοις καθάπαξ περιῆρει τὰ περιττὰ καὶ ἄδικα τῶν ἐδεσμάτων, μήτε ἔμψυχον μηδὲν μηδέποτε ἐσθίειν εἰσηγούμενος μήτε οἶνον ὅλως πίνειν μήτε θύειν ζῷα θεοῖς μήτε καταβλάπτειν μηδ' ὅτιοῦν αὐτά, διασφύζειν δὲ καὶ τὴν πρὸς αὐτὰ δικαιοσύνην ἐπιμελέστατα. 108 καὶ αὐτὸς οὕτως ἔζησεν, ἀπεχόμενος τῆς ἀπὸ τῶν ζώων τροφῆς καὶ τοὺς ἀναμάκτους βωμοὺς προσκυνῶν, καὶ ὅπως μηδὲ ἄλλοι ἀναιρήσῃσι τὰ ὁμοφυῆ πρὸς ἡμᾶς ζῷα προθυμούμενος, τὰ τε ἄγρια ζῷα σφρονίζων μᾶλλον καὶ παιδεύων διὰ λόγων καὶ ἔργων, ἀλλ' οὐχὶ διὰ κολάσεως καταβλάπτων. ἤδη δὲ καὶ τῶν πολιτικῶν τοῖς νομοθέταις προσέταξεν ἀπέχεσθαι τῶν ἐμψύχων· ἅτε γὰρ βουλομένους ἄκρως δικαιοπραγεῖν ἔδει δῆπου μηδὲν ἀδικεῖν τῶν συγγενῶν ζώων. ἐπεὶ πῶς ἂν ἔπεισαν δίκαια πράττειν τοὺς ἄλλους αὐτοὶ ἀλισκόμενοι ἐν πλεονεξίᾳ; συγγενικὴ δ' ἡ τῶν ζώων μετοχή, ἅπερ διὰ τὴν τῆς ζωῆς καὶ τῶν στοιχείων τῶν αὐτῶν κοινωνίαν καὶ τῆς ἀπὸ τούτων συνισταμένης συγκράσεως ὥσανεὶ ἀδελφότητι πρὸς ἡμᾶς συνέζευκται<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Si veda Xenophan. 21 B 7 DK= fr. 7 West= Gentili - Prato (Diog. Laert. 8,36), il quale racconta che un giorno Pitagora, imbattutosi in un tale che picchiava un cagnolino, chiese di porre fine al maltrattamento perché nei lamenti dell'animale gli era parso di udire la voce di un suo amico. Sulla trasmigrazione nella filosofia pitagorica, oltre a Iambl., *Vita Pyth.* 24,107-108, si veda Arist., *De an.* 407 b 20 = 58 B 39 DK e da Hdt. 2,123 = 14 A 1 DK. Sul tema si veda A. ROSTAGNI, *Il verbo di Pitagora*, Torino, 1924, rist. Forlì 2005, da cui si cita, 73 ss.; A. MADDALENA, *I Pitagorici*, Bari, 1954, 336 ss.; M.V. BACIGALUPO, *Il problema degli animali nel pensiero antico*, Torino, 1965, 11 ss.; E. ZELLER – R. MONDOLFO, *La filosofia dei Greci nel suo sviluppo storico*, a cura di M. ISNARDI PARENTE, I, tr. it. di E. POCAR, Firenze 1974, 125 ss.; W. BURKERT, *I Greci. Età arcaica. Età classica (sec. IX-IV)*, t. 2, tr. it. di P. PAVANINI, Milano, 1984, 430 ss.; G. SOLE, *Il tabù delle fave. Pitagora e la ricerca del limite*, Soveria Mannelli, 2004, 13 ss.

<sup>75</sup> V. *infra* nel testo Iambl., *Vita Pyth.* 24,107-108. Sulla astensione dalla carne in Pitagora si veda G. SANTESE, *Introduzione*, in Plutarco, *Il cibarsi di carne*, a cura di L. INGLESE – G. SANTESE, Napoli, 1999, 62 ss.

<sup>76</sup> Si veda Eudox. fr. 36 Gisinger = 325 Lasserre (14 B 9 DK) (Porph., *Vita Pyth.* 7); Onesicr., *FGrHist* 134 F 17 (Str. 15,1,63-65). Sul sacrificio religioso nella filosofia pitagorica si veda A. ROSTAGNI, *Il verbo di Pitagora* cit., 109 ss.; M. DETIENNE, *La cuisine de Pythagore*, in *Archives de sociologie des religions*, 29, 1970, 141 ss. (= IDEM, *Les Jardins d'Adonis*, Paris, 1972, 76 ss.); IDEM, *Pratiques culinaires e spirito di sacrificio*, in AA.Vv., *La cucina del sacrificio in terra greca*, a cura di M. DETIENNE – J.P. VERNANT, tr. it. di C. CASAGRANDE – G. SISSA, Torino, 1982, 11 ss.

<sup>77</sup> Iambl., *Vita Pyth.* 24,107-108: «107 Ora, queste prescrizioni concernenti l'alimentazione erano comuni a tutti; in particolare, poi, a coloro che fra i filosofi erano più inclini alla specula-

I riferimenti alla comune natura tra tutti gli esseri animati fondano nella filosofia pitagorica le ragioni di una distinzione etica dell'uomo rispetto alla folla di coloro che invece non hanno scrupolo a macchiarsi di sangue. È a causa di questo legame naturale fra tutti gli esseri animati che Pitagora ritiene ammissibili rapporti di amicizia tra l'uomo e gli altri animali<sup>78</sup>.

Il ricordo di questa concezione non è privo di riflessi nella cultura latina. Esso si trova presente in Cicerone, il quale nel *De re publica* ricorda che Pitagora ed Empedocle sostenevano la esistenza di una sola condizione giuridica fra tutti gli esseri animati e consideravano delittuoso nuocere agli animali non umani:

Cic., *rep.*, 3, 18-19: 18 *esse enim hoc boni viri et iusti, tribuere id cuique quod sit quoque dignum. 19 ecquid ergo primum mutis tribuemus beluis? non enim mediocres viri sed maximi et docti, Pythagoras et Empedocles, unam omnium animantium conditionem iuris esse denuntiant, clamantque inexpiabilis poenas impendere iis a quibus violatum sit animal. scelus est igitur nocere bestiae, quod scelus qui velit.*

Noi oggi possiamo trovare attestazione della idea della partecipazione degli animali al diritto, in una chiave biocentrica, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'animale, sottoscritta a Parigi, presso l'UNESCO, il 15 ottobre 1978. Così nella Premessa leggiamo che «il riconoscimento da parte della specie umana del diritto all'esistenza delle altre specie animali costituisce il fondamento della coesistenza delle specie nel mondo». Principio ribadito nell'art. 1, in cui si afferma che «Tutti gli animali nascono uguali davanti alla vita e hanno gli stessi diritti all'esistenza». Inoltre, nell'art. 2 si dichiara il diritto dell'animale non umano ad essere rispettato; nell'art. 3 si vieta che l'animale sia «sottoposto a maltrattamenti e ad atti crudeli»; negli artt. 4 e 5 si riconosce il diritto dell'animale a vivere in un *habitat* adeguato alla specie di appartenenza. La Dichiarazione è dunque espressione

e che in questa si erano spinti più avanti vietava in modo assoluto i cibi superflui e ingiustificati: raccomandava di non cibarsi mai delle carni di un essere vivente, di non bere assolutamente vino, di non sacrificare agli dei animali, di non fare loro in alcun modo del male, rispettando con la massima attenzione le norme della giustizia anche nei loro confronti. 108 Quanto a lui, visse proprio in questo modo, evitando di cibarsi degli animali e venerando gli altari sui quali non si facevano sacrifici cruenti, adoperandosi affinché anche gli altri non sopprimessero gli esseri viventi di natura simile alla nostra e d'altra parte ammansendo e ammaestrando le bestie selvatiche con le parole e gli atti, lungi dal maltrattarle infliggendo loro dei castighi. Nell'ambito poi dei politici, prescriveva ai 'legislatori' di astenersi dalla carne degli animali. Dal momento che era loro intenzione praticare la perfetta giustizia, era ben necessario che non recassero oltraggio agli esseri viventi con noi imparentati. Perché come avrebbero potuto persuadere gli altri a essere giusti, quando proprio loro erano preda dello spirito di prevaricazione? Un vincolo di parentela unisce gli esseri viventi e gli animali, per il fatto di avere in comune con noi la vita e di essere costituiti dei medesimi elementi, inoltre per la mescolanza da questi risultante, sono congiunti a noi da un legame di fratellanza». Traduzione di M. GIANGIULIO, in *Pitagora. Le opere e le testimonianze*, a cura di M. GIANGIULIO, II, Milano, 2000, 397 ss.

<sup>78</sup> Iambl., *Vita Pyth.* 33,229. Si veda M.V. BACIGALUPO, *Il problema degli animali nel pensiero antico cit.*, 12 (ivi altri riferimenti alle fonti).

ne di una chiara concezione biocentrica. Tentare di sminuirne il significato<sup>79</sup> sembra ricalcare le orme di quella dottrina che in passato ha ritenuto assurda la concezione ulpiana del *ius naturale*<sup>80</sup>. Si tratta, invece, di un atto di grande significato etico-giuridico per la edificazione di relazioni equilibrate tra uomo e altri animali, in nome di quello sviluppo sostenibile al quale abbiamo inteso richiamarci.

<sup>79</sup> Così E. BALOCCHI, *Animali (protezione degli)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Roma, 1988, 2.

<sup>80</sup> Così S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Bologna, 1928<sup>2</sup>, 91 ss. e 103, il quale parla della concezione di un diritto comune a uomini e animali come di una idea «assurda puerile ed inutile». La tesi di Perozzi non è isolata se anche P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1919<sup>6</sup>, 19, osserva che si tratta di una concezione «abbastanza infelice»; nella stessa linea E. ALBERTARIO, *Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale*, in IDEM, *Studi di diritto romano. V. Storia metodologia esegesi*, Milano, 1937, 279, nota che essa è idea «scipita»; G. LOMBARDI, *Diritto umano e 'ius gentium'* cit., 265, la ritiene «concezione manifestamente aberrante ed extra-giuridica». Nella manualistica si riscontra la tesi volta ad espungere dal diritto la concezione ulpiana e a relegarla nell'ambito del metagiuridico, in particolare della sociologia o della etologia. Così, ad esempio, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 51 ss., il quale nota che l'esemplificazione che Ulpiano fa del *ius naturale* «mostra che siamo in un campo che – inglobando anche gli esseri animati irrazionali – rileva più dall'etologia, si direbbe adesso, che dal diritto»; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, con la collaborazione di F. SITZIA – L. VACCA, Torino, 1991, 212 ss., pur riconoscendo che la enunciazione ulpiana risponde a idee che «ricorrevano fra i giuristi del tempo, poiché ne troviamo un'eco anche in Callistrato (D. 50,16,220,3)», aggiunge che «a dire la verità, queste sono idee più di etologia e sociologia che non di diritto». Non mancano per la verità nella scienza giuridica voci dissonanti dalla opinione dominante che, come si è detto, tendeva a negare il rilievo giuridico della enunciazione ulpiana. Così un riconoscimento autorevolissimo del valore giuridico della enunciazione ulpiana si riscontra già in F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. di V. SCIALOJA, I, Appendice I, Torino, 1886, 409 ss., il quale, osservando che la concezione ulpiana è «stata spesso vivamente biasimata» in dottrina, aggiunge che «se però si prescinde dalla espressione senza dubbio male scelta, il concetto è per sé sostenibile ... ciò che viene attribuito alle bestie, non è il diritto, ma la materia del diritto, il rapporto naturale, che ne costituisce il substrato». Ancora più orientato a sostenere il valore giuridico della concezione ulpiana appare C. ARNÓ, *Jus naturale*, in *Atti e memorie della Reale Accademia delle Scienze di Modena*, serie IV, I, 1926, 117 ss., il quale rileva che «il congiungersi del maschio e della femmina, la procreazione, l'allattamento, la nutrizione e l'allevamento della prole sono altrettanti rapporti di questo *ius naturale*, e che pur si riscontrano presso gli animali». Nella dottrina più recente sono ormai frequenti gli interventi a sostegno della rilevanza giuridica della enunciazione ulpiana. Tra essi cito qui solo M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1992, 346, che ricorda le parole di C. LÉVI-STRAUSS, *Lo sguardo da lontano*, tr. it. di P. LEVI, Torino, 1984, 338 ss., il quale scrive che il pensiero di Ulpiano corrisponde a istanze che provengono da culture anche molto differenti, quali quelle ispirate al Buddismo e all'Induismo, per le quali l'uomo è solo «una parte ricevente, e non il padrone del creato»; e P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12* cit., 116, il quale mette in rilievo la necessità di una rimeditazione delle categorie giuridiche nella ricostruzione del sistema giuridico-religioso romano: il «superamento della frontiera tra 'soggetti' e 'oggetti' consente che riemergano, nell'interpretazione odierna dello *ius*, gli Dei e i popoli (e le *partes* di questi), i singoli uomini (liberi e *servi*, nati e nati) e gli (altri) animali e tutte le (altre) *res*». Sull'importanza della enunciazione ulpiana si rinvia anche a quanto anche osservato nel mio P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano* cit., 71 ss.; IDEM, *Prospettive romanistiche del diritto naturale* cit., 83 ss.

### 5. Tutela dell'ambiente e diritto latinoamericano

Negli ultimi anni la concezione biocentrica in tema di questione ambientale si è fortemente radicata in America Latina<sup>81</sup>. Le ragioni di ciò sono diverse e andrebbero analizzate con più attenzione di quanto sia ora possibile fare. Mi limito a qualche osservazione generale funzionale a esprimere, in questo contesto, la importanza delle relazioni tra ambiente ed esseri animati.

In America Latina, ove sono presenti alcune delle aree di più pregevole interesse naturalistico della Terra, la tutela dell'ambiente è diventata in breve tempo una leva utile ad esprimere le ragioni della lotta alla povertà e alla emarginazione sociale, talvolta anche in funzione di un riavvicinamento alle politiche europee<sup>82</sup>.

Sul piano sovranazionale basti pensare al *Mercado Común Centroamericano-MCCA* (*Tratado General de Integración*, 1960), alla *Comunidad Andina de Naciones-CAN* (Accordo di Cartagena del 1969), alla *Comunidad del Caribe-CARICOM*, originariamente denominata *Comunidad del Caribe y Mercado Común* (Trattato di Chaguaramas del 1° agosto 1973) e al *Mercado Común del Sur-MERCOSUR* (Trattato di Asunción del 26 marzo 1991), e infine al Trattato istitutivo della *Unión de Naciones Suramericanas-UNASUR* (Brasilia 23 maggio 2008), che prevede fra l'altro, all'art. 2, la creazione di uno spazio di 'integrazione e unione' in materia di ambiente e di 'sviluppo sostenibile' rafforzando così l'idea della partecipazione popolare in tema di tutela dell'ambiente<sup>83</sup>.

Sul piano interno si può rilevare che al valore dell'ambiente è stato attribuito particolare rilievo anche rispetto ad altri valori primari dell'ordinamento: ad esempio, già nella Costituzione cilena del 1980, l'articolo 19, comma 8, prevede che la legge possa, per salvaguardare l'ambiente, stabilire limiti all'esercizio

<sup>81</sup> Si veda da ultimo E. GUDYNAS, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución del Ecuador*, in *Revista de Estudios Sociales*, 32, 2009, 34 ss.; IDEM, *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Lima, 2014; E.A. IMPARATO, *I diritti della Natura e la visione biocentrica tra l'Ecuador e la Bolivia*, in *DPCE Online*, 41, 4, jan. 2020, <<https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/835>>; A.M. RUSSO, *Democrazie illiberali ed eco-etnodesarrollo in America Latina: i Pueblos indígenas e le sfide ambientali in tempi di emergenza*, in *DPCE online*, 2020, 3, 4079; A. ECHAVEZ, *Biocentrismo ecológico: alternativa per lo sviluppo sostenibile in America Latina e nei Caraibi*, Roma, 2023.

<sup>82</sup> Nella vasta bibliografia, sul tema del rapporto tra ambiente e sviluppo sociale, si veda *Pobreza y medio ambiente en América Latina*, ed. E.R. HAJEK, Buenos Aires, 1995; D. KAIMOWITZ, *Pobreza rural y medio ambiente en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2020.

<sup>83</sup> Per questi riferimenti si veda per tutti D.F. ESBORRAZ, *El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza*, in *Revista Derecho del Estado*, 36, 2016, 95 ss., <<https://www.redalyc.org/journal/3376/337646465004/html/#fn70>>. Sul nesso tra ambiente e partecipazione popolare con riferimento all'America Latina si veda F. MARCELLI, *La tutela dell'ambiente e la partecipazione democratica come elementi di una nuova identità latino-americana emergente*, in AA.VV., *Ambiente, diritti e identità culturale*, a cura di G. CATALDI – A. PAPA, Napoli, 2006, 251 ss.

di diritti e libertà<sup>84</sup>. Allo stesso modo, in diversi Paesi latinoamericani (Cuba<sup>85</sup>, Argentina<sup>86</sup> e Brasile<sup>87</sup>), la stessa concezione del diritto di proprietà ha finito per doversi 'adeguare' alle esigenze connesse alla protezione dell'ambiente con la introduzione a livello costituzionale del 'principio di precauzione', il quale impone la predisposizione di piani di valutazione ambientale prima della realizzazione di attività ad alto rischio ambientale.

Rispetto alle modalità di protezione dell'ambiente degli Stati latinoamericani nella prima metà del secolo scorso, fortemente improntate ad una visione antropocentrica, gli interventi normativi degli ultimi anni si pongono in linea con le

<sup>84</sup> Art. 19, n. 8: «El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente». G. CORDINI, *Influssi internazionali e svolgimenti di diritto comparato nel costituzionalismo ambientale dell'America Latina*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2011, 557 ss., osserva, con riferimento all'art. 19, n. 8, che la Costituzione cilena «offre fin dalla revisione del 1991 un esempio accolto, poi, da altri ordinamenti» e aggiunge che «La comparazione dei testi di diritto positivo conferma l'ampia diffusione dello schema fondato sulla correlazione tra diritti ed obblighi». Nella vasta bibliografia sul tema del «derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación», stabilito nell'art. 19, comma 8, della Costituzione cilena si veda per un primo orientamento E. EVANS DE LA CUADRA, *El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Su real alcance*, in *Temas de Derecho*, 8, 1 Enero-Junio 1993, 79 ss., <<https://repositorio.ugm.cl/bitstream/handle/20.500.12743/559/EL%20DERECHO%20A%20VIVIR%20EN%20UN%20AMBIENTE%20LIBRE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>; P. ESPINOZA LUCERO, *El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho social*, in *Revista de derecho público*, 73, 2010, 171 ss.; G. AGUILAR CAVALLO, *Las deficiencias de la fórmula 'derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación' en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión*, in *Estudios constitucionales [online]*, 2016, 14,2, 365 ss., <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200012>>; E. CARRASCO QUIROGA, *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales*, Santiago, 2020.

<sup>85</sup> Código Civil cubano (1987), art. 131: «El propietario de un terreno puede hacer en él obras, plantaciones y excavaciones, con las limitaciones establecidas en las disposiciones legales, especialmente las relativas a sobrevuelos, construcciones y protección del patrimonio nacional y cultural, y a los recursos naturales y el medio ambiente 2. El propietario, al ejercitar su derecho, está en la obligación de adoptar las mayores precauciones, oyendo, si fuere necesario, el parecer de peritos en la materia, a fin de evitar todo peligro, daño, contaminación o perjuicio a las personas o a los bienes».

<sup>86</sup> Código Civil y Comercial argentino (2014), art. 240 «Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes: El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial».

<sup>87</sup> Código Civil brasileiro (2002), art. 1228, 1: «O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas».

concezioni naturalistiche proprie del cosiddetto ‘blocco romano-indigeno’<sup>88</sup>, per le quali la stessa condizione dell’uomo era ed è parte essenziale della natura. È questa una rivoluzione copernicana del modo di concepire la questione ambientale, perché si supera la visione puramente economicistica dei diritti connessi alla tutela dell’ambiente. In particolare, la dottrina latinoamericana è così passata dal riconoscere una tutela dell’ambiente in funzione della tutela del diritto individuale a un ambiente salubre al riconoscimento in chiave collettiva dei ‘diritti della Natura’<sup>89</sup>. Si è in tal modo ‘riscoperta’ la concezione del giureconsulto Marciano sulle *res communes omnium* intese come beni naturali, i quali, in quanto fondamentali per la vita, devono essere resi accessibili a tutti gli uomini<sup>90</sup>. Di recente l’interesse della dottrina latinoamericana per l’ambiente si è concentrato sulle classificazioni delle *res in publico usu* e sulla relativa protezione interdittale<sup>91</sup>. È una prospettiva questa che apre la strada al riconoscimento dell’azione popolare come strumento di partecipazione.

<sup>88</sup> Sul ‘*bloque romano-indigena*’, si veda P. CATALANO, *Diritto e persone*. Torino, 1990, 113 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*. Torino, 1999, 180 ss.; P. CATALANO, *Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva romana latinoamericanista. A propósito del ‘bloque romano-indigena’*, in *Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, Veracruz, 2009, 23 ss.; I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano. Una verifica*, Torino, 2011, 77 ss.; A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia*, in AA.VV., *Sistema giuridico latinoamericano, Summer School (Brescia, 8-13 luglio 2018)*, a cura di A. SACCOCCIO – S. CACACE, Torino, 2019, 43 ss.; IDEM, *Europa und Lateinamerika: ein Geist, eine Seele, ein Recht*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 41, 2021, 305 ss.

<sup>89</sup> Cfr. G. ALPA, *Dalla tutela dell’ambiente al riconoscimento della ‘natura’ come soggetto di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*, in *RISG*, 11, 2020, 19 ss.

<sup>90</sup> Si veda per tutti D.F. ESBORRAZ, *El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza* cit., 93-129.

<sup>91</sup> D. 18,1,6. pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est Campus Martius*. Sul ricorso alla categoria delle *res in usu publico* in ambito latinoamericano si veda G.M. ACUÑA SOLÓRZANO, *Los interdictos populares como instrumento de tutela a las res in usu publico en el derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas. Con atención a la tutela del ambiente*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 25, 2008, 58 ss.; A. TRISCIUOGGIO, *Tutela del Medio Ambiente (Roma, Europa, América Latina)* cit., 697 ss. Per un quadro generale della tutela delle *res in usu publico* si rinvia a A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico*, in AA.VV., *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera, 4-5 dicembre 1991*, Napoli, 1994, 483 ss. (ripubblicato con modifiche in IDEM, *Res in usu publico e ‘beni comuni’. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, 1 ss.); M. GIAGNORIO, *Il contributo del civis nella tutela delle res in publico usu*, in *Teoria e Storia del Diritto privato*, 6, 2013, 41 ss.; A. SCHIAVON, *Interdetti ‘de locis publicis’ ed emersione della categoria delle res in usu publico* cit., 11 ss.; B. CORTESE, *Le nozioni di ‘bene culturale’ e di ‘tutela del bene culturale’ in diritto romano: una breve riflessione storico-giuridica*, in AA.VV., *La tutela dei ‘beni culturali’ nell’esperienza giuridica romana* cit., 111 ss.; A. PALMA, *Note intorno alla tutela dei beni comuni, ibidem*, 214 ss.

Di questo rinnovato modo di intendere la tutela dell'ambiente, in linea con un passato che si va riscoprendo, si è anche giovata la dottrina latinoamericana a proposito del tema connesso della condizione giuridica animale. Condizionata un tempo dalla impostazione tradizionale che vede l'animale ridotto al rango di mera cosa, la dottrina latinoamericana al riguardo ha avviato da tempo un ripensamento delle categorie giuridiche. La tutela degli 'altri' animali ha così trovato un momento di sintesi tra condizione animale e ambiente nel riconoscimento, a livello costituzionale, della Terra come soggetto di diritto.

Per la Costituzione dell'Ecuador (del 2008) l'art. 71, ricompreso all'interno del *Capítulo séptimo* intitolato significativamente '*Derechos de la naturaleza*', mentre al primo comma stabilisce il diritto della *Pacha Mama* al rispetto della sua 'esistenza', al 'mantenimiento' e alla «rigenerazione dei suoi cicli vitali, strutture, funzioni e processi evolutivi», al secondo comma prevede che ogni «persona, comunità, popolo o nazionalità potrà pretendere dall'autorità pubblica l'osservanza dei diritti della natura» e che lo Stato promuoverà l'intervento di persone fisiche o giuridiche e collettivi finalizzati alla protezione della natura. Nell'art. 73, inoltre, si stabilisce che lo Stato debba adottare misure atte a impedire o a limitare attività dalle quali derivi l'estinzione di specie animali, la distruzione di ecosistemi o l'alterazione dei cicli naturali. Nell'art. 281 si individua nella 'sovranità alimentare' un obiettivo strategico e conseguentemente si prevede la responsabilità dello Stato nelle politiche di redistribuzione di terra, acqua e risorse produttive (comma 6) e nel 'benessere' degli animali da allevamento (comma 7)<sup>92</sup>.

Nella Costituzione della Bolivia (del 2009), nel suo *Preámbulo*, si considera sacra la Madre Tierra<sup>93</sup> e si afferma che nella '*fortaleza de la Pachamama*' si realizza il mandato del popolo. Nel Título II '*Derechos Fundamentales Y Garantías*', il *Capítulo Quinto*, dedicato ai '*Derechos sociales y económicos*', contiene una *Sección I* relativa al '*Derecho al medio ambiente*', il cui art. 33 stabilisce che il diritto a '*un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado*' deve consentire agli

<sup>92</sup> Const. Ecuador, art. 71: «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema».

<sup>93</sup> Const. Bolivia, *Preámbulo*: «En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. ... Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia».

uomini e alle generazioni presenti e future, e a tutti gli altri esseri viventi, il diritto a uno sviluppo *'normal y permanente'*<sup>94</sup>. Ne deriva un richiamo al concetto di *'sviluppo sostenibile'*, in cui siano assicurate relazioni ordinate fra tutti gli esseri viventi. Sempre con riferimento alla Bolivia, la *'Ley de Derechos de la Madre Tierra'*, n. 71 del 2010, al *Capítulo II 'Madre Tierra, definición y carácter'*, art. 3 *'Madre Tierra'*, stabilisce che «La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común». Una rapida analisi delle disposizioni contenute nel *Capítulo II* ora richiamato rivela una attenzione particolare per le complesse dinamiche e interazioni fra tutti gli esseri viventi (art. 4 *'Sistemas de vida'*) e per il carattere della *Madre Tierra* come *'soggetto collettivo di interesse pubblico'* (art. 5 *'Carácter jurídico de la Madre Tierra'*). A tali disposizioni seguono, nel *Capítulo III 'Derechos de la Madre Tierra'*, l'art. 7 *'Derechos de la Madre Tierra'*, ove si trova un elenco di tali diritti (quali, fra gli altri, il diritto alla vita e alla tutela delle varietà di specie viventi, il diritto all'acqua e all'aria pulita, alla conservazione dell'equilibrio fra gli esseri che *'compongono'* la Terra) e l'art. 10, che prevede la istituzione della *'Defensoría de la Madre Tierra'* allo scopo di provvedere alla tutela dei diritti ora ricordati.

Il superamento dell'antropocentrismo è confermato nella legislazione dei due Stati ora menzionati. Nella Costituzione dell'Ecuador è previsto che, in caso di dubbio interpretativo delle disposizioni in materia ambientale, esse debbano essere interpretate in modo più favorevole alla salvaguardia della natura (art. 395, comma 4). Parimenti, per la Bolivia, nella sopracitata legge n. 71 del 2010, è stabilito all'art. 6, comma 2 che «el ejercicio de los derechos individuales están limitados por el ejercicio de los derechos colectivos en los sistemas de vida de la Madre Tierra, cualquier conflicto entre derechos debe resolverse de manera que no se afecte irreversiblemente la funcionalidad de los sistemas de vida». La difesa dei diritti connessi alla tutela dell'ambiente, inoltre, non è garantita soltanto dalla presenza della apposita *'Defensoría del Ambiente y la Naturaleza'* in Ecuador e dalla *'Defensoría de la Madre Tierra'* in Bolivia, ma anche dalla possibilità di intervento di qualsiasi persona, comunità o popolo, secondo il carattere di una azione popolare (si veda art. 11, comma 1 e 86 della Costituzione dell'Ecuador)<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Const. Bolivia, art. 33: «Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente».

<sup>95</sup> Art. 11.1: «I diritti potranno essere esercitati, promossi ed invocati individualmente o collettivamente di fronte alle autorità competenti; tali autorità ne garantiranno l'osservanza. Art. 86. Le garanzie giurisdizionali saranno basate, in generale, sulle seguenti disposizioni: 1. Qualsiasi persona, gruppo di persone, comunità, popolo o nazionalità potrà invocare le azioni previste dalla Costituzione».

e 34 della Costituzione della Bolivia<sup>96</sup>). È così riconosciuta la valenza pratica del principio definito del *'buen vivir'*, attestato nel *Preámbulo* e nell'art. 5 della Costituzione ecuadoriana e nel *Preámbulo* e nell'art. 8.I della Costituzione boliviana, principio che implica un sistema equilibrato di relazione fra gli esseri viventi e l'ambiente, in cui l'uomo può utilizzare i beni ambientali senza però abusarne e saccheggiare le risorse naturali<sup>97</sup>.

La tendenza di alcuni ordinamenti di Stati europei è di superare per l'animale non umano, a livello costituzionale e della normativa civilistica, la condizione di mera cosa e conseguentemente di recepire le tesi di quei giuristi, che, ancora prima di tali modifiche, si erano adoperati per sostenerne la natura di soggetto di diritto<sup>98</sup>. L'art. 9, comma 3, della Costituzione italiana, introdotto con la Legge costituzionale, 11 febbraio 2022, n. 1, senza giungere a riconoscere la soggettività giuridica degli animali non umani, prevede che la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Il superamento della concezione dell'animale non umano come cosa è invece presente nell'*ABGB* austriaco, in cui, nel 1988, è stato introdotto il par. 285a<sup>99</sup>, al quale hanno fatto seguito l'introduzione nel *BGB* tedesco nel 1990 del par. 90a<sup>100</sup> e nel *ZGB* svizzero, nel 2003, della modifica dell'art. 641a, disposizioni tutte che hanno superato la idea che gli animali siano semplici cose. Inoltre, nel 2000 la Costituzione svizzera ha previsto, all'art. 78, comma 4, che la Confederazione possa emanare norme a tutela della fauna e della flora, a garanzia dei loro spazi vitali e a protezione delle specie minacciate di estinzione; all'art. 79 essa stabilisce che la Confederazione possa emanare principi in tema di caccia e pesca per garantire la biodiversità; e all'art. 80 prevede che la Confederazione possa emanare norme sulla protezione degli animali in materia di 'detenzione' e 'cura', vivisezione, utilizzazione, importazione, commercio e trasporto, uccisione di animali. Nel 2002, dopo la Svizzera, la Germania ha introdotto una modifica in Costituzione con

<sup>96</sup> Art. 34: «Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente».

<sup>97</sup> Si veda S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019.

<sup>98</sup> Si veda F. FONTANAROSA, *I diritti degli animali in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 1, 2021, 169 ss.

<sup>99</sup> *ABGB*, par. 285a: «Tiere sind keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen».

<sup>100</sup> *BGB*, par. 90a: «Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist».

l'art. 20a prevedendo la tutela delle esigenze vitali degli animali anche in vista delle generazioni future<sup>101</sup>.

In linea con quanto è stato previsto negli ordinamenti degli Stati europei sopra citati, in Colombia la legge 1774 del 6 gennaio 2016 rifiuta la concezione dell'animale come cosa (art. 1) e lo riconosce come essere senziente (art. 2)<sup>102</sup>. In Argentina ha avuto grande risonanza la sentenza del 18 dicembre 2014 pronunciata dalla Sezione II della *Cámara Federal de Casación Penal* della Città Autonoma di Buenos Aires, in merito alla richiesta di *habeas corpus* presentata dalla *Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales* (A.F.A.D.A.) a tutela di un orango rinchiuso da venti anni nello zoo di Buenos Aires<sup>103</sup>. La *Cámara Federal* ha ritenuto di rimettere, per ragioni di competenza, la decisione sulla richiesta di *habeas corpus* alla *Justicia Penal, Contravencional y de Faltas* della Città Autonoma di Buenos Aires, ma allo stesso tempo ha stabilito che l'animale debba essere riconosciuto, in forza di una 'interpretación jurídica dinámica y no estática', come 'sujeto de derecho'<sup>104</sup>.

Con attenzione particolare alla Repubblica di Cuba, già nella Costituzione del 1976, l'articolo 27 prevedeva l'impegno dello Stato e della Società alla protezione della natura, con il conseguente dovere di ogni cittadino per la salvaguardia della flora e della fauna. La nuova Costituzione cubana del 2019 riprende questa impostazione della precedente Costituzione sancendo fra l'altro, all'art. 11, lettere b e c, l'esercizio della sovranità e della giurisdizione dello Stato in tema di ambiente e di risorse naturali; all'art. 16, lettera f, la protezione e la conservazione dell'ambiente; all'art. 75 il diritto delle persone a vivere in un ambiente 'sano y equilibrado' e a garantire 'la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras'; all'art. 90, lettera j, il dovere dei cittadini cubani in materia di conservazione dell'ambiente. Nella linea di questa attenzione per l'ambiente, a Cuba il Decreto-Ley, n. 31, 'De bienestar animal', del 10 aprile del 2021, stabilisce il principio che salute umana e salute animale sono interdipendenti e strettamente connesse all'ambiente nel quale gli esseri animati conducono la loro vita. Nelle disposizioni ivi contenute si presenta un quadro equilibrato delle esi-

<sup>101</sup> Art. 20a (Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Tiere): «Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung».

<sup>102</sup> Art. 1: «Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por las humanos, por lo cual en la presente ley se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial. Art. 2 [...] Reconócese la calidad de seres sintientes a los animales».

<sup>103</sup> Si veda <<http://www.infojus.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-considera-una-orangutana-sumatra-es-sujeto-derechos-nv9953-2014-12-18/123456789-0abc-d35-99ti-lpsedadevon>>.

<sup>104</sup> Mi permetto di rinviare al mio contributo P.P. ONIDA, *Il problema della personalità degli animali: il caso dell'orango Sandra*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 36, 2015, 356 ss.

genze legate alla salute e al benessere di tutti gli esseri animati. Non posso, quindi, fare a meno di notare, con un occhio rivolto al futuro, che proprio all'Avana, che oggi ospita il nostro Seminario, è stata fondata l'*Área de Libre Comercio de las Américas* (ALCA), la quale tra i suoi obiettivi si pone quello di costruire relazioni fondate sulla eguaglianza e sul reciproco aiuto. Obiettivo che i Paesi dell'Alca hanno poi specificato in materia di ambiente con il '*Manifiesto de las Américas: en defensa de la Naturaleza y la diversidad biológica y cultural*', Curitiba, 20 aprile 2006, stabilendo il rifiuto per una società consumistica e individualista ad una società che adotti uno stile di vita sostenibile.

Sono pochi cenni quelli ora presentati con riferimento alla realtà latinoamericana in materia di ambiente, un tempo caratterizzata da una visione antropocentrica e oggi alla ricerca di un equilibrio, il cui motore è la idea di uno sviluppo sostenibile che ci presenta tutti come responsabili verso le generazioni future.

## L'ESTENSIONE DELLA LEGITTIMAZIONE ATTIVA ALLA TUTELA DELLE *RES IN USU PUBLICO* (E DELLA *SALUBRITAS*) DAI *CIVES* AGLI *OMNES* *HOMINES*: AL DI LÀ DELLA PERSONA GIURIDICA

ANTONIO ANGELOSANTO

**SINTESI:** La nozione di 'bene pubblico' è uno dei nodi attorno ai quali ruota, nel mondo attuale, la problematica della tutela dell'ambiente. Nel mondo romano e nel sistema giuridico che ne deriva, la tutela della salubrità dell'ambiente si inserisce nell'ambito della disciplina delle *res publicae*. Essa però investe, altresì, le nozioni di 'popolo' e di 'genti', che conferiscono alla tutela della *salubritas* una dimensione più concreta rispetto alle recenti concezioni dell'ambiente, più legate, nello specifico, alla nozione di 'Stato' o, più in generale, alla categoria della 'persona giuridica': infatti, secondo queste ultime sarebbe addirittura configurabile una personalità giuridica delle entità naturali, come avvenuto emblematicamente in alcuni ordinamenti giuridici dell'America Latina. Dalle fonti giuridiche romane, invece, la *salubritas* appare strettamente connessa, da un lato, con il diritto di cittadinanza e il concetto di *utilitas publica* e, quindi, con quello di *populus* – non inquadrabile nelle astrattezze della 'persona giuridica' ma da intendere come concreta pluralità di cittadini; dall'altro, con il diritto delle genti e l'*utilitas hominum*, in quanto l'uso pubblico di alcune *res*, sulla cui disciplina si sviluppa quella della salubrità dell'ambiente, a volte viene estesa a tutti gli uomini e qualificato dai giuristi come di *ius gentium* – categoria giuridica che si riferisce a tutti gli uomini e non al 'genere umano' inteso come persona giuridica astratta.

**RESUMEN:** La noción de 'bien público' es uno de los nudos en torno a los cuales gira la cuestión de la protección del medio ambiente en el mundo actual. En el mundo romano y en el sistema jurídico subsiguiente, la protección de la salubridad del medio ambiente formaba parte de la disciplina de las *res publicae*. Sin embargo, también implica la noción de 'gentes' y de 'pueblos', que no parecen desempeñar un papel tan central en la concepción moderna del medio ambiente y de su protección, más específicamente ligados a la noción de 'Estado' o, más generalmente, de 'persona jurídica'. En efecto, según las concepciones más recientes del medio ambiente podría incluso configurarse una personalidad jurídica de las entidades naturales, como ocurrió en algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos. En el mundo romano, la *salubritas* adquiere una dimensión más concreta puesto que aparece estrechamente vinculada al derecho de ciudadanía y al concepto de *utilitas publica* y, por otra parte, al derecho de los gentes y al concepto de *utilitas hominum*, que no pueden enmarcarse en las abstracciones de la 'persona jurídica'.

**PAROLE CHIAVE:** Legittimazione attiva; *res in usu publico*; *salubritas*; *res publicae iuris gentium*; persona giuridica.

**PALABRAS CLAVE:** Legitimación activa; *res in usu publico*; *salubritas*; *res publicae iuris gentium*; persona jurídica.

SOMMARIO: 1. Le *res in usu publico* tra *cives* e *homines*. – 1.1 *Res in usu publico* e cittadini. – 1.2. *Res in usu publico* e uomini. – 2. La tutela delle *res in usu publico* e delle *res communes omnium* tra deterioramento e impedimento dell'uso. – 3. Deterioramento dell'uso e tutela della *salubritas* tra *utilitas publica* e *utilitas hominum*. – 4. L'estensione *ex iure gentium* agli *omnes homines* della legittimazione attiva agli interdetti popolari contro il deterioramento (e l'inquinamento) dell'uso delle *res in usu publico* e delle *res communes omnium*: possibili soluzioni tecniche nell'ambito della procedura *per formulas*. – 5. Conclusioni: la tutela della *salubritas* dai *cives* agli *homines*, al di là della persona giuridica.

### 1. *Le res in usu publico tra cives e homines*

La nozione di 'bene pubblico' è uno dei nodi attorno ai quali ruota, nel mondo attuale, la problematica della tutela dell'ambiente.

D'altra parte, nel mondo romano e nel sistema giuridico che ne deriva, la tutela della salubrità dell'ambiente si inserisce nell'ambito della disciplina di quella che normalmente viene presentato come una sottocategoria delle *res publicae* che prende il nome di *res in usu publico*<sup>1</sup>.

Essa però investe, altresì, le nozioni di 'popolo' e di 'genti', che conferiscono alla tutela della *salubritas* una dimensione più concreta rispetto alle recenti concezioni dell'ambiente, più legate, nello specifico, alla nozione di 'Stato' o, più in generale, alla categoria della 'persona giuridica': infatti, secondo queste ultime sarebbe addirittura configurabile una personalità giuridica delle entità naturali, come avvenuto emblematicamente in alcuni ordinamenti giuridici dell'America Latina<sup>2</sup>.

Dalle fonti giuridiche romane, invece, la *salubritas* appare strettamente connessa, da un lato, con il diritto di cittadinanza e il concetto di *utilitas publica* e, quindi, con quello di *populus* – non inquadrabile nelle astrattezze della 'persona giuridica' ma da intendere come concreta pluralità di cittadini<sup>3</sup> (*sub a*); dall'altro,

<sup>1</sup> A. DI PORTO, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino 2014, 3.

<sup>2</sup> Cfr. S. BALDIN, *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'Etica Ambientale Esigente in America Latina*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6, 2014, 1 ss. e EAD., *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni LatinoAmericane*, 10, 2014, 25 ss. ove ulteriore bibliografia. Si veda anche, sul punto, la riflessione di G. ALPA, *Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della 'natura' come soggetto di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*, in *RISG*, 11, 2020, 19 ss. spec. 29 ss. Invece, per la tendenza di alcuni ordinamenti dell'America Latina a rivalutare il rapporto tra partecipazione popolare e tutela dell'ambiente, si veda F. MARCELLI, *La tutela dell'ambiente e la partecipazione democratica come elementi di una nuova identità latino-americana emergente*, in G. CATALDI – A. PAPA (a cura di), *Ambiente, diritti ed identità culturale*, Napoli, 2006, 133 ss.

<sup>3</sup> Mi limito per ora a ricordare le nozioni di 'popolo' in Gai. 1,3 (*populi appellatione universi cives significantur*) e di 'pubblico' in D. 39,1,3,4 Ulp. 52 *ad ed.* (*Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt*) da cui traspare un diretto riferimento rispettivamente agli *universi cives* e agli *omnes cives*. Per tutti, R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto roma-*

con il diritto delle genti e l'*utilitas hominum*, in quanto l'uso pubblico di alcune res, sulla cui disciplina si sviluppa quella della salubrità dell'ambiente, a volte viene qualificato dai giuristi come di *ius gentium* e quindi riferito alle *gentes humanae* – categoria giuridica che concerne concretamente tutti gli uomini e non il 'genere umano' inteso come persona giuridica astratta<sup>4</sup> (*sub b*).

La dimensione concreta della tutela delle *res in usu publico* e, di conseguenza, della *salubritas*, che dalla prima strettamente dipende, permette di estendere la legittimazione ad esperire i relativi strumenti di tutela dai *cives* agli *omnes homines*. Nelle fonti traspaiono alcuni segnali di questa tendenza.

Tutto questo, a mio avviso, rappresenta un forte elemento di 'resistenza' contro le attuali tendenze, anche degli ordinamenti di matrice romanistica, a personificare le entità naturali e inevitabilmente a fare uso, nonostante le diverse intenzioni, dello schema giuridico della 'rappresentanza' a discapito di quello della 'partecipazione'<sup>5</sup>.

a) Per quanto riguarda il primo aspetto, nell'esperienza giuridica romana, la tutela della *salubritas* si innesta sulla disciplina di quella che è presentata, per lo più, come sottocategoria di *res publicae*, che i giuristi chiamano *res in usu publico* e in relazione alle quali il popolo romano assume un ruolo da protagonista nell'uso e nella tutela<sup>6</sup>. Esse, in particolare, sono: i luoghi pubblici, le vie e i passaggi pubblici, le cloache pubbliche, i fiumi pubblici e le loro rive.

no, I, Torino, 1968, 185 ss., P. CATALANO, *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, in *Rassegna di diritto civile*, 1983, 4, 941 ss. ora in *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 163 ss. e G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino, 1996, spec. 114 ss.

<sup>4</sup> Si veda, a tal proposito, la nozione di *ius gentium* in Gai. 1,1 (= D. 1,1,9 Gai. 1 *inst.* = I. 1,2,1) e in D. 1,1,1,4 Ulp. 1 *inst.* dove le *omnes gentes* e gli *omnes populi* del primo e le *gentes humanae* del secondo sono rispettivamente spiegati con un riferimento esplicito a «tutti gli uomini» e a «i soli uomini» (*omnium hominum, omnes homines e solis hominibus*). Cfr. G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, I, *Concetto di cosa-cose 'extra patrimonium'*, Milano, 1945, 184.

<sup>5</sup> Cfr. emblematicamente l'art. 71 cost. Ecuador («Tutte le persone, comunità, popoli o nazionalità potranno esigere dalle autorità pubbliche il rispetto dei diritti della natura»). Sui concetti di rappresentanza e partecipazione si veda il contributo a quattro mani di G. LOBRANO – P. P. ONIDA, *Representación o participación. Formación de la voluntad «por» o «por medio de» otros en relaciones individuales y colectivas, de derecho privado y público, romano y positivo*, in questa rivista, 38, 2017, 149 ss.

<sup>6</sup> Cfr. A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico. Linee di una indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, 483 ss. (di cui una traduzione in castigliano a cura di J.C. GUAYACÁN in questa rivista, 17, 2004, 293 ss. (*Interdictos populares y protección de las «res in usu publico»*). *Lineas de una investigación*) e ora, con numerose modifiche ma che non toccano le conclusioni a suo tempo raggiunte, in *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013. Ora vedi pure gli studi più recenti di A. SCHIAVON, *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu publico*, Trento, 2019 e di M. GIAGNORIO, *Brevi cenni sul regime delle cose in uso pubblico nell'esperienza giuridica romana*, in *TSDP*, 13, 2020, 1 ss.

È di tutta evidenza che i riferimenti al *populus* – e alla nozione di *publicus* che ne deriva – sono funzionali a riferire l'uso pubblico alla pluralità di cittadini, in quanto considerati come gli effettivi utenti delle medesime *res*.

A queste cose, com'è noto, i giuristi contrappongono un'altra categoria, anch'essa rientrante nel novero delle *res publicae* ma fondata sul criterio dell'appartenenza e non su quello dell'utilizzo: le *res in pecunia populi* o *in patrimonio populi* (e, come si dirà meglio a breve, nell'età imperiale più matura, le *res in patrimonio fisci*)<sup>7</sup>, nei confronti delle quali il *populus* (e poi l'imperatore) si atteggiava come proprietari nella loro unitarietà.

Le *res in usu publico* sono, infatti, per lo più presentate come una particolare sottocategoria di *res publicae* a cui i giuristi assegnano uno specifico regime, differente da quello delle *res in patrimonio populi*, proprio in forza dell'uso pubblico cui sono sottoposte. Questo regime consiste, sul piano processuale, nella tutela interdittale a legittimazione popolare<sup>8</sup>.

b) Per quel che riguarda il secondo profilo, in alcune particolari circostanze, sebbene la suddetta disciplina non sembri mutare, il riferimento si estende a tutti gli uomini<sup>9</sup>, in quanto alcuni giuristi ancorano l'uso delle suddette *res* allo *ius gentium* e non allo *ius civile* (da intendersi qui, secondo la notissima accezione di Gaio, espressa in Gai. 1,1 e in D. 41,1,1 pr. Gai. 2 *rer. cott.*, come *ius proprium civitatis*, cioè come diritto proprio di un popolo: *nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis.*).

<sup>7</sup> Sulla differente disciplina tra queste *res* sarà sufficiente in questa sede rinviare a G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941, ora in *RDR*, 1, 2001, 27 ss. Sulla storia delle *res fiscales* e i suoi rapporti con le *res publicae* resta un insuperato punto di riferimento il saggio di F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales*, in *Studi senesi*, 25, 1908, 234 ss., ora in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 5 ss., su cui, da ultimo, valide considerazioni di M. MELONE, *Filippo Vassalli e la proprietà pubblica tra Diritto Romano e Diritto Civile*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1900-1920)*, I, Napoli, 2023, 891 ss.

<sup>8</sup> Il tratto caratteristico di queste *res* non risiede nella appartenenza al *genus* delle *res publicae*: sembra, infatti, che sia proprio la comune tutela interdittale popolare a mettere in risalto il comun denominatore che lega tutte queste *res* a prescindere dalla loro riconduzione a tale categoria. Non è in quanto *publicae* che alcune *res* sono tutelate tramite interdetti popolari, bensì in ragione della loro destinazione all'uso pubblico (*quae publicis usibus destinatae sunt*), tanto che alcune di esse, come le *ripae fluminis*, posso anche essere di titolarità privata. Sul punto mi permetto di rinviare al mio A. ANGELOSANTO, *La questione degli usi pubblici sui beni privati in diritto romano. Il caso delle ripae fluminis*, in *BIDR*, 113, 2019, 183 ss. spec. 188.

<sup>9</sup> Sarebbe superfluo specificare che il riferimento è alla comunità degli uomini liberi e pertanto da tale estensione – che nulla ha, anche per tal motivo, a che fare con il problema dei diritti dell'uomo nell'antichità – sono esclusi i *servi*: cfr. M. TALAMANCA, *L'antichità e i «diritti dell'uomo»*, in *Convegno in occasione del cinquantenario della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in onore di Paolo Barile*, Atti del Convegno (Roma, 16-17 novembre 2000), Roma, 2001, 48 e nt. 18, 52, 64, 65 e nt. 87, 66, 88.

Sembrirebbe si tratti di una «zona grigia» collocata ai margini della distinzione tra *res publicae (iure civitatis)* e *res communes omnium (iure naturali)*, dietro la quale, infatti, la categoria delle *res publicae iuris gentium* solitamente «scompare»<sup>10</sup>.

Con specifico riferimento alle *res in usu publico*, vengono definiti di *ius gentium* – da Gaio – i *flumina publica* e le loro rive e – da Paolo – i *loca publica*, in un'accezione molto generale del termine.

A questi vengono associati il mare e i *litora maris* che, sempre secondo Paolo, «sono cose che non appartengono ad alcuno» perché «per il diritto delle genti sono aperti a tutti»; mentre per Marciano, com'è noto, sono classificate tra le *res communes omnium* «per diritto naturale» nonostante sembrerebbero da lui stesso qualificate come accessibili a tutti «per diritto delle genti»<sup>11</sup>.

Ci troviamo, quindi, di fronte ad una «zona di confine, di difficile qualificazione e delimitazione», dove, «pur presentando certo la caratteristica di essere destinate all'uso comune», l'inquadramento giuridico di queste cose (fra *res in usu publico*, *res publicae iuris gentium* e *res communes omnium*) e l'esperibilità delle rispettive forme di tutela (fra *interdicta popularia*, interdetti a legittimazione specifica e *actio iniuriarum*) sembrano essere «oggetto di discussione fra i giuristi romani»<sup>12</sup>.

A tal proposito, sul piano della tutela, alla dicotomia tra *res in usu publico* e *res communes omnium* non corrisponde un'altrettanta netta classificazione degli strumenti di tutela, che sembrano per lo più dipendere dall'effetto dannoso che l'uso abbia subito o possa subire – d e t e r i o r a m e n t o (prevenuto tramite l'attivazione degli interdetti proibitori e sanzionato tramite l'esperimento di quelli restitutori, entrambi a legittimazione diffusa) o i m p e d i m e n t o (prevenuto attraverso gli interdetti proibitori a legittimazione specifica e sanzionato tramite l'*actio iniuriarum*) – e non tanto dalla categoria cui afferisce la *res* su cui l'uso grava: pertanto, anche per le *res publicae iuris gentium*, nei testi dei giuristi si oscilla tra gli uni o gli altri strumenti di tutela.

Bisogna però da subito rilevare che è solo la tutela volta a prevenire o sanzionare il deterioramento dell'uso (e non già quella volta a prevenirne o punirne l'impedimen-

<sup>10</sup> In quanto ne «intorbida» la sistematica: G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di «ius gentium»*, Milano, 1946, 49.

<sup>11</sup> Su questa discrasia un cenno in M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a 'res communis omnium' a bene collettivo*, in *Riv. giur. econ.*, 1, 2010, 43, ora in *Natura e diritto nell'esperienza romana. Le cose, gli ambienti, i paesaggi*, Lecce, 2022, 287 ss. Un'interpretazione plausibile di tale apparente contraddizione è ora proposta da D. DURSI, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, 2019, 156 s.

<sup>12</sup> Così A. DI PORTO, *Res cit.*, 34-35 e nt. 67. Discorre di «recinto concettuale entro cui includere le *res publicae iuris gentium*» non «tracciato con sufficiente rigore» M. FIORENTINI, *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, in *BIDR*, 111, 2017, 90 (ora in *Natura cit.*, 1 ss.).

to) a creare una perfetta corrispondenza tra la legittimazione diffusa fondata sul diritto di cittadinanza e la legittimazione diffusa fondata sul diritto delle genti. È, infatti, solo attraverso questo tipo di tutela che si può creare una diretta corrispondenza tra l'uso e la tutela che spettano a tutti i cittadini in quanto membri del popolo e l'uso e la tutela che spettano agli uomini in quanto membri di tutte le genti, tra l'*utilitas publica* e una corrispondente *utilitas hominum*. Viceversa, il riconoscimento per diritto delle genti anche ai non cittadini degli strumenti di tutela a legittimazione specifica volti a prevenire e punire l'impedimento dell'uso pubblico o della cosa comune (come vedremo, interdetti proibitori e *actio iniuriarum*) prende in considerazione lo straniero come individuo non cittadino portatore di una *utilitas privata*.

Ritourneremo su questo aspetto che è ciò che più interessa porre in risalto in queste pagine.

Per ora, per quel che riguarda, invece, l'aspetto tassonomico relativo alla difficoltà di individuare le differenze tra *res publicae iuris gentium* e *res communes omnium iure naturali* sarà sufficiente rammentare che, secondo alcuni studiosi, la categoria delle *res publicae iuris gentium* «sembra essere particolarmente accentuata da quei giureconsulti che non conoscono» – ancora – «la categoria distinta delle *res communes omnium*», in quanto «vi includono parallelamente mare e lido», da un lato, «e fiume e ripe», dall'altro<sup>13</sup>; mentre, secondo altri, non si tratterebbe di «una vera e propria categoria unitaria» ma piuttosto di una qualificazione «di cose già altrimenti classificate» volta a «sottolinearne la pubblicità sulla base della loro naturale configurazione e relazione socio-economica»<sup>14</sup>.

Sebbene la prima di queste ricostruzioni possa avere un qualche fondamento storico-giuridico, la progressiva gradazione estensiva – dai *cives (iure civitatis)* agli *omnes homines* in quanto tali (*iure gentium*) prima ancora che a tutti gli uomini in quanto *animalia (iure naturali)* – può assumere un significato nell'ambito della costruzione della tripartizione del diritto privato (tra *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale*)<sup>15</sup> ma non necessariamente in termini evolutivi e diacronici<sup>16</sup>, bensì

<sup>13</sup> G. GROSSO, *Corso cit.*, 41.

<sup>14</sup> M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, 78, ora anche in EAD., *Rec. a N. De Marco, I loci pubblici dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus, gli strumenti di tutela*, in *SDHI*, 72, 2006, 564.

<sup>15</sup> Cfr., per questa prospettiva, le utilissime considerazioni di R. ORTU, *Plaut. Rud. 975* «Mare quidem commune certost omnibus», in *JUS-online*, 2, 2017, 160 ss.

<sup>16</sup> Tale impostazione mi sembra presente, oltre che in G. GROSSO, *Corso cit.*, 41 (come lucidamente evinto da A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, in CH. BALDUS – M. MIGLIETTA – G. SANTUCCI – E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi*

in termini di prospettiva sincronica e, quindi, di differenti punti di osservazione (nel senso di *positio studii*): la qualifica di «pubblico per o di diritto delle genti», che d'altra parte resiste alla definizione marcianea delle *res communes omnium* per diritto naturale, significa osservare il rapporto tra soggetto utilizzatore e cosa utilizzata dal punto di vista dello *ius gentium*: quindi dal punto di vista degli uomini come membri delle genti umane e non dal punto di vista degli uomini come animali. Tale specificazione appare così utile a giustificare – mutandone il punto di osservazione di «cose già altrimenti classificate»<sup>17</sup> – l'estensione soggettiva, anche a quelle persone che *cives* non sono (in quanto membri di altre genti), o l'estensione oggettiva, anche a quelle cose che *publicae* non sono (in quanto 'pubbliche' di altre genti o perché 'comuni' di tutti gli uomini), della disciplina prevista dall'editto per la tutela di cui i *cives* potevano beneficiare per l'*usus publicus* delle *res*<sup>18</sup>.

Da ciò discende che le ragioni della sopravvivenza della categoria delle *res publicae iuris gentium*, anche dopo la definizione dei confini della categoria delle *res communes omnium* da parte del giurista Marciano, probabilmente risiedono nell'estensione di quegli strumenti di tutela delle *res in usu publico*, originariamente previsti per i *cives* in quanto cittadini del popolo romano, anche all'uso pubblico di quelle *res* che in senso stretto *publicae* non erano, da un lato, e ai *peregrini* in quanto cittadini di genti diverse dal popolo romano, dall'altro<sup>19</sup>.

*e individualità storica dei giuristi romani*, Atti del Seminario internazionale [Montepulciano, 14-17 giugno 2011], Trento, 2012, 612 ss. e 618), anche in M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003, 58 e nt. 124 e Id., *Spunti cit.*, 98 e nt. 63 secondo il quale – facendo propria una notazione di G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino, 1991, 429 – le *res communes omnium* marcianee furono «uno sviluppo o un'accentuazione» della categoria delle *res publicae iuris gentium*. Sui rischi sottesi all'adozione di un approccio evolutivo tendente all'astrazione nello studio del diritto P. CATALANO, *s.v. Evoluzionismo (scienza giuridica e)*, in *EBSG*, V, Napoli, 2012, 1055 s.

<sup>17</sup> M.G. ZOZ, *Riflessioni cit.*, 78 e *EAD.*, *Rec. cit.*, 564.

<sup>18</sup> Sul punto – sebbene dominato da un approccio fortemente interpolazionistico – si veda il contributo di G. LOMBARDI, *Ricerche cit.*, 49 ss., il quale, pur affermando che la categoria delle *res publicae iuris gentium* debba esser considerata «opera dei compilatori» («forse con qualche precedente addentellato postclassico»), ha evidenziato l'aspetto che qui interessa porre in rilievo: e cioè che esse indicassero *res* aperte «alla libera disponibilità di tutti (...) *cives* ma anche non *cives*» (p. 157).

<sup>19</sup> Il riferimento allo *ius gentium*, dunque, non starebbe ad indicare «un'intrinseca condizione delle cose stesse» – come sostenuto da A. DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *StUrb.*, 31, 1962-1963, 239 ss. ora in I. FARGNOLI – C. LUZZATI – R. DELL'ORO (a cura di), *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo Dell'Oro*, Milano, 2015, 225 in aperta critica alla appena citata tesi interpolazionista di G. LOMBARDI, *Ricerche cit.*, *passim* – da ricondurre al loro «carattere naturale» – come affermato da M. FIORENTINI, *Spunti cit.* 92 – ma alla condizione dei soggetti cui è esteso l'uso normalmente riconosciuto ai *cives* e alla condizione delle cose normalmente non classificate come *publicae*.

### 1.1. Res in usu publico e cittadini tra modello repubblicano e modello imperiale

Se per le *res in patrimonio populi*, prima, e per le *res in patrimonio fisci*, dopo, il tratto caratteristico risiede nell'appartenenza di queste *res*, rispettivamente, al *populus* e all'imperatore<sup>20</sup>, le *res in usu publico* fanno parte delle *res publicae* in quanto sono usate dal popolo e sono difese dal popolo.

Per l'esattezza, sono *publicae* in quanto ciascun cittadino *iure civitatis*, perché membro del *populus-(plures) cives*, ha il 'diritto' di usarle e il 'potere' di difenderle. Le forme di tutela adottate, infatti, principalmente coincidono con gli interdetti pretori a legittimazione attiva a carattere popolare (per i quali le fonti utilizzano, per i sostantivi *interdicta* e *interdictum*, rispettivamente gli aggettivi *publica* e *populare*), nei quali l'eventuale condanna è pronunciata a favore dell'attore-*civis ex populo* e non delle casse pubbliche<sup>21</sup>. Questo regime si evince da una sequenza di frammenti eccerpiuti da quei *libri ad edictum* del giurista Ulpiano

<sup>20</sup> Infatti, alla concezione delle *res in usu publico* come *res* usate e tutelate da ciascun cittadino si contrappone la concezione delle *res in patrimonio populi* come *res* di cui il *populus-(una)universitas* sembra essere considerato proprietario. Per le *res publicae* – in particolare per quelle che non sono nell'uso del popolo – il criterio dell'appartenenza si afferma nel momento in cui si avvia un graduale (anche se mai completamente compiuto) processo di personificazione che spinge il *populus-(plures) cives* verso il *populus-(una)universitas* (Gai. 2,11). È proprio su quest'ultima concezione individuale dell'appartenenza, modellata sullo schema del *dominium* individualistico di diritto privato, che si innesta, in età imperiale, quella riconosciuta al *princeps-unus*, il quale si sostituisce al *populus-(una)universitas* nella titolarità delle *res in patrimonio fisci*. Queste ultime, infatti, sono qualificate – per richiamare la suggestiva terminologia di Ulpiano – *quasi propriae et privatae principis* («quasi proprie e private del principe»), sulle quali, conseguentemente, un cittadino «non può fare né proibire alcunché» (D. 43,8,2,4-5 Ulp. 68 *ad ed.*).

<sup>21</sup> Sulla concezione delle azioni (e degli interdetti) popolari come strumenti di tutela degli interessi pubblici a legittimazione attiva generale – cioè aperta a tutti i cittadini – e di conseguenza l'attribuzione della qualificazione di «azione popolare propriamente detta» solo per quelle azioni dove il provento dell'azione fosse destinato all'attore *quivis ex populo* titolare di un «diritto pubblico diffuso» (contro l'opposta tesi cosiddetta «procuratoria» di TH. MOMMSEN, *Die Stadtrechte der lateinische Gemeinde Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*, in *Abhandl. d. Sachs. Ges. d. Wissensch.*, 3, 1855, 461 ss. per il quale il legittimato a percepire la somma di denaro fosse da considerare sempre e solo il *populus* anche quando la concedeva a titolo di premio o corrispettivo al cittadino-procuratore), si vedano, per la letteratura più risalente, V. SCIALOJA, *Le azioni popolari romane per Carlo Giorgio Bruns. Traduzione di Vittorio Scialoja con prefazione e note del traduttore*, in *AG* 28 (1882) 166 ss. e 519 ss.; *AG* 29 (1882) 279 ss. = *Studi giuridici*, I,1, *Diritto romano*, Roma, 1933, 108 ss. e, più di recente, A. DI PORTO, *Res cit.*, IX ss. Invece, per la differente interpretazione che scinde la legittimazione ad agire a carattere generale dalla soddisfazione di interessi pubblici si veda F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, Napoli, 1958, 13 ss. e, più di recente, per quella teoria che incide maggiormente sulla funzione dell'azione e non già sulla sua legittimazione attiva, si veda A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e class action*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem e actio in personam in ricordo di M. Talamanca*, II, Padova, 2011, 715 ss. e ID., *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in *Diritto@Storia*, 11, 2013, 1 ss.

dedicati al commento degli *interdicta* edittali (dei quali propone una classificazione e la qualificazione come *publica* in D. 43,1,1 pr.) *de locis publicis* (D. 43,8,2,1-2), *de viis publicis* (D. 43,8,2,34) e *de fluminibus publicis* (D. 43,13,1 9)<sup>22</sup>:

D. 43,1,1 pr. Ulp. 67 *ad ed.*

*Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. (...) quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. (...).*

D. 43,8,2,1-2 Ulp. 68 *ad ed.*

*Hoc interdictum prohibitorium est. (2) Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. (...).*

D. 43,8,2,34 Ulp. 68 *ad ed.*

*Hoc interdictum perpetuum et populare est condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris interst.*

D. 43,13,1 9 Ulp. 68 *ad ed.*

*Hoc interdictum cuius ex populo competit, (...)*

Com'è noto, il ruolo affidato a ciascun *civis* nella tutela delle *res in usu publico* si ricollega alla nozione stessa di *res publica* come *res populi*, in quanto tale nozione è strettamente legata alla concezione repubblicana di *populus*, che viene concepito come 'pluralità' di parti che ne compongono l' 'unità': nelle fonti si discorre di popolo come «moltitudine» di uomini (*multitudo*, nella celeberrima definizione di *populus* tramandata da Cicerone: Cic. *rep.* 1,39), cioè come pluralità di cittadini o meglio come comunità di «tutti i cittadini» (*universi cives*, nella notissima nozione di *populus* di cui ancora si serviva Gaio nel II secolo d.C. per definire la *lex publica*: Gai. 1,3)<sup>23</sup>.

Il *populus* – al quale era ricondotta la tutela delle *res in usu publico* – non viene concepito come una persona, un'entità astratta e personificata, separata dai *cives* che la compongono: nulla a che vedere, dunque, con la 'persona giuridica'

<sup>22</sup> Per una più approfondita esegesi dei quali rinvio al lavoro monografico di A. SCHIAVON, *Interdetti* cit., 12 ss., 160 ss., 271 ss., 355 ss. Rispetto alla classificazione ulpiana e al modo in cui viene normalmente interpretata in opposizione a quella paolina, ritengo opportuno specificare che l'aggettivo *publica* non è – e non può essere – associato a *res* ma necessariamente a *interdicta*: per tale motivo, se è vero che Ulpiano sembra fondare la sua classificazione degli interdetti in ordine all'oggetto di tutela (*videamus, de quibus rebus interdicta competunt*) e non alla loro funzione (come invece sembra fare Paolo in D. 43,1,2,1 Paul. 63 *ad ed.* con l'esplicito riferimento alla *causa* e alla *utilitas* degli interdetti), mi sembra evidente che, con l'utilizzo dell'aggettivo *publica* per gli interdetti a tutela dell'uso pubblico delle cose, anche Ulpiano percepisce l'esigenza di mutare approccio e quindi di adottare, quantomeno per questi ultimi, un criterio 'funzionale' e non più 'reale' di classificazione.

<sup>23</sup> Cfr. G. LOBRANO, *Res* cit., 114 ss.

tipica dello Stato moderno, un soggetto di diritto completamente separato dai cittadini che lo costituiscono<sup>24</sup>.

Dalla definizione di *populus* che ci ha trasmesso Cicerone, emerge una dimensione non solo spaziale ma anche e soprattutto temporale della *multitudo* di cui si compone il popolo stesso. D'altra parte, all'accrescimento della costituzione repubblicana non ha contribuito l'ingegno di uno nel corso della vita di un uomo solo ma l'ingegno di «molti» nel corso di non pochi «secoli e generazioni» (Catone in Cic. *rep.* 2,1,2). Questa dimensione temporale trova conferma – in età imperiale – nel concetto giuridico di *civitas augescens* (fatto proprio da Pomp. *l. s. enchirid.* in D. 1,2,2,2; 7; 18)<sup>25</sup> e nella tutela del concepito in quanto nascituro, non solo per i genitori, ma anche per la *res publica* (D. 37,9,1, 15 Ulp. 41 *ad ed.*)<sup>26</sup>.

Il moderno concetto di 'future generazioni'<sup>27</sup>, dunque, è implicito nella nozione romana di *populus*. È Alfeno Varo, in un notissimo e studiatissimo frammento ecerpito dai suoi *digesta*, a renderci edotti di tale nozione: secondo il giurista repubblicano, il *populus* del suo tempo «è il medesimo che c'era cent'anni» prima, «anche se ora non vive più nessuno di quelli di allora» (D. 5,1,76 Alf. 6 *dig.*).

Di conseguenza, si può dire che il cittadino membro del *populus* 'di oggi', con l'attivazione degli interdetti popolari a tutela delle *res in usu publico*, garantisce l'uso pubblico dei luoghi pubblici anche ai cittadini del *populus* 'di domani'. La disciplina propria delle *res in usu publico* si fonda su una concezione atemporale del relativo uso e della tutela che comporta l'indeterminabilità delle posizioni giuridiche soggettive eventualmente lese e che, quindi, non può non implicare la legittimazione attiva a carattere generale ovvero sia popolare.

Però, con il passaggio dall'età repubblicana all'età imperiale e quindi con l'affermarsi del 'modello' imperiale che pone al centro il *princeps-unus* al posto

<sup>24</sup> Per questa linea interpretativa, più di recente, si veda ancora una volta A. DI PORTO, *Res cit.*, IX ss. e 3 ss. il quale ha posto in luce i problemi relativi al concetto di 'sovranità' che la 'persona giuridica' crea con riferimento al diritto pubblico (così come li crea al concetto di 'responsabilità' in relazione al diritto privato: cfr. A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, 447 ss.).

<sup>25</sup> Su cui si veda M.P. BACCARI, *Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità*, in *SDHI*, 61, 1995, 259 ss.

<sup>26</sup> In questa prospettiva M.P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta di Giustiniano*, Torino, 2006, 7.

<sup>27</sup> Oggi confluito nel testo costituzionale italiano proprio all'art. 9 comma 3 come modificato dalla l. cost. 1/2022 («La Repubblica (...) Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»). Interessanti considerazioni critiche sul piano costituzionale circa il concetto giuridico di «generazioni future» già in I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio comunità persona*, 1, 2021, 51 ss.

del *populus-plures cives*, il quale era stato, invece, il protagonista del 'modello' repubblicano, muta lentamente la concezione delle *res in usu publico*, in relazione alle quali il cittadino conserva l'uso ma perde il potere: il carattere popolare degli interdetti a tutela dell'uso pubblico si riduce a tal punto che, in alcuni casi, scompare persino.

Infatti, la tutela viene col tempo ad essere per lo più assorbita nelle competenze esclusive dei magistrati e dei funzionari imperiali (secondo un processo di 'statualizzazione' della tutela delle *res in usu publico*) o anche demandato all'individuo, non più in quanto cittadino ma in quanto privato titolare di un uso differenziato (secondo un processo di 'privatizzazione' della tutela dei beni medesimi): «il sistema delle imputazioni di natura 'pubblicistica' si sposta»<sup>28</sup>. Infatti, parallelamente a questo processo di «riduzione del campo d'azione del cittadino nella tutela delle *res in usu publico*»<sup>29</sup>, il concetto di 'pubblico' si allontana da quello di 'popolo-*plures cives*' per avvicinarsi a quello di 'imperatore-*unus princeps*' e si svuota dell'idea di 'comune'.

Ecco che, così come è possibile che la ragione dell'«emersione nella riflessione dei giuristi del III secolo d.C. delle *res communes omnium*», come categoria chiaramente «distinta dalla *res publicae*» risieda nella raggiunta «insufficienza della dicotomia pubblico-privato a contenere l'idea di comune»<sup>30</sup>, è altresì possibile che tale «insufficienza» abbia spinto i giuristi a discorrere di *res publicae iuris*

<sup>28</sup> Per questa ricostruzione storico-giuridica, si veda A. DI PORTO, *Res cit.*, 35 ss. L'alternarsi, nella storia giuridica romana, e soprattutto la dialettica, anche successivamente al passaggio da un'età all'altra, di un «modello repubblicano» – fondato sui concetti di 'pluralità' e 'diffusione' ruotanti attorno ai *plures-cives* – e di un «modello imperiale» – fondato sui concetti di 'unità' e 'concentrazione' ruotanti attorno al *princeps-unus* – dei quali, nelle fonti, sono visibili i segni di una «stratificazione», sono stati posti in risalto oltre che da A. DI PORTO, *Res cit.*, 35 ss. con riferimento a una progressiva riduzione della legittimazione popolare nella tutela delle *res in usu publico* e quindi a una riduzione del campo d'azione del cittadino, anche da F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani. I. La struttura giuridica*, Napoli, 2012, 101 ss., con riferimento al passaggio dall'esclusività degli usi pubblici alle concessioni imperiali di *aqua publica* ai privati (tema poi ripreso e puntualizzato in ID., *Forme di tutela e regime idrico urbano tra utilitates communes e privatorum utilitates*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. Piro, VII, Lecce, 2016, 359 ss.). Recentemente, anche con riferimento alle soluzioni giuridiche prospettate, nel corso dell'esperienza giuridica di Roma, per soddisfare le esigenze di 'certezza-conoscibilità' e 'sicurezza-prevedibilità', mi è sembrato di intravedere i suddetti due modelli nell'oscillazione, per la 'certezza-conoscibilità', tra la mediazione conoscitiva tipicamente repubblicana del giurista, da un lato, e la conoscibilità immediata del dettato normativo di matrice imperiale, dall'altro; e, per la 'sicurezza-prevedibilità' degli esiti giudiziari, tra la composizione delle *formulae* del magistrato giudicante, da un lato, e lo *ius publice respondendi ex auctoritate principis* introdotto da Augusto e consolidatosi con gli imperatori successivi, dall'altro (A. ANGELOSANTO, *La certezza del diritto nell'età del processo formulare. Conoscibilità dello ius e prevedibilità degli esiti giudiziari tra 'modello repubblicano' e 'modello imperiale': il contributo di Labeone*, in *TSDP*, 16, 2023, 1-30).

<sup>29</sup> A. DI PORTO, *Res cit.*, 39.

<sup>30</sup> A. DI PORTO, *Res cit.*, XX.

*gentium*, allargando le maglie della titolarità dell'uso pubblico e della sua tutela anche agli uomini di tutte le altre genti umane.

## 1.2. Res in usu pubblico e uomini tra il 242 a.C. e il 212 d.C.

### 1.2.1. Cicerone

Che l'uso pubblico delle città – *iure civitatis* – dovesse estendersi anche ai peregrini – *iure gentium* – sembra essere frutto di un convincimento tipicamente repubblicano che trova attestazione già in Cicerone:

Cic. *off.* 3,47

*Male etiam, qui peregrinos urbibus uti prohibent eosque exterminant, ut Pennus apud patres nostros, Papius nuper. Nam esse pro cive, qui civis non sit, rectum est non licere, quam legem tulerunt sapientissimi consules Crassus et Scaevola. Usu vero urbis prohibere peregrinos, sane inhumanum est.*

Proibire l'uso della città (*usu urbis*) ai *peregrini* è considerato da Cicerone *inhumanum*<sup>31</sup>. Avevano infatti agito «male» coloro che avevano proibito agli stranieri di fare uso della città al punto da cacciarli via da Roma<sup>32</sup>.

Con la «disumanità» cui si riferisce, Cicerone sembra alludere al diritto delle genti che, d'altra parte, nelle riflessioni dell'Arpinate, è strettamente legato alla *societas vitae* tra gli *omnes homines*<sup>33</sup>.

Se l'impedimento agli stranieri dell'utilizzo della città e, quindi, dei luoghi urbani in uso pubblico – che, secondo la nota definizione di vasta e ampia portata proposta dal giurista d'età augustea Labeone, doveva includere, probabilmente già in età tardo repubblicana, oltre ai campi, anche le aree urbane, gli edifici, le vie e i passaggi pubblici della città<sup>34</sup> – è considerato riprovevole dal punto di vista

<sup>31</sup> Più in generale, sulla percezione dello straniero in età repubblicana, si veda il contributo di E. TODISCO, *La comunità cittadina e 'l'altro'. La percezione del forestiero a Roma tra tardorepubblica e altoimpero*, in M.G. ANGELI BERTINELLI – A. DONATI (a cura di), *Le vie della storia. Migrazioni di popoli, viaggi di individui, circolazione di idee nel Mediterraneo antico*, Atti del secondo incontro internazionale di storia antica (Genova 6-8 ottobre 2004), Roma, 2006, spec. 201 s. Sul tema dei 'diritti dell'uomo' nell'antichità romana, si veda il già richiamato M. TALAMANCA, *L'antichità cit.*, spec.

<sup>32</sup> Sulle espulsioni degli stranieri richiamate da Cicerone nel testo, si veda, più di recente, U. LAFFI, *Le espulsioni da Roma di immigrati provenienti da comunità latine e italiche in età repubblicana*, in *Atheneum*, 150, 2017, 85 ss. con bibliografia.

<sup>33</sup> Cfr. G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic.*, *off.* 3.69-70, in *AUPA*, 46, 2013, spec. 271 e nt. 42.

<sup>34</sup> D. 43, 8, 2, 3 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Publici loci appellatio quemadmodum accipiat, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat*. Su questa definizione e l'inclusione di edifici urbani al suo interno si veda, da ultimo, F. PROCCHI, *Insulae 'e loca publico usui destinata'*. *Considerazioni a margine dell'interdetto 'ne quid in loco publico fiat'*, in L. GAROFALO (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, Napo-

dell'*humanitas*, ciò dovrebbe significare che, a fronte dell'impedimento dell'uso delle cose pubbliche della città, i *peregrini*, in quanto uomini, avrebbero potuto godere, per diritto delle genti, delle medesime tutele di cui avrebbero potuto beneficiare, per diritto di cittadinanza, i *cives*.

D'altra parte – com'è noto e ricordato anche dai giuristi dalla più spiccata sensibilità storica come Pomponio – fu proprio l'accorrere in città, alle soglie della fine della prima guerra punica, di una «grande moltitudine anche di stranieri» a condurre alla creazione del *praetor peregrinus* (D. 1,2,2,28 Pomp. *l. s. enchirid.*)<sup>35</sup>, il quale avrebbe dovuto esercitare la giurisdizione fra peregrini o fra peregrini e cittadini.

### 1.2.2. Gaio

L'estensione per diritto delle genti dell'uso pubblico delle *res* a tutti gli uomini viene espressamente riconosciuto da Gaio in un noto passo delle sue *cottidianae* (recuperato poi da Giustiniano in I. 2,1,4) riferito, in modo specifico, alle *ripae* dei *flumina publica*<sup>36</sup>:

D. 1,8,5 pr. Gai. 2 *rer. cott.*

*Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, [retia siccare et ex mare reducere], onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*

Se l'uso delle rive è «pubblico per diritto delle genti», come quello del fiume, la proprietà delle stesse deve considerarsi di coloro ai quali appartengono i fondi rivieraschi e così anche le piantagioni che crescono sulle medesime *ripae*.

Pertanto, è libero per «chiunque» – *civis* e non – ricoverare le barche, legarle agli alberi ivi nati, effettuare le operazioni di carico e scarico merci, così come è libero navigare le acque dello stesso fiume. Le *ripae* dei fiumi – o del fiume per eccellenza, il Tevere – nella Roma dell'età commerciale appaiono come «luoghi pullulanti di vita», «vie di comunicazione privilegiata» di «uomini e di merci»<sup>37</sup>,

li, 2016, 528 ss. Per quel che riguarda l'estensione dell'uso degli «edifici» ai non cittadini non è da trascurare, in quanto particolarmente suggestivo, il legame che, d'altra parte, viene proposto da Ermogeniano tra *aedificia* e *ius gentium* in D. 1,1,5 Hermog. 1 *iuris epit.* (*Ex hoc iure gentium ... aedificia collocata*).

<sup>35</sup> Cfr. F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, 8.

<sup>36</sup> Sul testo mi permetto di rinviare di nuovo a A. ANGELOSANTO, *La questione cit.*, 183 ss., dove ulteriore bibliografia.

<sup>37</sup> L. MAGANZANI, *Ripae fluminis e dissesti idrogeologici a Roma fra indagine geomorfologica e riflessione giurisprudenziale*, in *Jus*, 57, 2010, 175 ss. poi in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori I. Leges*, Torino, 2012, 61.

di *cives* e di *peregrini*. Terre di privati soggiacenti al passaggio e allo stazionamento di uomini provenienti da tutto il Mediterraneo.

Da questo testo emerge, quindi, una dialettica e un bilanciamento tra lo *ius civile* e lo *ius gentium* in quanto sembrerebbe che le rive dei fiumi possano essere considerate sia soggiacenti all'*usus publicus (ex iure gentium)*, sia oggetto di *proprietas (ex iure civili)*.

Per Gaio – di cui è nota l'attenzione, nel corso delle sue *institutiones* (Gai. 1,1-52-78-80-82-86; 3,93-132-154) nonché delle *res cottidianae* (oltre che in D. 1,8,5 pr., anche in D. 41,1,1 pr.), per la dialettica tra lo *ius civile* e lo *ius gentium* (che per lui, come è noto, è fondato sulla *ratio naturalis*) – potrebbe non esser risultato difficile stabilire che alcuni beni, nel caso di specie le *ripae fluminis*, per la loro utilità, potessero soggiacere a un diritto di uso riconosciuto, non solo *ex iure civitatis* ai *cives*, ma altresì *ex iure gentium* agli *omnes homines*, a cui potenzialmente poteva altresì essere accordata la relativa tutela interdittale.

È possibile, quindi, che la qualificazione combinata, proposta da Gaio per l'uso dei fiumi e delle rive («pubblico» e «per diritto delle genti»), ma anche per la condizione giuridica degli stessi fiumi («pubblici» e «di diritto delle genti») <sup>38</sup>, provenisse dalla sua cautela nell'estendere l'utilizzo del termine *publicus sic et simpliciter* a fattispecie non riferibili esclusivamente al popolo romano <sup>39</sup> e quindi a situazioni giuridiche da esercitarsi non soltanto *iure civitatis*.

Il riferimento alla *proprietas* delle *ripae* induce a ritenere che la prospettiva dalla quale Gaio osservava il fenomeno sia stata quella del suolo italico – l'unico sul quale fosse configurabile un *dominium* privatistico vero e proprio – e quindi il punto di vista sembra essere prettamente cittadino <sup>40</sup>: è l'uso di una *res* privata

<sup>38</sup> Per l'uso dei fiumi e delle rive, nel già citato e riportato D. 1,8,5 pr. Gai. 2 *rer. cott.*, Gaio predilige l'ablativo «*iure gentium* / per diritto delle genti»; per la condizione giuridica degli stessi fiumi, in D. 41,1,7,5 Gai. 2 *rer. cott.*, egli preferisce, invece, il genitivo «*iuris gentium* / di diritto genti»: già G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1941, 228 s. aveva colto la sfumatura, sottolineando che l'uso del genitivo, per la qualificazione giuridica dei fiumi, farebbe dello *ius gentium* quasi «un'organismo a cui appartiene la cosa». L'ablativo, utilizzato per specificare la natura dell'uso delle rive e dei fiumi, indicherebbe, viceversa, la «fonte della norma da cui [ne] deriva la pubblicità».

<sup>39</sup> D. 50,16,16 Gai. 3 *ad ed. provinc.*: *nam 'publica' appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit. (...)*

<sup>40</sup> L'eccezionalità della *proprietas* di diritto civile rispetto all'uso pubblico di diritto delle genti – su cui mi ero intrattenuto in A. ANGELOSANTO, *La questione* cit., 194 s. e già notata da F. VALLOCCHIA, *Studi* cit., 77 nt. 24 – non inficia tale punto di osservazione: infatti, per Gaio (e a differenza di Celso, per il quale, in D. 41,1,30,1 Pomp. 34 *ad Sab.*, sembra essere l'uso pubblico dei cittadini l'eccezione alla titolarità del bene), la proprietà privata sembra essere eccezionale rispetto all'uso pubblico perché l'uso, comune a cittadini e no, delle *ripae*, nel pensiero di Gaio precede storicamente e teoricamente, in quanto di diritto delle genti, la proprietà privata di diritto civile: come si può argomentare da D. 41,1,1 pr. Gai. 2 *rer. cott.*: (...) *et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.*

romana già sottoposta all'uso pubblico dei Romani per diritto di cittadinanza ad estendersi a tutti gli uomini per diritto delle genti.

Di conseguenza, gli strumenti processuali già previsti dal pretore per la tutela dell'uso pubblico delle rive dei fiumi pubblici nonché degli stessi fiumi avrebbero potuto essere esperiti anche dai non cittadini ai quali, così, sarebbe stato riconosciuto *iure gentium* il diritto di farne libero uso.

### 1.2.3. *Papiniano*

La categoria delle *res publicae iuris gentium* viene recuperata da Papiniano nel decimo libro *responsorum*, ma da una evidente prospettiva provinciale e non più cittadina.

Qui il giurista d'età severiana afferma che non si suole accordare la *praescriptio longae possessionis* a colui il quale intenda acquisire, in ragione di un possesso prolungato e poi interrotto, quei «luoghi» considerati «pubblici per diritto delle genti». Non potrà beneficiare di questo strumento di tutela contro chi eserciti ora questo possesso perché «la 'situazione' di maggior diritto», vantata sulla base del decorso del tempo, non può essere opposta al terzo nuovo possessore, «in quanto i luoghi pubblici, così come non possono essere oggetto di proprietà privata in Roma, né possono essere usucapiti, così non possono essere oggetto» di una tutela analoga neanche nelle province quando si tratti di luoghi assimilabili, per configurazione e funzione, alle *res publicae* romane<sup>41</sup>.

D. 41,3,45 pr. Pap. 10 resp.

*Praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium publica concedi non solet. quod ita procedit, si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat (forte quod aut deposuerat aut dereliquerat aedificium), alterius postea eodem loco extracto, occupantis datam exceptionem opponat, vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.*

La *ratio* di tale esclusione non dovrebbe risiedere, dunque, nell'inapplicabilità dell'istituto agli specifici casi di interruzione del possesso riportati dal giurista ma nella impossibilità di rivendicare un maggior diritto su un «luogo pubblico», anche se tale «per diritto delle genti»: il possesso dell'edificio costruito in una determinata area del *litus maris* o la pesca in un preciso punto del *flumen publicum* rappresentano soltanto una casistica esemplificativa di un possesso che, se non avesse inciso su un luogo qualificabile, anche se impropriamente, come 'pubblico', astrattamente avrebbe invece potuto prevedere l'esperimento della *praescriptio*.

<sup>41</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli, 1989, 190.

Negli esempi proposti da Papiniano si citano, infatti, i *litora maris* e i *flumina publica*, evidentemente considerati dal giurista severiano come «luoghi pubblici per diritto delle genti» per via del contesto provinciale cui implicitamente si allude nel testo<sup>42</sup>. Il richiamo alla *praescriptio longae possessionis*, che dovrebbe coincidere con l'istituto difensivo della *praescriptio longi temporis* (una tutela con la quale si offriva ai provinciali un istituto che svolgesse la stessa funzione della *usucapio* per i cittadini romani)<sup>43</sup>, trovava, per l'appunto, applicazione nel contesto provinciale in relazione a tutti gli uomini (non importa se *civis* o non *civis*) e tutela nell'ambito delle *cognitiones extra ordinem*. Ciò a mio avviso consente di rintracciare nello *ius gentium* il perimetro normativo dell'utilizzo di queste *res* provinciali, considerabili alla stregua di cose pubbliche in quanto accessibili a tutti. D'altra parte, il riferimento alla pubblicità dei luoghi, da un lato, e l'esclusione dell'acquisto della proprietà privata attraverso la tutela della *praescriptio*<sup>44</sup>, dall'altro, permettono di ipotizzare implicitamente l'applicabilità in via estensiva della tutela prevista per le *res in usu publico* romane (*iure civitatis*) a quei luoghi che, in provincia, erano analogamente destinati all'uso di tutti (*iure gentium*).

#### 1.2.4. *Cervidio Scevola*

L'uso per diritto delle genti dei *litora maris* viene riconosciuto anche dal giurista Cervidio Scevola in uno dei suoi *responsa*<sup>45</sup>.

D. 43,8,4 Scaev. 5 *resp.*

*Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.*

Qui il giurista, nella sua attività respondente, probabilmente volta a risolvere una situazione di conflitto tra due forme di esercizio dell'uso dei lidi, sembra rintracciare nello *ius gentium* la fonte normativa che legittima quello dei non cittadini<sup>46</sup>: questo potrà anche esprimersi nella realizzazione di una costruzione ma non potrà comportare l'impedimento dell'«uso pubblico». Sembra dunque

<sup>42</sup> Di cui l'*abusiva* di Ulpiano in D. 50,16,15 Ulp. 10 *ad ed.* (*Bona civitatis abusive 'publica' dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*) sembra d'altra parte una eco.

<sup>43</sup> H. ANKUM, 'Litora maris' et 'longi temporis praescriptio', in *Index*, 26, 1998, 361 ss.

<sup>44</sup> Il che non esclude la possibilità di tutelare l'uso esclusivo protratto nel tempo, nonostante avesse ad oggetto un bene pubblico e, quindi, alla stregua di una situazione possessoria esercitata su di un bene privato: come, d'altra parte, sembra emergere da D. 44,3,7 Marcian. 3 *inst.* (per il possesso di un braccio di fiume pubblico dove si pesca da soli da molti anni) e da D. 47,10,14 Paul. 30 *ex Plaut.* (per il possesso, probabilmente, di costruzioni edificate sul lido o nel mare). Cfr. D. DURSI, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, 2017, 103 ss. e *Id.*, *Aelius cit.*, 157 s.

<sup>45</sup> D. DURSI, *Res cit.*, 86.

<sup>46</sup> Prospettiva che riemerge – senza però la specificazione del limite indicato da Cervidio Scevola – anche nella scrittura di Ulpiano (D. 39,1,1,18 Ulp. 52 *ad ed.*: *Quod si quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit: si quis igitur velit ibi aedifican-*

che l'uso di tutti gli uomini (*ex iure gentium*) non possa andare ad impedire l'uso pubblico dei cittadini (*ex iure civitatis*). È nel diritto delle genti, dunque, che si possono rintracciare le facoltà che caratterizzano tale uso – di cui l'edificazione ne è una rappresentazione – il quale, però, sembra trovare nel diritto di cittadinanza un limite in caso di «impedimento» dell'uso «pubblico» dei cittadini.

A differenza della prospettiva di Papiniano, dunque, la casistica che investe i *litora* è osservata da Cervidio Scevola attraverso il prisma dell'uso che dei lidi fanno i cittadini romani, i quali, nel necessario bilanciamento con l'uso di cui gli *omnes homines* godono per diritto delle genti, potranno difendersi sperando i relativi strumenti di tutela.

### 1.2.5. Paolo

La qualificazione dell'accessibilità dei *litora maris* a tutti per diritto delle genti risulta presente anche nella scrittura di Paolo nel commento all'editto *de modo agri*.

D. 18,1,51 Paul. 21 *ad ed.*

*Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*

I lidi del mare connessi al fondo venduto di regola non vengono ad essere calcolati nella misura del fondo medesimo, «perché sono cose che non appartengono ad alcuno» ma sono «aperti a tutti – cittadini e no – per diritto delle genti».

Contemperando le affermazioni di Paolo con quelle di Marciano – che così non appaiono in contrasto, come ritenuto da alcuni, ma tra loro complementari – si potrebbe affermare che i lidi del mare «non appartengono ad alcuno» per diritto civile, sono «aperti a tutti» per diritto delle genti e sono «comuni di tutti» per diritto naturale, con quel che ne consegue in termini di posizioni giuridiche tutelabili e relativi strumenti di tutela.

D'altra parte, che alcune cose possano essere «fuori commercio» «per natura», per «diritto delle genti» e in virtù dei «costumi giuridici di una comunità cittadina», è affermato dallo stesso Paolo qualche libro dopo nel suo stesso commentario edittoale<sup>47</sup>.

*tem prohibere, nullo iure prohibet, neque opus novum nuntiare nisi ex una causa potest, si forte damni infecti velit sibi caveri.* Cfr. D. DURSI, *Res cit.*, 90 ss. e 136 ss.

<sup>47</sup> D. 18,1,34,1 (Paul. 33 *ad ed.*): *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*

1.2.6. *Marciano*

Il riferimento all'uso di diritto delle genti, come già anticipato, viene successivamente adottato anche da Marciano, il quale – molto probabilmente all'indomani della *constitutio Antoniniana* che aveva concesso la cittadinanza romana a tutti gli uomini abitanti *in orbe Romano* (D. 1,5,17 Ulp. 22 *ad ed.*)<sup>48</sup> – affermava che le «ville», gli «edifici» e i «monumenti» costruiti dai privati sul lido del mare non fossero di «diritto delle genti» e che pertanto dal loro utilizzo, anche in ordine ad un rescritto dell'imperatore Antonino Pio, ci si dovesse «astener».

D. 1,8,4 pr. Marcian. 3 *inst.*

*Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinenceatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et <Capenatis> [Caietanis]<sup>49</sup> rescripsit.*

«A nessuno» può essere impedito di accedere «per ragioni di pesca» al lido del mare perché il mare e il lido sono considerati «comuni di tutti per diritto naturale» (D. 1,8,2,1 Marcian. 3 *inst.*): tale principio così declinato (e poi recuperato da Giustiniano in I. 2,1,1) sta evidentemente a significare che a nessun uomo può essere impedito di accedere al mare e, in ordine a questo, al lido, al fine di garantirgli l'effettivo esercizio della primaria forma di approvvigionamento del cibo: la pesca<sup>50</sup>. Significa riconoscere a ciascun uomo-individuo il diritto di appropriarsi delle cose di nessuno contenute nelle cose comuni di tutti<sup>51</sup>.

Ma, sebbene il mare, e in ordine a questo i lidi, non siano di nessuno perché «comuni di tutti» per diritto naturale, l'accesso e, di conseguenza, l'utilizzo delle strutture ivi edificate non può essere considerato aperto a tutti gli uomini per diritto delle genti. I proprietari o possessori delle «ville», degli «edifici» e dei «monumenti» costruiti sui lidi del mare, nello specifico quelli delle colonie di Formia e Gaeta ai quali il rescritto citato forniva risposta<sup>52</sup>, non avrebbero di cer-

<sup>48</sup> Per questa datazione si veda, da ultimo, D. DURSI, *Aelius* cit., 25.

<sup>49</sup> Su questa possibile lettura si veda T. MOMMSEN (hrsg. von), *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Goldbach, 2001 (rist. anast. Berolini, 1870), 25 nt. 1 e, sulla sua probabilità e sui dati a suo sostegno, M. FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero*, in *Index*, 24, 1996, 191 s. nt. 95 poi in ID., *Fiumi* cit., 414 e nt. 64 e *Spunti* cit., 91 e nt. 49. Da ultimo, anche D. DURSI, *Aelius* cit., 156 e nt. 303.

<sup>50</sup> In tal senso, D. DURSI, *Aelius* cit., 156. Tali considerazioni sulle *res communes omnium* come beni «essenziali alla vita degli uomini» si rinvengono già in F. VALLOCCHIA, *Studi* cit., 115 ss. con specifico riferimento all'*aqua profluens*.

<sup>51</sup> Sulle finalità economiche di questa interpretazione che distingue la cosa comune di tutti come 'contenitore' e la cosa di nessuno come 'contenuto' della prima (nonché sulla sua conseguente utilità per il dibattito giuridico dei nostri tempi) si vedano M. FALCON, *Res communes omnium e diritto dell'outer space*. *Contributo al dialogo sulla 'Roman space law'*, in *TSDP*, 12, 2019, 1 ss. e D. DURSI, *Res communes omnium e outer space. Qualche riflessione*, in *BIDR*, 12, 2022, 141 ss.

<sup>52</sup> Sul provvedimento di Antonino Pio come *subscriptio* a «comunità di rango inferiore», V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano, 1988, 380.

to potuto impedire ad alcun pescatore l'accesso ad esso ma avrebbero potuto viceversa pretendere che questi si astenessero dall'uso dei loro beni.

Il testo – assieme all'«*est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi*» di Ulpiano in D. 47,10,13,7 (Ulp. 57 *ad ed.*) – è una delle più note testimonianze di «quei rapporti conflittuali» e di quelle «liti tra pescatori e proprietari di ville» marittime che dovevano essere alquanto «frequenti»<sup>53</sup>, anche all'indomani del 212 d.C. con la formale (ma non sostanziale) soppressione della distinzione tra *cives* e *peregrini*<sup>54</sup>.

Anche nella scrittura di Marciano, dunque, emerge un bilanciamento tra due diverse forme d'uso che, superando la dicotomia tra uso dei cittadini e uso dei non cittadini, si riduce alla opposizione tra uso privato e uso comune ma pur sempre, in entrambi i casi, individuale.

### 1.2.7. Giustiniano

Con Giustiniano, il sistema prende forma: si opera un coordinamento tra l'uso pubblico delle rive dei fiumi – ascritte alle *res in usu publico* – e l'uso pubblico dei lidi del mare – classificati come *res communes omnium*. Nelle sue *Institutiones*, entrambi gli usi sono qualificati come «pubblici di diritto delle genti» a prescindere dall'essere state le relative cose, su cui quell'uso gravava, appena definite, rispettivamente, *publica* (per i *flumina*: I. 2,1,2) e *communia* (per i *litora*: I. 2,1,1).

I. 2,1,4-5

*Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt. 5. Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere. proprietates autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel harena.*

La nota e dibattuta sovrapposizione di diverse classificazioni, che si evince nelle fonti tra *Digesta* e *Institutiones*<sup>55</sup>, potrebbe forse essere maggiormente compresa se studiata in ordine al differente punto di vista dal quale è possibile osser-

<sup>53</sup> M. FIORENTINI, *Fiumi* cit., 412 s.

<sup>54</sup> Si deve infatti ritenere che dall'estensione della cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'Orbe per volere dell'imperatore Caracalla furono escluse alcune comunità locali non cittadine che continuarono ad essere considerate composte da *peregrini* (da ultimo, in questo senso O. LICANDRO, *Cives et peregrini. Città, cittadinanza, integrazione, mobilità sociale e certezza del diritto dall'età repubblicana alla Tarda Antichità. Studi epigrafici e papirologici II*, Napoli, 2023, 111 ss. spec. 175).

<sup>55</sup> Da ultimo, una compiuta disamina di tutte le diverse questioni 'classificatorie' e relativi dibattiti dottrinari sul rapporto tra *res communes omnium* e *res publicae* è proposta da M. FALCON,

vare una medesima cosa quando si indossano le lenti dello *ius gentium* piuttosto che quelle dello *ius civitatis* o dello *ius naturale*<sup>56</sup>. Nonostante la cosa possa essere la medesima, un conto è discorrere di titolarità dei porti e dei fiumi (che sono pubblici), delle loro rive (che sono private), del mare (che è comune) e dei lidi (che non sono di nessuno); un altro è discorrere di diritto «comune» a ciascuno, in quanto individuo-uomo, di «pescare» sia nei fiumi (I. 2,1,2) sia nel mare (I. 2,1,1); un altro ancora, infine, è discorre di libertà per ciascun cittadino (del popolo romano) o per ciascun uomo (di tutte le genti) di utilizzare le rive dei fiumi, da un lato, e i lidi del mare, dall'altro, in diverse e molteplici declinazioni («accostare ad esse una imbarcazione, assicurare le gomene agli alberi su di esse cresciuti, deporre su di esse qualche carico», per le rive; «farci sopra una capanna in cui ripararsi» e «asciugare le reti ritraendole dal mare», per i lidi).

D'altra parte, mentre, in un caso, Giustiniano fa esplicito riferimento al divieto di *prohibere* l'accesso al lido e al mare e riconosce espressamente un *diritto* di pesca nei fiumi a tutti (I. 2,1,1-2: *nemo ... prohibetur ... ius piscandi omnibus commune est*), nell'altro, si limita a discorrere di generica *libertà* di uso e delle rive e dei lidi senza riconoscerne ai titolari un diritto specifico (I. 2,1,4-5: *cuilibet liberum est ... quibuslibet liberum est*).

La medesima *res* può essere oggetto di un uso individuale – e comune a tutti gli uomini per diritto naturale (e quindi da tutelare nel suo esercizio contro ogni specifico *impedimento*) – o anche oggetto di un uso generale – e comune agli uomini di tutte le genti per diritto delle genti (e quindi da tutelare nel suo esercizio contro ogni generico *peggiore*).

### 1.2.8. Conclusioni

Nel qualificare l'uso di alcune cose – già altrimenti classificate come *res in usu publico* (fiumi e relative rive) o *res communes omnium* (mare e relativi lidi) – come 'pubblico di diritto delle genti' mi sembra, dunque, si possa intravedere la volontà, dei giuristi che adottano tale qualificazione, di specificare la titolarità dell'uso non solo in capo ai *cives* ma anche ai *peregrini*, quindi agli *omnes homines* in quanto tali, ogni qualvolta se ne fosse presentata la necessità in relazione al contesto determinato dallo *status* delle persone coinvolte nell'uso o dalla condizione delle cose oggetto di utilizzo.

La classificazione appare dunque utile a giustificare – mutandone il punto di osservazione – l'*estensione soggettiva*, anche a quelle persone che *cives* non sono (in quanto membri di altre genti), o l'*estensione oggettiva*, anche a quelle cose che *publicae* non sono (in quanto 'pubbliche' di altre

*Alcune considerazioni sulle res communes omnium a partire da un saggio recente*, in *LR*, 10, 2021, spec. 670 ss.

<sup>56</sup> Cfr. M. FIORENTINI, *Spunti cit.*, 92 s.

genti o perché 'comuni' di tutti gli uomini), della disciplina prevista dall'editto del pretore urbano per la tutela di cui i *cives* potevano beneficiare per l'*usus publicus* delle *res*.

Da ciò discende che attraverso la qualifica di 'pubblico per o di diritto delle genti', che si sovrappone alla configurazione delle cose come 'pubbliche' per diritto di cittadinanza o 'comuni di tutti' per diritto naturale, sfuma, in questa circostanza, la rigidità della *partitio* ulpiana tra *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale* che appare invece più vicina ad una particolare specie di *positio studii iuris* (D. 1,1,1,2 Ulp. 1 *inst.*): ciò che sembra mutare non è la qualificazione, in termini assoluti, delle cose utilizzate ma il punto di vista dal quale viene studiato il particolare rapporto che si instaura, in termini relativi, tra il soggetto utilizzatore, la comunità di appartenenza e la cosa utilizzata<sup>57</sup>.

## 2. La tutela delle res in usu publico e delle res communes omnium tra deterioramento e impedimento dell'uso

Giunti a questo punto è necessario chiedersi quali fossero concretamente gli strumenti di tutela esperibili anche dai non *cives* per garantire questa libertà di uso di queste *res* qualificate di diritto delle genti o utilizzabili per diritto delle genti.

Nei testi sopra rapidamente esaminati, si oscilla tra un esplicito riferimento all'impedimento dell'uso – *prohibent* in Cic. *off.* 3,47; *impediretur* in D. 43,8,4 Scaev. 5 *resp.*; *prohibetur* in D. 1,8,4 pr. Marcian. 3 *inst.* – e un generico richiamo alla libertà o pubblicità dell'uso medesimo – *riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque ... cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare.* (...) in D. 1,8,5 pr. Gai. 2 *rer. cott.*; *litora ... iure gentium omnibus vacant* in D. 18,1,51 Paul. 21 *ad ed.*; *loca iuris gentium publica* in D. 41,3,45 pr. Pap. 10 *resp.*; *cuilibet liberum est ... quibuslibet liberum est* in I. 2,1,4-5.

Anche per le *res publicae iuris gentium* emergono, quindi, due possibili forme di tutela, a seconda che la condotta da prevenire o sanzionare consista nell'impedimento a taluno dell'esercizio dell'uso o, viceversa, nel peggioramento per tutti del medesimo.

Come anticipato, si tratta della duplicità di tutela che si riscontra chiaramente nei testi dei giuristi romani a prescindere dall'appartenenza della cosa, su cui l'uso impedito o deteriorato gravava, ad una specifica categoria di *res*. Ciò infatti si evince con riferimento sia alle *res in usu publico* che alle *res communes omnium: interdictum populare*, in caso di deterioramento dell'uso (*sub*

<sup>57</sup> Simili considerazioni – ma con riferimento all'esperibilità, in caso di impedimento nel libero godimento dei propri beni, dell'*actio iniuriarum* per diritto di cittadinanza, delle genti e naturale – si possono leggere in E. CALORE, *Forme di appartenenza e cittadinanza. A proposito dei fondamenti romanistici nel diritto cinese*, in *BIDR*, 110, 2016, 171 ss.

a) e *actio iniuriarum* e relativo *interdictum* a legittimazione specifica, in caso di impedimento dell'uso (*sub b*).

a) Per quanto riguarda il primo profilo, alcuni giuristi infatti estendono anche alle *res communes omnium* – innanzitutto mare e lidi del mare – gli interdetti a legittimazione popolare previsti dal pretore per sanzionare il deterioramento dell'uso delle *res in usu publico*.

Ciò si evince, ad esempio, dalla proposta di Labeone di concedere un interdetto, chiaramente ricalcato su quello proibitorio previsto per il deterioramento della navigabilità dei fiumi pubblici (*ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat*)<sup>58</sup>, da applicare all'analogo caso di peggioramento della navigabilità del mare, come specifica e primaria declinazione dell'uso delle acque marine.

D. 43,12,1,17 Ulp. 68 *ad ed.*

*Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: «NE QUID IN MARI INVE LITORE QUO PORTUS, STATIO ITERVE NAVIGIO DETERIUS FIAT».*

L'assenza di un riferimento specifico ad un danneggiato e l'espreso richiamo al deterioramento della navigabilità del mare dovrebbero significare che Labeone avesse proposto la concessione di tale interdetto, modellato su quello corrispondente *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*, presupponendo la legittimazione attiva a carattere generale, di regola riservata ai cittadini *iure civitatis* ma estendibile, secondo quanto sopra ipotizzato, agli uomini di tutte le genti *iure gentium*<sup>59</sup>.

L'indirizzo sembra esser stato seguito da Celso il quale, però, lo estende a qualsiasi forma di uso del mare e del lido non circoscrivendolo alla sola navigabilità.

D. 43,8,3 pr.-1 Cels. 39 *dig.*

*Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.*

(1) *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius*

<sup>58</sup> Sul rapporto tra l'interdetto *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* e quello proposto da Labeone già G. GROSSO, *Corso cit.*, 34 e G. BRANCA, *Le cose cit.*, 121. Poi, nel senso di una formulazione autonoma ma simile, M. FIORENTINI, *Fiumi cit.*, 349 e D. DURSI, *Res cit.*, 132. Discorre di analogia tra il primo e il secondo A. DI PORTO, *Salubritas cit.*, 35.

<sup>59</sup> M. FIORENTINI, *Spunti cit.*, 98 s. ritiene che l'interdetto in questione fosse un «mezzo a legittimazione, non popolare,» attivabile soltanto da chi avesse lamentato una «sottrazione delle utilità» e un «pregiudizio». Esprime dei dubbi anche M. FALCON, *Alcune considerazioni cit.*, 691 s. Mi sembra che questa interpretazione non tenga conto dell'uso, a mio sommesso avviso, tecnico della parola *deterior* da parte di Labeone così come del pretore.

*esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

Il giurista, nonostante osservi i *litora maris* da una prospettiva prettamente romana e, di conseguenza, pubblica, nel senso di afferente al popolo romano<sup>60</sup>, ne riconosce l'«uso comune a tutti gli uomini». Pertanto, chiunque avrebbe potuto liberamente farne uso gettando moli nel mare e così acquisirne la proprietà (*iac-tasque in id pilas eius esse qui iecerit*): ciò però non sarebbe stato «concesso» qualora tale forma di utilizzo individuale – che discende dall'essere il mare comune a tutti gli uomini (qualcun altro avrebbe detto: per diritto naturale) – avesse potuto renderne peggiore l'uso dei *litora* da parte del popolo (per diritto di cittadinanza) ma anche di tutti gli altri uomini (per diritto delle genti)<sup>61</sup>.

Dal tenore del passo sembrerebbe che il giurista volesse alludere, da un lato, all'impossibilità di concedere gli strumenti di tutela previsti per garantire dall'impedimento il libero uso del mare (*concedendum non esse*)<sup>62</sup>, consistente, nell'esempio proposto, nell'edificazione sul fondale, e, dall'altro, la possibilità di esperire contro di lui gli interdetti volti ad evitare il deterioramento attuale o potenziale dell'uso dei fiumi pubblici e delle rive anche per il mare e suoi lidi (con un quasi espresso richiamo al linguaggio editale su richiamato: *deterior ... usus eo modo futurus sit*)<sup>63</sup>. Sostanzialmente Celso sembra operare un bilanciamento tra la tute-

<sup>60</sup> D'altra parte, per Celso, anche l'uso delle *ripae fluminis* è «pubblico» in quanto esercitato dal «popolo» (per diritto di cittadinanza) e non da tutti gli uomini (per diritto delle genti), come si evince dal già citato D. 41,1,30,1 Pomp. 34 *ad Sab.*: *Celsus filius, si in ripa fluminis, quae secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meam esse ait, quia solum ipsum meum privatum est, usus autem eius publicus intellegitur. et ideo cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit, quia iam populus eo non utitur.*

<sup>61</sup> Infatti, da una lettura combinata dei due paragrafi dello stesso frammento (D. 43,8,3 pr. e 1) sembrerebbe che l'uso dei *litora* che si vuole preservare dal deterioramento, causato dall'uso riconosciuto a tutti gli uomini per diritto delle genti, sia proprio l'uso del popolo al quale Celso ritiene che i *litora* afferiscano.

<sup>62</sup> D. DURSI, *Res cit.*, 73 scarta in modo convincente la possibilità che con l'utilizzo del verbo *concedendum non esse* ci si riferisca alla concessione di una preventiva autorizzazione ad edificare sul lido. Ma, come è stato sostenuto (da ultimo, M. FIORENTINI, *Spunti cit.*, 98 nt. 64), l'utilizzo dell'espressione verbale *concedere* può anche fungere da richiamo indiretto alla concessione, in via utile, di strumenti di tutela di natura non popolare, già previsti per fattispecie analoghe dall'editto, di natura sia proibitoria (come l'interdetto *quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto* contro l'impedimento di *agere* oltre che di *ire* sulla via pubblica: cfr. A. SCHIAVON, *Interdetti cit.*, 272 ss.) sia difensiva (come l'*exceptio extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit* da opporre, secondo quanto ammonito da Labeone in D. 43,12,1,16 Ulp. 68 *ad ed.*, all'interdetto *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* in caso di ottenimento di una specifica autorizzazione a *facere* sulla riva: cfr. A. ANGELOSANTO, *La questione cit.*, 201 s. e nt. 69).

<sup>63</sup> Se è vero che la prospettiva celsina è quella dell'uso del mare e dei suoi lidi e non già quello della appartenenza (come sottolineato da R. MARINI, 'Mare commune omnium est': *a proposito di D. 47, 10, 13, 7 (Ulp. 57 ad edictum)*, in *BIDR*, 115, 2021, 293 la quale sembra porre in antitesi l'«uso» di Celso e la «titolarità» di Marciano) è altresì vero che, nel paragrafo primo, Celso espresamente afferma che l'uso consistente nell'edificazione in mare comporta acquisto in proprietà del-

la contro l'impedimento e la tutela contro il deterioramento che presuppone un netto discrimine tra il primo e il secondo: l'uso individuale dei lidi (poi riconosciuto a tutti per diritto naturale) trovava un limite nel deterioramento dell'uso generale degli stessi (da lui riconosciuto ai cittadini per diritto di cittadinanza ed estendibile, secondo quanto sopra ipotizzato, ai non cittadini per diritto delle genti).

Ad ogni modo, ci troviamo, sia in Labeone che in Celso, di fronte all'utilizzo ricorrente di una terminologia tecnica di matrice edittale (*deterius, deterior*) che fa riferimento ad un preciso tipo di conseguenza dannosa subita dall'uso pubblico che colpisce indistintamente tutti i fruitori: si tratta del deterioramento dell'uso di tutti che non coincide con l'effetto lesivo dell'impedimento a taluno.

L'interpretazione di tale concetto emerge chiaramente dalla scrittura di Ulpiano in sede di commento lemmatico agli *interdicta publica* che intendono tutelare l'uso pubblico dal deterioramento<sup>64</sup>.

In particolare, in punto di commento al testo dell'interdetto *de viis itineribusve publicis* (riportato testualmente in D. 43,8,2,20 Ulp. 68 *ad ed.* e commentato in relazione al lemma *deterius* in D. 43,8,2,32 Ulp. 68 *ad ed.*):

D. 43,8,2,20 Ulp. 68 *ad ed.*

*Ait praetor: 'In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto'.*

la struttura costruita e non già del mare: *iactasque in id pilas eius esse qui iecerit* (cfr. D. DURST, *Res cit.*, 17 ss. e 73 ss.).

<sup>64</sup> Fanno eccezione il commento all'interdetto *de cloacis publicis* (riportato in D. 43,23,1,15 Ulp. 71 *ad ed.*: *Deinde ait praetor: 'Quod in cloaca publica factum sive ea immisum habes, quo usus eius deterius sit fiat, restituas. item ne quid fiat immittaturve, interdicam.'*), nel cui testo edittale è sì presente il richiamo espresso al deterioramento dell'uso ma nel cui commento ulpiano, quantomeno nella parte a noi pervenuta, è assente l'interpretazione lemmatica del termine *deterius*; e, soprattutto, il commento all'interdetto *de locis publicis* (riportato in D. 43,8 2 pr. Ulp. 68 *ad ed.*: *Praetor ait: 'Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. de eo, quod factum erit, interdictum non dabo.'*), in ragione dell'assenza del riferimento testuale al deterioramento e, viceversa, in ordine all'espresso richiamo al danno arrecato a taluno, che impedisce di poter qualificare come popolare tale interdetto; salvo che – come ha dimostrato A. DI PORTO, *Res cit.*, – non si scorcano, nei molteplici indizi relativi alla popolarità dell'interdetto in questione, i segni di una «stratificazione», e quindi di un mutamento subito dal testo interdittale che «in una prima formulazione» non avrebbe contemplato l'inciso *qua ex re quid illi damni detur*, vedendo così la propria legittimazione ad agire mutare, con il graduale passaggio da un 'modello repubblicano' ad un 'modello imperiale' di tutela delle *res in usu publico*, da popolare a specifica. Per le critiche a questa interpretazione, che non sembrano però coglierne l'aspetto diaconico e 'stratigrafico', si veda da ultimo M. FALCON, *Alcune considerazioni cit.*, 689 s. A tal proposito, è interessante notare che, così come l'interdetto *de locis publicis* può essere attivato solo da colui il quale dichiara essere esposto ad un danno a fronte del *facere* o *immittere* di un terzo, anche la concessione in via utile del corrispondente interdetto a fronte del *molem proicere in mare* sia coerentemente possibile per Ulpiano solo in ragione del *damnum* patito da taluno (D. 43,8,2,8 Ulp. 68 *ad ed.*).

D. 43,8,2,31-32 Ulp. 68 *ad ed.*

*Deinde ait praetor: 'quo ea via idque iter deterius sit fiat' (...) (32) Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus eius ad commeandum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum, ut, cum plane fuerit, clivosa fiat vel ex molli aspera aut angustior ex latiore aut palustris ex sicca.*

nonché in punto di commento al testo dell'interdetto *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* (riportato in D. 43,12,1 pr. e commentato in relazione al lemma *deterior* in D. 43,12,1,14-15):

D. 43,12,1 pr. Ulp. 68 *ad ed.*

*Ait praetor: 'Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat'.*

D. 43,12,1,14-15 Ulp. 68 *ad ed.*

*Ait praetor: 'iterque navigii deterius fiat'. (...) (15) Deterior statio itemque iter navigio fieri videtur, si usus eius corrumpatur vel difficilior fiat aut minor vel ravior aut si in totum auferatur. proinde sive derivetur aqua, ut exiguior facta minus sit navigabilis, vel si dilatetur, aut diffusa brevem aquam faciat, vel contra sic coangustetur, et rapidius flumen faciat, vel si quid aliud fiat quod navigationem incommodet difficiliorumve faciat vel prorsus impediatur, interdicto locus erit.*

A mio avviso, è proprio allorquando il testo edittale fa riferimento al deterioramento dell'uso e non anche all'impedimento subito da taluno che il carattere diffuso, sotto forma di popolarità, della legittimazione ad agire emerge come necessità tecnica prima ancora che ideologica: infatti, nel testo del comando pretorio è assente un qualsiasi riferimento al legittimato attivo ogni qual volta gli effetti della condotta illecita non permettono, secondo gli schemi privatistici, una predeterminazione dell'offeso e quindi l'individuazione di uno specifico legittimato ad agire<sup>65</sup>.

Ogni qual volta l'effetto del *facere* o dell'*immittere* è il generico deterioramento dell'uso della *res in usu publico* (*deterius* o *deterior sit fiat*) e non invece lo specifico impedimento a taluno di usare la medesima *res* (*minus illi ... liceat*), il legittimato attivo è indeterminabile e resta indeterminato anche a seguito del sorgere del pericolo che qualcuno tenga la condotta illecita (interdetti proibitori) o addirittura dopo il compimento della medesima (interdetti restitutori) e, quindi, prima dell'esperimento dell'interdetto stesso, perché con l'atto qualificabile come illecito *iure praetorio*, in via di compimento o già compiuto, non viene leso un interesse individuale ma generale e, pertanto, la legittimazione ad agire non può che avere carattere diffuso.

<sup>65</sup> Segue – sulle orme di una «tradizione dottrinale consolidata» – il criterio discretivo dell'assenza, nel testo dell'interdetto, di una menzione del legittimato attivo per scorgerne la legittimazione a carattere popolare G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001, 138 e nt. 100, dove riferimenti alla precedente bibliografia.

A riprova di ciò – a mio avviso – stanno i ragionamenti interpretativi appena richiamati di quei giuristi, Labeone e Celso e, tramite loro, Ulpiano, che estendono l'applicabilità degli interdetti a legittimazione popolare, previsti per la tutela delle *res in usu publico*, soltanto ai casi di deterioramento e non anche in caso di impedimento dell'uso di *res* in altro modo classificate, come, per l'appunto, le *res communes omnium*.

b) Tale prova è corroborata dal fatto che i giuristi escludono l'applicabilità degli interdetti a legittimazione popolare a cui è preferito l'esperimento dell'*actio iniuriarum* soltanto in caso di avvenuto impedimento dell'uso a taluno, tanto di *res in usu publico* quanto di *res communes omnium*<sup>66</sup>.

Infatti, strettamente legato al frammento celsino su richiamato – e la qual cosa non deve essere sfuggita ai compilatori i quali, probabilmente per tal motivo, ad esso lo hanno fatto seguire – è il già citato e commentato testo di Cervidio Scevola dove si risponde che anche sul lido del mare è lecito per tutti gli uomini edificare. La novità dell'interpretazione scevoliana non sembra tanto risiedere nel riferimento al lido (al quale, d'altra parte, allude lo stesso Celso nella parte finale del frammento su citato) quanto piuttosto nel limite posto a tale particolare forma di utilizzo: l'impedimento – e non semplicemente il deterioramento – dell'uso che, come si è visto, viene da Scevola qualificato esclusivamente come «pubblico».

D. 43,8,4 Scaev. 5 resp.

*Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impeditur.*

Conformemente a questo punto di vista, in caso di impedimento a taluno della pesca, della navigabilità o, più in generale, dell'uso del mare e dei lidi, sono gli stessi giuristi ad asserire, con un particolare rigore, che il soggetto impedito avrebbe potuto ottenere tutela attraverso l'esperimento dell'*actio iniuriarum* e non tramite l'attivazione degli interdetti a legittimazione popolare:

D. 43,8,2,9 Ulp. 68 ad ed.

*Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.*

D. 47,10,13,7 Ulp. 57 ad ed.

*Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniu-*

<sup>66</sup> La possibilità di esperire l'*actio iniuriarum* anche con riferimento alle *res communes omnium*, oltre che alle *res in usu publico* e alle *res privatae*, non credo dipenda dalla «valorizzazione» per le *res communes* dell'aspetto della titolarità (*omnium*) a discapito di quello dell'uso (*omnibus*) – come affermato da R. MARINI, *Mare* cit., 289 ss. – bensì dall'effetto dannoso che taluno (rispetto a una cosa 'comune', 'in uso pubblico' o 'privata') abbia subito: l'impedimento.

*riarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. (...) si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari pro h i b e a m, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari pro h i b e r i: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum pro h i b e r i potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis pro h i b e r i possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis pro h i b e a t u r, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem pro h i b e r e possum.*

L'*actio iniuriarum* è però contemplata per il caso in cui l'impedimento sia stato compiuto e quindi è volta, in ragione della penalità dell'azione, a punire e non a prevenire l'impedimento. Con riferimento alle *res in usu publico*, infatti, sono previsti nell'editto interdetti specifici in caso di impedimento dell'uso della *via publica* o della navigabilità del *flumen publicum*.

D. 43,8,2,45 Ulp. 68 *ad ed.*

*Praetor ait: 'Quo minus illi via publica itinere publico ire agere liceat, vim fieri veto'.*

D. 43,14,1 pr. Ulp. 68 *ad ed.*

*Praetor ait: 'Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdicam'.*

L'affinità tra i due interdetti, costruiti sulla clausola del *vim fieri veto*<sup>67</sup>, è asserita espressamente nel commento al secondo dallo stesso Ulpiano, il quale individua nella proibizione a taluno (*illi*), e quindi nell'impedimento, il fattore comune della duplice previsione edittuale<sup>68</sup>:

D. 43,14,1,1 Ulp. 68 *ad ed.*

*Hoc interdicto prospicitur, ne quis flumine publico navigare prohibeatur: sicuti enim ei, qui via publica uti prohibeatur, interdictum supra propositum est, ita hoc quoque proponendum praetor putavit.*

In tutti questi casi, ci troviamo di fronte ad una legittimazione specifica in quanto solo colui il quale asserisca di aver subito – a fronte dell'esercizio dell'*actio iniuriarum* – o di rischiare di subire – a fronte dell'attivazione del relativo interdetto proibitorio – un impedimento nell'uso della cosa è legittimato ad agire.

<sup>67</sup> Sulla quale resta un punto fermo l'opera di L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, *passim*.

<sup>68</sup> Cfr. A. SCHIAVON, *Interdetti cit.*, 276.

Riacciando ora il discorso all'estensione della legittimazione ad agire agli *omnes homines*, tale eventuale estensione in caso di impedimento sembrerebbe presupporre un diritto sostanziale, in quanto agli stranieri verrebbe riconosciuta una specifica posizione giuridica soggettiva. Sotto questo profilo, lo straniero sarebbe infatti portatore di una *utilitas* individuale che gli verrebbe riconosciuta come meritevole di tutela per diritto delle genti, secondo un'accezione dello *ius gentium* più vicina allo *ius naturale*.

Viceversa, è solo allorquando fossero stati, per diritto delle genti, estesi ai non cittadini gli strumenti di tutela a legittimazione diffusa, già previsti per tutelare l'uso di tutti i cittadini dal deterioramento, che l'estensione non sembra presupporre un diritto sostanziale perché non verrebbe riconosciuta a ciascuno di essi una posizione giuridica soggettiva: in questo secondo caso lo straniero si sarebbe fatto portatore di una *utilitas* generale non in ragione della sua condizione di uomo-individuo ma in ordine alla sua appartenenza alla comunità di riferimento, non già quella dei cittadini membri del popolo romano ma quella degli uomini membri di tutte le «genti umane», secondo un'accezione dello *ius gentium* più vicina allo *ius civile*.

L'indeterminabilità della posizione giuridica soggettiva lesa comporta la necessità di circoscrivere la legittimazione ad agire riconducendola all'appartenenza del legittimato ad una collettività, che di regola è *iure civitatis* quella del popolo romano ma che può eccezionalmente anche essere *iure gentium* quella di ciascun'altra gente umana.

Pertanto, per quel che riguarda in modo specifico i testi dove si fa espresso riferimento alle *res publicae iuris o iure gentium*, è possibile che, in una prima fase, l'estensione della tutela ai *peregrini* fosse stata circoscritta al solo impedimento e quindi limitata alla concessione di interdetti a legittimazione specifica e non già popolare (come, ad esempio, l'interdetto *quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto* da esperire contro l'impedimento di *agere* e di *ire* sulla via pubblica), rappresentando il riferimento allo *ius gentium* – non ancora perfettamente distinto dallo *ius naturale* – un'ancora giuridica comunque utile a giustificare tale estensione sul piano sostanziale, come sembrano dimostrare gli espliciti riferimenti all'impedimento in Cicerone (*prohibent* in Cic. *off.* 3,47). Mentre solo in un secondo momento – attraverso alterne interpretazioni e proposte di bilanciamento<sup>69</sup> nonché generici riferimenti alla pubblicità e alla libertà dell'uso aperto agli uomini di tutte le genti<sup>70</sup> – sembrano esser-

<sup>69</sup> Si veda ad esempio come l'uso generale del mare e dei lidi per diritto delle genti trovi un limite, per Celso (D. 43,8,3,1 Cels. 39 *dig.*), nel deterioramento dell'uso per tutti gli uomini e, per Scevola (D. 43,8,4 Scaev. 5 *resp.*), nell'impedimento dell'uso per tutti i cittadini; o ancora il bilanciamento tra l'uso individuale-privato e l'uso individuale-comune dei lidi del mare fondato sul solo impedimento per Marciano (D. 1,8,4 pr. Marcian. 3 *inst.*).

<sup>70</sup> D. 1,8,5 pr. Gai. 2 *rer. cott.*; D. 18,1,51 Paul. 21 *ad ed.*; D. 41,3,45 pr. Pap. 10 *resp.*; I. 2,1,4-5.

si affacciati alcuni tentativi, per la verità non troppo espliciti e coraggiosi, volti a riconoscere anche agli *omnes homines* un uso generale da tutelare anche in punto di deterioramento con la concessione di interdetti a legittimazione popolare e non solo specifica (come, ad esempio, l'interdetto *ne quid in mari inve litore quo portus, statio iterve navigio deterius fiat* da esperire contro il deterioramento della navigabilità nel mare), come sembrano dimostrare i relativi riferimenti al deterioramento in Labeone e Celso (Lab. in D. 43,12,1,17 Ulp. 68 *ad ed.* e D. 43,8,3 pr.-1 Cels. 39 *dig.*).

### 3. Deterioramento dell'uso e tutela della salubritas tra utilitas publica e utilitas hominum

#### 3.1. Deterioramento dell'uso, inquinamento e utilitas publica

Come dimostrato dagli studi di Andrea Di Porto<sup>71</sup>, sugli strumenti previsti per evitare il deterioramento delle *res in usu publico* si innesta la disciplina della tutela della *salubritas*<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> A. DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone I. Acque*, in *BIDR*, 91, 1988, 459 ss. e *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone II. Cloache e salubrità dell'aria*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990, 271 ss. poi confluiti nel volume *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza, I, Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990; Id., *Inquinamento e tutela delle res in usu publico*, in P. MADDALENA – A. POSTIGLIONE (a cura di), *Il diritto umano all'ambiente. Ipotesi di modifiche costituzionali*, Atti di convegno di Erice (24-26 maggio 1992), Trapani, 1992, 276 ss. ora in *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino, 2014, 3 ss.; Id., *La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda repubblica e primo impero. Linee di un 'modello'*, in *Societas-ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, 1999, 43 ss. = *I 'rifiuti' a Roma fra repubblica e impero*, in *Salubritas e forme cit.*, 83 ss.; A. DI PORTO – L. GAGLIARDI, *Prohibitions concerning polluting discharges in Roman law*, in A. GRIECO – S. IAVICOLI – G. BERLINGUER, *Contributions to the History of Occupational and Environmental Prevention* (Rome, 4-6 October 1998), Amsterdam-Lausanne-New York *et al.*, 1999, 121 ss.

<sup>72</sup> Le pionieristiche ricerche di Andrea Di Porto (anche se qualche primissimo spunto si può rintracciare in E. NARDI, *Inquinamento e diritto romano*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, III, Milano, 1984, 755 ss.) e l'eco – anche critica – che ne è derivata (A. BURDESE, *Tutela privatistica dell'ambiente e diritto romano*, in *Riv. dir. civ.*, 35, 1989, 505 ss.; B. KUPISCH, *Recensione a A. DI PORTO, La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone*, in *Iura*, 41, 1990, 138 ss.; F. MUSUMECI, *Tuella dell'ambiente e diritto romano*, in *Index*, 20, 1992, 564 ss.; H. WIELING, *Recensione a A. DI PORTO, La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone*, in *Gnomon*, 64, 1992, 645 ss.; R. SOTTY, *Recensione a A. DI PORTO, La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo di Labeone*, in *Latomus*, 53, 1994, 198 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'interdetto 'quod vi aut clam'*, in *Index*, 21, 1993, 231 ss. = *Ai margini della proprietà fondiaria*<sup>2</sup>, Roma, 1996, 1 ss.) hanno inaugurato un ricco filone di ricerche sul 'diritto ambientale romano', per le quali, per tutti, si vedano i più recenti studi di L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica*, Torino, 2009, spec. 103 ss. e M. FIORENTINI, *Natura cit., passim* dove ulteriori riferimenti bibliografici, tra i quali sono da segnalare I. FARGNOLI, *Spectant victores ruinam naturae* (*Plin. nat. hist. 33.73*). *Reazioni all'inquinamento in diritto romano*, in *European Legal Roots*, 2, 2013, 227 ss. e EAD., *Ruina naturae e diritto romano*, in *TSDP*, 8, 2015, 1 ss.

I problemi di inquinamento da affrontare, tra tarda repubblica e primo impero, sono principalmente il problema dello scarico dei rifiuti e della corretta canalizzazione delle acque sporche, il problema della salubrità dell'aria e, infine, il problema della purezza delle acque pulite e della conservazione delle condizioni naturali dei fiumi<sup>73</sup>.

Per quel che riguarda gli strumenti processuali relativi a questi problemi, oltre agli interdetti a tutela delle cloache, che furono creati dal pretore direttamente per difendere la salubrità delle città<sup>74</sup>, gli altri interdetti che il pretore ha introdotto a generale tutela delle *res in usu publico* vengono 'piegati' dall'interpretazione giurisprudenziale per soddisfare le esigenze di difesa della salubrità e quindi applicati dal pretore a casi specifici di deterioramento delle *res in usu publico*.

Come si è anticipato poco fa, a tutela delle vie e dei passaggi pubblici è a noi pervenuta la testimonianza di una specifica coppia di interdetti, l'uno proibitorio (D. 43,8,2,20 Ulp. 68 *ad ed.*) e l'altro restitutorio (D. 43,8,2,35 Ulp. 68 *ad ed.*), con i quali il pretore intendeva evitarne il deterioramento dell'uso pubblico.

Sulla più recente raccolta di scritti di Andrea Di Porto si vedano anche le considerazioni recensorie di R. KAMIŃSKA, *Recensione a A. DI PORTO, Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, in *Zeszyty Prawnicze*, 16.4, 2016, 221 ss.

<sup>73</sup> A. DI PORTO, *Salubritas* cit., 3 ss.

<sup>74</sup> Tra gli interdetti del pretore che sembrano direttamente finalizzati a tutelare la *salubritas*, spiccano gli interdetti *de cloacis*: uno proibitorio, volto a tutelare l'attività di pulizia e manutenzione delle cloache private, e uno restitutorio e popolare, finalizzato alla riduzione in pristino di ciò che sia stato fatto o immesso nella cloaca pubblica sì da renderne peggiore l'uso (D. 43,23,1 pr. Ulp. 71 *ad ed.*; D. 43,23,1,15 Ulp. 71 *ad ed.*). Il pretore, sia con l'interdetto proibitorio *de cloacis privatis* sia con quello restitutorio *de cloacis publicis* sembrerebbe avere di mira un preciso obiettivo: evitare che le cloache provochino inquinamento. Infatti, la costruzione di cloache rappresenta la soluzione urbanistica che notoriamente i Romani offrirono al problema dell'inquinamento, prodotto dall'incipiente sovraffollamento delle città e dal precoce sviluppo commerciale tra tarda repubblica e primo impero, e pertanto le cloache rappresentano una garanzia per la salubrità dell'aria. Ma la rete di cloache può costituire, a sua volta, una fonte di inquinamento, qualora una cloaca si trovi, ad esempio, in uno stato di non perfetto funzionamento oppure sversarsi in un luogo pubblico. Per salvaguardare la salubrità dell'aria, dunque, non è sufficiente costruire nuove cloache (su cui D. 43,23,2 Ven. 1 *interd.*), ma è altresì necessario evitare che le stesse cloache inquinino, favorendone la manutenzione da parte dei privati e impedendone il deterioramento dell'uso pubblico. Coticché appaiono del tutto comprensibili le motivazioni che Ulpiano adduce a giustificazione della previsione dell'interdetto *de cloacis publicis*: *Hoc interdictum ad publicas cloacas pertinet, ne quid ad cloacam immittas neve facias, quo usus deterior sit neve fiat.* (D. 43,23,1,16 Ulp. 71 *ad ed.*). E, ancor di più, dell'interdetto *de cloacis privatis*: *Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur.* (D. 43,23,1,2 Ulp. 71 *ad ed.*). Per questa interpretazione, A. DI PORTO, *Salubritas* cit., 3 ss. Si vedano però anche le considerazioni di M. GIAGNORIO, *Cittadini e sistemi fognari nell'esperienza romana*, Bari, 2020, *passim*, preceduto da M. FIORENTINI, *Cloache e sanità urbana nello specchio del diritto*, in *Index*, 46, 2018, 320 ss.

È proprio su questi, e in modo particolare sul concetto di peggioramento e deterioramento dell'uso, che si innestano le note e studiate interpretazioni estensive di Labeone e Nerva padre<sup>75</sup>.

Labeone prende in considerazione il caso che taluno faccia sboccare su una via pubblica (*in viam publicam*) una cloaca e per tal motivo renda la via *minus habilis*, cioè ne renda peggiore l'uso.

D. 43,8,2,26 Ulp. 68 *ad ed.*

*Si quis cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum Labeo scribit: immississe enim eum videri.*

Il giurista augusteo ritiene applicabile l'interdetto popolare a tutela delle vie e dei passaggi pubblici, a seconda dei casi, quello proibitorio o il corrispondente restitutorio, perché sussume nella condotta *immittere* prevista dall'interdetto anche lo sversamento della cloaca nella via pubblica.

Nerva padre, invece, ritiene applicabile l'interdetto a tutela delle vie pubbliche (o dei luoghi pubblici, la sostanza non cambia)<sup>76</sup>, al caso in cui il *locus* divenga *pestilentiosus* «solo odore», quindi a prescindere da quale fonte derivi l'odore pestifero (sversamento di cloaca o, ad esempio, esalazioni da attività produttive) e quindi il deterioramento.

D. 43,8,2,29 Ulp. 68 *ad ed.*

*Idem [scil. Nerva] ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.*

Si dà così piena e autonoma rilevanza all'inquinamento del luogo pubblico o della via pubblica il cui uso si considera deteriorato per la sola circostanza che l'aria risulti fortemente inquinata.

<sup>75</sup> A. DI PORTO, *Salubritas* cit., 18 e nt. 26; 79 e nt. 66.

<sup>76</sup> A. DI PORTO, *Salubritas* cit., 18 e nt. 27 (ma qualora si propenda per quello a tutela dei luoghi pubblici si deve necessariamente sostenere – con A. DI PORTO, *Res* cit., 27 ss. – che al tempo di Nerva Padre l'*interdictum de locis publicis* avesse un tenore letterale differente rispetto a quello a noi pervenuto in D. 43,8,2 pr. Ulp. 68 *ad ed.*, dove per l'appunto si fa riferimento ad un danno arrecato a «taluno» – *illi damni detur* – e non al deterioramento dell'uso: altrimenti l'interpretazione estensiva del giurista non sarebbe stata sostenibile). Infatti, si deve concordare con M. FIORENTINI, *Spunti* cit., 99 quando afferma che è «l'analisi dei profili di legittimazione attiva dei mezzi giudiziari di tutela» a doversi considerare «fondamentale per verificare la loro attitudine a servire come forme di tutela ambientale», in quanto se «i mezzi a legittimazione popolare possono essere dai noi moderni interpretati in questo senso», «per quelli consentiti solo al diretto interessato la conclusione 'ambientalistica' può senz'altro essere esclusa». Ma credo sia altresì necessario specificare che non è tanto la legittimazione popolare in sé e per sé a giustificare la tutela della *salubritas* quanto il riferimento tecnico al deterioramento, che d'altra parte giustifica la popolarità, a permettere, da un punto di vista prettamente tecnico, l'estensione dei relativi strumenti di tutela anche ai casi di inquinamento delle *res in usu publico* in quanto specifica forma di deterioramento.

Dato il carattere popolare degli interdetti in questione, il *civis* si troverebbe a svolgere un ruolo attivo nella tutela della salubrità delle *viae publicae* e dei *loca publica*.

In queste interpretazioni estensive si intravedono le linee di una generale concezione della tutela della salubrità delle *viae publicae* e dei *loca publica*, che affonda le sue radici – come si è visto – nei principi e nei valori propri del ‘modello’ repubblicano, in quanto affida al cittadino un ruolo di primo piano nella tutela direttamente delle *res in usu publico* e indirettamente della loro salubrità, evitandone le forme di inquinamento o rimuovendone gli effetti.

Ma lo strumento processuale adottato, oltre ad essere corrispondente ad una concezione tipicamente repubblicana del *populus* e quindi delle *res in usu publico* che vede attribuire al cittadino un ruolo attivo nella loro tutela, presenta, sul piano della tutela della *salubritas*, anche un’efficienza e un’efficacia che derivano dall’ampiezza del suo ambito di applicazione e dalla varietà di eventi dannosi che, per tal via, si possono sanzionare.

In primo luogo, l’efficienza si misura attraverso le parole utilizzate dal pretore nel testo interdittale grazie alle quali vengono soddisfatti quelli che oggi, in materia ambientale, prendono il nome di principio di ‘precauzione’ e di ‘prevenzione’: con il «*fiat*» si può prevedere un danno futuro e incerto (che richiama il principio di precauzione), mentre con il «*sit*» si può prevedere un danno futuro e certo (che ricorda il principio di prevenzione)<sup>77</sup>.

In secondo luogo, l’efficacia si misura con il riferimento testuale, tipico degli interdetti *de viis itineribusve publicis*, al deterioramento dell’uso (*deterius*) che permette l’applicazione estensiva di questi interdetti anche ai casi di inquinamento, estensione impossibile in caso di interdetti volti a tutelare l’uso dall’impedimento.

Da tutto ciò si evince, non solo che la tutela della *salubritas* è strettamente legata al regime processuale delle *res in usu publico*, con specifico riferimento a quella tutela che preserva indistintamente l’uso di tutti i cittadini dal deterioramento, ma anche e soprattutto che la tutela della *salubritas* è, analogamente ad ogni *res publica*, ‘cosa del *populus*’, in quanto di utilità per tutto il popolo.

Inoltre, il legame tra *populus* e *salubritas* si manifesta in modo specifico da un insieme di lessemi utilizzati dal giurista severiano Ulpiano nel commento agli interdetti a tutela delle cloache private.

«Salute pubblica» e «sicurezza pubblica» sono i motori degli interventi del pretore volti a tutelare la manutenzione e lo spurgo delle cloache. La *purgatio* e la *refectio* delle cloache sono rivolte alla «pubblica utilità» e sono finalizzate a garan-

<sup>77</sup> Così chiaramente in D. 43,8,2,31 Ulp. 68 *ad ed.*: *Deinde ait praetor: 'quo ea via idque iter deterius sit fiat'. hoc sive statim deterior via sit, sive postea: ad hoc enim pertinent haec verba 'sic fiat': etenim quaedam sunt talia, ut statim facto suo noceant, quaedam talia, ut in praesentiarum quidem nihil noceant, in futurum autem nocere debeant.*

tire «la salubrità e la tutela delle città» (D. 39,1,5,11 Ulp. 52 *ad ed.*; D. 43,23,1,2 Ulp. 71 *ad ed.*; D. 43,23,1,7 Ulp. 71 *ad ed.*)<sup>78</sup>.

Qui il riferimento continuo al concetto di 'pubblico' richiama la nozione di 'popolo' da cui, come è noto, il termine pubblico deriva. E i termini 'popolo' e 'pubblico', secondo un'accezione tipicamente repubblicana, contengono l'idea di 'comune' così come quello di 'utilità pubblica' contiene il concetto di 'comunanza di utilità'<sup>79</sup>.

### 3.2. *Deterioramento dell'uso, inquinamento e utilitas hominum*

L'ancoramento della tutela della *salubritas* all'*utilitas publica* permette – alla luce dei richiami allo *ius gentium* operati da alcuni giuristi in relazione all'estensione dell'uso a tutti gli uomini – di azzardare un parallelismo con l'*utilitas hominum*.

D'altra parte, più in generale, la tutela delle *res in usu publico* è strettamente legata all'utilità degli uomini in quanto sono gli stessi interdetti previsti alla loro tutela ad essere inclusi, nella relativa classificazione, proposta dai giuristi d'età severiana Paolo e Ulpiano, all'interno di quelli costituiti *hominum causa* o *de rebus hominum*:

D. 43,1,2,1 Paul. 63 *ad ed.*

*Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione (...). hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa (...). publicae utilitatis causa competit interdictum 'UT VIA PUBLICA UTI LICEAT' et 'FLUMINE PUBLICO' et 'NE QUID FIAT IN VIA PUBLICA' (...).*

D. 43,1,1 pr. Ulp. 67 *ad ed.*

*Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. (...) de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. (...) quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. (...).*

Si tratta ad ogni modo di un principio cardine che governa il sistema romanistico: il diritto è costituito per gli uomini (*hominum causa*) e la loro utilità (*pro*

<sup>78</sup> Sul «circuito» tra *utilitas publica* e *ius naturale*, si veda più di recente J.F. STAGL, *Utilitas publica, ius naturale y protección de la natura*, in L. DI CINTIO – F. FASOLINO – A. ORIOLO (a cura di), *Ambiente e diritto: dogmi moderni, prassi antica*, Atti dell'incontro di studi (Salerno, 6 dicembre 2022), Milano 2023, 281 ss. spec. 297 ss. Sull'*utilitas publica* nel pensiero dei giuristi romani, con particolare riferimento alle *res in usu publico*, si vedano gli studi di R. SCEVOLA, 'Utilitas publica', II, *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova 2012, spec. 75 ss.

<sup>79</sup> Sul concetto di «comunanza di utilità» diverso da quello di «utilità comune» si veda R. SCEVOLA, *Utilitas* cit., 75 ss.

*utilitate hominum*), come viene dichiarato plasticamente in due frammenti riconducibili a due giuristi della tarda età severiana, Modestino ed Ermogeniano.

D. 1, 3, 25 Mod. 8 resp.

*Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.*

D. 1, 5, 2 Hermog. 1 *iuris epit.*

*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit (...).*

L'introduzione di nuovo diritto, l'interpretazione e la relativa applicazione di quello già introdotto non possono andare contro l'utilità e a svantaggio degli uomini, in quanto tutto il diritto viene costituito per essi.

Il fatto che in queste circostanze i giuristi facciano riferimento alla *hominum causa* e all'*utilitas hominum* e quindi agli uomini in generale e non ad una particolare categoria di uomini liberi – cittadini o stranieri – (seppure in chiave di contrapposizione, in un caso, con la *divini iuris causa*) sta a mio avviso ad indicare la visuale d'insieme dalla quale muovevano le loro riflessioni sul punto che potrebbe aver rappresentato la premessa teorica da cui far discendere, da parte di alcuni di essi, la conseguenza logica dell'applicabilità degli strumenti di tutela previsti per i *cives* anche ai *non cives*.

4. *L'estensione ex iure gentium agli omnes homines della legittimazione attiva agli interdetti popolari contro il deterioramento (e l'inquinamento) dell'uso delle res in usu pubblico e delle res communes omnium: possibili soluzioni tecniche nell'ambito della procedura per formulas*

L'accessibilità di tutti gli uomini alla tutela interdittale, oltre che essere possibile, di fronte al tribunale del pretore peregrino, in ordine alle regole del processo formulare e alla disciplina dei mezzi ausiliari di natura pretoria, è giustificata dalla dimensione umana dell'uso pubblico di queste *res* e dalla causa per la quale competono gli interdetti a tutela delle *res* in uso pubblico.

Per quanto concerne la possibilità di estendere anche ai *peregrini* la legittimazione ad attivare gli interdetti previsti dal pretore per la tutela delle *res in usu pubblico*, si deve ritenere che gli stranieri non potessero intentare strumenti di tutela popolari in ragione della loro incapacità di diritto pubblico<sup>80</sup>. Per ovviare a questo impedimento potrebbe essere intervenuto il pretore peregrino con il suo editto optando per gli strumenti che la tecnica formulare offriva: si potrebbe pensare – ma siamo nel campo delle mere congetture – ad un uso della *fictio*

<sup>80</sup> G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1, *Il processo formulare*, Milano 1963, 296.

*civitatis (si civis Romanus esset)*<sup>81</sup>, da accludere nella susseguente *formula* eventualmente richiesta e ottenuta dal destinatario o anche dall'impetrante l'interdetto, ogni qual volta fosse stato ritenuto dal pretore «giusto» che la relativa tutela venisse «estesa anche allo straniero» (Gai. 4,37), soccorrendo quei *peregrini* che avessero inteso agire in via interdittale per tutelare l'uso pubblico a loro estensivamente riconosciuto per diritto delle genti o anche garantendo ai *cives* la medesima tutela di cui avrebbero goduto, per diritto di cittadinanza, contro i concittadini<sup>82</sup>.

Pertanto, il riferimento allo *ius gentium* sembra servire a giustificare a posteriori l'estensione della legittimazione (attiva ma anche passiva) ai non cittadini di uno strumento di tutela originariamente riservato ai *cives* piuttosto che a qualificare a priori come di 'diritto delle genti' le relative posizioni giuridiche soggettive<sup>83</sup>.

##### 5. Conclusioni: la tutela della *salubritas dai cives agli homines, al di là della persona giuridica*

Da ciò discende che la tutela della *salubritas*, che sulla disciplina processuale delle *res in usu publico* viene a modellarsi attraverso le previsioni edittali pretorie ma anche e soprattutto tramite le estensioni interpretative dei giuristi, può

<sup>81</sup> Su cui si vedano gli esaustivi rilievi di E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 304 ss.

<sup>82</sup> Si tratta di una possibilità che gode di qualche riscontro nelle fonti. Infatti, in relazione alla cosiddetta 'proprietà peregrina' – riconosciuta ai *peregrini* che avessero acquistato una *res* con un modo d'acquisto della proprietà di diritto delle genti o a quegli stranieri muniti dello *ius commercii* che avessero concluso un negozio d'acquisto di diritto civile – la dottrina romanistica si è espressa proprio nel senso di un possibile utilizzo estensivo della *fictio civitatis* per le azioni reali a favore dello straniero, in quanto già attestata esemplificativamente (*velut*) da Gaio per l'*actio furti* e l'*actio legis Aquiliae* ma applicabile in via di principio ogni qual volta fosse «giusto che quella azione [venisse] estesa anche allo straniero» (Gai. 4,37; *ex multis* M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo, 1994, 353). Poiché l'assenza di cittadinanza non impedisce allo straniero di essere attore o convenuto nell'ambito di azioni penali o reali, non vi dovrebbero essere impedimenti per ipotizzare la medesima legittimazione anche nelle azioni o interdetti popolari. D'altra parte, già Cicerone – come abbiamo visto – aveva dichiarato quanto fosse «inumano» (e quindi ingiusto) proibire l'uso della città agli stranieri (Cic. *off.* 3,47: *Male etiam, qui peregrinos urbibus uti prohibent (...)* *Usu vero urbis prohibere peregrinos, sane inhumanum est.*). Inducono a queste conclusioni anche le utili riflessioni di M. VINCI, *Appunti 'romanistici' in tema di diritto interculturale. Esperienza giuridica romana, figura del iurisconsultus e funzione del notaio*, in *Calumet*, giugno 2016, 11 s. e nt. 30.

<sup>83</sup> Se è vero che la *fictio civitatis* serve ad estendere ai *peregrini* istituti dello *ius civile* e non dello *ius gentium*, che agli stranieri già si applica (cfr. F. SERRAO, *La 'iurisdictio' cit.*, 42), è altresì vero che, in questi casi, l'attribuzione della qualifica di *ius gentium* a istituti riservati *iure civitatis* ai cittadini sembra assolvere ad una funzione giustificativa dell'estensione della relativa tutela processuale, in ragione della resistenza dell'aggettivo *publicus* che al *populus* e, quindi ai *cives*, si riferisce. Ad ogni modo, poiché è anche possibile che la funzione della *fictio civitatis* servisse al cittadino – e non allo straniero – ad assicurargli l'analoga posizione che egli avrebbe ricoperto se avesse citato in tribunale un altro cittadino e non uno straniero, l'estensione della tutela poteva avvenire anche contro e non a favore degli stranieri e quindi la qualifica di diritto delle genti dell'uso pubblico servire a garantire al cittadino la medesima tutela di cui avrebbe goduto contro i concittadini.

godere – nell’ambito del sistema romanistico – di una dimensione sia ‘popolare’ (*sub a*) sia ‘umana’ (*sub b*) che la allontanano dalle moderne astrattezze della persona giuridica.

a) Infatti – riguardo alla sua dimensione ‘popolare’ – poiché la *salubritas*, come la *res publica*, può dirsi cosa del popolo, in ragione dello stretto legame che in punto di diritto intercorre tra tutela della *salubritas* e tutela delle *res in usu publico*, e visto che, nella nozione stessa di popolo che ci viene tramandata dalle fonti giuridiche romane d’età repubblicana, il *populus* è un ‘tutto’ che resta il medesimo sebbene le sue componenti, le sue ‘parti’, cioè i cittadini, mutino con lo scorrere del tempo e il passare delle generazioni, la tutela attivata da un cittadino ‘di oggi’ avrebbe potuto garantire la salubrità dei luoghi pubblici anche a favore di un cittadino ‘di domani’: perché se il centro di imputazione degli interessi coinvolti è il *populus* inteso come *plures-cives*, che – come si è visto – resta il medesimo nonostante il passare dei secoli e il mutare dei cittadini che ne fanno parte, la tutela a legittimazione popolare della *salubritas* delle *res in usu publico* è attivata per soddisfare l’*utilitas publica* che si estende anche all’interesse delle future generazioni di cui sarà composto il popolo di domani.

b) Anche per quel che riguarda la sua dimensione ‘umana’, le conclusioni possono essere le medesime.

Poiché l’uso pubblico può essere esteso a tutti gli uomini *ex iure gentium* e, di conseguenza, gli strumenti di tutela previsti per i cittadini possono altresì essere da tutti gli uomini esperiti in caso di deterioramento dell’uso e, quindi, di inquinamento e, visto che gli interdetti popolari sono classificati nell’ambito degli interdetti previsti per l’utilità degli uomini, a prescindere dalla loro cittadinanza, l’applicabilità di tali interdetti anche ai non cittadini permette di affermare, in punto di principio, che la *salubritas* non è solo ‘cosa del popolo’ ma è altresì ‘cosa di tutte le genti’ e la sua tutela soddisfa un’*utilitas* che è di tutti gli *homines*, in quanto l’inquinamento può essere un fattore di deterioramento dell’uso garantito anche a tutti gli uomini *ex iure gentium*.

La *salubritas*, come tutto il diritto, può dirsi costituita per l’utilità degli uomini, cittadini o stranieri che siano, e non – come si tende oggi – per la «persona giuridica», come «se questo ente soltanto pensato, che non può né godere, né sentire, avesse un’esistenza autonoma»<sup>84</sup>.

Dunque, da un punto di vista concettuale, le tendenze a personificare l’ambiente o ad attribuire soggettività giuridica alle entità naturali, anche per garantire questo tipo di tutela inter-generazionale e inter-nazionale, potrebbero con-

<sup>84</sup> R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Torino 1972, trad. it. a cura di M. LOSANO, 393 s.

durre a creare (o corroborare) una separazione e un allontanamento (già operato in età moderna dalle concezioni individualistiche dello Stato) tra i cittadini e gli uomini, da un lato, e la salubrità dell'ambiente, dall'altro, il cui legame è invece garantito dai principi del sistema giuridico romano<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Cfr. N. RAMPAZZO, *Salubritas e utilitas publica in diritto romano*, in G. CATALDI – A. PAPA (a cura di), *Ambiente, diritti ed identità culturale*, Napoli, 2006, 133 ss., il quale ha efficacemente posto in luce il confronto, che emerge dagli studi sulle tematiche ambientali, tra un approccio 'antropocentrico' e un altro 'ecocentrico', tra i quali il primo «prevale per motivi legati anche alla tradizione della [nostra] cultura giuridica», per la quale – come si è ricordato – «tutto il diritto *hominum causa constitutum (est)*» (D. 1,5,2 Herm. 1 *epit.*).

## LA NATURALEZA 'SOCIETARIA' DEL MUNICIPIO: DE SU GÉNESIS EN EL DERECHO ROMANO A SU RECEPCIÓN EN CUBA

ORISEL HERNÁNDEZ AGUILAR

**RESUMEN:** En la apuesta por un modelo de sociedad alternativo y contrahegemónico adquiere relevancia el legado municipalista romano. Para Cuba, que no está exenta de los peligros globalizadores, la importancia de un adecuado diseño de las instancias locales tiene el imperativo añadido de procurar, por su intermediación, nuclear las fuerzas socioeconómicas y culturales existentes en función de la construcción de un modelo de sociedad socialista. En tal empeño resulta útil examinar el grado de recepción que la concepción societaria municipal romana ha tenido en el contexto patrio. Consecuentemente, para conocer y analizar con objetividad la esencia y potencialidades de la institución ha de examinarse su naturaleza y, precisados los aspectos que la hacen ser tal, procurar la identificación de aquello que persiste hoy y que, luego de identificado, puede ser retomado.

**SINTESI:** Nell'impegno per un modello alternativo e contro-egemonico di società, l'eredità del municipio romano dimostra la sua importanza. Per Cuba, che non è esente dai pericoli della globalizzazione, l'importanza di un'adeguata progettazione delle autorità locali ha l'ulteriore imperativo di cercare, attraverso la loro intermediazione, di riunire le forze socio-economiche e culturali esistenti in termini di costruzione di un modello di società socialista. In questo sforzo, è utile esaminare il grado di ricezione che la concezione societaria municipale romana ha avuto nel contesto nazionale. Di conseguenza, per conoscere e analizzare oggettivamente l'essenza e il potenziale dell'istituzione, è necessario esaminarne la sua natura e, una volta precisati gli aspetti che la rendono tale, cercare di individuare ciò che persiste oggi e ciò che, una volta individuato, può essere ripreso.

**PALABRAS CLAVES:** Municipio; naturaleza jurídica; sociedad; Derecho Romano; República.

**PAROLE CHIAVE:** Municipio; natura giuridica; società; Diritto Romano; Repubblica.

**SUMARIO:** 1. Introducción. – 2. La naturaleza del municipio como 'sociedad'. – 3. Síntesis del tracto municipal no lineal, pero siempre presente, de Roma a Cuba. – 4. Conclusiones.

### 1. *Introducción*

El interés por el municipio no es nuevo, ni meramente idealista. La necesidad de una construcción local fuerte y con potencia contrahegemónica ha motivado disímiles aproximaciones a este instituto. Muchas de ellas han partido precisamente de procurar establecer sus elementos configuradores a fin de proyectar coherentemente los análisis subsiguientes. Se trata de determinar su naturaleza jurídica como paso previo y necesario para fundamentar cualquier reflexión posterior.

Respecto a la naturaleza jurídica, hay diversidad de enfoques<sup>1</sup>: el que la entiende como una esencia inmutable, un valor absoluto, que se mantiene en el tiempo; el que le atribuye falta de entidad por considerar que las instituciones jurídicas son una construcción resultante de una sociedad dada; y el que la asume como equivalente a ‘categoría’, ‘tipo’ o ‘género’.

Partiendo del examen de las posturas antes aludidas, en este trabajo se toma partido por una posición ecléctica que procura conciliar los aciertos de cada una de ellas. Si bien es indiscutible que el Derecho y sus categorías son el resultado de un contexto determinado y de la forma en que en el mismo se manifiestan las relaciones humanas que se elevan a la condición de jurídicas en una determinada sociedad, ello no desdice que existan ciertas regularidades que las distinguen, a lo largo del tiempo y/o en un momento dado.

Esas regularidades configuran los elementos que determinan lo invariable de la institución, aquello que pudiera describirse como su ‘esencia’, por cuanto permiten distinguirla e identificarla, haciéndola parte de un género. De ahí nace, adicionalmente, la posibilidad de que se puedan agrupar en clasificaciones categoriales más generales, que permiten encuadrarlas por rama del Derecho y/o régimen jurídico aplicable.

Todo lo anterior repercute en una comprensión de la naturaleza jurídica, según la cual, las normas no son en exclusiva las encargadas de perfilar la ‘esencia’ de una institución. Estas deben procurar coherencia con la dimensión fáctica del Derecho, acorde a la realidad y requerimientos de su época y sociedad asumiendo, además, que en el ejercicio intelectual que conlleva su ordenación intervienen la doctrina y la jurisprudencia como actividades válidamente reconocidas con capacidad para generar una comprensión jurídica de la realidad material.

Dado el particular objeto que centra la atención de las reflexiones subsiguientes, el municipio, la antes aludida comprensión de la naturaleza jurídica

<sup>1</sup> J.L. ESTÉVEZ, *Sobre el concepto de ‘Naturaleza jurídica’*, en *Anuario de filosofía del derecho*, 4, 1956, 159 ss.; C.A. CORNEJO GUERRERO, *La noción de naturaleza jurídica en el derecho moderno y su influencia en el código civil de 1984*, en *BIRA: Boletín del Instituto Riva-Agüero*, 24, 1997, 103 ss.; M.M. PÉREZ CONTRERAS, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra Ediciones S. A. y Universidad Nacional Autónoma de México, 2010; J. GÜITRÓN FUENTEVILLA, *Naturaleza jurídica del Derecho Familiar*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 63, 260, 2017, 263 ss.

repercute en la asignación de una responsabilidad relativa al legislador en la configuración de la identidad de la figura. A su vez, se hace notoria que la atribución de una u otra naturaleza jurídica implica efectos en el orden jurídico-práctico.

Según la tesis que aquí se asume, la de la naturaleza societaria del municipio desde su génesis en el Derecho Romano, entre las implicaciones que derivan de tal comprensión se encuentran el papel preponderante que corresponde a la colectividad, expresado en el contenido y alcance de la participación popular; la necesidad de autonomía como sustento para su dinámica funcional como ente organizativo; y su ubicación en el entramado de las relaciones de poder como instancia de base, pero articulada con el resto del sistema.

La relevancia en el contexto cubano de estudios de esta índole tiene dos vertientes. En primer lugar, Cuba no está exenta de los peligros de la globalización en cuanto proceso generador de uniformismo, que desdibuja la peculiaridad de los sujetos y sus sociedades conllevando al empobrecimiento cultural. A ello se suma, en segundo orden, la demanda de creación de instituciones locales con capacidad para nuclear las fuerzas socioeconómicas y culturales existentes en la construcción de un modelo de sociedad socialista. En tal empeño resulta útil examinar el grado de recepción que la concepción municipal romana ha tenido en el contexto patrio, de manera que sirva de referencia para proyecciones de perfeccionamiento futuro.

## 2. *La naturaleza del municipio como 'sociedad'*

La síntesis de aquello que le confiere un carácter específico a la República respecto a la democracia reside en su naturaleza societaria. La extensión de las reglas de este contrato a la organización política del *populus* se corrobora en citas conocidas de Gayo y Cicerón, las cuales arrojan luz sobre las diversas implicaciones de esta genial teoría que se hacen extensivas a la institución municipal.

En el pasaje de Gai. 3,154 sobre el origen y la naturaleza jurídica del contrato de sociedad, se afirma: «*Sed ea quidem societas. Id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit*»<sup>2</sup>.

En concordancia con esta idea, Suárez Blázquez sostiene que para el jurista romano «el contrato de sociedad es una institución que surge del orden natural. [...] El instinto natural de los seres vivos crea sociedades de ayuda y protección mutua. En este contexto, los hombres, en su condición de seres naturales, con independencia de su nacionalidad, se unen para lograr, mediante su esfuerzo, fines e intereses comunes. La sociedad no es una mera asamblea. La sociedad es, por naturaleza, un contrato consensual de aportación para la consecución de fina-

<sup>2</sup> «Esta sociedad de que tratamos, esto es, la que se constituye por simple consensualidad, es de derecho de gentes, por consiguiente, vale para todos los hombres por razón natural». Según F. SAMPER, *Instituciones jurídicas de Gayo*, Santiago de Chile, 2000, 279.

lidad común»<sup>3</sup>. Por tales razones, las formas de organización social, dentro de las que se incluyen la República y los municipios siguen ese esquema.

Por su parte Cicerón expone en Cic., *De Rep.*, 1,25,39: «*res publica id est res populi. Populus autem non omnium hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*»<sup>4</sup>.

Al decir de Hecksweiler<sup>5</sup> la noción romana de *res publica* no designa la República en el sentido moderno del término, ni siquiera el Estado; es la ‘cosa del pueblo’, en contraposición a lo privado (*res privata*), y designa a este pueblo como una organización político-legal donde cada ciudadano, por su estrecha unión con la comunidad, es solidario con los demás, y se garantiza así su propia libertad y al mismo tiempo la del Estado. De esta afirmación sobresalen la identificación de la República con el pueblo, el carácter jurídico y ordenado del mismo en forma societaria y la relevancia para esta organización de dos elementos: la consensualidad jurídica y la utilidad común a toda la sociedad.

El pueblo, como colectividad, no se alienaba en otro individuo o institución, dada la ausencia de representación, en el sentido moderno del término, en el Derecho Romano. Ello se expresa en que dicha comunidad organizada de los ciudadanos romanos ostentaba, por ejemplo, la capacidad para ser titular no solo de derechos patrimoniales, sino potestades, pudiendo ser instituido heredero, propietario de bienes muebles e inmuebles, y capaz de concertar<sup>6</sup>.

La unidad con la que se manifiesta la pluralidad de hombres e intereses articulados dentro de la noción de *populus* se alcanza por el carácter jurídico y ordenado del mismo bajo la forma societaria. Así se corrobora en D. 3,4,1,1 (Gai. 3 *ad ed.*)<sup>7</sup>. Al respecto de este pasaje, Triscioglio refiere que ello evidencia que la *socie-*

<sup>3</sup> G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Perspectiva histórico-jurídica y económica de las sociedades de publicanos como instrumentos generadores de mercados de capitales financieros de deuda corporativa (pública y privada) y de participaciones en la Roma Clásica*, en *Revista jurídica Portuguesa*, 20, 2016, 51 y 52.

<sup>4</sup> «La cosa pública es la cosa del pueblo, no es pueblo toda congregación de hombres formada de cualquier manera, sino solamente la reunión cimentada en el pacto de justicia y en la comunidad de intereses y utilidad». Según A. MAI, *La República de Cicerón*, Madrid, 1848, 71.

<sup>5</sup> L. HECKETSWEILER, *Populus. Elements romains d'une restitution doctrinale de la categorie juridique*, en *Diritto e Storia*, 11, 2013. Recuperado de: <<http://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Hecksweiler-Populus-elements-romains-restitution-doctrinale.htm>>, en fecha 1 de junio de 2021.

<sup>6</sup> J.M. SERRANO RUIZ CALDERÓN, *Una aproximación a las fuentes doctrinales de la concepción savigniana de la persona jurídica*, Memoria para optar al grado de Doctor - Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, 25.

<sup>7</sup> «*Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat*»

«Más a los que se permitió corporación de colegio, sociedad, o de otra cosa cualquiera con este nombre, les es propio tener, a ejemplo de la República, bienes comunes, caja común, y apoderado o síndico, por medio de quien, como en la República, se trate y haga lo que deba tratarse y hacerse en comunidad». Según I.L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Los cincuenta libros del Digesto*, Barcelona, 1889, 321.

tas *publicanorum* y las ciudades se inspiraron en un modelo corporativo común, que por tanto estaba circulando entre lo 'privado' y lo 'público'<sup>8</sup>.

Esa voluntad concurrente y continuada, societaria, soporta el modelo de Derecho Público romano, haciéndolo posible por medio de la igualdad jurídica, que no material, por conducto de la condición de ciudadano. «Ciertamente, no se trata de una igualdad de fortunas ni de inteligencias, sino de derechos y deberes [...]. Sin esta igualdad jurídica no hay libertad, en el sentido antiguo de facultad para participar en la esfera política, ni menos aún gobierno del pueblo»<sup>9</sup>.

Todo ese entramado, responde a una finalidad de bien común. En Cic., *De Rep.*, 1,32,177 se propugna que «*Et vero negant oportere indomiti populi vitio genus hoc totum liberi populi repudiari: concordia populo, et omnia referente ad incolumitatem et ad libertatem suam, nihil esse immutabilius, nihil firmissus*»<sup>10</sup>.

La razón legitimadora de esta asociación de hombres con intereses privados, presumiblemente diferenciados, obedece a que esta forma de organización presenta una solución eficiente, participativa, para conducir a la articulación de las distintas voluntades concurrentes en un proyecto, inclusivo, dentro del cual los ciudadanos pueden procurar su utilidad individual a través de la utilidad colectiva. Un análisis de las características esenciales de la causa de las *societas* permite resaltar, a través de la lectura conjunta de los dos niveles conectados del *ius publicum* y del *ius privatum*, la relación fundamental, para la ciencia jurídica, entre la utilidad singular y la búsqueda de la utilidad común de los miembros, como comprueba Onida<sup>11</sup> en un extendido estudio.

Este esquema republicano, como consustancial al orden natural y funcional a los intereses populares, será observado en toda la organización republicana romana incluyendo a su extensión a la condición de 'Estado municipal'. La naturaleza de *res publica* del *municipium* es reconocida en las fuentes epigráficas, como apunta Cellurale, quien remite al «jurista Servio hijo citado en Festo, p. 126 L., s. v. 'Municeps'»<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> A. TRISCIUOGGIO, *Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna* en *Diritto e Storia*, 11, 2013. Recuperado de: <<https://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Trisciuoglio-Societas-publicanorum-responsabilita-esterna.htm>>, en fecha 30 de enero de 2023.

<sup>9</sup> A. RIVERA GARCÍA, *El Republicanismo de Cicerón: retórica, constitución mixta y ley natural* en *De Republica*, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2006, 376.

<sup>10</sup> «Dicen que si este pueblo está unido y dirige todos sus esfuerzos inviolablemente a la salud y a la libertad común, no hay nada más fuerte ni más permanente; que esta unión necesaria es muy fácil en una república combinada de manera que cree un interés común a todos». Según A. MAI, *La República* de cit. 77.

<sup>11</sup> P. ONIDA, *Specificità della causa del contratto di societas e aspetti essenziali della sua rilevanza esterna* en *Diritto e Storia*, 10, 2011-2012. Recuperado de: <<https://core.ac.uk/download/pdf/11693994.pdf>> en fecha 3 de junio de 2021.

<sup>12</sup> M.T. CELLURALE, *Locus et ius: observaciones sobre espacio y sistema a la luz del derecho romano*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia 16, 2009, 42.

En alusión a la segunda parte de esa cita Humbert<sup>13</sup> señala que el *municipes* primitivo reuniría en sí dos aspectos aparentemente contradictorios, *civitas* romana y pertenencia a un Estado distinto del romano. Estos dos elementos, a su juicio, no son para Servio una simple yuxtaposición, ni es probable que se sucedan en el tiempo: al contrario, son inseparables.

En ello estriba la singularidad del régimen romano en su extensión, como sostiene Rivera García<sup>14</sup>, en que por conducto del componente jurídico de la definición de *respublica* como *societas* puede darse paso a la armonización entre el patriotismo romano y el cosmopolitismo. Testimonia esta opinión Cic., *De Rep.*, 1,32,179 al señalar: «*quid est enim civitas nisi iuris societas?*»<sup>15</sup>.

La solución adoptada por los romanos tuvo su grandeza en el hecho de no representar una ruptura con su lógica institucional propia, concibiendo que «cada municipio es una república porque cada municipio tiene su *populus* y, entonces, su derecho [...] [por lo que] la *respublica* romana es integrada por el conjunto de las repúblicas municipales»<sup>16</sup>.

De lo expuesto se pueden extraer tres efectos fundamentales y que distinguen a la institución municipal como resultado de su naturaleza societaria: su carácter participativo, autónomo y federativo.

Asimismo, conviene entender que cuando se alude al municipio, no se trata de una forma única pues, en razón de su elemento humano, son diversos, y como parte de un decurso histórico, se presenta por medio de manifestaciones temporalmente ubicadas. Ello supone una complejidad que no es menester profundizar en este estudio, pero si reconocer para admitir que no se aborda una creación estática, sino dialécticamente evolutiva, siempre en la línea que pautan sus principios: la libertad, la transformación dentro de la voluntad de la colectividad y su pertenencia articulada a la República romana.

<sup>13</sup> M. HUMBERT, *Municipium et civitas sine suffragio. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale*, Roma, 1978, 8.

<sup>14</sup> A. RIVERA GARCÍA, *El Republicanismo* de cit. 376.

<sup>15</sup> «¿Qué es en efecto una ciudad, sino una participación igual de la justicia?». Según A. MAI, *La República* de cit. 77.

<sup>16</sup> G. LOBRANO, *Continuidad entre las 'dos repúblicas' del derecho indiano y el sistema republicano municipal del derecho romano. Formulación esquemática de una hipótesis de trabajo*, en esta *Revista*, 24, 2007, 25.

### 3. Síntesis del tracto municipal no lineal, pero siempre presente, de Roma a Cuba

La continuidad entre el municipio romano y el municipio español ha sido ampliamente estudiada, dando lugar a tesis favorables<sup>17</sup> y contrarias<sup>18</sup>. Sin embargo, la línea de continuidad entre ese momento fundacional y el traslado a las colonias hispanas de la municipalidad ha sido reconocida como parte de la 'retrogresión institucional'<sup>19</sup> que marcó tal fenómeno<sup>20</sup>.

Desde el punto de vista jurídico se corrobora la ascendencia romanista en las normas ordenadoras de esta realidad, marcadas por la presencia, no solo de disposiciones propiamente locales heredadas de esa influencia, sino por la relevancia adquirida en el ordenamiento de Castilla por el Derecho Romano recepcionado desde Las Siete Partidas<sup>21</sup>.

La evolución de la institución municipal bajo los designios metropolitanos en la región irá desenvolviéndose según ciertas regularidades que permiten sostener que, bajo el dominio de la Metrópoli, se percibe una progresiva merma de los elementos de autonomía y libertad que distinguen la raigambre romana en las

<sup>17</sup> G. DE AZCÁRATE, *El municipio de la Edad Media*, en G. DE AZCÁRATE, *Municipalismo y Regionalismo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, 4 ss.

<sup>18</sup> C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Ruina y extinción del municipio romano en España e instituciones que lo reemplazan*, Buenos Aires, 1943.

<sup>19</sup> F. CARRERA JÚSTIZ, *Introducción a la Historia de las Instituciones locales de Cuba*, La Habana, Lib. é Imp. 'La Moderna Poesía', 1905, 72. Este proceso tiene su explicación en el predominio del Derecho Romano en el Derecho castellanoleonés, históricamente, y que resulta valioso al momento de la conquista. Sobre este proceso de pervivencia del Derecho Romano en el reino en cuestión, J. FERNÁNDEZ BULTÉ, *Historia General del Estado y el Derecho II*, La Habana, 2005, 24 ss. y 66.

<sup>20</sup> Al respecto, Carrera Jústiz asumiendo la tesis de Blackmar sostiene que, en tanto «los españoles que colonizaron América, [no] reproducían las instituciones típicas de su tiempo», «la primera colonia de España en América, aunque fundada más de 1600 años después de la primera colonia de Roma en España, fue más romana que española», F. CARRERA JÚSTIZ, *Introducción a la Historia* cit. 72 y 75.

<sup>21</sup> «Las Partidas hubiesen constituido el Derecho del Imperio, porque no se recoge en ellas el Derecho de Castilla, sino el romano-canónico, el 'ius Commune'. Efectivamente las Partidas sólo contienen Derecho común canónico-romano y sólo aparecen algunas huellas de Derecho castellano», E. ORDUÑA REBOLLO, *Municipios y Provincias. Historia de la organización territorial española*, Madrid, Federación Española de Municipios y Provincias - Instituto Nacional de Administración Pública y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 111. Al respecto Guzmán Brito refiere que «al descubrirse y conquistarse América estos territorios quedaron incorporados en la corona de Castilla; con ello, el derecho de ese reino fue extendido también a los nuevos territorios. En 1505 la Ley 1 de Toro había fijado el orden de prelación de fuentes castellanas, que, en primer lugar, incluía a los fueros municipales, en seguida a las pragmáticas y a los ordenamientos reales, y finalmente a las Partidas; en caso de deficiencia de ley debía recurrirse al monarca. Este orden fue repetido por la Nueva Recopilación de 1567 y, ya en las postrimerías del antiguo régimen, por la Novísima de 1805», A. GUZMÁN BRITO, *La penetración del Derecho Romano en América*, en *Revista Chilena de Derecho*, 18, 2, 1991, 209.

normas y en el espíritu que ordenan la vida pública. Por tal motivo, la idea de independencia abraza la necesidad de rescatar la continuidad alterada<sup>22</sup>.

En el caso de Cuba la tendencia antes mencionada es evidente en el curso que media entre los primeros asentamientos y el inicio de la República mediatizada<sup>23</sup>. Las Ordenanzas de Cáceres fundamentan la finalidad de la institución local en la búsqueda del «buen gobierno, bien público y provecho de la villa»<sup>24</sup>. A tono con ello en las ordenanzas 20 y 21 se establece la elección directa y rendición de cuentas como reglas para el ejercicio de los cargos y una amplia autonomía en la gestión de los asuntos locales que se colige del amplio espectro de materias sobre las que se pronuncia.

El Real Decreto para la Organización de los Ayuntamientos de la Isla de Cuba de 1859<sup>25</sup> supuso la formalización de la tendencia a la inversión del estado previo de cosas bajo el espíritu de centralización y concentración de facultades y funciones en órganos unipersonales. Esta propensión no logró ser transformada por la limitada vigencia de la Constitución de 1812<sup>26</sup>.

Con la Ley municipal española de 1877, extendida a Cuba, se reduce el municipio a la condición de creación legal<sup>27</sup>. Las implicaciones de tal consideración transversalizan todo el articulado, de manera que, aunque hay alusiones a los principios de autonomía, democracia, heterogeneidad y colaboración la sistemática legal reconduce a los entes territoriales creados a la condición de agentes del poder central<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Al respecto véase la recurrencia en los textos de importantes figuras del movimiento independentista latinoamericano a la función de las instituciones locales.

<sup>23</sup> Existe un amplio abanico de denominaciones para calificar el sistema político que se instauró el 20 de mayo de 1902. Entre ellos figuran el de pseudo república, protectorado, república mediatizada y el de república neocolonial. J. PÉREZ DE LA RIVA *et al.*, *La República neocolonial I-II*, La Habana, 1975.

<sup>24</sup> Ordenanza 2, *Ordenanzas Municipales de La Habana y los demás pueblos de la Isla de Cuba* / por el oidor D. Alonso de Cáceres, 14 de enero de 1574, en F. CARRERA JÚSTIZ, *Introducción a la Historia de las Instituciones locales de Cuba II*, La Habana, Lib. é Imp. 'La Moderna Poesía', 1905, 260.

<sup>25</sup> *Real Decreto para la Organización y Régimen de los Ayuntamientos de la Isla de Cuba*, La Habana, 1859 en F. CARRERA JÚSTIZ, *Introducción a la Historia* cit. 347 ss.

<sup>26</sup> L. PÉREZ HERNÁNDEZ, *Trascendencia de la Constitución de Cádiz para la historia constitucional de Cuba. Especial referencia a su incidencia en la municipalidad cubana*, en *De Cádiz (1812) a La Habana (2012) - Escritos con motivo del bicentenario de la Constitución española de 1812*, bajo el cuidado de A. MATILLA CORREA – M.F. MASSÓ GARROTE, La Habana, ONBC - UNJC, Universidad de La Habana y Universidad de Castilla-La Mancha, 2011, 242 ss.

<sup>27</sup> Art. 1. *Ley municipal española de 1877*, promulgada en Cuba por Real Decreto el 21 de junio de 1878, en F. CARRERA JÚSTIZ, *Introducción a la Historia* cit., 383.

<sup>28</sup> La carencia que esta norma presentaba en cuanto a la autonomía no estaba en su reconocimiento formal, sino en su implementación, ya que – como acertadamente plantea Carrera Jústiz – «es inútil declararla teóricamente en su artículo 72, si en el hecho queda luego poco menos que anulada entre previas autorizaciones, aprobaciones, fiscalizaciones e intervenciones», F. CARRERA JÚSTIZ, *Introducción a la Historia* cit., 230 y 231.

Como reacción a la situación descrita, con un enfoque republicano, José Martí defiende una comprensión libertaria del municipio. Al respecto sostiene el Apóstol: «El municipio es lo más tenaz de la civilización romana, y lo más humano de la España colonial [...] y por los municipios, en las más de las colonias, entró en la libertad la América. Esa es la raíz y esa es la sal, de la libertad: el municipio. Él templea y ejercita los caracteres, él habitúa al hombre al estudio de la cosa pública, y a la participación en ella, y a aquel empleo diario de la autoridad por dónde se aquilata el temple individual, y se salvan de sí propios los pueblos»<sup>29</sup>.

Además de ponderar la ascendencia romana de la municipalidad hispanoamericana, Martí defendió su autonomía en cualquier modelo de organización política cuando expresó que el Estado y la Federación «en las cosas de la ciudad nada tienen que hacer»<sup>30</sup> esgrimiendo que «la ciudad es reina y señora en lo que le atañe [...] lo que le pertenece por preeminencia natural»<sup>31</sup>. Desde esta instancia se edificaba su noción de patria, que engloba a toda la humanidad a partir de «aquella porción de la humanidad que vemos más cerca, y en que nos tocó nacer»<sup>32</sup>, siendo por ello un eslabón esencial en la construcción ascendente de una sola América desde el Río Bravo hasta la Patagonia<sup>33</sup>.

También con proyección a retomar la naturaleza romanista del municipio, aunque con obvias variaciones, se orientó la Escuela Sociológica del Derecho Municipal cubana<sup>34</sup>, cuyo fundador, el profesor Carrera Jústiz reconocía el ligamen entre la institución republicana romana y el legado recepcionado en Cuba<sup>35</sup>. Entendiendo que el municipio es una entidad social que se organiza políticamente<sup>36</sup>, se le estima como consustancial la autonomía, la participación popular y la articulación intermunicipal. De todo ello hay una limitada expresión en la Cons-

<sup>29</sup> J.J. MARTÍ PÉREZ, *Un libro del norte sobre las instituciones españolas en los estados que fueron de México*, 1891, recuperado de: <<http://www.josemarti.cu/publicacion/un-libro-del-norte-sobre-las-instituciones-espanolas-en-los-estados-que-fueron-de-mexico/>> en fecha 10 de mayo de 2021.

<sup>30</sup> J.J. MARTÍ PÉREZ, *Obras completas XII - En los Estados Unidos*, La Habana, 1975, 314.

<sup>31</sup> IDEM, 316.

<sup>32</sup> J.J. MARTÍ PÉREZ, *Obras Completas XI - En los Estados Unidos*, La Habana, 1992, 468.

<sup>33</sup> J.J. MARTÍ PÉREZ, *Obras Completas V - Cuba*, La Habana, 1992, 48.

<sup>34</sup> O. HERNÁNDEZ AGUILAR, *Paralelismos entre la visión romanista del modelo ius-publicístico republicano y el derecho municipal cubano de principios del siglo XX. Algunas referencias para la actualización institucional en Cuba*, en *Estudios Latinoamericanos de Derecho Romano*, editado por J. ADAME GODDARD – H. HEREDIA VÁZQUEZ, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, 661 ss.

<sup>35</sup> Según este autor «Débese al genio romano, la organización municipal, como primera cristalización de las instituciones políticas locales [...] [pues en] los tiempos de la Ciudad-estado, no existía el Municipio» y, justamente, «Por no haber concebido el genio griego la idea de Municipio, nunca pasó de la Ciudad-estado...», F. CARRERA JÚSTIZ, *Introducción a la Historia* cit. 15 y 17 respectivamente.

<sup>36</sup> L. PÉREZ HERNÁNDEZ – O.J. DÍAZ LEGÓN, *Diálogo con municipalista. Un acercamiento a la historia del pensamiento cubano*, en *El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*, bajo el cuidado de A. MATILLA CORREA, La Habana, 2011, 326.

titución de 1901<sup>37</sup>, que se complementa con la pormenorizada regulación de la Ley Orgánica de los Municipios de 1908<sup>38</sup>.

El punto más alto de expresión del sociologismo municipal cubano, a nivel legal, estará en la Constitución del 40<sup>39</sup> que consagra con singular amplitud las aspiraciones de la época. Sin embargo, sus preceptos carecieron de normas de desarrollo y se vieron alterados en su eficacia por el golpe de Estado de 1952.

El triunfo de la Revolución cubana en 1959 abrió paso a una nueva etapa, marcada, a pesar de la instauración de la Ley Fundamental de 1959<sup>40</sup>, por un proceso de institucionalización revolucionaria, que en cuanto al poder local estuvo signado por la adopción de disímiles estructuras y la centralización en el diseño y funcionamiento de las mismas<sup>41</sup>.

La formalización en la Constitución de 1976 del Sistema del Poder Popular, con sus órganos locales, y su reforma de 1992, supusieron un progreso en materia de participación popular en esta instancia<sup>42</sup>. No obstante, en el modelo subsistían el no reconocimiento de la naturaleza jurídica de la institución<sup>43</sup>, la autonomía municipal y el desconocimiento de la articulación intermunicipal.

Con la promulgación del magno texto de 2019 se crearon las bases constitucionales para superar las limitaciones previas. En él se reconoce al municipio como «la sociedad local, organizada por la ley, que constituye la unidad política-administrativa primaria y fundamental de la organización nacional»<sup>44</sup>.

Esta concepción de la municipalidad se ha reproducido en las normas de desarrollo emitidas hasta la fecha, lo cual crea un escenario favorable para aprovechar las potencialidades inherentes a la raigambre romanista en ella sintetizada.

<sup>37</sup> Constitución de la República de Cuba, Establecimiento Tipográfico de la Gaceta Oficial, La Habana, 1901.

<sup>38</sup> Ley Orgánica de los Municipios de 1908, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, La Habana, 29 de mayo de 1908.

<sup>39</sup> Art. 209 y 211 al 213, Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial de la República de Cuba, 464, La Habana, 8 de julio de 1940.

<sup>40</sup> Ley Fundamental de 1959, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria 13, La Habana, 7 de febrero de 1959.

<sup>41</sup> M. PRIETO VALDÉS, *Los municipios cubanos: de cómo se concibieron a qué se necesita*, en *Estudios Jurídicos: Homenaje al profesor doctor Eurípides Valdés Lobán*, bajo el cuidado de A. MATILLA CORREA – A. PÉREZ VÉLIZ, Pinar del Río, 2016, 13 ss.

<sup>42</sup> Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición especial, La Habana, 24 de febrero de 1976; Constitución de la República de Cuba, reformada por la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria 9, La Habana, 13 de julio de 1992 y por la Ley de Reforma Constitucional, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria 10, La Habana, 16 de julio de 2002.

<sup>43</sup> En este sentido la reforma de 1992 supuso un limitado avance al reconocer la personalidad jurídica del municipio.

<sup>44</sup> Art. 168, Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria 5, La Habana, 10 de abril de 2019.

En materia de mecanismos para la participación popular se exhibe la mayor fortaleza del diseño actual. Los delegados a las Asambleas Municipales del Poder Popular<sup>45</sup> son de elección directa<sup>46</sup> y se encuentran vinculados a los procesos de rendición de cuenta<sup>47</sup> y pueden ser sometidos a revocación<sup>48</sup>. La relación entre electores y elegidos es expedita, sin que haya intermediarios para los despachos, planteamientos, quejas, peticiones, propuestas, y demás espacios de interacción que se puedan generar entre ellos<sup>49</sup>.

Además, se reafirma el rol que corresponde a los Consejos Populares<sup>50</sup> y se enriquece la vida local con las garantías a los derechos de petición y participación popular local<sup>51</sup>, bajo la responsabilidad de las AMPP. En tal sentido, desarrollando el dictado constitucional, la Ley No. 132 configura en su Capítulo XV las formas de instrumentar la consulta popular; la atención a los planteamientos de los electores por sus delegados; la atención a las quejas y peticiones de la población; la tramitación del derecho a proponer a la AMPP el análisis de temas de su competencia; la información a la población sobre las decisiones de interés general que se adoptan por los órganos del Poder Popular; y el análisis a petición de los ciudadanos de los acuerdos y disposiciones propias o de autoridades municipales subordinadas.

Del desarrollo legislativo del mandato del magno texto debe destacarse que reitera la fórmula del inciso f) del artículo 200 constitucional al dejar expedita la implantación de cualquier otro actuar que sea preciso ejecutar, en el marco de su competencia, a fin de garantizar estos derechos. A ello se añade que en el apartado segundo del artículo 135 la referida Ley No. 132 insta a promover la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones para desarrollar la participación, proyectándose de conformidad con la política del país en pro del gobierno electrónico y su avance hacia el gobierno abierto.

En términos de autonomía también se aprecian avances, si bien aún subsisten situaciones que ameritan atención. En su artículo 168 la nueva Carta Magna

<sup>45</sup> En lo adelante AMPP.

<sup>46</sup> Título VI, Capítulos I, II y III y Título VIII, Capítulos I y II (respectivamente). Ley No. 127 Ley electoral. Gaceta Oficial de la República de Cuba, No. 60 Ordinaria, La Habana, 19 de agosto de 2019.

<sup>47</sup> Capítulo X, Sección Cuarta y Capítulo XIV, Sección Sexta (respectivamente). Ley No. 132 De Organización y Funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No 5, La Habana, 16 de enero de 2020.

<sup>48</sup> Capítulo II, Sección Primera, Ley No. 135 Ley de la revocación de los elegidos a los órganos del Poder Popular. Gaceta Oficial de la República de Cuba, No. 88 Ordinaria, La Habana, 23 de diciembre de 2020.

<sup>49</sup> Capítulo X, Sección Quinta, Ley No. 132 De Organización y Funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares.

<sup>50</sup> Art. 198 y 199, Constitución de la República de Cuba.

<sup>51</sup> Art. 200, Constitución de la República de Cuba.

dispone que el municipio «goza de autonomía y personalidad jurídica propias a todos los efectos legales». La perspectiva del constituyente al respecto se desarrolla en el precepto siguiente, en el cual se manifiesta que «la autonomía del municipio comprende la elección o designación de sus autoridades, la facultad para decidir sobre la utilización de sus recursos y el ejercicio de las competencias que le corresponden, así como dictar acuerdos y disposiciones normativas necesarias para el ejercicio de sus facultades, según lo dispuesto en la Constitución y las leyes».

Las normas que han desarrollado la organización y funcionamiento del sistema de órganos del Poder Popular han asumido este principio como premisa. Se ha configurado la instancia provincial con la pretensión de limitar su interferencia<sup>52</sup>; y las normas<sup>53</sup> que ordenan los instrumentos aprobados para la gestión del desarrollo territorial<sup>54</sup> han hecho una apuesta importante por las relaciones horizontales, dando amplias posibilidades para la actuación a la medida con los intereses de los involucrados.

No obstante, la manifiesta intención de descentralización consecuente con la autonomía municipal que se constata en las disposiciones aludidas, hay un asunto primordial para la viabilidad de todas esas disposiciones que aún debe ser precisado: la distribución competencial. A tal fin el Decreto No. 33 en su Disposición Final Cuarta le encargó al Ministerio de Economía y Planificación presentar al Consejo de Ministros la propuesta de bases iniciales para el proceso de descentralización gradual de las competencias de los diferentes niveles, por las ramas y sectores de la economía en un término de hasta ciento ochenta días naturales, contados a partir de su publicación.

Otra novedad con relación a la autonomía lo supone la posibilidad de ejercicio de la potestad normativa a nivel municipal. En la Ley No. 132 se regula como atribución de la Asamblea Municipal del Poder Popular la posibilidad de dictar acuerdos y disposiciones para el ejercicio de sus facultades<sup>55</sup> y en la Ley No. 139<sup>56</sup> se prevén sus formas de expresión en la esfera de actuación acotada por los límites de la actividad administrativa.

A pesar de los progresos que estas regulaciones introducen, la indeterminación del sistema competencial propio de este nivel, las falencias técnicas relativas

<sup>52</sup> Art. 167, Constitución de la República de Cuba.

<sup>53</sup> Decreto No. 33 Para la Gestión Estratégica del Desarrollo Territorial, Gaceta Oficial de la República de Cuba, 40, Ordinaria. La Habana, 16 de abril de 2021.

<sup>54</sup> Política para impulsar el Desarrollo Territorial, Ministerio de Economía y Planificación (MEP), 2020. Recuperado de: <<https://www.mep.gob.cu/sites/default/files/Documentos/POLITICA%20PARA%20IMPULSAR%20EL%20DESARROLLO%20TERRITORIAL.pdf>>, en fecha 15 de enero de 2021.

<sup>55</sup> Art. 16 g), 61 y 62, Ley No. 132 De Organización y Funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares.

<sup>56</sup> Ley No. 139 De Organización y Funcionamiento del Consejo de la Administración Municipal. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria 14, La Habana, 5 de febrero de 2021.

a la precisión del alcance, tipologías y los procedimientos de control de los actos normativos de esta instancia, afectan la capacidad de los órganos del Poder Popular a este nivel para desarrollar su actividad en este sentido<sup>57</sup>.

En materia de relaciones intermunicipales, desarrollando el principio de colaboración consagrado constitucionalmente, se ha previsto la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos. Según la Ley No. 139, en su artículo 108, estos adoptan la forma de acuerdos entre los Consejos de la Administración Municipales sobre objetos asociados al ámbito de sus competencias. Para su adopción debe seguirse el procedimiento y la forma previstos para los acuerdos y se ha de contar con la aprobación de las Asambleas Municipales del Poder Popular<sup>58</sup>.

Por medio de la utilización de esta institución pueden explorarse disímiles propósitos<sup>59</sup>. Sin embargo, de momento no parece que sea este un mecanismo de amplia difusión.

#### 4. Conclusiones

A modo de síntesis de lo expuesto se puede sostener que:

- La naturaleza jurídica puede ser asumida como una construcción intelectual de los operadores del Derecho – legisladores, juristas y estudiosos – por medio de un ejercicio de generalización y abstracción a partir de la expresión fáctica y contextualizada de una institución. Ello permite el encuadre de la figura dentro de un género, rama del Derecho y la asignación del régimen jurídico apropiado a la misma.
- A la institución municipal, por su origen romano, le es inherente el carácter societario. La *societas* del Derecho Romano constituye una solución idónea para las agrupaciones en el orden público y privado que persiguen fines de utilidad común. De ello resulta una comprensión que asigna un rol preponderante a la colectividad, expresado en el contenido y alcance de la participación popular; la necesidad de autonomía como sustento para su dinámica funcional como ente organizativo; y su ubicación en el entramado de

<sup>57</sup> A.L. LEÓN MORA – O. HERNÁNDEZ AGUILAR – D. ALFONSO CAVEDA, *Presupuestos jurídicos para el ejercicio de la potestad normativa municipal en Cuba* en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 45, 2021, 149 ss. IDEM, *La potestad normativa municipal en Cubabases teóricas necesarias para su ejercicio práctico* en *Cuaderno de Derecho Público*, 9, 2021, 21ss.

<sup>58</sup> Art. 179, Ley No. 132 De Organización y Funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares.

<sup>59</sup> O. HERNÁNDEZ AGUILAR, *Asociativismo municipal: perspectivas a la luz de la Constitución de la República de Cuba de 2019* en *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, 18, 2020, recuperado de: <<https://revista.cigob.net/17-diciembre-2020/articulos/asociativismo-municipal-perspectivas-a-la-luz-de-la-constitucion-de-la-republica-de-cuba-de-2019/>>, en fecha 20 de enero de 2023.

- las relaciones de poder como instancia de base, pero articulada con el resto del sistema.
- La naturaleza jurídica societaria del municipio, de raigambre romanista, a través de un tracto histórico no siempre inalterado, ha sido recepcionada y desarrollada en Cuba. De esta forma los momentos de esplendor de las instituciones locales patrias han estado asociados al adecuado enfoque de su esencia. Sobre la base de estas premisas debe enfocarse la presente regulación del ente local a partir de los preceptos de la Constitución de 2019, a fin de desarrollar todas sus potencialidades.



# LA RECEPCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ROMANO EN CUBA

UNA VISIÓN DESDE LA PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO

JOANNA GONZÁLEZ QUEVEDO

**RESUMEN:** Este ensayo tiene como objetivo argumentar cómo una adecuada construcción teórica de la recepción de los principios del republicanismo romano en Cuba, puede contribuir al perfeccionamiento jurídico de la participación política del ciudadano, como esencia del diseño político-jurídico nacional.

**SINTESI:** L'obiettivo di questo saggio è sostenere come un'adeguata costruzione teorica della ricezione dei principi del repubblicanesimo romano a Cuba possa contribuire al miglioramento giuridico della partecipazione politica del cittadino, come essenza del disegno politico-giuridico nazionale.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Público Romano; recepción; participación ciudadana en Cuba.

**Parole Chiave:** Diritto Pubblico Romano; ricezione; partecipazione cittadina a Cuba.

**SUMARIO:** 1. Notas introductorias sobre el Derecho Público Romano. – 2. La recepción de los principios del Derecho Público romano en el diseño de la participación política del ciudadano en la República de Cuba. Retos para su perfeccionamiento. – 3. Conclusiones.

### 1. *Notas introductorias sobre el Derecho Público Romano*

Desde las ciencias jurídicas – especialmente en los estudios de Derecho Romano –, es poco frecuente la sistematización, con un carácter integral y uniforme, de las bases del republicanismo democrático romano y su impronta para la unidad de principios del sistema de Derecho continental desde una visión ‘ius-publicística’, amén de la existencia de valiosos ensayos y autores, estudiosos del Derecho Público Romano<sup>1</sup>.

En efecto, el *populus romanus* no era una abstracción inasible, sino el resultado de la concreta y específica sumatoria de los ciudadanos organizados tanto a nivel de la ciudad de Roma como de los municipios<sup>2</sup>. La soberanía, concretada mediante los mecanismos de participación ciudadana, constituía la base de la *Res publica* y era absolutamente indelegable de la misma manera que hoy es indelegable el ejercicio del sufragio. Respecto a la indelegabilidad, constituye una consecuencia lógica del origen miliciano de los primeros comicios, donde los soldados se pronunciaban con las armas en la mano. En esos casos, sólo los ciudadanos-soldados romanos presentes podían manifestar su libertad sufragando a través de sus aclamaciones. El principio de la ‘libertad popular’ implicaba al decir de Catalano<sup>3</sup> la intervención inmediata de los ciudadanos en el ejercicio del poder popular soberano a través de instituciones que se concretan en dos procesos fundamentales: discusión-veto (*intercessio*) – aprobación – abrogación de las leyes y elección-revocación de los magistrados.

Nótese que Catalano habla de intervención inmediata. Ahora bien, algunas interrogantes se imponen al respecto en un orden clasificatorio: ¿Toda participación directa es a la vez inmediata? Y en consecuencia, ¿todas las instituciones

<sup>1</sup> Entre otros trabajos, pueden verse, P. CATALANO, *Derecho público romano y principios constitucionales bolivarianos*, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, bajo el cuidado de E.G.E. MARTÍNEZ-CARANDE, 2000, 687 ss.; J. FERNÁNDEZ BULTÉ, *Separata de Derecho Público Romano*, s.l, Felix Varela, 1999; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, Civitas, 2011<sup>14</sup>; J. A. FERNÁNDEZ ESTRADA, *De Roma a América Latina: El tribuno del pueblo frente a la crisis de la República*, Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes, 2014; G. LOBRANO, *Republica e municipi*, en *Costituzionalismo Latino II*, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia – América Latina, 1996; N.D. RINALDI, *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Buenos Aires, 2007; M. RUBIO CORREA, *La participación del pueblo en la elaboración constitucional dentro de los países latinoamericanos de Sudamérica*, en *Costituzionalismo Latino II*, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia – América Latina, 1996; A. TORRENT, *Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Zaragoza, 2002.

<sup>2</sup> N.D. RINALDI, *La resurrección del Derecho Público Romano*, en *Memorias del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano La Habana 2002*, México, Universidad de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 231.

<sup>3</sup> P. CATALANO, *Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva latinoamericanista*, en *Memorias del XV Congreso latinoamericano de Derecho Romano*, Morelia, 2006, 31. Según refiere el autor para el Libertador Simón Bolívar el principio de la libertad popular nace en Roma y supone la intervención inmediata en el ejercicio del poder.

romanas de democracia directa pueden ser consideradas instituciones de participación inmediata de cara a la tesis del republicanismo democrático? Y por último, ¿cabe hablar de participación indirecta en el republicanismo romano?

Con apego al étimo de los términos, se advierte que lo directo presupone una acción que se encamina o dirige a determinados fines, mientras que lo inmediato implica que esa actividad produzca efectos próximos en el tiempo, sin mediaciones impeditivas de su eficacia y del carácter vinculante de lo que decida el soberano. Toda participación política por antonomasia es directa en tanto se encamina a que los ciudadanos tomen parte por sí mismos en los procesos decisivos. El carácter directo de la participación es un presupuesto de la cualidad de lo inmediato, por lo que no cabe hablar de participación indirecta en un modelo político como el romano, que por ser indelegable la *potestas* no conoció la institución de la representación.

La teoría clásica de la representación política<sup>4</sup>, tiene como principales presupuestos la prohibición del mandato imperativo, la negación de una relación de derechos subjetivos entre los representantes y los representados, la trascendencia de la elección y el derecho al sufragio, la tripartición de poderes y el control horizontal entre los poderes.

En el Derecho romano, solo se conoció posteriormente, en la época clásica, con el desarrollo de las relaciones sociales, pero limitado al ámbito privado. A medida que se desarrollan las relaciones, la necesidad de poder hacerse representar por terceros en los actos jurídicos viene a ser más indispensable. Solo mucho más tarde, en la época clásica, es cuando el Derecho romano se eleva hasta la concepción de esas formas que satisfacen a esta necesidad. La razón de ello es que, desde los tiempos más antiguos, ese derecho poseía dos formas propias para realizar el objeto de la representación jurídica, formas que pasan al derecho nuevo.

La primera consistía en el empleo de personas sometidas al poder de otro, y estaba basada en el principio de que todo lo que esas personas adquieren recae en el sustentador del poder. Esta forma tenía, sin embargo, el defecto de no poder hacerse extensiva a la representación en justicia.

Pero una segunda forma – que tuvo otros destinos – vino a llenar ese vacío. Un mandatario concluía el negocio a su propio nombre y después transfería al demandante los efectos de su acto. Cuando en la época antigua se quería hacer representar en justicia, no había otro recurso que transferir fiduciariamente al mandatario la relación o el objeto litigio. En tal sentido, Savigny<sup>5</sup> alude a dos

<sup>4</sup> Vid. L. DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, 122 y 123, cuando analiza las consecuencias de considerar la representación política como una «situación objetiva jurídica de hecho» Citado por T.Y. GUZMÁN HERNÁNDEZ, *Representación en política, instituciones de democracia directa y revocatoria de mandato en Venezuela – Una manera de interpretar el modelo normativo-constitucional venezolano de participación política*, Tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas - Facultad de Derecho - Universidad de la Habana, La Habana, 2008, 35 ss.

<sup>5</sup> F.C. SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, 1879, 207 ss.

momentos en los que la representación alcanzó distintas dimensiones. Además, admite como IHERING, que el aumento de las transacciones sociales trajo consigo la ampliación de la órbita de la representación en el Derecho Romano.

Efectivamente, la representación permite la intervención de los actos libres en las relaciones de derecho concernientes a los impúberes, los enajenados y los pródigos, lo cual sería imposible sin ello. Así, la representación no halla más que dos aplicaciones insignificantes en el derecho de familia y respecto al derecho de sucesión, que no tiene por objeto regular las dos posiciones de los bienes entre vivos, sino su transmisión de una generación a otra.

En materia de obligaciones, la representación se aplica a las transacciones mismas, es decir, a las relaciones de persona a persona, pero no a la reparación necesaria que lleva consigo la violación del derecho. En los tiempos muy antiguos encontramos el principio riguroso de que ninguno podía ser representado más que por las personas que están bajo su dependencia, y solo para adquirir, nunca para disminuir sus bienes.

Mas un principio tan estrecho y riguroso no podía mantenerse cuando la civilización había aumentado las transacciones sociales, y fue admitiéndose poco a poco la mediación, si bien limitada a ciertos casos. Comenzó la reforma respecto a las adquisiciones de la posesión y a los medios de adquirir la propiedad fundada en aquella, tales como la tradición y la ocupación. Después se admitió la representación para las enajenaciones resultantes de la tradición y para las adquisiciones del mismo género, permitiéndose en todos los casos hacerse representar ya por los hijos ó los esclavos, ya por personas libres. De este modo, en lo referente a las traslaciones de la propiedad, no se excluyó la representación libre sino para las antiguas formas del derecho civil primitivo, la mancipación y la *iure cessio*.

El poder para los romanos era indivisible no sólo en el Derecho Público, sino también en el Derecho Privado. Con relación a este último, por ejemplo, la *manus* (autoridad del esposo sobre la esposa) y la *patria potestas* (poder del *pater familias* sobre los hijos y demás descendientes legítimos *alieni iuris*), no admitían más que una voluntad determinante, la del sujeto que detentaba esos poderes. Ese concepto de indivisibilidad en el Derecho Privado tiene su consecuente reflejo en el Derecho Público.

La ley pública debe ser entendida como resultado de la voluntad mayoritaria del pueblo en la creación del Derecho Republicano. Sentencia Fernández Estrada<sup>6</sup> que el ciudadano romano no era oprimido ni por el orden político en que vivían, ni por el Derecho que regulaba su vida, porque ese orden político era justamente el que él se había dado soberanamente, y el Derecho era absolutamente creado por el ciudadano. A ello se refería Rousseau, en Contrato Social II, 12, como ‘costumbres’, ‘hábitos’ u ‘opinión’, al referirse a una categoría de leyes

<sup>6</sup> J.A. FERNÁNDEZ ESTRADA, *El tribunado; sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo ‘iuspublicístico’*, Tesis para el grado de doctor en Ciencias Jurídicas, 2005, 22.

«[...] que no se graba ni sobre mármol ni sobre bronce, sino en los corazones de los ciudadanos, que es la verdadera constitución del Estado; que toma todos los días nuevas fuerzas; que, en tanto otras leyes envejecen o se apagan, ésta las reanima o las suple [...] elemento desconocido para nuestros políticos, pero de la que depende el éxito de todas las demás [leyes políticas, civiles y criminales] y de la que se ocupa en secreto el Gran Legislador, mientras parece limitarse a reglamentos particulares, que no son sino la contra de la bóveda, en la cual las costumbres, más lentas en nacer, forman, al fin, la inquebrantable clave<sup>7</sup>». La *libertas* consiste en la sumisión voluntaria a la ley votada en común, de donde se deriva que la *lex publica* es uno de los vínculos más fuertes, o el de mayor cohesión entre los ciudadanos romanos.

El papel que los tribunos tenían reservado en el sistema constitucional republicano no era otro que el de proteger primero a los plebeyos y luego a todos los ciudadanos, de los abusos que pudieran cometer los magistrados como mandatarios del pueblo. Conforme a la opinión de Rousseau, esa institución servía en Roma para proteger al soberano, es decir al pueblo, de quienes ejercen el gobierno. Obviamente la garantía constitucional no podía estar a cargo de los funcionarios ordinarios, porque es precisamente de los abusos de esos funcionarios que hay que proteger al ciudadano común. Por tanto, si le fueran suprimidas al *populus* sus instituciones de participación como la aprobación y abrogación de la ley, la *intercessio*, la elección de los magistrados y la revocación les queda como último recurso del derecho de resistencia como manifestación del poder negativo directo y de la soberanía popular<sup>8</sup>.

En coincidencia con Fernández Bulté<sup>9</sup> se asiente en que para los romanos particularmente, el poder soberano del *populus*, la *potestas* – que era indelegable e intransferible –, se ejercía directamente a través de los Comicios, tanto Curiados, como Tribales, y después de Servio Tulio, los Centuriados. Sin embargo, está claro que hay muchísimas acciones que no puede hacer todo el *populus* reunido en comicios, que requieren diligencia y acción personal, es decir, personas encargadas de determinadas misiones, que podríamos llamar, ‘*de gobierno*’. Para ello la

<sup>7</sup> Cfr. J.J. ROUSSEAU, *El contrato social*, Madrid, 2007, 54.

<sup>8</sup> Durante la existencia de la *respublica* romana se produjeron una serie de secesiones, protagonizadas por el plebeyado en búsqueda de reformas y concesiones políticas, económicas y sociales. Al igual que el tribunado, el origen de la *secessio plebis* debe buscarse en la fuerza pujante de una clase y sector social que lucha por encontrar espacio para sus demandas e intereses en el aparato de poder político de la civitas, el cual como ya analizamos fue hasta cierto momento, instrumento de poder exclusivo del patriciado. Por lo tanto, junto a la actividad de los tribunos se erige entonces la secesión como mecanismo o instrumento a través del cual el plebeyado puede hacer influencia en la vida política de la ciudad. De esta serie de secesiones (cuya cantidad total no está definida) se señala como la más relevante, debido a su impacto y consecuencias, la ocurrida en 494 a.n.e., lo sucedido durante esa secesión fue totalmente sutil e innovador.

<sup>9</sup> Cfr. J. FERNÁNDEZ BULTÉ, *Separata de Derecho Público Romano* cit. 25 ss.

‘iuspublicística’ echó mano al mandato el cual es un contrato consensual nacido en Roma, por el cual una persona llamada mandante, que dispone de total lucidez y capacidad, ordena a otra llamada mandatario, que haga a su nombre tal o cual gestión, cumpla tal o cual orden o mandato. Por supuesto, el mandante no enajena su personalidad ni su voluntad, sino que cede algo de su autoridad para que el mandatario haga determinadas diligencias a nombre suyo. Y por supuesto, el mandante vigila el cumplimiento del mandato, lo controla y se reserva el derecho de revocar el mandato en cualquier momento.

Pese a la miopía con que los historiadores liberales decimonónicos interpretaron al mundo romano, en la vieja república romana jamás se practicó la representación. Los romanos no lo hubieran admitido. No hubieran cedido jamás su *potestas*, ni hubieran enajenado su intervención en la *respublica*, la cosa de todos. Cuando designaban magistrados, los consideraban simples mandatarios, nunca representantes. Las pruebas de ello son abrumadoras. Nunca dejaron las manos sueltas a los magistrados; el Tribuno con su *jus vetus* y su *sacer* era una fuerza de contención, un poder negativo como ha subrayado Catalano.

Además, siempre se reservaron la *secesión* o *resistencia* como última alternativa de su poder, indelegable e indivisible. Los romanos eran lo suficientemente soberbios como para admitir que ellos no podían dirigir los asuntos o la cosa pública, todos en general y cada uno en particular.

Finiquitando, concluye al respecto Fernández Estrada<sup>10</sup> que fue nuevamente Rousseau quien penetró con mirada más profunda en el pensamiento del *populus* romano al respecto. El ginebrino afirma que en el funcionamiento de la república romana habría que distinguir siempre entre la *potestas* – poder soberano exclusivo del *populus* – y la misión del gobierno. Para ejecutar la voluntad ya legislada por el pueblo, a esos magistrados se les otorgaba la ya aludida cuota de *auctoritas*, es decir, una encomienda política específica.

De ello se desprende algo que Rousseau explica con suspicacia y no siempre ha sido debidamente entendido: que el hombre romano era soberano y súbdito al mismo tiempo. Soberano por que mantenía siempre su poder como parte de la comunidad política. Y súbdito porque debía en cada momento someterse al gobierno, es decir, a las decisiones de las magistraturas. Como afirma Rousseau, entre esos dos valores no había contradicción. Cuando el ciudadano obedecía a su gobierno, no enajenaba su condición de soberano, sino que la realizaba en un plano más alto y concreto. Al obedecer al gobierno estaba, de hecho, obedeciendo a aquellos que él mismo había elegido y obedeciéndolos en aquello que él mismo había dispuesto como soberano.

De ahí emana una conclusión no siempre calada en toda su hondura: la forma de gobierno carece de importancia. No importa que sea una monarquía o un

<sup>10</sup> J.A. FERNÁNDEZ ESTRADA, *El tribunado* cit. 29.

gobierno colegiado; no importa incluso que sea elegido mediante el sorteo, puesto que el gobierno no puede hacer sino aquello que le está encomendado, y no otra cosa, incapaz de separarse de la voluntad popular.

El sistema romano se inspira en el deseo de evitar que las magistraturas se perpetuasen en manos de quien las desempeñaban. No solo está prohibida la acumulación de distintas magistraturas, sino también que un mismo ciudadano ejerciese igual cargo o funciones diferentes durante varios años consecutivos. Opina Arangio-Ruiz<sup>11</sup> que para evitar la perpetuación en el poder se prohibió que un ciudadano fuera reelecto en una magistratura, se vedó que detentara magistraturas distintas sin dejar pasar un tiempo con la anterior. Tal reelección, primero fue reglamentada severamente y luego suprimida.

## *2. La recepción de los principios del Derecho Público romano en el diseño de la participación política del ciudadano en la República de Cuba. Retos para su perfeccionamiento*

No resulta disonante fundamentar, desde los orígenes y los principios romanistas que ha recepcionado el actual diseño de la participación política del ciudadano, las principales líneas que deben guiar el perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional.

Como consecuencia de lo anterior, se imponen varias interrogantes: ¿cuáles son las principales líneas políticas que deben guiar el perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional, de acuerdo a la actualización del proyecto socialista?, ¿cómo se aprecia la presencia o no de los principios del ‘iusrepublicanismo’ romano en las líneas políticas definidas a partir del Sexto Congreso, de cara a la nueva Constitución cubana de 2019 y otras disposiciones normativas referentes al derecho de participación?, ¿Qué deficiencias están presentes en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano, que resultan incongruentes con las bases republicanas y democráticas sobre las cuales se asienta, en el diseño político-jurídico nacional?

Esta última interrogante es vital para que no fracase el proceso de cambios. No basta sólo tener en cuenta los fundamentos romanistas presentes en las líneas que han de guiar el perfeccionamiento, sino que también la fundamentación, desde una visión ‘iusrepublicana’, ha de proponer modificaciones en la concepción ordenadora de la participación política, para contribuir al perfeccionamiento de la democracia en la República de Cuba.

Estas interrogantes y presupuestos guiarán la fundamentación de las principales líneas que deben conducir al perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional, y que a continuación se analizarán:

<sup>11</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, en *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* 193, 1963<sup>4</sup>, 120.

A. *Fortalecimiento de la institucionalidad democrática y responsabilidad de los mandatarios en el ejercicio del poder a través del control popular de su gestión*

Entre las principales líneas políticas que trazó el Informe Central al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el marco del perfeccionamiento, está el fortalecimiento de la institucionalidad. Dándose continuidad a lo anterior, la introducción a los objetivos de trabajo aprobados por la Primera Conferencia Nacional del PCC, aprobó como uno de sus objetivos la necesidad de incentivar la participación real y efectiva de la población en la toma de decisiones, así como fortalecer el control popular sobre los órganos competentes.

Evidentemente, esta proyección está afianzada sobre fundamentos republicanos romanistas, que colocan a la soberanía popular y la participación ciudadana como centro del proceso. Siguiendo a Catalano, el principio de la soberanía popular en una República democrática como fue la romana implicaba la intervención inmediata de los ciudadanos en el ejercicio del poder popular soberano a través de la institucionalidad democrática. La misma se concretaba en instituciones fundamentales: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios.

Desde una posición eminentemente crítica en pos del perfeccionamiento de la democracia en Cuba, y sin que constituya una discordancia con la tesis que se defiende de que ciertamente en Cuba existe una República democrática fundada en principios romanistas, cabría preguntarse detenidamente: ¿todas las instituciones de participación, en el diseño político-jurídico cubano actual, pueden ser consideradas instituciones de participación inmediata de cara a la tesis del republicanismo democrático romano?, ¿qué no es republicano al estilo romano en nuestro diseño participativo y dónde debemos perfeccionar nuestras instituciones para ser coherentes con los principios del republicanismo democrático que nos legó nuestra historia constitucional?

De conformidad con los requisitos expuestos y sobre la base de la clasificación de los mecanismos de participación y de la tipología de los institutos participativos en Roma, podemos concluir que para hablar de una institucionalidad democrática de base romanista hay que tener en cuenta que:

Primero: el procedimiento de realización de las instituciones debe provenir 'desde abajo' o sea cuando es la propia ciudadanía quien promueve el proceso participativo, o cuando activándola un magistrado o mandatario la decisión del pueblo de aceptarla o no es vinculante (dígase '*ad referendum*'), *verbigratia*: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y nominación-elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios. Segundo: aquellas cuya aceptación no está mediada por valoraciones de los órganos estatales o existe una mínima valoración, *verbigratia*: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y nominación-elección-rendición de cuentas-revocación

de los mandatarios. Tercero: aquellas que se pueden activar tanto a nivel central de la ciudad de Roma como al interior de cada municipio.

Procedáse, pues, a un estudio detallado de las instituciones de participación y véase cuáles con un origen popular exhiben efectos inmediatos y vinculantes en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano en Cuba.

La Constitución cubana de 2019, regula la participación política en el entendido de que todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos para integrar los órganos del Poder Popular. Entre ellas, se defiende la participación en elecciones periódicas y nominación de candidatos y en referendos populares, las consultas, la rendición de cuentas, la revocación y la iniciativa legislativa popular.

Resulta válido recordar que en Roma la nominación de los candidatos podía provenir de los ciudadanos y de otro ente del aparato estatal, dígase un magistrado o mandatario. Lo que sí era facultad exclusiva del *populus* era la elección y revocación de todos los cargos de elección popular. Esto era factible no sólo en la ciudad de Roma, sino a nivel de los municipios, en los cuales podían ser nominados y elegidos como mandatarios de la curia municipal magistrados con imperio en el nivel central de la ciudad romana. Los magistrados podían ser revocados a iniciativa de los ciudadanos, e incluso en estos espacios municipales se podían someter a consulta proyectos de leyes para la *civitas* romana. En este último aspecto, nos alejamos del modelo romano-latino en sede de participación popular.

Es que aquí también el ordenamiento desaprovecha las consecuencias del voto directo y se aleja de la inmediatez que debe caracterizar a la participación republicana. Los delegados a las Asambleas Provinciales y los diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular, son electos directamente por la ciudadanía y rinden cuenta ante ella. Pero serán revocados por las asambleas que los nominaron, no por los electores, lo que resulta consistente con un punto antes argumentado: son agentes de los órganos estatales superiores.

La revocación de los cargos en Cuba procede de este modo: a) para presidentes y/o vicepresidentes de las Asamblea Municipal: el Presidente de la Asamblea Provincial (en lo adelante APPP) o un delegado a la propia Asamblea Municipal; b) para presidentes y/o vicepresidentes de la APPP o del Municipio Especial Isla de la Juventud: el Consejo de Estado o un delegado a la propia Asamblea; c) para el presidente, del vicepresidente o el Secretario de la ANPP: el Consejo de Estado o un diputado; y d) para un miembro del Consejo de Estado: el Consejo de Estado o un diputado.

De lo anteriormente expuesto se colige que la propia ciudadanía debe estar facultada para promover procesos de revocación contra todos los cargos de elección popular en las diferentes estructuras del nivel estatal. El desiderátum de la democracia clama para que la revocación debe quedar abierta con un carácter inmediato, sin excepción, a todos los cargos públicos electos, pudiendo ser propuesta por un

por ciento de ciudadanos, siendo consecuentes con las bases republicanas del diseño y eliminar lo que parece un defecto de la regulación. Se trataría de ser coherente con la regulación legal del propio diseño.

Las asambleas de rendición de cuentas también deberían constituir espacios para pronunciar demandas de impacto nacional y para participar de la formulación de líneas programáticas sobre el Gobierno de la nación. Así sean, por ejemplo, las decisiones sobre los programas de gobierno local, provincial y nacional, los cuales no resultan definidos a través del proceso electoral.

Las asambleas de rendición de cuentas deben funcionar como una potencial asamblea de ciudadanos al estilo de los comicios romanos, en los cuales se nombraban, elegían y revocaban a los mandatarios y se aprobaban las normas del ámbito municipal. Si se circunscribe la rendición de cuentas como un mero 'dar a conocer' la gestión política de los representantes-sin más efectos que los que se puedan derivar de esto – sería reñido inscribirla en el marco del tipo de instituciones que se están analizando. Pero si se concibe en su naturaleza dinámica, a partir de la definición anterior, podría defenderse su calidad de institución republicana inmediata.

Si se analiza el referendo vemos que de acuerdo con el Diccionario de Derecho Romano el término proviene de la expresión latina *ad referendum*, que hace alusión a la práctica de referir determinadas cuestiones gubernamentales al pueblo. El vocablo referéndum procede del verbo *refero* (*fero* – 'llevar'; *re* – 'de nuevo') que significa volver a llevar, en este caso al pueblo, la soberanía que legítimamente posee. Los ciudadanos son los soberanos y su voluntad política se patentiza por medio de mandatarios políticos, pero determinados temas han de someterse directamente al pronunciamiento popular, a referéndum: deben volver al único depositario de la soberanía.

Tal cual se ha podido apreciar, en el Derecho Romano todas las decisiones políticas se sometían a consultas populares. Y el *populus* romano, reunido en comicios, decidía *ad referendum* las normas que se sometieran a su consideración por parte de los magistrados, para quienes sería vinculante lo que decidiera el *populus*. Aunque hasta el momento estas no están previstas en normas jurídicas, las consultas populares han sido utilizadas con frecuencia como paso previo a la promulgación de diversas leyes o a la adopción de determinadas decisiones de carácter nacional. El reconocimiento jurídico de estos mecanismos participativos implicaría otorgar legitimidad y fundamento legal a formas democráticas de participación que de hecho se practican y que cuentan con un fuerte respaldo político, pero un escaso respaldo legal, y que son obviamente de inspiración romanista.

Por tanto, se debe definir, en futuras leyes de desarrollo, el carácter vinculante o no de la consulta. Si bien la consulta popular es promovida desde el propio aparato de poder-tal como ocurría en el Derecho Público Republicano Romano – lo que la diferencia de aquel es que no queda claro el carácter vinculante de la consulta, desaprovechándose así una importante vía de intervención inmediata de la ciudadanía en el proceso de formación de la ley. Incluso, emi-

tiendo sus opiniones desde el nivel municipal de ejercicio del poder. Debe aprovecharse la posibilidad que franquea el artículo 200 del actual texto constitucional para el nivel municipal del ejercicio del poder, espacio per se para el carácter vinculante e inmediato en la toma de decisiones.

Además, si los referendos solo pueden ser convocados por la ANPP, estos abarcarán materias de índole nacional, lo cual no potencia su posibilidad de constituirse en mecanismos de democracia inmediata en los ámbitos de provincias, municipios, consejos populares y circunscripciones, para la toma ciudadana de decisiones a tal escala. Es este entonces otro punto de inflexión en el cual nos alejamos del modelo 'iusromanista'.

### B. *Carácter renovable de los cargos de elección popular*

Otra de las principales líneas políticas que trazó el Informe Central al VI Congreso del PCC, en el marco del perfeccionamiento, es la renovabilidad de los cargos de elección popular. Es este el único principio del 'iusrepublicanismo' romano que hasta la actualidad no se había reconocido en el diseño cubano, pero que ya goza de consagración en el magno texto de 2019.

Recuérdese que en el modelo 'iuspublicístico' romano, el carácter renovable de los cargos de elección popular se erigía en un principio democrático de la *Respublica*. Hace que todos los ciudadanos puedan participar en la gestión de los asuntos públicos, pero admitir que una magistratura fuese ocupada sin límite de tiempo, conculcaba las bases republicanas y además suponía atribuir a uno de los ciudadanos una situación de privilegio.

Para precaverse contra posibles abusos de autoridad de los magistrados, la *Respublica* estableció un término fijo: un año, para el desempeño del cargo, con excepción de la dictadura que duraba un máximo de seis meses. Y la censura, que elegida cada cinco años, duraba un máximo de dieciocho meses (*Liv.* 2,1,1). Siguiendo a Tito Livio se descubre en (*Liv.* 7,42,2) que el requisito de la anualidad en las magistraturas permanentes, y el principio democrático que tendió a que una misma persona no ejercitase continuamente una magistratura, llegó a plasmarse en la prohibición de la *iteratio*, sancionada por primera vez en el 342 a.n.e., prohibiéndose así que la misma magistratura pudiese ser recubierta por la misma persona antes de diez años. Ya anteriormente se había prohibido la *iteratio* para la censura, pudiendo ser censor sólo una vez. Del principio de renovabilidad se derivaba la prohibición de acumular cargos de magistrados, en el sentido de que quien desempeñaba una magistratura, no podía desempeñar otra al mismo tiempo.

### C. *Descentralización en el nivel municipal del ejercicio del poder*

Ya se ha dicho y se ha analizado, que no se concibe una república de base romanista sin municipios. Ha de remembrarse que el municipio supuso la presencia de criterios más flexibles en cuanto al equilibrio entre centralización y descen-

tralización. La relación entre la ciudad de Roma y la vida social y cultural que al interior del municipio se desarrollaba, contribuyó a que sus habitantes pudieran tener el control de los asuntos locales. Esto denota cierta autonomía, pero sin dejar de mantener una conexión política con la urbe romana y su política centralizadora. Recuérdese que en lo que se refiere a sus funciones, los munícipes eligen y revocan a los magistrados anuales. Además, aprueban los decretos honoríficos del Senado, aprueban y abrogan las leyes, no sólo a nivel municipal sino que, como se vio anteriormente, intervenían en procesos decisorios a nivel de la ciudad de Roma.

Para Pérez – Prieto<sup>12</sup>, la descentralización supone la distribución de los asuntos públicos en dos niveles: el central (estatal) y el local (municipal) para lo cual resulta imprescindible armonizar el proceso descentralizador con la unidad de los fines estatales y su fundamento, el centralismo democrático. Es decir, ha de tenerse en cuenta que para el logro de esa armonía, las relaciones funcionales entre los órganos superiores y locales deben desarrollarse teniendo como principios que los inferiores estén bajo el control de los superiores. Y, además, que estos últimos garanticen la unidad estatal a través de disposiciones de carácter general y obligatorio que, lejos de limitar, estimulen la iniciativa y responsabilidad de los órganos locales en un actuar más autónomo<sup>13</sup>.

Valdéz Paz<sup>14</sup> señala que esta cultura se relaciona con el interés de los sujetos y actores políticos de participar en las cuestiones públicas y colectivas, de manera más o menos comprometida, todo lo cual supone una cierta concientización, la identificación con ciertos valores colectivistas, y entender la participación como un valor de la Revolución y de la República. Pero esta concientización no ha de ser vista solamente como fundada en premisas puramente ideológicas en ciertos

<sup>12</sup> La comprensión plena de estos conceptos nos permitirá avanzar con solidez y sin retrocesos en la paulatina descentralización de facultades, desde el Gobierno Central hacia las administraciones locales «[...] El reforzamiento sistemático de nuestra institucionalidad, será a la vez condición y garantía imprescindible para que esta política de renovación de los cuadros jamás ponga en riesgo la continuidad del socialismo en Cuba», vid en, Informe Central al VI Congreso del PCC. Fuente: Partido Comunista de Cuba. Sitio oficial. [en línea], disponible en <[http://www.pcc.cu/congresos\\_asambleacong6.php](http://www.pcc.cu/congresos_asambleacong6.php)> mayo de 2014, 14 y 30. Por su parte la Resolución sobre el perfeccionamiento de los órganos del Poder Popular el Sistema Electoral y la División Político Administrativa establece que la integralidad de un proceso de esta naturaleza, demanda variar procedimientos, términos legales y realizar otras adecuaciones en nuestro Sistema Electoral, sobre la base de los principios esenciales que lo sustentan y demuestran su carácter democrático y participativo, disponible en <<http://www.cubadebate.cu/especiales/2011/04/18/resolucion-sobre-el-perfeccionamiento-de-los-organos-del-poder-popular-el-sistema-electoral-y-la-division-politico-administrativa/>>.

<sup>13</sup> Cfr. L. PÉREZ HERNÁNDEZ – M. PRIETO VALDÉS, *‘La descentralización de las decisiones a favor de los municipios. Un reto y una necesidad de los pueblos’*, en *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, 196.

<sup>14</sup> Vid. J. VALDÉZ PAZ, *Notas sobre la participación política en Cuba*, en *Participación social en Cuba*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS), bajo el cuidado de A.J. PÉREZ GARCÍA, La Habana, 2004, 62.

ideales. Presupone además, en los sujetos y actores, una praxis democrática participativa que la instaure y reproduzca.

Con similar tino defiende Lezcano Pérez<sup>15</sup> que nuestro país es indivisible, los gobiernos no son independientes, pero deben tener autonomía y usarla con inteligencia y con mucha disciplina, hay que lograr mantener la armonía entre la nación y la localidad.

Continúan asestando Pérez – Prieto que debe ampliarse la capacidad decisoria de los municipios, no solo local cuando los asuntos sean de su competencia, sino influir también en las decisiones más generales, de carácter provincial o nacional. Para ello es imprescindible lograr una conformidad suficiente entre la centralización y la descentralización de las decisiones, tal cual se lograba en el modelo romano de República.

La descentralización significa una activa participación de los entes locales en las decisiones de los superiores, eleva el papel del pueblo como centro de poder y consolida el consenso activo, expresión de legitimidad de los gobernantes, de los mecanismos y del sistema en general.

Por lo tanto, se deberá perfeccionar la participación ciudadana-consecuencia del carácter popular de la soberanía-ampliando y fortaleciendo vías que propicien el ejercicio del poder popular efectivo. Se impone regular: cómo, dónde, por qué y para qué participar, estimulándose las iniciativas locales de participación.

Al desarrollar y perfeccionar el Poder Popular, el país está en condiciones de ofrecer al mundo una alternativa democrática más directa.

Al criterio de la autora<sup>16</sup>, se añade que, «con el perfeccionamiento del diseño político-jurídico cubano de la participación ciudadana en el siglo XXI, se estaría reconociendo el valor de la Constitución cubana, la cual consagró, por primera vez en el ámbito latinoamericano, una República democrática de evidentes fundamentos romanistas».

### 3. Conclusiones

- I) En el diseño político-jurídico cubano actual de la participación, sobre bases romanistas y martianas, está establecida la institucionalidad democrática, mediante la cual el pueblo ejerce la democracia inmediata que incluye necesariamente, cuando menos, el referéndum de reforma constitucional y de aprobación de la ley; la elección y revocación de la autoridad del ciuda-

<sup>15</sup> Cfr. J. LEZCANO PÉREZ, en *APPP*, 'Relatoria del Taller sobre las transformaciones ocurridas en el municipio después de la institucionalización', Matanzas, 2009, 6.

<sup>16</sup> J. GONZÁLEZ QUEVEDO, *El republicanismo democrático romano. Su impronta para el diseño estructural del modelo clásico de Derecho Público Romano*, en *REDHES IV*, 7, enero-junio de 2012, España, Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, 66.

- dano que ejerce el poder público y el derecho de resistencia contra los actos lesivos a su soberanía.
- II) El mayor aporte del ‘iusrepublicanismo’ romano al diseño político-jurídico cubano, en materia de institucionalidad democrática, se encuentra en el proceso de nominación-elección-rendición de cuentas y revocación, en el nivel municipal del ejercicio del poder.
  - III) Dentro de los propios límites del diseño constitucional cubano de la participación política del ciudadano en el ejercicio del poder, constituye una necesidad la modificación en la concepción de algunas de sus bases para ser consecuentes con un modelo, que desde sus raíces, ha recepcionado fundamentos romanistas, y así contribuir al perfeccionamiento de la democracia en la actual República de Cuba.

## SOSTENIBILIDAD, PRECAUCIÓN, SUBSIDIARIEDAD\*

ENRICO DEL PRATO

**RESUMEN:** Partiendo de una premisa sobre la posmodernidad, el ensayo esboza el tema de la sostenibilidad, que abarca desde la responsabilidad social de las empresas hasta la protección del medio ambiente, desde los códigos de autodisciplina hasta los derechos de los animales, pasando por los principios de precaución y subsidiariedad y sus implicaciones para el sector privado.

**SINTESI:** Muovendo da una premessa sulla post-modernità, lo scritto tratteggia a grandi linee la questione della sostenibilità, spaziando dalla responsabilità sociale di impresa alla tutela dell'ambiente, dai codici di autodisciplina ai diritti degli animali, per poi soffermarsi sui principi di precauzione e di sussidiarietà e sulle relative implicazioni in ambito privatistico.

**PALABRAS CLAVE:** Sostenibilidad; precaución; subsidiariedad; responsabilidad; autonomía privada.

**PAROLE CHIAVE:** Sostenibilità; precauzione; sussidiarietà; responsabilità; autonomia privata.

**SUMARIO:** 1. Una premisa sobre la posmodernidad. – 2. Cómo entender la sostenibilidad. – 3. La responsabilidad social de las empresas. – 4. Autonomía, normas de obligado cumplimiento, autodisciplina. – 5. Elecciones voluntarias. Certificaciones de calidad. – 6. Otra forma de hacer negocios. Empresa social y sociedades de beneficios. – 7. Protección del medio ambiente. – 8. Los 'derechos' de la naturaleza y los 'derechos' de los animales. – 9. Precaución. – 10. Alcance de la precaución. Precaución y responsabilidad. – 11. Subsidiariedad social u horizontal. – 12. Expresiones de la subsidiariedad social.

\* El trabajo reproduce tres conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba) los días 31 de enero, 1 de febrero y 3 de febrero de 2023.

### 1. *Una premisa sobre la posmodernidad*

La última década del siglo pasado, tras un periodo de gestación, dio lugar a movimientos que, en años más recientes, han tenido una eclosión fulgurante. Esto ha ocurrido en muchos campos del Derecho. Aquí esbozaré a grandes rasgos la cuestión de la sostenibilidad. Ciertamente, la expresión no es nueva, pero se ha impregnado de nuevos significados, que la han sacado de los parámetros de la economía para reutilizarla, y darle relevancia, en el contexto de las propias actividades económicas.

Utilizaré las palabras en el sentido que uno acostumbra a atribuirles, sin dejar de advertir que no hay razones ‘ontológicas’ para imponer o circunscribir el significado de ciertas expresiones. Digo esto porque estoy a punto de emplear el término ‘posmodernidad’, lo que plantea inmediatamente la cuestión de cómo debe entenderse. Apoyándonos en la tradición, podríamos imaginar que si la era contemporánea comenzó con la Revolución Francesa y la revolución industrial (y en derecho con la introducción de los códigos), ahora deberíamos cambiar la nomenclatura situando el inicio de la era contemporánea – que expresamos con posmodernidad – en el advenimiento de internet y la globalización.

Pero, a fin de cuentas, la cuestión de las palabras es más bien secundaria en este contexto. Lo relevante, en cambio, es que el comienzo de una nueva era no es una era de cambio, sino, más bien, un cambio de época, como señaló el Papa Francisco en 2015 al referirse a la sociedad en la globalización. Y eso es lo que ha ocurrido en los últimos treinta años.

El fin de la modernidad y el inicio de la posmodernidad dejan atrás la Revolución Industrial y el marxismo y, en general, la confrontación entre sistemas políticos alternativos. En la dimensión jurídica, el posmodernismo se introduce con la pérdida de la centralidad de la normatividad confiada a los códigos y el cierre del derecho civil dentro de las fuentes normativas nacionales. Contribuyeron al fin de la modernidad la introducción de normas supranacionales – en nuestra experiencia, las de la Unión Europea – y la aparición sutil pero omnipresente de normas generadas por organismos internacionales o grandes operadores económicos multinacionales, a menudo complejas de percibir en ausencia de un sistema global de nociones jurídicas vinculantes.

Las vanguardias se volvieron contra los fetiches ilustrados de la racionalidad y la objetividad, avanzando hacia el eclecticismo y la disolución de los textos normativos. La complejidad social y la diversidad de pensamiento inherentes al pluralismo y al multiculturalismo facilitan la transición permanente, si no precisamente hacia nuevos paradigmas conceptuales, hacia una adaptación y reedición de los existentes. En esta perspectiva, la reelaboración de la teoría de las fuentes del Derecho pasa a primer plano, reflejando el debate entre ‘entidades’ jurídicas supraestatales y transnacionales, destinado a reflejarse en la dimensión de las fuentes nacionales.

Si se puede discernir una constante en las doctrinas de la posmodernidad, parece ser la exaltación de la multiplicidad y la equiparación de los muchos términos que la componen y, por tanto, la imposibilidad de reducción a la unidad. En el ámbito jurídico, el postmodernismo contraponen las categorías ‘fuertes’ de la modernidad a su negación. Lo que alimenta la duda sobre lo que queda del derecho en un pensamiento destituido de las categorías de la metafísica y de la ética: quedaría la habilidad retórica, en sus escasos tecnicismos, tal vez capaz, en el breve momento, de ocultar la arbitrariedad y el cálculo egoísta.

Con esta conciencia, podemos comprender la falacia de los intentos de ‘anestesiarse’ las categorías del Derecho y entender que éste, como medio para alcanzar la justicia a través del orden, sigue siendo el instrumento para perseguir intereses que parecen dignos de protección. Entre éstos, está ganando terreno la sostenibilidad, que aspira a erigirse en una categoría más para la reconstrucción de los fenómenos jurídicos.

## *2. Cómo entender la sostenibilidad*

Veámoslo más de cerca. En nuestra época está surgiendo un nuevo enfoque para la identificación de estos intereses, que no los encierra en la dimensión de lo existente, sino que percibe las necesidades de las generaciones futuras haciéndolas jurídicamente relevantes a través de otros tantos deberes que incumben a los actores contemporáneos. Orienta, de manera progresivamente más incisiva, las opciones de política jurídica de los legisladores y, también a través de normas de estímulo – es decir el llamado *soft law* –, la actuación de los particulares. Todo ello percibido y organizado en la dimensión de la globalidad. Este fenómeno se resume en el término sostenibilidad.

Pero ¿qué significa?

En la economía liberal y el capitalismo que la marcó, la sostenibilidad se consideraba exclusivamente en la lógica de una economía orientada al beneficio: sostenible son las opciones empresariales que generan beneficios económicos con vistas a la maximización del beneficio. Así, la sostenibilidad se entiende como un programa económico que reduce los costes al tiempo que aumenta el valor de los activos.

Tal elección – se entiende – tiene consecuencias sobre las fuentes de contaminación, los salarios y la protección legislativa de los trabajadores, que son costes indirectos. Induce, por ejemplo, a las multinacionales a asignar la producción a espacios jurídicos más favorables con vistas a reducir costes y aumentar beneficios.

A los dos tercios del siglo pasado, este modelo empezó a tambalearse con la aparición de la doctrina de la responsabilidad social de las empresas, de la que hablaré en breve.

El primer enfoque se remonta a la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano* de 1972, a la que siguió el llamado Informe Brundtland, publicado en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (creada en 1983), con el que se consolidó la idea de ‘desarrollo sostenible’, señalando que los problemas medioambientales mundiales se debían a la gran pobreza del Sur y a los modelos de producción y consumo insostenibles del Norte<sup>1</sup>. Esto llevó a tomar conciencia de la necesidad de cooperar en las actividades productivas para preservar el medio ambiente con el fin de satisfacer las necesidades propias sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas. Tenemos, por tanto, la sostenibilidad entendida en un sentido ecológico y social: el desarrollo sostenible es el mantenimiento de la calidad y la reproducibilidad de los recursos naturales al tiempo que se realiza el bienestar social<sup>2</sup>.

Sin embargo, es difícil imaginar que las decisiones empresariales – salvo en casos de admirable clarividencia alimentada por un fuerte neohumanismo – se muevan espontáneamente en esta dirección, de modo que el equilibrio entre el bienestar presente y el bienestar de las generaciones futuras a través de la protección del medio ambiente, que es el ámbito en el que se produce este equilibrio, se ha convertido en una cuestión de política jurídica, que debe aplicarse, es decir, mediante normas obligatorias o permitiendo a los operadores acogerse a nuevos instrumentos jurídicos a cambio de ventajas, especialmente fiscales

La búsqueda de una economía sostenible y la adopción de intervenciones reguladoras inspiradas en el equilibrio y la proporcionalidad de los sacrificios exigidos a los intereses protegidos es claramente una cuestión de interés público. Y la relevancia planetaria del fenómeno impone opciones básicas que se comparten y adoptan a escala mundial, ya que el compromiso del medio ambiente tiene repercusiones que van mucho más allá de las fronteras donde se produce inmediatamente el daño ambiental. Por ello, la sostenibilidad adquiere eficacia si se comparte globalmente, mediante la identificación de puntos de convergencia que son, inevitablemente, el resultado de elecciones de compromiso.

Recordemos, sin ninguna pretensión de exhaustividad (porque la complejidad de la red de fuentes es tal que puede pasarse algo por alto) las intervenciones internacionales.

<sup>1</sup> Revisar el caso para centrarse en las repercusiones principalmente privadas D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, en *Persona e mercato*, 2021, 495 y ss.

Una visión de conjunto puede encontrarse en las contribuciones de varios autores recogidas en el volumen editado por G. CAPALDO, *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Roma, 2023, *passim*.

<sup>2</sup> En relación con los contratos ‘verdes’ y la relevancia de los índices medioambientales, véase S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, en *Dir. pubbl.*, 2015, 611 y ss.; C. IRTI, *Gli ‘appalti verdi’ tra pubblico e privato*, en *Contr. e impr./Europa*, 2017, 183 y ss.; S. PERSIA, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile ‘sostenibile’*, en *Riv. quadr. diritto ambiente*, 2018, 4 y ss.

En 2012, el desarrollo sostenible se convirtió formalmente en uno de los objetivos a largo plazo de la Unión Europea en virtud del art. 3, ap. 3, del TUE.

Tras una conferencia sobre desarrollo sostenible celebrada en 2012, la Asamblea General de la ONU emitió el 25 de septiembre de 2015 una resolución que contiene 169 ‘metas’ u objetivos, dentro de 17 ‘objetivos de desarrollo sostenible’, que deben alcanzarse para 2030. Abarcan la superación de la pobreza y el hambre, el agua, la energía, el clima, el medio ambiente, la urbanización, la producción, el consumo, la salud, la educación, el trabajo, la igualdad social y de género, la justicia y la paz. El camino a seguir para estos objetivos está en la vinculación entre desarrollo y sostenibilidad, siendo esta última el criterio para la consecución del primero.

El 12 de diciembre de 2015 entró en vigor el conocido Acuerdo de París, un tratado internacional celebrado entre los miembros de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que abarca el periodo a partir de 2020 en materia climática firmado y ratificado por la UE y sus Estados miembros.

Así pues, un giro decisivo hacia la sostenibilidad, que podríamos denominar ‘revolución medioambiental’, que plantea un problema no menor: a diferencia de la revolución industrial, no crea nuevos recursos, sino que pretende sustituir los contaminantes por otros no contaminantes. No sólo eso: la revolución industrial destacó porque generó empleo y, aunque de forma muy diversificada, contribuyó a producir riqueza. La ecológica sólo tendrá las mismas posibilidades de éxito si es capaz de compensar los sacrificios necesarios con otras tantas ventajas de inmediatez perceptible, es decir, si es capaz de hacer de la sustitución de recursos una oportunidad para la creación de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo y ganancias sin caer en las venenosas mallas de las finanzas, que, desentendiéndose de la economía real, han contribuido eficazmente a la crisis del capitalismo y al aumento de las desigualdades.

### 3. *La responsabilidad social de las empresas*

Antes he mencionado la responsabilidad social de las empresas (también conocida por las siglas CSR: *Corporate Social Responsibility*<sup>3</sup>. Alude a la integración social de las actividades empresariales, lo que significa que las empresas

<sup>3</sup> Ha surgido una amplia literatura jurídica sobre el tema. Véase, por ejemplo, G. CONTE, *Le sfide del mercato globale: la responsabilità sociale d'impresa*, en *L'impresa responsabile*, Milán, 2018, 41 y ss.; ID., *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente: nuovi paradigmi di governo delle decisioni e nuovi modelli di ripartizione delle responsabilità*, *ibidem*, 171 y ss.; ID., *Comunità internazionale, governo dell'economia e prassi socialmente responsabili*, *ibidem*, 283 y ss.; S. ROSSI, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, en *Orizzonti dir. comm.*, 2021, 99 y ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, en *Danno e resp.*, 2022, 5 y ss.; I. SPEZIALE, *Il nuovo paradigma dell'impresa sostenibile*, en *Contr. e impr.*, 2022, 752 y ss.; F. GAUDIOSI, *La convergenza*

deben responsabilizarse de la protección de los trabajadores, los consumidores, los proveedores y las comunidades locales con las que interactúan. El Libro Verde de la Comisión Europea de 18 de julio de 2001 la define como ‘la integración voluntaria de las preocupaciones sociales y ecológicas de las empresas en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores’.

Aquí podemos considerar un primer perfil de interés privado, y en particular comercial, en relación con el cual hay que partir de la premisa de que esta cuestión tiene sus explicaciones más relevantes en relación con las actividades de las medianas y grandes empresas, cuyo impacto social y medioambiental es mayor. Empresas, por tanto, cuya propiedad se atribuye a sociedades.

La sostenibilidad se cruza con el tema del ‘interés social’: un tema antiguo, pero que nunca pierde su relevancia cada vez que se trata de saber si, y en qué medida, un interés distinto del beneficio del accionista debe guiar las decisiones de los directivos.

En el centro de la cuestión está la forma de concebir la empresa, ya sea como un contrato – en la medida en que surge del acuerdo de los accionistas – o como una institución, es decir, como una entidad con un interés propio, distinto y adicional al de los accionistas. Es evidente que la teoría de la responsabilidad social de las empresas afecta al interés empresarial al desplazar su centro de gravedad más allá del interés de la propia empresa, distinto del de los accionistas. Introduce la relevancia de otros intereses, los de la comunidad, dando lugar a la aparición de una especie de ‘obligación fiduciaria’ de la empresa hacia terceros<sup>4</sup>.

Con estas características, la responsabilidad social de las empresas ha afectado a las normas de gestión, es decir, a los deberes que incumben a los administradores<sup>5</sup>. El acrónimo ESG identifica los tres factores entrelazados: medio ambiente, contexto social y decisiones administrativas (*Enviromental, Social y Governance*).

#### 4. *Autonomía, normas de obligado cumplimiento, autodisciplina*

He dicho que la adhesión espontánea a normas altruistas por parte de los empresarios parece poco probable. Y, de hecho, la percepción de hipocresía ha hecho que uno se dé cuenta del fracaso de las políticas basadas únicamente en la determinación de las empresas y en técnicas de derecho ‘blando’.

*tra diritto internazionale dell'ambiente e dell'economia alla luce del principio di sviluppo sostenibile: le prospettive di implementazione*, en *Cammino diritto*, 2021, 2 y ss.

<sup>4</sup> Véanse, recientemente, F. DEGL'INNOCENTI, *Nuove sfide regolatorie del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità. La proposta di direttiva sulla sustainability due diligence*, en *Attualità Jurídica Iberoamericana*, 2023, 812 y ss.; L. DI NELLA, *Riflessioni su nuove tecnologie, tutele e principio di sostenibilità*, *ibidem*, 886 y ss.; M.C. GAETA, *Strumenti di diritto privato per la sostenibilità ambientale nell'industria automobilistica 4.0: un'analisi giuridico-ecodinamica*, *ibidem*, 2076 y ss.

<sup>5</sup> V. G. CAPALDO, *La governance degli enti privati nel mercato unico sostenibile*, en *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, editado por G. Capaldo cit., 1 y ss.

De ahí un planteamiento innovador que pasa de la voluntariedad, quizá estimulada por disciplinas incentivadoras, a la obligatoriedad, que se aplica mediante normas imperativas.

Existen varias intervenciones reguladoras en Europa. Las enumero sin ninguna pretensión de exhaustividad. Pero la diversidad de contenidos ayuda a comprender el alcance de las cuestiones planteadas por el tema.

Un primer intento, bastante antiguo, es el de la Directiva 2014/95 sobre la divulgación de información no financiera. El resultado fue insatisfactorio porque se observó que la información facilitada era insuficiente.

Volvió al tema el Reglamento UE 2019/2088 sobre ‘Divulgación de información sobre sostenibilidad en el sector de los servicios financieros’, que contiene (art. 2, punto 17) la definición de inversión sostenible, obligando a los operadores financieros a divulgar información relacionada con la sostenibilidad. Le siguió el Reglamento UE 2020/852, que, además de modificar el citado Reglamento 2019/2088, estableció ‘los criterios para determinar si una actividad económica puede considerarse sostenible desde el punto de vista medioambiental, con el fin de identificar el grado de sostenibilidad de una inversión’ (art. 1).

La Directiva 2017/828 promueve el compromiso empresarial a largo plazo al establecer el derecho de los accionistas a emitir un voto vinculante o consultivo sobre las políticas de remuneración de los consejeros.

Las cuestiones emergentes se sitúan en el ámbito de las finanzas éticas y la sostenibilidad en la banca y las finanzas<sup>6</sup>. El citado Reglamento UE 2019/2088 regula la divulgación de información sobre sostenibilidad en el sector de los servicios financieros, y el Reglamento UE 2020/852 interviene en el ámbito de los productos financieros introduciendo una clasificación en función del impacto ecológico y la medición de la sostenibilidad de las empresas para favorecer las inversiones en actividades sostenibles desde el punto de vista medioambiental.

Por último, tenemos – pero esto es *ius condendum* – la propuesta de Directiva sobre *due diligence* de 23 de febrero de 2022 para la responsabilidad de las empresas a lo largo de las cadenas de valor mundiales. Su objetivo es prevenir y mitigar el impacto sobre el medio ambiente mediante la identificación de un conjunto de actividades debidas por la empresa que pretende definirse como sostenible, tendiendo en última instancia a la creación de un nuevo *estatuto* de empresa,

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, M. GIANNINI, *Autonomia privata e investimenti sostenibili. Green e social bonds*, en *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, editado por G. CAPALDO cit., 163 y ss.; G. PASSARELLI, *Riflessioni sugli effetti della riforma degli artt. 9 e 41 Cost. sul diritto dei contratti e dei mercati finanziari*, en *Atti del XIV Convegno nazionale Orizzonti del Diritto Commerciale sobre Imprese, mercati e sostenibilità: nuove sfide per il Diritto commerciale*, 2023.

Con un sesgo pragmático, E. ALAIO y M. BOWINKEL, *La sostenibilità in ambito bancario*, en *Amm. & Finanza*, 2022, 63 y ss.; M. BOWINKEL, E. ALAIO y E. SOBACCHI, *La finanza sostenibile e i Green Bond*, *ibid.*, recuadro, III y ss.

al que se vinculan prerrogativas y deberes en materia de medio ambiente y derechos humanos.

En resumen, entre las disposiciones más importantes del reglamento previsto, destaca la obligación de adoptar determinadas políticas de gestión (art. 5), incluida la prevención de impactos adversos (art. 7) sobre el medio ambiente y la protección de los derechos humanos, con la adopción de un plan de acción con indicadores cualitativos y cuantitativos específicos que deben observarse y un código de conducta empresarial. Todo ello con la responsabilidad que se deriva en caso de infracción (art. 22).

Pero la propuesta tiene limitaciones obvias porque sólo afecta a las grandes empresas y, sin embargo, también ha encontrado resistencia, probablemente por el problema de los costes organizativos de las obligaciones prescritas.

### 5. Elecciones voluntarias. Certificaciones de calidad

La necesidad de una regulación obligatoria no impide que las empresas se autorregulen mediante códigos de autorregulación, cuyo sentido radica en cubrir ámbitos de decisión y actividad que el régimen obligatorio deja al descubierto.

En los últimos años se ha puesto de moda – y es un capítulo interesante de la teoría de las fuentes<sup>7</sup> – confiar a códigos de autorregulación, por parte de las empresas cotizadas, la búsqueda del ‘éxito sostenible’, cuya esencia se indica, en el código lanzado en Italia en 2020, ‘en la creación de valor a largo plazo en beneficio de los accionistas, teniendo en cuenta los intereses de las demás *partes* interesadas relevantes para la empresa’.

Esta perspectiva afecta a los deberes de los administradores al vincularlos a la persecución de fines distintos del clásico ánimo de lucro que caracteriza a las sociedades. Ello afecta a la conformación del objeto social, tradicionalmente entendido como la actividad en la que los socios pretenden limitar el riesgo empresarial, ampliando y matizando su espectro a la vista de los intereses a los que la sociedad ha pretendido vincularse mediante la adhesión al código de autorregulación.

Esto abre la cuestión, sobre la que no existe – que yo sepa – pronunciamiento jurisprudencial alguno, de la legitimación de terceros ajenos a la estructura societaria para exigir el cumplimiento de estos deberes adicionales y reclamar daños y perjuicios por su incumplimiento. La regla general es que los terceros perjudicados por el incumplimiento de los deberes que incumben a los administradores también pueden reclamar una indemnización. Pero aquí la cuestión, obviamente, es otra porque entra en juego la legitimación de los terceros para exigir el cumplimiento de aquellos deberes que consisten en prestaciones a favor de

<sup>7</sup> Sobre este tema me remito a mi *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l'esperienza italiana*, ahora en *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Turín, 2018, 91 y ss.

la generalidad o también a su favor, según un modelo que encuentra su emergencia normativa en el contrato a favor de tercero. Este perfil merece un desarrollo que aquí no es posible.

En el ámbito de la autonomía se sitúa, pues, el fenómeno de las certificaciones de calidad<sup>8</sup>, al que me referiré. Se trata de un fenómeno de naturaleza privada, consistente en la certificación, por parte de organismos privados, de la conformidad de un producto o de un servicio a prescripciones reglamentarias o al resultado de la autorregulación de particulares, como ocurre en el caso de la adopción de protocolos de producción por parte de empresas miembros de un consorcio.

Este fenómeno sale a la luz cuando las certificaciones de producto se consideran un criterio de evaluación incluido en las licitaciones de forma adicional y subsidiaria, favoreciendo a los competidores con una certificación que acredite, según la legislación de la UE, una mayor atención al impacto medioambiental y a la sostenibilidad en la producción y distribución del producto ofertado en la licitación.

#### 6. Otra forma de hacer negocios. Empresa social y sociedades de beneficios

Luego tenemos las empresas con un estatuto jurídico especial. Italia, primera en Europa, con la Ley 208 de 28 de diciembre de 2015 concedió un *estatuto jurídico especial* a las empresas que destinan beneficios a la creación de ‘valor social’: las empresas de *beneficio*. Se trata de empresas que, ‘en el ejercicio de una actividad económica, además de la finalidad de repartir beneficios, persiguen uno o varios fines de beneficio común y operan de manera responsable, sostenible y transparente respecto a las personas, las comunidades, los territorios y el medio ambiente, los bienes y actividades culturales y sociales, las entidades y asociaciones y otros grupos de interés’. Así las define el apartado 376 del artículo 1 (esta horrible práctica reglamentaria de un solo artículo con cientos de apartados sólo depende de la organización del trabajo parlamentario).

Así, tenemos sociedades cuyo objeto no es sólo el beneficio, sino también el ‘beneficio común’<sup>9</sup>. Importa (apartado 377) ‘una gestión orientada a equilibrar el interés de los socios y el interés de aquellos sobre los que la actividad de la sociedad pueda repercutir’. Sin embargo, los datos reglamentarios no atribuyen poderes a los no socios.

<sup>8</sup> Véase, sobre este tema, E. BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milán, 2011, *passim*.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, G. MARASÀ, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, en *Orizzonti dir. comm.*, 2017; C. ANGELICI, *Società benefit*, *ibidem*; A. FRIGNANI y P. VIRAINO, *Le società benefit: luci e ombre*, en *Dir. ed econ. impr.*, 2016, 227 y ss.

Las sociedades de *beneficencia* se diferencian de las empresas sociales (reguladas en Italia por el Decreto Legislativo n° 112 de 3 de julio de 2017) porque en estas últimas el ánimo de lucro tiende a excluirse<sup>10</sup>.

### 7. Protección del medio ambiente

La atención al medio ambiente se consagró en la modernización de los artículos 9 y 41 de la Constitución italiana mediante la Ley Constitucional n° 1 de 11.2.2022, inspirada en una decisión del Tribunal Constitucional<sup>11</sup>.

En el artículo 9 de la Constitución – sobre la cultura, la investigación científica y el paisaje – se introdujo un tercer apartado, según el cual la República ‘protege el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras. La ley del Estado regula los modos y formas de protección de los animales’<sup>12</sup>.

En el artículo 41 de la Constitución – sobre la iniciativa económica privada – se han introducido dos referencias al medio ambiente: la iniciativa económica privada es libre, pero ‘no podrá realizarse en pugna con la utilidad social o de modo que atente contra *la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad y la dignidad humana*. La ley determinará los programas y controles adecuados para que la actividad económica pública y privada se oriente y coordine con fines sociales y *ambientales*’ (las novedades están en cursiva).

En resumen, un cambio de ritmo ‘verde’. Por supuesto, no es posible analizar aquí el alcance de esta novedad, pero hay que subrayar que la referencia a las ‘generaciones futuras’ crea un *estatuto* sólo para los sujetos potenciales, y se aplica a la naturaleza y a los animales. La circunstancia de que se aluda a ‘intereses’ y no a derechos no me parece significativa en el sentido de limitar las formas de protegerlos.

Además, la referencia a criterios medioambientales está muy arraigada en las actividades empresariales con impacto ambiental. La ‘evaluación ambiental estratégica’ hunde sus raíces en la normativa internacional (sin pretensión de exhaustividad: Convenio de Espoo de 25 de febrero de 1991 sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, Protocolo de Kiev de 23 de febrero de 2003 sobre la evaluación ambiental estratégica y europea), y la Directiva 2001/42/CE (Directiva EAE) – recibida en Italia mediante el Decreto Legislativo de 3 de abril de 2006 n° 152 (Código del Medio Ambiente) – garantiza la realización de una evaluación ambiental de determinados planes y programas que

<sup>10</sup> A. ZOPPINI, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, en *Orizzonti dir. comm.*, 2017.

<sup>11</sup> Corte costituzionale, 23 de marzo de 2018 n° 58.

<sup>12</sup> Entre las numerosas contribuciones, véase G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, en *Contr. e impr.*, 2022, 361 y ss.

puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, garantizando un alto nivel de protección ambiental y contribuyendo a la introducción de consideraciones ambientales en la preparación y aprobación de planes y programas con el fin de promover el desarrollo sostenible.

#### 8. *Los ‘derechos’ de la naturaleza y los ‘derechos’ de los animales*

Un guiño a los ‘derechos’ de la naturaleza y los ‘derechos’ de los animales<sup>13</sup>. La mayor sensibilidad hacia la naturaleza ha llevado a darse cuenta de que los cambios debidos al progreso de la economía industrial generan reacciones potencialmente catastróficas, que el hombre es incapaz de gobernar. La visión antropocéntrica, del hombre como subyugador de la naturaleza, muestra plenamente sus límites e induce al desarrollo de una justicia ecológica, en la que encuentran su lugar los ‘derechos’ de la naturaleza y los derechos de las generaciones futuras.

Se entiende que el alcance casi trascendente de los ‘titulares’ de estos derechos los sustrae de la lógica de la subjetividad, y se agota en las protecciones que se manifiestan a través de normas de conducta marcadas por la prevención y la precaución: la primera dirigida a evitar determinados riesgos, la segunda a aplicar precauciones ante la incertidumbre del riesgo.

Traducidas en normas, la prevención y la precaución se distinguen por la puntualidad que debe caracterizar a las normas de prevención y, en cambio, por la vaguedad de las normas de precaución, cuya esencia reside en la incapacidad de establecer claramente la medida necesaria para proteger los intereses que pretenden proteger.

La incógnita tecnológica, rasgo característico de nuestra época, apunta a la precaución como criterio a emplear en la configuración de las disciplinas, encontrando el punto de equilibrio a través de una lógica conservadora de la naturaleza, los ecosistemas y los organismos vegetales vivos.

La perspectiva de la subjetivización de la naturaleza o de algunos de sus componentes o manifestaciones no debe sobrevalorarse. La alternativa entre sujeto de derecho y objeto de protección no marca una distinción decisiva porque el derecho positivo ofrece protecciones, y son éstas las que importan, no la premisa teórica de que constituyen un corolario de la subjetividad o alguna graduación de la misma. Nadie duda de que la persona humana es sujeto de derecho, pero lo es en la medida en que goza de las protecciones que el derecho le reconoce, a saber, la plenitud de la capacidad jurídica, con el rechazo de las limitaciones a la capacidad que colisionan con la dignidad humana.

La subjetividad, entendida como instrumento monolítico, tampoco se presta a ser utilizada para la protección de los animales o de los recursos naturales.

<sup>13</sup> Sobre este tema véanse las contribuciones recogidas en el volumen *Animali e diritto. I modi e le forme di tutela*, editado por D. BUZZELLI, Pisa, 2023.

No creo que sea indispensable imaginar la subjetividad, a partir de la cual sería necesario contar con órganos o representantes para gestionar el interés del animal como sujeto incapacitado. Sin embargo, sí me parece oportuno abandonar la idea de que el sujeto de derecho es una realidad monolítica y siempre la misma, inmutable, que necesariamente conlleva caracteres y consecuencias inevitables.

En última instancia, la alternativa entre sujeto y objeto se difumina al centrarse en las protecciones. La línea divisoria entre el sujeto y el objeto de protección, si abandonamos las preconcepciones ideológicas y simbólicas, es borrosa y carece de sentido. Las normas se dirigen al hombre y se refieren a su comportamiento. El recurso al *estatuto*, que, aunque tradicionalmente se refiere a un modo de ser de la subjetividad, también puede utilizarse independientemente de ésta para referirse a una cosa, podría resultar útil. Y las normas dictadas para la protección de las distintas especies animales podrían leerse en esta lógica. En los sistemas en los que el componente religioso da preeminencia a determinadas especies, la protección jurídica de éstas se sitúa en la lógica del *estatus*, en un campo de intersección entre el derecho, la tradición, la antropología y la cultura.

Esto puede dar lugar a una ampliación de la legitimidad para hacer valer los intereses medioambientales, vinculando así la protección de los animales y de la naturaleza a un interés jurídicamente relevante generalizado, alimentado por una visión ‘ecocéntrica’, que, tal como están las cosas, sólo en cierta medida está afirmada, en términos de legitimidad, en Italia por el Decreto Legislativo n° 152 de 3 de abril de 2006 (artículo 309).

### 9. Precaución

He mencionado la precaución: representa el medio mínimo de perseguir la sostenibilidad. No pretendo profundizar aquí en ella, tampoco en su conexión con la obligación, a la que he dedicado algunas reflexiones más extensas<sup>14</sup>. Me limitaré a enunciar su significado para captar su importancia en la sistemática de los conceptos jurídicos.

Tradicionalmente, se designa como la expresión de un principio: el principio de precaución<sup>15</sup>. La elevación a principio, como siempre ocurre en la dimensión jurídica, sirve para impregnar un concepto de aptitud para la generalización. La expresión – cuyo precedente internacional está en la llamada ‘Declaración de

<sup>14</sup> Me refiero a dos de mis trabajos: E. DEL PRATO, *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, y ID., *Precauzione e obbligazione*, ahora ambos en ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile cit.*, 19 y ss. y 63 y ss. respectivamente. El segundo trabajo se publica también en español con el título *Precaución y Obligación* en el volumen editado por R. MORALES HERVIAS y G.F. PRIORI POSADA, *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo*, Lima, 2012, 53 y ss.

<sup>15</sup> Entre las diversas aportaciones véase, por ejemplo, F. DEGL'INNOCENTI, *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Nápoles, 2019, 141 y ss.

Río' de 1992 – se encuentra en el artículo 191 TFUE, dictado en materia de protección del medio ambiente, según el cual 'la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado' y 'se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga' (apartado 2).

No es más que una alusión, ya que enuncia la precaución sin describir su contenido. Esto, estilísticamente, refleja la actitud natural de legislar por principios en la indicación de cláusulas generales; en el fondo, refleja una elección obligatoria ya que sería difícil, y probablemente limitante, encerrar la precaución dentro de caracteres normativos circunscritos.

El orden expositivo, que sitúa la precaución en primer lugar, permite trazar el flujo de la protección: la indemnización, en último lugar, precedida de su aplicación de forma específica, la prevención y la precaución. La indemnización presupone el daño, la prevención – como he dicho – ataja un riesgo cierto para evitarlo, la precaución opera cuando no hay certeza del riesgo. Se convierte, por tanto, en la regla de actuación en un contexto de incógnita tecnológica, y expresa un criterio creador de reglas concretas de actuación: un criterio que, aunque enunciado en el contexto de la protección del medio ambiente, va más allá de su ámbito intrínseco.

La formulación europea del principio establece una norma que no sólo se dirige a los legisladores, sino también a los órganos administrativos de los Estados, que, a falta de legislación primaria, deberán respetarla al adoptar medidas, ya sean reglamentarias o de carácter general o particular.

Sin embargo, no establece una noción ni esboza contenidos: identifica un ámbito de expresión del principio, que puede apreciarse por su capacidad de vincular la actividad administrativa con independencia de que una ley especifique su aplicación en alguna materia concreta, porque, en definitiva, deriva de la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de la Administración (art. 97 de la Constitución italiana). En otras palabras, la precaución es una actitud necesaria en cualquier actividad administrativa con independencia de su formulación en alguna norma: la dictada a nivel europeo, en materia de medio ambiente, no es sino una de sus explicaciones. Pueden encontrarse otras en las que normas primarias o secundarias establecen precauciones para salvaguardar determinados intereses, tradicionalmente referidos a la salud y al medio ambiente.

La búsqueda de la sostenibilidad, con toda probabilidad, amplía el campo de la precaución, a la que la integración de los artículos 9 y 41 de la Constitución confiere un alcance preceptivo inmediato en relación con el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas. La formulación de la norma constitucional, que identifica a la 'República' como sujeto obligado a hacerse cargo de la protección, no afecta a su eficacia directa, es decir, al margen de la mediación de leyes ordina-

rias y normas secundarias. Todas las normas están concebidas para ser aplicadas, de modo que las normas constitucionales sirven sobre todo para completar y configurar el sentido de las ordinarias.

De ello se desprende que la protección del medio ambiente requiere la observancia de normas de precaución extraídas de la experiencia, aunque no se formalicen en prescripciones normativas específicas (en Italia, la cuestión se encomienda al Decreto Legislativo nº 151 de 3 de abril de 2006 – conocido como ‘código de medio ambiente’-, así como a disciplinas más específicas ).<sup>16</sup>

#### 10. *Alcance de la precaución. Precaución y responsabilidad*

El principio de precaución se considera una premisa de los reglamentos individuales, que explicitan su contenido. Esto plantea una cuestión inicial: ¿cuál es el alcance de una especificación expresa del principio?

No se puede suponer que sólo opera en tal caso, ya que ello equivaldría a excluirlo del grupo de los principios jurídicos. Sin embargo, también es evidente que la existencia de puntilliosidad lleva a circunscribir la aplicación del principio a la observancia de prescripciones normativas y providenciales individuales.

Esta pregunta plantea otra: ¿puede ser una explicación del principio de precaución una norma que no se refiera expresamente a él? Negarlo exigiría restringir el principio a su explicación terminológica, mientras que el alcance de una norma se explica en términos funcionales.

Por tanto, la dimensión del principio no se limita a las normas que lo contemplan: ni en sentido negativo, porque – precisamente por ser un principio – opera incluso donde no se menciona; ni en sentido positivo, en el sentido de que sus explicaciones no cierran su ámbito.

El contacto de la normalización con la incertidumbre de las perspectivas técnico-científicas lleva a constatar el ‘bypass’ de la legislación por la tecnología, e impone una concreción de la acción que tiende a socavar el principio de legalidad, que rige la actividad administrativa.

Podemos, por tanto, fijar un punto: la perspectiva de la tutela cautelar no está vinculada a una prescripción normativa explícita, sino que surge, en el ámbito público, de las posiciones jurídicamente protegidas con las que los *munera* que sustancian la actividad administrativa<sup>17</sup> interfieren y vinculan la actuación de los particulares. Es en esta dimensión donde se capta el alcance preceptivo de los nuevos artículos 9 y 41 de la Constitución.

<sup>16</sup> Véanse, por ejemplo, en materia de uso público del agua, las prescripciones destinadas a combatir la sequía dictadas por el Decreto Legislativo nº 39 de 14 de abril de 2023, convertido en la Ley nº 68 de 13 de junio de 2023.

<sup>17</sup> Véase Cass. SS.UU. 21 de octubre de 2021 nº 29299; Cass. SS.UU. 30 de abril de 2020 nº 8436; Cass. 4 de febrero de 2020 nº 2502.

La existencia de normas, primarias o secundarias, que conforman el ejercicio de determinadas actividades, y la necesidad de observarlas, plantea la cuestión de si ello agota la precaución debida. La solución requiere una evaluación funcional de las propias normas para determinar si las prescripciones pertinentes se establecen con fines cautelares<sup>18</sup>. En caso afirmativo, su observancia excluye la responsabilidad, sin perjuicio de lo que diremos más adelante; en caso negativo, no interfieren con la precaución, de modo que la responsabilidad puede hacerse valer mediante la aplicación de las normas generales<sup>19</sup>.

En el ámbito del derecho privado, las investigaciones que no se limitan a describir sino que tienden a verificar la autonomía del principio de precaución deben dirigirse a identificar los momentos en los que no se disuelve en la teoría de la responsabilidad: en efecto, cuando la violación del principio de precaución es un aspecto de la responsabilidad civil, no queda espacio para reconocer autonomía alguna. El sentido del principio reside, en efecto, en anticipar el momento de la protección respecto del control posterior, que es el propio de las normas de responsabilidad: cuando el daño se ha producido, las normas cautelares sólo sirven para configurar la responsabilidad.

En el contexto de la responsabilidad extracontractual, la precaución se absorbe en la valoración de dos perfiles del ilícito: la causalidad y la culpa. En particular, cuando el deber de precaución es una cuestión de disposición normativa, se toma en consideración ese segmento de culpa consistente en ‘el incumplimiento de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas’ (artículo 43 del Código Penal italiano), que, al mismo tiempo, también es relevante desde el punto de vista de la prueba del nexo causal.

Esto introduce, sin embargo, la cuestión de si, ante la incógnita tecnológica<sup>20</sup>, el cumplimiento de las normas de la actividad ejercida es, por sí mismo, suficiente para excluir la culpa y, con ella, la responsabilidad. La observación de la cuestión debe partir de la función de las normas a aplicar: si, en efecto, se limitan a identificar el parámetro de licitud pública del ejercicio de una determinada actividad, su observancia no excluye la concurrencia de alguna responsabilidad; cuando, por el contrario, los parámetros reguladores de la actividad se construyen en función del interés que la medida cautelar pretende proteger, y son, por tanto, expresión del mismo, su observancia orienta la solución en sentido contrario.

Queda, sin embargo, una zona límite, en la que los daños, ocurridos a pesar del pleno cumplimiento de las prescripciones normativas, no pueden atribuirse a

<sup>18</sup> V. Cass. 11 de marzo de 2021 n° 6897.

<sup>19</sup> V. Cass. 18 de febrero de 2020 n° 4004, sobre el tema de la responsabilidad por daños causados por la fauna silvestre.

<sup>20</sup> Sobre este tema, véase R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milán, 2012, *passim*.

factores extrínsecos y, por lo tanto, las propias normas cautelares existentes han revelado su insuficiencia para proteger todos los intereses posibles.

De lo que se trata, aquí, es de distribuir el riesgo de la incógnita tecnológica: por un lado, el cumplimiento de las técnicas impuestas por las normas cautelares conduce a la exclusión de la responsabilidad extracontractual; por otro, la consecuencia de que el daño deba seguir siendo responsabilidad de quien lo ha sufrido deja insatisfecho. La cuestión introduce el interrogante de si el daño es irrelevante, si es indemnizable aunque derive de un acto lícito – pero en este punto entra en juego la tipicidad de los llamados actos dañosos lícitos – o, por el contrario, es indicativo del ilícito civil.

El camino hacia una solución debe partir de la constatación de que la adopción de medidas cautelares a nivel de legislación primaria o secundaria, así como a nivel de medidas, presupone una cierta constatación del potencial de riesgo inherente a determinadas actividades, que también debe correr a cargo de quienes las realizan efectivamente.

Por tanto, un criterio útil para fundar un deber de precaución más intenso puede encontrarse en las condiciones subjetivas de la persona que ejerce la actividad, es decir, en su aptitud para percibir la necesidad de observar técnicas operativas más rigurosas que las prescritas, en razón de las situaciones particulares en que se ejerce la propia actividad, ya que la existencia de un reglamento técnico no circunscribe el alcance de la diligencia exigida.

Además, allí donde el problema se plantea con mayor intensidad, es decir, en el ámbito de la protección de la salud, el hecho de que las normas cautelares le sean funcionales no circunscribe su alcance, que queda configurado, pero no limitado, por las normas que constituyen su aplicación.

Si, en la responsabilidad, la cautela se moldea sobre los perfiles de la culpabilidad y la prueba de la causalidad, su campo exclusivo de explicación se identifica cuando el daño no se ha producido y, sin embargo, no se adoptan las medidas adecuadas para evitarlo: sólo aquí, de hecho, la violación de la norma cautelar adquiere relevancia en sí misma. El principio, por tanto, tiene un ámbito de aplicación exclusivo en la dimensión de la medida cautelar, es decir, de la orden del juez dirigida a impedir o conformar una acción, y contribuye a crear un espacio en el que se construye un ilícito de peligro incluso en ausencia de responsabilidad. No es necesario, sin embargo, que exista una norma específica cuya infracción constituya en sí misma un ilícito civil, sino que basta una negligencia tal que preludie un daño.

### 11. *Subsidiariedad social u horizontal*

La subsidiariedad también está relacionada con la sostenibilidad. Lo está, en particular, en algunas de sus expresiones: en los códigos de autodisciplina, de los

que hemos hablado; diría también en la posibilidad de construir deberes de precaución más intensos que los previstos por la ley para aquellos sujetos que, por competencia, fuerza económica, capacidad organizativa, están en mejores condiciones de percibir los riesgos inherentes a sus iniciativas.

El principio de subsidiariedad horizontal (o social) se recoge explícitamente en el apartado 4 del artículo 118 de la Constitución italiana: ‘El Estado, las regiones, las ciudades metropolitanas, las provincias y los municipios favorecerán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, tanto individual como asociada, para llevar a cabo actividades de interés general, sobre la base del principio de subsidiariedad’<sup>21</sup>.

El ‘reconocimiento’ de la autonomía privada es el arquetipo de la subsidiariedad porque expresa la función vicaria del Derecho respecto de las determinaciones de los particulares: al fin y al cabo, el quid de la subsidiariedad reside en esto, en que las intervenciones públicas se realicen en el nivel más adecuado. Al fin y al cabo, ésta no es más que la actitud normal del Derecho con respecto a la socialidad, que revela la función subsidiaria de la regulación. Frente a la pluralidad de ordenamientos jurídicos y al fenómeno, ya sustancial, de las organizaciones privadas con vocación normativa, se advierte un principio de paridad entre lo público y lo privado que la aparición del principio de subsidiariedad social en el texto constitucional ha sellado.

La explicitación constitucional de la subsidiariedad horizontal (o social) presta un importante apoyo a la iniciativa privada y a la autonomía, proporcionando, ante todo, un criterio de orientación y una clave de interpretación de las disposiciones que afectan a la actuación de los particulares. Por lo tanto, el principio, al tener rango constitucional, tiene la capacidad de conformar la actividad normativa, proporcionando al mismo tiempo un modelo inspirador de las opciones que han de tomarse en la base de esta última.

Que el ejercicio privado de actividades de interés general deba ser favorecido por los poderes públicos representa la gran innovación: de ello se sigue, en el plano de la acción administrativa, una retirada de la iniciativa pública cuando el ejercicio de la actividad por los particulares se revela adecuado a los fines. Este es el plan del ‘tercer sector’, en el que la actividad de los particulares asume tareas tradicionalmente reservadas a los poderes públicos en una lógica de solidaridad y, por tanto, al margen de las aspiraciones lucrativas del mercado: el tercer sector se sitúa entre el Estado y el mercado, y las normas que lo regulan trazan un sistema de interco-

<sup>21</sup> Existe una literatura interminable sobre el tema. Me limitaré a recordar algunas de mis aportaciones: E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell’iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*; ID., *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*; ID., *I principi nell’esperienza civilistica: una panoramica*; ID., *Pubblico e privato: spigolature di un civilista*, todas ellas recogidas ahora en ID., *Principi e metodo nell’esperienza giuridica. Saggi di diritto civile* cit., respectivamente 1 y ss., 109 y ss., 121 y ss., 165 y ss.

nexiones entre el trabajo de los particulares sin ánimo de lucro subjetivo y la actividad administrativa, cuyas funciones se ‘externalizan’ a cambio del disfrute de prerrogativas legales, aportaciones económicas y un tratamiento fiscal ventajoso.

La materia, en la que se agitaba desordenadamente una pluralidad de leyes, fue reorganizada por dos decretos legislativos, el Decreto Legislativo nº 112, de 3 de julio de 2017, sobre la empresa social, y el Decreto Legislativo nº 117, de 3 de julio de 2017 (Código del Tercer Sector)<sup>22</sup>. Ambos ofrecen un listado de ‘actividades de interés general’ mediante un reconocimiento de la esfera de impacto del principio de subsidiariedad.

Por lo que se refiere a la sostenibilidad, el artículo 2 del Decreto Legislativo 112/2017, en el apartado e), menciona ‘las intervenciones y los servicios destinados a la preservación y a la mejora de las condiciones del medio ambiente y a la utilización prudente y racional de los recursos naturales’; el artículo 5 del Decreto Legislativo 117/2017, en el apartado e), menciona ‘las intervenciones y los servicios destinados a la preservación y a la mejora de las condiciones del medio ambiente y a la utilización prudente y racional de los recursos naturales’: de modo que – y no había razón para dudarlo – la sostenibilidad, como preservación del medio ambiente, también entra dentro de este ámbito.

Aunque la lista de tales actividades, debido a su amplitud, hace que, en la actualidad, sea difícil imaginar ámbitos adicionales, el límite de las ‘actividades de interés general’ se hace móvil por la posibilidad de que se actualice mediante un decreto del Presidente del Consejo de Ministros, es decir, mediante legislación secundaria (art. 2, apartado 2, Decreto Legislativo 112/2017, y art. 2, apartado 2, Decreto Legislativo 117/2017), considerando así la posibilidad de que surjan nuevos casos en la comunidad<sup>23</sup>.

## 12. *Expresiones de la subsidiariedad social*

Muchas de las actividades de interés general tienen un valor público en el sentido de que son, fisiológicamente, objeto de *munera* administrativa. Pero sería reductor limitar el abanico de iniciativas en las que debe favorecerse la acción pri-

<sup>22</sup> La literatura sobre el tema es, a estas alturas, larguísima. Por ejemplo, véase P. CONSORTI, L. GORI y E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018<sup>2</sup>, 43 y ss.; AN. FUSARO, *Gli enti del Terzo settore. Profili civilistici*, en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milán, 2022, 45 y ss.; M. CEOLIN, *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b) della legge 6 giugno 2016 n. 106*, en *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2023, 64 y ss.

<sup>23</sup> V. M. CEOLIN, *Codice del Terzo settore cit.*, 67, quien (70) plantea dudas de legitimidad constitucional sobre la posibilidad de que la lista pueda ser actualizada por una fuente normativa secundaria, ya que ‘más que una actualización’ se trata de ‘una verdadera y propia modificación del artículo’. En términos más generales, la atención a las necesidades de los pueblos rurales y los recursos naturales es objeto de C. MINGRONE, *Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini*, en *Attualità Jurídica Iberoamericana*, 2021, 208 y ss.

vada a las acciones ‘con contenido administrativo’ porque, en la práctica, muchas actividades pueden prescindir de él.

Se ha planteado la cuestión de si la actividad empresarial está excluida porque se rige por los artículos 41 y 43 de la Constitución, o qué relación debe existir entre el principio de subsidiariedad y la iniciativa económica privada. En realidad, las actividades para las que opera el principio de subsidiariedad se caracterizan por su finalidad, no por su caso. Y el ámbito del tercer sector, aunque caracterizado por un espíritu de solidaridad, y por tanto desprovisto de ánimo de lucro, puede expresarse pacíficamente en actividades empresariales, siempre que los beneficios no se destinen a la distribución, es decir, a actuar como beneficio subjetivo.

En cualquier caso, el artículo 41 de la Constitución, a cuyo texto me he referido anteriormente, es preeminente. Incluso el ánimo de lucro es, por tanto, compatible con el interés general de la actividad y, por tanto, no excluye *a priori* que los particulares, que persiguen este último al tiempo que el primero, puedan invocar el artículo 118.4 de la Constitución<sup>24</sup>.

También es ya un lugar común – como hemos señalado – que la empresa puede orientarse a la ‘realización de fines de interés general’ tras la positiva aparición del ámbito multiforme del llamado Tercer Sector y de la ‘empresa social’, donde, emblemáticamente, el fin social se eleva a criterio distintivo de una actividad (regulada por normas especiales) con independencia del estatuto jurídico que asuman quienes pretendan llevarla a cabo.

La actividad ‘reguladora’ de los particulares se basa también en el principio de subsidiariedad social. La necesidad de favorecer la autorregulación y no dictar normas si no existe una disciplina espontánea adecuada establece un parámetro de legitimidad constitucional sobre la propia competencia pública reguladora. El tema de la autorregulación, los códigos deontológicos o de conducta es un ejemplo elocuente.

Una última consideración. En el contexto de la subsidiariedad, también es posible situar autoridades administrativas independientes, cuyas actividades afectan a determinados asuntos de interés general. No se trata, sin embargo, de una explicación de la subsidiariedad social (u horizontal), sino de la subsidiariedad vertical (o institucional), que opera, es decir, en la esfera pública, en el reparto de competencias administrativas. Se trata de organismos estatales desvinculados del gobierno con una función reguladora, supervisora y, a veces, sancionadora, encargados de supervisar determinados sectores. En las últimas décadas, estas autoridades han proliferado y la cuestión más grave que plantean es la efectividad de su independencia. Su actividad surge como un fenómeno más, peculiar, de subsi-

<sup>24</sup> El estudio de B. AGOSTINELLI, *L'autonoma iniziativa dei privati nell'economia solidale. Nuovi prospetti della sussidiarietà*, Nápoles, 2018, está dedicado a los fenómenos adscribibles a la llamada ‘economía solidale’ y a las transacciones que pueden considerarse connotadas por una causa solidaria, adscribible a la subsidiariedad social.

diariedad, caracterizado por la devolución de la potestad normativa a un órgano independiente del poder ejecutivo y de los entes públicos territoriales.

En la actualidad, no existe ninguna autoridad independiente que vele por la sostenibilidad, ya que la que, por su nombre, podría sugerirlo – la Autoridad Reguladora de la Energía, las Redes y el Medio Ambiente – se ocupa esencialmente de la protección de los consumidores en los sectores de la distribución de energía y los servicios de abastecimiento de agua, así como de la regulación de la eliminación de residuos. Sin embargo, me parece que no hay necesidad de ello si se reflexiona que la búsqueda de la sostenibilidad ambiental bien puede ser cumplida por la administración central y los organismos públicos territoriales. La misma consideración podría aplicarse a varias autoridades independientes existentes: pero eso abriría otro debate.

# UN *LANDMARK CASE* EN EL LITIGIO CLIMÁTICO TRANSNACIONAL: DERECHOS, INTERTEMPORALIDAD Y DEMOCRACIA A PARTIR DEL *KLIMA-BESCHLUSS* DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN\*

ALESSANDRA DI MARTINO

**SINTESI:** Il contributo esamina gli aspetti più significativi, dal punto di vista teorico, della decisione sul clima del Tribunale costituzionale tedesco, un *landmark case* nella *litigation* transnazionale in materia. Nella prima parte, il lavoro inquadra la pronuncia in una prospettiva comparativa, con riguardo agli sviluppi più significativi degli ultimi anni. Nella seconda parte, analizza l'argomentazione del Tribunale, con particolare riferimento alla dogmatica e all'introduzione della categoria della 'intertemporalità' dei diritti fondamentali, che si presenta come alternativa rispetto a quella delle generazioni future. Nella terza parte, l'articolo affronta questioni relative alla legittimazione democratica del giudice costituzionale e al rapporto di questi con il legislatore, soffermandosi infine sul significato di alcune manifestazioni di disobbedienza civile.

**RESUMEN:** La contribución examina los aspectos más significativos, desde un punto de vista teórico, de la sentencia sobre el clima del Tribunal Constitucional alemán, un *landmark case* en la *litigation* transnacional sobre la materia. En la primera parte, el artículo enmarca la sentencia en una perspectiva comparada, con respecto a los avances más significativos de los últimos años. En la segunda parte, analiza la argumentación del Tribunal, con especial referencia a la dogmática y a la introducción de la categoría de la 'intertemporalidad' de los derechos fundamentales, que se presenta como alternativa a la de las generaciones futuras. En la tercera parte, el artículo aborda cuestiones relacionadas con la legitimidad democrática del juez constitucional y la relación de éste con el poder legislativo, deteniéndose finalmente en la importancia de ciertas manifestaciones de desobediencia civil.

**PAROLE CHIAVE:** Contenzioso climatico; intertemporalità; Tribunale costituzionale tedesco; dimensioni dei diritti fondamentali; processo democratico

**PALABRAS CLAVE:** Litigios climáticos; intertemporalidad; Tribunal Constitucional alemán; dimensiones de los derechos fundamentales; proceso democrático.

**SUMARIO:** 1. El *Klima-Beschluss* del Tribunal constitucional alemán en el contexto del litigio climático transnacional. – 2. La protección del clima entre obligaciones de protección y derechos intertemporales. Las coordenadas de la dogmática. – 3. A continuación. El argumento del *Bundesverfassungsgericht* y las reacciones de la doctrina. – 4. *Klima-Beschluss* y formas democráticas. – 5. Una pequeña conclusión.

1. *El Klima-Beschluss del Tribunal constitucional alemán en el contexto del litigio climático transnacional*

Con la toma de conciencia de la emergencia climática<sup>1</sup>, en los últimos años ha crecido de manera significativa la controversia climática, también gracias a una red de activistas particularmente organizada<sup>2</sup>. Además, es necesario tener en cuenta las distinciones semánticas que acompañan a conceptos como justicia ambiental, justicia ecológica, justicia climática y litigio climático, donde se superponen y entrelazan aspectos éticos, políticos y jurídicos. El concepto de justicia está vinculado a consideraciones de equidad, que van acompañadas de demandas de redistribución y reparación, no solo dentro de un estado sino entre diferentes estados, especialmente entre el norte y el sur del mundo, a la luz de las consecuencias a largo plazo del colonialismo, así como de formas más recientes de neocolonialismo.

Mientras que la justicia ambiental implica fenómenos localizables territorialmente, la justicia ecológica y la justicia climática conciernen de manera más general a las relaciones entre las actividades humanas y las dinámicas naturales, y tienen un horizonte potencialmente global, aunque los efectos de estas relaciones sean en ciertos momentos más perceptibles en algunos lugares que en otros. Además, si la justicia ecológica plantea cuestiones relacionadas con los procesos de producción, la forma de asignar valor a ciertos bienes y recursos, considerando los costos de su explotación, la justicia climática cuestiona la forma de atribuir la responsabilidad de las emisiones antropogénicas contaminantes y el calentamien-

\* Una versión de este trabajo en lengua italiana está publicada en la *Rivista di Diritti Comparati*, 2/2023; el primer párrafo del texto en español fue parcialmente modificado. Durante el trabajo, utilizaré los términos ‘intertemporal’ e ‘intertemporalidad’, que corresponden a los términos alemanes ‘intertemporal’ e ‘Intertemporalität’, para referirme al período de tiempo intermedio que transcurre entre dos términos, aunque no estén específicamente identificados, y que es más cercano en comparación con la distancia que normalmente separa a las generaciones (por lo tanto, la intertemporalidad se refiere a un período de tiempo más corto que la intergeneracionalidad).

<sup>1</sup> M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, en *Dig. disc. pubbl.*, agg. VIII, Milano, 2021, 51 ss.

<sup>2</sup> En una bibliografía ya muy extensa, ver al menos J. PEEL – H.M. OSOWSKY, *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Clean Energy*, Cambridge, 2015; W. KAHL – M.P. WELLER (eds.), *Climate Change Litigation. A Handbook*, München, 2021; F. SINDICO – M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, 2021; I. ALOGNA – C. BAKKER – J.P. GAUCI (eds.), *Climate Change Litigation*, Boston, 2021; S. BAGNI, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts. Problems and Possible Solutions*, in S. BAGNI – D. AMIRANTE, *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Oxon, 2022, 409 ss.; F. LANGE – M. LIPPOLD, *Höchststrichterliche Klimaentscheidungen und Demokratieprinzip – eine rechtsvergleichende Betrachtung*, en *JuristenZeitung (JZ)*, 2022, 685 ss.; F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull’invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, en *BioL. J.*, 2, 2022, 157 ss.; S. VINCRE – A. HENKE, *Il contenzioso ‘climatico’: problemi e prospettive*, en *BioL. J.*, 3, 2023, 137 ss.; A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022.

to del planeta, teniendo en cuenta también el lugar final de exportación y consumo de bienes (no solo el lugar de producción).

De manera diferente, el litigio climático se centra en la dimensión judicial y, en sentido amplio, puede abarcar una serie de reclamos que muestran vínculos incluso solo indirectos con la cuestión climática, que entra en el proceso instrumentalmente para lograr esos reclamos. En un sentido más estrecho, la controversia climática tiene como objeto la obligación climática, es decir, la obligación de los estados (y en algunos casos de las empresas) de estabilizar los gases de efecto invernadero y evitar más interferencias negativas del ser humano en la naturaleza, reduciendo las emisiones y adoptando medidas de mitigación para cumplir con los objetivos compartidos a nivel internacional, siguiendo una lógica de responsabilidad diferenciada hacia el planeta y sus habitantes.

La *climate litigation* también abarca el tema del *carbon-budget*, que es la cantidad de dióxido de carbono que aún se puede emitir a la atmósfera sin perjudicar el objetivo de mantener la temperatura terrestre dentro de 1,5-2C° durante el transcurso del siglo. En la medida en que las acciones judiciales tienen como objetivo último preservar las condiciones para nuestra supervivencia, presentan vínculos más estrechos con la justicia climática<sup>3</sup>.

Como se ha ilustrado claramente<sup>4</sup>, los casos de litigio climático pueden variar considerablemente entre sí, en términos de recurrentes (individuos, asociaciones, entidades territoriales sub-estatales, accionistas de empresas), demandados o destinatarios de la reclamación (estados, reguladores, organizaciones supranacionales, empresas), y el objeto del juicio (anulación de normas o disposiciones administrativas, responsabilidad extra-contractual, incumplimiento de un deber público, etc.). A nivel europeo, el caso pionero para la circulación de argumentos relacionados con el derecho climático<sup>5</sup> fue el caso *Urgenda*<sup>6</sup> en los Países Bajos: originado por una acción de responsabilidad presentada por una asociación ecologista contra el estado neerlandés, el juicio concluyó con la condena del estado a elevar del 20% al 25% el umbral de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030. Se sabe que los argumentos adoptados por los tribunales

<sup>3</sup> El tema es analizado en profundidad por M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della 'giustizia climatica'*, in *DPCE online*, 2020, 2, 1345 ss., a lo cual remito para más referencias bibliográficas. Ver también a S. BALDIN – P. VIOLA, *L'obbligazione climatica* cit., 599 ss., 626 ss., para quienes la *litigation* climática es un subconjunto de la justicia climática.

<sup>4</sup> V. *supra*, n. 2.

<sup>5</sup> En cuanto a la cuestión específica mencionada, y haciendo referencia también al *formante* forsenese, puede v. los siguientes recursos: S. BAGNI, *La costruzione* cit., *passim*; M. CARDUCCI, *Stato di diritto, art. 28 Cost. e precedenti di contenzioso climatico nello spazio della UE*, <diritticomparati.it> (28.3.2023). En cuanto a los trasplantes en este ámbito, v. B. POZZO, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, en F. SINDICO – M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate* cit., 610 ss.

<sup>6</sup> Cfr. Hoge Raad (Supreme Court), *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, del 20.12.2019.

neerlandeses en los diferentes grados del juicio fueron diversos: mientras que en primera instancia los jueces se basaron en un *duty of care* (deber de cuidado), vinculándolo al principio constitucional de protección del medio ambiente y habitabilidad del país (art. 21 Const. neerlandesa), y excluyeron la configuración de un perjuicio a los derechos humanos (art. 34 CEDH), los jueces de apelación encontraron una violación de dos derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la vida (art. 2 CEDH) y el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), este último en su amplia interpretación que incluye el ambiente. El segundo enfoque fue confirmado por el Tribunal supremo neerlandés. Se logró una mayor unidad en el frente argumentativo entre los tres grados de juicio en cuanto al papel decisivo atribuido a las fuentes internacionales en materia climática, incluido el *soft law*, y a la legitimidad de una intervención significativa del poder judicial, considerada compatible con el principio de separación de los poderes<sup>7</sup>.

Las sentencias de los tribunales holandeses, así como los actos introductorios de los respectivos juicios, han tenido en cuenta los procedimientos judiciales en otros países, filtrándolos a la luz de las peculiaridades del derecho procesal y sustancial de cada sistema legal. No siempre, sin embargo, los interesados han tenido éxito ante los tribunales. El primer obstáculo a superar ha sido el relacionado con el interés y la legitimidad para actuar: por ejemplo, en Europa, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el Tribunal constitucional de Austria y el Tribunal federal suizo han emitido fallos negativos<sup>8</sup>. En otros países, donde los casos han tenido un resultado positivo, como en Francia, Bélgica e Irlanda<sup>9</sup>, las normas legislativas han permitido la acción de asociaciones ambientalistas. En algunos de estos juicios, como el irlandés y el francés, se reconoció una responsabilidad omisiva del estado basada principalmente en la legislación y, por lo tanto, en el derecho objetivo interno, interpretado a la luz de las obligaciones internacionales y supranacionales, y no directamente a partir de los derechos fundamentales o los derechos humanos<sup>10</sup>. En el juicio belga (que actualmente no ha llegado a una

<sup>7</sup> Para un comentario con la reconstrucción de los tres niveles de juicio, v., entre otros M.F. CAVALCANTI – M.J. TERSTEGGE, *The Urgenda Case: the Dutch Path Towards a New Climate Constitutionalism*, en *DPCE online* 2020, 2, 1371 ss.

<sup>8</sup> Cfr. TribUE, T-330/18, *Carvalho*, del 8.5.2019; CGUE, C-565-19 P, *Carvalho*, del 15.3.2021; VGH Österreich, G 144-145/2020, del 30.9.2020; BG Schweiz, 1 C\_37/2019, del 5.5.2020.

<sup>9</sup> Cfr. Supreme Ct. Ireland, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*, n. 205/19, del 31.7.2020; Tribunal administratif Paris, déc. del 3.2.2021 y del 14.10.2021 (*Affaire du siècle*), v. la admisión de las intervenciones también en Conseil d'État, déc. del 19.11.2020, del 1.7.2021 y del 10.5.2023 (*Grand-Synthe*); Trib. 1ère instance francophone Bruxelles, *Klimaatzaak c. Belgique*, del 17.6.2021.

<sup>10</sup> Cfr. Supreme Ct. Ireland, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*, n. 205/19, del 31.7.2020; Tribunal administratif Paris, déc. del 3.2.2021 y del 14.10.2021 (*Affaire du siècle*); Conseil d'État, déc. del 19.11.2020, del 1.7.2021 y del 10.5.2021 (*Grand-Synthe*).

sentencia definitiva), se encontró una violación de los derechos humanos, pero el Tribunal no indicó un umbral específico de reducción de las emisiones antropogénicas, afirmando que no quería sustituir a los órganos políticos<sup>11</sup>.

Quien ha clasificado la *litigación* climática desde un punto de vista temporal, también ha hablado de diferentes ‘olas’, siendo la última de ellas, que comenzó alrededor de 2015, el año de la aprobación de los Acuerdos de París, caracterizada por un giro hacia los derechos, una transformación que ve los actos introductorios de los juicios cada vez más centrados en argumentos relacionados con los derechos humanos o los derechos fundamentales<sup>12</sup>. Este cambio tuvo su origen a nivel internacional, donde el enfoque en los derechos humanos ha demostrado ser legalmente más efectivo que los tratados multilaterales sobre el clima, cuya obligatoriedad sigue siendo relativamente débil. Al mismo tiempo, sin embargo, una estrategia procesal centrada en la incorporación de cuestiones climáticas en el ámbito de los derechos humanos corre el riesgo de fortalecer una perspectiva excesivamente individualista, dejando en segundo plano el valor del clima como un bien a preservar en interés general de las comunidades<sup>13</sup>.

Dentro de este cambio hacia los derechos climáticos, en Europa se incluyen dos decisiones emblemáticas: pronunciamientos considerados puntos de referencia ineludibles debido a su resultado, justificación y potencial para influenciar casos similares. Se trata de la mencionada sentencia *Urgenda* del Tribunal Supremo de los Países Bajos y del *Klima-Beschluss* del Tribunal constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), también conocido como el caso *Neubauer*, emitido en marzo de 2021<sup>14</sup>. Mientras que *Urgenda* ha sido ampliamente comentada por la doctrina a nivel internacional, el *Klima-Beschluss*, cuya gran importancia se percibió de inmediato, ha sido estudiado en profundidad principalmente por la doctrina alemana. Se caracteriza por algunos aspectos particulares: una amplia legitimación procesal de los individuos, una redefinición del parámetro constitucional a la luz de la naturaleza intertemporal de los derechos, un equilibrio entre fuentes internacionales y fuentes internas (constitucionales y ordinarias), posible también gracias a la compartición de una base de datos científicos no controvertidos,

<sup>11</sup> Trib. 1ère instance francophone Bruxelles, *Klimaatzaak c. Belgique*, del 17.6.2021.

<sup>12</sup> J. SETZER – H. NARULLA – C. HIGHAM – E. BRADEEN, *Climate Change Litigation in Europe. A Summary Report for the European Union Forum of Judges for the Environment*, London Brussels, 2022, 9. Sobre el ‘rights turn’ en materia climática v. en particular J. PEEL – H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, *Transnational Environmental Law*, 2018, 37 ss.; A. SAVARESI – J. AUZ, *Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries*, en *Climate Law*, 2019, 244 ss.

<sup>13</sup> M. GERVAZI, *Equità intergenerazionale, tutela dei diritti umani e protezione dell’ambiente nel contenzioso climatico*, en *L’interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, Napoli, 2023, 309 ss., a este, remito para más referencias bibliográficas.

<sup>14</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021 (*Klima-Beschluss* o *Klima-Urteil*), se puede encontrar en <bundesverfassungsgericht.de>, también en la traducción inglesa, francesa y española. La ley federal sobre la protección del clima es el *Bundes-Klimaschutzgesetz* (KSG).

el reconocimiento de un margen de acción para el legislador democrático. Por lo tanto, puede ser útil para una audiencia de habla italiana y española comprender mejor la motivación de esta decisión y su alcance real, partiendo del contexto jurídico y político alemán. En los párrafos que siguen, me centraré en los pasajes del fallo que han generado un mayor interés y en la ubicación de éste, dentro del marco de procesos democráticos más amplios.

2. *La protección del clima entre obligaciones de protección y derechos intertemporales. Las coordenadas de la dogmática*

Después del *Klima-Beschluss*, se llevó a cabo en la doctrina constitucional alemana un debate animado, cuyo núcleo fueron los argumentos en los cuales el Tribunal constitucional desarrolló las categorías dogmáticas del «efecto anticipado similar al de interferencia» (*eingriffsähnliche Vorwirkung*)<sup>15</sup> y de los derechos fundamentales como «garantía intertemporal de la libertad» (*intertemporale Freiheitsicherung*)<sup>16</sup>. Para comprender completamente el sentido de este debate, es necesario tener en cuenta las especificidades de la dogmática alemana en cuanto a los *Grundrechte* (derechos fundamentales) y la forma intensa en que la doctrina dialoga, incluso de manera crítica, con el *Bundesverfassungsgericht*, que a su vez tiene en cuenta las posiciones doctrinales en sus propias sentencias. Aunque esto ha llevado a que una parte significativa de las elaboraciones doctrinales se enfoque en la exégesis y en la anticipación de orientaciones interpretativas de la jurisprudencia del Tribunal, en detrimento de otros géneros literarios, la estrecha interacción entre la doctrina constitucional y el *Bundesverfassungsgericht* (en términos comparativos: entre el *formante* doctrinal y el de la jurisprudencia constitucional) sigue siendo un aspecto característico de la cultura jurídica y constitucional alemana<sup>17</sup>.

Con alguna simplificación, se puede afirmar que, en la dogmática consolidada, los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: la individual de *Abwehrrechte*, es decir, derechos de defensa contra las injerencias del estado, que fundamentan una pretensión de abstención, y la institucional de *Schutzpflichten*, es decir, obligaciones de protección dirigidas al estado, que fundamentan una pretensión de acción. En realidad, la dimensión institucional es a su vez mucho más articulada, incluye sub-dimensiones axiológicas, organizativas y procedimentales, democrático-participativas, de derechos de prestación y de efectos horizon-

<sup>15</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 116, 183 ss.

<sup>16</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 122, 142, 183, 190, 191.

<sup>17</sup> Por último, cfr. D. GRIMM (ed.), *Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft*, Tübingen, 2019.

tales<sup>18</sup>, pero para los fines de esta contribución, se puede limitar a considerar la yuxtaposición y, sobre todo, la nueva correlación en la decisión que se está examinando, de *Abwehrrechte* y *Schutzpflichten*.

Las obligaciones de protección, en particular, han sido desarrolladas por el *Bundesverfassungsgericht* en la jurisprudencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo<sup>19</sup>, a partir de una lectura conjunta del principio de dignidad (art. 1, párrafo 1 *Grundgesetz*/GG) y el derecho a la vida (art. 2, párrafo 2, frase 2 GG), y se han referido al embrión y al feto. Aunque la doctrina no ha excluido la enunciación de obligaciones de protección con respecto al conjunto de los derechos fundamentales, la jurisprudencia más relevante hasta ahora los ha relacionado principalmente con el derecho a la vida y la integridad física (art. 2, párrafo 2, frase 2 GG). Esto también se aplica a las obligaciones de protección que se refieren a asuntos ambientales (por ejemplo, en relación con el uso de la energía nuclear, la contaminación acústica, el *electro-smog*). En menor medida, las obligaciones de protección en este ámbito se pueden derivar del derecho de propiedad (art. 14 GG) y el derecho a elegir libremente una profesión (art. 12 GG)<sup>20</sup>.

Cuando los jueces fundamentan una decisión, normalmente se considera un derecho fundamental alternativamente a la luz de un perfil u otro (*Abwehrrecht* o *Schutzpflicht*): la elección tiene repercusiones en el tipo de análisis y los pasos que marcan el razonamiento de la sentencia, a menudo correspondiendo un lenguaje específico, dependiendo de si se sigue uno u otro camino. Entre estas

<sup>18</sup> La bibliografía sobre el tema es vasta; me limito a mencionar H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 1993; R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1994; J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, en IDEM, P. KIRCHHOF (ed.), *Handbuch Staatsrechts*, V, Heidelberg, Müller, 1992, § 111; H.D. JARASS, *Funktionen und Dimensionen der Grundrechte*, en D. MERTEN – H.J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, II, Heidelberg, Müller, 2006, 625 ss.; W. KAHL, *Grundrechte*, en O. DEPENHEUER – C. GRABENWARTER (eds.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, 807 ss.; C. CALLIESS, *Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect*, en H. PÜNDER – C. WALDHOFF (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, 2014, 27 ss. En la doctrina italiana, v. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, en IDEM, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti di libertà in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 166 ss. y, si se quiere, A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, en *Riv. Gruppo di Pisa*, 2016.

<sup>19</sup> BVerfGE 39, 1, del 25.2.1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*); 88, 203, del 28.5.1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*).

<sup>20</sup> BVerfGE 46, 160, del 16.10.1977 (*Schleyer*); 49, 89, del 8.8.1987 (*Kalkar I*); 53, 30, del 20.12.1979 (*Mühlheim-Kärlich*); 56, 54, del 14.1.1981 (*Fluglärm*); 77, 170, del 29.10.1987 (*Lagerung chemischer Waffen*); BVerfG, 1 BvR 2465/06, del 12.11.2008, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NwZ)*, 2009, 171 ss. (*Standortzwischenlager für atomare Kernbrennstoffe*); BVerfG, 1 BvR 1178/07, del 10.11.2009 (*Schacht Konrad*); BVerfG, 1 BvR 382/05, del 24.1.2007, in *NwZ*, 2007, 805 ss. (*Mobilfunkanlagen*); y otras decisiones relacionadas con la contaminación acústica en los aeropuertos, incluyendo BVerfG, 1 BvR 1502/08, del 4.5.2011, en *NwZ*, 2011, 991 ss. Para tener una visión general cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltschutz*, Tübingen, 2001, 312 ss.; A. VOSSKUHLE, *Umweltschutz und Grundgesetz*, en *NwZ*, 2013, 6 ss.

diferencias se encuentra también la forma en que opera el principio de proporcionalidad: generalmente se asocia más a los *Abwehrrechte*, en relación con los cuales en la última fase (la de la proporcionalidad en sentido estricto) se convierte en un *Übermassverbot* (prohibición de una compresión excesiva de un derecho). En la constelación de las *Schutzpflichten*, por otro lado, se habla de un *Untermassverbot* (prohibición de reducir la protección de un derecho por debajo de un umbral determinado). Es un estándar de escrutinio menos incisivo que el anterior, y tiene en cuenta el margen más amplio de evaluación y conformación que el estado, y especialmente el legislador, tiene al diseñar las obligaciones de protección. Para evaluar el cumplimiento de este segundo canon, el *Untermassverbot*, el Tribunal constitucional generalmente utiliza un estándar bastante suave, el *Evidenzkontrolle*, según el cual una ley se considera inconstitucional solo si la falta de protección es evidente, ya sea debido a una omisión total por parte del Parlamento, o debido a una evidente inadecuación o insuficiencia de la medida en relación con el objetivo a alcanzar. Más estricto pero aún menos penetrante que el escrutinio de proporcionalidad es la *Vertretbarkeitskontrolle*, un control relacionado con la exactitud en la determinación de los hechos, la plausibilidad de la evaluación (*Vertretbarkeit*) y la eficacia de la protección proporcionada<sup>21</sup>.

En este contexto, se puede encuadrar también el problema de la protección ambiental en la Ley Fundamental de Alemania. Si, en una perspectiva comparativa, se distinguen constituciones en las cuales el medio ambiente es objeto de un derecho subjetivo individual y constituciones en las cuales está protegido por una norma de objetivo (*Staatszielbestimmung*)<sup>22</sup>, en Alemania hasta ahora el enfoque predominante ha sido el segundo. La discusión se abrió en la doctrina, la jurisprudencia y el mundo político durante la década de 1970. El derecho subjetivo fundamental al medio ambiente se dejó de lado por una serie de objeciones, incluyendo el alcance aparentemente indeterminado y la indefinida cantidad de posibles titulares. También se propuso la introducción de un deber de los ciudadanos hacia el estado en relación con la protección del medio ambiente por parte de los privados. El debate experimentó momentos de aceleración primero con la entrada en el *Bundestag* del partido Los Verdes en la década de 1980, y luego de manera decisiva con la reunificación.

A principios de la década de 1990, en los trabajos de la Comisión Conjunta establecida para realizar revisiones en el *Grundgesetz* se confrontaron las siguientes posiciones: por un lado, Los Verdes estaban a favor de prever un derecho subje-

<sup>21</sup> Cfr. la nota anterior, así como también J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 2005<sup>2</sup>, I ss. y *passim*; J. ISENSEE, *Das Grundrecht* cit., 181 ss.; C. CALLIESS *Schutzpflichten*, en D. MERTEN – H.J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte* cit., 963 ss.; D. GRIMM, *The Protective Function of the State*, en G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, 149 ss.

<sup>22</sup> Para un amplio panorama v. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, 94 ss., 124 ss.

tivo, que se introduciría mediante una integración del art. 2, párrafo 2 GG (pero es importante recordar que los primeros promotores de un derecho de este tipo en la década de 1970 fueron los liberales de la FDP). Por otro lado, los cristiano-demócratas y los socialdemócratas apoyaban la norma de objetivo. En 1994, con el art. 20a GG, se adoptó esta última solución: la norma establece que el estado protege «las bases naturales de la vida» (*natürliche Lebensgrundlagen*), mientras que desapareció tanto la referencia directa a la actividad humana (requerida por la CDU) como el carácter «particular» de la protección ambiental (requerido por el SPD)<sup>23</sup>. La formulación parece haber dejado abierta la cuestión, quizás demasiado polarizada, sobre el enfoque antropocéntrico o ecocéntrico de la norma, mientras que una interpretación sistemática, y en particular el principio de intangibilidad de la dignidad humana, ha llevado a parte de la doctrina a otorgar preponderancia, en las operaciones de ponderación, a los intereses humanos<sup>24</sup>. Como se anticipó, la protección del medio ambiente también se relaciona con la dimensión de las obligaciones de protección que surgen del derecho a la vida y la integridad física (art. 2, párrafo 2 GG) y, en menor medida, del derecho de propiedad (art. 14 GG) y del derecho a elegir libremente la profesión (art. 12 GG)<sup>25</sup>.

Sin embargo, las propuestas para desarrollar un derecho subjetivo no han desaparecido, especialmente en lo que respecta al «derecho a un mínimo vital ecológico» (*Recht auf ein ökologisches Existenzminimum*). Se trata de una posición subjetiva que, por un lado, es un derecho de defensa contra las interferencias estatales «extremadamente perjudiciales» para el medio ambiente y, por otro lado, otorga un derecho de prestación, una pretensión positiva para la preservación de un núcleo de elementos naturales considerados necesarios para vivir de manera digna (aire respirable, agua potable, alimentos comestibles, etc.) o para preservar la salud humana (por ejemplo, la capa de ozono), elementos indispensables tanto para la supervivencia física de cada individuo como para el mantenimiento de una red de relaciones elementales. La preservación de condiciones climáticas que hagan que el planeta sea habitable, y por lo tanto la prevención de los riesgos que

<sup>23</sup> M. KLOEPFER, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, Berlin, 1978, 7 ss.; B. BOCK, *Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Berlin, 1990, 53 ss., 225 ss.; H. SCHULZE-FIELTIZ, *Art. 20a GG*, en H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen, 2015<sup>3</sup>, Rn. 7-8; J. LUTHER, *Antropocentrismo e biocentrismo nel diritto dell'ambiente in Italia e in Germania*, en *Pol. Dir.*, 1989, 677 ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, 132 ss.; E. BUONO, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene*, en *DPCE online*, Sp-2, 2023, 472 ss. Entre los comentaristas del *Klima-Beschluss*, estos eventos son analizados en particular por J. BERKEMANN, 'Freiheitschancen über die Generationen' (*Art. 20a GG*) – *Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel*, en *Die öffentliche Verwaltung*, 2021, 702 ss. Sobre el art. 20a GG, v. también C. CALLISS, *Rechtsstaat* cit., 104 ss.

<sup>24</sup> IDEM, 111-114, 509 ss.

<sup>25</sup> *Supra*, n. 20.

puedan llevar al cruce de los puntos de inflexión, también se encuentra en el contenido de un derecho de este tipo.

Desde un punto de vista interpretativo, este contenido se deriva de una interpretación conjunta de los art. 1, párrafo 1 GG y 2, párrafo 2 GG, por un lado, y del principio del estado social en el art. 20 GG, por otro. Las similitudes con el «derecho al mínimo vital» económico-social (*Recht auf Existenzminimum*), propuesto por la doctrina y posteriormente reconocido por el Tribunal constitucional<sup>26</sup>, son evidentes<sup>27</sup>. La objeción principal planteada contra el derecho a un mínimo vital ecológico es que la constitución no ofrece indicadores relativos a los umbrales o estándares de habitabilidad que determinen el nivel mínimo de protección<sup>28</sup>; a esto se ha respondido observando que indicadores similares tampoco se pueden encontrar con respecto al *Recht auf Existenzminimum* social y, sin embargo, el *Bundesverfassungsgericht* ha identificado algunos criterios de tipo procedimental adecuados para guiar al legislador en la definición del contenido del derecho<sup>29</sup>. El derecho al mínimo vital, tanto social como ecológico, se refiere a los bienes materiales y naturales que constituyen el requisito previo para el ejercicio efectivo de este y otros derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la vida presupone aire respirable)<sup>30</sup>.

Antes de la publicación del *Klima-Beschluss*, las previsiones de los académicos eran en gran parte desfavorables al reconocimiento de las demandas de los recurrentes, a la luz de la jurisprudencia sobre las obligaciones de protección, que como se ha visto, se caracterizaba por un nivel menos penetrante de escrutinio. Esto se evidenciaba en el hecho de que, hasta ese momento, el Tribunal constitucional nunca había encontrado una violación de las *Schutzpflichten* en cuestiones ambientales<sup>31</sup>. Sin embargo, también hubo quienes imaginaron que este caso podría ser una oportunidad para una evolución de esa jurisprudencia, inaugurando un tipo de escrutinio relativamente más riguroso, posiblemente respaldado por el derecho al mínimo vital ecológico<sup>32</sup>.

Sin embargo, los pronósticos fueron desmentidos y el Tribunal declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la Ley de protección del clima de

<sup>26</sup> BVerfGE, 125, 175, del 9.2.2010 (*Hartz IV*).

<sup>27</sup> Cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstaat* cit., 300; IDEM, *Klimapolitik und Grundrechtsschutz – Brauchen wir ein Grundrecht auf Umweltschutz?*, en *ZUR*, 2021, 326 ss.; A. BUSER, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland*, en *DVBl*, 2020, 1391 ss.

<sup>28</sup> A. VOSSKUHL, *Umweltschutz und Grundgesetz* cit., 6.

<sup>29</sup> *Supra*, n. 26 e *infra*, n. 117.

<sup>30</sup> Cfr. M. KLEIBER, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tübingen, 2014, 309 ss.

<sup>31</sup> Cfr. entre otros A. VOSSKUHL, *Umweltschutz und Grundgesetz* cit., 7; W. KAHL, *Klimaschutz und Grundrechte*, en *Juristische Ausbildung*, 2021, 121.

<sup>32</sup> A. BUSER, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz?* cit.; C. CALLIESS, *Klimapolitik und Grundrechtsschutz* cit.; W. KAHL, *Klimaschutz und Grundrechte* cit., 121 ss.

2019 por no haber previsto, ya sea directamente o indirectamente a través de la fijación de criterios para futuros reglamentos gubernamentales, un camino gradual de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero hasta 2050, que proporcionara a los ciudadanos y las empresas un horizonte temporal adecuado para orientar sus comportamientos hacia el objetivo de neutralidad climática. La ley original establecía objetivos precisos de reducción de emisiones hasta 2030, mientras que para el período posterior remitía a los reglamentos del Gobierno que debían adoptarse a partir de 2025. Sin embargo, la palanca dogmático-argumentativa utilizada para la declaración de inconstitucionalidad no fueron las obligaciones de protección, sino los derechos individuales en su dimensión defensiva y en una proyección intertemporal. A ellos se les asoció el juicio de proporcionalidad. Estas fueron las partes más inesperadas de la decisión, donde los perfiles procesales de admisibilidad están estrechamente relacionados con los aspectos de mérito.

A pesar de que se han identificado apoyos en la dogmática previa (especialmente en lo que respecta al derecho de propiedad)<sup>33</sup>, este tipo de argumentación y reconstrucción dogmática puede considerarse una innovación en los derechos fundamentales (*Grundrechtsinnovation*). En la experiencia constitucional alemana, tales innovaciones no son infrecuentes, especialmente en áreas relacionadas con el desarrollo tecnológico, que ha causado cambios en la interpretación del derecho, a menudo a través de una interacción entre fuentes constitucionales y fuentes internacionales o supranacionales<sup>34</sup>. Un indicador formal-procedimental del alcance significativo de este cambio es el hecho de que la decisión se tomó por unanimidad<sup>35</sup>: los jueces transmitieron hacia el exterior la imagen de cohesión interna, cuya búsqueda en el *Bundesverfassungsgericht* es una regla<sup>36</sup>, pero que es altamente improbable que se haya alcanzado efectivamente en este caso en toda la motivación. Por lo tanto, los jueces fortalecieron la nueva figura dogmática frente a las posibles objeciones de los comentaristas. En esta perspectiva, sorprende que la decisión no haya sido precedida por una audiencia pública, sobre la base del

<sup>33</sup> En particular, el ‘efecto anticipado de expropiación’: entre otros v. N. GROSCHKE, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, en *Der Staat*, 2022, 114 y 115; C. FRANZIUS, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen. Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts*, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 2021, 148 y 149. Para establecer un posible vínculo con las generaciones futuras, pero haciendo referencia a las *Schutzpflichten*, v. M. KLEIBER, *Der grundrechtliche* cit., 296 ss.

<sup>34</sup> G. HORNUNG, *Grundrechtsinnovationen*, Tübingen, 2015.

<sup>35</sup> Entre otros, observan esta característica J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 710; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, en *DVBl*, 2021, 1340; CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, en *JZ*, 2021, 1071; S. LENZ, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine Dekonstruktion*, en *Der Staat*, 2022, 101.

<sup>36</sup> Cfr. U. KRANENPOHL, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, 2010.

supuesto, al menos cuestionable, de que no había necesidad adicional de aclaraciones y que la decisión se integraba armónicamente en la jurisprudencia previa<sup>37</sup>. El dictamen se emitió en forma de decisión (*Beschluss*), aunque larga, y no como una sentencia (*Urteil*). El tiempo dirá si y en qué medida esta innovación puede consolidarse, ya que, como era previsible, quedan algunas cuestiones abiertas.

### 3. *A continuación. El argumento del Bundesverfassungsgericht y las reacciones de la doctrina*

Es apropiado en este punto examinar más de cerca el argumento de los jueces. El primer obstáculo, común a una parte del litigio climático, donde falta una legitimación específica para actuar por parte de las asociaciones<sup>38</sup>, se refería a la admisibilidad de la *Beschwerde*: los requisitos para la procedibilidad de la demanda suelen ser un interés propio (*selbst*), inmediato (*unmittelbar*) y actual (*gegenwärtig*) de los recurrentes. Mientras que estos elementos no pueden encontrarse en las organizaciones ambientales, que no son titulares de un derecho o situación legal accionable a través de la *Beschwerde*, para los individuos la situación es diferente. El Tribunal constitucional utilizó una interpretación amplia de los requisitos procesales, considerando posible una lesión de los derechos a la vida y la integridad física, y el derecho de propiedad, con respecto específico a la dimensión de las *Schutzpflichten*, así como una lesión más general de los derechos de libertad, vistos en la dimensión individual de los derechos de defensa<sup>39</sup>. Al observar detenidamente, la identificación de los tres requisitos puede parecer problemática y dar la impresión de que el *Bundesverfassungsgericht* de hecho abrió la puerta a una acción popular<sup>40</sup>, suscitando objeciones en parte similares a las que se habían formulado con respecto a la interpretación extensiva del art. 38 GG, visto como un *Grundrecht auf Demokratie*, en el marco de la ya densa jurisprudencia relativa a las relaciones entre los principios constitucionales de estructura y el derecho

<sup>37</sup> K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen*, en *NJW*, 2021, 2085; CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1070; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 93 ss.

<sup>38</sup> Para un panorama general cfr. *supra*, n. 2.

<sup>39</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 91 ss. Para una reconstrucción del recurso directo en la experiencia alemana v. F. SAITTO, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, en IDEM, bajo el cuidado de G. REPETTO, *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2021, 43 ss.

<sup>40</sup> M. RUTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser 'intertemporale Systemgerechtigkeit'? – auf Konturensuche*, en *NVwZ*, 2021, 921 y 922; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der 'intertemporale Freiheitsschutz'*, en *Umwelt- und Planungsrecht (UPR)*, 2021, 251.

de la Unión Europea<sup>41</sup>. Los jueces intentaron prevenir las críticas con los siguientes argumentos: por un lado, y distanciándose explícitamente de la jurisprudencia más restrictiva del Tribunal de Luxemburgo<sup>42</sup>, afirmaron que el carácter ‘propio’ del interés no requiere que sea calificado al mismo tiempo. En otras palabras, el perjuicio para el recurrente no debe diferenciarse significativamente del de otros miembros de la sociedad<sup>43</sup>. Por lo tanto, el hecho de que se trate de un perjuicio compartido dentro de la comunidad no excluye el interés del individuo en presentar un recurso. Por otro lado, insistieron en los perjuicios concretos a los que, a la luz de los efectos de las medidas adoptadas, es probable que se hayan expuesto los recurrentes: se trata de los seres humanos que viven en la actualidad más que de las generaciones futuras, aunque debe recordarse que el último concepto no está delimitado de manera nítida: existen superposiciones de generaciones, especialmente en lo que respecta a los jóvenes<sup>44</sup>. Estos perjuicios, peligros reales, se refieren a los derechos a la vida y la integridad física (indirectamente a la salud, un bien no previsto expresamente en la Ley Fundamental), así como al derecho de propiedad, si no se cumplen adecuadamente las obligaciones de protección. Pero también afectan, en una perspectiva especular y general, a los derechos de libertad, que podrían verse comprimidos debido a la adopción repentina de medidas drásticas para reducir las emisiones<sup>45</sup>. El Tribunal constitucional no se extiende sobre el «derecho a una existencia mínima ecológica» y el «derecho a un futuro digno del ser humano», invocados por los recurrentes, cuya existencia

<sup>41</sup> Cfr. para todos R. LEHNER, *Die ‘Integrationsverfassungsbeschwerde’ nach art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrbungsbeschwerde*, en *Der Staat*, 2013, 535 ss.; críticamente entre los demás C. SCHÖNBERGER, *Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht*, en *JZ*, 2010, 1160 ss.

<sup>42</sup> Cfr. TribUE, T-330/18, *Carvalho*, del 8.5.2019; CGUE, C-565-19 P, *Carvalho*, del 15.3.2021.

<sup>43</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 110. Sobre la naturaleza innovadora y especialmente amplia de esta interpretación v., entre otros, J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 708 y 709; C. CALLIÉS, *Das ‘Klimaurteil’ des Bundesverfassungsgerichts: ‘Versubjektivierung’ des Art. 20a GG?*, en *ZUR*, 2021, 355; para una interpretación amplia de la admisibilidad a la luz de la doctrina de las *Schutzpflichten* v. C. BICKENBACH, *Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung vor den Gerichten*, en *JZ*, 2020, 176.

<sup>44</sup> En cuanto a la estratificación del concepto de generaciones futuras v. A. D’ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, en *Enc. Dir., Annali IX*, Milano, 2016, 337 ss. Sobre el problema de la personalidad jurídica de las generaciones futuras v. IDEM, 365 ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future* cit., 71 ss.; en el contexto alemán M. KLEIBER, *Der grundrechtliche* cit., 9 ss. y 63 ss. Para una comprensión de la cuestión desde el punto de vista de las responsabilidades y deberes de las generaciones presentes v. ya, partiendo de las *Schutzpflichten*, H. HOFMANN, *Nachweltschutz als Verfassungsfrage*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1986, 87 ss.; en el contexto italiano R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future* cit., 178 ss.; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, en *Dir. soc.*, 2008, 145 ss.

<sup>45</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 96 ss., 116 ss., 129 ss.

se considera abstractamente posible pero que no parece estar comprometida en este caso. Se reserva alguna consideración adicional para el derecho a la existencia mínima ecológica, donde se afirma que abarca un espectro no completamente superpuesto con los art. 2, párrafo 2 y 14 GG, y que se refiere en particular a la existencia de las condiciones ecológicas que hacen posible la participación en la vida social, política y cultural en el territorio. Pero según los jueces, no se puede decir que la ley climática haya causado efectos tan catastróficos como para perjudicar ese contenido mínimo<sup>46</sup>.

También es notable la apertura del camino procesal a las *Beschwerden* presentadas por individuos residentes en Nepal y Bangladesh: el *BVerfG* la justifica haciendo referencia a una jurisprudencia reciente sobre la eficacia extraterritorial de los derechos<sup>47</sup>, pero reconoce una diferencia entre la dimensión defensiva y las obligaciones de protección (la primera ofrece una protección más sólida), y especialmente entre las obligaciones de protección que deben hacerse valer en Alemania y las que deben hacerse valer en el extranjero, destacando cómo en el segundo caso el vínculo entre los recurrentes y las posibles medidas normativas para implementar las *Schutzpflichten* es mucho más débil<sup>48</sup>. Por lo tanto, en cuanto al fondo, se rechaza el recurso basado en la eficacia extraterritorial de los derechos.

Sin embargo, el Tribunal acepta las demandas de los ciudadanos alemanes, que hacen referencia en primer lugar al territorio nacional, aunque es plenamente consciente del alcance global de la emergencia climática, como lo demuestra el papel decisivo que los jueces atribuyen a los Acuerdos de París en la justificación. Antes de abordar este aspecto, sin embargo, es necesario volver sobre los pasajes de la decisión que más han sorprendido a los comentaristas, es decir, el cambio de enfoque de las obligaciones de protección (*Schutzpflichten*) hacia el de la dimensión individual y defensiva de los derechos (*Abwehrrecht*), acompañado de una perspectiva intertemporal.

La falta de declaración de inconstitucionalidad por violación de las obligaciones de protección<sup>49</sup> probablemente se pueda explicar por la intención de los jueces de no querer introducir cambios significativos en la dogmática de las *Schutzpflichten*, y especialmente en el escrutinio por parte del Tribunal constitucional, escrutinio que, como se ha visto hasta ahora en esta configuración, ha sido bastante débil<sup>50</sup>. Por lo tanto, a pesar de que los jueces reconocieron clara-

<sup>46</sup> IDEM, Rn. 113 ss. Sobre la concepción restrictiva del derecho a un mínimo existencial ecológico adoptada por el Tribunal cfr. M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1135.

<sup>47</sup> BVerfG, 1 BvR 2835/17, del 19.5.2020 (*BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*).

<sup>48</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 101, 173 ss. Sobre la cuestión específica de la extraterritorialidad, v. C. GENTILE, *Climate Litigation ed extraterritorialità dei diritti*, en <federalismi.it>, 5, 2023, 1 ss.

<sup>49</sup> Cfr. BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 152 ss., 171 ss.

<sup>50</sup> Así lo expresó claramente la jueza constitucional, miembro del Senado que emitió la decisión, G. BRITZ, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, en *NVwZ Son-*

mente por primera vez que la protección del clima forma parte de las obligaciones de protección establecidas en los art. 2, párrafo 2 y 14 GG<sup>51</sup> evaluaron una posible violación de las mismas y, aplicando los criterios derivados de los precedentes, la negaron. Sin embargo, no pocos constitucionalistas y expertos en derecho ambiental han destacado que los jueces podrían haber desarrollado la doctrina de las obligaciones de protección en la dirección que sugiere un mayor rigor en el control de constitucionalidad en el sentido de una *Vertretbarkeitskontrolle*, especialmente frente a riesgos graves, para los cuales la ocurrencia de eventos perjudiciales es altamente probable, una configuración que es difícil de negar en el contexto de la actual emergencia climática<sup>52</sup>. Otra alternativa habría sido explorar más a fondo el derecho a una existencia mínima ecológica concebido como un derecho de prestación basado en el principio de precaución<sup>53</sup>. Para ambas perspectivas, obligaciones de protección y derechos de prestación, que incluyen en esta materia también la dimensión participativa de los derechos, es relevante el tema de los presupuestos de los derechos fundamentales (*Grundrechtsvoraussetzungen*): condiciones naturales, materiales o jurídicas para el ejercicio de los derechos, que están dentro del ámbito de aplicación de estos. La preservación de un clima equilibrado se puede considerar como una de estas condiciones previas<sup>54</sup>.

Sin embargo, el enfoque seguido por el Tribunal es diferente: en primer lugar, los jueces niegan la violación de las obligaciones de protección relacionadas con el derecho a la vida y la integridad física, así como el derecho de propiedad, y posteriormente, reformulando el parámetro de juicio en comparación con lo que indicaron los demandantes<sup>55</sup>, emiten una declaración de inconstitucionalidad basada en los derechos fundamentales, enmarcados en su dimensión defensiva y en su proyección intertemporal. El razonamiento de los jueces, tan simple como ingenioso, es el siguiente: la ley climática establece objetivos de reducción de emisiones hasta el año 2030, pero dado el presupuesto de carbono disponible para Alemania, para esa fecha casi se habrá consumido toda la cantidad permitida. Para cumplir con el objetivo de neutralidad de carbono para el año 2050, el estado habría tenido que tomar medidas muy drásticas en un período de tiempo

*derausgabe Klimabeschluss*, 2022, 12 y 13, pero el punto se sugiere en la mayoría de los comentarios citados.

<sup>51</sup> Cfr. G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 12.

<sup>52</sup> C. CALLIESS, *Das "Klimaurteil"* cit., 356 y 357; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244, 248; K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2087 y 2088; J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 710 y 725; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1137 ss.

<sup>53</sup> C. CALLIESS, *Das "Klimaurteil"* cit., 357; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244, 246 y 247, que sin embargo opone al *Bundesverfassungsgericht* una excesiva generalidad en la definición de ese mínimo (las condiciones cuya ausencia haría imposible la participación y la integración social, cultural y jurídica).

<sup>54</sup> W. FRENZ, *Klimagrundrecht*, en *DöV*, 2021, 720 ss. Cfr. *supra*, n. 27, 30.

<sup>55</sup> C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 140 ss.

po muy corto, medidas que habrían tenido un impacto restrictivo en la mayoría de las actividades humanas (energía, producción, transporte, servicios, consumo, cultura, etc.). Estas actividades constituyen formas de ejercicio de derechos y libertades individuales, que por lo tanto se ven limitadas<sup>56</sup>. Si bien la restricción ocurrirá en el futuro, se basa en normas legales vigentes en el presente; por eso los jueces hablan de un «efecto (de la ley) similar al de la interferencia»<sup>57</sup>.

Algunos autores han enmarcado esta perspectiva, compartiéndola, como una coordinación entre la dimensión de los derechos de defensa y la de las obligaciones de protección<sup>58</sup>. Otros han considerado más problemático este enfoque debido a la confusión que puede generar entre las dos dimensiones, socavando las funciones de orientación y previsibilidad que deberían caracterizar la jurisprudencia constitucional<sup>59</sup>. Uno de los aspectos más controvertidos de la reconstrucción del *Bundesverfassungsgericht* se refiere a la generalidad de las posiciones legales cuya lesión fundamenta la inconstitucionalidad<sup>60</sup>: mientras que algunos han considerado que los jueces tenían en mente principalmente las libertades económicas<sup>61</sup>, otros han destacado cómo casi todos los comportamientos humanos estaban involucrados, ya que cada tipo de actividad depende del consumo de energía<sup>62</sup>. Los jueces no han identificado uno o más derechos fundamentales ni una libertad concreta, sino que han hablado de manera genérica de derechos de libertad (*Freiheitsrechte*) que en su conjunto se verían comprometidos. O, mejor dicho, han recordado que el *Grundgesetz* protege específicamente algunos derechos de libertad y que en cualquier caso es relevante la libertad general de actuar (*allgemeine Handlungsfreiheit*) en virtud del art. 2, párrafo 1 GG, interpretada por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina como un derecho general de libertad (*allgemeines Freiheitsrecht*)<sup>63</sup>. Esta norma se ha considerado una especie de ‘derecho paraguas’ (*Auffanggrundrecht*) reconocido a través de una cláusula subsidiaria,

<sup>56</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 116 ss., 182 ss., 247 ss.

<sup>57</sup> Sobre el perfil jurídico y no solo factual de esta relación causal, v. *ivi*, Rn. 118, 187. Habla de un «sustituto de interferencia» y de un «peligro para el derecho fundamental que sustituye la interferencia», *Der Klimabeschluss cit.*, 90.

<sup>58</sup> En general, adhieren con respecto a este enfoque del Tribunal, S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, en *NVwZ*, 2021, 914, 916; C. FRANZIUS, *Die Figur cit.*, 144.

<sup>59</sup> CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung cit.*, 1073 y 1074; S. LENZ, *Der Klimabeschluss cit.*, 90 ss.; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung cit.*, 1139.

<sup>60</sup> CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung cit.*, 1071; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht cit.*, 245 y 246; J. BERKEMANN, *Freiheitschancen cit.*, 711 y 712; S. LENZ, *Der Klimabeschluss cit.*, 90 ss.

<sup>61</sup> CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung cit.*, 1073 y 1076.

<sup>62</sup> V. la jueza G. BRITZ, *Klimaschutz cit.*, 13.

<sup>63</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 117, 184. Cfr. recientemente M. EIFERT, *Persönliche Freiheit*, en M. HERDEGEN – J. MASING – R. POSCHER – K.F. GÄRDITZ (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2021, 1163 ss.; para algunos perfiles problemáticos v. *infra*, n. 65.

que ofrece protección a comportamientos no incluidos en los derechos enumerados. Sin embargo, no se trata de una reconstrucción dogmática pacífica, ya que la sentencia que inauguró esta línea interpretativa en la década de 1950, conocida como el *Elfes-Urteil*<sup>64</sup>, ha sido criticada por algunas consecuencias negativas: el impulso que dio a una progresiva y penetrante juridificación de los comportamientos y las relaciones humanas (que tienden a ser observados a través del prisma y el léxico de los derechos fundamentales), la correspondencia entre la amplitud del ámbito de aplicación y la amplitud de los límites aplicables al derecho (ambos bastante amplios), la expansión del espectro del control del juez constitucional y la reducción del espacio de la conformación política y legislativa<sup>65</sup>. De ahí la impresión de que el *Klima-Beschluss* se situaba en una continuidad sustancial con esta jurisprudencia y la lectura de la decisión como una «versión ecológica de *Elfes*» (*Öko-Elfes*), que habría «sujetivizado» el art. 20a GG en contra de lo deliberado en la revisión constitucional, abriendo la puerta a una pretensión individual relacionada con actos de las autoridades públicas que respeten los criterios ambientales<sup>66</sup>.

Otro aspecto sobre el cual se ha debatido se refiere al significado de la intertemporalidad: algunos han hablado incluso de un «derecho fundamental a la garantía intertemporal de los derechos»<sup>67</sup>, otros de una (además) dimensión de los derechos fundamentales<sup>68</sup>, y algunos de una función de estos últimos<sup>69</sup>. Algunos han considerado que la demanda de protección intertemporal de los derechos individuales debe traducirse en una necesidad de justicia intergeneracional o de

<sup>64</sup> BVerfGE 6, 32, del 16.1.1957.

<sup>65</sup> Para una reconstrucción histórica cfr. D. GRIMM, *Das Elfes-Urteil*, en F. MEINEL (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, Tübingen, 2019, 155 ss.; H. BIRKENKÖTTER, *Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeines Freiheitsrecht und Auffanggrundrecht: Das Elfes-Urteil*, en D. GRIMM (ed.), *Vorbereiter – Nachbereiter?* cit., 9 ss.

<sup>66</sup> Cfr. críticamente CH. CALLIESS, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, en <verfassungsblog.de> (25.5.2021); IDEM, *Das "Klimaurteil"* cit., 356; CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1076; J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 710 y 712; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 243 y 249; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1135. La tesis de la subjetivación del art. 20a GG es disputada por aquellos que, en cambio, consideran que se trata de una coordinación del derecho de autodefensa y el deber de protección: *supra*, n. 58. C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 154, sostiene que no se ha subjetivado el art. 20a GG, pero que los derechos de libertad hayan sido «intertemporalizados» a través del art. 20a GG.

<sup>67</sup> S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht* cit., 913; M. RUTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 921, que atribuyen (erróneamente) el derecho a las generaciones futuras; crítico M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 243 y 246.

<sup>68</sup> S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht* cit., 914; M. RUTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 2021, 918; C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 144; M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität in der Energiewende. Neukonstruktion des Umweltrechts unter verfassungsrechtlichen Einfluss*, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 2022, 593 ss.

<sup>69</sup> M. RUTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 918 (como se puede ver en las citas, las elecciones léxicas de los diversos autores no son siempre unívocas).

«justicia intertemporal sistémica»; en particular, se han destacado los principios de justicia global del sistema y de coherencia objetiva interna de la legislación, principios desarrollados en el ámbito fiscal y relacionados con el principio de igualdad<sup>70</sup>. Los jueces han hablado, de hecho, de la necesidad de distribuir entre las generaciones tanto las oportunidades de libertad como las cargas de reducción de emisiones<sup>71</sup>. Estos pasajes han llevado comprensiblemente a hacer referencia a las teorías de John Rawls sobre la justicia intergeneracional<sup>72</sup>. Sin embargo, la reformulación de la cuestión en términos de justicia intergeneracional no es pacífica: en parte porque no se puede dar por sentada la transposición de la lógica utilizada en relación con la justicia redistributiva (que normalmente se refiere a la distribución de bienes materiales en el tiempo presente) a la redistribución de cuotas de libertad en el futuro; en parte porque, en el caso concreto, no se trata de una distribución desigual de los efectos negativos del cambio climático, sino de una distribución desigual de las cargas resultantes de una ley específica (la Ley de protección del clima de 2019). Además, no se trata de una sucesión de generaciones diferentes (por lo tanto, de una alteridad de sujetos), sino de los mismos individuos considerados a una distancia temporal de diez a veinte años. Más que un problema de efectividad de ciertas decisiones hacia terceros (que aún no existen), sería un problema relacionado con la modulación temporal de una auto-limitación de sus propias libertades<sup>73</sup>. Además, es importante señalar que el Tribunal no ha invocado el principio de igualdad – que probablemente habría requerido distribuciones simétricas y no proporcionalmente graduadas entre las generaciones<sup>74</sup> – y que ha sido cuidadoso en estructurar su razonamiento en torno a derechos que podrían ser comprimidos en los años venideros, pero cuyos titulares ya son seres vivos en la actualidad. Por otro lado, los jueces han rechazado claramente la titularidad de posiciones jurídicas subjetivas en manos de las generaciones futuras<sup>75</sup>. Si los titulares de los dere-

<sup>70</sup> M. RUTTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 920 y 921. V. también J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 712 ss.; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244; M.J. SEIBERT, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit – Der Jahrhundert-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, en *DVBl.*, 2021, 1145 y 1146; M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität in der Energiewende. Neukonstruktion des Umweltrechts unter verfassungsrechtlichen Einfluss*, en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 2022, 590 y 591. Desestima este perfil S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 99.

<sup>71</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 183, Rn. 192 ss.

<sup>72</sup> J. RAWLS, *Una teoría della giustizia*, nuova ed., ed. orig. *A Theory of Justice* (1999), Milano, 2008, 278 ss. Cfr. J. BERKEMANN, *Freiheitschancen* cit., 712 y 713; N. GROSCHE, *Recht und intertemporale* cit., 116, 117 y 120.

<sup>73</sup> N. GROSCHE, *Recht und intertemporale* cit., 116 ss. Críticas también presentes en CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1073.

<sup>74</sup> G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 14.

<sup>75</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 109. Cfr. C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 154. Para un panorama de los problemas relacionados con las generaciones futuras, muchos de los cuales también surgen en la sentencia que se está considerando v. *supra*, n. 44.

chos están actualmente vivos y se percibe un efecto anticipado de interferencia, esto puede deberse a que el umbral de peligro jurídicamente relevante se ha anticipado aún más de lo que normalmente se acepta en el ámbito de la prevención de riesgos (*Vorsorge*), a la luz de las dinámicas ecológicas específicas<sup>76</sup>. Además, sorprende que en la decisión no se haya tratado el principio de precaución.

Otro aspecto de la sentencia que ha generado perplejidad entre los comentaristas se refiere a la forma en que el Tribunal ha hecho referencia a los Acuerdos de París sobre el clima de 2015 y al criterio del *carbon-budget*. De hecho, los jueces han considerado vinculantes, en el art. 1 frase 3 de la ley de 2019, los objetivos del Tratado de París (que buscan mantener el aumento de la temperatura por debajo de los 2°C y, preferiblemente, cerca de 1,5°C, según el art. 2, párrafo 1 letra a)), en la medida en que estos objetivos se han incorporado como el «fundamento» de la propia ley<sup>77</sup>. Al estar incorporados en la ley, estos objetivos constituyen una «concretización» del art. 20a GG y desempeñan una «función constitucional de orientación»<sup>78</sup>. Esto crea un efecto aparentemente paradójico, ya que algunas disposiciones de la Ley de protección del clima (art. 3, párrafo 1 frase 2, art. 4, párrafo 1 frase 3 y anexo 2) se declaran inconstitucionales por haber violado los objetivos establecidos por otras disposiciones de la misma ley (art. 1 frase 3).

En realidad, la relación dialéctica entre la constitución y la ley ordinaria relativamente a la precisión del contenido de algunas cláusulas flexibles de la constitución es conocida desde hace tiempo: la ley ordinaria puede ser vista principalmente como objeto de un juicio de constitucionalidad en la medida en que afecta a los derechos fundamentales, pero también puede representar la implementación de una norma constitucional que ajusta las relaciones legales a la luz de los principios constitucionales y los derechos fundamentales<sup>79</sup>. En lo que respecta a este caso específico, en la doctrina, el razonamiento del Tribunal ha sido criticado por algunos autores, ya que habría extendido la función de parámetro a las disposiciones legislativas de concretización, donde, en cambio, la integración del parámetro debería limitarse a las disposiciones que puntualmente integran el contenido de la constitución misma<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> M. RUTTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale Freiheitssicherung* cit., 919 y 920; M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität in der Energiewende* cit., 594. V. también S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 92.

<sup>77</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 210.

<sup>78</sup> *Ivi*, Rn. 185, 204 ss. (213), 219 ss. Cfr. G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 9.

<sup>79</sup> Entre otros v. M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999; M. CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Tübingen, 2005, espec. 586 ss. y 633 ss.; C. BUMKE, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen, 2009.

<sup>80</sup> S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 80 ss.; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244. Para el léxico de la concretización, pero menos problemáticos en cuanto a la solución de los jueces M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1144 y 1145; F. LANGE – M. LIPPOLD, *Höchststrichterliche* cit., 690 y 691.

Sin embargo, la fuerza vinculante que los jueces atribuyen al art. 1 de la Ley de protección del clima se explica también a través de la relación entre los objetivos generales de la ley, los Acuerdos de París y las conclusiones científicas. Es así como un tratado internacional sobre el clima adquiere una importancia en el sistema de fuentes superior a la que tradicionalmente le correspondería, al ser incorporado a través de una ley ordinaria (sin hacer referencia al principio de *Völkerrechtsfreundlichkeit*). Además, es importante recordar que poco antes se había formulado una propuesta de revisión constitucional destinada a introducir un principio de protección del clima de conformidad con los tratados internacionales, aunque esta propuesta no fue aprobada<sup>81</sup>.

Para justificar el razonamiento de los jueces, sobre todo se ha señalado el alto consenso de la comunidad científica en torno a los datos utilizados por el Tribunal. Los jueces, al referirse también a los informes del IPCC (Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, establecido en las Naciones Unidas) y a los dictámenes del *Sachverständigenrat für Umweltfragen* (Consejo de Expertos en Asuntos Ambientales)<sup>82</sup>, partieron del supuesto de que existe una «vinculación estructural» (*strukturelle Koppelung*) entre el derecho y la ciencia climática<sup>83</sup> en esta cuestión. En particular, los datos científicos habrían respaldado tanto la necesidad de interpretar rigurosamente los objetivos de reducción del calentamiento global como la conversión de estos objetivos en finalidades de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y la viabilidad metodológica del *carbon-budget*.

Algunos han llamado a este enfoque «mínimo», ya que el Tribunal basó sus argumentos en algunas conclusiones científicas ampliamente conocidas y relativamente simples y aceptadas por la comunidad científica<sup>84</sup>. En cuanto a la cuestión de la complejidad, volveremos sobre ella más adelante; en cualquier caso, el *Bundesverfassungsgericht* ha demostrado ser consciente de ella a su manera, al insistir en varias ocasiones en el grado de incertidumbre que acompaña a las previsiones del legislador y, en general, de las autoridades públicas, en relación con las acciones a emprender en el ámbito climático<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 244. Se expresan dudas por parte de CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1074 y 1075; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 84 ss. y 110.

<sup>82</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 121, 159 ss., 211 ss.

<sup>83</sup> Sobre este aspecto v. en términos de adhesión CH. CALLIERS, *Das "Klimaurteil"* cit., 355 y 356; S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht* cit., 915; sobre la *strukturelle Koppelung* v. K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2086.

<sup>84</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 216 ss. Los comentarios y citas son de F.K. GÄRDITZ, *Die Erkenntnisdimension im Klimaschutzbeschluss des BVerfG*, en *Recht und Politik*, 2021, 312 ss. Crítico sobre el uso del criterio del *carbon-budget*, que no carece de su propia intrínseca politización, S. LENZ, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts* cit., 87 ss.; sobre su plausibilidad, v., en cambio, entre muchos, G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 10.

<sup>85</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 211 ss. Cfr. G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 8 y 10.

En resumen, se puede compartir la tesis de que la Ley de protección del clima contiene, en sus primeras disposiciones, algunas decisiones fundamentales en materia de regulación ambiental que el legislador asumió de manera ‘consciente’ y a la luz de una ‘urgencia’ científicamente plausible; la naturaleza fundamental de estas decisiones también se ve respaldada por el consenso alcanzado a nivel internacional a través del acuerdo internacional<sup>86</sup>.

La piedra angular del razonamiento del Tribunal fue, una vez más<sup>87</sup>, el principio de proporcionalidad, considerado compatible con las necesidades de gradualidad en la intervención del estado en el tiempo y con la incertidumbre y la volatilidad que caracterizan la relación entre la evolución tecnocientífica y el riesgo concreto al que se expone la población (dicho riesgo, por ejemplo, podría ser mitigado mediante medidas de adaptación que se perfeccionan con el tiempo). En particular, una vez que se centró en el efecto anticipado de interferencia en los derechos de libertad (interpretados de manera indiferenciada), los jueces recurrieron a la doctrina consolidada en materia de derechos de defensa y evaluaron primero la legitimidad del objetivo perseguido por la medida restrictiva y luego su proporcionalidad, remodelándola de manera orientada hacia el resultado efectivo (*ergebnisorientiert*)<sup>88</sup>. De hecho, es en relación con el primer aspecto, la justificación (*Rechtfertigung*) y, por lo tanto, la legitimidad de la medida, donde finalmente entra en juego el art. 20a GG. El objetivo estatal de protección del medio ambiente ciertamente incluye la preservación del clima, que, de hecho, se refuerza de manera proporcional a la irreversibilidad de los efectos de las emisiones de gases de efecto invernadero<sup>89</sup>. Es interesante observar cómo el Tribunal subraya una diferencia entre la obligación de actuar derivada del art. 20a GG y la de las *Schutzpflichten* relacionadas con los art. 2, párrafo 2, y 14 GG: aunque hay superposiciones, las obligaciones no son idénticas en contenido. Por ejemplo, el primero requiere una reducción significativa de las emisiones, mientras que el segundo puede cumplirse en cierta manera a través de medidas de adaptación (edificios ecológicamente compatibles, represas, reforestación, etc.)<sup>90</sup>. En este punto de la argumentación se aprecia plenamente el alcance normativo del art. 20a GG, visto

<sup>86</sup> CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1075.

<sup>87</sup> El principio de proporcionalidad ha sido clave en muchos casos importantes, incluso cuando a primera vista no debería haberse aplicado, como en la decisión sobre el PSPP de la BCE (BVerfG, 2 BvR 859/15, del 5.5.2020). En la vasta literatura v. P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961), erw. Aufl., Goldbach, 1999; D. MERTEN, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, en IDEM, H.J. PAPIER (ed.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, III, Heidelberg, 2009, 518 ss.; R. POSCHER, *Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismässigen Ausgleichs*, en IDEM, M. HERDEGEN, J. MASING, K.F. GÄRDITZ (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts* cit., 149 ss.

<sup>88</sup> J. BERKEMANN, *Freiheitschancencit.*, 714; K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2087.

<sup>89</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 190 ss., 197 ss.

<sup>90</sup> Ivi, Rn. 163, 164. Sul punto v. M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1143; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1136 y 1137; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 77.

como una norma de derecho constitucional objetivo: es justiciable y respalda el propósito de la ley en cuestión (la protección del clima) pero no da lugar a derechos individuales que puedan ser reclamables mediante *Beschwerde*<sup>91</sup>.

También se percibe un aspecto de intertemporalidad en la ponderación entre los derechos y principios implicados, ya que su peso relativo cambia con el tiempo: a medida que éste pasa, la irreversibilidad del cambio climático y sus consecuencias resultan más evidentes, y la necesidad de proteger el clima prevalece sobre los derechos individuales de libertad<sup>92</sup>. En este sentido, se nota un cambio con respecto a la orientación de décadas pasadas: mientras que antes el recurso a la doctrina de las obligaciones de protección dejaba un amplio margen al legislador en la elección de los medios para perseguir fines ambientales, y el equilibrio entre los derechos de libertad y la protección de la naturaleza dependía de elementos factuales y jurídicos del caso concreto, ahora la combinación de la emergencia climática, los derechos de defensa y la proporcionalidad impone una reconfiguración temporal de los términos de la ponderación. Con el paso del tiempo, el equilibrio ecológico gana peso y la importancia de los derechos de libertad disminuye<sup>93</sup>. En este contexto, se ha hablado de una «proporcionalidad, [o una] ponderación, intergeneracional»<sup>94</sup> como un triángulo, cuyos lados están formados por una garantía de libertad en el presente, una seguridad de libertad en el futuro y una distribución equilibrada a lo largo del tiempo.

El recurso al principio de proporcionalidad y la modulación temporal del equilibrio fueron confirmados, exactamente un año después del *Klima-Beschluss*, por la sentencia sobre parques eólicos, en la cual el Tribunal articuló un extenso juicio de proporcionalidad entre el derecho a elegir una profesión (art. 12 GG) por un lado, y el deber de proteger el clima (vinculado tanto al art. 20a GG como a los art. 2, párrafo 2, y 14 GG) por otro lado: una ley de *Mecklenburg-Vorpommern* Occidental había impuesto a los empresarios de energía eólica la creación de una sociedad con sede en el estado, así como la participación en la misma, en una proporción del 20%, de ciudadanos y municipios de la zona donde se construirían las instalaciones (o, en su lugar, la oferta de productos de ahorro o el pago de un impuesto). Tras el juicio de proporcionalidad, la protección del clima prevaleció en general sobre la libertad de empresa: los jueces destacaron cómo las medidas impugnadas habían contribuido a fortalecer el consenso de las comunidades locales, de lo contrario débil, hacia las instalaciones de energía eólica y, en general, hacia la producción de energías renovables<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 112, 120, 205.

<sup>92</sup> *Ivi*, Rn. 120, 185, 198, 246.

<sup>93</sup> Particularmente claros G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 11; M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität* cit., 589 y 597 ss.

<sup>94</sup> *Ivi*, 597 ss.

<sup>95</sup> BVerfG, 1 BvR 1187/17, del 23.3.2022, Rn. 98 ss., 134 ss., 155.

Las disposiciones del *Klimaschutzgesetz* cayeron en las etapas de la motivación relacionadas con el escrutinio de proporcionalidad. Sin embargo, según algunos autores<sup>96</sup>, el Tribunal no lo habría llevado a cabo de manera coherente: en la modalidad considerada más correcta, el examen se divide en cuatro fases, relacionadas respectivamente con la legitimidad del objetivo, la idoneidad de la medida (*Geeignetheit*), su necesidad (*Erforderlichkeit*) y la proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*)<sup>97</sup>. En el caso concreto, la prueba debería haber dado un resultado negativo en la etapa de *Erforderlichkeit*, destinada a verificar si la medida objeto del juicio era la menos invasiva para los derechos involucrados, o si existían alternativas menos perjudiciales para estos y los intereses de la comunidad.

Los jueces reprocharon al legislador por no haber previsto un proceso de reducción más gradual de las emisiones antropogénicas, lo que habría evitado el ‘frenazo total’ que se habría producido en los años inmediatamente posteriores a 2030, con las consiguientes interferencias drásticas en la esfera de protección de los derechos fundamentales<sup>98</sup>. Sin embargo, el Tribunal constitucional no siguió completamente este camino y no utilizó explícitamente el criterio de *Erforderlichkeit*. Por un lado, reformuló un juicio de proporcionalidad en el eje temporal, en relación con el disfrute de oportunidades de libertad y la distribución de cargas que no deben perjudicar unilateralmente a las generaciones futuras<sup>99</sup>. En este sentido, hizo hincapié en el concepto de *grundrechtsschonend*, para indicar soluciones que deben tener adecuadamente en cuenta (todos) los derechos fundamentales involucrados en sus manifestaciones temporales, con la conciencia del agravamiento de la situación de riesgo cuando algunas condiciones se vuelven irreversibles<sup>100</sup>. Por otro lado, condujo el escrutinio de proporcionalidad hacia la *Wesentlichkeitstheorie*, es decir, la doctrina, expresión de una demanda democrática, según la cual la parte esencial de una disciplina particular debe ser regulada por la ley parlamentaria. Dentro del ámbito del principio de proporcionalidad, también se mencionó la necesidad de cumplir con la norma constitucional que exige una autorización

<sup>96</sup> E. HOFMANN, *Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG. Rezeption, Dogmatik, Kritik*, en *NVwZ*, 2021, 1589 y 1590. Para abordar más aspectos críticos en relación con el uso del principio de proporcionalidad v. *supra*, n. 88 e S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 95 ss. Desde una perspectiva diferente, señalan cómo la evaluación de la *Erforderlichkeit* puede conducir a resultados diferentes dependiendo de si se consideran los efectos actuales o futuros de una medida M. KMENT – S. BORCHERT, *Intertemporalität* cit., 598.

<sup>97</sup> *Supra*, n. 87.

<sup>98</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 126, 192.

<sup>99</sup> *Supra*, n. 71.

<sup>100</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 243 ss. Para todos v. C. FRANZIUS, *Die Figur eingriffsähnlicher* cit., 150 ss. Sobre la ponderación como concordancia práctica (*praktische Konkordanz*), que tiene en cuenta las diferentes posiciones en conflicto (*schonender Ausgleich*) con el objetivo de asegurar su optimización v. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1999<sup>20</sup>, Rn. 72, 317 ss., y también *supra*, n. 87.

legislativa previa y específica como requisito para la aprobación de un reglamento del Gobierno (art. 80, párrafo 1 GG). En este caso, se trata de definir previamente el contenido, el propósito y el alcance del poder reglamentario que interviene periódicamente en la determinación de la cantidad de emisiones a reducir<sup>101</sup>. En particular, la Ley de protección del clima de 2019 no habría trazado un camino adecuadamente respetuoso de los derechos fundamentales (*grundrechtsschonend*), un camino lineal, predecible y progresivo que debía conectar el período anterior a 2030 con el posterior: abstractamente, la disciplina de la primera fase habría sido satisfactoria, pero no lo era la de la segunda, debido al efecto desproporcionado de interferencia en los derechos que esta provocaba. Sin embargo, esta evaluación también afecta a la regulación de los años anteriores a 2030: si es necesario introducir una reducción gradual de las emisiones para que el impacto posterior a 2030 sea menos gravoso, también es necesario aumentar el umbral de reducción inicialmente establecido para el período anterior a esa fecha. Esto resulta en una especie de inconstitucionalidad de facto para los años hasta 2030<sup>102</sup>.

El Tribunal constitucional se dirige nuevamente al legislador, invitándolo a rediseñar el programa de reducción de emisiones. En particular, sugiere trazar una trayectoria gradual y continua que dé a las entidades públicas y privadas la orientación necesaria, incluso a través de incentivos y estímulos para la acción, de modo que puedan planificar y adoptar comportamientos compatibles con la neutralidad climática<sup>103</sup>. Estas conclusiones han llevado a algunos a argumentar que el significado profundo de la decisión radica, más que en la intertemporalidad de los derechos subjetivos individuales, en el fortalecimiento de la credibilidad del derecho objetivo en una perspectiva a largo plazo, destinada a guiar el comportamiento humano en un escenario difícilmente predecible, expuesto a variables significativas en términos factuales y a decisiones de otros estados sobre las cuales ni el Tribunal ni, en general, el estado alemán pueden ejercer una influencia directa<sup>104</sup>.

#### 4. Klima-Beschluss y formas democráticas

Llegamos aquí a la última cuestión relevante, que si bien constituye una reedición del antiguo problema de la relación entre jueces constitucionales y legisladores<sup>105</sup>, también establece las bases para una consideración ampliada de los pro-

<sup>101</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 182 ss., 195, 243 ss. Cfr. CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1076; C. FRANZIUS, *Die Figur eingriffähnlicher* cit., 152; críticamente S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 98 ss.

<sup>102</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 247 ss. Para las evaluaciones más recientes cfr. M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1144 y 1146.

<sup>103</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 249 ss.

<sup>104</sup> N. GROSCHE, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit* cit., 123 ss.

<sup>105</sup> Me limito a mencionar algunos textos clásicos, omitiendo el debate de Weimar: A.M. BRICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986<sup>2</sup> (pri-

cesos democráticos, que incluyen instituciones y prácticas que no se limitan, aunque central, a la representación parlamentaria.

Los autores más escépticos con respecto al *Klima-Beschluss* han reiterado ante el Tribunal constitucional la crítica de que esto habría interferido en los ámbitos de la decisión política, añadiendo algunos argumentos relacionados con la peculiaridad del tema climático: la complejidad del asunto y la inadecuación del tribunal como entidad para regularlo, así como la escasa efectividad de las soluciones propuestas<sup>106</sup>.

Se han expresado algunas perplejidades con argumentos conocidos en el ámbito de la justicia constitucional: la expansión excesiva del ámbito de admisibilidad de las demandas, debido a una invocación despreocupada de los derechos fundamentales como el principal vehículo para definir las políticas públicas; la oposición a la *litigation* estratégica, que sería ajena a la tradición jurídica continental y llevaría al abuso de las formas procesales – establecidas para resolver disputas individuales – con el fin de alcanzar objetivos generales y sociales; la falta de adopción del estándar de revisión (más laxo) típico de las obligaciones de protección<sup>107</sup>. Otros comentarios críticos se han centrado en algunas especificidades (relativas) del tema climático: se trata de un tema extremadamente complejo en el que entran en juego muchos intereses y derechos potencialmente conflictivos, por un lado, la protección del clima y derechos relacionados, y por otro, el interés en preservar empleos y la competitividad de las empresas, el suministro de energía y el transporte a costos asequibles, etc., en un contexto en el que los conocimientos tecnológicos están en constante cambio. Para equilibrar estas posiciones, en un horizonte en el que se está preparando una transición ecológica difícil, el sujeto institucional más adecuado no sería el juez constitucional, sino el legislador, que es el único que puede reunir en el ámbito representativo una mayoría política. Desde esta perspectiva, se ha instado a los activistas climáticos a movilizarse no para obtener un fallo, sino para lograr una mayoría parlamentaria favorable<sup>108</sup>.

mera ed. 1962); C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; recientemente D. GRIMM, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 2021.

<sup>106</sup> Para tener una visión general v. M. PAYANDEH, *The Role of Courts in Climate Protection and the Separation of Powers*, en W. KAHL – M.P. WELLER (eds.), *Climate Change Litigation* cit., 76 ss.; v. también B.W. WEGENER, *Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes*, en *ZUR*, 2019, 1 ss.; en inglés IDEM, *Urgenda – World Rescue by Court Order? The “Climate Justice” – Movement Tests the Limits of Legal Protection*, en *J. European Environmental & Planning Law*, 2019, 125 ss.; y, con especial referencia al *Klima-Beschluss*, IDEM, *Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private*, en *NJW*, 2022, 425 ss.; G. WAGNER, *Klimaschutz durch Gerichte*, en *NJW*, 2021, 2256 ss.; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 100 ss.; M. HERDEGEN, *Heile Welt in der Zeitenwende. Idealismus und Realismus in Recht und Politik*, München, 2023, 200 ss.

<sup>107</sup> Cfr. la n. anterior.

<sup>108</sup> B.W. WEGENER, *Urgenda* cit., 140 ss.; IDEM, *Menschenrecht auf Klimaschutz?* cit., 426, 428 y 429; G. WAGNER, *Klimaschutz durch Gerichte* cit., 2259 y 2260.

Además, se argumenta que la estrategia de lograr objetivos de neutralidad climática a través de la jurisdicción es una forma de idealismo abstracto, entendiendo por esta expresión no una corriente filosófica, sino la actitud mental de aquellos que están desconectados de la realidad y utilizan la retórica de los derechos fundamentales y los derechos humanos para fortalecer la intersección entre el derecho y la moral, también siguiendo sentimientos difundidos de indignación, despreciando el vínculo más concreto (y áspero) entre el derecho y la política<sup>109</sup>.

Parcialmente superponible es la tesis de aquellos que, partiendo de la teoría de sistemas y llegando a resultados esencialmente neoliberales, destacan el hecho de una creciente complejidad para concluir que las instituciones estatales, incluido el Tribunal constitucional, no son adecuadas para gestionar fenómenos como el climático. Se reprocha, por lo tanto, al *Bundesverfassungsgericht* haber diseñado esencialmente una planificación, imponiendo al Parlamento (y, por ende, al Gobierno) la regulación de las cantidades y formas de reducción de emisiones antropogénicas en sectores individuales y específicos, a través de lo que se habrían considerado 'limitaciones masivas de los derechos fundamentales'. Al tomar esta decisión, los jueces se habrían basado solo en una parte del conocimiento disponible, el de la comunidad científica oficial, pero habrían ignorado el conocimiento producido por otros grupos sociales, cuya consideración parece indispensable para la gestión práctica de la crisis climática: se trata de las «redes» de desarrolladores de tecnología y empresas, cuya experiencia y coordinación espontánea generan conocimientos y actividades necesarios para llevar a cabo la transición ecológica, que a su vez se caracteriza por una fuerte expansión de la digitalización, una transición que requeriría una planificación estratégica a través de una *governance* público-privada<sup>110</sup>. Esta posición es coherente con la crítica a los *Abwehrrechte* y las ponderaciones, elaborada desde la misma perspectiva metodológica: los derechos fundamentales no protegen a los individuos, sino esferas de autoorganización social, por lo tanto, sujetos colectivos o transubjetivos; las ponderaciones, al estar construidos sobre un modelo individual, no capturan esta realidad social subyacente y, además, al ser el resultado de decisiones estatales (del legislador o del Tribunal constitucional), aparecen esencialmente como una manifestación de paternalismo<sup>111</sup>. El razonamiento se puede aplicar sin demasiados obstáculos al uso que se hace en el *Klima-Beschluss* del principio de proporcionalidad.

<sup>109</sup> M. HERDEGEN, *Heile Welt* cit., 29 ss., 193 ss. y 260 ss.

<sup>110</sup> K.H. LADEUR, *Freiheit als Anspruch auf verschärfte staatliche Planung*, en <faz.net> (30.4.2021); IDEM, *Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz: Kann das Verfassungsrecht Komplexität bewältigen?*, en *RuP*, 2022, 13 ss.; IDEM, *Kann das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung auf den Wandel einstellen?*, en *JZ*, 2022, 1137-1138. Sobre la teoría de las redes sociales del autor cfr. I. AUGSBERG (ed.), *Der Staat der Netzwerkesellschaft. Karl-Heinz Ladeurs Verständnis von Staat und Gesellschaft*, Baden-Baden, 2023.

<sup>111</sup> Cfr. K.H. LADEUR, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie*, en *Der Staat*, 2011, 493 ss.; sobre la crítica neoliberal de Ladeur a las

Una evaluación negativa de la función de impulso y dirección presente en la decisión, que la asocia con la planificación estatal, también se percibe en aquellos que han resaltado la efectividad deficiente del pronunciamiento y, en términos más generales, de las decisiones unilaterales de países individuales destinadas a limitar el umbral de emisiones. Desde esta perspectiva, se retoma el conocido problema denominado *tragedy of the commons*: el clima es un bien común, indivisible, no rival y no exclusivo, que da lugar al llamado dilema del prisionero, según el cual, si un sujeto se impone límites de manera autónoma con el objetivo de perseguir el interés colectivo (por ejemplo, limitando la explotación de la naturaleza), sus acciones serán compensadas en sentido contrario por las de otro sujeto (el *free rider*), que no acepta esos límites y busca maximizar su propio interés, impidiendo así la consecución del bien común.

En el caso ambiental, esto significa que la decisión de un país virtuoso, como Alemania, de reducir significativamente las emisiones, no puede evitar que otros países que contaminan en mayor proporción (en orden decreciente: China, Estados Unidos, India, Rusia) continúen haciéndolo, a menos que estos países se ajusten a los estándares internacionales. El resultado incluso podría ser contraproducente: las restricciones tendrían repercusiones negativas en la competitividad de las empresas alemanas y en los consumidores alemanes<sup>112</sup>.

Aunque estas consideraciones llaman la atención sobre algunos puntos sensibles y aunque pueden parecer estar en línea con la perspectiva más desencantada que, en los últimos años, una parte de la doctrina alemana ha adoptado hacia el Tribunal constitucional<sup>113</sup>, no parece que en este caso se pueda encontrar un activismo judicial que haya comprimido indebidamente los márgenes de acción del legislador. Si queremos utilizar el léxico de la ‘creatividad’, esto podría asociarse más bien a la parte de la decisión que redefine la cuestión climática y las posiciones subjetivas involucradas, como se ha visto, representando una innovación, pero no al resultado final, en la medida en que el *Bundesverfassungsgericht* ha vuelto a llamar al Parlamento, pidiéndole que articule de manera más precisa algunos objetivos. Estoy de acuerdo, por lo tanto, con aquellos que han sostenido que el *Klima-Beschluss* se puede leer como una pieza de un proceso democrático en un espacio público ampliado, como un estímulo e incentivo, incluso para el legislador, a desarrollar un discurso articulado en torno a cuestiones climáticas<sup>114</sup>. La centralidad que ocupa la *Wesentlichkeitstheorie* en la parte final de la justificación, en línea con una corriente

ponderaciones cfr. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 162 ss.

<sup>112</sup> G. WAGNER, *Klimaschutz* cit., 2256 ss.; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 104 ss.

<sup>113</sup> Cfr. M. JESTAEDT – O. LEPSIUS – CH. MÖLLERS – CH. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011.

<sup>114</sup> Cfr. M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1146; C. FRANZIUS, *Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht*, REU Research Paper, 10, 2021, 18.

jurisprudencial importante que ha valorado la actividad del Parlamento<sup>115</sup>, refuerza esta interpretación. También son significativos los pasajes en los que el Tribunal ha intentado justificar la fuerza reforzada pasiva de las normas de propósito del *Klimaschutzgesetz*: por un lado, como se ha visto, se ha relacionado con las obligaciones internacionales y el alto consenso de la comunidad científica sobre la relación entre el calentamiento global y las emisiones de gases de efecto invernadero, así como la necesidad de reducirlas; por otro lado, se ha admitido la posibilidad de que el legislador pueda modificar esas normas y objetivos en el futuro. Sin embargo, esta modificación se considera posible solo a través de una ley que tenga claramente este propósito, de modo que el proceso parlamentario, con sus garantías de publicidad y transparencia, ofrezca a la oposición y al público en general la posibilidad de controlar un cambio en la dirección política y de participar en un debate sobre un asunto de gran relevancia<sup>116</sup>. Los jueces también han reconocido, haciendo referencia a la sentencia de 2014 sobre los métodos y procedimientos a seguir para determinar el umbral de existencia mínima<sup>117</sup>, la importancia del compromiso político que se forma (también) en el Parlamento<sup>118</sup>, en la medida en que la crisis climática plantea cuestiones no solo morales sino también políticas, comenzando por la distribución en el tiempo de costos y riesgos<sup>119</sup>. La función de dirección del legislador, en lo que respecta a la planificación de la transición ecológica, es realmente inevitable, y las tesis que la identifican con una planificación estatal opresiva no parecen convincentes, dado que el mismo Tribunal constitucional ha reconocido que el estado tiene principalmente una función impulsora, ya que no puede llevar a cabo por sí solo todos los procesos sociales y tecnológicos, ni realizar todas las infraestructuras necesarias para la transición<sup>120</sup>.

También las objeciones planteadas contra el uso instrumental de la litigación estratégica pueden ser parcialmente atenuadas: si en algunas circunstancias parecen relevantes<sup>121</sup>, aquí es necesario tener en cuenta algunas peculiaridades de la emergencia climática. En particular, es relevante la asimetría entre la legitimi-

<sup>115</sup> V. para todos F. MEINEL, *Vertrauensfrage. Die Krise des heutigen Parlamentarismus*, München, 2019, 93 ss.

<sup>116</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 213. Cfr. en ese punto G. BRITZ, *Klimaschutz in der Rechtsprechung* cit., 9 y 10; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 81.

<sup>117</sup> BVerfG, 1 BvL 10 12/12, del 23.7.2014, Rn. 77, 83 (*Existenzsichernder Regelbedarf*).

<sup>118</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 241. V. también CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1078.

<sup>119</sup> CH. MÖLLERS, *Freiheitsgrade*, Berlin, 2020, 141, 142 y 266.

<sup>120</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 248. Cfr. en el punto K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2091.

<sup>121</sup> Cfr., en cuanto a las demandas de derechos que involucran la cuestión de la gestación subrogada, S. NICCOLAI, *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di un'antica regola juris*, en A. Simone, I. BOIANO (bajo el cuidado), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, interpretazione, argomentazione*, Roma, 2018, 42 ss. y 54 ss. También se debe considerar que no todos los intereses son igualmente susceptibles de generalizarse y organizarse; en este caso, la *litigation*

dad a corto plazo de los ciclos electorales y la satisfacción de necesidades inmediatas, por un lado, y las responsabilidades a largo plazo relacionadas con las decisiones en materia ambiental y climática, por otro, aunque la categoría de intertemporalidad tiende a acercar estos dos polos. El diferente peso de la variable temporal en las posiciones legales en juego puede justificar una intervención correctiva del juez (incluso constitucional) que, gracias a su estatus de independencia, mira a horizontes temporales más lejanos, siempre y cuando proceda en las formas y con la lógica del razonamiento jurídico<sup>122</sup>. La estructural asimetría entre los tiempos electorales y los efectos del cambio climático también contribuye a explicar por qué el Gobierno en funciones en el momento de la adopción del *Klima-Beschluss* saludó la decisión de manera muy positiva, a pesar de haber sido el promotor de la ley censurada. Los órganos políticos percibieron que la adopción de medidas demasiado drásticas de reducción de emisiones, y por lo tanto, la restricción de las libertades individuales, probablemente tendría efectos negativos en el ámbito electoral. La ley fue entonces enmendada con notable rapidez: concretamente, la autorización para adoptar regulaciones gubernamentales se reformuló de manera más precisa, el objetivo mínimo de reducción de emisiones hasta 2030 se elevó del 55% al 65%, el objetivo hasta 2040 se fijó en el 88%, mientras que el objetivo de neutralidad climática se adelantó a 2045. También se establecieron objetivos adicionales, de carácter anual y sectorial<sup>123</sup>.

El *Klima-Beschluss*, por lo tanto, encontró un fuerte apoyo por parte del poder político de inmediato (las elecciones federales se celebrarían en pocos meses) y su efectividad en Alemania fue alta. Sin embargo, esta efectividad comenzó a disminuir debido a otros factores contextuales no previstos en el momento del fallo, relacionados principalmente con el estallido de la guerra en Ucrania y el aumento de los costos de la energía, factores que también llevaron al Gobierno federal a reajustar los objetivos climáticos después de la creación de una comisión

estratégica puede llevar a resultados desequilibrados a favor de los sujetos colectivos que se organizan en vista del (y en el) proceso.

<sup>122</sup> Cfr., entre otros, C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 152 ss.; IDEM, *Die Rolle* cit., 25 ss.; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1334 ss. Para una defensa de la *litigation* estratégica en el ámbito climático v. A. GRASER, *Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind*, en *ZUR*, 2019, 271 ss.; en general, sobre *litigation* y movimientos sociales, cfr. A. PISANÒ, *Crisi della legge e litigation strategy. Corti, diritti e bioetica*, Milano, 2016, 120 ss. Sobre el pensamiento político a corto y largo plazo cfr. también CH. MÖLLERS, *Freiheitsgrade* cit., 152-155.

<sup>123</sup> M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1146; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1340; S. LENZ, *Der Klimabeschluss* cit., 103 y 104. Cfr. §§ 3 ss. KSG, y sus anexos correspondientes, en la nueva versión de la ley; para obtener indicaciones más precisas sobre el contenido de la enmienda, cfr. W. FRENZ, *Das novellierte Klimaschutzgesetz*, en *Natur und Recht (NuR)*, 2021, 583 ss.; K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2090.

de coalición<sup>124</sup>. El incumplimiento de algunos objetivos sectoriales de mitigación previstos en la ley modificada también fue el origen de nuevos juicios destinados a destacar la inercia del Gobierno<sup>125</sup>.

Sin embargo, las variables contextuales no disminuyen la importancia del *Klima-Beschluss*, tanto en el ordenamiento jurídico alemán como a nivel transnacional. Sobre todo, al operar en un plano fáctico, estas variables no despojan de significado los argumentos de carácter normativo relacionados con la búsqueda por parte del estado de la protección del clima y, por lo tanto, la reducción de las emisiones antropogénicas, lo que también implica un empeño de la República Federal de Alemania en la comunidad internacional para obtener consenso en torno a este objetivo<sup>126</sup>. Este perfil ha sido enfatizado enérgicamente en la sentencia sobre parques eólicos, donde el Tribunal recordó que el deterioro del clima se debe al efecto acumulativo de pequeñas cantidades de emisiones, que en su conjunto se vuelven determinantes. Además, afirmó que el empeño de los estados individuales no debe ser visto de manera aislada, sino a través del significado que adquiere en la comunidad internacional: en particular, las políticas públicas que buscan de manera efectiva tanto la contención de las emisiones de fuentes fósiles como el crecimiento del suministro de fuentes renovables, aumentan la confiabilidad y credibilidad de un país en la comunidad internacional. Por lo tanto, se consolida la imagen de Alemania, un verdadero *Selbstverständnis*, como un modelo inspirador para otros estados<sup>127</sup>.

Otro aspecto a considerar es el que la decisión del *Bundesverfassungsgericht* parece ser en general equilibrada, se refiere a la cuestión de una posible interpretación expansiva de la *Freiheitssicherung* intertemporal: si la garantía de las libertades tiene una proyección temporal hacia el futuro, esta puede manifestarse no solo en el ámbito climático, sino también en otros sectores, como el de la seguridad social y el endeudamiento. En este sentido, me parece que las interpretaciones más cautelosas, que subrayan la especificidad del problema climático y las dificultades para su plena asimilación a otras situaciones, son compatibles,

<sup>124</sup> Sobre la protección ambiental y climática en el acuerdo original de coalición entre el SPD, Verdes y FDP, v. W. FRENZ, *Klimaschutz i.e.S. nach dem Ampel-Koalitionsvertrag: Ökostromausbau und früherer Kohleausstieg*, en *NuR*, 2022, 87 ss.; IDEM, *Klimaschutz i.w.S. nach dem Ampel-Koalitionsvertrag*, en *NuR*, 2022, 1163 ss.; sobre el resultado de la comisión de coalición y las nuevas propuestas de modificación del KSG v. J.L. WIEDMANN, *Vorwärts in die klimapolitische Vergangenheit*, en <verfassungsblog.de> (30.3.2023).

<sup>125</sup> Cfr. PH. SCHÖNBERGER, *Niemand steht über dem (Klimaschutz-)Gesetz*, en <verfassungsblog.de> (26.1.2023).

<sup>126</sup> Cfr. BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 199 ss. En ese punto, para todos: M.J. SEIBERT, *Klimaschutz* cit., 1444; G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 8.

<sup>127</sup> BVerfG, 1 BvR 1187/17, del 23.3.2022 (*Windenergie-Beteiligungsgesellschaften*), Rn. 121 ss., 147.

más allá de las pocas voces claramente favorables<sup>128</sup>. Estas precauciones, destinadas precisamente a evitar el efecto de una ‘caja de Pandora’ en otros sectores, se basan en el reconocimiento de la importancia que adquiere en este ámbito (y no en otros) una norma de propósito como el art. 20a GG. Esta norma establece que el estado tiene como objetivo preservar las ‘bases naturales de la vida’, donde la finitud de los recursos naturales y la irreversibilidad de algunos procesos relacionados con el cambio climático no se encuentran en otras situaciones y ámbitos materiales distintos<sup>129</sup>.

En cuanto al endeudamiento, además, la garantía intertemporal de las libertades jugaría en ambas direcciones: por un lado, la preservación del ejercicio de ciertas libertades a lo largo del tiempo justifica un límite a la deuda, y por otro lado, las inversiones sustanciales en la transición ecológica impulsan un aumento de la deuda misma<sup>130</sup>.

Una mirada a contraluz del *Klima-Beschluss*, finalmente, resalta cómo el problema de su impacto en el tejido democrático no se agota en la consideración de las relaciones entre el Tribunal y el legislador. La asimetría entre la corta duración del ciclo electoral y la duración medio-larga de los cambios climáticos presenta implicaciones significativas: en el futuro, muchos sujetos serán destinatarios de los efectos de decisiones políticas tomadas hoy, sin haber podido influir en su contenido o habiendo podido influir solo en parte. Para abordar este problema, así como ante el horizonte a corto plazo que caracteriza típicamente la labor del legislador, se ha propuesto la creación de consejos ambientales o sociales que complementen las instituciones tradicionales de la democracia representativa.

Las propuestas varían según el órgano que las propone: el *Sachverständigenrat für Umweltfragen* ha propuesto la creación de un Consejo para la justicia intergeneracional (*Rat für Generationengerechtigkeit*), compuesto por expertos del ámbito científico, pero también por representantes de la política, la economía y la sociedad civil, a nombrar de acuerdo con reglas similares a las de la elección de jueces constitucionales, es decir, sobre la base de un amplio consenso parlamentario. Este consejo debería representar los intereses de las generaciones jóvenes y futuras en el proceso legislativo y tendría poderes consultivos en asuntos ambientales, así como un veto suspensivo sobre las leyes que tengan un potencial impacto en el clima<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> M. RUTTLOFF – L. FREIHOFF, *Intertemporale* cit., 918 y 921; M. BECKMANN, *Das Bundesverfassungsgericht* cit., 245. Más ampliamente G. KIRCHHOF, *Intertemporale Freiheitssicherung. Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung*, Tübingen, 2022.

<sup>129</sup> S. SCHLACKE, *Klimaschutzrecht* cit., 917; K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2089; M. KLOEPFER – J.L. WIEDMANN, *Die Entscheidung* cit., 1340; C. FRANZIUS, *Die Figur* cit., 147; CH. MÖLLERS – N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung* cit., 1077.

<sup>130</sup> K. FASSBENDER, *Der Klima-Beschluss des BVerfG* cit., 2089.

<sup>131</sup> Sachverständigenrat für Umweltfragen, *Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik*, Sondergutachten Juni 2019, par. 5.3.4. Entre otros, cfr. tam-

Por otro lado, una propuesta más común entre los movimientos es la de establecer un consejo de ciudadanos o un consejo social (*Bürger* – o *Gesellschaftsrat*), cuyos miembros serían seleccionados al azar, asegurando, sin embargo, a partir de unidades deliberativas relativamente pequeñas, una participación plural e inclusiva de los ciudadanos. Según algunos, las decisiones de este consejo deberían vincular al Parlamento; en cualquier caso, tendrían la capacidad de influir en la agenda y en el proceso político.

En la doctrina se ha destacado cómo instituciones deliberativas de este tipo pueden complementar de manera positiva a los órganos representativos en cuestiones que no se resuelven en un corto plazo, atenuando en parte las ‘presiones presentistas’ características de la representación política. Dado que se trata de cuestiones que afectan directamente a la calidad de vida de una comunidad territorial, la participación de esta última, a través de algunos de sus miembros, parece apropiada<sup>132</sup>.

La creación de *Bürgerräte* (consejos de ciudadanos) sobre temas específicos está prevista, además, en el Acuerdo de Coalición firmado por los partidos actualmente en el gobierno (SPD, FDP y Verdes), con la obligación del *Bundestag* de pronunciarse sobre lo deliberado por los consejos<sup>133</sup>. Junto a estos órganos, se ha sugerido la introducción a nivel federal de institutos de democracia directa y su fortalecimiento a nivel de los *Länder* y los municipios<sup>134</sup>.

En los últimos años, se ha vuelto cada vez más evidente que la emergencia climática no concierne solo a las generaciones futuras (incluso entendiendo esto en un sentido estratificado que incluye a los más jóvenes), sino también a las generaciones presentes, ya que los riesgos (y algunos daños) climáticos son claramente perceptibles en la actualidad<sup>135</sup>. El *Klima-Beschluss* refleja esta percepción, ya que coloca en el centro de su argumentación la intertemporalidad de los derechos, reconociendo que los efectos del cambio climático afectan a un futuro no solo lejano, sino también ‘cercano’<sup>136</sup>. Las consecuencias de este enfoque son sig-

bién, CH. CALLIÉS, *Rechtsstaat* cit., 515 ss.

<sup>132</sup> Cfr. A. KARAMEHMEDOVIC, *Alles auf Los*, en <verfassungsblog.de> (9.3.2023); CH. LANDFRIED, *Bürgerräte als Potential für die Handlungs- und Lernfähigkeit von Demokratien*, ivi (17.12.2021). En términos más generales, en relación con las instituciones deliberativas en las cuales se discuten los intereses de las generaciones futuras v. K.H. WHITESIDE, *Future Generations and the Limits of Representation*, en D. CASTIGLIONE – J. POLLAK (eds.), *Creating Political Presence: The New Politics of Democratic Representation*, Chicago, 2018, 204 ss. (216).

<sup>133</sup> *Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit*. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 8.

<sup>134</sup> Para una combinación de ambos enfoques v. CH. LANDFRIED, *Warum Bürgerräte eine gute Idee sind*, en *faz.net* (25.4.2023); para la introducción de instituciones de democracia directa v. G. LÜBBE-WOLFF, *Demophobie. Muss man direkte Demokratie fürchten?*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2023.

<sup>135</sup> A. PISANÒ, *Il diritto al clima* cit., 84.

<sup>136</sup> G. BRITZ, *Klimaschutz* cit., 13.

nificativas: se reflejan en el ámbito procesal, ya que se refuerza el interés de los demandantes para actuar, y en el ámbito del mérito judicial, debido a la importancia que adquiere el efecto anticipado de la interferencia y la modulación temporal de la ponderación. Pero también se aprecian en el ámbito político-representativo, ya que la emergencia climática acorta el período en el que se producen los efectos de las decisiones (o la falta de ellas) de los órganos políticos, lo que vuelve a atraer los temas climáticos hacia la esfera de la democracia parlamentaria, que se le pide que busque mediaciones efectivas.

Para concluir el panorama, es necesario mencionar el papel cada vez más influyente de los movimientos ecologistas, que ante la emergencia climática están adoptando prácticas de democracia radical<sup>137</sup>. El tema es amplio y merecería un análisis más detenido en otro lugar. Aquí me limito a recordar que incluso en Alemania, los jóvenes activistas están llevando a cabo formas de protesta que se sitúan en los límites de la persecución penal (ocupaciones de minas de carbón, bloqueos de carreteras, derrames de pintura lavable en obras de arte<sup>138</sup>). Esto ha resultado en la apertura de algunos procedimientos penales por delitos como violencia privada, vandalismo, resistencia a la autoridad y, más recientemente, asociación delictiva.

Esto ha contribuido a volver a poner de actualidad el tema de la desobediencia civil: frente a quienes consideran completamente inapropiado el uso de esta categoría<sup>139</sup>, hay quienes enmarcan las protestas a la luz de una reflexión más anti-

<sup>137</sup> Desde un punto de vista teórico, cfr. O. FLÜGEL-MARTINSEN, *Radikale Demokratietheorien zur Einführung*, Hamburg, 2020; IDEM, D. COMTESSE – F. MARTINSEN – M. NONHOFF (eds.), *Radikale Demokratie-theorie. Ein Handbuch*, Berlin, 2019; sobre el potencial performativo de las reuniones colectivas y otras formas de ejercicio de la libertad de reunión, vistas como actos políticos, v. J. BUTLER, *L'alleanza dei corpi. Note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, ed. orig. *Notes Toward a Performative Theory of Assembly* (2015), Cles (Tn), 2019. Estas prácticas a menudo van acompañadas de análisis radicales sobre las responsabilidades del sistema capitalista en la explotación del medio ambiente y el clima: cfr. L. BROWNHILL, S. ENGEL-DI MAURO, T. GIACOMINI – A. ISLA – M. LÖWY – T.E. TURNER (eds.), *The Routledge Handbook on Ecosocialism*, ebook, 2022; A. SOMMA, *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell'antropocene*, en *DPCE online*, Sp-2/2023, 275 ss.

<sup>138</sup> Una de estas acciones implicó el vertido de un líquido oscuro lavable (el color se elige de manera que haga parecer la sustancia como petróleo) sobre el monumento 'Grundgesetz-49', del artista israelí Dani Karavan, cerca del *Bundestag*. La escultura está compuesta por paneles de vidrio en los que se reproducen los artículos del 1 al 19 GG. Durante la manifestación, los activistas colocaron carteles con las inscripciones '¿Petróleo o derechos fundamentales?' y 'En el infierno climático no hay dignidad, libertad ni derecho a la vida'. Para una defensa de la legitimidad de esta acción, incluso desde un punto de vista jurídico, v. L. WIELENGA, *Demokratische Proteste als Majestätsbeleidigung des Grundgesetzes*, en <verfassungsblog.de> (8.3.2023).

<sup>139</sup> K.F. GÄRDITZ, *Aus der Mottenkiste politischer Theorie*, en <verfassungsblog.de> (30.5.2023); IDEM, *Organisierte "Klimakleber" als kriminelle Vereinigung?*, ivi (25.5.2023).

gua sobre el tema (alimentada en la década de 1980 por las luchas contra la ubicación de misiles en suelo alemán y contra la energía nuclear<sup>140</sup>).

Se ha hecho referencia a los elementos característicos de la desobediencia civil: formas públicas y no violentas de acción, motivación inspirada en profundas convicciones morales y/o políticas, carácter simbólico de la protesta, objetivo de desencadenar un cambio en las leyes o en la dirección política existente, apelación al sentido de justicia de la comunidad política, respeto, más allá de la desobediencia individual y puntual, al orden constitucional en su conjunto, incluido el aceptar las consecuencias legales de su propia conducta.

En la esfera institucional, muchos han enmarcado estos comportamientos en el ámbito represivo, mediante la definición desde arriba de algunas prácticas no solo como penalmente prohibidas, sino incluso como terroristas, la interpretación amplia de tipos penales, la exclusión de las formas de protesta del ámbito de aplicación de la libertad de reunión.

Desde una perspectiva diferente, sin embargo, aunque no se excluye la anti-juridicidad de algunos hechos, ya que quienes emprenden acciones de desobediencia civil asumen la responsabilidad de ello, se tiende a negar que sean evaluables como delitos comunes y se consideran algunos elementos (como la falta de gravedad y la motivación de la conducta) para atenuar o eliminar la sanción, si no la misma imputación.

En esta óptica, se trata de prácticas conflictivas que tienen como objetivo llamar la atención de una opinión pública distraída sobre una emergencia climática muy seria, que pone en peligro la supervivencia del planeta. Son prácticas de democracia radical que buscan volver a equilibrar una desigualdad difícil de discutir, tanto por razones de edad como por poder negociador, en las posibilidades de influir en los procesos de toma de decisiones políticas y en los mecanismos del principio de mayoría. En este sentido, coincido con quienes sostienen que estas prácticas ponen a prueba la madurez de una cultura política<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> Entre ellas, especialmente J. HABERMAS, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, en P. GLOTZ (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1983, 29 ss.; J. RAWLS, *Una teoría* cit., 347 ss.

<sup>141</sup> En el debate reciente v. L. EIDAM, *Klimaschutz und ziviler Ungehorsam*, en *JZ*, 2023, 224 ss.; S. AKBARIAN, *Gesetz ist Geste?*, en <verfassungsblog.de> (2.6.2023); K. HÖFFLER, “Ziviler Ungehorsam” – *Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, *ivi* (25.5.2023); EADEM, “Klima-RAF” herbeireden, *ivi* (17.11.2022), así como otros contributos en <verfassungsblog.de>, en la sección *Kleben und Hafteln: Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*. Las referencias a J. HABERMAS, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat* cit., son explícitas. Cfr. también S. ALEXANDER – P. BURDON, *Extinction Rebellion. Crisis, Inaction, and the Question of Civil Disobedience as Ecosocialist Strategy*, en L. BROWNHILL – S. ENGEL-DI MAURO – T. GIACOMINI – A. ISLA – M. LÖWY – T.E. TURNER (eds.), *The Routledge Handbook on Ecosocialism* cit., 525 ss.

### 5. Una pequeña conclusión

A partir de lo que se ha expuesto hasta ahora, debería ser posible comprender por qué el *Klima-Beschluss* se considera una de las decisiones más importantes del Tribunal constitucional alemán en las últimas décadas. La innovación más significativa, que ha desencadenado un debate doctrinal denso y complejo, se ha producido en el plano dogmático, con la elaboración de las figuras del ‘efecto anticipado similar al de la interferencia’ y de la ‘garantía intertemporal de los derechos de libertad’. En los párrafos anteriores, se explicó cómo este movimiento implicó un cambio en el parámetro constitucional, pasando de las obligaciones de protección (*Schutzpflichten*) a los derechos de defensa (*Abwehrrechte*), y cómo esta elección probablemente se puede atribuir a la voluntad de no introducir cambios demasiado marcados en la doctrina de las obligaciones de protección y en los estándares de juicio relacionados, asegurando cierta continuidad en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, también se puede notar que la elección de centrar la argumentación en los derechos de defensa ha otorgado a estos últimos (y, según algunos, especialmente a las libertades económicas<sup>142</sup>) un renovado énfasis. También en esta luz, la tesis de que la decisión impuso una planificación parece exagerada: desde este punto de vista, los jueces más bien han valorado la dimensión tradicional de los derechos fundamentales, la más vinculada al pensamiento liberal. Por otro lado, se han reducido las obligaciones de protección, con la correspondiente intervención positiva del estado, y el derecho a un mínimo existencial ecológico, que garantiza las condiciones materiales y naturales consideradas indispensables para una vida digna en una red de relaciones.

A la luz de lo que acaba de decirse, no parece del todo apropiado el énfasis formulado recientemente por una joven y brillante filósofa, que sin embargo apreció las conclusiones innovadoras del *Klima-Beschluss*, según la cual el concepto de libertad adoptado por el Tribunal no podría haber sido otro que el clásico liberal, basado en el sujeto individual, que reclama la libertad primordial de movimiento y se inspira en un modelo de propiedad, una perspectiva que corresponde a la dimensión defensiva del *Abwehrrecht*<sup>143</sup>. Como se ha visto, a las obligaciones de protección y al mínimo existencial ecológico subyacen concepciones de los derechos que prestan atención tanto a la efectividad de su ejercicio en un contexto material, natural y relacional determinado, como al papel del estado. Son dimensiones de los derechos que se sintonizan con lo que la misma autora define como una ‘temporalización de la libertad’ (*Verzeitlichung der Freiheit*). Se trata de

<sup>142</sup> *Supra*, n. 61.

<sup>143</sup> En su obra, E. VON REDECKER, *Bleibefreiheit*, Frankfurt a.M., 2023, 13 y 14, discute el vínculo entre la libertad de movimiento y los derechos de defensa. Este vínculo, que se puede rastrear hasta el pensamiento de Hobbes y que von Redecker resalta acertadamente, también se destaca en la obra de R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, 2003, 16 ss.

una imagen de la libertad que incluye la disponibilidad de tiempo para cuidar las relaciones con otros seres humanos y con la naturaleza, la capacidad de dar sentido al nacimiento y a la muerte como momentos significativos en la vida de cada uno y la búsqueda de una plenitud existencial, de acuerdo con una cierta idea, moralmente no demasiado densa, de la vida buena<sup>144</sup>.

Desde una perspectiva comparativa, será interesante verificar si y cómo el *Klima-Beschluss* será retomado en los argumentos de los tribunales de otros países, además de en las demandas iniciales en casos de litigio climático<sup>145</sup>. Es más probable que en posibles fallos favorables se encuentren referencias generales a la decisión o menciones a la proyección intertemporal de derechos o principios. Es menos probable, a pesar de la adecuada traducción a tres idiomas, que los tribunales extranjeros adopten todo el razonamiento del Tribunal, fuertemente condicionado por las sólidas categorías de la dogmática alemana<sup>146</sup>. Además, el hecho de que los jueces alemanes se hayan centrado en los derechos de defensa en lugar de las obligaciones de protección o el derecho a un mínimo existencial ecológico revela un camino diferente al de otras jurisdicciones que también han condenado al estado por incumplimiento de las obligaciones climáticas, como la holandesa en el caso *Urgenda*. En este sentido, será necesario observar, en caso de que los tribunales extranjeros utilicen la categoría de la intertemporalidad, si esta se extenderá a las obligaciones de protección y/o al derecho a un mínimo existencial ecológico, que en otros lugares (en algunos países del Sur Global pero no solo) se corresponde con el derecho a un clima estable y seguro. Este último se ha entendido como el derecho ‘a un clima no determinado por actividades antropogénicas’, un derecho de última generación<sup>147</sup> que tiene una matriz similar a la del

<sup>144</sup> E. VON REDECKER, *Bleibefreiheit* cit., *passim*.

<sup>145</sup> Un ejemplo se encuentra en la demanda del caso italiano, *A Sud et al. c. Stato italiano*, presentada ante el Tribunal civil de Roma en 2021 y que se puede encontrar en el sitio <giudiziouniversale.eu>.

<sup>146</sup> Sobre las cuestiones relacionadas con el uso del precedente extranjero v. al menos G.F. FERRARI (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden Boston, 2019; T. GROPPi – M.C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford 2013.

<sup>147</sup> O incluso un «derecho a no sufrir daños ambientales, económicos, sociales causados por el cambio climático provocado por actividades climáticamente alteradoras antropogénicas». Este derecho de quinta generación compartiría con el derecho al medio ambiente (de tercera generación) su carácter instrumental, en el sentido de que está destinado a la protección y fortalecimiento de otros derechos, pero no algunos elementos espaciales y temporales que dependen de las peculiaridades de la emergencia climática. Cfr. sobre este punto A. PISANÒ, *Il diritto al clima* cit., 95 ss. (cursiva en el original). En cuanto a la jurisprudencia relacionada con el derecho a un clima estable (o formulaciones similares), también v. S. BAGNI, *The Enforcement* cit., 409 ss. Aquí es evidente la diversidad de enfoques en el discurso sobre los derechos, entre el enfoque alemán centrado en las dimensiones y el enfoque italiano centrado en las generaciones. Para más información sobre esto v. si se quiere A. DI MARTINO, *La doppia dimensione* cit., 1 y 2.

derecho a la protección del equilibrio ecológico<sup>148</sup>.

Luego se debe considerar otro aspecto relacionado con la ponderación: según algunos autores, dado que la emergencia climática representa una «amenaza existencial», el derecho a un clima estable y seguro se opone completamente a la ponderación<sup>149</sup>. Sin embargo, el Tribunal constitucional alemán está lejos de otorgar un primado incondicional a la protección del clima; más bien, son los críticos del *Klima-Beschluss* quienes argumentan, con connotaciones negativas, que el Tribunal habría otorgado a la neutralidad climática, en contraste con la doctrina y la jurisprudencia consolidadas, un carácter absoluto<sup>150</sup>. Más bien, como se ha visto, el *Bundesverfassungsgericht* recurre ampliamente al principio de proporcionalidad, reformulándolo en un sentido intertemporal: con el paso del tiempo, el principio de protección del clima tiende a prevalecer sobre los derechos de libertad. Este enfoque se ha confirmado en la sentencia sobre parques eólicos, que continuó valorando las técnicas de ponderación y la exclusión de soluciones unilaterales, al mismo tiempo que otorgaba una consideración especial a la protección del clima.

El *Klima-Beschluss*, como se ha intentado mostrar, no es importante solo desde el punto de vista dogmático y argumentativo: ha sido citado con frecuencia por activistas alemanes en el espacio público y, no es casualidad que la decisión también lleve el nombre de una recurrente y joven activista, *Luisa-Marie Neubauer*. Esta invocación tiene como objetivo legitimar las acciones de los jóvenes activistas a través de los principios constitucionales establecidos en el fallo, aunque por sí sola no es suficiente para ello, e inevitablemente deja estas acciones en un estado de suspensión entre legalidad y legitimidad, como se evidencia en la interpretación de los episodios de desobediencia civil. Para preservar el equilibrio climático y garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales, es ciertamente importante la cooperación promovida por el propio Tribunal entre los órganos constitucionales, en particular entre el *Bundesverfassungsgericht*, el Parlamento y el Gobierno. Es cierto, como destacan acertadamente los jueces a través de la *Wesentlichkeitstheorie* y las precisiones sobre la reserva de ley, que la democracia representativa es indispensable, ya que a la ley parlamentaria y, por lo tanto, al compromiso político, le corresponde una función central en la dirección de la transición ecológica. Pero abordar de manera responsable la emergen-

<sup>148</sup> M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, en *Dig. Disc. Pubbl., Agg.* VII, Milano, 516.

<sup>149</sup> Ivi, 516 ss.; IDEM, *Diritto umano al clima e innaturalità del bilanciamento in situazione di "minaccia esistenziale"*, en <diritticomparati.it> (18.4.2023).

<sup>150</sup> M. HERDEGEN, *Heile Welt* cit., 201 y 202, en su obra, recuerda cómo inicialmente el ordenamiento jurídico alemán atribuía valor absoluto solo a la dignidad. Sin embargo, desarrollos posteriores han destacado la posibilidad de balancearla. Para obtener una visión más completa de esta evolución, v. IDEM, *Art. 1 Abs. 1*, en T. MAUNZ – G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2005, 27 ss.; P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, en IDEM, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 267 ss.

cia climática también requiere un cambio de mentalidad que cuestiona la forma de relacionarse con las categorías fundamentales del tiempo y el espacio. Además de la creación de consejos sociales y la ampliación de los procedimientos deliberativos, que amplían las oportunidades de participación de los ciudadanos, este cambio de perspectiva puede al menos ser propuesto por prácticas democráticas radicales: protestas de alto valor simbólico que ponen en tensión la relación entre conflicto y consenso en una democracia pluralista. Con esto no se pretende adoptar una visión unilateral de la realidad, sino enmarcar la crisis climática en un contexto mucho más amplio de las crisis, tanto capitalistas como no, que atraviesan nuestro tiempo, con la convicción de que un análisis complejo antecede a soluciones profundas y, en un horizonte temporal no inmediato, aceptables para los ciudadanos.

## LA PRIMA *SUMMER SCHOOL* ITALO-CUBANA A L'AVANA

Nei giorni 30 gennaio – 3 febbraio 2023, nella splendida cornice della Facoltà di Giurisprudenza della *Universidad de la Habana* (Cuba), nell'aula 5, che mi piace ricordare essere dedicata al prof. Julio Fernández Bulté), si è svolta la prima edizione della *Summer school* italo-cubana, che ha visto la partecipazione di professori italiani e cubani e studenti cubani.

La *Summer school*, generosamente finanziata da 'Sapienza' Università di Roma, ha avuto come tema *Medio ambiente y desarrollo sostenible: protección de los bienes comunes en la era de la globalización*, e l'organizzazione congiunta è stata curata da 'Sapienza' Università di Roma, dall'Università de L'Avana e dall'*Unión Nacional de Juristas de Cuba*, con altresì la partecipazione dell'Università di Pinar del Rio. Lo scopo del progetto era incrementare le relazioni italo-cubane, con particolare riferimento alla formazione dei giovani studiosi nel campo del diritto e con specifico riferimento al tema della globalizzazione e dello sviluppo sostenibile, al fine di sensibilizzare a queste tematiche i giuristi del futuro, nell'ottica di un comune lavoro congiunto tra 'Sapienza' e Università dell'Avana.

Ulteriore scopo del progetto era di rendere consapevoli i giovani giuristi latinoamericani (e cubani, in particolare) della rilevante eredità culturale in campo giuridico di cui essi sono portatori, e della quale una parte importante è costituita dal diritto romano

I partecipanti all'iniziativa sono stati, per conto di 'Sapienza' Università di Roma, i proff. Antonio Saccoccio (coordinatore); Enrico del Prato, Ines Ciolli, Alessandra Di Martino e il dott. Antonio Angelosanto; per conto dell'Università de La Habana i proff. Joanna González Quevedo, Yamila González Ferrer, Yuri Pérez Martínez, Santiago Bahamonde Rodríguez, Yan Guzmán Hernández e Alejandro González Monzón; per conto dell'Università di Pinar del Rio i proff. Orisel Hernández Aguilar, Orestes Rodríguez Musa, Alie Pérez Veliz, Aliani Díaz López, Ulises Zubizarreta.

Destinatari del corso sono stati gli studenti cubani, i quali, in numero molto consistente (quasi cinquanta iscritti), nonostante le lezioni cadessero in giorni di festa per il calendario accademico cubano, hanno partecipato con entusiasmo e vivacità alle giornate, ponendo questioni, sollevando dubbi e interagendo con i docenti, interpretando al meglio lo spirito con cui la *Summer school* era stata pensata e condotta.

La prima giornata è stata aperta nel pomeriggio del giorno 30 gennaio, con una relazione del prof. Antonio Saccoccio dal titolo *Desarrollo sostenible y medio ambiente entre bienes comunes y acciones populares* e conclusa dalla lezione della prof. Alessandra Di Martino dal titolo *Costituzionalismo e comparazione*.

Il successivo mattino del 31 gennaio 2023 si è aperto con la lezione del dott. Antonio Angelosanto sul tema *‘Interdetti popolari e tutela della salubritas nel diritto romano’* a cui hanno fatto seguito due lezioni del prof. Enrico del Prato, rispettivamente sul tema *Principio de subsidiariedad social y Derecho privado* e *El principio de precaución en el Derecho privado: reflexiones*. Nel pomeriggio, gli studenti hanno potuto ascoltare le lezioni della prof. Ines Ciolli, dal titolo *Solidarietà (e sostenibilità anche ambientale) nella Costituzione italiana. La questione delle generazioni future* (la lezione è stata tradotta consecutivamente in spagnolo dal prof. Freddy Andrés Hung Gil) e poi gli interventi delle prof. Joanna González Quevedo e Orisel Hernández Aguilar dal titolo *La recepción del Derecho Público Romano en Cuba, con especial referencia al municipio*.

Al mattino del giorno 1 febbraio 2023 si sono succedute le lezioni della prof. Ines Ciolli, dal titolo *La riforma costituzionale e la tutela ambientale in Costituzione* e della Prof.ssa Alessandra Di Martino, su *Ambiente en la comparación constitucional*. Il pomeriggio dello stesso giorno ha visto la lezione del prof. Enrico del Prato da titolo *La dimensión privatística de la sostenibilidad* e poi del prof. Yuri Pérez Martínez dal titolo *Las garantías a los derechos en Cuba* e della prof.ssa Dagniselys Toledano Cordero, su *Derecho y Medio Ambiente en Cuba*.

Il giorno seguente 2 febbraio, mentre gli studenti avanzi si godevano un giorno di meritato riposo, una parte della delegazione italiana, composta dai prof. Saccoccio, Di Martino, Ciolli, e Angelosanto, è stata ricevuta dalla ambasciata italiana a Cuba, dove hanno illustrato il lavoro di ‘Sapienza’ per l’internazionalizzazione e la particolare attenzione dell’Ateneo romano per Cuba. Alcuni professori (Saccoccio e Angelosanto), guidati dalla prof.ssa Orisel Hernández Aguilar, si sono poi recati presso l’Università di Pinar del Rio, dove, dopo aver incontrato le locali autorità, il prof. Antonio Saccoccio ha tenuto una lezione sul tema *Globalización y universalidad del derecho romano*, diretta ai dottorandi di ricerca della locale università e al locale corpo docente.

Rientrati a L’Avana, la *Summer school* si è chiusa con la lezione della prof.ssa Ines Ciolli dal titolo *Beni comuni e Costituzione*, a cui ha fatto seguito la cerimonia di chiusura, con la consegna ai partecipanti degli attestati di partecipazione.

[ANTONIO SACCOCCIO]



## ELENCO COLLABORATORI

ANTONIO ANGELOSANTO  
RTDB nella 'Sapienza' Università di Roma

RODRIGO ARNONI SCALQUETTE  
Prof. ass. nell' *Universidade Mackenzie* (San Paolo – Brasile)

BERNARDO BISSOTO QUEIROZ DE MORAES  
Prof. ass. nella *Universidade de São Paulo-USP*

ENRICO DEL PRATO  
Prof. ord. nella 'Sapienza' Università di Roma

LINDA DE MADDALENA  
*Senior researcher Universität Bern*

ALESSANDRA DI MARTINO  
Prof. ord. nella 'Sapienza' Università di Roma

JOANNA GONZÁLEZ QUEVEDO  
Prof. ass. nell' *Universidad de la Habana* (Cuba)

ALEKSANDER GREBIENOW  
Prof. ass. nell'Università di Varsavia

MARIA KARINA GUGGIANA  
Dottoranda di ric. nella *Universidad de los Andes-UANDES* (Santiago del Cile)

ORISEL HERNÁNDEZ AGUILAR  
Prof. ass. nell' *Universidad de Pinar del Rio* (Cuba)

GIORGIA MARAGNO  
RTDB nell'Università di Trieste

PIETRO ONIDA  
Prof. ass. nell'Università di Sassari

MAURIZIO ONZA  
Prof. ord. nell'Università di Brescia

EMILIO ROMUALDI,

ANTONIO SACCOCCIO  
Prof. ord. nella 'Sapienza' Università di Roma

ALESSANDRO ZAMPONE  
Professore ordinario nella 'Sapienza' Università di Roma



[www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)  
[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)



Organizzazione internazionale italo-latino americana



Osservatorio sulla codificazione  
e sulla formazione del giurista  
in Cina nel quadro del sistema  
giuridico romanistico